

الكتاب: الخلاف

المؤلف: الشيخ الطوسي

الجزء: ٣

الوفاة: ٤٦٠

المجموعة: فقه الشيعة الى القرن الثامن

تحقيق: المحققون : السيد علي الخراساني ، السيد جواد الشهرستاني ، الشيخ

مهدي طه نجف / المشرف : الشيخ مجتبي العراقي

الطبعة: الجديدة

سنة الطبع: ١٤١١

المطبعة: مطبعة مؤسسة النشر الإسلامي

الناشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة

ردمك:

ملاحظات:

كتاب الخلاف

تأليف

شيخ الطائفة الإمام أبي جعفر محمد بن الحسن الطوسي

قدس سره

٣٨٥ - ٤٦٠ هـ

الجزء الثالث

مؤسسة النشر الإسلامي

التابعة

لجماعة المدرسين بقم المشرفة

كتاب الخلاف

(ج ٣)

- * تأليف: شيخ الطائفة أبو جعفر محمد بن الحسن الطوسي
- * تحقيق: السيد علي الخراساني والسيد جواد الشهرستاني والشيخ مهدي طه نجف
- * إشراف: الحاج الشيخ مجتبي العراقي
- * الموضوع: فقه
- * عدد الأجزاء ٥ أجزاء
- * طبع ونشر: مؤسسة النشر الإسلامي
- الطبعة: الجديدة
- المطبوع: ٣٠٠٠ نسخة
- التاريخ: ١٤١١ هـ. ق
- مؤسسة النشر الإسلامي
- التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة

كتاب البيوع

(٣)

بسم الله الرحمن الرحيم
مسألة ١: بيع خيار الرؤية صحيح، وصورته أن يقول: بعثك هذا الثوب
الذي في كمي، أو في الصندوق، فيذكر جنسه وصفته، وبه قال مالك (١)،
وهو أحد قولي الشافعي. قال في القديم، وفي الحديث في الصرف يصح (٢).
وقال في الأم والبويطي: لا يصح (٣).
والمسألة على قولين، والذي يختارونه أنه لا يصح (٤).
وقال أبو حنيفة: يصح ذلك، وإن لم يذكر الجنس (٥). مثل أن يقول:
بعثك ما في كمي، أو في صندوقي، أو ما في الجراب، أو الذي في البصرة وما
أشبه ذلك.
فلا يفتقر عنده إلى ذكر الجنس، وإنما يفتقر إلى تعيين المبيع من غيره.
دليلنا: قوله تعالى: " وأحل الله وحرّم الربوا " (٦) فأباح ما يتناوله اسم
البيع، وهذا بيع.

-
- (١) موطأ مالك ٢: ٦٦٧، والمجموع ٩ / ٢٨٨ و ٣٠١، وكفاية الأختيار ١: ١٤٨، والمحلى ٨: ٣٣٧.
(٢) الأم ٣: ٣، ومختصر المزني: ٧٥، والوجيز ١: ١٣٥، والمجموع ٩: ٢٨٨ - ٢٩٠، وكفاية الأختيار
١: ١٤٨، والمحلى ٨: ٣٣٧، وفتح العزيز: ٨: ١٤٦.
(٣) الأم ٣: ٢٠، ومختصر الزني: ٧٥، والوجيز ١: ١٣٥ - ١٣٦، والمجموع ٩: ٢٨٨ و ٢٩٠، وكفاية
الأختيار
١: ١٤٨، والمحلى ٨: ٣٣٧، وفتح العزيز ٨: ١٤٦.
(٤) أنظر المصادر المتقدمة.
(٥) اللباب ١: ٢٣٣ - ٢٣٤، والمحلى ٨: ٣٣٧، والمجموع ٩: ٣٠١، وكفاية الأختيار ١: ١٤٨.
(٦) البقرة: ٢٧٥.

وأيضاً روي عنهم عليهم السلام أنهم سئلوا عن بيع الجرب الهروية؟
فقالوا: لا بأس به، إذا كان لها برنامج، فإن وجدها كما ذكرت وإلا
ردها (١).

وروي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: " من اشترى شيئاً لم يره فهو
بالخيار إذا رآه " (٢).

مسألة ٢: إذا ثبت هذا العقد، فمتى رأى المشتري المبيع، لم يثبت له الخيار
إلا أن يجده بخلاف الجنس، أو الصفة، وأما إذا وجده كما عين ووصف
فليس له الخيار.

وقال الشافعي - على قوله أنه يصبح - أن له الخيار على كل حال (٣).
دليلنا: أن جواز الخيار في ذلك يحتاج إلى دليل، والعقد قد صح، فمن
أبطله، أو أجاز الخيار مطلقاً، فعليه الدلالة.

مسألة ٣: إذا باع شيئاً على أن يسلمه بعد شهر، صح العقد.
وقال الشافعي: لا يصح (٤).

دليلنا: الآية (٥)، والمنع من ذلك يحتاج إلى دليل.

مسألة ٤: إذا اشترى شيئاً لم يره حال العقد، وكان قد رآه قبل العقد، صح
الشراء وهو مذهب الشافعي (٦)، وبه قال جميع الفقهاء (٧).

(١) لم أقف على هذا الخبر في المصادر الحديثية المتوفرة.

(٢) سنن الدارقطني ٣ - ٤ - ٥ حديث ٨ و ١٠، والسنن الكبرى ٥: ٢٦٨.

(٣) الوجيز ١: ١٤١ - ١٤٢، والمجموع ٩: ٢٨٨، والمحلى ٨: ٣٣٧.

(٤) الوجيز ١: ١٥٥، والمجموع ٩: ٣٤٠، وكفاية الأخيار ١: ١٥٥ وعمدة القاري ١١: ٢٨٩

(٥) قوله تعالى: " وأحل البيع وحرم الربا " (البقرة: ٢٧٥).

(٦) الوجيز ١: ١٣٥، وكفاية الأخيار ١: ١٤٨، والمجموع ٩: ٢٨٩.

(٧) المجموع ٩: ٢٨٩، والمغني لابن قدامة ٤: ٨٩.

وقال الأنماطي من أصحاب الشافعي: لا يصح حتى يشاهد المبيع حال العقد (١).

دليلنا: قوله تعالى: " وأحل الله البيع " (٢) وهذا بيع، والمنع يحتاج إلى دليل. وأيضا الأصل الإباحة.

مسألة ٥: إذا اشترى شيئا كان رآه قبل العقد، ولم يره في حال العقد مما يجوز أن يتلف ولا يتلف، صح بيعه، فإذا وجدته كما اشتراه مضى، وإن خالفه كان بالخيار بين إمضاء البيع وفسخه. وبه قال أصحاب الشافعي (٣). وفيهم من قال: لا يصح البيع (٤).

دليلنا: الآية (٥)، والأصل الإباحة، والمنع يحتاج إلى دليل. مسألة ٦: البيع ينعقد بوجود الإيجاب من البائع، والقبول من المشتري. لكنه لا يلزم المتبايعين بنفس العقد، بل يثبت لهما، ولكل واحد منهما خيار الفسخ ما دام في المجلس، إلى أن يتفرقا أو يتراضيا بالتبايع في المجلس. وروى هذا في الصحابة عن علي عليه السلام، وعبد الله بن عمر، وعبد الله بن عباس، وأبي هريرة، وأبي برزة الأسلمي (٦)، وبه قال الحسن البصري،

(١) المجموع ٩: ٢٨٩ و ٢٩٦.

(٢) البقرة: ٢٧٥.

(٣) الوجيز ١: ١٣٥ - ١٣٦، وكفاية الأخبار ١: ١٤٨، والمجموع ٩: ٢٨٩ و ٢٩٦.

(٤) هو قول عبد العزيز بن مقلص، وأبو القاسم الأنماطي كما ذكره النووي في المجموع ٩: ٢٨٩ و ٢٩٦.

وانظر كفاية الأخيار ١: ١٤٨.

(٥) قوله تعالى: " وأحل الله البيع " (البقرة: ٢٧٥).

(٦) أبو برزة، نضلة بن عبيد الأسلمي، صحب النبي صلى الله عليه وآله وروى عنه وروى عن أبي بكر، وعنه ابنه المغيرة و بنت ابنه منية بنت عبيد بن أبي برزة وأبو المنهال الرياحي والأزرق بن قيس وغيرهم. سكن المدينة ثم البصرة، وغزا خراسان، وقيل: إنه شهد مع علي عليه السلام قتال الخوارج بالنهروان، مات بعد الستين من الهجرة، وقيل غير ذلك. انظر تهذيب التهذيب ١٠: ٤٤٦، وأسد الغابة ٥: ١٤٦.

وسعيد بن المسيب، والزهري، وعطاء، وفي الفقهاء الأوزاعي، وأحمد، وإسحاق، والشافعي (١).

وذهبت طائفة إلى أن البيع يلزم بمجرد العقد، ولا يثبت فيه خيار المجلس بحال. ذهب إليه في التابعين شريح، والنخعي، وفي الفقهاء مالك، وأبو حنيفة وأصحابه (٢).

دليلنا: إجماع الفرقة، وأيضا فالأصل أن لا بيع، وثبوته يحتاج إلى دليل، فمن ادعى أن بنفس الإيجاب والقبول يلزم، فعليه الدلالة.

وأیضا روي عن نافع، عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وآله قال:

" المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار " (٣).

فأثبت للمتبايعين الخيار بعد تسميتهما متبايعين، وكل اسم اشتق من فعل

فإنه يسمى به، بعد وجود ذلك الفعل، كالضارب، والقاتل وغير ذلك.

وكذلك المتبايعان، إنما يسميان بذلك بعد وجود التبايع بينهما، فالخبر يقتضي

إثبات الخيار لهما في تلك الحالة، وعند المخالف أنه لا يثبت.

مسألة ٧: بيع الخيار عندنا على ثلاثة أضرب.

(١) المحلى ٨: ٣٥٤، والمجموع ٩: ١٨٤، وبداية المجتهد ٢: ١٦٩، والمغني لابن قدامة ٤: ٧، والشرح الكبير

٤: ٦٩، وسبل السلام ٣: ٨٣٨ - ٨٣٩، وكفاية الأختيار ١: ١٥٤، والأم ٣: ٤، ومختصر المزني: ٧٥، وسنن الترمذي ٣: ٥٤٨.

(٢) المحلى ٨: ٣٥٥، والمجموع ٩: ١٨٤، وبداية المجتهد ٢: ١٦٩، والمغني لابن قدامة ٤: ٧، والشرح الكبير

٤: ٦٩، وسبل السلام ٣: ٨٣٩، ومقدمات ابن رشد ٢: ٥٥٨.

(٣) صحيح البخاري ٣: ٨٤، والأم ٣: ٤، ومختصر المزني: ٧٥، والموطأ ٢: ٦٧١ حديث ٧٩، والسنن الكبرى ٥: ٢٦٨، وترتيب مسند الشافعي ٢: ١٥٤ حديث ٥٣٢، وصحيح مسلم ٣: ١١٦٣ حديث

٤٣ وفيه " البيعان " .

أحدها: خيار المجلس: وهو أن يكون لكل واحد منهما الخيار وفسخ العقد ما لم يتفرقا بالأبدان، فإن قال بعد انعقاد العقد أحدهما لصاحبه: إختار الإمضاء، فإذا اختار ذلك انقطع الخيار، ولزم العقد، ولم يفتقر إلى التفرق بالأبدان عن المكان.

والثاني: أن يشترط حال العقد لا يثبت بينهما خيار المجلس بعد انعقاد البيع، فإذا تعاقدا بعد ذلك صح البيع، ويكون على ما شرطاً.

والثالث: أن يشترط في حال العقد مدة معلومة يكون لهما فيها الخيار ما شاء من الزمان، ثلاثاً أو شهراً أو أكثر، فإنه ينعقد العقد، ويكون لهما الخيار في تلك المدة إلا أن يوجبه بعد ذلك على أنفسهما، كما قلناه في البيع المطلق. وقال أبو حنيفة ومالك: بيع الخيار هو ما يشترط فيه الخيار.

فيثبت في خيار الشرط، فعند أبي حنيفة ثلاثاً (١)، وعند مالك ما تدعوا الحاجة إليه (٢) فعندهما بيع الخيار ما يثبت فيه الخيار. وعند الشافعي بيع الخيار ما قطع فيه الخيار (٣).

وأكثر أصحابه على ما اخترناه أولاً في القسم الأول (٤)، وفي أصحابه من قال بالقسم الثاني أيضاً (٥)، وأما الثالث فلم يقل به أحد منهم، وهو ما زاد على الثالث.

-
- (١) اللباب: ١: ٢٣٠ وعمدة القاري ١١: ٢٣٥، الفتاوى الهندية ٣: ٣٨، والنتف ١: ٤٤٦، والبحر الزخار ٤: ٣٤٨، وبداية المجتهد ٢: ٢٠٧، والمجموع ٩: ٢٢٥.
- (٢) مقدمة ابن رشد ٢: ٥٥٨ و ٥٦٠، وحاشية العدوي: ١٤٢ - ١٤٣، وبداية المجتهد ٢: ٢٠٧، وعمدة القاري ١١: ٢٣٤ - ٢٣٥، والمحلى ٨: ٣٧١.
- (٣) الأم ٣: ٤، ومختصر المزني: ٧٥، والمجموع ٩: ١٧٥، وكفاية الأخيار: ١: ١٥٥.
- (٤) المجموع ٩: ١٧٥، وكفاية الأخيار: ١: ١٥٥، والمحلى ٨: ٣٧٠ - ٣٧١.
- (٥) المجموع ٩: ١٧٨ - ١٧٩.

دليلنا: قوله تعالى: " وأحل الله البيع " (١) هذا بيع، فمن خصه فعليه الدلالة.

ويدل على خيار المجلس قول النبي صلى الله عليه وآله: " البيعان بالخيار ما لم يفترقا إلا بيع الخيار " (٢) فأثبت لهما الخيار قبل التفرق، ثم استثنى بيع الخيار الذي لم يثبت فيه الخيار، وهو ما أشرنا إليه من شرط ارتفاعه عند العقد، وإيجابه وإبطال الخيار بعد ثبوت العقد.

وأيضاً روي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: " المسلمون عند شروطهم " (٣) وهذا شرط صحيح في مدة الخيار، ولا حصر في الخبر للعقد، فينبغي أن يكون جائزاً بحسب الشرط.

وروى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وآله قال: " المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا، أو يكون بيعهما عن خيار، فإن كان بيعهما عن خيار فقد وجب البيع " (٤) وهذا نص.

وروى عبد الله بن عمر أن النبي صلى الله عليه وآله قال: " المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا عن مكانهما، فإذا تفرقا فقد وجب البيع " (٥).

(١) البقرة: ٢٧٥.

(٢) سنن ابن ماجه ٢: ٧٣٦ حديث ٢١٨٢، ومسند أحمد بن حنبل ٢: ٩، والمصنف لعبد الرزاق ٨: ٥٠ حديث ١٤٢٦٢، وسنن الترمذي ٣: ٥٤٧ حديث ١٢٤٥، والموطأ ٢: ٦٧١، والسنن الكبرى ٥: ٢٦ وفي بعضها اختلاف يسير في اللفظ.

(٣) صحيح البخاري ٣: ١٢٠، وسنن الدارقطني ٣: ٢٧ حديث ٩٨ - ٩٩، والمستدرک علی الصحیحین ٢: ٤٩ - ٥٠، والسنن الكبرى ٧: ٢٤٩، والتهذيب ٧: ٢٢ حديث ٩٣ - ٩٤.

(٤) سنن النسائي ٧: ٢٤٨ وقد ورد في كثير من المصادر الحديثية بألفاظ مختلفة انظر: صحيح مسلم ٣: ١١٦٣ حديث ٤٥، والسنن الكبرى ٥: ٢٦٩، وترتيب مسند الشافعي ٢: ١٥٤ حديث ٥٣٤.

(٥) روى البخاري في صحيحه: ٣: ٨٤ عن قتبية حدثنا الليث عن نافع عن ابن عمر عن رسول الله صلى الله عليه وآله أنه قال: " إذا تباع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يفترقا وكانا جميعاً أو يخير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع وإن تفرقا بعد أن يتبايعا ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع.

وروى نافع عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وآله قال: " البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، أو يقول أحدهما لصاحبه: اختر " (١).
وروى عطاء ابن أبي رياح، عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وآله قال: " من اشترى بيعا، فوجب له بالخيار إن شاء أخذه، وإن شاء تركه، ما لم يفارقه صاحبه، فإن فارقه فلا خيار له " (٢) فأثبت لهما الخيار بعد وجوب البيع. وأبو حنيفة لا يثبت لهما الخيار (٣).
والمذهب الذي اخترناه إجماع الصحابة، لأنه مروى عن علي عليه السلام، وابن عباس، وابن عمر، وأبي برزة، وأبي هريرة (٤).
أما علي عليه السلام فروى عنه أن جاريته اشترت لحما، ثم بدا لها، فأخذ علي عليه السلام الدراهم فرده عليها (٥).
وكان ابن عمر إذا أراد أن يجب البيع مشى قليلا ثم رجع (٦)، وعن ابن عباس مثل ذلك (٧).

(١) صحيح البخاري ٣: ٨٤، وسنن النسائي ٧: ٢٤٩، والسنن الكبرى ٥: ٢٦٩، ومسند أحمد بن حنبل ٧٣: ٢.

(٢) رواه البيهقي في سننه الكبرى ٥: ٢٧٠ باختلاف في بعض ألفاظه.

(٣) اللباب ١: ٢٢٢ والمجموع ٩: ١٨٤، وفتح العزيز ٨: ٢٩٢.

(٤) قال الترمذي في سننه ٣: ٥٤٧ آخر الباب ما لفظه: وفي الباب عن أبي برزة، وحكيم بن حزام، وعبد الله بن عباس، وعبد الله بن عمر، وسمرة، وأبي هريرة.

(٥) لم أقف على هذا الحديث في المصادر المتوفرة.

(٦) صحيح مسلم ٣: ١٦٤ ذيل الحديث ٤٥، وسنن الترمذي ٣: ٥٤٨ ذيل الحديث ١٢٤٥، وذكره

الشافعي في أمه ٣: ٤، والمزني في مختصره: ٧٥، والنووي في مجموعته ٩: ١٨٥.

(٧) نيل الأوطار ٥: ٢٩١.

وأبو برزة قال: ما أرى إلا تفرقهما (١)، وأبو هريرة مثل ذلك (٢). ولا مخالف لهم.

مسألة ٨: يثبت في الحيوان الشرط ثلاثة أيام، شرط ذلك أو لم يشرط. وقال جميع الفقهاء: حكم الحيوان، حكم سائر المبيعات (٣). دليلنا: إجماع الفرقة، وأخبارهم ذكرناها في الكتاب الكبير (٤).

مسألة ٩: السلم يدخله خيار الشرط. وعند الشافعي لا يدخله (٥).

دليلنا: عموم الأخبار الواردة في جواز الشرط في العقود (٦)، وهي عامة إلا ما أخرج الدليل من الصرف.

مسألة ١٠: الصلح إذا كان معاوضة، مثل أن يقر له بعين أو دين، ثم صالحه على ذلك، لم يكن له بعد ذلك الرجوع فيه. وقال الشافعي: هو مثل البيع، يدخله خيار الشرط وخيار المجلس، وإن كان صرفاً يدخله خيار المجلس وحده (٧).

دليلنا: ما روي عنهم عليهم السلام، واتفقنا عليه من جواز الشرط في

-
- (١) المجموع ٩: ١٨٥، وسنن الترمذي ٣: ٥٤٩، ونيل الأوطار ٥: ٢٩١، والمحلى ٨: ٣٥٣.
- (٢) نيل الأوطار ٥: ٢٩١.
- (٣) أنظر الأم ٣: ٧٥، وكفاية الأختيار ١: ١٥٤، والمجموع ٩: ١٧٤، وتلخيص الحبير المطبوع بهامش المجموع
- (٤) ٨: ٢٩٣، والمغني لابن قدامة ٤: ٧، والشرح الكبير لابن قدامة ٤: ٦٩، وعمدة القاري ١١: ٢٢٥.
- (٥) التهذيب ٧: ٢٤ حديث ١٠١ - ١٠٣ و ١٠٧. وانظر الكافي ٥: ١٦٩ حديث ٢، ومن لا يحضره الفقيه
- (٦) ٣: ١٢٦ حديث ٥٤٩.
- (٧) الوجيز ١: ١٤١، والمجموع ٩: ١٩٢، وكفاية الأختيار ١: ١٦٢، وفتح العزيز ٨: ٣١٤ و ٩: ٢٢٤.
- (٨) أنظر ما رواه الشيخ الكليني في الكافي ٥: ١٦٩ الحديث ١ - ٥، والشيخ الصدوق في من لا يحضره الفقيه ٣: ١٢٦ الحديث ٥٥١ و ٥٥٣، والمؤلف في التهذيب ٧: ٢٢ الحديث ٩٣ - ٩٨.
- (٩) كفاية الأختيار ١: ١٥٤، وفتح العزيز ٨: ٢٩٤.

ذلك (١). ومن ادعى دخول الخيار فيه، فعليه الدليل. وجعل ذلك بيعا يصح وجود الشرط فيه، يحتاج إلى دليل.
مسألة ١١: إذا أحال بمال عليه على غيره، فقبل المحتال الحوالة، جاز أن يدخلها خيار الشرط، ولا خيار مجلس فيه.
وقال الشافعي: لا يدخله خيار الشرط، وفي خيار المجلس وجهان (٢).
دليلنا على جواز خيار الشرط: قوله عليه السلام: "المؤمنون عند شروطهم" (٣).
وما روي عنهم عليهم السلام من قولهم: "كل شرط لا يخالف الكتاب والسنة فإنه جائز" (٤) وهذا لا ينافيهما.
فأما خيار المجلس فإنه يدخل في البيع، وهذا ليس ببيع، بل هو إبراء محض، فمن أجره مجرى البيع فعليه الدلالة.
مسألة ١٢: الوكالة، والعارية، والقراض، والجعالة، والوديعة لا خيار فيها في المجلس، ولا يمتنع دخول خيار الشرط فيها.
وقال الشافعي: لا يدخلها الخياران (٥).

-
- (١) وهي عموم الأخبار المتناولة جواز كل شرط لا يخالف الكتاب والسنة، انظرها في الكافي ٥: ١٦٩ حديث ١، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٢٧ حديث ٥٥٣، والتهذيب ٧: ٢٢ حديث ٩٤ و ص ٢٥ حديث ١٠٧.
(٢) المجموع ٩: ١٧٧ و ١٩٢، وفتح العزيز ٨: ٢٩٧، وكفاية الأخيار ١: ١٥٤.
(٣) التهذيب ٧: ٣٧١ حديث ١٥٠٣، والاستبصار ٣: ٢٣٢ حديث ٨٣٥، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٨٤، والشرح الكبير ٤: ٣٨٦، وتلخيص الحبير ٣: ٢٣ حديث ١١٩٥ و ص ٤٤ حديث ١٢٤٦، وكفاية الأخيار ١: ١٩٣، والمصنف لابن أبي شيبة ٦: ٥٦٨ حديث ٢٠٦٤.
(٤) الكافي ٥: ١٦٩ حديث ١، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٢٧ حديث ٥٥١ - ٥٥٣، والتهذيب ٧: ٢٢ حديث ٩٤ و ٩٨ و ص ٢٥ حديث ١٠٧.
(٥) فتح العزيز ٨: ٢٩٤، وكفاية الأخيار ١: ١٥٤.

دليلنا على الأول: الإجماع، فإنه لا اختلاف أنه لا يدخلها خيار المجلس.
وأما الثاني: فعموم الأخبار الواردة في جواز كل شرط لا يخالف الكتاب
والسنة يتناول هذه المسائل (١)، فمن ادعى تخصيصها فعليه الدلالة.
مسألة ١٣: إذا ملك الشفيع الشقص بالثمن، وانتزع من يد المشتري، فليس
له خيار المجلس.

وللشافعي فيه وجهان، أحدهما: مثل ما قلناه، والثاني: له الخيار (٢).
دليلنا: خيار المجلس يثبت في البيع، فعلى من ألحقه بالبيع، الدلالة
والقياس عندنا لا يجوز.

مسألة ١٤: المساقاة لا يدخلها خيار المجلس، ويدخلها خيار الشرط.
وقال أصحاب الشافعي: لا يدخلها الخياران (٣).
وقال أبو حامد الأسفرايني: الذي يجيء على قوله أن يدخلها خيار
المجلس (٤).

دليلنا على الأول: إنا قد بينا أن خيار المجلس يختص بالبيع، وهذا ليس
ببيع، فمن ألحقه به فعليه الدلالة.
وأما خيار الشرط، فعموم الأخبار المتناولة في جواز كل شرط لا يخالف
الكتاب (٥) يتناول هذا المكان.

(١) أنظر الكافي ٥: ١٦٩ حديث ١، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٢٧ حديث ٥٥٣، والتهذيب ٧: ٢٢
حديث

٩٤ و ص ٢٥ حديث ١٠٧.

(٢) المجموع ٩: ١٧٧ و ١٩٩، وفتح العزيز ٨: ٢٩٧، وكفاية الأخيار ١: ١٥٤.

(٣) المجموع ٩: ١٧٨، وكفاية الأخيار ١: ١٥٤ - ١٥٥، وفتح العزيز ٨: ٣٠٠.

(٤) المجموع ٩: ١٧٨، وكفاية الأخيار ١: ١٥٤ - ١٥٥.

(٥) الكافي: ١٦٩٥ حديث ١، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٢٧ حديث ٥٥٣، والتهذيب ٧: ٢٢ حديث
٩٤

و ص ٢٥ حديث ١٠٧.

مسألة ١٥: الإجارة على ضربين: معينة، وفي الذمة، وكلاهما لا يدخله خيار المجلس، ولا يمتنع دخول خيار الشرط فيه.

وقال الشافعي: الإجارة المعينة لا يدخلها خيار الشرط (١)، قولاً واحداً.

وأما خيار المجلس فعلى وجهين، أحدهما: لا يدخلها، والآخر: يدخلها (٢). والإجارة في الذمة فيها ثلاثة أوجه:

فقال أبو إسحاق وابن خيران: لا يدخلها الخياران (٣).

وقال الإصطخري: يدخلها الخياران معاً، والمذهب أنه يدخلها خيار المجلس دون خيار الشرط، عكس ما قلناه (٤).

دليلنا على الأول: أنه لا دليل عليه، وعلى الثاني: أنه لا مانع يمنع منه، وجواز الشرط بين المسلمين، وعموم الخبر به (٥)، فمن منع منه فعليه الدلالة.

مسألة ١٦: الهبة للواهب الخيار والرجوع فيها، قبل القبض وبعد القبض، إلا أن يتعوض منها، أو يتصرف فيها الموهوب له، أو تكون الهبة لولده الصغار.

وقال الشافعي: هو بالخيار قبل الإقباض، فإذا أقبض فهو مبني على أن الهبة هل تقتضي الثواب أم لا؟ فإذا قال: يقتضي الثواب، فعلى وجهين، أحدهما: يدخلها الخياران معاً، والثاني: لا يدخلان معاً (٦).

دليلنا: إجماع الفرقة على التفصيل الذي ذكرناه، وأخبارهم ذكرناها في الكتاب المتقدم ذكره (٧).

-
- (١) المجموع ٩: ١٩٢، وكفاية الأخيار ١: ١٥٤، وفتح العزيز ٨: ٣١٥.
- (٢) المجموع ٩: ١٧٨ و ١٩٢، وفتح العزيز ٨: ٢٩٩، وكفاية الأخيار ١: ١٥٤.
- (٣) المصدر السابق.
- (٤) المصدر السابق.
- (٥) أنظر من لا يحضره الفقيه ٣: ١٢٧ حديث ٥، والتهذيب ٧: ٢٢ حديث ٩٣ و ٩٤.
- (٦) الوجيز ١: ٢٤٩ - ٢٥٠، والمجموع ٩: ١٧٧ - ١٧٨، وكفاية الأخيار ١: ١٥٤.
- (٧) التهذيب ٩: ١٥٤ و ١٥٧ حديث ٦٣٢ و ٦٤٦، والاستبصار ٤: ١٠٦ و ١٠٨ حديث ٤٠٢ و ٤١٣.

مسألة ١٧: إذا أصدقها وشرط الخيار ثلاثاً، أو ما زاد عليه في النكاح، بطل النكاح بلا خلاف. وإن شرط في الصداق الخيار وحده، كان بحسب ما يشرط. وقال الشافعي - ونقله المزني عن الأم - : فسد المهر (١). وقال في الملاء: بطل النكاح (٢).

واختلفوا على طريقتين:

فمنهم من قال: المسألة على اختلاف حالين، قوله في الأم: فسد المهر، إذا كان الشرط في المهر، وقوله في الإملاء: بطل النكاح، إذا كان الشرط في النكاح (٣).

ومنهم من قال: إذا كان الشرط في المهر وحده فهل يبطل النكاح؟ على قولين، أحدهما: يبطل، والآخر: لا يبطل (٤).

فإذا قال: لا يبطل، ففي الصداق ثلاثة أوجه.

أحدهما: يصح الشرط والصداق فيهما (٥)، مثل ما قلناه.

والثاني: يبطلان معاً، ولها مهر المثل (٦).

والثالث: يبطل الشرط والصداق بحاله (٧).

دليلنا: ما روي عنهم عليهم السلام من قولهم: " إن كل شرط لا يخالف الكتاب والسنة فهو جائز " (٨) فمن ادعى المنع، فعليه الدلالة.

(١) مختصر المزني: ١٨٢، المجموع ١٦: ٣٣٨.

(٢) المجموع ١٦: ٣٣٥ و ٣٣٨.

(٣) المجموع ١٦: ٣٣٥ و ٣٣٨، ومغني المحتاج ٣: ٢٢٦.

(٤) المجموع ١٦: ٣٣٥ و ٣٣٨، ومغني المحتاج ٣: ٢٢٦.

(٥) المجموع ٩: ١٧٨ و ١٦: ٣٣٨.

(٦) المجموع ١٦: ٣٣٥ و ٣٣٨.

(٧) المجموع ٩: ١٧٨ و ١٦: ٣٣٨.

(٨) الكافي ٥: ١٦٩ حديث ١، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٢٧ حديث ٥٥٣، والتهذيب ٧: ٢٢ و ٢٥ حديث ٢٢ و ١٠٧.

مسألة ١٨: الخلع على ضربين: منجز، وخلع بصفة.
فالمنجز قولها: طلقني طلقة بألف، فقال: طلقتك بها طلقة، فليس له خيار
المجلس في الامتناع من قبض الألف ليكون الطلاق رجعيا.
وللشافعي فيه قولان، أحدهما: مثل ما قلناه، والثاني: له الخيار (١).
دليلنا: إنا قد بينا أن خيار المجلس يختص البيع (٢)، وإثباته في غيره يحتاج
إلى دليل.

مسألة ١٩: الخلع المعلق بصفة، إما أن يكون عاجلا أو آجلا:
فالعاجل أن يقول: إن أعطيتني ألفا فأنت طالق.
والأجل أن يقول: متى أعطيتني ألفا فأنت طالق.
وعلى الوجهين جميعا لا يصح الخلع، ولا الشرط.
وقال الشافعي: العاجل على الفور، فإن أعطته ألفا وقع الطلاق، وإن لم
تعطه ارتفع العقد ولا خيار له، والمؤجل فالخيار إليها في الإعطاء والامتناع (٣).
وهل يثبت له خيار المجلس في رفع ما أوجبه لها؟ على وجهين:
أحدهما: لا خيار له، وهو المذهب (٤).
والثاني: له خيار المجلس، وليس بشيء (٥).
دليلنا: إجماع الفرقة على أن الخلع بصفة لا يقع، سواء كان مبينا بنفسه، أو

-
- (١) مختصر المزني: ١٨٨ - ١٨٩، والمجموع ٩: ١٧٨، وفتح العزيز ٨: ٢٩٩.
(٢) أنظر المسألة السادسة من هذا الكتاب.
(٣) مختصر المزني ١٨٨ - ١٨٩، والمجموع ١٦: ١٨، والوجيز ٢: ٤٢، ومغني المحتاج ٣: ٢٦٩ -
٢٧٠،
والسراج الوهاج: ٤٠٤.
(٤) مختصر المزني ١٨٩، والوجيز ١: ١٤١ و ٢: ٤٢، والمجموع ٩: ١٧٨، وفتح العزيز ٨: ٢٩٩،
ومغني المحتاج
٣: ٢٦٩، والسراج الوهاج: ٤٠٤.
(٥) المجموع ٩: ١٧٨، والوجيز: ٢: ٤٢، وفتح الغدير ٨: ٢٩٩، ومغني المحتاج ٣: ٢٧٠، والسراج
الوهاج: ٤٠٤.

يحتاج إلى أن يتبع بطلاق، لا يختلفون في ذلك، وعلى من أجاز ذلك الدلالة. مسألة ٢٠: القسمة إذا كان فيها رد، أو لم يكن فيها رد، لا يدخلها خيار المجلس إذا وقعت القرعة، وعدلت السهام، سواء كان القاسم الحاكم أو الشريكين أو غيرهما، ويدخلها خيار الشرط. وقال الشافعي: إن كان فيها رد فهو كالبيع سواء، يدخلها الخياران، وإن كان مما لا رد فيه، فعدلت السهام، ووقعت القرعة، فإن كان القاسم الحاكم ووقعت القرعة، فلا خيار. وإن كان القاسم الشريكين، فإن قالوا: القسمة إفراز فلا يدخلها خيار المجلس، وإن قال: بيع دخله خيار المجلس، ولا يدخلها خيار الشرط (١).

دليلنا: إنه لا دلالة على دخول خيار المجلس فيه، ولا يمنع من دخول خيار الشرط فيه مانع، وكل شرط لم يمنع منه مانع فهو جائز، وخيار المجلس يختص بالبيع، وهذا ليس ببيع، بل هو إفراز محض. وأما خيار الشرط فعموم الأخبار الواردة في جواز كل شرط لا يخالف الكتاب والسنة (٢).

مسألة ٢١: الكتابة إن كانت مشروطة، لا يثبت للمولى خيار المجلس، ولا يمتنع من دخول خيار الشرط. والعبد له الخيار، لأن له الفسخ، أو يعجز نفسه فيفسخ العقد. وإن كانت مطلقة، فإن أدى من مكاتبته شيئاً فقد انعتق بحسابه، ولا خيار لواحد منهما بحال.

(١) المجموع ٩: ١٧٨، وفتح العزيز ٨: ٢٩٨، وكفاية الأخيار ١: ١٥٤.
(٢) أنظر الكافي ٥: ١٦٩ حديث ١، من لا يحضره الفقيه ٣: ١٢٧ حديث ٥٥٣، والتهذيب ٧: ٢٢ حديث ٩٤
وص ٢٥ حديث ١٠٧.

وقال الشافعي: لا خيار للسيد في الكتابة، والعبد له الخيار، لأنه إذا امتنع كان الفسخ إليه (١).
دليلنا إنه لا دليل على ثبوت خيار المجلس للمولى، وخيار الشرط لا مانع يمنع منه، وعموم الأخبار في جواز الشرط دال على ذلك أيضا (٢).
مسألة ٢٢: يجوز عندنا البيع بشرط، مثل أن يقول: بعثك إلى شهر، فإن رددت علي الثمن وإلا كان المبيع لي، فإن رد عليه وجب عليه رد الملك، وإن جازت المدة ملك بالعقد الأول.
وقال جميع الفقهاء: إن ذلك باطل، يبطل به العقد (٣).
دليلنا: إجماع الفرقة، وأيضا قوله صلى الله عليه وآله: " الشرط جائز بين المسلمين، ما لم يمنع منه كتاب ولا سنة " (٤) وعلى من ادعى المنع منه الدلالة.
مسألة ٢٣: السبق والرماية لا يدخلهما خيار المجلس، ولا يمتنع من دخول خيار الشرط فيه.
وللشافعي فيه قولان، أحدهما: إنه مثل الإجارة، فحكمه حكمه (٥).
والثاني: إنه جعالة، فحكمه حكمه (٦).
دليلنا على الأول: إنه لا دليل عليه، وعلى الثاني عموم الأخبار في جواز الشرط بين المسلمين (٧)، والمنع منه يحتاج إلى دلالة.

(١) المجموع ٩: ١٧٥، وفتح العزيز ٨: ٢٩٤.
(٢) الكافي ٥: ١٦٩ حديث ١، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٢٧ حديث ٥٥٣ والتهذيب ٧: ٢٢ حديث ٩٤
و ص ٢٥ حديث ١٠٧، و ص ٣٧١ حديث ١٥٠٣.
(٣) المجموع ٩: ١٩١، وعمدة القاري ١١: ٢٣٥، والتنف في الفتاوى: ١: ٤٤٦، واللباب ١: ٢٣٠،
والفتاوى الهندية ٣: ٣٨، وشرح فتح القدير ٥: ٢١٩.
(٤) من لا يحضره الفقيه ٣: ١٢٧ حديث ٥، والتهذيب ٧: ٢٢ حديث ٩٣ - ٩٤.
(٥) الوجيز ٢: ٢١٩، والمجموع ٩: ١٧٨، وفتح العزيز ٨: ٣٠١.
(٦) المصادر السابقة.
(٧) من لا يحضره الفقيه ٣: ١٢٧ حديث ٥، والتهذيب ٧: ٢٢ حديث ٩٣ - ٩٤.

مسألة ٢٤: من ابتاع شيئاً معيناً، بثمن معين، ولم يقبضه، ولا قبض ثمنه، وفارقه البائع، فالمبتاع أحق به ما بينه وبين ثلاثة أيام، فإن مضت لم يحضره الثمن، كان البائع بالخيار بين فسخ البيع وبين مطالبته بالثمن. وإن هلك المبيع في مدة الثلاثة كان من مال المبتاع، وإن هلك بعدها كان من مال البائع. وخالف جميع الفقهاء في ذلك. دليلنا: إجماع الفرقة، وأخبارهم (١).

مسألة ٢٥: من ابتاع شيئاً بشرط الخيار، ولم يسم وقتاً ولا أجلاً، بل أطلقه، كان له الخيار ثلاثة أيام، ولا خيار له بعد ذلك. وقال أبو حنيفة: إن البيع فاسد، فإن أجازه في الثلاثة جاز عنده خاصة، وإن لم يجز حتى مضت الثلاثة بطل البيع (٢). وقال أبو يوسف ومحمد: له أن يجيز بعد الثلاثة (٣). وقال مالك: إن لم يجعل للخيار وقتاً جاز، وجعل له من الخيار مثل ما يكون في تلك الساعة (٤). وقال الحسن بن صالح بن حي: إذا لم يعين أجل الخيار، كان له الخيار أبداً (٥). دليلنا: إجماع الفرقة، وأخبارهم (٦).

- (١) أنظر الكافي ٥: ١٧١ حديث ١١ - ١٢، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٢٧ حديث ٥٥٤، والتهذيب ٧: ٢١
٢٢ حديث ٨٨ و ٩٢، والاستبصار ٣: ٧٧ حديث ٢٥٨ و ٢٦٠.
(٢) التنف في الفتاوى ١: ٤٤٦، والفتاوى الهندية ٣: ٣٨ - ٣٩ والبحر الزخار ٤: ٣٤٨، وبداية المجتهد ٢: ٢٠٨، والمجموع ٩: ٢٢٥.
(٣) التنف ١: ٤٤٦، والبحر الزخار ٤: ٣٤٨.
(٤) بداية المجتهد ٢: ٢٠٨، والمجموع ٩: ٢٢٥، والمغني لابن قدامة ٤: ١٢٥، وفتح العزيز ٨: ٣١٢.
(٥) المحلى ٨: ٣٧٣، وبداية المجتهد ٢: ٢٠٧ - ٢٠٨، والبحر الزخار ٤: ٣٤٨.
(٦) انظرها في الكافي ٥: ١٧١ - ١٧٢ حديث ١١ و ١٦، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٢٦ - ١٢٧ حديث
٥٥٢ و ٥٥٤، والتهذيب ٧: ٢١ حديث ٨٨ و ٩٠ و ٩٢.

مسألة ٢٦: أقل ما ينقطع به خيار المجلس خطوة فصاعداً.
وقال الشافعي: يرجع في ذلك إلى العادة (١)، وقسم أقساماً.
دليلنا: عموم الخبر الذي يتضمن أن البيعين بالخيار ما لم يفترقا (٢)، وإذا
مشى خطوة فقد افترقا، والزائد عليه يحتاج إلى دليل.
مسألة ٢٧: إذا قال أحد المتبايعين لصاحبه في المجلس بعد العقد: إختر،
فإن اختار إمضاء العقد انقطع بينهما الخيار، وإن سكت أو لم يختر، كان الخيار
كما كان.

وقال الشافعي: يثبت في حيز الساكت (٣)، وفي حيز الآخر وجهان:
أحدهما: يثبت، والآخر وهو المذهب: إنه ينقطع خياره وحده، ولصاحبه
الخيار (٤).

دليلنا: إنا أجمعنا على أن لهما الخيار قبل هذا القول، فمن ادعى أن خيار
أحدهما قد زال، فعليه الدلالة.

مسألة ٢٨: إذا شرطاً قبل العقد، أن لا يثبت بينهما خيار بعد العقد، صح
الشرط، ولزم العقد بنفس الإيجاب والقبول.

وللشافعي فيه قولان:

أحدهما: أن ذلك لا يصح (٥). وعلى ذلك أكثر أصحابه (٦).

(١) المجموع ٩: ١٨٠، وكفاية الأخيار ١: ١٥٥.

(٢) الكافي ٥: ١٧٠ حديث ٤ و ٩ ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٢٧ حديث ٥٥٧، والتهذيب ٧: ٢٤
حديث ١٠٠.

(٣) المجموع ٩: ١٧٩ و ٢٠١، وكفاية الأخيار ١: ١٥٥.

(٤) المجموع ٩: ١٧٩ و ٢٠١، وكفاية الأخيار ١: ١٥٥.

(٥) المجموع ٩: ١٧٨ - ١٧٩، والوجيز ١: ١٣٩.

(٦) الوجيز ١: ١٣٩، والمجموع ٩: ١٧٨ و ١٧٩.

ومنهم من قال بصحته، مثل ما قلناه (١).
دليلنا: إنه لا مانع من هذا الشرط، والأصل جوازه، وعموم الأخبار في جواز الشرط يتناول هذا الموضوع (٢).

مسألة ٢٩: العقد يثبت بنفس الإيجاب والقبول، فإن كان مطلقاً فإنه يلزم بالافتراق بالأبدان، وإن كان مشروطاً يلزم بانقضاء الشرط، فإن كان الشرط لهما أو للبائع فإذا انقضى الخيار ملك المشتري بالعقد المتقدم، وإن كان الخيار للمشتري وحده زال ملك البائع عن الملك بنفس العقد، لكنه لم ينتقل إلى المشتري حتى ينقضي الخيار، فإذا انقضى ملك المشتري بالعقد الأول. وللشافعي فيه ثلاثة أقوال:
أحدها: ينتقل بنفس العقد (٣).

والثاني: ينتقل بشرطين، العقد وقطع الخيار (٤).
والثالث: مراعى، فإن تم البيع تبين أن ملكه انتقل بنفس العقد، وإن فسخ تبين أن ملكه ما زال، سواء كان الخيار لهما أو للبائع وحده، أو للمشتري، وخيار الشرط فيه وخيار المجلس سواء (٥).

فأما أبو حنيفة فلا يثبت عنده خيار المجلس (٦)، ويثبت خيار الثلاث بالشرط، فإن كان البيع مطلقاً انتقل بنفس العقد، وإن كان بخيار الشرط، فإن كان الخيار لهما أو للبائع لم ينتقل الملك عن البائع، فإذا انقضى الخيار

(١) المجموع ٩: ١٧٩.

(٢) من لا يحضره الفقيه ٣: ١٢٧ حديث ٥٥٣، والتهذيب ٧: ٢٢ حديث ٩٣ - ٩٤.

(٣) الوجيز ١: ١٤١، والمجموع ٩: ٢١٣، وفتح العزيز ٨: ٣١٥، ومغني المحتاج ٢: ٤٨.

(٤) المصادر السابقة.

(٥) المصادر السابقة.

(٦) التنف ١: ٤٤٣، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٥: ٨١، واللباب ١: ٢٢٢، وشرح فتح القدير ٥: ٨١، وفتح العزيز ٨: ٣١٧.

ملك المشتري وكان بعقد متقدم، وإن كان الخيار للمشتري وحده زال ملك البائع عن الملك بالعقد، لكنه لم ينتقل إلى المشتري، فلا يكون له ملك حتى ينقضي الخيار، فإذا انقضى ملكه المشتري الآن (١).
دليلنا على لزومه بعد انقضاء الشرط والافتراق: الإجماع، فإنه لا خلاف فيه بين العلماء.

وأما الدليل على أن العقد يحصل بالإيجاب والقبول: قوله صلى الله عليه وآله: " البيعان بالخيار ما لم يفترقا " (٢) فأثبتهما بيعين، مع ثبوت الخيار لهما. وأيضا خيار المجلس وخيار الشرط إنما هو لفسخ العقد، فلو كان العقد لم يثبت لم يكن لفسخه معنى.

مسألة ٣٠: إذا أعتق المشتري في مدة الخيار، ثم انقضت مدة الخيار، وثم البيع، فإنه ينفذ عتقه. وبه قال أبو العباس بن سريج (٣).
وقال باقي أصحاب الشافعي: لا ينفذ، لأن ملكه ما تم (٤).
دليلنا: ما روي عنهم عليهم السلام من أن المشتري إذا تصرف في المبيع بطل خياره (٥)، وهذا قد تصرف فيه، فينبغي أن يلزمه البيع، وإذا لزمه نفذ عتقه عند تمام البيع.

مسألة ٣١: إذا وطأ المشتري في مدة الخيار، لم يكن مأثوما، ولحق به الولد، وكان حرا، ولزم العقد من جهته.

(١) اللباب ١: ٢٣١.

(٢) الكافي ٥: ١٧٠ حديث ٤ - ٦، والتهذيب ٧: ٢٤ حديث ١٠٠، وسنن ابن ماجه ٢: ٧٣٦ حديث ٢١٨٢، والمصنف لعبد الرزاق ٨: ٥٠ حديث ١٤٢٦٢، وسنن الترمذي ٣: ٥٤٧ حديث ١٢٤٥.

(٣) المجموع ٩: ٢١٥، وفتح العزيز ٨: ٣١٨.

(٤) المجموع ٩: ٢١٥، وفتح العزيز ٨: ٣١٨، ومغني المحتاج ٢: ٤٩.

(٥) الكافي ٥: ١٦٩ حديث ٢، والتهذيب ٧: ٢٤ حديث ١٠٢ و ص ٧٥ حديث ٣٢٠.

وقال الشافعي: لا يجوز له وطؤها، فإن خالف ووطأها فلا حد عليه، وإن عقلت فالنسب لا حق به، والولد حر (١).
وفي لزوم العقد من جهته وجهان:
قال الإصطخري: يكون ذلك رضا بالبيع، وقطعا لخياره مثل ما قلناه، وعليه أكثر أصحابه (٢).
وقال أبو إسحاق: لا يكون ذلك قطعا لخياره، بل هو باق بحاله (٣).
دليلنا: إجماع الفرقة على أن المشتري متى تصرف في المبيع بطل خياره، وأخبارهم معروفة وذكرناها في الكتاب المتقدم ذكره (٤)، وهذا قد تصرف في المبيع.
مسألة ٣٢: إذا وطأ المشتري الجارية في مدة الخيار، ثم مضت مدة الخيار، ولزم العقد، وجاءت بولد، كان لاحقا به، ولا يلزمه قيمته، ولا مهر عليه. فإن فسخ البائع العقد لزمه قيمة الولد، وكانت الجارية أم ولده إذا انتقلت إليه فيما بعده، ويلزمه لأجل الوطاء عشر قيمتها إن كانت بكرا، وإن كانت ثيبا نصف عشر قيمتها.
وقال الشافعي: إن أمضى البائع العقد، ففي لزوم المهر وقيمة الولد أقوال ثلاثة:
فإذا قال: ينتقل بالعقد، أو قال: أنه مراعى، لا قيمة عليه، والأمة أم ولده، ولا يجب عليه مهر (٥)، مثل ما قلناه.

-
- (١) المجموع ٩: ٢١٦ و ٢١٨، وفتح العزيز ٨: ٣١٩.
(٢) المجموع ٩: ٢٠١، وفتح العزيز ٨: ٣٢٣.
(٣) المجموع ٩: ٢٠١، وفتح العزيز ٨: ٣٢٣.
(٤) الكافي ٥: ١٦٩ حديث ٢، والتهذيب ٧: ٢٤ حديث ١٠٢ و ص ٧٥ حديث ٣٢٠.
(٥) المجموع ٩: ٢١٦ و ٢١٨، وفتح العزيز ٨: ٣١٩، وانظر مغني المحتاج ٢: ٤٩.

وإذا قال: ينتقل بشرطين، فعليه قيمة المثل، والأمة لا تصير في الحال أم ولده، فإذا ملكها فيما بعد فعلى قولين: قال في الحرملة: تصير أم ولده. وقال في الأم: لا تصير أم ولده (١). وأما قيمة الولد فالمذهب أن عليه قيمته (٢)، وفي أصحابه من قال: لا قيمة عليه وإن اختار البائع الفسخ (٣). فإن قال: مراعى، أو يثبت بشرطين، فعلى المشتري المهر، ولا تصير أم ولده، فإن ملكها فيما بعد فعلى قولين، وعليه قيمة الولد قولاً واحداً (٤)، مثل ما قلناه. وإذا قال ينتقل بنفس العقد، فعلى قول أبي العباس: لا مهر عليه، وهي أم ولده، ولا يجب عليه قيمة الولد (٥). وعلى قول الشافعي: عليه المهر، ولا تصير أم ولده في الحال، فإن ملكها فيما بعد تصير أم ولده، قولاً واحداً (٦). دليلنا على أنه لا يلزمه مع نفوذ البيع وتمامه، القيمة والمهر: أن الأصل براءة الذمة، وإيجاب ذلك يحتاج إلى دليل. وأما مع الفسخ، فالدليل على وجوب ما قلناه من قيمة الولد، والمهر: إجماع الفرقة، وطريقة الاحتياط.

مسألة ٣٣: إذا وطأ المشتري في مدة الخيار، لم يبطل خيار البائع، علم

(١) المجموع ٩: ٢١٦ و ٢١٨.

(٢) المجموع ٩: ٢١٨، ومغني المحتاج ٢: ٤٩، وفتح العزيز ٨: ٣١٩.

(٣) المجموع ٩: ٢١٨.

(٤) المجموع ٩: ٢١٨.

(٥) المجموع ٩: ٢١٨، وفتح العزيز ٨: ٣١٩.

(٦) المجموع ٩: ٢١٨، وفتح العزيز ٨: ٣١٩.

بوطئه، أو لم يعلم. وبه قال الشافعي وأصحابه (١).
وفي أصحابه من قال: إذا وطأ بعلمه، بطل اختياره (٢).
دليلنا: إنا قد اتفقنا على أن له الخيار، فمن أبطله فعليه الدلالة، ولا دليل على ذلك.

مسألة ٣٤: خيار المجلس يورث إذا مات المتبايعان، أو أحدهما، وكذلك خيار الشرط، ويقوم الوارث مقام من مات منهما، فإن كان أحد المتبايعين مكاتباً، قام سيده مقامه. وبه قال الشافعي في خيار الشرط (٣).
وقال في خيار المجلس: إن كان البائع مكاتباً فقد وجب البيع (٤).
ولأصحابه فيه ثلاثة طرق:

منهم من قال: ينقطع الخيار، ويلزم البيع بموت المكاتب، ولا يلزم بموت الحر (٥).

دليلنا: أنه إذا كان الخيار حقا للمشتري، جرى مجرى سائر الحقوق التي تورث بظاهر التنزيل، فمن منع من شيء منها فعليه الدلالة.
مسألة ٣٥: إذا أكره المتبايعان، أو أحدهما على التفرق بالأبدان، على وجه يتمكنان من الفسخ والتخاير، فلم يفعلوا، بطل خيارهما، أو خيار من تمكن من ذلك.

وللشافعي فيه وجهان (٦)، فقال أبو إسحاق مثل ما قلناه (٧)، وقال غيره:

-
- (١) المهذب المطبوع في متن المجموع ٩: ٢٠١، والمجموع ٩: ٢٠٤، والوجيز ١: ١٤٢.
(٢) المهذب المطبوع في متن المجموع ٩: ٢٠١، والمجموع ٩: ٢٠٤، وفتح العزيز ٨: ٣٢٣.
(٣) الوجيز ١: ١٤١، والمجموع ٩: ٢٠٦، وبداية المجتهد ٢: ٢٠٩.
(٤) المجموع ٩: ٢٠٥ و ٢٠٧.
(٥) المجموع ٩: ٢٠٧.
(٦) الوجيز ١: ١٤١، والمجموع ٩: ١٧٤ و ١٨٢ و ٢٠٧.
(٧) المجموع ٩: ١٧٤ و ١٨٢ و ٢٠٧، والوجيز ١: ١٤١.

لا ينقطع الخيار (١).
دليلنا: أنه إذا كان متمكنا من الإمضاء والفسخ، فلم يفعل حتى وقع
التفرق بالأبدان، دل على الرضا بالإمضاء.
مسألة ٣٦: خيار الثلاث موروث، سواء كان لهما أو لأحدهما، ويقوم
الوارث مقامه، ولا ينقطع الخيار بوفاته، وكذلك إذا مات الشفيع قبل الأخذ
بالشفعة، قام وارثه مقامه.

وهكذا في خيار الوصية إذا أوصى له بشئ ومات الموصي، كان الخيار في
القبول إليه، فإن مات قام وارثه مقامه، ولم ينقطع الخيار بوفاته. وبه قال مالك
والشافعي (٢).

وقال أبو حنيفة: كل هذا ينقطع بالموت، ولا يقوم الوارث مقامه. فقال في
البيع: يلزم البيع بموته، ولا خيار لوارثه فيه (٣). وبه قال الثوري وأحمد (٤).
دليلنا: إن هذا الخيار إذا كان حقا للميت يجب أن يرثه مثل سائر الحقوق،
لعموم الآية (٥)، ومن أخرج شيئا منها فعليه الدلالة.
مسألة ٣٧: إذا جن من له الخيار، أو أغمى عليه، صار الخيار إلى وليه.
وبه قال الشافعي (٦).

- (١) المجموع ٩: ١٨٢.
(٢) بداية المجتهد ٢: ٢٠٩، والمجموع ٩: ٢٠٦، والوجيز ١: ١٤١، وفتح العزيز ٨: ٣٤، وشرح فتح
القدير
٥: ١٢٥، والمبسوط للسرخسي ١٣: ٤٢، والشرح الكبير لابن قدامة ٤: ٨٦، والمغني لابن قدامة
٤: ٧١ - ٧٢.
(٣) اللباب ١: ٢٣٢، والمبسوط ١٣: ٤٢، وبداية المجتهد ٢: ٢١٠، وفتح العزيز ٨: ٣٠٨، وشرح فتح
القدير ٥: ١٢٥، والبحر الزخار ٤: ٣٥٠ - ٣٥١.
(٤) المغني لابن قدامة ٤: ٧١، والشرح الكبير، وفتح العزيز ٨: ٣٠٨.
(٥) قوله تعالى: " إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين " البقرة: ١٨٠.
(٦) الوجيز ١: ١٤١، والمجموع ٩: ٢٠٥ و ٢٠٩، وفتح العزيز ٨: ٣٠٧، ومغني المحتاج ٢: ٤٥.

وقال أبو حنيفة: لا ينقطع بالجنون (١).
دليلنا: أن الجنون لا يثبت معه التكليف والاختيار الصحيح، فيجب أن لا يثبت معه الاختيار كالموت سواء، ومن ادعى ثبوته على ما كان فعله الدلالة. وأيضاً قوله عليه السلام: " رفع القلم عن ثلاث: المجنون حتى يفيق " (٢) يدل على أنه لا حكم لاختياره، وأنه قد زال.
مسألة ٣٨: إذا ثبت أن خيار الشرط موروث، فإن كان قد مضى بعضه، ورث الوارث ما بقي منه إذا كان حاضراً عند موت مورثه، فإن كان غائباً فبلغه الخبر وقد مضى مدة الخيار بطل خياره، وإن بقي منه ورث ما بقي. وللشافعي فيه وجهان: أحدهما أنه يبطل خياره. والثاني: له ما بقي من الخيار (٣).

دليلنا: أنه إذا كان ذلك حقاً له معينا في أيام معينة، فإذا مضت وجب أن يبطل الخيار فيما بعدها، ومن أوجب فيما بعد فعله الدلالة، وكذلك من أبطل الخيار في جميعه وقد بقي بعضه فعله الدلالة، والأصل بقاء الحق فيها.
مسألة ٣٩: إذا كان المبيع حاملاً، فإن الحمل لا حكم له، ومعناه أن الثمن لا يقسط عليه.

وللشافعي فيه قولان: أحدهما مثل ما قلناه (٤).
والثاني: أن له حكماً، والثمن يتقسط عليهما، كأنه اشترى ناقة وفصيلها (٥).
دليلنا: أن العقد وقع على الأصل، فينبغي أن يكون الثمن متعلقاً به دون

(١) الفتاوى الهندية ٣: ٤٣، والبحر الزخار ٤: ٣٥١.

(٢) الخصال ١: ٩٣ حديث ٤٠.

(٣) المجموع ٩: ٢٠٨، وفتح العزيز ٨: ٣٠٥، ومغني المحتاج ٢: ٤٦.

(٤) الوجيز ١: ١٣٩، والمجموع ٩: ٢١٩ و ٣٢٣، وبداية المجتهد ٢: ١٨١.

(٥) المجموع ٩: ٢١٩ و ٣٢٣.

الحمل. ألا ترى أنه لو عقد على الفرع منفردا لم يصح، وعلى من ادعى أنه يتقسط عليهما الدلالة.

مسألة ٤٠: من باع بشرط شيء، صح البيع والشرط معا إذا لم يناف الكتاب والسنة. وبه قال ابن شبرمة (١).

وقال ابن أبي ليلى: يصح البيع، ويطل الشرط (٢).

وقال أبو حنيفة والشافعي: يبطلان معا (٣).

وفي هذا حكاية رواها محمد بن سليمان الذهلي (٤)، قال: حدثنا عبد الوارث بن سعيد (٥)، قال: دخلت مكة فوجدت بها ثلاثة فقهاء كوفيين، أحدهم أبو حنيفة، وابن أبي ليلى، وابن شبرمة.

فصرت إلى أبي حنيفة فقلت: ما تقول فيمن باع بيعا وشرط شرطا؟ فقال:

البيع فاسد، والشرط فاسد. فأتيت ابن أبي ليلى، فقلت ما تقول في رجل باع

بيعا وشرط شرطا؟ فقال: البيع جائز، والشرط باطل. فأتيت ابن شبرمة،

فقلت: ما تقول فيمن باع بيعا وشرط شرطا؟ فقال: البيع جائز، والشرط جائز.

قال: فرجعت إلى أبي حنيفة فقلت: إن صاحبك خالفك في البيع.

(١) المحلى ٨: ٤١٥، وبداية المجتهد ٢: ١٥٩، وعمدة القاري ١١: ٢٨٨.

(٢) بداية المجتهد ٢: ١٥٩ والمحلى ٨: ٤١٥، وعمدة القاري ١١: ٢٨٨، والأم ٣: ٨٨.

(٣) المحلى ٨: ٤١٥، وبداية المجتهد ٢: ١٥٩، وعمدة القاري ١١: ٢٨٨، والأم ٣: ٨٨.

(٤) لم أفد على ترجمة سوى ما ذكره الخطيب البغدادي في تاريخه ٩: ٤١٣ في ترجمة عبد الله بن أيوب بن زاذان أنه روى عن محمد بن سليمان الذهلي. وقال: مات عبد الله بن أيوب بن زاذان سنة اثنتين وتسعين ومائتين.

(٥) أبو عبيدة، عبد الوارث بن سعيد بن ذكوان العبدي البصري التنوري، الحافظ المقرئ. حدث عن يزيد الرشك وأيوب السخيتاني، وأيوب بن موسى وجماعة. وعنه ولده عبد الصمد وأبو معمر عبد الله بن عمرو ومسدد وبشر بن هلال وغيرهم ولد سنة ١٠٢ ومات في المحرم سنة ثمانين ومائة. سير أعلام النبلاء ٨: ٣٠٠ - ٣٠٤ والعبر ١: ٢٧٦، وتذكرة الحفاظ ١: ٢٥٧، وتهذيب التهذيب ٦: ٤٤١.

فقال: لست أدري ما قالوا؟ حدثني عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده أن النبي صلى الله عليه وآله نهى عن بيع وشرط.
ثم أتيت ابن أبي ليلى فقلت: إن صاحبك خالفك في البيع، فقال:
ما أدري ما قالوا؟ حدثني هشام بن عروة (١)، عن أبيه، عن عائشة أنها قالت: لما اشتريت بريرة جاريتي شرط علي مواليتها أن أجعل ولاءها لهم إذا أعتقتها، فجاء النبي صلى الله عليه وآله فقال: "الولاء لمن أعتق" (٢) فأجاز البيع، وأفسد الشرط.

فأتيت ابن شبرمة فقلت: إن صاحبك قد خالفك في البيع فقال:
لا أدري ما قالوا؟ حدثني مسعر (٣)، عن محارب بن دثار (٤)، عن جابر بن عبد الله قال: أتباع النبي صلى الله عليه وآله مني بغيرا بمكة، فلما نقدني الثمن شرطت عليه أن يحملني على ظهره إلى المدينة، فأجاز النبي صلى الله عليه وآله

(١) هشام بن عروة بن الزبير بن العوام بن خويلد المدني. ولد سنة إحدى وستين وسمع من أبيه وعمه ابن الزبير وأخيه عبد الله بن عروة وعبد الله بن عثمان وغيرهم. ومات ببغداد سنة أربعين ومائة وقيل غير ذلك. سير أعلام النبلاء ٦: ٣٤ - ٤٧، وتاريخ بغداد ١٤: ٤٧، ووفيات الأعيان ٦: ٥٨٠، وميزان الاعتدال ٤: ٣٠١، وتهذيب التهذيب ١١: ٤٨.

(٢) صحيح البخاري ٣: ٢٥١ و ٢٥٩، والسنن الكبرى ١٠: ٣٣٧، وتلخيص الحبير ٤: ٢١٣ حديث ٢١٥٠.

(٣) مسعر بن كدام بن ظهير بن عبيدة بن الحارث، أبو سلمة الهلالي الكوفي الأحول الحافظ، روى عن عدي بن ثابت وعمرو بن مرة والحكم بن عتيبة ومحارب بن دثار ومعد بن خالد وجماعة، توفي في رجب سنة خمس وخمسين ومائة. طبقات ابن سعد ٦: ٣٦٤ - ٣٦٥، والتاريخ الكبير ٨: ١٣، وحلية الأولياء ٧: ٢٠٩ و ٢٧٠، وتهذيب التهذيب ١٠: ١١٣ - ١١٥، وسير أعلام النبلاء ٧: ١٦٣ و ١٧٣.

(٤) محارب بن دثار بن كردوس بن قرواش السدوسي الكوفي - ولي قضاء الكوفة في إمرة خالد بن عبد الله القسري وحدث عن ابن عمر وجابر وروى عنه شعبة ومسعر وعدة آخرين، مات سنة ١١٦ للهجرة. سير أعلام النبلاء ٥: ٢١٧ - ٢١٩، وميزان الاعتدال ٣: ٤٤١، وتهذيب التهذيب ١٠: ٤٩، وشذرات الذهب ١: ١٥٢.

البيع والشرط (١).

دليلنا: ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: " المؤمنون عند شروطهم " (٢) وهذا عام في كل شرط إلا ما أخرجه الدليل من شرط يخالف الكتاب والسنة.

مسألة ٤١: إذا تبايعا مطلقا، فكان بينهما خيار المجلس. أو تبايعا بشرط الخيار، فكان بينهما خيار الشرط، جاز أن يتقابضا في مدة الخيار، ويكون الشرط قائما حتى ينقطع. وبه قال الشافعي (٣).
وقال مالك: يكره قبض الثمن في مدة الخيار (٤).
دليلنا: أن الأصل جوازه، ولا مانع في الشرع يمنع منه.
مسألة ٤٢: خيار الشرط يجوز بحسب ما يتفقان عليه من المدة وإن كثر وبه قال ابن أبي ليلى، وأبو يوسف، ومحمد (٥).
وقال محمد ومالك: يجوز بقدر الحاجة، فإن كان المبيع ثوبا أو دارا أو نحو هذا، جاز يوما ولا يزداد عليه. وإن كان قرية أو ما لا ينقلب إلا في مدة، جاز الشهر والشهرين وقدر الحاجة (٦).

-
- (١) رواه الشيخ المؤلف قدس سره في أماليه ٢: ٤، وابن حزم في المحلى ٨: ٤١٥ والعيني في عمدة القاري ١١: ٢٨٩، وابن رشد في بداية المجتهد ٢: ١٥٨ - ١٥٩ باختلاف في ألفاظه فراجع.
(٢) التهذيب ٧: ٣٧١ حديث ١٥٠٣، والاستبصار ٣: ٢٣٢ حديث ٨٣٥، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٨٤، والشرح الكبير ٤: ٣٨٦، وتلخيص الحبير ٣: ٢٣ حديث ١١٩٥ و ص ٤٤ حديث ١٢٤٦، وكفاية الأخيار ١: ١٩٣، والمصنف لابن أبي شيبة ٦: ٥٦٨ حديث ٢٠٦٤.
(٣) المجموع ٩: ٢٢٣، والمغني لابن قدامة ٤: ٧٠، والشرح الكبير ٤: ٨٦.
(٤) مقدمات ابن رشد ٢: ٥٦٢، والمجموع ٩: ٢٢٣، والبحر الزخار ٤: ٣٤٩، والمغني لابن قدامة ٤: ٧٠، والشرح الكبير ٤: ٨٦.
(٥) المحلى ٨: ٣٧٠ و ٣٧٣، واللباب ١: ٢٣١، وبداية المجتهد ٢: ٢٠٧، وعمدة القاري ١١: ٢٣٤.
(٦) بداية المجتهد ٢: ٢٠٧، وعمدة القاري ١١: ٢٣٤.

وقال أبو حنيفة والشافعي والثوري: لا تجوز الزيادة على ثلاثة أيام، ويجوز أقل من ذلك (١).
دليلنا: قوله عليه السلام: "المؤمنون عند شروطهم" (٢) وهذا عام، والمنع من ذلك يحتاج إلى دليل.
وأيضاً عليه إجماع الفرقة، وأخبارهم متواترة بها.
وأيضاً قوله تعالى: "وأحل الله البيع وحرم الربا" (٣) فأطلق البيع على كل حال.
مسألة ٤٣: قد بينا أن ما زاد على الثلاث من الشرط صحيح (٤). وحكينا عن أبي حنيفة والشافعي أن ما زاد عليها باطل، قالوا: فإن خالفاً وشرطاً أكثر من ذلك كان البيع فاسداً عند الشافعي، سواء اتفقا على إسقاطه في مدة الخيار، أو لم يتفقا على ذلك (٥).
وهكذا إذا شرطاً أجلاً مجهولاً كقوله: بعثك إلى الغلة، أو إلى الحصاد، أو جذاذ النخل كان فاسداً، ولا يلحقه الصحة بعد هذا (٦) وبه قال زفر (٧).

-
- (١) كفاية الأخيار ١: ١٥٥ والمجموع ٩: ٢٢٥، وبداية المجتهد ٢: ٢٠٨، واللباب ١: ٢٣٠، والمحلى ٨: ٣٧٠، وعمدة القاري ١١: ٢٣٥.
(٢) التهذيب ٧: ٣٧١ حديث ١٥٠٣، والاستبصار ٣: ٢٣٢ حديث ٨٣٥، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٨٤. والشرح الكبير ٤: ٣٨٦، وتلخيص الحبير ٣: ٢٣ و ٤٤ حديث ١١٩٥ و ١٢٤٦، والمصنف لابن أبي شيبة ٦: ٥٦٨ حديث ٢٠٦٤.
(٣) البقرة: ٢٧٥.
(٤) أنظر المسألة السابقة.
(٥) اللباب ١: ٢٣٠، وعمدة القاري ١١: ٢٣٥، والمجموع ٩: ١٤٩ و ٢٢٥، وكفاية الأخيار ١: ١٥٥، والمبسوط ١٣: ٦٢، والوجيز ١: ١٤١.
(٦) المجموع ٩: ٣٣٩، وكفاية الأخيار ١: ١٦١، والمحلى ٨: ٤٤٤ - ٤٤٥، وبداية المجتهد ٢: ٢١١، والمبسوط ١٣: ٦٢.
(٧) اللباب ١: ٢٤٦، والمبسوط ١٣: ٦٢.

وقال أبو حنيفة وحده: إذا اتفقا على إسقاط ما زاد على الثلاث قبل انقضاء الثلاث صح العقد، وإن سكتا حتى مضى بعد الثلاث جزء من الزمان، بطل العقد، ولا سبيل إلى إسقاطه.

وهكذا الأجل إذا اتفقا على إسقاطه صح العقد، وإن لم يتفقا على ذلك بطل (١).

هذه طريقة أهل العراق، وأصحابهم بخراسان يقولون: لا يقول العقد فاسد، ولكنه مراعى، فإن أسقطا ما زاد على الثلاث قبل انقضاء الثلاث تبينا أن العقد وقع صحيحا، وإن لم يتفقا على ذلك، تبينا أنه وقع فاسدا (٢).
دليلنا على صحة المذهب: ما قدمناه في المسألة الأولى، فإذا ثبت ذلك، فهذا الفرع يسقط عنا.

مسألة ٤٤: مدة خيار الشرط من حين التفرق بالأبدان، لا من حين حصول العقد.

وللشافعي فيه وجهان: أحدهما مثل ما قلناه. والثاني: أنه من حين العقد (٣).

دليلنا: أن الخيار يثبت بعد ثبوت العقد، والعقد لا يثبت إلا بعد التفرق، فوجب أن يكون الخيار ثابتا من ذلك الوقت.

مسألة ٤٥: إذا ثبت أنه من حين التفرق، فشرطا أنه من حين الإيجاب والقبول صح.

وقال الشافعي - على قوله أنه من حين العقد - متى شرطا من حين التفرق

(١) اللباب: ١: ٢٤٦، والمجموع ٩: ١٩٤، وبداية المجتهد ٢: ٢١١، والمبسوط ١٣: ٦٢.

(٢) اللباب: ١: ٢٤٦، وبداية المجتهد ٢: ٢١١، والمجموع ٩: ١٤٩، والمبسوط ١٣: ٦٢.

(٣) المجموع ٩: ١٩٨، وكفاية الأخيار ١: ١٥٥، ومغني المحتاج ٢: ٤٨، والمغني لابن قدامة ٤: ١١٢

-
١١٦، والشرح الكبير ٤: ٧٦.

بطل العقد (١). وعلى قوله - أنه من حين التفرق - فشرطاه من حين العقد على وجهين: أحدهما لا يصح. والثاني يصح (٢).
دليلنا: قوله عليه السلام: "المؤمنون عند شروطهم" (٣) وأيضا الأصل جواز ذلك، والمنع يحتاج إلى دليل.
مسألة ٤٦: إذا تبايعا نهارا، وشرطاه إلى الليل، انقطع بدخول الليل. وإن تعاقدتا ليلا، وشرطا إلى النهار، انقطع بطلوع الفجر الثاني. وبه قال الشافعي (٤).

وقال أبو حنيفة: إن كان البيع نهارا كما قلناه. إن كان دليلا لم ينقطع بوجود النهار، وكان الخيار باقيا إلى عند غروب الشمس (٥).
وهكذا إن قال: إلى الزوال، أو إلى وقت العصر، اتصل إلى الليل (٦).
دليلنا: إن ما قلناه متفق عليه، وما ادعاه ليس عليه دليل.
مسألة ٤٧: إذا اختار من له الفسخ في مدة الخيار، كان ذلك له، ولم يفتقر إلى حضور صاحبه. وهكذا فسخه بالغيب لا يفتقر إلى حضور صاحبه، وقبل القبض وبعده سواء. والوكيل ليس له أن يفسخ بغير حضور موكله، وكذلك الوصي ليس له أن يعزل نفسه. وبه قال أبو يوسف والشافعي، إلا أنهما قالوا في

-
- (١) المجموع ٩: ١٩٨ - ١٩٩، ومغني المحتاج ٢: ٤٨، والمغني لابن قدامة ٤: ١١٢ - ١١٦، والشرح الكبير ٤: ٧٦.
(٢) المجموع ٩: ١٩٨ - ١٩٩، والمغني لابن قدامة ٤: ١١٢ - ١١٦، والشرح الكبير ٤: ٧٦.
(٣) التهذيب ٧: ٣٧١ حديث ١٥٠٣، والاستبصار ٣: ٢٣٢ حديث ٨٣٥، والمصنف لابن أبي شيبة ٦: ٥٦٨ حديث ٢٠٦٤، وتلخيص الحبير ٣: ٢٣ و ٤٤ حديث ١١٩٥ و ١٢٤٦، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٨٤، والشرح الكبير ٤: ٣٨٦.
(٤) المجموع ٩: ١٩١، والمغني لابن قدامة ٤: ١١٧.
(٥) الفتاوى الهندية ٣: ٤٠، والمجموع ٩: ١٩١، والمغني لابن قدامة ٤: ١١٧.
(٦) المبسوط ١٣: ٥٢، والفتاوى الهندية ٣: ٤٠، والمجموع ٩: ١٩١، والمغني لابن قدامة ٤: ١١٧.

الوكيل والوصي: لهما ذلك بنفوسهما من غير حكم حاكم (١).
وقال أبو حنيفة ومحمد: إذا اختار فسخ البيع في مدة خياره، لم يصح إلا بحضور صاحبه، وإذا كان حاضرا لم يفتقر إلى رضاه، وهكذا فسخه بالغيب قبل القبض كالفسخ بخيار الشرط، فإن كان ذلك بعد القبض، فلا يصح إلا بتراضيهما أو حكم الحاكم.
وأما الوكيل فلا يصح حتى يفسخ موكله.
وأما الوصي فلا يملك أن يعزل نفسه، وإنما يعزله الحاكم بالخيانة، أو بأن يقر بالعجز فيعزله الحاكم (٢).
دليلنا على مسألة الخيار: أنه إذا ثبت الخيار، فمن ادعى أنه يحتاج إلى حضور صاحبه فعليه الدلالة.
وأما الوكيل والوصي، فإن وكالته ووصيته قد ثبتت، ولا دليل على أن لهما الفسخ، فمن ادعى ذلك فعليه الدلالة.
مسألة ٤٨: إذا باع عينا بشرط الخيار لأجنبي، صح ذلك.
وقال محمد في الجامع الصغير، قال أبو حنيفة: لو قال بعثك على أن الخيار لفلان، كان الخيار له ولفلان (٣).
وقال أبو العباس: جملة الفقه في هذا، أنه إذا باعه وشرط الخيار لفلان، نظرت، فإن جعل فلانا وكيلا له في الإمضاء والرد صح قولنا واحدا.
وإن أطلق الخيار لفلان، أو قال: لفلان دوني فعلى قولين، أحدهما يصح

(١) المجموع ٩: ٢٠٠، وفتح العزيز ٨: ٣١٤.
(٢) الباب ١: ٢٣٢، والنتف في الفتاوى ١: ٤٤٨، والفتاوى الهندية ٣: ٤٣، وشرح فتح القدير ٥: ١٢٠ - ١٢١، وفتح العزيز ٨: ٣١٤.
(٣) شرح فتح القدير ٥: ١٢٦، وفتح العزيز ٨: ٣١٥.

على ما شرط (١).
والثاني: لا يصح (٢). وهو اختيار المزني.
دليلنا: قول النبي صلى الله عليه وآله: "المؤمنون عند شروطهم" (٣) وهذا
عام في جميع المواضع.
وما روي عنهم عليهم السلام من أن كل شرط لا يخالف الكتاب والسنة
فإنه جائز (٤) يتناول هذا الموضوع.
مسألة ٤٩: إذا ثبت أن ذلك يصح، فالخيار يكون لمن شرط، فإن كان
للأجنبي وحده، كان له، وإن شرط لهم، كان لهما، وإن أطلق للأجنبي، كان له
دونه.
وللشافعي فيه - على قوله أنه يصح - إن ذلك للعاقدة، على وجهين:
أحدهما: يكون له، فيكون لهما الخيار (٥)، وهو قول أبي حنيفة (٦).
والثاني: يكون على ما شرطاه، ولا يكون للموكل شيء من هذا (٧).
دليلنا: ما قلناه في المسألة الأولى (٨)، فلا وجه لإعادته.

-
- (١) كفاية الأختيار ١: ١٥٥، والمجموع ٩: ١٩٥ - ١٩٦.
(٢) المجموع ٩: ١٩٥ - ١٩٦، وكفاية الأختيار ١: ١٥٥.
(٣) التهذيب ٧: ٣٧١ حديث ١٥٠٣، والاستبصار ٣: ٢٣٢ حديث ٨٣٥، والمصنف لابن أبي شيبة
٦: ٥٦٨ حديث ٢٠٦٤، وتلخيص الحبير ٣: ٢٣ و ٤٤ حديث ١١٩٥ و ١٢٤٦، والمغني لابن قدامة
٤: ٣٨٤، والشرح الكبير ٤: ٣٨٦.
(٤) أنظر الكافي ٥: ١٦٩ حديث ١، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٢٧ حديث ٥٥٣، والتهذيب ٧: ٢٢
حديث ٩٤،
و ص ٢٥ حديث ١٠٧.
(٥) المجموع ٩: ١٩٥ و ١٩٧، وفتح العزيز ٨: ٣١٥.
(٦) النتف ١: ٤٤٨، وشرح فتح القدير ٥: ١٢٧، وفتح العزيز ٨: ٣١٥.
(٧) المجموع ٩: ١٩٥ و ١٩٧، وفتح العزيز ٨: ٣١٥، والنتف ١: ٤٤٨.
(٨) أنظر المسألة المتقدمة.

مسألة ٥٠: إذا باعه بشرط أن يستأمر فلانا، فليس له الرد حتى يستأمره.
وللشافعي فيه وجهان:

أحدهما وهو ظاهر المذهب مثل ما قلناه (١).

والثاني: له الرد من غير استيمار (٢).

دليلنا: ما قلناه في المسألة الأولى سواء (٣)، لأن الأخبار على عمومها.

مسألة ٥١: إذا صح الاستيمار، فليس له حد، إلا أن يشرط مدة معينة،
قلت أم كثرت.

وللشافعي فيه وجهان:

أحدهما: لا يصح حتى يشرط (٤).

والثاني: مثل ما قلناه، من أنه يمتد ذلك أبدا (٥).

دليلنا: أنه قد ثبت صحة هذا الشرط مع الإطلاق، فتقييده بزمان مخصوص
يحتاج إلى دليل.

مسألة ٥٢: إذا باع عبدين، وشرط مدة من الخيار في أحدهما، فإن أبهم ولم
يعين من باعه منهما بشرط الخيار، فالبيع باطل بلا خلاف، لأنه مجهول. وإن
عين فقال: على أن لك الخيار في هذا العبد دون هذا، ثبت الخيار فيما عين
فيه.

وقال أبو العباس، على قولين: أحدهما يصح. والآخر لا يصح. مثل أن يجمع
بين بيع وصراف، فيقول بعتك هذا الثوب وهذا الدرهم بهذين الدينارين، فإنه

(١) المجموع ٩: ١٩٧، والمغني لابن قدامة ٤: ١١١، والشرح الكبير ٤: ٧٧.

(٢) المجموع ٩: ١٩٧.

(٣) أنظر ما قدمه من القول في المسألة " ٤٨ " .

(٤) المجموع ٩: ١٩٧.

(٥) المجموع ٩: ١٩٧.

على قولين (١).
دليلنا: قوله عليه السلام: " المؤمنون عند شروطهم " (٢) وهذا شرط، فمن
أبطله فعليه الدلالة.

مسألة ٥٣: إذا صح هذا البيع كان لكل واحد منهما بالقسط من الثمن،
وسواء قدر ثمن كل واحد منهما، فقال: هذا بألف وهذا بألف، أو أطلق فقال:
بعتكهما بألفين.

وقال الشافعي: الكل على قولين (٣).

وقال أبو حنيفة: إن قدر ثمن كل واحد منهما صح، وإن أطلق بطل (٤).
دليلنا: أنه إذا ثبت صحة البيع بما قدمناه، ولم يتعين بالتقدير، فلا بد من
التقسيم، وإلا أدى إلى بطلان العقد.

مسألة ٥٤: روى أصحابنا أنه إذا اشترى عبدا من عبدين على أن
للمشتري أن يختار أيهما شاء، إنه جائز (٥). ولم يرووا في الثوبين شيئا.
وقال الشافعي: إذا اشترى ثوبا من ثوبين على أنه بالخيار ثلاثة أيام لم
يصح البيع، وكذلك إذا اشترى ثوبا من ثلاثة أثواب على أنه بالخيار ثلاثا، أو
ثوبا من أربعة أثواب أو أكثر من ذلك لم يصح البيع (٦).

- (١) المجموع ٩: ٣٨٨ - ٣٨٩، ومغني المحتاج ٢: ٤٢.
(٢) التهذيب ٧: ٣٧١ حديث ١٥٠٣، والاستبصار ٣: ٢٣٢ حديث ٨٣٥، والمصنف لابن أبي شيبة
٦: ٥٦٨ حديث ٢٠٦٤، وتلخيص الحبير ٣: ٢٣ و ٤٤ حديث ١١٩٥ و ١٢٤٦، والمغني لابن قدامة
٤: ٣٨٤، والشرح الكبير ٤: ٣٨٦.
(٣) المجموع ٩: ٣٨٩.
(٤) المبسوط ١٣: ٦٧، والهداية المطبوع بهامش الفتح القدير ٥: ١٢٨، وشرح فتح القدير ٥: ١٢٨.
(٥) أنظر ما رواه الشيخ الكليني في الكافي ٥: ٢١٧ حديث ١، والشيخ الصدوق في من لا يحضره الفقيه
٣: ٨٨.
حديث ٣٣٠، والشيخ المصنف في التهذيب ٧: ٧٢ حديث ٣٠٨.
(٦) المجموع ٩: ٢٨٨، وفتح العزيز ٨: ١٣٤، وكفاية الأخيار ١: ١٥٠، والوجيز ١: ١٣٤، وتبيين
الحقائق ٤: ٢١.

وقال أبو حنيفة: يصح أن يشتري ثوبا من ثوبين، على أنه بالخيار ثلاثا، والقياس يدل عليه، ويجوز أن يشتري ثوبا من ثلاثة أثواب على أنه بالخيار ثلاثا، والاستحسان يدل عليه، ولا يجوز أن يشتري ثوبا من أربعة أثواب والقياس يدل على أنه لا يجوز (١).

وإن باع بثمن من ثلاثة أثمان، قال أبو بكر الرازي: لا يحفظ ذلك عن أبي حنيفة، وينبغي أن يجوز، لأنه لا فرق بين الثمن والمثمن.

دليلنا: إجماع الفرقة، وقوله عليه السلام: "المؤمنون عند شروطهم" (٢). مسألة ٥٥: إذا هلك البيع في مدة الخيار بعد القبض، لم ينقطع الخيار. وبه قال الشافعي (٣).

وقال أبو حنيفة: ينقطع (٤).

دليلنا: إن انقطاع الخيار يحتاج إلى دليل، والأصل ثبوته.

مسألة ٥٦: إذا قال: بعنيه بألف، فقال: بعتك. لم يصح البيع حتى يقول المشتري بعد ذلك: اشتريت، أو قبلت.

وقال الشافعي: يصح وإن لم يقل ذلك (٥).

وقال أبو حنيفة: إن كان القبول بلفظ الخبر، كقوله: اشتريت منك، أو

- (١) المبسوط ١٣: ٥٥، وشرح فتح القدير ٥: ١٣٠، والمحلى ٨: ٤٣٠، والمجموع ٩: ٢٨٨، وفتح العزيز
- ٨: ١٣٤، والشرح الكبير ٤: ٣٣، والوجيز ١: ١٣٤، وتبيين الحقائق ٤: ٢١، والفتاوى الهندية ٣: ٥٢ و ٥٤، وحاشية رد المحتار ٤: ٥٨٥ - ٥٨٦.
- (٢) التهذيب ٧: ٣٧١ حديث ١٥٠٣، والاستبصار ٣: ٢٣٢ حديث ٨٣٥، والمصنف لابن أبي شيبة ٦: ٥٦٨ حديث ٢٠٦٤، وتخليص الحبير ٣: ٢٣ و ٤٤ حديث ١١٩٥ و ١٢٤٦، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٨٤، والشرح الكبير ٤: ٣٨٦.
- (٣) الأم ٣: ٥، والمجموع ٩: ٢٢٠، وبداية المجتهد ١: ٢٠٩، والنتف ١: ٤٤٧.
- (٤) اللباب ١: ٢٣١، والنتف ١: ٤٤٧، والمبسوط ١٣: ٤٤، وشرح فتح القدير ٥: ١١٦.
- (٥) الوجيز ١: ١٣٢، والمجموع ٩: ١٦٨، وفتح العزيز ٨: ١٠١، ومغني المحتاج ٣: ٥.

ابتعت منك صح البيع. وإن كان بلفظ الأمر لم يصح، فإذا قال: بعني، فقال: بعتك، لم ينعقد البيع حتى يقول المشتري بعد هذا قبلت (١).
دليلنا: إن ما اعتبرناه مجمع على ثبوت العقد به، وما ادعوه لا دلالة على صحته، والأصل عدم العقد، ومن ادعى ثبوته فعليه الدلالة.
مسألة ٥٧: إذا قال: بعتك على أن تنقذني الثمن إلى ثلاث، فإن نقذتني الثمن إلى ثلاث وإلا فلا بيع بيننا، صح البيع. وبه قال أبو حنيفة (٢).
وقال الشافعي: البيع باطل (٣).
دليلنا: قول النبي صلى الله عليه وآله: "المؤمنون عند شروطهم" (٤) مع قوله تعالى: "وأحل الله البيع وحرم الربوا" (٥) وهذا بيع وشرط، فيجب أن يصححها معاً للآية والخبر.
مسألة ٥٨: إذا قال واحد لآخر: بعتكما هذا العبد بألف، فقال أحدهما: قبلت نصفه بحسابه، ورد الآخر، لم ينعقد العقد. وبه قال أبو حنيفة (٦).
وقال الشافعي: ينعقد العقد في حقه، سواء قبل صاحبه أو رده (٧).

-
- (١) اللباب ١: ٢٢١، والمجموع ٩: ١٦٨، والفتاوى الهندية ٢: ٤، وبدائع الصنائع ٥: ١٣٣، وشرح فتح القدير ٥: ٧، وفتح العزيز ٨: ١٠١.
(٢) المبسوط ١٣: ٥٠، وشرح العناية: ١١٤، والمجموع ٩: ٣٧٩، وشرح فتح القدير ٥: ١١٤، والمغني لابن قدامة ٤: ١٢٩، والشرح الكبير ٤: ٦٧.
(٣) المجموع ٩: ٢٧٩، ومغني المحتاج ٢: ٤٧، والمغني لابن قدامة ٤: ١٢٩، والشرح الكبير ٤: ٦٧.
(٤) التهذيب ٧: ٣٧١، حديث ١٥٠٣، والاستبصار ٣: ٢٣٢، حديث ٨٣٥، والمصنف لابن أبي شيبة ٦: ٥٦٨، حديث ٢٠٦٤، وتلخيص الحبير ٣: ٢٣ و ٤٤، حديث ١١٩٥ و ١٢٤٦، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٨٤، والشرح الكبير ٤: ٣٨٦.
(٥) البقرة: ٢٧٥.
(٦) المبسوط ١٣: ٥٠، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٦٨.
(٧) المجموع ٩: ٣٣٧، والمبسوط ١٣: ٥٠، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٦٨، والشرح الكبير ٤: ١٠٦.

دليلنا: إن قبوله غير مطابق للإيجاب، وإن العقد يحتاج إلى دلالة، ولا دليل على ثبوت هذا العقد.

مسألة ٥٩: إذا دفع قطعة إلى البقلي، أو إلى الشارب، وقال: أعطني بقلا أو ماء، فأعطاه، فإنه لا يكون بيعا، وكذلك سائر المحقرات، وإنما يكون إباحة، له أن يتصرف كل واحد منهما فيما أخذه، تصرفا مباحا من غير أن يكون ملكه. وفائدة ذلك، أن البقلي إذا أراد أن يسترجع البقل، أو أراد صاحب القطعة أن يسترجع قطعه كان لهما ذلك، لأن الملك لم يحصل لهما. وبه قال الشافعي (١).

وقال أبو حنيفة: يكون بيعا صحيحا وإن لم يوجد الإيجاب والقبول، قال ذلك في المحقرات دون غيرها (٢).

دليلنا: إن العقد حكم شرعي، ولا دلالة في الشرع على وجوده ها هنا، فيجب أن لا يثبت. فأما الاستباحة بذلك فهو مجمع عليه، لا يختلف العلماء فيها.

مسألة ٦٠: إذا اشترى، فبان له الغبن فيه، كان له الخيار إذا كان مما لم تجري العادة بمثله، إلا أن يكون عالما بذلك، فيكون العقد ماضيا، لا رجوع له فيه.

وقال أبو حنيفة والشافعي معا: ليس له الخيار، سواء كان الغبن قليلا أو كثيرا (٣).

(١) المجموع ٩: ١٦٣، وكفاية الأخيار ١: ١٤٧، وفتح العزيز ٨: ٩٩.
(٢) التنف ١: ٤٤٢، والمجموع ٩: ١٦٢ و ١٦٣، وفتح العزيز ٨: ١٠١.
(٣) عمدة القاري ١١: ٢٣٣، والوجيز ١: ١٤٣، والمحلى ٨: ٤٣٩، والمغني لابن قدامة ٤: ٩٢ - ٩٣ والأم ٣: ٩١، والشرح الكبير ٤: ٨٨، وفتح العزيز ٨: ٢٢٥، وفتح القدير ٦: ٤٣١.

وقال مالك: إن كان الغبن دون الثلث فلا خيار له، وإن كان الثلث مما
فوقه كان له الخيار (١). وبه قال أبو يوسف وزفر (٢).
دليلنا: ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: " لا ضرر
ولا ضرار " (٣) وهذا ضرر، لأنه إذا اشترى ما يساوي عشرة بمائة فإن ذلك غاية
الضرر، وقول النبي صلى الله عليه وآله يبطله.
وأيضاً روي عنه عليه السلام أنه نهى أن تلقى الركبان (٤)، فمن تلقاها
فصاحبها بالخيار إذا دخل السوق، ومعلوم أنه إنما جعل له الخيار لأجل الغبن.
مسألة ٦١: بيع درهم بدرهمين، ودينار بدينارين نسية لا خلاف في تحريمه،
وبيعه كذلك نقداً وموازنة ربا محرم. وبه قال جميع الفقهاء والعلماء (٥).
وروى مجاهد بن جبير قال: سمعت ثلاثة عشر نفساً من أصحاب
رسول الله صلى الله عليه وآله يحرمون ذلك (٦). وبه قال جميع التابعين، وجميع
الفقهاء المعروفين (٧).
وذهب أربعة أنفس من الصحابة إلى جواز التفاضل في الجنس نقداً،
فأجازوا بيع الدرهم بدرهمين نقداً. ذهب إليه عبد الله بن عباس، وعبد الله بن

-
- (١) المحلى ٨: وعمدة القاري ١١: ٢٣٣، والمغني لابن قدامة ٤: ٩٢، والشرح الكبير ٤: ٨٨ - ٨٩.
(٢) المحلى ٩: ٤٣٨، وعمدة القاري ١١: ٢٣٥.
(٣) موطأ مالك ٢: ٨٠٥، وسنن الدارقطني ٤: ٢٢٧، وفيض القدير ٦: ٤٣١.
(٤) أنظر ذلك في الكافي ٥: ١٦٩ حديث ٤، وصحيح البخاري ٣: ٩٢ و ٩٥، وسنن الترمذي ٣: ٥٢٤
حديث ١٢٢١.
(٥) المجموع ١٠: ٢٦، والمغني لابن قدامة ٤: ١٣٤، والمحلى ٨: ٤٧٩، وبداية المجتهد ٢: ١٢٨،
وكفاية
الأخبار ١: ١٥٣، والشرح الكبير ٤: ١٣٤.
(٦) المجموع ١٠: ٤٠، والمغني لابن قدامة ٤: ١٣٤، والشرح الكبير ٤: ١٣٤، وشرح الأزهاري ٣: ٦٩.
(٧) المغني لابن قدامة ٤: ١٣٥، وبداية المجتهد ٢: ١٢٨ و ١٩٤، والشرح الكبير ٤: ١٣٥.

الزبير، وأسامة بن زيد، وزيد بن أرقم (١).
دليلنا: إجماع الفرقة، بل إجماع المسلمين، فإن هذا الخلاف قد انقرض،
وإجماع الأعصار حجة.

مسألة ٦٢: إذا ثبت تحريم التفاضل في الجنس، فلا فضل بين المضروب
بالمضروب، والتبر بالتبر، والمصوغ بالمصوغ، فإن التفاضل فيه نقدا ربا. وبه قال
الشافعي وأبو حنيفة (٢).

وقال مالك: إذا كان وزن الخلخال مائة، وقيمته لأجل الصنعة مائة
وعشرة، فباعه بمائة وعشرة جاز. ويكون المائة بالمائة، والعشرة بالصنعة (٣).
دليلنا إجماع الفرقة.

وأیضا عموم الأخبار المروية عن النبي صلى الله عليه وآله مثل ما رواه
أبو سعيد الخدري أن النبي صلى الله عليه وآله قال: " لا تبيعوا الذهب بالذهب
إلا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلا بمثل
ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا منها غائبا بنا جز " (٤).

مسألة ٦٣: الربا عندنا في كل مكيل وموزون، سواء كان مطعوما أو غير
مطعوم.

وقال داود وأهل الظاهر: الربا في الأجناس الستة: الذهب، والفضة،

-
- (١) المغني لابن قدامة ٤: ١٣٤، والشرح الكبير ٤: ١٣٤، وبداية المجتهد ٢: ١٢٨ و ١٩٤.
(٢) مختصر المزني: ٧٦، والوجيز ١: ١٣٦، وكفاية الأخيار ١: ١٥٣، واللباب ١: ٢٥٥ - ٢٥٦، وبداية
المجتهد ٢: ١٢٨.
(٣) بلغة السالك ٢: ٢١ - ٢٢، وتفسير القرطبي ٣: ٣٥١.
(٤) صحيح البخاري ٣: ٩٧، وصحيح مسلم ٣: ١٢٠٨ حديث ٧٥، والموطأ ٢: ٦٣٢ حديث ٣٠، ورواه
النسائي في سننه ٧: ٢٧٨، والترمذي في جامعه ٣: ٥٤٢ حديث ١٢٤١ باختلاف يسير في اللفظ.

والحنطة والشعير، والتمر، والملح، وما عدا ذلك فلا ربا فيه (١).
 وقال أهل القياس كلهم: إن الربا يثبت في غير الأجناس الستة، على
 اختلاف بينهم أن الربا فيماذا يثبت (٢).
 دليلنا: إجماع الفرقة، وأخبارهم صريحة في ذلك ذكرناها في الكتاب
 المتقدم ذكره (٣)، وطريقة الاحتياط تقتضي ما قلناه. فأما الأجناس الستة فلا
 خلاف فيها بين الأمة.
 مسألة ٦٤: ما يثبت فيه الربا إنما يثبت بالنص، لا لعل من العلل. واختلف
 أهل القياس في علة الربا في الدراهم والدنانير.
 فقال الشافعي: علة الربا فيها إنها أثمان جنس، وربما قالوا: جنس
 الأثمان، وعلى القولين غير متعدية إلى غيرهما (٤).
 وقال أبو حنيفة: العلة موزون جنس، فالعلة متعدية عنده إلى كل موزون
 كالحديد، والصفير، والفضة، والقطن، والإبريسم وغير ذلك (٥).
 واختلفوا فيما عدا الأثمان:

-
- (١) المجموع ٩: ٣٩٢ و ٤٠٠، وسبل السلام ٣: ٨٤٥، وعمدة القاري ١١: ٢٥٢، وبداية المجتهد ٢: ١٢٩، والمحلّي ٨: ٤٨٩.
 (٢) عمدة القاري ١١: ٢٥٢ - ٢٥٣، والمجموع ٩: ٣٩٣ و ٤٠٠ - ٤٠١، وفتح العزيز ٨: ١٦٣، وسبل السلام ٣: ٨٤٥.
 (٣) التهذيب ٧: ١٩ حديث ٨١، وانظر تفسير العياشي ١: ١٥٢ حديث ٥٠٤ والكافي ٥: ١٤٦ حديث ١٠، من لا يحضره الفقيه ٣: ١٧٥ حديث ٦.
 (٤) الأم ٣: ١٥، والمجموع ٩: ٣٩٣، والمحلّي ٨: ٤٦٩، وعمدة القاري ١١: ٢٥٢، وفتح العزيز ٨: ١٦٥.
 وتفسير القرطبي ٣: ٣٥٣، ومغني المحتاج ٢: ٢٢، والسراج الوهاج: ١٧٧، والمغني لابن قدامة ٤: ١٣٨.
 (٥) عمدة القاري ١١: ٢٥٢، والمجموع ٩: ٤٠١، والمحلّي ٨: ٤٧٢، وفتح العزيز ٨: ١٦٣، واللباب ١: ٢٥٥، والفتاوى الهندية ٣: ١١٧، وشرح فتح القدير ٥: ٢٧٤، وتفسير القرطبي ٣: ٣٥٣.

فقال الشافعي في القديم: علتها ذات أوصاف ثلاثة: مأكول، مكيل أو موزون، جنس.

فعلى هذا كلما يؤكل مما لا يكال ولا يوزن كالثقلاء، والبطيخ، والسفرجل، والرمان، والموز، والبقول لا ربا فيها، لأنها لا تكال ولا توزن (١). وقال مالك: العلة ذات أوصاف ثلاثة: مأكول، مقتات، جنس فكل مأكول لا يقتات كالثقلاء، والبطيخ، وحب الرشاد لا ربا فيه، لأنه لا يقتات (٢).

وقال الشافعي في الجديد: العلة ذات وصفين: مطعوم، جنس. فكل مأكول ومطعوم فيه الربا، سواء كان مما يكال أو يوزن كالحبوب، والأدهان، واللحمان. أو لا يكال ولا يوزن كالثقلاء، والبطيخ، والرمان، والسفرجل ونحو هذا فيه الربا (٣).

وقال أبو حنيفة: العلة ذات وصفين أيضا: مكيل أو موزون، جنس. فكل مكيل فيه الربا سواء أكل أو لم يؤكل كالحبوب والأدهان والجص والنورة والأشنان، ومما يوزن ما أكل أو لم يؤكل كاللحم والسكر والصفرة والنحاس والقطن والصوف (٤).

(١) المجموع ٩: ٣٩٧ و ٤٠١، وفتح العزيز ٨: ١٦٣، وعمدة القاري ١١: ٢٥٢، وتفسير القرطبي ٣: ٣٥٣

ومغني المحتاج ٢: ٢٢، والسراج الوهاج ١٧٧ والشرح الكبير ٤: ١٣٧، والمغني لابن قدامة ٤: ١٣٧. (٢) بلغة السالك ٢: ٢٤، والمجموع ٩: ٤٠١، والمحلى ٨: ٤٦٩، وعمدة القاري ١١: ٢٥٢، وبداية المجتهد ٢: ١٢٩، وفتح العزيز ٨: ١٦٣، وتفسير القرطبي ٢: ٣٥٣، والشرح الكبير ٤: ١٣٨، والمغني لابن قدامة ٤: ١٣٨.

(٣) المجموع ٩: ٣٩٥ و ٣٩٧، وفتح العزيز ٨: ١٦٣، وعمدة القاري ١١: ٢٥٢، والمحلى ٨: ٤٧١، وبداية

المجتهد ٢: ١٢٩، وتفسير القرطبي ٢: ٣٥٣.

(٤) عمدة القاري ١١: ٢٥٢، والمحلى ٨: ٤٧١، والمجموع ٩: ٤٠١، وفتح العزيز ٨: ١٦٣، وبداية المجتهد

٢: ١٢٩، وتفسير القرطبي ٢: ٣٥٣، واللباب ١: ٢٥٥، والفتاوى الهندية ٣: ١١٧، وشرح فتح القدير ٥: ٢٧٤

وقال ربيعة: العلة ذات وصفين: جنس، تجب فيه الزكاة، فأجرى الربا في الحبوب التي تجب فيه الزكاة، وفي النعم أيضا (١).
وقال ابن سيرين: العلة ذات وصف واحد: وهو الجنس، فأجرى الربا في الثياب والحيوان والخشب، وكل شيء هو جنس واحد (٢).
وقال سعيد بن جبير: ذات وصف واحد: وهو تقارب المنفعة، فأجرى الربا في الجنس الواحد لا تفاق المنفعة، وكل جنسين يقارب نفعهما كالتمر والزبيب والجاورس والدهن (٣).
دليلنا: إجماع الفرقة، وأخبارهم (٤)، وأيضا فإن هذا الخلاف بين القائلين بالقياس، وعندنا أن القياس باطل، فما هو فرع على ثبوته ساقط عنا.
مسألة ٦٥: إذا باع ما فيه الربا من المكيل والموزن، مختلف الجنس، مثل الطعام والتمر، جاز بيع بعضه ببعض متماثلا ومتفاضلا.
ويجوز بيع الجنس بعضه ببعض متماثلا يدا بيد، ويكون نسيئة، فإن تفرقا قبل القبض لم يبطل البيع. وبه قال أبو حنيفة (٥).
وقال الشافعي: يبطل البيع إذا افترقا قبل القبض (٦).

-
- (١) عمدة القاري ١١: ٢٥٢ والمحلى ٨: ٤٦٩، والمجموع ٩: ٤٠١، والشرح الكبير ٤: ١٣٨، والمغني لابن قدامة ٤: ١٣٨.
- (٢) المجموع ٩: ٤٠٠، والمحلى ٨: ٤٦٩، وعمدة القاري ١١: ٢٥٢، والشرح الكبير ٤: ١٣٨، والمغني لابن قدامة ٤: ١٣٨.
- (٣) المحلى ٨: ٤٦٩، وعمدة القاري ١١: ٢٥٢، والمجموع ٩: ٤٠١.
- (٤) تفسير العياشي ١: ١٥٢ حديث ٥٠٤، والكافي ٥: ١٨٧ حديث ١، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ٣٧١ حديث
- ١٧٥١، والتهديب ٧: ١٧ حديث ٧٤.
- (٥) اللباب ١: ٢٥٧، وفتح العزيز ٨: ١٦٥.
- (٦) الأم ٣: ٣١، والمجموع ٩: ٤٠٤، وفتح العزيز ٨: ١٦٥.

دليلنا: إن العقد صحيح بلا خلاف، فمن ادعى بطلانه بالتفرق قبل القبض فعليه الدلالة.

مسألة ٦٦: الحنطة والشعير جنس واحد في باب الربا، لا يجوز بيع بعضه ببعض إلا مثلا بمثل، وبه قال مالك، والليث بن سعد، والحكم، وحماد (١). وقال أبو حنيفة والشافعي: هما جنسان، يجوز بيعهما متفاضلا يدا بيد، ولا يجوز نسية (٢). وبه قال سفيان الثوري، وأحمد، وإسحاق، وأبو برزة، وأبو ثور، والنخعي، وعطاء (٣).

دليلنا: إجماع الفرقة، وأيضا أجمعنا على جواز بيع بعضها ببعض متماثلا، ولا دليل على جواز التفاضل فيهما. وأيضا قوله تعالى: " اتقوا الله وذروا ما بقي من الربوا " (٤) وقوله: " يمحق الله الربوا " (٥)، والربا هي الزيادة، والآية على عمومها إلا ما أخرجه الدليل. وروي عن معمر بن عبد الله (٦) أنه بعث غلاما ومعه صاع من قمح، فقال: بعه واشتر به شعيرا، فجاءه بصاع وربع صاع، فقال: رده فإن النبي صلى الله

-
- (١) المحلى ٨: ٤٩٢، تفسير القرطبي ٣: ٣٤٩، وبداية المجتهد ٢: ١٣٤، وبلغة السالك ٢: ٢٤، وسبل السلام ٣: ٨٤٨.
- (٢) الأم ٣: ٣١، وكفاية الأخيار ١: ١٥٣، والمحلى ٨: ٤٩٢، وبداية المجتهد ٢: ١٣٥، وتفسير القرطبي ٣: ٣٤٩.
- (٣) المحلى ٨: ٤٩٢.
- (٤) البقرة ٢٧٨.
- (٥) البقرة: ٢٧٦.
- (٦) معمر بن عبد الله بن نضلة، وقيل: معمر بن عبد الله بن نافع بن نضلة بن عبد العزى بن حريثان بن عوف بن عبيد بن عدي العدوي، أسلم وهاجر إلى الحبشة الهجرة الثانية، وتأخرت هجرته إلى المدينة، وقدمها مع أصحاب السفينتين من الحبشة وعاش عمرا طويلا، روى عن سعيد بن المسيب وبشر بن سعيد. قاله ابن الأثير في أسد الغابة ٤: ٤٠٠.

عليه وآله قال: " الطعام بالطعام مثلا بمثل " وطعامنا يومئذ الشعير (١)، فثبت أن الطعام ينطلق عليهما، فلذلك رده. وبه قال عمر، وسعد بن أبي وقاص (٢)، ولا مخالف لهما.

مسألة ٦٧: الثياب بالثياب، والحيوان بالحيوان لا يجوز بيع بعضه ببعض نسية، متماثلا ولا متفاضلا، ويجوز ذلك نقدا، وبه قال أبو حنيفة (٣).

وقال الشافعي: يجوز ذلك نقدا ونسية (٤).

وقد روي ذلك أيضا في أخبارنا (٥).

دليلنا: إنا أجمعنا على جواز ذلك نقدا، ولا دليل على جوازه نسية، وطريقة الاحتياط تقتضي المنع منه.

وروى الحسن، عن سمرة أن النبي صلى الله عليه وآله نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسية (٦).

وروى جابر أن النبي صلى الله عليه وآله قال: " الحيوان بالحيوان واحدا باثنين لا بأس به نقدا، ولا يجوز نسية، ولا يجوز إلى أجل " (٧).

(١) رواه مسلم في صحيحه ٣: ١٢١٤ حديث ٩٣، والدارقطني في سننه ٣: ٢٤، وأحمد بن حنبل في مسنده ٦: ٤٠٠، والبيهقي في سننه الكبرى ٥: ٢٨٣، باختلاف يسير في اللفظ.

(٢) المحلى ٨: ٤٩١.

(٣) عمدة القاري ١٢: ٤٤، وشرح فتح القدير: ٢٩٠، والمجموع ٩: ٤٠٣، وبداية المجتهد ٢: ١٣٣.

(٤) المجموع ٩: ٤٠٢ - ٤٠٣، وعمدة القاري ١٢: ٤٤، وبداية المجتهد ٢: ١٣٣، وسنن الترمذي ٣: ٥٣٩.

(٥) انظرها في الكافي ٥: ١٩٠ - ١٩١ (باب المعارضة في الحيوان)، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٧٧ حديث ٧٩٧.

و ٨٠٠، والتهذيب ٧: ١١٨ - ١١٩ حديث ٥١١ - ٥١٧.

(٦) سنن ابن ماجة ٢: ٦٣٧ حديث ٢٢٧٠، وسنن أبي داود ٣: ٢٥٠ حديث ٣٣٥٦، وسنن الترمذي

٣: ٥٣٨ حديث ١٢٣٧، ورواه البيهقي في سننه الكبرى ٥: ٢٨٨ باختلاف يسير في ألفاظه.

(٧) سنن الترمذي ٣: ٥٣٩ حديث ١٢٣٨، ورواه ابن ماجة في سننه ٢: ٧٦٣ حديث ٢٢٧٠ باختلاف يسير في ألفاظه.

مسألة ٦٨: بيع الحيوان بالحيوان جائز، متفاضلا ومتماثلا نقدا، سواء كانا كسيرين أو صحيحين، أو أحدهما كسيرا والآخر صحيحا. وبه قال الشافعي، وأجاز نقدا ونسيئة (١).

وقال مالك: إذا كانا كسيرين لا يصلحان لغير الذبح، وكان مما يؤكل لحمه كالنعم، ولا ينتفع به بنتاج ولا ركوب، ولا يصلح لشيء غير اللحم، لم يجز بيع بعضه ببعض (٢).

دليلنا: الآية، وهي قوله تعالى: "وأحل الله البيع وحرم الربوا" (٣) فمن خصصه فعليه الدليل.

مسألة ٦٩: الطين الذي يأكله الناس حرام، لا يحل أكله ولا بيعه. وقال الشافعي: يجوز ذلك، ولا ربا فيه (٤).

دليلنا: إجماع الفرقة، وأخبارهم (٥).

وأیضا روي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال لعائشة: "لا تأكله يا حميراء فإنه يصفر اللون" (٦) وهذا نهى يقتضي التحريم.

مسألة ٧٠: الماء لا ربا فيه.

(١) الأم ٣: ٣٧، والمجموع ٩: ٤٠٢، وسنن الترمذي ٣: ٥٣٨ ذيل حديث ١٢٣٧، وبداية المجتهد ٢: ١٣٣.

(٢) بداية المجتهد ٢: ١٣٣، والمجموع ٩: ٤٠٢.

(٣) البقرة: ٢٧٥.

(٤) المجموع ٩: ٣٩٨.

(٥) أنظر ما رواه الشيخ الكليني في الكافي ٦: ٢٦٥ حديث ١ - ٩، والشيخ الصدوق في ثواب الأعمال: ٢٩٣، وعلل الشرائع ٢: ٥٣٢ حديث ١ - ٥، والبرقي في محاسنه ٢: ٥٦٥ باب أكل الطين.

(٦) روي أيضا بلفظين آخرين نصهما: "يا حميراء لا تأكلي الطين فإنه يصفر اللون" و "يا حميراء لا تأكلي

الطين فإن فيه ثلاث خصال يورث الداء، ويعظم البطن، ويصفر اللون". ذكر ذلك مصطفى عبد القادر عطا، في تعليقه على أحاديث أكل الطين الواردة في كتاب "التذكرة في الأحاديث المشتهرة" للزركشي صفحة: ١٥٥ - ١٥٦، والموضوعات لابن الجوزي ٣: ٣٣ فلاحظ.

وللشافعي فيه وجهان:
أحدهما: فيه الربا. والثاني: لا ربا فيه (١).
دليلنا: إنه ليس بمكيل ولا موزون فيدخل تحت الأخبار (٢)، وقد بينا أنه
لا ربا إلا فيما يكال أو يوزن (٣).
مسألة ٧١: يجوز بيع الخبز بعضه ببعض مثلا بمثل، إذا كانا من جنس
واحد، وإن كانا مختلفي الجنس جاز متفاضلا، سواء كان يابسا أو ليّنا.
وقال الشافعي: إن كان ليّنا لا يجوز بيع بعضه ببعض، لا متماثلا
ولا متفاضلا. وأما إذا جف ودق فالصحيح أنه لا يجوز، ذكره في الأم (٤)، وقال
في الحرملة: يجوز (٥).
دليلنا: قوله تعالى: " وأحل الله البيع وحرم الربوا " (٦) وهذا بيع، فمن منع منه
فعليه الدلالة.
مسألة ٧٢: لا ربا في المعدودات، ويجوز بيع بعضها ببعض متماثلا
ومتفاضلا، نقدا ونسيئة.
وللشافعي فيه قولان:
قال في القديم مثل ما قلناه (٧).

-
- (١) المجموع ٩: ٣٩٥ - ٣٩٦ و ٣٩٨.
(٢) رواها الشيخ الكليني في الكافي ٥: ١٤٦، حديث ١٠، والشيخ الصدوق في من لا يحضره الفقيه ٣:
١٧٥
حديث ٧٨٦، والشيخ المؤلف في التهذيب ٧: ١٩ حديث ٨١.
(٣) أنظر إلى بيان المؤلف قدس سره في المسألة ٦٣ المتقدمة.
(٤) الأم ٣: ٧٩، والمجموع ١١: ١٢٤، والشرح الكبير ٤: ١٦٣.
(٥) المجموع ١١: ١٢٥، والشرح الكبير ٤: ١٦٣.
(٦) البقرة: ٢٧٥.
(٧) المجموع ٩: ٣٩٧، وفتح العزيز ٨: ١٦٩.

وقال في الجديد: فيه الربا إذا كان مطعوما - مثل السفرجل والرمان
والبطيخ وما أشبه ذلك - فعلى هذا يجوز بيع جنس بجنس غيره متفاضلا يدا بيد،
مثل رمانة بسفرجلتين، وسفرجلة بنخوختين، وما أشبه ذلك، لأن التفاضل
لا يحرم في جنسين، وإنما يحرم النسبية والتفرق قبل القبض (١).
وأما الجنس الواحد فإنه لا يجوز بيع بعضه ببعض متفاضلين، مثل رمانة
برمانتين، وسفرجلة بسفرجلتين، وخوخة بنخوختين، وبطيخة ببطيختين.
وهل يجوز بيع بعضه ببعض متساويين؟ نظر فيه:
فإن كان مما يبس ويبقى منفعتة يابسا - مثل الخوخ والكمثرى - فإنه لا يجوز
بيع الرطب بالرطب حتى يبس.
وإن كان مما لا يبس مثل القثاء وما أشبه ذلك، أو كان رطبا لا يصير
تمرا، أو عنبا لا يصير زيبيا، ففيه قولان:
أحدهما: لا يجوز بيع بعضه ببعض، وإنما يباع بغير جنسه، وهو مذهبه
المشهور (٢).
والقول الثاني: يجوز بيع بعضه ببعض (٣).
دليلنا: الآية (٤)، وأيضا الأصل الإباحة، والمنع منه يحتاج إلى دليل، وأيضا
عليه إجماع الفرقة، وأخبارهم (٥) تدل على ذلك.
مسألة ٧٣: يجوز بيع الطعام بالدقيق إذا كان من جنسه، مثلا بمثل، يدا

-
- (١) مختصر المزني: ٧٧، والمجموع ٩: ٣٩٧، وفتح العزيز ٨: ١٦٩.
(٢) مختصر المزني ٧٧، وبداية المجتهد ٢: ١٣٨، والمغني لابن قدامة ٤: ١٤٥، وفتح العزيز ٨: ١٦٩.
(٣) المغني لابن قدامة ٤: ١٤٥، وفتح العزيز ٨: ١٦٩.
(٤) البقرة ٢٧٥.
(٥) الكافي ٥: ١٩١، حديث ٨، والتهذيب ٧: ١١٧ - ١١٩ حديث ٥١٠ و ٥١٣ و ٥١٥ و ٥١٧ و ٥١٨،
ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٧٧ حديث ٧٩٧ و ص ١٧٨ حديث ٨٠٧.

بيد، ولا يجوز نسيئة. وإن كان من غير جنسه يجوز متفاضلا ومتماثلا. وقال الشافعي: لا يجوز بيع الدقيق بالحنطة مثلا بمثل، ولا متفاضلا لا بالوزن ولا بالكيل (١). وبه قال حماد بن أبي سليمان، والحكم، والحسن البصري، ومكحول، والثوري، وأبو حنيفة وأصحابه (٢). وقال أبو الطيب بن سلمة من أصحاب الشافعي بجوازه (٣). وحكي عن الكرابيسي أنه قال، قال أبو عبد الله: يجوز بيع الحنطة بدقيقها (٤).

فقال ابن الوكيل: أراد بذلك الشافعي، فصار ذلك قولاً آخر له (٥). وسائر أصحابه ذهبوا إلى الأول، وقالوا: إنه لم يرد به الشافعي، وإنما أراد به أحمد أو مالكا، لأن كلاهما يكنى أبا عبد الله، وهما مخالفان في المسألة (٦). وذهب مالك، وابن شبرمة، وربيعه، والليث بن سعد، وقتادة، والنخعي إلى أنه يجوز بيع الحنطة بدقيقها، كيلا بكيل متماثلا (٧). وقال أحمد وإسحاق والأوزاعي: يجوز بيع الحنطة بدقيقها، وزنا بوزن، ولا يجوز كيلا بكيل متماثلا (٨).

-
- (١) الأم ٣: ٧٩، ومختصر المزني ١: ٧٧، والمجموع ١١: ١١٣، وفتح العزيز ٨: ١٨٠، والمغني لابن قدامة ٤: ١٥٣، والشرح الكبير ٤: ١٥٩.
- (٢) بداية المجتهد ٢: ١٣٧، والمغني لابن قدامة ٤: ١٥٣، والمجموع ١١: ١١٣، والشرح الكبير ٤: ١٥٩.
- وفتح العزيز ٨: ١٨٠، والفتاوي الهندية ٣: ١١٨.
- (٣) المجموع ١١: ١٠٩ و ١١٣، وفتح العزيز ٨: ١٨٠.
- (٤) المجموع ١١: ١١١ وفتح العزيز ٨: ١٨٠.
- (٥) المجموع ١١: ١١٤.
- (٦) المجموع ١١: ١١٤، وفتح العزيز ٨: ١٨٠.
- (٧) الموطأ ٢: ٦٤٨، وبداية المجتهد ٢: ١٣٦ - ١٣٧، والمجموع ١١: ١١٣، وفتح العزيز ٨: ١٨٠، والمغني لابن قدامة ٤: ١٥٣، والشرح الكبير ٤: ١٥٩.
- (٨) المغني لابن قدامة ٤: ١٥٣، والشرح ٤: ١٥٩، والمجموع ١١: ١١٣، وفتح العزيز ٨: ١٨١.

وقال أبو ثور: الحنطة والدقيق جنسان، يجوز بيع أحدهما بالآخر، متماثلا ومتفاضلا (١).

دليلنا: إن الأصل جوازه، والمنع يحتاج إلى دلالة. وأيضا قوله تعالى: " وأحل الله البيع " (٢) وهذا بيع، وتخصيصها يحتاج إلى دليل، ولا دلالة. مسألة ٧٤: يجوز بيع الحنطة بالسويق منه، وبالخبز، وبالفالودج المتخذ من النشأ مثلا بمثل.

وقال الشافعي: لا يجوز ذلك، ولا بيع شئ منها بالآخر (٣). دليلنا: ما قلناه في المسألة الأولى سواء، من الآية ودلالة الأصل، وإن المنع والتخصيص يحتاج إلى دلالة. مسألة ٧٥: يجوز بيع دقيق الحنطة بدقيق الحنطة، ودقيق الشعير بدقيق الشعير، مثلا بمثل.

وقال الشافعي: لا يجوز (٤). وروى المزني في المنتور أنه يجوز، كذلك كل جنس من المطعومات التي فيها الربا (٥).

وقال أبو حنيفة: يجوز ذلك إذا تساويا في اللين والخشونة (٦).

-
- (١) المغني لابن قدامة ٤: ١٥٣، والمجموع ١١: ١١٢، والشرح الكبير ٤: ١٥٩.
- (٢) البقرة: ٢٧٥.
- (٣) مختصر المزني: ٧٧، والمجموع ١١: ١١٦ - ١١٧، وفتح العزيز ٨: ١٨٠ والمغني لابن قدامة ٤: ١٥٢ - ١٥٤.
- وشرح فتح القدير ٤: ١٦٠، ومغني المحتاج ٢: ٢٦.
- (٤) المجموع ١١: ١١٧ - ١١٨، والمغني لابن قدامة ٤: ١٥٢. والشرح الكبير ٤: ١٦٢، وشرح فتح القدير ٥: ٢٥٩.
- (٥) المجموع ١١: ١١٧ - ١١٨، وفتح العزيز ٨: ١٨١.
- (٦) اللباب ١: ٢٥٨، والمجموع ١١: ١١٩، والمغني لابن قدامة ٤: ١٥٣، والشرح الكبير ٤: ١٦٢، وبدائع الصنائع ٥: ١٨٧، وشرح فتح القدير ٥: ٢٨٩.

دليلنا: قوله تعالى: " وأحل الله البيع " (١) والمنع منه يحتاج إلى دليل.
مسألة ٧٦: يجوز بيع الدقيق بالسويق مثلا بمثل. وبه قال أبو يوسف،
ومالك، إلا أنهما قالوا: ويجوز أيضا متفاضلا (٢).
وقال الشافعي: لا يجوز ذلك (٣). وبه قال أبو حنيفة (٤)، إلا ما رواه
أبو يوسف عنه من جوازه في الأصول (٥).
دليلنا: ما قلناه في المسألة الأولى سواء.
مسألة ٧٧: يجوز بيع خل الزبيب بخل الزبيب مثلا بمثل، ولا يجوز
متفاضلا، وبيع خل التمر بخل التمر.
وقال الشافعي: لا يجوز ذلك (٦).
دليلنا: قوله تعالى: " وأحل الله البيع " (٧) والمنع منه يحتاج إلى دلالة.
مسألة ٧٨: يجوز بيع خل الزبيب بخل العنب مثلا بمثل، ولا يجوز متفاضلا.
وقال الشافعي: لا يجوز ذلك (٨).
دليلنا: الآية (٩)، ودلالة الأصل، والمنع يحتاج إلى دليل.

-
- (١) البقرة: ٢٧٩.
(٢) الموطأ ٢: ٦٤٦، والمجموع ١١: ١٢١، والفتاوى الهندية ٣: ١١٩، والمغني لابن قدامة ٤: ١٥٤،
والشرح
الكبير ٤: ١٦٢، وشرح فتح القدير ٥: ٢٩٠.
(٣) مختصر المزني: ٧٧، والمجموع ١١: ١٢١، واللباب ٢: ٤٠، والمغني لابن قدامة ٤: ١٥٤، والشرح
الكبير
٤: ١٦٢.
(٤) اللباب ١: ٢٥٨، والمجموع ١١: ١٢١، والفتاوى الهندية ٣: ١١٩، وشرح فتح القدير ٥: ٢٨٩.
(٥) المجموع ١١: ١٢١.
(٦) الأم ٣: ٨١، ومختصر المزني: ٧٧، والوجيز ١: ١٣٧، والمجموع ١١: ١٤٢ و ١٤٤، وفتح العزيز
٨: ١٨٢.
(٧) البقرة: ٢٧٥.
(٨) الأم ٣: ٨١، والوجيز ١: ١٣٧، والمجموع ١١: ١٤٢، وفتح العزيز ٨: ١٨٢.
(٩) البقرة: ٢٧٥.

مسألة ٧٩: يجوز بيع خل الزبيب بخل التمر، متماثلاً ومتفاضلاً.
وقال الشافعي فيه قولين:
أحدهما: يجوز إذا لم يعتبر الربا في الماء (١). والآخر: لا يجوز إذا اعتبر الربا في
الماء (٢).
دليلنا: الآية (٣)، ودلالة الأصل، والمنع يحتاج إلى دليل.
مسألة ٨٠: لا يجوز بيع مكييل بمكييل جزافاً، سواء كان ذلك في الحضر أو في
السفر. وبه قال الشافعي وأبو حنيفة (٤).
وقال مالك: إذا كان المبيع في البدو يجوز بيع الصبرة بالصبرة بالتخمين
والحرز (٥).
دليلنا: ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه نهى عن بيع
الغرر (٦) (٧)، وهذا غرر.

-
- (١) الأم ٣: ٨١، ومختصر المزني: ٧٧، والمجموع ١١: ١٤٦ وفتح العزيز ٨: ١٨٢.
(٢) الأم ٣: ٨١، والمجموع ١١: ١٤٥ - ١٤٦، وفتح العزيز ٨: ١٨٢.
(٣) قوله تعالى: "وأحل الله البيع وحرم الربا" البقرة: ٢٧٥.
(٤) الأم ٣: ٦٥، والمجموع ٩: ٢١١، والوجيز ١: ١٣٧، وفتح العزيز ٨: ١٦٩، وبداية المجتهد ٢:
١٤٥،
والمبسوط ١٢: ١٩١، والسراج الوهاج: ١٧٨، ومغني المحتاج ٢: ٢٥.
(٥) الموطأ ٢: ٦٤٧، وبداية المجتهد ٢: ١٤٥، وفتح العزيز ٨: ١٦٩ - ١٧٠، وفتح الرحيم ٢: ١١٠،
واللباب ١: ٢٢٤.
(٦) الغرر في اللغة: كل ماله ظاهر محبوب وباطن مكروه. وفي الاصطلاح: كل ما هو مجهول الحصول
ومجهول الصفة.
(٧) سنن الترمذي ٣: ٥٣٢ حديث ١٢٣٠، وسنن الدارقطني ٣: ١٥ حديث ٤٦ و ٤٧، ومسند أحمد بن
حنبل ١: ٣٠٢، وسنن الدارمي ٢: ٢٥١، والموطأ ٢: ٦٦٤ حديث ٧٥، وصحيح مسلم ٣: ١١٥٣
حديث ١٥١٣، وسنن النسائي ٧: ٢٦٢، وسنن أبي داود ٣: ٢٥٤ حديث ٣٣٧٦، وسنن ابن ماجه
٢: ٧٣٩ حديث ٢١٩٤ و ٢١٩٥، والسنن الكبرى ٥: ٣٣٨، ودعائم الإسلام ٢: ٢١ وعيون
أخبار الرضا ٢: ٤٥ حديث ١٦٨.

وما روي عن أئمتنا عليهم السلام من أنه نهى عن بيع الصبرة بالصبرة (١)، ولا يدري ما كيل هذه من كيل هذه، وهذا نص.
مسألة ٨١: يجوز بيع الشيرج ببعضه ببعض، متماثلا يدا بيد. وبه قال جميع أصحاب الشافعي (٢)، إلا ابن أبي هريرة فإنه منع منه (٣).
دليلنا: الآية، ودلالة الأصل، والمنع يحتاج إلى دليل.
مسألة ٨٢: يجوز بيع زيت الزيتون بزيت الفجل متفاضلا.
وللشافعي فيه قولان:
أحدهما: مثل ما قلناه، لأنهما جنسان (٤). والآخر. لا يجوز، لأنهما يجمعهما اسم زيت (٥).
دليلنا: الآية (٦)، ودلالة الأصل، والمنع يحتاج إلى دليل.
مسألة ٨٣: دهن البذر (٧) والسّمك فيه الربا.
وقال الشافعي: لا ربا فيه (٨).

(١) لم أفق على ما نسبته الشيخ قدس سره إلى أئمتنا عليهم السلام من نهى النبي صلى الله عليه وآله وباللفظ المذكور. نعم روى النسائي في سننه عن جابر عن النبي صلى الله عليه وآله قال: لا تباع الصبرة من الطعام بالصبرة من الطعام. انظر ذلك في ٧: ٢٧٠، وعنه أيضا قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع الصبرة من التمر لا يعلم مكيلها بالكيل المسمى من التمر انظر ٧: ٢٦٩ وصحيح مسلم ٣: ١١٦٢ حديث ٤٢.
(٢) الأم ٣: ٢٨، والمجموع ١١: ١٣٩ و ١٤١.
(٣) المجموع ١١: ١٣٩.
(٤) الأم ٣: ٢٢ و ٢٨ ومختصر المزني: ٧٧، والمجموع ٩: ٣٩٨.
(٥) المجموع ٩: ٣٩٨.
(٦) البقرة: ٢٧٥.
(٧) أي بذر الكتان وغيره مما يستخرج منه الدهن.
(٨) الأم ٣: ٢٣ و ٢٨، ومختصر المزني: ٧٧، والمجموع ٩: ٣٩٦ و ٣٩٨.

وفي أصحابه من قال مثل ما قلناه (١).
دليلنا: إجماع الفرقة على أن كل مكيل وموزون فيه الربا، وهذا إما أن
يكال أو يوزن بحسب عادة البلاد، فقد دخل تحته، وطريقة الاحتياط أيضا
تقتضي المنع منه.

مسألة ٨٤: عصير العنب والسفرجل، والتفاح، والرمان، والقصب وغير
ذلك يجوز بيع جنس واحد منه بعضه ببعض، مثلا بمثل، نيئا كان أو مطبوخا،
ولا يجوز متفاضلا.

وقال الشافعي: إن كان نيئا مثل ما قلناه. وإن كان مطبوخا لا يجوز (٢).

دليلنا: الآية (٣)، ودلالة الأصل، والمنع يحتاج إلى دليل.

مسألة ٨٥: العسل الذي فيه الشمع - وهو الشهد - يجوز بيع بعضه ببعض،
مثلا بمثل.

وقال الشافعي: لا يجوز ذلك، سواء كان الشمع فيهما أو في أحدهما (٤).

دليلنا: الآية (٥)، ودلالة الأصل، والمنع يحتاج إلى دلالة.

مسألة ٨٦: العسل الذي صفي يجوز بيع بعضه ببعض متماثلا، سواء صفي
بالشمس أو بالنار.

وقال الشافعي: إن صفي بالشمس يجوز بيع بعضه ببعض مثلا بمثل، وإن
صفي بالنار نظر، فإن كان قد أذيب بالنار وأخذ أول ما ذاب قبل أن ينعقد
أجزائه يجوز ذلك مثلا بمثل، وإن ترك حتى انعقد أجزاءه وثنخ لم يجز بيع

(١) المجموع ٩: ٣٩٦ و ٣٩٨.

(٢) الأم ٣: ٢٣، ومختصر المزني: ٧٧، والمجموع ١١: ١٣٧ - ١٣٨.

(٣) البقرة: ٢٧٥.

(٤) الأم ٣: ٢٤، ومختصر المزني: ٧٧، وفتح العزيز ٨: ١٨٤، والمجموع ١١: ٩٦.

(٥) البقرة: ٢٧٥.

بعضه ببعض (١).
دليلنا: الآية (٢)، ودلالة الأصل، والمنع يحتاج إلى دليل.
مسألة ٨٧: يباع العسل بالعسل وزنا دون الكيل، مثلا بمثل. وبه قال
الشافعي نصا (٣).
وقال أبو إسحاق المروزي: يباع كيلا، لأن أصله الكيل (٤).
دليلنا: إنا قد أجمعنا على صحة بيعه وزنا، ولا دليل على جواز بيعه كيلا.
وأیضا فإننا لو بعناه كيلا لم نأمن فيه التفاضل، وإذا وزناه أمنا من ذلك فيه وأيضا
المرجع في ذلك إلى العادة، ولم تجر العادة ببيع العسل والسمن إلا بالوزن.
مسألة ٨٨: يجوز بيع مد من طعام بمد من طعام وإن كان في أحدهما فضل،
وهو عقد التبن، أو زوان - وهو حب أصغر منه دقيق الطرفين - (٥) أو شيلم (٦)
وهو معروف.
وقال الشافعي: لا يجوز (٧).
دليلنا: الآية (٨)، ولا مانع يمنع منه.
مسألة ٨٩: الألبان أجناس مختلفة، فلبن الغنم الأهلي جنس واحد وإن
اختلفت أنواعه، ولبن الغنم الوحشي - وهو الظباء - جنس آخر.

-
- (١) المجموع ١١: ١٠٠ - ١٠١.
(٢) البقرة: ٢٧٥.
(٣) الأم ٣: ٢٤، ومختصر المزني: ٧٧، والمجموع ١١: ١٠١.
(٤) المجموع ١١: ١٠١.
(٥) الزوان: بكسر الزاي مع الواو، نبات عشبي ينبت غالبا بين البر حبه يشبه حبه إلا أنه أصغر منه،
فيكسب البر رداءة.
(٦) الشيلم: حب ينبت غالبا بين الحنطة فيكسبها رداءة.
(٧) الأم ٣: ٢٤، ومختصر المزني: ٧٧.
(٨) البقرة: ٢٧٥.

وكذلك لبن البقر الأهلي جنس واحد وإن اختلفت أنواعه، والجواميس منها، ولبن البقر الوحشي جنس آخر.

ولبن الإبل جنس بانفراده وإن اختلفت أنواعه، وليس في الإبل وحشي. وللشافعي فيه قولان: أحدهما مثل ما قلناه (١). والثاني: أن الألبان كلها جنس واحد (٢).

دليلنا على اختلاف أجناسها: أن الاسم يتناول كل واحد منها ولا يتناول الآخر، ولأن أصول هذه الألبان أجناس مختلفة، فوجب في الألبان مثله.

مسألة ٩٠: يجوز بيع اللبن بالزبد متماثلاً، ولا يجوز متفاضلاً. وقال الشافعي: لا يجوز (٣).

دليلنا: الآية (٤)، ودلالة الأصل، والمنع يحتاج إلى دلالة.

مسألة ٩١: يجوز بيع اللبن الحليب بالدوغ - وهو المخيض - مثلاً بمثل. وقال الشافعي: لا يجوز (٥).

دليلنا: الآية (٦)، ودلالة الأصل، ولا مانع يمنع عنه.

مسألة ٩٢: يجوز بيع اللبن بالجبن، والمصل، والأقط مثلاً بمثل. وقال الشافعي: لا يجوز (٧).

دليلنا: الآية (٨)، والمنع يحتاج إلى دليل.

-
- (١) الأم ٣: ٢٧، ومختصر المزني: ٧٧، والمجموع ١١: ١٦٩ و ١٨٧.
- (٢) المجموع ١١: ١٦٤ و ١٨٧.
- (٣) الأم ٣: ٢٧، ومختصر المزني: ٧٧، والمجموع ١١: ١٧١ - ١٧٢.
- (٤) البقرة: ٢٧٥.
- (٥) المجموع ١١: ١٧٥.
- (٦) البقرة: ٢٧٥.
- (٧) المجموع ١١: ١٩٣.
- (٨) البقرة: ٢٧٥.

مسألة ٩٣: بيع الزبد بالزبد يجوز متماثلاً، ولا يجوز متفاضلاً.
وقال الشافعي: لا يجوز بيع بعضه ببعض (١).
دليلنا: الآية (٢)، ودلالة الأصل، والمنع يحتاج إلى دليل.
مسألة ٩٤: بيع الجبن بالجبن، والأقط بالأقط، والمصل بالمصل يجوز.
وقال الشافعي: لا يجوز (٣).
دليلنا: ما قلناه في المسألة الأولى سواء.
مسألة ٩٥: الجبن، والأقط، والسمن، والمصل كل واحد منها بالآخر يجوز
متماثلاً، ولا يجوز متفاضلاً.
وقال الشافعي: لا يجوز بيع بعضه ببعض على حال (٤).
دليلنا: الآية (٥)، ودلالة الأصل، والمنع يحتاج إلى دليل.
وأما التفاضل فلأننا قد بينا أن كل موزون ومكيل ففيه الربا إذا كان
الجنس واحداً (٦)، وهذه جنس واحد.
مسألة ٩٦: بيع الزبد بالسمن مثلاً بمثل يجوز.
وقال الشافعي: بيع بعضه ببعض لا يجوز أصلاً (٧).
دليلنا: الآية (٨) ودلالة الأصل، والمنع يحتاج إلى دليل.

-
- (١) المجموع ١١: ١٨٣.
(٢) البقرة: ٢٧٥.
(٣) المجموع ١١: ١٩٣، وفتح العزيز ٨: ١٨٣.
(٤) المجموع ١١: ١٨٧ - ١٨٨.
(٥) البقرة: ٢٧٥.
(٦) أنظر ما بينه في المسألة " ٦٣ " المتقدمة.
(٧) الأم ٣: ٢٧، ومختصر المزني: ٧٧، والمجموع ١١: ١٨٩ - ١٩٠، وفتح العزيز ٨: ١٨٣.
(٨) البقرة: ٢٧٥.

مسألة ٩٧: بيع الزبد بالمخيض يجوز مثل بمثل، ونص الشافعي على جوازه (١).

وقال أصحابه: الذي يجيء على قياس مذهبه أنه لا يجوز (٢).

دلينا: الآية (٣)، ودلالة الأصل، والمنع يحتاج إلى دليل.

مسألة ٩٨: يجوز بيع مد من تمر ودرهم بمد من حنطة ودرهم بمد من حنطة، ومد من شعير ودرهم بمد من شعير. وهكذا إذا كان بدل الدرهم في هذه المسائل ثوب أبو خشبة أو غير ذلك مما فيه الربا، أو ما لا ربا فيه.

وهكذا يجوز بيع درهم وثوب بدرهمين، وبيع دينار وثوب بدينارين، وبيع

دينار قاساني ودينار ابريزي بدينارين نيسابوريين.

وجملته أنه يجوز بيع ما يجري فيه الربا بجنسه ومع أحدهما غيره مما فيه ربا أو لا ربا فيه. وبه قال أبو حنيفة (٤).

وقال الشافعي: إن جميع ذلك لا يجوز (٥).

دلينا: إجماع الفرقة، وأخبارهم التي ذكرناها (٦)، وقوله تعالى: "وأحل الله البيع" (٧) وقال: "إلا أن تكون تجارة عن تراض" (٨) وهذه الأشياء كلها بيع

(١) مختصر المزني: ٧٧، والمجموع ١١: ١٩١.

(٢) المجموع ١١: ١٩١.

(٣) البقرة: ٢٧٥.

(٤) الفتاوى الهندية ٣: ٢١٩ - ٢٢٠، والمغني لابن قدامة ٤: ١٧٠، والشرح الكبير ٤: ١٧٠.

(٥) الأم ٣: ٢١، ومختصر المزني: ٧٧، والمغني لابن قدامة ٤: ١٦٩، والشرح الكبير ٤: ١٧٠.

(٦) انظرها في التهذيب ٧: ١٠٤ حديث ٤٤٥ و ٤٤٨ وما بعدها، وانظر ما رواه الشيخ الكليني في الكافي

٥: ٢٤٦ حديث ٩ و ١١.

(٧) البقرة: ٢٧٥.

(٨) النساء: ٢٩.

وتجارة، فيجب أن يكون مباحا لعموم الآيتين، والتخصيص يحتاج إلى دليل.
مسألة ٩٩: إذا باع شاة في ضرعها لبن بلبن كان جائزا.
وقال الشافعي: لا يجوز، لأن ذلك ربا (١).
دليلنا: الآية (٢)، ودلالة الأصل، والمنع يحتاج إلى دليل.
مسألة ١٠٠: إذا باع شاة مذبوحة في ضرعها لبن بلبن كان جائزا.
وقال الشافعي: لا يجوز إن كان في ضرعها لبن يبعها بلبن، وإن لم يكن في
ضرعها لبن كان جائزا (٣).
دليلنا: الآية (٤)، ولا مانع يمنع منه.
مسألة ١٠١: إذا باع شاة في ضرعها لبن، بشاة في ضرعها لبن، كان
جائزا.
وقال جميع أصحاب الشافعي: لا يجوز (٥).
وقال أبو الطيب بن سلمة منهم: يجوز (٦).
دليلنا: الآية (٧)، ولا مانع يمنع منه.
مسألة ١٠٢: القسمة تمييز الحقين، وليس ببيع.
وللشافعي فيه قولان: أحدهما مثل ما قلناه. والآخر أنه بيع (٨).

-
- (١) الأم ٣: ٢٧ - ٢٨ و ٨١، ومختصر المزني: ٧٧، والمجموع ١١: ١٥٢، والمغني لابن قدامة ٤: ١٧٢،
والشرح الكبير ٤: ١٧٣.
(٢) البقرة: ٢٧٥.
(٣) المجموع ١١: ١٥٣ و ١٥٥، وفتح العزيز ٨: ١٨٩.
(٤) البقرة: ٢٧٥.
(٥) المجموع ١١: ١٥٧، وفتح العزيز ٨: ١٨٩.
(٦) المجموع ١١: ١٥٧.
(٧) البقرة: ٢٧٥.
(٨) الوجيز ٢: ٢٤٩، والمجموع ٢٠: ١٧٣، والسراج الوهاج: ٦٠٢، ومغني المحتاج ٤: ٤٢٤.

دليلنا على أنه ليس ببيع: أن لفظ البيع من الإيجاب والقبول ليس بموجود فيه، ولأنه لا خلاف أن القرعة تستعمل في ذلك، ولا تستعمل في شيء من عقود البيع، فدل على أن ليس ببيع.

مسألة ١٠٣: إذا ثبت أنه تمييز الحقين، فإذا كان المال المشترك مكيلا أو موزونا - مما يجري فيه الربا أو مما لا يجري صح بيع بعضه ببعض، مثل الرطب، والعنب، وسائر الثمار وما أشبه ذلك - فإنه يصح القسمة فيه. وللشافعي فيه قولان:

إذا قال: هو تمييز الحقين، قال مثل ما قلناه (١).

وإذا قال: هو بيع، فإن كان المشترك مكيلا أو موزونا لم يجز أن يقتسما ما أصله الكيل إلا كيلا، ولا يجوز وزنا، وما أصله الوزن لا يجوز إلا وزنا (٢) ولا يجوز كيلا.

وعلى القول الآخر: يجوز القسمة كيلا ووزنا وعلى كل حال.

وقال: ما لا يجوز بيع بعضه ببعض مثل الرطب، والعنب، وسائر الثمار، فإن قال إنه بيع لم يجز قسمته، وإذا قال تمييز حق جاز ذلك.

دليلنا: ما قد بينا أن ذلك تمييز الحقين، وليس ببيع، فمن منع منه إنما يمنع منه لما يؤدي إلى الربا، وهذا لا يتم مع ارتفاع البيع.

مسألة ١٠٤: إذا كانت الثمرة على أصولها مشتركة، يصح قسمتها بالحرص، سواء كان فيها العشر أو لم يكن.

وللشافعي فيه قولان: إذا قال إن القسمة بيع لم يجز ذلك، لأنه لا يجوز بيع ما على رؤس النخل بالتمر (٣).

(١) المجموع ١٠: ٤٣٨ - ٤٣٩ و ٢٠: ١٧٣، ومغني المحتاج ٤: ٤٢٤، والوجيز ٢: ٢٤٩ والسراج الوهاج: ٦٠٢.

(٢) المجموع ١٠: ٤٣٨ - ٤٣٩ و ٢٠: ١٧٣، والوجيز ٢: ٢٤٩، ومغني المحتاج ٤: ٤٢٤، والسراج الوهاج: ٦٠٢.

(٣) الوجيز ٢: ٢٤٩، والمجموع ١٠: ٤٣٨ و ٢٠: ١٧٣.

وإذا قال تمييز الحقين، فإن كان مما لا يجب فيه العشر لا يصح فيه القسمة، لأن الخرص لا يجوز فيه، وإن كان مما يجب فيه العشر كالرطب والعنب يجوز، لأنه يجوز فيه الخرص ليعرف مقدار حق الفقراء ويضمنه رب المال (١).

دليلنا: إنا قد بينا القسمة تمييز حق، فإذا ثبت ذلك فالأصل جواز القسمة، والمنع يحتاج إلى دلالة.

مسألة ١٠٥: لا يجوز بيع الرطب بالتمر، فأما بيع العنب بالزبيب، أو ثمرة رطبة بيابسها مثل التين الرطب بالجاف، والخوخ الرطب بالمقعد وما أشبه ذلك، فلا نص لأصحابنا فيه، والأصل جوازه، لأن حملها على الرطب قياس، ونحن لا نقول به.

وقال الشافعي: إن جميع ذلك لا يجوز (٢). وبه قال سعيد بن المسيب، ومالك، والليث بن سعد، وأحمد، وإسحاق، وأبو يوسف، ومحمد (٣). وقال أبو حنيفة: يجوز ذلك كله (٤). وأظن أبا ثور معه.

دليلنا على منع الرطب بالتمر: إجماع الفرقة وأخبارهم (٥)، وعلى جواز

-
- (١) المجموع ١٠: ٤٣٨ و ٢٠: ١٧٣، والوجيز ٢: ٢٤٩.
(٢) الأم ٣: ٢٠ و ٢٥، والمجموع ١٠: ٤٤٠ و ٤٥٠ و ١١: ٣٦، وبداية المجتهد ٢: ١٣٨، والمحلى ٨: ٤٥٩،
والمغني لابن قدامة ٤: ١٤٤، والشرح الكبير ٤: ١٦١، والسراج الوهاج: ١٧٨، ومغني المحتاج ٢: ٢٦.
(٣) عمدة القاري ١١: ٢٩٠، وشرح فتح القدير ٥: ٢٩٢، والمغني لابن قدامة ٤: ١٤٤، والمحلى ٨: ٤٥٩،
وبداية المجتهد ٢: ١٣٨، والمدونة الكبرى ٤: ١٠٢، والمجموع ١٠: ٤٤٠، والشرح الكبير ٤: ١٦١.
(٤) اللباب ١: ٢٥٨، وشرح فتح القدير ٥: ٢٩٢ - ٢٩٣، وعمدة القاري ١١: ٢٩٠، والمجموع ١٠: ٤٤٠،
والمغني لابن قدامة ٤: ١٤٤، وبداية المجتهد ٢: ١٣٨، وفتح العزيز ٨: ١٧٩، والوجيز ١: ١٣٧.
(٥) الكافي ٥: ١٨٩ - ١٩٠ حديث ١٢ و ١٦، والتهذيب ٧: ٩٤ و ٩٧ حديث ٣٩٨ و ٤١٧، والاستبصار ٣: ٩٢ - ٩٣ حديث ٣١٣ - ٣١٤.

الباقى الآية (١) ودلالة الأصل، والمنع يحتاج إلى دليل، وحمله على الرطب قياس، وهو عندنا فاسد.

مسألة ١٠٦: يجوز بيع الرطب بالرطب. وبه قال محمد، وأبو يوسف، ومالك، والمزني (٢).

وقال الشافعي: لا يجوز (٣).

دليلنا: الآية (٤)، ودلالة الأصل، والمنع يحتاج إلى دليل.

مسألة ١٠٧: الرطب الذي لا يصير تمرا يجوز بيع بعضه ببعض، مثل الدقل، والعمري وغيره.

وقال الشافعي: لا يجوز (٥)، وكذلك قال في الفواكه التي لا يمكن إدخالها (٦).

وفي أصحابه من قال مثل ما قلناه (٧).

دليلنا: الآية (٨)، ودلالة الأصل، والمنع يحتاج إلى دليل.

مسألة ١٠٨: الفجل المغروس في الأرض، والشلجم، والجزر إذا اشترى ورقه بشرط القطع أو بغير شرطه، أو أصله بشرط القطع أو بشرط التبقية، فإنه يجوز.

(١) البقرة: ٢٧٥.

(٢) فتح العزيز ٨: ١٧٩، والوجيز ١: ١٣٧، وشرح فتح القدير ٥: ٢٩٤، والمدونة الكبرى ٤: ١٠٢، واللباب ١: ٢٥٨.

(٣) الأم ٣: ٢٠، ومختصر المزني: ٧٧، والمجموع ١٠: ٤٥٠ و ١١: ٣٦، وبداية المجتهد ٢: ١٣٨، والوجيز

١: ١٣٧، وشرح فتح القدير ٥: ٢٩٤، ومغني المحتاج ٢: ٢٦، والسراج الوهاج: ١٧٨.

(٤) البقرة: ٢٧٥.

(٥) الأم ٣: ٢٥، والمجموع ١٠: ٤٤٥ - ٤٤٦، ومغني المحتاج ٢: ٢٦، والسراج الوهاج: ١٧٨.

(٦) المجموع ١٠: ٤٤٦، والسراج الوهاج: ١٧٨، ومغني المحتاج ٢: ٢٦.

(٧) المجموع ١٠: ٤٤٦، والسراج الوهاج: ١٧٨.

(٨) البقرة: ٢٧٥.

وقال الشافعي: أنه إن اشترى ورقه بشرط القطع جاز، وإن لم يشترط ذلك لم يصح (١)، وأما بيع أصله فإنه لا يجوز على حال (٢).
دليلنا: الآية (٣)، والمنع يحتاج إلى دليل.
مسألة ١٠٩: إذا اشترى سلعة من غيره ولم يقبضها، فهلكت في يد البائع، فإنها تهلك من ضمانه، وينفسخ البيع، ولا يجب على المشتري تسليم ثمنها إليه. وبه قال أبو حنيفة والشافعي (٤) إلا أنا نشترط أن يكون البائع لم يمكنه من التسليم، ولم أجد لهم نصا في ذلك.
وقال مالك: لا يفسخ البيع، ويتلف المبيع من ضمان المشتري، وعليه تسليم الثمن إلى البائع، ولا شيء على البائع، إلا أن يكون طالبه المشتري بتسليمه إليه. فلم يسلمه حتى يتلف، فيجب عليه قيمته للمشتري (٥). وبه قال أحمد وإسحاق (٦).
دليلنا على أنه لا يلزمه الثمن: أنه لم يتمكن من العوض، فلا يلزمه لأنه في مقابله، فمتى لم يحصل لم يجب عليه ذلك، والأصل براءة الذمة، وعلى المسألة إجماع الفرقة، وعليها تدل أخبارهم (٧).

-
- (١) المجموع ٩: ٣٠٨، وفتح القدير ٩: ٨٣ - ٨٤.
(٢) المجموع ٩: ٣٠٨، وفتح العزيز ٩: ٨٣ - ٨٤، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٢٥، ومغني المحتاج ٢: ٨٢، والشرح الكبير ٤: ٢٢٥ - ٢٢٦.
(٣) البقرة: ٢٧٥.
(٤) مختصر المزني: ٧٧ - ٧٨، وبدائع الصنائع ٥: ٢٨٩، وعمدة القاري ١١: ٢٥٥، والمغني لابن قدامة ٤: ١٤ و ٢٣٧، وإرشاد الساري ٤: ٥٩، والوجيز ١: ١٤٥، وفتح العزيز ٨: ٤٣٠، وشرح فتح القدير ٥: ١١٦، واللباب ١: ٢٣١، والسراج الوهاج: ١٩١، ومغني المحتاج ٢: ٦٥ - ٦٦.
(٥) مقدمات ابن رشد ٢: ٥٦٣، والمدونة الكبرى ٤: ١٩٢ - ١٩٣، وعمدة القاري ١١: ٢٥٥.
(٦) المغني لابن قدامة ٤: ١٤ و ٢٣٧، وعمدة القاري ١١: ٢٥٥.
(٧) انظرها في الكافي ٥: ١٧١ حديث ٩ و ١٢، والتهذيب ٧: ٢١ حديث ٨٩ - ٩٠.

مسألة ١١٠: الدراهم والدنانير تتعينان بالعقد، فإذا اشترى سلعة بدراهم أو دنانير بعينها لم يجز له أن يسلم غيرها. وبه قال الشافعي (١). وقال أبو حنيفة: لا يتعينان، ويجوز أن يسلم غير ما وقع عليه العقد (٢). دليلنا: إن ما وقع على العقد مجمع على جوازه، وإقامة البدل مقامه يحتاج إلى دليل أو تراض، وليس ها هنا واحد منهما. وأيضا روي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: " لا تبيعوا الذهب بالذهب، ولا الورق بالورق، ولا البر بالبر، ولا الشعير بالشعير، ولا التمر بالتمر، ولا الملح بالملح إلا سواء، عينا بعين، يدا بيد " (٣). فقوله عليه السلام: " عينا بعين " يدل على أنهما يتعينان، ولو كانا لا يتعينان لما كان عينا بعين.

مسألة ١١١: إذا ثبت أنهما يتعينان، فمتى باع دراهم بدنانير، أو دنانير بدراهم، ثم خرج إحداهما زائفا، بأن يكون الدراهم رصاصا، أو الدنانير نحاسا كان البيع باطلا، وبه قال الشافعي وأكثر أصحابه (٤). وقال أبو علي الطبري في الإيضاح من أصحاب الشافعي: ومن أصحابنا من قال البيع صحيح، ومخير فيه (٥).

-
- (١) المجموع ٩: ٣٣٢، وفتح العزيز ٨: ٤٣٠، والمغني لابن قدامة ٤: ١٨٤، والشرح الكبير ٤: ١٩٠.
(٢) بدائع الصنائع ٥: ٢٣٦، والمجموع ٩: ٣٣٢، وفتح العزيز ٨: ٤٣٠، وشرح فتح القدير ٥: ٢٨١ و ٣٨٢، والمغني لابن قدامة ٤: ١٨٤، والشرح الكبير ٤: ١٩٠، والفتاوى الهندية ٣: ٢١٨، والبحر الزخار ٤: ٣٨٨، واللباب ١: ٢٢٩.
(٣) ترتيب مسند الشافعي ٢: ١٥٧ حديث ٥٤٥ - ٥٤٦، والسنن المأثورة: ٢٦٨ حديث ٢٢٦، والسنن الكبرى ٥: ٢٧٦.
(٤) الأم ٣: ٣١، والمجموع ٩: ٣٣٢، وفتح العزيز ٨: ٣٨٩، وبداية المجتهد ٢: ١٩٦ و ١٩٧، والمغني لابن قدامة ٤: ١٧٩، والشرح الكبير ٤: ١٨٢، والوجيز ١: ١٤٦.
(٥) فتح العزيز ٨: ٣٩١ - ٣٨٩.

قال أبو علي الطبري: وفيه نظر، وأكثر أصحابه على الأول، وهو نص للشافعي.

دلينا على بطلان العقد: إن العقد وقع على شيء بعينه، وإذا لم يصح بطل، والتخيير يحتاج إلى دليل، وليس في الشرع ما يدل عليه. مسألة ١١٢: إذا وجد بالدراهم عيباً من جنسه، مثل أن يكون فضة خشنة، أو ذهباً خشيناً، أو يكون سكة مضطربة مخالفة لسكة السلطان، فهو بالخيار بين أن يردده ويسترجع ثمنه وليس له بدله.

فإن كان العيب في الجميع، كان بالخيار بين رد الجميع وبين الرضا به. وإن كان العيب في البعض، كان له رد الجميع لوجود العيب في الصفقة، وليس له أن يرد البعض ويمسك الباقي.

وبه قال الشافعي، إلا أنه قال: إذا وجد العيب في البعض فله أن يرد المعيب دون الصحيح (١).

وله في المسألة قولان: أحدهما مثل ما قلناه. والثاني: ما حكيناه (٢). وإذا قال: له إمساكه، فهل يمسكه بحصة من الثمن أو بجميع الثمن؟ فعلى قولين (٣).

دلينا: أن العيب إذا وجد كان له رد الجميع بلا خلاف، وهل له رد البعض دون الجمع؟ يحتاج إلى دليل، وليس في الشرع ما يدل عليه وحمل على تفريق الصفقة قياس، ونحن لا نقول به.

(١) الأم ٣: ٢٢٥، والمجموع ٩: ٣٢٩، و ١٢: ١٧٣، وفتح العزيز ٨: ٣٨٩، ومغني المحتاج ٢: ٦٠، والمغني

لابن قدامة ٤: ١٨١ - ١٨٢، والشرح الكبير ٤: ١٨٢.

(٢) الأم ٣: ٢٢٥، والمجموع ٩: ٣٢٩ و ١٢: ١٧٣، وفتح العزيز ٨: ٣٨٩، والمغني لابن قدامة ٤: ١٨١ -

١٨٢، والشرح الكبير ٤: ١٨٢.

(٣) فتح العزيز ٨: ٣٩٠، والمغني لابن قدامة ٤: ١٨١ - ١٨٢.

مسألة ١١٣: إذا باع دراهم بدراهم، أو دنانير بدنانير بأعيانها، فوجد ببعضها عيبا من جنسها، كان ذلك عيبا، له رده وفسخ العقد، وله الرضا به. وإن كان العيب من غير جنسه، كان البيع باطلا.

وقال أبو الطيب الطبري من أصحاب الشافعي: الأمران سواء عندي، والبيع باطل، فإنه باع جيدا ومعيبا بجنسه، فينقسم الثمن عليهما على قدر الثمن فيؤدي إلى التفاضل، ويكون مثل أن يبيع دينارا جيدا ودينارا رديا بدينارين (١). دليلنا على صحة البيع: الآية (٢)، وإبطاله يحتاج إلى دليل، وردّها بالعيب وفسخ العقد به لا خلاف فيه.

مسألة ١١٤: إذا باع دراهم بدنانير في الذمة، وتفرقا بعد أن تقابضا، ثم وجد أحدهما بما صار إليه عيبا من جنسه في الكل، كان له رده واسترجاع ثمنه، وكان له الرضا به، وإن أراد إبداله بغير معيب كان له ذلك. وبه قال أبو يوسف، ومحمد، وأحمد (٣)، وهو أحد قولي الشافعي (٤)، وهو اختيار المزني (٥).

والقول الثاني: ليس له ذلك، ويبطل العقد (٦). دليلنا على أن له ذلك: أن ذلك عيب، والعيب لا يدل على بطلان العقد، وإنما يجب للمشتري إما الرضا به أو الفسخ، وإن كان ذلك كذلك كان البيع صحيحا، وله الرضا والفسخ، ومن حكم بطلان العقد فعليه الدلالة.

(١) المجموع ١٠: ٣٦٩.

(٢) البقرة: ٢٧٥.

(٣) المغني لابن قدامة ٤: ١٨٤، والشرح الكبير ٤: ١٨٥، ومختصر المزني ١: ٧٨، والمجموع ١٠: ٩٨.

(٤) مختصر المزني ١: ٧٨، والمجموع ١٠: ٩٨، والمغني لابن قدامة ٤: ١٨٤ - ١٨٥، والشرح الكبير ٤: ١٨٥.

(٥) مختصر المزني ١: ٧٨.

(٦) المجموع ١٠: ٩٨، والمغني لابن قدامة ٤: ١٨٥، والشرح الكبير ٤: ١٨٥.

مسألة ١١٥: إذا باع مائة دينار جياذ ومائة دينار ردية، بمائتي دينار وسط، كان ذلك جائزا.

وقال الشافعي: لا يجوز ذلك (١)، لأن المائة الجيدة تأخذ من المائتين أكثر مما تأخذ الردية فيؤدي إلى التفاضل، كما قال في مدي عجوة (٢).
دليلنا: الآية (٣)، ودلالة الأصل، والمنع يحتاج إلى دليل.
وقوله عليه السلام: " لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا سواء بسواء " (٤) وهذا باعه سواء بسواء، فيجب أن يكون جائزا.

مسألة ١١٦: يجوز بيع دينار صحيح ودينار قراضة بدينارين صحيحين، وبدينارين قراضة، ويجوز بيع درهم صحيح ودرهم مكسر، بدرهمين صحيحين، أو مكسرين.

وقال الشافعي: لا يجوز ذلك لمثل، تعليقه في مدي عجوة بمدي عجوة (٥).
وأما إذا باع دينارين جيدين أو صحيحين بدينارين ردين أو مكسرين، جاز ذلك بلا خلاف بيننا وبين الشافعي، لأن أجزاء الدينارين الجيدين متساوية القيمة، وأجزاء الدينارين الرديين متساوية القيمة، فإذا قسم أحدهما على الآخر على قدر أجزاء المقسوم أخذ كل جزء مثل ما يأخذ الجزء الآخر من عوضه، فلا يؤدي إلى التفاضل.

دليلنا: الآية (٦)، ودلالة الخبر المتناول في جواز بيع الذهب بالذهب سواء

(١) مختصر المزني ٧٨، والوجيز ١: ١٣٧، والمجموع ١٠: ٣٠٦ و ٣١٤ و ٣١٨، وفتح العزيز ٨: ١٧٣.

(٢) العجوة: وهو نوع من تمر المدينة أكبر من الصيحاني يضرب إلى السواد من غرس النبي صلى الله عليه وآله وسلم. النهاية ٣: ١٨٨ مادة "عجا".

(٣) البقرة: ٢٧٥.

(٤) صحيح البخاري ٣: ٩٧.

(٥) المجموع ١٠: ٣٠٦ و ٣٦٥ - ٣٦٦، و ٣٨٣ - ٣٨٥.

(٦) البقرة: ٢٧٥.

بسواء (١) ولم يفصل، فمن فصل فعليه الدلالة، وما اعتبره ضرب من القياس، وعندنا لا يجوز.

مسألة ١١٧: إذا باع سيفاً محلي بفضة بدراهم، أو كان محلي بذهب فباعه بدنانير، وكان الثمن أكثر مما فيه من الذهب أو الفضة، كان ذلك جائزاً وإن كان مثله أو أقل منه لم يجز.

وقال الشافعي: لا يجوز ذلك على كل حال (٢).

دليلنا على ذلك: الآية (٣)، ودلالة الأصل، والمنع يحتاج إلى دليل، ولأنه إذا كان الثمن أكثر، كان ما يقابله مثلاً بمثل، والفاضل ثمن الفضل والغلافة مثل ما قلناه فيما تقدم.

مسألة ١١٨: فإن باع بالسيف بغير جنس حليته، مثل أن يكون محلي بفضة فباعه بدنانير، أو يكون محلي بذهب فباعه بدراهم، كان ذلك صحيحاً على كل حال.

وللشافعي فيه قولان: أحدهما مثل قلناه (٤).

والثاني: لا يجوز، لأنه يبيع وصرّف، وهما عقدان مختلفان في الأحكام، فلم يجز الجمع بينهما في عقد واحد (٥).

دليلنا: الآية (٦)، ودلالة الأصل، والمنع يحتاج إلى دليل، وعليه إجماع الفرقة وأخبارهم (٧)، وكذلك المسألة الأولى.

(١) المتقدم في المسألة السابقة فلاحظ.

(٢) الأم ٣: ٣٣، والمجموع ١٠: ٣٦٤، وبداية المجتهد ٢: ١٩٥.

(٣) البقرة: ٢٧٥.

(٤) الأم ٣: ٣٣، والمجموع ١٠: ٣٦٤.

(٥) الأم ٣: ٣٣، والمجموع ١٠: ٣٦٤.

(٦) البقرة: ٢٧٥.

(٧) الكافي ٥: ٢٤٩ حديث ٢٣، والتهذيب ٧: ١١٢ حديث ٤٨٥ و ص ١١٤ حديث ٤٩٢، والاستبصار

٣: ٩٧ حديث ٣٣٥.

مسألة ١١٩: إذا باع خاتما من فضة بدراهم أكثر مما فيه من الفضة، كان ذلك جائزا.

وقال الشافعي: لا يجوز على كل حال (١).

دليلنا: الآية (٢)، ودلالة الأصل، والمنع يحتاج إلى دليل.

مسألة ١٢٠: فإن بيع الخاتم بذهب كان جائزا.

وللشافعي فيه قولان: أحدهما مثل ما قلناه. والثاني: أنه لا يجوز، لأنه بيع وصرف (٣).

دليلنا: الآية (٤)، ودلالة الأصل، والمنع يحتاج إلى دليل.

مسألة ١٢١: إذا كان مع إنسان دراهم صحاح يريد أن يشتري بها مكسرة

أكثر منها وزنا، فاشترى بالصحاح ذهباً، ثم اشترى بالذهب مكسرة أكثر من

الصحاح، كان جائزا بعد أن يتقابضا ويتفرقا بالأبدان، ولا فرق بين أن يكون

ذلك مرة أو متكررا منه. وبه قال الشافعي (٥).

وقال مالك: إن كان ذلك مرة جاز، وإن تكرر ذلك لم يجز، لأنه يضارع

الربا (٦).

دليلنا: الآية (٧)، ودلالة الأصل، والمنع يحتاج إلى دليل.

وقوله عليه السلام: " إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم " (٨). وهذا

(١) الأم ٣: ٣٣، والمجموع ١٠: ٣٦٤.

(٢) البقرة: ٢٧٥.

(٣) الأم ٣: ٣٣، والمجموع ١٠: ٣٦٤.

(٤) البقرة: ٢٧٥.

(٥) فتح العزيز ٨: ١٦٧.

(٦) فتح العزيز ٨: ١٦٧.

(٧) البقرة: ٢٧٥.

(٨) رواه ابن قدامة في شرحه الكبير على متن المقنع ٤: ١٦٥، وقد روي في مصادر حديثية كثيرة بألفاظ مختلفة دالة على المعنى يطول بيانها.

بيع جنس بغيره، فوجب أن يكون جائزا.
مسألة ١٢٢: اللحمان أجناس مختلفة. وبه قال أبو حنيفة (١).
وللشافعي فيه قولان: أحدهما مثل ما قلناه، وهو اختياره، والصحيح عند أصحابه (٢). والآخر: إنها جنس واحد (٣).
دلينا على أنها أجناس: أنها لحوم أجناس من الحيوان مختلفة، مثل الإبل والبقر والغنم، وينفرد كل جنس منها باسم وحكم في الزكاة (٤)، ولا يضم بعضها لبعض، ولو كان جنسا واحدا لضم بعضها إلى بعض، وذلك باطل بالإجماع.

مسألة ١٢٣: قد بينا أن اللحمان أجناس مختلفة، والسّمك كلما يختص باسم فهو جنس مخالف للجنس الآخر.
وعلى قول الشافعي الذي يقول: إنها جنس واحد (٥)، اختلف قول أصحابه في السّمك، فنص الشافعي على أنها من جنس سائر اللحوم، لأن اسم اللحم يجمعها (٦). وبه قال أبو إسحاق في الشرح، وأبو حامد المروزي في جامعه (٧). وقال أبو علي الطبري في الإفصاح: من قال إن اللحمان صنف واحد

-
- (١) اللباب ١: ٢٥٩، وبداية المجتهد ٢: ١٣٥، والمغني لابن قدامة ٤: ١٥٥، والشرح الكبير ٤: ١٥٥، والمجموع ١٠: ٢٠٢، وفتح العزيز ٨: ١٨٥.
(٢) الأم ٣: ٢٥ - ٢٦، ومختصر المزني: ٧٨، والمجموع ١٠: ١٩٢، وبداية المجتهد ٢: ١٣٥، والمغني لابن قدامة ٤: ١٥٥، والشرح الكبير ٤: ١٥٥، والسراج الوهاج: ١٧٧.
(٣) الأم ٣: ٢٤ و ٢٦، ومختصر المزني: ٧٨، والمجموع ١٠: ١٩٣، والسراج الوهاج: ١٧٧، والمغني لابن قدامة ٤: ١٥٥، والشرح الكبير ٤: ١٥٤، وبداية المجتهد ٢: ١٣٥.
(٤) تقدم في المسألة " ٢ و ١٤ و ١٧ " من كتاب الزكاة فلاحظ.
(٥) المجموع ١٠: ٢١٥، وفتح العزيز ٨: ١٨٥، والسراج الوهاج: ١٧٧، وبداية المجتهد ٢: ١٣٥.
(٦) الأم ٣: ٢٦، والمجموع ١٠: ٢٠٤، ومغني المحتاج ٢: ٢٩.
(٧) أنظر المجموع ١٠: ٢٠٤.

استثنى الحيتان منها، لأن لها اسما أخص من اللحم وهو السمك، فيكون الحيتان على هذا القول جنسا واحدا، وتكون مثل الألبان جنسا واحدا، ولا يدخل في اللحمان (١)، وهو اختيار أبي حامد الأسفرايني في التعليق (٢)، وهو قوي لما ذكره من تناول الاسم له.

دليلنا ما قلناه أولا في المسألة الأولى سواء، فلا معنى لإعادته.

مسألة ١٢٤: بيع اللحم صنف منه بعضه ببعض جائز مثلا بمثل، سواء كان رطبا أو يابسا، ولا يجوز أن يباع الرطب باليابس.

وقال أصحاب الشافعي: إذا قلنا أن اللحوم صنف واحد، أو قلنا أصناف، فباع من الصنف الواحد منها بعضه ببعض، إما أن يكون في حال الرطوبة، أو في حال اليابس والجفاف:

فإن كان في حال الرطوبة، فالذي نص عليه الشافعي أنه لا يجوز (٣).

وذكر أبو العباس بن سريج: أن فيه قولاً آخر، أنه يجوز (٤) قال: الباقون وهذا ليس بمشهور (٥).

وإن كان في حال اليابس، فلا يخلو أن يكون تناهي يبسه، أو بقيت فيه رطوبة، فإن كانت بقيت فيه رطوبة ينقص باليبس، فإنه لا يجوز بيع بعضه ببعض.

وإن تناهى يبسه فلا يخلو من أحد الأمرين: إما أن يكون منزوع العظم أو

(١) حكاة النووي في المجموع ١٠: ٢٠٥، والرافعي في فتح العزيز المطبوع بهامش المجموع ١٠: ١٨٤ - ١٨٥.

(٢) المجموع ١٠: ٢٠٥.

(٣) الأم ٣: ٢٥ و ٢٦ و ٨٠ - ٨١، ومختصر المزني: ٧٨، والمجموع ١١: ٢٠٩ و ٢٢٢، والسراج الوهاج:

١٧٧، والمغني لابن قدامة ٤: ١٥٦.

(٤) فتح العزيز ٨: ١٨٣.

(٥) أنظر ما ذكره النووي في المجموع ١١: ٢٢١ - ٢٢٣ من اختلاف في الأقوال.

فيه عظم، فإن كان منزوع العظم جاز قولاً واحداً. وإن بيع مع العظم قال أبو سعيد الإصطخري: يجوز ذلك (١). وحكي عن أبي إسحاق أنه لا يجوز (٢). دليلنا: الآية (٣)، ودلالة الأصل، والمنع يحتاج إلى دليل.

مسألة ١٢٥: يجوز بيع لحم مطبوخ ببعضه ببعض، وبيع المشوي ببعضه ببعض، وبيع المشوي بالمطبوخ، وبيع المطبوخ أو المشوي بالني. وقال الشافعي: كل ذلك لا يجوز (٤).

وقال: إذا ييس ثم أصابه الندى حتى ابتل لم يبع ببعضه ببعض (٥). دليلنا الآية (٦)، ودلالة الأصل، ولا مانع يمنع منه لأن يبع.

مسألة ١٢٦: لا يجوز بيع لحم الحيوان بالحيوان إذا كان من جنسه، مثل لحم الشاة بالشاة، ولحم بقر ببقر، وإن اختلف لم يكن به بأس. وبه قال في الصحابة أبو بكر (٧)، وهو مذهب مالك، والشافعي، والفقهاء السبعة من أهل المدينة (٨)، إلا أن للشافعي في بيعه بغير جنسه قولين: أحدهما: لا يجوز (٩)، لعموم الخبر.

-
- (١) المجموع ١١: ٢٢١ و ٢٢٣، وفتح العزيز ٨: ١٨٤.
- (٢) المجموع ١١: ٢٢٣، وفتح العزيز ٨: ١٨٤.
- (٣) البقرة: ٢٥٧.
- (٤) الأم ٣: ٨١، والمجموع ١١: ٩١ - ٩٢، وفتح العزيز ٨: ١٨٤، والسراج الوهاج: ٢٠٩.
- (٥) الأم ٣: ٢٦.
- (٦) البقرة: ٢٧٥.
- (٧) مختصر المزني: ٧٨، والمجموع ١١: ١٩٥ و ١٩٩، وفتح العزيز ٨: ١٨٨.
- (٨) مختصر المزني: ٧٨، والمجموع ١١: ١٩٩، والسراج الوهاج: ١٧٩، وكفاية الأخيار ١: ١٥٢، وبداية
- المجتهد ٢: ١٣٦، والمغني لابن قدامة ٤: ١٥٩ - ١٦٠، والشرح الكبير ٤: ١٥٩، والبحر الزخار ٤: ٣٣٧، وفتح العزيز ٨: ١٨٨.
- (٩) الأم ٣: ٨١، والمجموع ١١: ٢٠٩، والوجيز ١: ١٣٨، والسراج الوهاج: ١٧٩، وبداية المجتهد ٢: ١٣٦، والمغني لابن قدامة ٤: ١٥٩ - ١٦٠، والشرح الكبير ٤: ١٥٩، والبحر الزخار ٤: ٣٣٧.

والثاني: يجوز، لأنه يؤمن فيه الربا (١).
وقال أبو حنيفة وأبو يوسف، يجوز (٢)، وهو اختيار المزني (٣).
وقال محمد بن الحسن: يجوز، على اعتبار اللحم الذي في الحيوان، فإن كان
أقل من اللحم الذي في مقابلته يجوز، فيكون مبيعا بقدره من اللحم والزيادة في
مقابلة جلد الحيوان والسواقط، كما قال أبو حنيفة في بيع الشيرج بالسهم،
والزيت بالزيتون (٤).

دلينا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٥).
وروى سعيد بن المسيب أن النبي صلى الله عليه وآله نهى عن بيع اللحم
بالشاة الحية (٦). وفي بعضها أنه نهى عن بيع الحي بالميت (٧).
وروي عن هذا الحديث مسندا، عن سهل بن سعد الساعدي من جهة
الزهري، ومن جهة الحسن عن سمرة، ومن جهة عبد الله بن عمر عن النبي

(١) المجموع ١١: ٢٠٩، والوجيز ١: ١٣٨، وكفاية الأحيار ١: ١٥٢، والسراج الوهاج: ١٧٩، والمغني
لابن

قدامة ٤: ١٥٩ - ١٦٠، والشرح الكبير ٤: ١٥٩، والبحر الزخار ٤: ٣٣٧، وبداية المجتهد ٢: ١٣٦.
(٢) اللباب ١: ٢٥٨، وشرح فتح القدير ٥: ٢٩٠، والمجموع ١١: ١٩٩، وبداية المجتهد ٢: ١٣٦، ونيل
الأوطار ٥: ٣١٤، والمغني لابن قدامة ٤: ١٥٩ - ١٦٠، والشرح الكبير ٤: ١٥٩، والبحر الزخار ٤:
٣٣٧.

(٣) مختصر المزني: ٧٩، والمجموع ١١: ٢٠٠.

(٤) اللباب ١: ٢٥٨، وشرح فتح القدير ٥: ٢٩٠ - ٢٩١، والفتاوى الهندية ٣: ١٢٠، والمجموع ١١:
١٩٩.

ونيل الأوطار ٥: ٣١٤، والبحر الزخار ٤: ٣٣٧.

(٥) الكافي ٥: ١٩١ حديث ٧، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٧٦ حديث ٧٩٤، وانظر عموم الأخبار الدالة
عليه في

الكافي ٥: ١٤٦ حديث ١٠، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٧٥ حديث ٧٨٦، والتهذيب ٧: ٩٤ حديث
٣٩٧.

والاستبصار ٣: ١٠١ حديث ٣٥٠ - ٣٥١.

(٦) المصنف لعبد الرزاق ٨: ٢٧ حديث ١٤١٦٢.

(٧) الموطأ ٢: ٦٥٥ حديث ٦٤ و ٦٦، وسنن الدارقطني ٣: ٧١ حديث ٢٦٥ - ٢٦٦، والسنن الكبرى
٥: ٢٩٦، والمستدرک علی الصحیحین ٢: ٣٥.

صلى الله عليه وآله أنه نهى عن بيع اللحم بالحيوان (١).
وأيضاً إجماع الصحابة.

روي عن ابن عباس أن جزورا نحررت على عهد أبي بكر، فجاء رجل بعناق فقال: اعطوني بهذه العناق، فقال أبو بكر: لا يصلح هذا (٢). ولا يعرف له مخالف (٣).

مسألة ١٢٧: إذا باع لحماً مذكياً بحيوان لا يؤكل لحمه، مثل الحمار والبغل، والبعيد، لم يكن به بأس. وللشافعي فيه قولان (٤). وكذلك إذا باع سمكة بلحم شاة، أو بقرة، أو جمل، أو باع حيواناً بلحم سمك لم يكن به بأس. وللشافعي أيضاً فيه قولان (٥).
دليلنا: الآية (٦)، ودلالة الأصل، والمنع يحتاج إلى دليل.

مسألة ١٢٨: يجوز المسلم أن يشتري من الحربي درهمين بدرهم، ولا يجوز أن يبيعه درهمين بدرهم، بل ينبغي أن يأخذ الفضل ولا يعطيه، وكذلك جميع الأجناس التي فيها الربا.

وقال الشافعي: لا يجوز ذلك، والربا في دار الحرب ودار الإسلام، في جميع ما يجري فيه الربا سواء، ولا فرق فيه بين الدارين، ولا فرق بين المسلمين، وبين

-
- (١) تلخيص لعبد الرزاق ٨: ٢٧ حديث ١٤١٦٥ ورواه النووي في المجموع ١١: ١٩٥.
(٢) تلخيص الحبير ٣: ١٠ حديث ١١٤٣، ورواه ابن قدامة أيضاً في المغني ٤: ١٦٢، وفي الشرح الكبير ٤: ١٥٩، وذكره الشافعي في أمه: ٣: ٨١ بألفاظ أخرى فلاحظ.
(٣) قال الشافعي: لا أعلم مخالفاً لأبي بكر في ذلك. حكاه عنه ابن قدامة في المغني ٤: ١٦٤، والشرح الكبير ٤: ١٥٩ في ذيل الحديث المتقدم.
(٤) الأم ٣: ٨١، والمجموع ١١: ٢١٣ و ٢١٦، وكفاية الأختار ١: ١٥٢، والسراج الوهاج: ١٧٩، والمحلى ٨: ٥١٦.
(٥) الأم ٣: ٢٦، والمجموع ١١: ٢١١، وفتح العزيز ٨: ١٨٨.
(٦) البقرة: ٢٧٥.

مسلم وحربي (١).
وقال أبو حنيفة: إذا باع حربي من مسلم في دار الحرب درهمين بدرهم، أو قفيزين من طعام بقفيز جاز، ولم يكن ذلك ربا (٢).
وحكي عنه أنه قال في رجلين أسلما في دار الحرب ولم يخرجوا إلى دار الإسلام، فتبايعا درهما بدرهمين: أنه يجوز، ولا يكون ذلك ربا (٣).
دليلنا: إجماع الفرقة.

وما روي عنهم عليهم السلام من قولهم: " ليس بيننا وبين أهل حربنا ربا " (٤).

وروى ذلك عمرو بن جميع (٥)، عن أبي عبد الله عليه السلام، عن أبيه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: " ليس بيننا وبين أهل حربنا ربا، نأخذ منهم ألف درهم بدرهم، ونأخذ منهم ولا نعطيهم " (٦) وهذا نص فيما قلناه. مسألة ١٢٩: من باع نخلا مطلعة، فإن كان أبر الطلعة، فالثمرة للبائع، إلا

-
- (١) المجموع ١١: ٢٢٨، والمغني لابن قدامة ٤: ١٧٦، والشرح الكبير ٤: ١٩٩.
(٢) التنف ١: ٤٩٥، واللباب ١: ٢٥٩، وشرح فتح القدير ٥: ٣٠٠، وبدائع الصنائع ٥: ١٩٢، والفتاوى الهندية ٣: ٢٤٨ - ٢٤٩، والمجموع ١٣: ٢٢٨، والمغني لابن قدامة ٤: ١٧٦، والشرح الكبير ٤: ١٩٩، والبحر الزخار ٤: ٣٤٠ و ٣٩١.
(٣) الفتاوى الهندية ٣: ٢٤٨، وبدائع الصنائع ٥: ١٩٢ - ١٩٣، والمغني لابن قدامة ٤: ١٧٦، والشرح الكبير ٤: ١٩٩ - ٢٠٠، والبحر الزخار ٤: ٣٤٠.
(٤) الكافي ٥: ١٤٧ حديث ٢، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٧٦ حديث ٧٩٠، والتهذيب ٧: ١٨ حديث ٧٧.
(٥) أبو عثمان، عمرو بن جميع الأزدي البصري، قاضي الري، ضعفه أكثر من ترجم له، ونسب إليه أنه بثري، عده الشيخ الطوسي وغيره من أصحاب الإمامين الباقر والصادق عليهما السلام. أنظر اختيار معرفة الرجال: ٣٩٠ / ٧٣٣، رجال النجاشي: ٢٠٥، رجال الشيخ الطوسي ١٣١ و ٢٤٩، فهرست: ١١١، الخلاصة: ٢٤١، وتنقيح المقال ٢: ٣٢٦.
(٦) الكافي ٥: ١٤٧ حديث ٢، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٧٦ حديث ٧٩٠، والتهذيب ٧: ١٨ حديث ٧٧.

أن يكون المشتري قد اشترطها وإن لم يكن أبرها فالثمرة للمشتري إلا أن يشترط البائع أن تكون له، وبه قال الشافعي (١).

وقال ابن أبي ليلى: الثمرة للمشتري سواء أبرها أو لم يؤبرها (٢).

وقال أبو حنيفة: الثمرة للبائع سواء أبرها أو لم يؤبرها (٣).

دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٤)، وأيضاً فإن أصل النخل والثمرة للبائع قبل البيع، وانتقل النخل إلى ملك المشتري بالإجماع، ولا دليل على انتقال الثمرة.

وروى سالم، عن أبيه، عن عبد الله بن عمر، عن النبي صلى الله عليه وآله: أنه قال: "من باع نخلاً من بعد أن يؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع" (٥). وهذا نص.

وأخبارنا في هذا المعنى قد أوردناها في الكتاب الكبير (٦).

مسألة ١٣٠: إذا أبر بعض ما في البستان مثل نخلة واحدة، لم يصر الباقي في

(١) الأم ٣: ٤٣ و ٨٣، ومختصر المزني: ٧٩ والمجموع ١١: ٣٣٩، ومغني المحتاج ٢: ٨٦، والسراج الوهاج:

١٩٨، وفتح العزيز ٩: ٤٢، وفتح الباري ٤: ٤٠٢، وشرح فتح القدير ٥: ٩٩، وبداية المجتهد

٢: ١٨٨، وتلخيص الحبير ٩: ٤٠، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٠٦، والشرح الكبير ٤: ٢٠٦.

(٢) بداية المجتهد ٢: ١٨٨، وفتح الباري ٤: ٤٠٢، والمجموع ١١: ٣٣٩، وشرح فتح القدير ٥: ١٠، والمغني

لابن قدامة ٤: ٢٠٦، والشرح الكبير ٤: ٢٠٦.

(٣) الباب ١: ٢٢٧، والفتاوى الهندية ٣: ٣٥، وفتح الباري ٤: ٤٠٢، والمجموع ١١: ٣٣٩، وشرح فتح القدير ٥: ٩٩، وبداية المجتهد ٢: ١١٨، وفتح العزيز ٩: ٤٢، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٠٦، والشرح الكبير ٤: ٢٠٦.

(٤) الكافي ٥: ١٧٧ حديث ١٢ - ١٣، والتهذيب ٧: ٨٧ حديث ٣٦٩ - ٣٧١.

(٥) ترتيب مسند الشافعي ٢: ١٤٨ حديث ٥٠٤، وروى في الموطأ ٢: ٧٢٩، وصحيح مسلم ٣: ١١٧٢ -

١١٧٣ حديث ٧٧ و ٨٠، وسنن الترمذي ٣: ٥٤٦ حديث ١٢٤٤.

(٦) التهذيب ٧: ٨٧ حديث ٣٦٩ - ٣٧١.

حكم المؤبر، فإذا باع نخل البستان كانت ثمرة النخلة المؤبرة للبائع، وما لم يؤبر يكون للمشتري.
وقال الشافعي: إذا كانت واحدة مؤبرة صار الجميع للبائع (١).
وقال جميع أصحابه: حكم جميع الثمار حكم النخل (٢). إلا ابن خيران فإنه قال: التأبير لا يكون إلا في النخل (٣).
دليلنا: ظاهر الخبر الذي قدمناه من أنه إذا باع نخلا قد أبر فثمرته للبائع وما لم يؤبر فللمشتري، وذلك يتناول عين المؤبرة دون غيرها، وما لم يؤبر يتناول حكم المشتري (٤)، كذلك أخبرنا (٥).
مسألة ١٣١: إذا باع نخلا مؤبرا، فقد قلنا أن الثمرة للبائع والأصل للمشتري، فإذا ثبت هذا، فلا يجب على البائع نقل هذه الثمرة حتى يبلغ أبان الجذاذ (٦) في العرف والعادة.
وكذلك إذا باع ثمره منفردة بعد بدو الصلاح فيها، وجب على البائع تركها حتى يبلغ أوان الجذاذ. وبه قال الشافعي (٧).

-
- (١) الأم ٣: ٨٣ - ٨٤ والمجموع ١١: ٣٥٩، وفتح العزيز ٩: ٤٩، والسراج الوهاج: ١٩٩ ومغني المحتاج
٢: ٨٧، وفتح الباري ٤: ٤٠٣.
(٢) المجموع ١١: ٣٥٨ - ٣٥٩، ومغني المحتاج ٢: ٨٦، وفتح الباري ٩: ٥٠، والسراج الوهاج: ١٩٨،
وفتح الباري ٤: ٤٠٣.
(٣) المجموع ١١: ٣٥٩، وفتح العزيز ٩: ٥٠.
(٤) المتقدم في هامش رقم "٥" من المسألة السابقة.
(٥) انظرها في الكافي ٥: ١٧٧ حديث ١٢ - ١٣، والتهذيب ٧: ٨٧ حديث ٣٦٩ - ٣٧١.
(٦) الجذاذ: الجذ، هو القطع.
(٧) الأم ٣: ٤٣، ومختصر المزني: ٧٩، والمجموع ١١: ٤٣٤ - ٤٣٥، وفتح العزيز ٩: ٦٠، وكفاية
الأخبار ١: ١٥٨، والسراج الوهاج: ١٩٩، وشرح فتح القدير ٥: ١٠٠، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٠٧، والشرح
الكبير ٤: ٢٠٦.

وقال أبو حنيفة: يلزمه قطعها، وتفريغ النخل منها (١).
دلينا على وجوب تبقيته: أن المرجع في ذلك إلى العادة، والعادة جارية أن
الثمار لا تشتري إلا على أن تأخذ في أوانها، فأما قبل أوانها فإن ذلك لم تجر به
العادة.

ولأن النبي صلى الله عليه وآله قال: " لا ضرر ولا ضرار " (٢) وقطعها في غير
وقتها فيه ضرر.

مسألة ١٣٢: إذا قال بعتك هذه الأرض، ولم يقل بحقوقها، وفيها بناء
وشجر، لم يدخل في البيع البناء والشجر.

وللشافعي فيه ثلاثة أقوال:

أحدها: يدخل البناء والشجر في البيع (٣). وفي الرهن، قال: لا يدخل فيه
إلا إذا قال بحقوقها (٤).

والثاني: قال بعض أصحابه: لا فرق بين البيع والرهن، ولا يدخل البناء
والشجر فيها إلا أن يقول بحقوقها (٥). مثل قولنا.

ومنهم من قال: لا يدخلان في الرهن إلا أن يقول بحقوقها، ويدخلان في

(١) الباب ١: ٢٢٨، وشرح فتح القدير ٥: ١٠٠، والمجموع ١١: ٤٣٥، وفتح العزيز ٩: ٦٠، والنتف في
الفتاوى ١: ٤٨٣، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٠٧، والشرح الكبير ٤: ٢٠٦.
(٢) الحديث وللفظه الآخر " لا ضرر ولا ضرار " طرق وأسانيد كثيرة لا يسعنا ذكرها، نكتفي بالإشارة إلى
بعضها: الكافي ٥: ١٦٩ حديث ٤، وصحيح البخاري ٣: ٩٣ و ٩٥، وسنن الترمذي ٣: ٥٢٤
حديث ١٢٢١.

(٣) المجموع ١١: ٢٤٧، وفتح العزيز ٩: ١٨، ومغني المحتاج ٢: ٨١، والسراج الوهاج: ١٩٦، والمغني
لابن
قدامة ٤: ٢١٥.

(٤) المجموع ١١: ٢٤٧، ومغني المحتاج ٢: ٨١، والمغني لابن قدامة ٤: ٢١٥.

(٥) المجموع ١١: ٢٤٧، وفتح العزيز ٩: ١٨ - ١٩، ومغني المحتاج ٢: ٨١، والمغني لابن قدامة ٤:
٢١٥

والسراج الوهاج: ١٩٦.

البيع بمطلق العقد (١).
دليلنا: أنه إذا أطلق البيع، فإنما تناول العقد، الأرض دون البناء والشجر،
فمن قال يدخل فيه البناء والشجر فعليه الدلالة، ولا يلزم مثل ذلك إذا قال
بحقوقها، فإن ذلك مجمع عليه، وهو داخل في حقوقها.
مسألة ١٣٣: إذا باع دارا وفيها رحي مبنية، وغلق منصوب، دخل الرحي
التحتاني والغلق في البيع بلا خلاف، وعندنا أن الرحي الفوقاني والمفتاح أيضا
يدخلان فيه.

وللشافعي فيه وجهان: أحدهما مثل ما قلناه (٢).
والثاني: لا يدخلان فيه، لأنهما منفصلان (٣).
دليلنا: أن ذلك من حقوق الدار، لأن هكذا ينتفع بالرحي، وكذلك
ينصب الإغلاق، وهما من حقوقها.

مسألة ١٣٤: الماء الذي في البئر مملوك لصاحب الدار.
وللشافعي فيه وجهان: أحدهما مثل ما قلناه (٤)، وهو اختيار ابن
أبي هريرة (٥).
والثاني: لا يملك، وهو اختيار المروزي أبي إسحاق (٦).
دليلنا على أنه يملك: أنه في ملكه، وله منع الغير منه، ومن التصرف فيه،

-
- (١) فتح العزيز ٩: ١٨ - ١٩، والمجموع ١١: ٢٤٨، والمغني لابن قدامة ٤: ٢١٥.
(٢) المجموع ١١: ٢٦٥ - ٢٧١، وفتح العزيز ٩: ٣٢، ومغني المحتاج ٢: ٨٥، والمغني لابن قدامة ٤:
١١٦
والسراج الوهاج: ١٩٨.
(٣) مغني المحتاج ٢: ٨٥، والمجموع ١١: ٢٦٥ - ٢٧١، وفتح العزيز ٩: ٣٢، والمغني لابن قدامة ٤:
٢١٦
والسراج الوهاج: ١٩٨.
(٤) المجموع ١١: ٢٨٢، وفتح العزيز ٩: ٣٤، والمغني لابن قدامة ٤: ٢١٧.
(٥) حكاة النووي أيضا في المجموع ١١: ٢٨٢.

فدل على أنه ملكه، وقولهم: أنه ليس بمملوك لأنه للمستأجر أن يستيبح الماء من غير أن يشتمل على عقد الإجارة باطل، لأن ذلك معلوم بالعادة، لأن الإنسان لا يؤجر داراً إلا ويبيح التصرف في مائها، فبطل بذلك ما قالوه. مسألة ١٣٥: معدن الذهب يجوز بيعه بالفضة، ومعدن الفضة يجوز بيعه بالذهب.

وللشافعي فيه قولان: أحدهما مثل ما قلناه (١).

والثاني: لا يجوز لأنه يبيع وصرف (٢).

دليلنا قوله تعالى: " وأحل الله البيع " (٣) والأصل أيضا الإباحة، والمنع من ذلك يحتاج إلى دليل.

مسألة ١٣٦: إذا باع أرضاً وفيها حنطة أو شعير مطلقاً من غير اشتراط الزرع، فالزرع للبائع، ويلزم المشتري تبقيته في الأرض إلى وقت الحصاد. وبه قال الشافعي (٤).

وقال أبو حنيفة: يلزمه نقله وتفريغ الأرض (٥).

دليلنا: أن هذا إضرار، والنبي صلى الله عليه وآله قال: " لا ضرر

ولا ضرار " (٦) ولا يلزم مثل ذلك المشتري، فإن عليه ضرراً في التبقية، فإنه اشترى مع علمه بدخول هذا الضرر عليه.

(١) المجموع ٩: ٣٠٧، وفتح العزيز ٩: ٣٥.

(٢) الأم ٣: ٣٣، والمجموع ٩: ٣٠٧، وفتح العزيز ٩: ٣٤.

(٣) البقرة: ٢٧٥.

(٤) الأم ٣: ٤٤، والمجموع ١١: ٣٩٤، وفتح العزيز ٩: ٢١، ومغني المحتاج ٢: ٨٢، والسراج الوهاج:

١٩٧، وشرح فتح القدير ٥: ١٠٠.

- (٥) الباب ١: ٢٨٨، وشرح فتح القدير ٥: ١٠٠، والمجموع ١١: ٣٩٤، وفتح العزيز ٩: ٢١.

(٦) تقدمت الإشارة إلى بعض مصادر هذا الحديث بلفظيه في الهامش رقم " ٤ " من المسألة " ١٣١ " فراجع.

مسألة ١٣٧: يجوز بيع الحنطة في سنبها منفردا من الأرض، ومع الأرض. وبه قال الشافعي في القديم (١).
وقال في الجديد: لا يجوز (٢).
دليلنا: الآية (٣)، ودلالة الأصل، والمنع يحتاج إلى دليل.
مسألة ١٣٨: إذا باع أرضا فيها بذر مع البذر فالبيع صحيح. وللشافعي وأصحابه فيه قولان: أحدهما مثل ما قلناه (٤)، والآخر أنه يبطل البيع فيهما (٥).
وله قول آخر وهو أنه يبطل في البذر دون الأرض، ويأخذها بجميع الثمن، لأن البذر مجهول، لا يمكن أن يتقسط على الثمن (٦).
دليلنا: الآية (٧)، ولا مانع في الشرع يمنع منه.
مسألة ١٣٩: إذا باع ثمرة منفردة عن الأصل، مثل ثمرة النخل أو الكرم أو سائر الثمار، فلا يخلو من أحد أمرين: إما أن يكون قبل بدو الصلاح، أو بعده، فإن كان قبل بدو الصلاح، فلا يخلو البيع من أحد أمرين: إما أن يبيع سنتين فصاعدا، أو سنة واحدة، فإن باع سنتين فصاعدا فإنه يجوز عندنا خاصة، وخالف جميع الفقهاء في ذلك.

-
- (١) المجموع ٩: ٣٠٥، وفتح العزيز ٩: ٨٣، وشرح فتح القدير ٥: ١٠٦، والسراج الوهاج: ٢٠٠.
(٢) الأم ٣: ٩٧، والمجموع ٩: ٣٠٥ و ٣٠٩، ومغني المحتاج ٢: ٩٠، وفتح الباري ٤: ٤٠٤، وبداية المجتهد
٢: ١٥٢، وفتح العزيز ٩: ٨٣، والسراج الوهاج: ٢٠٠.
(٣) البقرة: ٢٧٥.
(٤) الأم ٣: ٤٥، والمجموع ٩: ٣٩٩، والسراج الوهاج: ١٩٧، وفتح العزيز ٩: ٨٥.
(٥) المجموع ٩: ٣٩٩، ومغني المحتاج ٢: ٨٢، والسراج الوهاج: ١٩٧، وفتح العزيز ٩: ٨٥.
(٦) مغني المحتاج ٢: ٨٢، والمجموع ٩: ٣٠٩، والسراج الوهاج: ١٩٧، وفتح العزيز ٩: ٨٥.
(٧) البقرة: ٢٧٥.

دليلنا: إجماع الفرقة، وأخبارهم (١)، ودلالة الأصل يدلان عليه.
 مسألة ١٤٠: وإن باع سنة واحدة فلا يخلو البيع من ثلاثة أحوال: إما أن يبيع بشرط القطع، أو مطلقا، أو بشرط التبقية.
 فإن باع بشرط القطع في الحال، جاز بالإجماع، وإن باع مطلقا أو بشرط التبقية لم يصح البيع. به قال الشافعي، ومالك، وأحمد، وإسحاق (٢).
 وقال أبو حنيفة: يجوز بشرط القطع، ويجوز مطلقا، ويجب عليه القطع في الحال، ولا يجوز بشرط التبقية (٣)، فحصل الخلاف في البيع المطلق.
 دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم، وقد ذكرناها في الكتاب المذكور (٤).
 وأيضا روى عبد الله بن عمر أن النبي صلى الله عليه وآله نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها، ونهى البائع والمشتري (٥).
 وروى أيضا عبد الله بن عمر أن النبي صلى الله عليه وآله نهى عن بيع الثمار حتى يذهب العاهة، ف قيل لعبد الله بن عمر: متى ذلك؟ قال: إذا اطلع الثريا (٦)

- (١) الكافي ٥: ١٧٥، الحديث الثاني، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٥٧ حديث ٦٩، والتهذيب ٧: ٨٥ حديث ٣٦٤ و ص ٨٧ حديث ٣٧٢، والاستبصار ٣: ٨٦ - ٨٧ حديث ٢٩٣ و ٢٩٩.
 (٢) الأم ٣: ٤٨، والمجموع ١١: ٤١٤، وفتح العزيز ٩: ٦١ و ٦٣، والمغني لابن قدامة ٤: ٢١٩، وعمدة القاري ١١: ٢٩٨، وشرح فتح القدير ٥: ١٠٢، والسراج الوهاج: ١٩٩ - ٢٠٠، والجمل على شرح المنهج ٣: ٢٠٣، وبلغة السالك لأقرب المسالك ٢: ٨٤ - ٨٥، والشرح الكبير ٤: ٢٣١.
 (٣) اللباب ١: ٢٢٨، وعمدة القاري ١١: ٢٢٩، وشرح فتح القدير ٥: ١٠٢، والمجموع ١١: ٤١١، وفتح العزيز ٩: ٦٣، والمغني لابن قدامة ٤: ٢١٩، وسبل السلام ٣: ٨١٦، والشرح الكبير ٤: ٢٣١.
 (٤) انظرها في التهذيب ٧: ٨٤ باب بيع الثمار.
 (٥) صحيح البخاري ٣: ٩٥، والموطأ ٢: ٦١٨ حديث ١٠، وسنن الدارمي ٢: ٢٥٢، والسنن المأثورة: ٢٥١
 حديث ١٩٨ و ٢٠٠، وترتيب مسند الشافعي ٢: ١٤٨، حديث ٥٠٧، وسنن أبي داود ٣: ٢٥٢
 حديث ٣٣٦٧، ومنحة المعبود ١: ٢٦٥ حديث ١٣٣٠، ومسند أحمد بن حنبل ٢: ٨٠.
 (٦) السنن المأثورة: ٢٥١ حديث ١٩٩، وترتيب مسند الشافعي ٢: ١٤٩ حديث ٥١٢ ورواه البيهقي في سننه الكبرى ٥: ٣٠٠ باختلاف يسير في اللفظ.

وروى أنس بن مالك أن النبي صلى الله عليه وآله نهى عن بيع الثمار حتى تزهي، قيل: يا رسول الله وما تزهي؟ قال: " حتى تحمر " (١).
وقال رسول الله صلى الله عليه وآله " أرأيت إذا منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه " (٢).

وروى جابر بن عبد الله أن النبي صلى الله عليه وآله نهى عن بيع الثمرة حتى تشقح، قيل: وما تشقح؟ قال: " تحمر وتصفر ويؤكل منها " (٣).
وروى أبو سعيد الخدري أن النبي صلى الله عليه وآله قال: " لا تبايعوا الثمرة حتى يبدو صلاحها " قيل: وما بدو صلاحها؟ قال: " يذهب عاهتها ويخلص طيبها " (٤).

وروى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وآله نهى عن بيع الثمرة حتى تطعم (٥).

وروى أنس بن مالك أن النبي صلى الله عليه وآله نهى عن بيع العنب

(١) الموطأ ٢: ٦١٨ حديث ١١، وترتيب مسند الشافعي ٢: ١٤٨ حديث ٥٠٩، والسنن المأثورة: ٢٥٢ حديث ٢٠١ - ٢٠٢، وسنن النسائي ٧: ٢٦٤، والسنن الكبرى ٥: ٣٠٠، وفي صحيح البخاري ٣: ٩٥ نحوه.

(٢) صحيح البخاري ٣: ١٠١ و ١٠٣، والموطأ ٢: ٦١٨ حديث ١١، وسنن النسائي ٧: ٢٦٤، والسنن الكبرى ٥: ٣٠٠، ورواه مسلم في صحيحه ٣: ١١٩٠ حديث ١٥ باختلاف يسير في ألفاظه، وترتيب مسند الشافعي ٢: ١٤٨ حديث ٥٠٩.

(٣) صحيح البخاري ٣: ١٠١، وسنن أبي داود ٣: ٢٨٣ حديث ٣٣٧٠، والسنن الكبرى ٥: ٣٠١، ورواه مسلم في صحيحه ٣: ١١٧٥ حديث ٨٤ باختلاف يسير في اللفظ، ومنحة المعبود ١: ٢٦٥ حديث ١٣٣٢.

(٤) رواه أحمد بن حنبل في مسنده ٢: ٨٠ عن ابن عمر.

(٥) المصنف لعبد الرزاق ٨: ٦٣ حديث ١٤٣١٨، ورواه الدارقطني ٣: ١٤ حديث ٤٢ باختلاف يسير في ألفاظه.

حتى يسود، وعن بيع الحب حتى يشتد (١).
 مسألة ١٤١: إذا كانت الأصول لرجل، والثمرة لآخر، فباع الثمرة من صاحب الأصول، فلا يصح أيضا بيعها قبل بدو الصلاح.
 وللشافعي فيه قولان: أحدهما مثل ما قلناه، وهو القياس عندهم (٢)، والثاني: أنه يجوز (٣).
 دليلنا: عموم الأخبار (٤)، وتخصيصها يحتاج إلى دليل.
 مسألة ١٤٢: إذا باع الثمرة بعد بدو الصلاح صح البيع، سواء كان مطلقا أو بشرط التبقية، أو بشرط القطع. وبه قال الشافعي (٥).
 وقال أبو حنيفة: إذا باع مطلقا جاز واجبر على القطع، وإذا باع بشرط القطع جاز، وإذا باع بشرط التبقية لم يجز ذلك (٦).
 دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٧).
 والأخبار التي قدمناها من أن النبي صلى الله عليه وآله نهى عن بيع الثمار

-
- (١) سنن أبي داود ٣: ٢٥٣ حديث ٣٣٧١، وسنن ابن ماجه ٢: ٧٤٧ حديث ٢٢١٧، وسنن الدارقطني ٣: ٤٧ حديث ١٩٦، والسنن الكبرى ٥: ٣٠١.
 (٢) المجموع ١١: ٤٠١ و ٤٢٣، وفتح العزيز ٩: ٦٥ - ٦٧، ومغني المحتاج ٢: ٨٩، والمغني لابن قدامة ٤: ٢١٩، والشرح الكبير ٤: ٢٣٦.
 (٣) المجموع ١١: ٤١٠ و ٤٢٢، ومغني المحتاج ٢: ٨٩، وفتح العزيز ٩: ٦٥ - ٦٧، والمغني لابن قدامة ٤: ٢١٩، والشرح الكبير ٤: ٢٣٦.
 (٤) انظرها في الكافي ٥: ١٧٤، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٥٧، والتهذيب ٧: ٨٤.
 (٥) المجموع ١١: ٤١٤، وفتح العزيز ٩: ٦٠، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٢٢، وبداية المجتهد ٢: ١٥٠، والشرح الكبير ٤: ٢٦٣، وكفاية الأختيار ١: ١٥٨، وعمدة القاري ١٢: ١٢.
 (٦) اللباب ١: ٢٢٨، وشرح فتح القدير ٥: ١٠٢، والمجموع ١١: ٤١٤، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٢٢، والشرح الكبير ٤: ٢٦٤، وفتح العزيز ٩: ٦٠ و ٦٣، وعمدة القاري ١٢: ١٢.
 (٧) أنظر في الكافي ٥: ١٧٤، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٥٧، والتهذيب ٧: ٨٥.

حتى يبدو صلاحها (١)، يدل على أن بعد الصلاح يجوز بيعها.
مسألة ١٤٣: لا اعتبار بطلوع الثريا في بدو الصلاح في الثمار، بل المراعى منه صلاحها بأنفسها بالبلوغ أو التلون. وقال الشافعي مثل ذلك (٢).
وقال بعض الناس: إن الاعتبار بطلوع الثريا لما رواه ابن عمر (٣).
دليلنا: الأخبار التي قدمناها من تقييد جواز ذلك حتى تزهي (٤)، وهي تعارض خبر ابن عمر (٥)، ولأن عندما قلناه يجوز بيعه بلا خلاف عند من أجاز بيعه، ولم يقم دليل على جواز بيعه عند طلوع الثريا إذا لم يبد صلاحه، على أن قول ابن عمر: "إذا طلع الثريا" ليس من قول النبي صلى الله عليه وآله، وإنما هو من قوله، ولا يجب اتباع قوله.

مسألة ١٤٤: إذا بدا الصلاح في بعض الجنس، جاز بيع الجميع مما في البستان من ذلك الجنس وإن لم يبد صلاحه. وكذلك إذا بدا صلاح بعض الثمار في بستان واحد ولم يبد صلاح نوع آخر فيه، فإنه يجوز بيع الجميع. وإن كان ذلك في بستانين، أو في بساتين، فلا يجوز إلا أن يبدو الصلاح في كل بستان، إما في جميعه، أو في بعضه.

-
- (١) صحيح البخاري ٣: ٩٥، وسنن الدارمي ٢: ٢٥٢، والموطأ ٢: ٦١٨ حديث ١٠، وترتيب مسند الشافعي ٢: ١٤٨ حديث ٥٠٧، وسنن أبي داود ٣: ٢٥٢ حديث ٣٣٦٧، ومسند أحمد بن حنبل ٢: ٨٠، والسنن المأثورة: ٢٥١ حديث ١٩٨ و ٢٠٠، ومنحة المعبود ١: ٢٦٥ حديث ١٣٣٠.
(٢) الأم ٣: ٤٨ - ٤٩، والمجموع ١١: ٤٤ - ٤٤١، والسراج الوهاج: ٢٠٠، كفاية الأخيار ١: ١٥٨، وفتح العزيز ٩: ٧٣ - ٧٥.
(٣) وبه قال مالك وزيد بن ثابت، انظر بداية المجتهد ٢: ١٥، وموطأ مالك ٢: ٦١٩ حديث ١٣.
(٤) أنظر ما تقدم من الأخبار في المسألة " ١٤٠ " من هذا الكتاب.
(٥) حيث قال: إن النبي صلى الله عليه وآله نهى عن بيع الثمار حتى يذهب العاهة. فقيل لعبد الله بن عمر: متى ذلك؟ قال إذا طلع الثريا. وقد تقدمت الإشارة إلى الحديث ومصادر روايته في المسألة " ١٤٠ " من هذا الكتاب فلاحظ.

وقال الشافعي: يعتبر في بعض الثمرة وإن قل، حتى لو وجد في بسرة واحدة،
لكان الباقي من ذلك النوع في ذلك البستان تابعا لها، وجاز بيع الجميع من غير
شرط القطع (١).

وهل يكون بدو الصلاح في نوع بدو الصلاح في نوع آخر من جنس واحد
في بستان واحد؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه يكون بدو الصلاح فيه، ويجوز بيع الجميع (٢).

والثاني: لا يكون بدو الصلاح فيه، ولا يكون نوعه تابعا لنوع آخر، وهو
الصحيح عندهم، ولا يختلف مذهبهم أن بدو الصلاح في جنس لا يكون بدو
الصلاح في جنس آخر (٣).

هذا كله في بستان واحد، وأما في بساتين فلا يتبع أحدهما الآخر، فإذا
بدا الصلاح في نوع من الثمرة في بستان، لا يجوز بيع ذلك النوع في بستان آخر إذا
لم يبد فيه الصلاح (٤).

وقال مالك: يجوز (٥).

(١) الأم ٣: ٤١ - ٤٢ و ٧٠ - ٧٣، والسراج الوهاج: ١٩٩، ومغني المحتاج ٢: ٨٧، والمغني لابن
قدامة

٤: ٢٢٢ - ٢٢٣، والشرح الكبير ٤: ٢٩٠ - ٢٩٧، وفتح الباري ٤: ٣٩٦، وعمدة القاري ١٢: ١٢،
وفتح العزيز ٩: ٤٩ - ٥١ و ٧٠ - ٧٣.

(٢) الأم ٣: ٤١ - ٤٢، والسراج الوهاج: ١٩٩، وعمدة القاري ١٢: ١٢، وفتح الباري ٤: ٣٩٦، والمغني
لابن قدامة ٤: ٢٢٣، والشرح الكبير ٤: ٢٩٠ - ٢٩٧.

(٣) الأم ٣: ٤١ - ٤٢، والسراج الوهاج: ١٩٩، وفتح الباري ٤: ٣٩٦، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٢٣،
وعمدة القاري ١٢: ١٢، والشرح الكبير ٤: ٢٩٠ - ٢٩٧.

(٤) الأم ٣: ٤١، وفتح العزيز ٩: ٤٩ - ٥١، وعمدة القاري ١٢: ١٢، وفتح الباري ٤: ٣٩٦، والمغني
لابن

قدامة ٤: ٢٢٣، والسراج الوهاج: ١٩٩.

(٥) بداية المجتهد ٢: ١٥٦، وبلغة السالك لأقرب المسالك ٢: ٨٤ - ٨٥، وشرح الجمل ٣: ٢٠٤،
ومختصر

العلامة خليل: ١٨٩، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٢٣، وعمدة القاري ١٢: ١٢، وفتح العزيز ٩: ٧١،
والشرح الكبير ٤: ٢٩٧، وفتح الباري ٤: ٣٩٦.

دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (١)، وأيضاً نهى النبي صلى الله عليه وآله عام في بيع الثمار قبل بدو صلاحها (٢) إلا ما خصه الدليل. مسألة ١٤٩: إذا باع من البطيخ، والباذنجان، والقثاء، وما أشبه ذلك الحمل الموجود، وما يحدث بعده من الأحمال دون الأصول، كان البيع صحيحاً. وبه قال مالك (٣).

وقال الشافعي: يبطل في الجميع (٤). دليلنا قوله تعالى: "وأحل الله البيع" (٥) ودلالة الأصل، والمنع يحتاج إلى دليل، وعليه إجماع الفرقة.

مسألة ١٤٦: يجوز بيع الباقلاء الأخضر في القشر الأخضر فوقاني، ويجوز بيع الجوز واللوز وما أشبه ذلك في القشر فوقاني الأخضر على الأرض، وعلى الشجر منفرداً عن الشجر، ومع الشجر. وبه قال أبو حنيفة (٦).

وقال الشافعي: كل ذلك لا يجوز (٧).

وقال أبو العباس بن القاص، وأبو سعيد الإصطخري من أصحابه: يجوز ذلك (٨)، مثل ما قلناه، إلا أنهما قالاً: يجوز ذلك إذا كان رطباً، فإذا جف

(١) انظرها في الكافي ٥: ١٧٤، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٥٧، والتهذيب ٧: ٨٥.

(٢) تقدمت الإشارة إلى الحديث ومصادره في المسألة "١٤٠" فلاحظ.

(٣) بداية المجتهد ٢: ١٥٦، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٢٥، والشرح الكبير ٤: ٢١٩، بلغة السالك لأقرب المسالك ٢: ٨٤، والمجموع ١١: ٤٦٢.

(٤) الأم ٣: ٤٤ و ٦٥، والمجموع ١١: ٤٦١ - ٤٦٢، ومغني المحتاج ٢: ٩٠، وبداية المجتهد ٢: ١٥٦، والمغني

لابن قدامة ٤: ٢٢٥، والشرح الكبير ٤: ٢١٩.

(٥) البقرة: ٢٧٥.

(٦) اللباب ١: ٢٢٩، وشرح فتح القدير ٥: ١٠٦، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٢٥، والبحر الزخار ٤: ٣١٧.

(٧) المجموع ٩: ٣٠٥ - ٣٠٦، ومغني المحتاج ٢: ٩٠، وشرح فتح القدير ٥: ١٠٦، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٢٥، والسراج الوهاج: ٢٠٠، والبحر الزخار ٤: ٣١٧.

(٨) المجموع ٩: ٣٠٥ - ٣٠٦، وفتح العزيز ٩: ٨٢.

ذلك القشر فلا يجوز (١).
دليلنا: الآية (٢)، ودلالة الأصل، والمنع يحتاج إلى دليل.
مسألة ١٤٧: يجوز بيع الحنطة في سنبلها، وبه قال أبو حنيفة، ومالك،
والشافعي في القديم (٣).
وقال في الجديد: لا يجوز بيع الحنطة في سنبلها (٤).
دليلنا: الآية (٥)، ودلالة الأصل، والمنع يحتاج إلى دليل.
وروى أنس بن مالك أن النبي صلى الله عليه وآله " نهى عن بيع العنب
حتى يسود، وعن بيع الحب حتى يشتد " (٦)، ولم يفصل.
وروى عبد الله بن عمر أن النبي صلى الله عليه وآله نهى عن بيع السنبل
حتى يبيض ويأمن العاهة (٧).
وروى عن النبي صلى الله عليه وآله أنه نهى عن بيع الحب حتى
يفرك (٨) وهو أن يبلغ أوان الفرك، كما يقال: إحصد، إذا بلغ أوان الحصاد.
مسألة ١٤٨: إذا باع ثمرة بستان، جاز أن يستثنى أرطالا معلومة. وبه قال مالك (٩)

-
- (١) المجموع ٩: ٣٠٥ - ٣٠٦، وفتح العزيز ٩: ٨٢.
(٢) البقرة: ٢٧٥.
(٣) اللباب ١: ٢٢٩، وشرح فتح القدير ٥: ١٠٦، والمجموع ٩: ٣٠٥، وفتح العزيز ٩: ٨٣، والجواهر
النقي
في هامش السنن الكبرى ٥: ٣٠٣، والأم ٣: ٦٧، والسراج الوهاج: ٢٠٠، وبلغة السالك ٢: ٨٥.
(٤) الأم ٣: ٦٧، والمجموع ٩: ٣٠٥، ومغني المحتاج ٢: ٩٠، وفتح العزيز ٩: ٨٣، والسراج الوهاج:
٢٠٠.
(٥) البقرة: ٢٧٥.
(٦) سنن أبي داود ٣: ٢٥٣ حديث ٣٣٧١ وسنن ابن ماجه ٢: ٧٤٧ حديث ٢٢١٧، وسنن الدارقطني
٣: ٤٧ حديث ١٩٦، والسنن الكبرى ٥: ٣٠١.
(٧) السنن الكبرى ٥: ٣٠٣.
(٨) المصنف لعبد الرزاق ٥: ٦٤ حديث ١٤٣٢١، والسنن الكبرى ٥: ٣٠٣.
(٩) الموطأ ٢: ٦٢٢، وشرح فتح القدير ٥: ١٠٥، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٣١.

وقال أبو حنيفة والشافعي: لا يجوز ذلك، لأن الثمرة مقدارها مجهول (١) دليلنا: إن الأصل جواز ذلك، والمنع يحتاج إلى دليل، وعليه إجماع الفرقة. مسألة ١٤٩: لا يجوز أن يبيع شاة ويستثنى رأسها أو جلدها، سواء كان ذلك في سفر أو حضر، وعلى كل حال، ومتى باع كذلك كان شريكاً له بمقدار ما يستثنى منه من الثمن.

وقال أبو حنيفة والشافعي: لا يجوز ذلك على كل حال (٢).

وقال مالك: إن كان في حضر لا يجوز، وإن كان في سفر يجوز (٣). دليلنا: إجماع الفرقة، وأيضاً فاستثناء الرأس من الشاة استثناء من غير جنسه، فمن أجازته فعليه الدلالة.

مسألة ١٥٠: إذا باع ثمرة وسلمها إلى المشتري، والتسليم أن يخلي بينها وبينه، ثم أصابتها جايحة، فهلكت أو هلك بعضها، فإنه لا يفسخ البيع. وقال الشافعي في القديم: يفسخ البيع (٤). وقال في الأم: لا يفسخ (٥). وذكر في الصرف قولين:

أحدهما: يفسخ في التالف، وهو قوله في القديم.

والثاني: لا يفسخ وهو قوله في الأم (٦). وبه قال أبو حنيفة (٧) وهو المشهور

-
- (١) اللباب ١: ٢٢٨، وشرح فتح القدير ٥: ١٠٥، والأم ٣: ٨٤، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٣١.
(٢) الفتاوى الهندية ٣: ١٣٠، والمجموع ١١: ٤٤٧.
(٣) المدونة الكبرى ٤: ٢٩٣، وبداية المجتهد ٢: ١٦٢، والمجموع ١١: ٤٤٧.
(٤) المجموع ١١: ٤٦٤، وفتح العزيز ٩: ١٠٢، وعمدة القاري ١٢: ٦، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٣٤، والشرح الكبير ٤: ٢٧١.
(٥) الأم ٣: ٤٣، والمجموع ١١: ٤٦٤، وعمدة القاري ١٢: ٦.
(٦) الأم ٣: ٤٣، والمجموع ١١: ٤٦٤.
(٧) عمدة القاري ١٢: ٦، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٣٤، والشرح الكبير ٤: ٢٧٢، وفتح العزيز ٩: ١٠٢.

من مذهب الشافعي.
وقال مالك: إن كان ذلك فيما دون الثلث فهو من ضمان المشتري، وإن كان الثلث فصاعدا فهو من ضمان البائع (١).
دليلنا: إنه قد ثبت العقد، فمن فسخه في جميعه أو في بعضه فعليه الدلالة.
مسألة ١٥١: القبض في الثمرة رؤوس النخل، هو التخلية بينها وبين المشتري.
وللشافعي فيه قولان: أحدهما مثل ما قلناه، وهو قوله الجديد (٢).
والثاني: قوله القديم، وهو أن القبض فيها النقل، مثل أن يكون على وجه الأرض (٣).
دليلنا على ما قلناه: إن العادة في الشجرة أنها لا تنقل ولا تحول، والثمرة ما دامت متصلة بها كانت بمنزلتها، فيكون القبض فيها التخلية.
مسألة ١٥٢: لا يجوز المحاقلة، وهو بيع السنابل التي انعقد فيها الحب واشتد، بحب من جنسه ومن ذلك السنبل.
وروى أصحابنا أنه إن باع بحب من جنسه من غير ذلك السنبل فإنه يجوز (٤).
وقال الشافعي: لا يجوز بيعها بحب من جنسها على كل حال (٥).

-
- (١) الموطأ ٢: ٦٢١، وبلغة السالك ٢: ٨٧، وعمدة القاري ١٢: ٦، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٣٤، وفتح العزيز ٩: ١٠٣، والشرح ٤: ٢٧١ و ٢٨٢.
(٢) المجموع ٩: ٢٧٦ - ٢٧٧، ومغني المحتاج ٢: ٧٢، وفتح العزيز ٨: ٤٤١ - ٤٤٤.
(٣) المجموع ٩: ٢٧٦ - ٢٨٣، وفتح العزيز ٨: ٤٤١ - ٤٤٤، والسراج الوهاج: ١٩٣، ومغني المحتاج ٢: ٧٢.
(٤) الكافي ٥: ٢٧٤ حديث ١.
(٥) الأم ٣: ٦٣، والسراج الوهاج: ٢٠١، والمجموع ٩: ٣٠٩، ومغني المحتاج ٢: ٩٣، وبداية المجتهد ٢: ١٥١.

وإليه ذهب قوم من أصحابنا (١).
وحكي عن مالك أنه قال: المحاقلة إكراء الأرض للزرع بالحب (٢).
دليلنا: أخبار أصحابنا (٣) وإجماعهم على أن ما قلناه لا يجوز، وإن اختلفوا فيما
عداه، فالأصل فيما عداه الإباحة.
وأيضاً روى جابر بن عبد الله أن النبي صلى الله عليه وآله نهى عن المحاقلة
والمزابنة (٤).
والمحاقلة: أن يبيع الرجل الزرع بمائة فرق حنطة.
والمزابنة: أن يبيع التمر في رؤوس النخل بمائة فرق تمرا.
مسألة ١٥٣: المزابنة: بيع الثمر على رؤوس الشجر، بثمر موضوع على
الأرض، وهو محرم بلا خلاف.
ومن أصحابنا من قال: إن المحرم أن يبيع ما على الرؤوس من النخل بتمر
منه (٥).
فأما بتمر آخر فلا بأس به، والخبر الذي قدمناه يدل على ذلك (٦).
وأيضاً روى نافع، عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وآله نهى عن
المزابنة، والمزابنة بيع التمر بالتمر كيلاً، وبيع العنب بالزبيب كيلاً (٧).

-
- (١) منهم الشيخ المفيد قدس سره في المقنعة: ٩٣.
(٢) الموطأ ٢: ٦٢٥ حديث ٢٤ و ٢٥.
(٣) الكافي ٥: ٢٧٥ حديث ٥، والتهذيب ٧: ١٤٣ حديث ٦٣٣ و ٦٣٥، والاستبصار ٣: ٩١ حديث
٣٠٨ - ٣٠٩.
(٤) السنن الكبرى ٥: ٣٠٧، ورواه الشافعي في أمه ٣: ٦٣، والمزني في مختصره: ٨١، وتلخيص الحبير
المطبوع في ذيل المجموع ٩: ٨٧.
(٥) لم أعتز على هذا القول في الكتب المتوفرة.
(٦) تقدم في الهامش رقم " ١ " من المسألة " ١٥٢ " فلاحظ.
(٧) المصنف لعبد الرزاق ٨: ١٠٤ حديث ١٤٤٨٩ وصحيح البخاري ٣: ٩٨ وصحيح مسلم ٣: ١١٧١
حديث ٧٢.

مسألة ١٥٤: يجوز بيع الربا - وهو جمع عرية - وهو أن يكون لرجل نخلة في بستان لغيره أو دار، فشق دخوله بالبستان، فيشترىها منه بخرصها تمرا بتمر ويعجله له. وبه قال مالك (١).

وقال الشافعي: يجوز بيع العرايا - وهو بيع التمر على رؤوس النخل - خرصا بمثله من التمر كيلا، ويجوز فيما دون خمسة أوسق قولاً واحداً (٢)، وفي خمسة أوسق

على قولين (٣)، وفيما زاد على خمسة أوسق لا يجوز (٤).

واختلف قوله، فقال في الأم: الغني والفقير المحتاج سواء (٥). وقال في اختلاف الأحاديث والإملاء: لا يجوز إلا للفقير (٦)، وهو اختيار المزني (٧). وقال أبو حنيفة: لا يجوز ذلك في القليل والكثير، وهو ربا (٨).

دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٩).

وأيضاً روى سهل بن أبي حثمة أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن بيع الثمر بالتمر إلا أنه رخص في العرايا أن تباع بخرصها تمرا، يأكلها أهلها

(١) المدونة الكبرى ٤: ٢٥٨، وشرح معاني الآثار ٤: ٣٠، وشرح فتح القدير ٥: ١٩٥، والمحلى ٨: ٤٦٢،

وفتح الباري ٤: ٣٩٠، والمجموع ١١: ١٠، وسبل السلام ٣: ٨٥٩.

(٢) الأم ٣: ٥٦، ومختصر المزني: ٨١، والوجيز ١: ١٥٠، والسراج الوهاج: ٢٠١ والمحلى ٨: ٤٦٢، وفتح

الباري ٤: ٣٠٨، وسبل السلام ٣: ٨٥٩، والمجموع ١١: ٦، وشرح فتح القدير ٥: ١٩٥.

(٣) الأم ٣: ٥٤ و ٥٦، ومختصر المزني: ٨١، والوجيز ١: ١٥٠، والمجموع ١١: ٦١، وفتح الباري ٤: ٣٠٨،

والمغني لابن قدامة ٤: ١٩٧، وشرح فتح القدير ٥: ١٩٦.

(٤) الأم ٣: ٥٤ - ٥٥، ومختصر المزني ٨١، والمجموع ١١: ٤٤، والمغني لابن قدامة ٤: ١٩٧، وسبل السلام ٣: ٨٥٩.

(٥) الأم ٣: ٥٦.

(٦) مختصر المزني: ٨١، والمجموع ١١: ٢٥.

(٧) مختصر المزني: ٨١، والمجموع ١١: ٢٥.

(٨) المغني لابن قدامة ٤: ١٩٧.

(٩) التهذيب ٧: ١٤٣ حديث ٦٣٤، والاستبصار ٣: ٩١ حديث ٣١٠ - ٣١١.

رطباً (١)، وهذا نص.
وما ذكرناه من تفسير العرية قول أبي عبيدة من أهل اللغة.
مسألة ١٥٥: إذا كان لرجل نخلة عليها تمر، ولآخر نخلة عليها تمر،
فخرصاهما تمرين، فإنه لا يجوز بيع أحديهما بالأخرى، إلا أن يكون عريتين.
وللشافعي فيه ثلاثة أقوال:
أحدها: أنه يجوز. ذهب إليه ابن خيران أبو علي (٢).
والثاني: إن كان نوعاً واحداً لا يجوز، وإن كانا نوعين يجوز ذلك. حكى
عن أبي إسحاق (٣).
والثالث: لا يجوز بحال، وإنما يجوز بيعه بالتمر الموضوع على الأرض كيلاً.
حكى عن أبي سعيد الإصطخري (٤).
دليلنا: على ما قلناه: عموم الأخبار في النهي عن بيع المزابنة (٥)، وإنما
استثنى من جملتها العرايا.
مسألة ١٥٦: إذا فسرنا العرايا بما تقدم ذكره، فلا يجوز لأحد أن يبيع ثمرة
بستانه نخلة نخلة بيع العرية.
وقال الشافعي: يجوز أن يبيع نخلة نخلة، أو نخلتين إذا كان ذلك دون
الخمسة أو ساق (٦).

-
- (١) السنن الكبرى ٥: ٣١٠، ورواه الشافعي في أمه ٣: ٥٤، والمزني في مختصره: ٨١، ورواه البخاري
في صحيحه ٣: ٩٩ باختلاف يسير في ألفاظه.
(٢) المجموع ١١: ٣٢، وفتح العزيز ٩: ٩٧، وفتح الباري ٤: ٣٨٥.
(٣) فتح الباري ٤: ٣٨٥، والمجموع ١١: ٣٣، وفتح العزيز ٩: ٩٧.
(٤) المجموع ١١: ٣٣، وفتح الباري ٤: ٣٨٥، وفتح العزيز ٩: ٩٧.
(٥) تقدمت الإشارة إليها في المسألة " ١٥٢ " فلاحظ.
(٦) الأم ٣: ٥٥ - ٥٦.

دليلنا: أنا قد بينا حقيقة العرية، وذلك لا يتأتى في نخل البستان كله.
مسألة ١٥٧: العرية لا تكون إلا في النخل خاصة، فأما الكرم وشجر
الفواكه فلا عرية فيها، ولا يمكن أن يقاس على ذلك لبطلان القياس عندنا.
وقال الشافعي: في العنب عرية مثل ما في النخل قولاً واحداً (١).
وفي سائر الأشجار له فيها قولان، أحدهما: إن فيها عرية (٢)، والثاني:
لا عرية فيها (٣).

دليلنا: أنا أجمعنا على ثبوت العرية في النخل، ولا دليل على ثبوتها في غيرها
من الكرم والأشجار، وإلحاق غيرها بالنخل قياس، وذلك لا يجوز عندنا.
مسألة ١٥٨: يجوز بيع ما عدا الطعام قبل أن يقبض، ولا فرق بين الطعام وبين
غيره (٥). وبه قال عبد الله بن عباس (٦).
وقال أحمد بن حنبل: إن كان مكيفاً أو موزوناً لم يجز بيعه قبل القبض،
ويجوز في غيرهما (٧). وبه قال الحسن البصري، وسعيد بن المسيب (٨).

-
- (١) الأم ٣: ٥٥ - ٥٦، ومختصر المزني: ٨١، والمجموع ١١: ٧١، والسراج الوهاج: ٢٠١، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٠١، والشرح الكبير ٤: ١٦٩، وعمدة القاري ١١: ٣٠٤.
(٢) الأم ٣: ٥٥، والمجموع ١١: ٧١، وفتح العزيز ٩: ٩٤.
(٣) المجموع ١١: ٧١، وفتح العزيز ٩: ٩٤.
(٤) بداية المجتهد ٢: ١٤٣، والمحلى ٨: ٥٢١، والمجموع ٩: ٢٧٠.
(٥) الأم ٣: ٦٩، ومختصر المزني: ٨٢، والوجيز ١: ١٤٦، وكفاية الأخيار ١: ١٥٢، والمجموع ٩: ٢٦٤ و
٢٧٠، والمحلى ٨: ٥٢١، وبداية المجتهد ٢: ١٤٣، والسراج الوهاج: ١٩١، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٣٩، ومغني المحتاج ٢: ٦٨، وبدائع الصنائع ٥: ١٨١.
(٦) صحيح البخاري ٣: ٨٩، والمحلى ٨: ٥٢١، ومختصر المزني: ٨٢، والمجموع ٩: ٢٧٠، وبداية المجتهد ٢: ١٤٣، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٣٩، ومغني المحتاج ٢: ٦٨، وبدائع الصنائع ٥: ١٨١.
(٧) صحيح البخاري ٣: ٨٩، والمحلى ٨: ٥٢١، ومختصر المزني: ٨٢، والمجموع ٩: ٢٧٠، وبداية المجتهد ٢: ١٤٣، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٣٩، ومغني المحتاج ٢: ٦٨، والأم ٣: ٦٩، والنتف ١: ٤٦٩.
(٨) المجموع ٩: ٢٧٠، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٣٩.

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: إن كان مما ينقل ويحول لم يجز بيعه قبل القبض، وإن كان مما لا ينقل ويحول من العقار جاز بيعه قبل القبض (١).
دليلنا على ما قلناه: إن الطعام مجمع عليه، ولا دليل على ما عداه، وظاهر الآية (٢) يقتضي جوازه.
وأيضاً قول النبي صلى الله عليه وآله: " من أبتاع طعاماً فلا يبيعه حتى يستوفيه " (٣).

فخص الطعام بذلك، ولو كان حكم غيره حكمه لبينه.
مسألة ١٥٩: القبض فيما عدا العقار والأرضين نقل المبيع إلى مكان آخر. وبه قال الشافعي (٤).

وقال أبو حنيفة: القبض هو التخلية في جميع الأشياء (٥).
دليلنا: أن ما اعتبرناه لا خلاف في أنه قبض، وما ادعوه لا دليل على ثبوته قبضاً.

مسألة ١٦٠: يجوز بيع الصداق قبل القبض، ويجوز بيع مال الخلع قبل قبضه. وبه قال أبو حنيفة (٦).

(١) الباب ١: ٢٥٣، والفتاوى الهندية ٣: ١٣، وشرح فتح القدير ٥: ٢٦٥، وشرح العناية على الهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٥: ٢٦٥، والمجموع ٩: ٢٧٠، وبداية المجتهد ٢: ١٤٣، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٣٩، وبدائع الصنائع ٥: ١٨١.

(٢) البقرة: ٢٧٥.

(٣) صحيح البخاري ٣: ٩٠، وسنن ابن ماجه ٢: ٧٤٩ حديث ٢٢٢٦، وسنن النسائي ٧: ٢٨٥، والنتف ١: ٤٦٩.

(٤) الوجيز ١: ١٤٦، والمجموع ٩: ٢٧٦ و ٢٨٣، والسراج الوهاج: ١٩٣، ومغني المحتاج ٢: ٧٢، والبحر

الزخار ٤: ٣٦٩، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٣٨.

(٥) الفتاوى الهندية ٣: ١٦، وبداية المجتهد ٢: ١٤٤، والمجموع ٩: ٢٨٣، والبحر الزخار ٤: ٣٦٩، والمغني

لابن قدامة ٤: ٢٣٨.

(٦) الفتاوى الهندية ٣: ١٣، وشرح فتح القدير ٥: ٢٦٥، وبداية المجتهد ٢: ١٤٥.

وقال الشافعي: لا يجوز (١).
دليلنا: قوله تعالى: " وأحل الله البيع " (٢)، ودلالة الأصل، والمنع يحتاج إلى دليل.

مسألة ١٦١: الثمن إذا كان معيناً يجوز بيعه قبل قبضه ما لم يكن صرفاً، وإن كان في الذمة أيضاً يجوز.

وقال الشافعي في المعين لا يجوز قولاً واحداً (٣)، وفيما في الذمة قولان (٤).
دليلنا: الآية (٥)، ودلالة الأصل، وجواز التصرف، والمنع يحتاج إلى دليل.
وروى سعيد بن جبير، عن ابن عمر أنه قال: كنت أبيع الإبل بالبيع، فأبيع بالدنانير وأخذ الدراهم، وأبيع الدراهم وأخذ الدنانير، أخذ هذه من هذه، وأعطى هذه من هذه، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: " لا بأس أن تأخذها ما لم تفترقا وبينكما شيء (٦)."

مسألة ١٦٢: إذا قال لمن أسلم إليه: اذهب إلى من أسلمت إليه واقتل منه الطعام لنفسك، فذهب واكتاله، لم يصح قبضه بلا خلاف.

وإذا قال: إحضر اكتيالي منه حتى أكتاله لك، فحضر معه واكتاله، لم يجز أيضاً بلا خلاف.

وإن قال: إحضر معي حتى أكتاله لنفسك، ثم تأخذه أنت من غير كيل،

(١) المجموع ٩: ٢٦٤، والوجيز ١: ١٤٥، والمحلى ٨: ٥٢١، وبداية المجتهد ٢: ١٤٥، وفتح العزيز ٨: ٤٢٥.

والأشباه والنظائر: ٥٤٦.

(٢) البقرة: ٢٧٥.

(٣) المجموع ٩: ٢٦٩ و ٢٧١، ومغني المحتاج ٢: ٦٩، والسراج الوهاج: ١٩١.

(٤) المجموع ٩: ٢٧٢ و ٢٧٤.

(٥) البقرة: ٢٧٥.

(٦) سنن أبي داود ٣: ٢٥٠ حديث ٣٣٥٤، ومسند الطيالسي: ٢٥٥ حديث ١٨٦٨، ومنحة المعبود ١: ٢٧٠ حديث ١٣٦٢، ورواه النسائي في سننه ٧: ٢٨١ - ٢٨٢ باختلاف في بعض ألفاظه.

فإن رضي باكتياله لنفسه كان عندنا جائزا، ولا يجوز ذلك عند الشافعي (١).
وإذا اكتاله لنفسه، ويتركه ولا يفرغه، ويكون ما عليه مكيالا واحدا،
فكاله عليه، جاز عندنا، وللشافعي فيه وجهان (٢).
وإن اكتاله المشتري منه وفرغه، ثم كاله مستأنفا على من باع منه،
كان القبضان جميعا صحيحين بلا خلاف.
دليلنا على المسألتين: إجماع الفرقة، وأخبارهم تدل على أن قبضه عنه
صحيح (٣)، ثم يحتسب لنفسه.

مسألة ١٦٣: إذا كان لرجل على غيره قفيز طعام من جهة السلم، والذي
عليه الطعام من جهة السلم له على غيره طعام من جهة القرض، فجاء المسلم
فطالب المسلم إليه بالطعام، فأحاله على من له عليه من جهة القرض، كان
جائزا. وكذلك إن كان الطعام الذي له قرضا والذي عليه سلما كان جائزا.
وقال الشافعي في المسألتين: لا يجوز (٤).
دليلنا: إن الأصل جواز ذلك، والمنع يحتاج إلى دليل.
وأیضا فإن هذه حوالة ليست بیعا، فلا وجه للمنع منه، فمن قال إنه بيع
فعليه الدلالة.

مسألة ١٦٤: إذا كان الطعامان قرضين، يجوز الحوالة بلا خلاف. وإن كانا
سلمين يجوز أيضا عندنا.
وعند الشافعي لا يجوز (٥).

(١) مختصر المزني: ٨٢.

(٢) مختصر المزني: ٨٢، والمجموع ٩: ٢٧٩.

(٣) انظرها في التهذيب ٧: ٣٥ - ٣٦ حديث ١٤٦ و ١٥٢.

(٤) مختصر المزني: ٨٢، والوجيز ١: ١٤٦، والمجموع ٩: ٢٧٩، وفتح العزيز ٨: ٤٣٣.

(٥) المجموع ١٣: ١٠٧ و ٢٩٥ و ٤٤٦، والوجيز ١: ١٤٦، وكفاية الأخيار ١: ١٦٢ و ١٧٠، وفتح

العزيز ٨: ٢١٣ و ٤٣٣

وفي أصحابه من قال: لا يجوز أيضا إذا كان قرضين، وهو ضعيف عندهم (١).

دليلنا: أن الأصل جوازه، والمنع يحتاج إلى دليل.

مسألة ١٦٥: إذا انقطع المسلم فيه لم يفسخ البيع، ويبقى في الذمة. وللشافعي فيه قولان، أحدهما: أنه يفسخ السلم (٢).

والآخر: له الخيار، إن شاء رضي بتأخيره إلى قابل، وإن شاء فسخه (٣).

دليلنا: أن هذا عقد ثابت، وفسخه يحتاج إلى دليل، وليس في الشرع ما يدل عليه.

مسألة ١٦٦: إذا باع طعاما قفيزا بعشرة دراهم مؤجلة، فلما حل الأجل أخذ بها طعاما جاز ذلك إذا أخذ مثله، فإن زاد عليه لم يجز.

وقال الشافعي: يجوز على القول المشهور، ولم يفصل (٤). وبه قال بعض أصحابنا.

وقال مالك: لا يجوز، ولم يفصل (٥).

دليلنا: إجماع الفرقة، وأخبارهم (٦)، ولأن ذلك يؤدي إلى بيع طعام بطعام، فالتفاضل فيه لا يجوز.

والقول الآخر الذي لأصحابنا قوي، لأنه بيع طعام بدرهم في القفيزين معا، لا بيع طعام بطعام، فلا يحتاج إلى اعتبار المثلية.

-
- (١) المجموع ١٣: ٤٢٦ و ٤٢٩.
- (٢) فتح العزيز ٩: ٢٤٥، وكفاية الأختيار ١: ١٦١.
- (٣) فتح العزيز ٩: ٢٤٥، وكفاية الأختيار ١: ١٦١.
- (٤) المجموع ٩: ٢٧٥، وبداية المجتهد ٢: ١٤٢.
- (٥) بداية المجتهد ٢: ١٤٢، والمجموع ٩: ٢٧٥.
- (٦) عموم الأخبار المروية في الكافي ٥: ١٨٧، والتهذيب ٧: ٩٤ حديث ٣٩٩ - ٤١١.

مسألة ١٦٧: التصرية تدليس يثبت به الخيار للمشتري بين الرد وفسخ البيع وبين الإمساك، وبه قال مالك، والليث، وابن أبي ليلى، والشافعي، وأحمد، وإسحاق (١)، وهو مذهب عبد الله بن مسعود ذكره البخاري في صحيحه (٢). وبه قال ابن عمر، وأبو هريرة، وأنس بن مالك (٣). وقال أبو حنيفة: لا خيار له (٤).

دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٥).

وأيضاً روى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: " لا تصروا الإبل والغنم للبيع، فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها، فإن رضيها أمسكها، وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر " (٦).

وروى محمد بن سيرين عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وآله قال: " من اشترى شاة مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام إن شاء أمسكها وإن شاء ردها

(١) مختصر المزني: ٨٢، والمحلى ٩: ٦٦ - ٦٧، وبداية المجتهد ٢: ١٧٤، وإرشاد الساري ٤: ٦٨، وفتح

الباري ٤: ٣٦١، وعمدة القاري ١١: ٢٧٠، وسبل السلام ٣: ٨٢٧، والسراج الوهاج: ١٩٠، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٥٣، ونيل الأوطار ٥: ٣٢٩، وشرح معاني الآثار ٤: ١٩، وفتح العزيز ٨: ٣٣٣. (٢) صحيح البخاري ٣: ٩٢، وانظر المحلى ٩: ٦٧، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٥٣، وفتح الباري ٤: ٣٦١. (٣) المحلى ٩: ٦٧، وفتح الباري ٤: ٣٦١، وعمدة القاري ١١: ٢٧٠ و ٢٧٢، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٥٣.

(٤) عمدة القاري ١١: ٢٧٠، وبداية المجتهد ٢: ١٧٤، والمحلى ٩: ٦٧، وإرشاد الساري ٤: ٦٨، وفتح الباري ٤: ٣٦٤، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٥٣، والبحر الزخار ٤: ٣٥٣، ونيل الأوطار ٥: ٣٢٩، وفتح العزيز ٨: ٣٣٣.

(٥) انظرها في الكافي ٥: ١٧٣ حديث ١، والتهذيب ٧: ٢٥ حديث ١٠٧، ومعاني الأخبار ٢٨٢ (باب معنى المحاقلة والمزابنة...).

(٦) ترتيب مسند الشافعي ٢: ١٤١ - ١٤٢ حديث ٤٦٧ - ٤٦٨، وصحيح البخاري ٣: ٩٣، وصحيح مسلم ٣: ١١٥٥ حديث ١١، والسنن الكبرى ٥: ٣١٨، وسنن أبي داود ٣: ٢٧٠ حديث ٣٤٤٣.

وصاعاً من تمر " (١) وفي بعضها " سمر " (٢) يريد به حنطة.
وروى عبد الله بن عمر أن النبي صلى الله عليه وآله قال: " من ابتاع محفلة
فهو بالخيار ثلاثة أيام، فإن ردها رد معها مثل لبنها، أو مثلي لبنها قمحا " (٣).
مسألة ١٦٨: مدة الخيار في المصراة ثلاثة أيام مثل مدة الخيار في سائر
الحيوان.

واختلف أصحاب الشافعي فيها.
فقال أبو إسحاق: قدر الثلاثة للوقوف على التدليس، ومعرفة عيب
التصيرية (٤).

وقال ابن أبي هريرة أبو علي: الثلاثة إذا شرط الخيار فيه، وخيار التصيرية
على الفور (٥).

ومنهم من قال: إذا وقف على خيار التصيرية فيما دون الثلاث كان له
الخيار في بقية الثلاث للسنة، ذهب إليه أبو حامد المروزي في جامعه، وعليه
نص الشافعي في اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى (٦).

-
- (١) شرح معاني الآثار ٤: ١٩، وسنن الدارقطني ٣: ٧٤ حديث ٢٧٩، وترتيب مسند الشافعي ٢: ١٤٢
حديث ٤٦٨، وروي نحوه في الموطأ ٢: ٦٨٣ حديث ٩٦.
(٢) كذا في النسخ المعتمدة، أما ما ورد في مصادر الحديث وقد أشرنا إلى البعض منها في الهامش المتقدم
وغيره " لا سمراء ". وانظر تفصيل ذلك أيضا في السنن الكبرى ٥: ٣١٨ - ٣٢٠ (باب الحكم فيمن
اشترى مصراة).
(٣) سنن أبي داود ٣: ٢٧١ حديث ٣٤٤٦، وسنن ابن ماجه ٢: ٧٥٣ حديث ٢٢٤٠، والسنن الكبرى
٥: ٣١٩، وتلخيص الحبير ٣: ٢٣ حديث ١١٩٤.
(٤) المجموع ١٢: ٣٣، وإرشاد الساري ٤: ٦٦.
(٥) المجموع ١٢: ٣٢ - ٣٣، والسراج الوهاج: ١٩٠، وفتح الباري ٤: ٣٦٢، وفتح العزيز ٨: ٣٣٤.
(٦) الأم ٧: ١٠٠، والمجموع ١٢: ٣١، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٥٥، وفتح الباري ٤: ٣٦٢ - ٣٦٣،
وفتح
العزيز ٨: ٣٣٤.

دليلنا: إجماع الفرقة على ثبوت الخيار في الحيوان ثلاثة أيام شرط أو لم يشترط، وقد تقدم (١)، وهذا داخل في ذلك، والخبر الذي روينا عن أبي هريرة وابن عمر صريح بذلك (٢).

مسألة ١٦٩: عوض اللبن الذي يحلبه صاع من تمر، أو صاع من بر على ما نص النبي صلى الله عليه وآله (٣).
واختلف أصحاب الشافعي:

فقال أبو العباس بن سريج: يرد في كل بلد من غالب قوته (٤).
وقال أبو إسحاق المروزي: الصاع من التمر هو الأصل، فينظر في الحنطة فإن كانت أعلى منه وأكثر ثمنًا جاز، وإن كانت دونه لم يجز، وإن كان في موضع لا يوجد فيه التمر وجبت قيمة الصاع من التمر بالمدينة، وإن كان في بلد يوجد إلا أن ثمنه كثير يأتي على ثمن الشاة أو على أكثره قوم بقيمة المدينة (٥).
ومنهم من قال: التمر هو الواجب وإن أتى على ثمن الشاة للسنة، وهو الصحيح، أو البر الذي ثبت أنه عوض عنه (٦).

(١) تقدم في المسألة " ٨ " من هذا الكتاب فلاحظ.

(٢) أنظر السنن الكبرى ٥: ٣١٩، وسنن ابن ماجة ٢: ٧٥٣ حديث ٢٢٤٠، وسنن الترمذي ٣: ٥٥٣ حديث ١٢٥١ - ١٢٥٢، والمصنف لعبد الرزاق ٨: ١٩٧ حديث ١٤٨٥٩ - ١٤٨٦٠، وصحيح البخاري ٣: ٩٢.

(٣) صحيح البخاري ٣: ٩٢ - ٩٣، وسنن أبي داود ٣: ٢٧٠ حديث ٣٤٤٣ - ٣٤٤٧ وسنن ابن ماجة ٢: ٧٥٣ حديث ٢٢٣٩ - ٢٢٤١، وشرح معاني الآثار ٤: ١٧ - ١٨، والمصنف لعبد الرزاق ٩: ١٩٧ - ١٩٨ حديث ١٤٨٥٨ - ١٤٨٦٦. وحكى العسقلاني في فتح الباري ٤: ٣٦٤ عن البزار بلفظ: إن ردها ردها ومعها صاع من بر.

(٤) المجموع ١٢: ٤٨، وفتح العزيز ٨: ٣٣٥.

(٥) المجموع ١٢: ٤٨، والمغني لابن قدامة، والشرح الكبير ٤: ٩١، وفتح العزيز ٨: ٣٣٥.

(٦) المجموع ١٢: ٤٩، وفتح العزيز ٨: ٣٣٥.

دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (١)، وأيضا الأخبار التي قدمناها تضمن التمر أو البر (٢)، فمن قال غيره يقوم مقامه فعليه الدلالة.
مسألة ١٧٠: التصرية في البقرة مثل التصرية في الناقة والشاة. وبه قال الشافعي (٣).

وقال داود: لا يجوز له رد البقر (٤).

دليلنا: إجماع الفرقة.

وأیضا خبر عبد الله بن عمر عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: " من اشترى محفلة فهو بالخيار ثلاثة أيام " (٥) وذلك يتناول البقرة، والناقة، والشاة على حد سواء.

مسألة ١٧١: إذا صرى جارية وباعها، لم يثبت له الخيار لمكان التصرية. وللشافعي فيه ثلاثة أوجه.

أحدها: أن ذلك بمنزلة التصرية في الإبل والبقر والغنم، وهو الأصح عندهم (٦).

والثاني أنه يردها ولا يرد معها صاعا من تمر (٧).

(١) انظرها في الكافي ٥: ١٧٣ حديث ١، والتهذيب ٧: ٢٥ حديث ١٠٧، ومعاني الأخبار: ٢٨٢ (باب معنى المحاقلة والمزابنة...).

(٢) تقدمت الإشارة إليها في الهامش رقم " ١ " من هذه المسألة فلاحظ.

(٣) مختصر المزني: ٨٢، والمجموع ١٢: ٢ و ٨٤ و ٨٨، ومغني المحتاج ٢: ٦٤، والسراج الوهاج: ١٩٠.

وسبل السلام ٣: ٨٢٦.

(٤) المغني لابن قدامة ٤: ٢٥٦، والشرح الكبير ٤: ٩٢، والبحر الزخار ٤: ٣٥٣.

(٥) السنن الكبرى ٥: ٣١٩، وسنن ابن ماجه ٢: ٧٥٣ حديث ٢٢٤٠.

(٦) المجموع ١٢: ٨٥، وفتح العزيز ٨: ٣٣٦، ومغني المحتاج ٦: ٦٤، والسراج الوهاج: ١٩٠، والمغني لابن

قدامة ٤: ٢٥٦.

(٧) المجموع ١٢: ٨٧ و ٩١، والسراج الوهاج: ١٩٠، وفتح العزيز ٨: ٣٣٦ - ٣٣٧، ومغني المحتاج ٢: ٦٤،

وفتح الباري ٤: ٣٦١.

والثالث: لا يردّها أصلاً (١).
دليلنا: أن ثبوت ذلك عيباً في النعم مقطوع به عليه دلالة قاطعة، ولا دليل على ثبوت مثله في الجارية، فمن ادعى الجمع بينهما فعليه الدلالة.
مسألة ١٧٢: إذا صرى أتاناً (٢) فلا يثبت فيه حكم التصرية.
وقال أصحاب الشافعي: له ردها (٣).
وأما رد التمر فمبنى على طهارة لبنها.
فقال أبو سعيد الإصطخري: لبنها طاهر (٤).
وقال باقي أصحابه: لبنها نجس (٥).
فمن قال: طاهر رد بدله صاعاً من تمر، ومن قال: نجس لا يرد شيئاً.
دليلنا: إن ثبوت ذلك عيباً في النعم مجمع عليه، ولا دليل على ثبوت ذلك عيباً في الأتان، فأما لبنها فإنه طاهر عندنا، وعليه إجماع الفرقة.
مسألة ١٧٣: إذا اشتراها مصراً، ثم زال تصرّيتها، وصار اللبن عادة لجودة المرعى، لم يثبت الخيار.
وللشافعي وأصحابه فيه قولان:
أحدهما: مثل ما قلناه، وهو الأقوى عندهم، مثل العيب إذا زال عنه (٦).
والآخر: إن الخيار لا يسقط، لأنه تدليس، وهو ضعيف (٧).

(١) المجموع ١٢: ٨٧، وفتح العزيز ٨: ٣٣٦.

(٢) الأتان: الحمارة الأثني خاصة.

(٣) المجموع ١٢: ٨٨ - ٨٩، وفتح العزيز ٨: ٣٣٦، وفتح الباري ٤: ٣٦١.

(٤) المجموع ١٢: ٨٨ و ٥٦٩، وفتح العزيز ٨: ٣٣٦.

(٥) المجموع ١٢: ٨٨ و ٥٦٩، وفتح العزيز ٨: ٣٣٦.

(٦) المجموع ١٢: ٤٧، وفتح العزيز ٨: ٣٣٧، وفتح الباري ٤: ٣٦٧.

(٧) المجموع ١٢: ٤٧، وفتح الباري ٤: ٣٦٧، وفتح العزيز ٨: ٣٣٧.

وعندي أن هذا الوجه قوي لمكان الخبر.
دليلنا على أن ليس له الرد: هو أنه إنما كان له الرد لمكان العيب، فلما زال العيب زال خيار الرد، لأنه تابع له. وإذا قلنا له الرد، فلمكان الخبر، لأنه لم يفصل بين أن تزول التصرية وأن لا تزول.
مسألة ١٧٤: إذا حصل من المبيع فائدة من نتاج أو ثمرة بعد القبض، ثم ظهر به عيب كان فيه قبل العقد، كان ذلك للمشتري. وبه قال الشافعي (١).
وقال مالك: الولد يردده مع الأم، ولا يرد الثمرة مع الأصول (٢).
وقال أبو حنيفة: يسقط رد الأصل بالعيب (٣).
دليلنا: إجماع الفرقة.
وروت عائشة أن النبي صلى الله عليه وآله قضى أن الخراج بالضمان (٤).
ولم يفرق بين الكسب والولد والثمرة، فهو على عمومته.
مسألة ١٧٥: إذا اشترى حيوانا حاملا، فولد في ملك المشتري بعد القبض، ثم وجد به عيبا كان به قبل البيع، ردها ورد الولد معها.
وللشافعي فيه قولان:
أحدهما: مثل ما قلناه، إذا قال للولد قسط من الثمن (٥).

-
- (١) مختصر المزني ٨٣، وفتح العزيز ٨: ٣٨٩، وبداية المجتهد ٢: ١٨١، وسبل السلام ٣: ٨٣٢.
(٢) بداية المجتهد ٢: ١٨١، وبلغة السالك ٢: ٦٦، وفتح العزيز ٨: ٣٧٩، وسبل السلام ٣: ٨٣٢.
(٣) اللباب ١: ٢٣٩، وبداية المجتهد ٢: ١٨١، وفتح العزيز ٨: ٣٧٩، وسبل السلام ٣: ٨٣٢، ومقدمات ابن رشد ٢: ٥٧٢.
(٤) سنن ابن ماجه ٢: ٧٥٤ حديث ٢٢٤٣، وسنن الترمذي ٣: ٥٨٢ حديث ١٢٨٥ - ١٢٨٦، وسنن النسائي ٧: ٢٥٥، وترتيب مسند الشافعي ٢: ١٤٣ حديث ٣٧٩، ومنحة المعبود ١: ٢٦٧ حديث ١٣٤٧.
(٥) فتح العزيز ٨: ٣٨١.

والآخر: لا يرد الولد، لأن الولد ليس له قسط من الثمن (١).
دليلنا: أن عقد البيع قد اشتمل على جارية حامله، والحمل داخل في الثمن،
فإذا أراد الرد، وجب أن يرد جميع المبيع.
مسألة ١٧٦: إذا اشترى جارية حاملا، فولدت في ملك المشتري عبدا
مملوكا. ثم وجد بالأم عيبا، فإنه يرد الأم دون الولد.
وللشافعي فيه قولان: أحدهما مثل ما قلناه (٢).
والثاني: له أن يردهما معا، لأنه لا يجوز أن يفرق بين الأم وولدها فيما دون
سبع سنين. والأول أصح عندهم (٣).
دليلنا: عموم قوله عليه السلام: "الخراج بالضمان" (٤).
مسألة ١٧٧: من اشترى جارية فوطأها، ثم علم بعد الوطء أن بها عيبا، لم
يكن له ردها وله الأرش. وبه قال أبو حنيفة، وسفيان الثوري (٥)، وهو المروي
عن علي عليه السلام (٦).
وقال الشافعي، ومالك، وأبو ثور، وعثمان البتي: له ردها، ولا يجب عليه
مهرها إن كانت ثيبا، وإن كانت بكرًا لم يكن له ردها (٧).

-
- (١) مختصر المزني ٨٣، وفتح العزيز ٨: ٣٨١.
(٢) مختصر المزني: ٨٣، والمجموع ١٢: ٢١٥، وفتح العزيز ٨: ٣٨١ - ٣٨٢.
(٣) المجموع ١٢: ٢١٥، وفتح العزيز ٨: ٣٨٢.
(٤) سنن النسائي ٧: ٢٥٥، وسنن الترمذي ٣: ٥٨٢ حديث ١٢٨٥ - ١٢٨٦، وسنن ابن ماجه ٢: ٧٥٤،
حديث ٢٢٤٣، وترتيب مسند الشافعي ٢: ١٤٣ حديث ٣٧٩، ومنحة المعبود ١: ٢٦٧ حديث ١٣٤٧.
(٥) الفتاوى الهندية ٣: ٧٥ - ٧٦، والمحلى ٩: ٧٧، وبداية المجتهد ٢: ١٨٠، والمغني لابن قدامة ٤:
٢٥٩ -
٢٦٠، والمجموع ١٢: ٢٢٢، وسبل السلام ٣: ٨٣٢.
(٦) السنن الكبرى ٥: ٣٢٢، والمحلى ٩: ٧٧، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٥٩، والمجموع ١٢: ٢٢٢.
(٧) مختصر المزني: ٨٣، وبداية المجتهد ٢: ١٨١، والمجموع ١٢: ٢٢٢، والمحلى ٩: ٧٧، والمغني
لابن قدامة
٤: ٢٥٩ - ٢٦٠.

وقال ابن أبي ليلى: يردّها ويرد معها مهر مثلها (١). وروي ذلك عن عمر بن الخطاب (٢).
دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم، وقد ذكرناها في الكتاب المتقدم ذكره (٣).
وأيضاً فيه إجماع الصحابة، لأنهم بين قائلين: قائل يقول بما قلناه (٤).
والثاني: يردّها ويرد معها مهر نسائها (٥). وقول الشافعي خارج عن إجماع الصحابة، وذلك لا يجوز، لأنه لا يجوز إحداث قول ثالث إذا أجمعوا على قولين، كما لا يجوز إحداث قول ثان إذا أجمعوا على قول واحد.
مسألة ١٧٨: إذا حدث بالمبيع عيب في يد البائع، كان للمشتري الرد والإمسك، وليس له إجازة البيع مع الأرش، ولا يجبر البائع على بذل الأرش بلا خلاف، فإن تراضيا على الأرش كان جائزاً. وبه قال ابن سريج (٦).
وظاهر مذهب الشافعي أنه لا يجوز (٧).
دليلنا: قوله عليه السلام: "الصلح جائز بين المسلمين، إلا ما حرم حلالاً أو أحل حراماً" (٨).

-
- (١) المحلى ٩: ٧٧، وبداية المجتهد ٢: ١٨١، والمجموع ١٢: ٢٢٢، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٥٩ - ٢٦٠، والفتاوى الهندية ٣: ٧٥ - ٧٦.
- (٢) المحلى ٩: ٧٦، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٥٩، والمجموع ١٢: ٢٢٢.
- (٣) التهذيب ٧: ٦١ حديث ٢٦١ - ٢٧٢، والكافي ٥: ٢١٤ حديث ٢ - ٥.
- (٤) السنن الكبرى ٥: ٣٢٢، والمحلى ٩: ٧٧، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٥٩، والمجموع ١٢: ٢٢٢.
- (٥) السنن الكبرى ٥: ٣٢٢، والمحلى ٩: ٧٦، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٥٩.
- (٦) المجموع ١٢: ١٣٢ - ١٣٣ و ١٦٨.
- (٧) المجموع ١٢: ١٣٢، وبداية المجتهد ٢: ١٧٧، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٥٩، والشرح الكبير ٤: ٩٧.
- (٨) سنن الدارقطني ٣: ٢٧، وسنن ابن ماجه ٢: ٧٨٨ حديث ٢٣٥٣، وسنن الترمذي ٣: ٦٣٤ حديث ١٣٥٢، وسنن ابن داود ٣: ٣٠٤ حديث ٣٥٩٤، ومسند أحمد ٢: ٣٦٦، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ٢٠ حديث ٥٢.

مسألة ١٧٩: إذا اشترى نفسان من إنسان عبداً أو جارية وقبضاها، ثم وجدا بها عيباً، كان لهما الرد بالعيب إجماعاً. وإن أراد أحدهما أن يرد نصيبه وأراد الآخر إمساكه، لم يكن لمن أراد الرد أن يرد نصيبه حتى يتفقا. وبه قال أبو حنيفة (١).

وقال الشافعي: له أن يرد نصيبه (٢).

دليلنا: إنا أجمعنا أن لهما الخيار عند الاجتماع، ولا دليل على أن لهما الرد عند الانفراد، وإن قلنا له الرد لعموم الأخبار، لأنه عليه السلام لم يفصل (٣)، كان قويا.

مسألة ١٨٠: إذا اشترى عبدين صفقة واحدة، فوجد بأحدهما عيباً، لم يجز له أن يرد المعيب دون الصحيح، وله أن يردهما. وبه قال الشافعي (٤).

وقال أبو حنيفة: له أن يرد المعيب دون الآخر (٥).

دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٦).

(١) المبسوط ١٣: ٥٠، وشرح القدير ٩: ٣٦٧، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٦٨، والشرح الكبير ٤: ١٠٦، وبداية المجتهد ٢: ١٧٨.

(٢) مختصر المزني ٨٣، وفتح العزيز ٨: ٣٦٧، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٦٨، والشرح الكبير ٤: ١٠٦، وبداية المجتهد ٢: ١٧٨، والمبسوط ١٣: ٥٠.

(٣) أنظر ما رواه الشيخ الكليني في الكافي ٥: ٢١٣، والشيخ المصنف - قدس سره - في التهذيب ٧: ٦٠، باب العيوب الموجبة للرد.

(٤) مختصر المزني: ٨٦، وفتح العزيز ٨: ٢٤٢ و ٣٦٨، ومغني المحتاج ٢: ٦٠، والنتف ١: ٤٥٠، والمغني

لابن قدامة ٤: ٢٦٨، والشرح الكبير ٤: ١٠٦، والمحلى ٩: ٧٦، والمبسوط ١٣: ٥٠، وبداية المجتهد ٢: ١٧٧، والمجموع ١٢: ١٧٣ - ١٧٤.

(٥) النتف ١: ٤٥١، والمبسوط ١٣: ٥ و ١٠٢، وشرح فتح القدير ٥: ١٧٥، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٦٨، والشرح الكبير ٤: ١٠٦، وبداية المجتهد ٢: ١٧٧، والمحلى ٩: ٧٦، وفتح العزيز ٨: ٢٤٣ - ٢٤٤ و ٣٦٨.

(٦) أنظر دعائم الإسلام ٢: ٤٧ حديث ١١٦.

وأيضاً فإن الصفقة اشتملت عليهما، فمن أجاز التبعض فيهما فعليه الدلالة، فأما رد الكل فعليه إجماع الفرقة على ما قلناه.

مسألة ١٨١: إذا قال واحد لاثنتين: بعثكما هذا العبد بألف، فقال أحدهما: قبلت نصفه بخمسائة، ورد الآخر، لم ينعقد العقد. وبه قال أبو حنيفة (١).

وقال الشافعي: ينعقد العقد في حقه، سواء قبل صاحبه أو رد (٢).
دليلنا: أنه لا دليل على ثبوت هذا العقد في حصته، وقبوله غير مطابق للإيجاب، فوجب أن لا يثبت العقد.

مسألة ١٨٢: إذا اشترى جارية رأى شعرها جعداً، ثم وجده سبطاً، لم يكن له الخيار. وبه قال أبو حنيفة (٣).

وقال الشافعي: له الخيار (٤).

دليلنا: أنه قد ثبت العقد وإثبات الرد بذلك وجعله عيباً يحتاج إلى دليل.
مسألة ١٨٣: إذا بيض وجهها بالطلاء، ثم أسمر أو احمر خديها بالدمام - وهو الكلكون - ثم اصفر، لم يكن له الخيار.

وقال الشافعي: له الخيار (٥).

(١) الفتاوى الهندية ٣: ١٥، وبدائع الصنائع ٥: ٢٨٤.

(٢) المجموع ٩: ٣٣٧.

(٣) لعل المقصود من قول المؤلف قدس سره "وبه قال أبو حنيفة" إشارة إلى أنه لم ير جعد الشعر وسبطه عيباً موجبا للرد، لا القول به صراحة، فما عده السرخسي في المبسوط وغيره خال من التصريح بما تقدم، بل عد جملة من العيوب الموجبة للرد وليس منها ما ذكر، والله أعلم بالمراد.

(٤) الأم ٣: ١١٩، ومختصر المزني: ٨٣، والمجموع ١٢: ٩٥ و ٩٦، والوجيز ١: ١٤٢، وفتح المعين في شرح

قرة العين: ٧٠، والسراج الوهاج: ١٩٠، وفتح العزيز ٨: ٣٢٦.

(٥) المجموع ١٢: ٩٧ - ٩٨، والسراج الوهاج: ١٩٠.

دليلنا: ما قدمناه في المسألة الأولى سواء.
مسألة ١٨٤: إذا اشترى جارية على أنها بكر فكانت ثيبا، روى أصحابنا أنه ليس له الرد.
وقال الشافعي: له الرد (١).
دليلنا: أخبارهم التي رويها (٢).
وأیضا إثبات ذلك عيبا يرد منه يحتاج إلى دليل.
مسألة ١٨٥: إذا اشترى عبدا على أنه كافر فخرج مسلما لم يكن له الخيار. وبه قال المزني (٣).
وقال باقي أصحاب الشافعي: له الخيار (٤).
دليلنا: إن إثبات الخيار في ذلك يحتاج إلى شرع، والأصل صحة العقد.
مسألة ١٨٦: إذا اشترى عبدا أو أمة، فوجدهما زانيين، لم يكن له الخيار. وقال الشافعي: له الخيار (٥).
وقال أبو حنيفة: في الجارية له الخيار، وفي العبد لا خيار له (٦).

-
- (١) المجموع ١٢: ٣٣٣، وفتح العزيز ٩: ٣٢٩، وبداية المجتهد ٢: ١٨١.
(٢) الكافي ٥: ٢١٥ حديث ١١، والتهذيب ٧: ٦٥ حديث ٢٧٩، والاستبصار ٣: ٨٢ حديث ٢٧٧.
(٣) فتح العزيز ٨: ٣٢٥.
(٤) المجموع ٩: ٣٥٦ و ٣٥٨، ومغني المحتاج ٢: ٥٤.
(٥) المجموع ١٢: ٣١٤، والسراج الوهاج: ١٨٦، وفتح العزيز ٨: ٣٢٧، ومغني المحتاج ٢: ٥٠، وكفاية الأحيار ١: ١٥٥، وبداية المجتهد ٢: ١٧٣، وعمدة القاري ١١: ٢٧٨، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٦٣، والمبسوط ١٣: ١٠٦.
(٦) اللباب ١: ٢٣٩، وعمدة القاري ١١: ٢٧٧ - ٢٧٨، والفتاوى الهندية ٣: ٦٧، وشرح فتح القدير ٥: ١٥٥، والمجموع ١٢: ٣١٤، وفتح العزيز ٨: ٣٢٧، وبداية المجتهد ٢: ١٧٣، والبحر الزخار ٤: ٣٥٦، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٦٣، والمبسوط ١٣: ١٠٦، وفتح المعين في شرح قرّة العين: ٧٠. وبدائع الصنائع ٥: ٢٧٤.

دليلنا: ما قلناه في المسألة الأولى سواء.
 مسألة ١٨٧: إذا اشترى عبدا فوجده أبحر، أو الجارية كذلك، لم يكن له الخيار.
 وقال الشافعي: له الخيار فيهما (١).
 وقال أبو حنيفة: يثبت الخيار في الجارية دون العبد (٢).
 دليلنا: ما قلناه في المسألة الأولى سواء.
 مسألة ١٨٨: إذا كان العبد يبول في الفراش لا يثبت فيه الخيار، سواء كان صغيرا أو كبيرا.
 وقال الشافعي: يثبت الخيار في الكبير دون الصغير (٣).
 وقال أبو حنيفة: يثبت في الجارية دون العبد (٤).
 دليلنا: ما قلناه من أنه لا دليل على أن ذلك يوجب الرد.
 مسألة ١٨٩: إذا كان العبد غير مختون، فلا خيار فيه، صغيرا كان أو كبيرا.
 وقال الشافعي: يثبت الخيار في الكبير دون الصغير، لأنه لا يخاف عليه من قطعه (٥).

-
- (١) المجموع ١٢: ٣١٤، والسراج الوهاج: ١٨٦، ومغني المحتاج ٢: ٥٠، وكفاية الأخيار ١: ١٥٥،
 وفتح العزيز ٨: ٣٢٧، والبحر الزخار ٤: ٣٥٧، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٦٣، والأشباه والنظائر: ٤٥٥.
 (٢) اللباب ١: ٢٣٩، والفتاوى الهندية ٣: ٦٧، وشرح فتح القدير ٥: ١٥٥، وفتح العزيز ٨: ٣٢٧،
 والبحر الزخار ٤: ٣٥٧، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٦٣، وفتح المعين في شرح قرّة العين: ٧٠، وبدائع
 الصنائع ٥: ٢٧٤.
 (٣) المجموع ١٢: ٣٢١، وفتح العزيز ٨: ٣٢٧، ومغني المحتاج ٢: ٥٠، والسراج الوهاج: ١٨٦، وبداية
 المجتهد ٢: ١٧٤، وفتح المعين في شرح قرّة العين: ٧٠، والأشباه والنظائر: ٤٥٥.
 (٤) اللباب ١: ٢٣٨، والفتاوى الهندية ٣: ٦٩، والوجيز ١: ١٤٢، وفتح العزيز ٨: ٣٢٧، والمجموع
 ١٢: ٣٢١، وبداية المجتهد ٢: ١٧٤، والبحر الزخار ٤: ٣٥٧، وبدائع الصنائع ٥: ٢٧٥.
 (٥) المجموع ١٢: ٣٢٢، وفتح العزيز ٨: ٣٢٩، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٦٤، والأشباه والنظائر: ٤٥٦.

فأما الجارية فلا خلاف أنه لا خيار فيها.
دليلنا: ما قلناه في المسألة الأولى سواء.
مسألة ١٩٠: إذا اشترى جارية فوجدها مغنية لم يكن له الخيار. وبه قال
الشافعي (١).

وقال مالك: له الخيار (٢).

دليلنا: ما قلناه من أن إثبات ذلك عيبا يرد به يحتاج إلى دليل.
وأیضا فإن العلم بالغناء ليس بمحرم، وإنما صنعته واستعماله حرام،
فلا يثبت بالعلم الرد.

مسألة ١٩١: إذا اشترى عبدا فقتله، ثم علم أنه كان به عيب، كان له
الرجوع بالأرش. وبه قال الشافعي (٣).

وقال أبو حنيفة: ليس له ذلك (٤).

دليلنا: أنه إذا ثبت أن ذلك العيب مما يوجب الأرش، فمن أسقطه فعليه
الدلالة.

مسألة ١٩٢: إذا اشترى شيئا وقبضه، ثم وجد به عيبا كان عند البائع
وحدث عنده عيب آخر، لم يكن له رده إلا أن يرضى البائع بأن يقبله ناقصا،
فيكون له رده ويكون له الأرش إذا امتنع البائع من قبوله معيبا. وبه قال
الشافعي (٥).

(١) المجموع ١٢: ٣٢٢.

(٢) المغني لابن قدامة ٤: ٢٦٤، والشرح الكبير ٤: ٩٦، والمجموع ١٢: ٣٢٢.

(٣) مختصر المزني ٨٣، والوجيز ١: ١٤٣، والمجموع، ومغني المحتاج ٢: ٥٤، وفتح العزيز ٨: ٣٤٢،
وشرح

فتح القدير ٥: ١٦٣.

(٤) اللباب ١: ٢٤٠، والفتاوى الهندية ٣: ٨٣، وشرح فتح القدير ٥: ١٦٢ - ١٦٣، وفتح العزيز

٨: ٣٤٢، والبحر الزخار ٤: ٣٦٧.

(٥) الوجيز ١: ١٤٣، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٦، وبداية المجتهد ٢: ١٨٠، والشرح الكبير ٤: ٩٩.

وقال أبو ثور، وحماد بن أبي سليمان: إذا حدث عند المشتري عيب ووجد عيبا قديما كان عند البائع، رده ورد معه أرش العيب (١).
وقال مالك وأحمد: المشتري بالخيار بين أن يرده مع أرش العيب الحادث، وبين أن يمسكه ويرجع على البائع بأرش العيب القديم (٢).
دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٣).
مسألة ١٩٣: إذا اشترى رجل من غيره عبيدين، أو ثوبين، أو درهمين، فوجد بأحدهما عيبا، لم يكن له أن يرد المعيب منهما، وكان بالخيار بين رد الجميع أو يأخذ أرش المعيب.
والشافعي فيه قولان: أحدهما - وهو الظاهر من مذهبه - مثل ما قلناه أنه: ليس له رده (٤).
وقال أبو حنيفة: يجوز له رده وفسخ البيع في المعيب منهما (٥).
دليلنا إجماع الفرقة وأخبارهم (٦).
وأیضا فإننا أجمعنا أن له الخيار في رد الجميع، ولا دليل على أن له الخيار في رد المعيب دون غيره، فمن ادعى أن له ذلك فعليه الدلالة.

-
- (١) المغني لابن قدامة ٤: ٢٦٠ - ٢٦١، والشرح الكبير ٤: ٩٩.
(٢) المغني لابن قدامة ٤: ٢٦٠، والشرح الكبير ٤: ٩٩، وبداية المجتهد ٢: ١٨٠.
(٣) انظرها في الكافي ٥: ٢٠٧ حديث ٢ - ٣، و ص ٢١٤ حديث ٤ - ٥، والتهذيب ٧: ٦٠ حديث ٢٥٧ و ٢٦٠.
(٤) الأم ٣: ٢٥٥، ومختصر المزني: ٨٦، والمجموع ١٢: ١٧٣، ومغني المحتاج ٢: ٦٠، وفتح العزيز ٨: ٢٤٢،
وبداية المجتهد ٢: ١٧٨، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٦٨، والشرح الكبير ٤: ١٠٧.
(٥) الفتاوى الهندية ٣: ٨١، وشرح فتح القدير ٥، ١٧٥، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٦٨، والشرح الكبير ٤: ١٠٧، والمجموع ١٢: ١٧٧، وفتح العزيز ٨: ٢٤٣، وبداية المجتهد ٢: ١٧٨، وتبيين الحقائق ٤: ٤١.
(٦) لم أقف على أخبار بخصوص هذه المسألة سوى ما تقدم في مسألة " ١٨٠ " عن دعائم الإسلام ٢: ٤٧ حديث ١١٦، ولعل المصنف قدس سره أشار إلى الأخبار الموجبة بالعيب أيضا، لأن خيار تفرق الصفقة بمنزلة خيار العيب، والله أعلم بالمراد.

مسألة ١٩٤: إذا اشترى عبدين، ووجد بهما عيبا، ثم مات أحدهما، لم يثبت له الخيار في الباقي وكان له الأرش.
وللشافعي فيه قولان: أحدهما مثل ما قلناه (١).
والثاني: له رده إذا قال بتفريق الصفقة، ويرده بحصته من الثمن (٢).
وقال بعض أهل خراسان: يفسخ العقد على هذا القول فيهما جميعا، ثم يرد الباقي وقيمة التالف، ويسترجع الثمن (٣).
دليلنا: إنا قد بينا أنه إذا حدث عند المشتري عيب آخر لم يكن له الرد، وله الأرش، والموت في أحدهما من أكبر العيوب، فوجب أن لا يثبت له الخيار.
مسألة ١٩٥: إذا أراد أن يرد المعيب بالعيب، جاز له فسخ البيع في غيبة البائع وحضرته، قبل القبض وبعده. وبه قال الشافعي (٤).
وقال أبو حنيفة: إن كان قبل القبض يجوز له فسخه بحضوره البائع وفي غيبته، وإن كان بعد القبض فلا يجوز إلا بحضوره ورضاه أو بحكم الحاكم (٥).
دليلنا: أن الرد إذا كان حقا للمشتري كان له رده أي وقت شاء، ومن قال أن له ذلك في حال دون حال فعليه الدلالة.
مسألة ١٩٦: إذا باع ما يكون مأكوله في جوفه وبعد كسره، مثل البيض واللوز والجوز وغير ذلك، فليس للمشتري رده، وله الأرش ما بين قيمته صحيحا ومعيبا.

-
- (١) المجموع ١٢: ١٨٠، والشرح الكبير ٤: ١٠٧.
(٢) مختصر المزني: ٨٦، والمجموع ٩: ٢٢١ و ١٢: ١٨٠ - ١٨١، وفتح العزيز ٨: ٢٤٦.
(٣) المجموع ١٢: ١٨١، وفتح العزيز ٨: ٢٤٨.
(٤) المجموع ٩: ٢٠٠، وفتح العزيز ٨: ٣١٤، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٦٦.
(٥) اللباب ١: ٢٣٢، والنتف ١: ٤٤٨، والفتاوى الهندية ٣: ٤٣، وشرح فتح القدير ٥: ١٢٠ - ١٢١، والمجموع ٩: ٢٠٠، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٦٦، وفتح العزيز ٨: ٣١٤.

وللشافعي فيه ثلاثة أقوال على ما قاله أبو إسحاق في الشرح:
أحدها: أنه لا يردده. مثل ما قلناه.

والثاني: يردده ولا يرد معه شيئاً.

والثالث: يردده ويرد معه أرش النقص الذي حدث في يده (١).

دليلنا: أنه قد تصرف بالمبيع، فليس له رده لعموم الأخبار الواردة في ذلك (٢).

مسألة ١٩٧: إذا اشترى ثوباً، ونشره فوجد به عيباً، فإن كان النشر ينقص من ثمنه - مثل الشاهجاني المطوي على طاقين - لم يكن له رده.

وقال أصحاب الشافعي: إن كان مما لا يمكن الوقوف عليه إلا بالنشر فعلى الخلاف الذي بينهم، وفيه الأقوال الثلاثة التي في المسألة الأولى (٣).
دليلنا: ما قلناه في المسألة الأولى سواء.

مسألة ١٩٨: إذا كان لرجل عبد فجني، فباعه مولاه بغير إذن المجني عليه، فإن كانت جناية توجب القصاص فلا يصح البيع، وإن كانت جناية توجب الأرش صح إذا التزم مولاه الأرش.

وللشافعي فيه قولان:

أحدهما: يصح بيعه. وهو اختيار المزني، وأبي حنيفة ولم يفصلوا (٤).

والثاني: لا يصح. ولم يفصل (٥).

(١) مختصر المزني: ٨٣، والمجموع ١٢: ٢٧٩، والشرح الكبير ٤: ١٠٥، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٧٢ - ٢٧٣،

فتح العزيز ٨: ٣٦٠ - ٣٦١، مغني المحتاج ٣: ٥٩ - ٦٠.

(٢) أنظر الكافي ٥: ٢٠٦ حديث ٢ و ٣.

ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٣٦ حديث ٥٩٢، والتهذيب ٧: ٦٠ حديث ٢٥٧ - ٢٥٨.

(٣) المجموع ١٢: ٢٨٠، ومختصر المزني: ٨٣، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٧٢ - ٢٧٣، والشرح الكبير ٤: ١٠٥،

وفتح العزيز ٨: ٣٦٣ - ٣٦٤.

(٤) مختصر المزني: ٨٣، والمجموع ١٢: ٣٤٤، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٧٤، والشرح الكبير ٤: ١٢.

(٥) مختصر المزني: ٨٣، والمجموع ١٢: ٣٤٤، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٧٤، والشرح الكبير ٤: ١٢.

إلا أن أصحاب الشافعي قالوا فيه ثلاث طرق:
أحدها: أن في العمد الذي يوجب القصاص، وفي الخطأ الذي يوجب المال
قولين، فلا فرق بينهما (١).
وفيهم من قال: القولان فيما يوجب المال، وأما ما يوجب القصاص فلا يمنع
من صحة البيع قولاً واحداً (٢).
ومنهم من قال: القولان في العمد الذي يوجب القصاص، فأما ما يوجب
المال فيمنع من صحة بيعه كما يمنع الدهن (٣).
دليلنا: أنه إذا وجب عليه القود فلا يصح بيعه، لأنه قد باع منه ما لا يملك،
لأن ذلك حق للمجني عليه.
وأما إذا وجب عليه الأرش فإنه يصح بيعه، لأن رقبته سليمة من العيب،
والجناية أرشها فقد التزمها السيد، فلا وجه يفسد البيع.
مسألة ١٩٩: إذا باع ذهباً بفضة، ومع أحدهما عرض، مثل أن باع دراهم
وثوباً بذهب، أو ذهباً وثوباً بفضة، فهو بيع وصرف، فإنهما يصحان معاً. وبه
قال أبو حنيفة (٤).
وللشافعي فيه قولان، أحدهما: يصحان (٥). والآخر: يبطلان (٦).
دليلنا: الآية (٧)، ودلالة الأصل، والمنع يحتاج إلى دليل.

(١) المجموع ١٢: ٣٤٦ - ٣٤٧.

(٢) المجموع ١٢: ٣٤٦.

(٣) المجموع ١٢: ٣٤٤ و ٣٤٦.

(٤) اللباب ١: ٢٦٦، وشرح فتح القدير ٥: ٣٧٣.

(٥) الأم ٣: ٣١ و ٣٣، والمجموع ١٠: ٣٦٤.

(٦) الأم ٣: ٣٥، والمجموع ١٠: ٣٦٤.

(٧) البقرة: ٢٧٥.

مسألة ٢٠٠: إذا باع ثوبا وزهبا، بذهب أو فضة، وثوبا بدراهم، فإن كان الثوب مع أقلهما وزنا صح، وإن تساوى النقدان في الوزن لم يصح. وقال الشافعي: يبطلان قولاً واحداً (١).
دليلنا: ما قلناه في المسألة الأولى سواء.
مسألة ٢٠١: إذا قال لعبد: بعثك عبدي هذا وكاتبك بألف إلى نجمين، فالبيع باطل بلا خلاف، لأنه لا يصح بيع عبده من عبده. وهل تصح الكتابة؟ فعندنا تصح.
وللشافعي فيه قولان بناء على تفريق الصفقة (٢).
دليلنا: ما قدمناه من الآية (٣)، ودلالة الأصل، وقوله تعالى: " فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً " (٤) وهذا كتابة، والمنع يحتاج إلى دليل.
مسألة ٢٠٢: إذا قال: بعني هذا الثوب وتخيطه لي بألف، أو قال: بعني هذه الحنطة وتطحنها بألف، أو: بعني هذه القلعة وتحذوها لي جميعاً بدينار، فهو كالكتابة يصح جميع ذلك.
وللشافعي فيه قولان (٥).
دليلنا: ما قلناه في المسائل الأولى سواء، وإجماع الفرقة، وأخبارهم وردت بمثل هذا (٦).

-
- (١) الأم ٣: ٣٣، وبداية المجتهد ٢: ١٩٥.
(٢) المجموع ٩: ٣٣٦ و ٣٨٨ - ٣٨٩، وفتح العزيز ٨: ٢٨٢ و ٢٨٣، والسراج الوهاج: ٦٣٦، ومغني المحتاج ٤: ٥١٩.
(٣) البقرة: ٢٧٥.
(٤) النور: ٣٣.
(٥) المجموع ٩: ٣٨٩، والسراج الوهاج: ١٨٠، ومغني المحتاج ٢: ٣١، وفتح العزيز ٨: ١٩٦.
(٦) انظرها في التهذيب ٧: ٣٧١ حديث ١٥٠٣، والاستبصار ٣: ٢٣٢ حديث ٨٣٥ وغيرهما.

مسألة ٢٠٣: إذا قال له: زوجتك بنتي هذه وبعتك عبدها هذا جميعا بألف، فهذا بيع ونكاح، فإنهما يصحان، ويقسط العوض عليهما بالحصة. وللشافعي فيهما قولان: أحدهما مثل ما قلناه (١). والثاني: يبطلان (٢). دليلنا: ما تقدم في المسائل الأولى سواء.

مسألة ٢٠٤: إذا قال أبوها لزوجها: زوجتك بنتي هذه ولك هذا الألف بعبتك هذا، فالعبد بعضه مبيع وبعضه مهر، فعندنا يصحان. وللشافعي فيه قولان: أحدهما مثل ما قلناه، ويقسط العبد على مهر المثل، والألف بالحساب (٣).

والآخر: يبطلان (٤).

دليلنا: ما تقدم في المسألة الأولى سواء.

مسألة ٢٠٥: إذا قال لرجل: زوجتك بنتي هذه ولك هذا الألف معا بهذين الألفين من عندك، صح البيع والمهر معا، ويكون صرفا ونكاحا. وقال الشافعي: يبطل - قولاً واحداً - وذلك أنه فضة وبضع بفضة، فهو كما لو باعه ثوبا وفضة بفضة (٥).

دليلنا: ما قلناه في المسألة الأولى سواء، ولأننا بينا أن الأصل الذي بني عليه غير صحيح عندنا.

-
- (١) الأم ٥: ٦٥، والمجموع ٩: ٣٨٩، وفتح العزيز ٨: ٢٨١ - ٢٨٢، والسراج الوهاج: ١٨٣، ومغني المحتاج
- ٢: ٤٢، والمغني لابن قدامة ٤: ٣١٥، وبداية المجتهد ٢: ٢٧، والشرح الكبير ٤: ٤٥.
- (٢) الأم ٥: ٦٥، والوجيز ١: ١٤٠، والمجموع ٩: ٣٨٩، ومغني المحتاج ٢: ٤٢، والسراج الوهاج: ١٨٣
- وفتح العزيز ٨: ٢٨١ - ٢٨٢، والمغني لابن قدامة ٤: ٣١٤، والشرح الكبير ٤: ٤٤ - ٤٥.
- (٣) الأم ٥: ٦٧، والمجموع ٩: ٣٨٩، والوجيز ١: ١٤٠، وفتح العزيز ٨: ٢٨١ - ٢٨٢.
- (٤) الأم ٥: ٦٧، والمجموع ٩: ٣٨٩، وفتح العزيز ٨: ٢٨١ - ٢٨٢.
- (٥) الأم ٣: ٣٥، والمجموع ٩: ٣٨٨ و ٣٨٩.

مسألة ٢٠٦: إذا قال زوجتك بنتي هذه ولك هذا الألف درهم بهذا الألف دينار، كان صحيحا، ويكون نكاحا وصرفا مع اختلاف الجنس. وللشافعي فيه قولان (١).

دليلنا: ما تقدم في المسألة الأولى سواء.

مسألة ٢٠٧: إذا ملك العبد سيده شيئا، ملك التصرف فيه، ولا يملكه. وللشافعي فيه قولان:

قال في القدم: يملك إذا ملكه سيده (٢). وبه قال مالك، وعثمان البتي،

وداود، وأهل الظاهر (٣)، وزاد مالك فقال: يملك وإن لم يملكه سيده (٤).

وقال في الجديد: لا يملك (٥). وبه قال أكثر أهل العلم أهل العراق، وأحمد، وإسحاق (٦).

دليلنا على أنه لا يملك قوله تعالى: " ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شئ " (٧).

وفيه دليلان:

أحدهما: أنه قال: " لا يقدر على شئ " (٨)، ونحن نعلم أنه ما نفي القدرة

(١) المجموع ٩: ٣٨٩، والمغني لابن قدامة ٤: ٣١٤.

(٢) المجموع ١٤: ٣٩٧، وفتح العزيز ٩: ١٤٧، والسراج الوهاج: ٢٠٤، ومغني المحتاج ٢: ١٠٢، والمغني

لابن قدامة ٤: ٢٧٧ و ١٢: ٢٩٠، والبحر الزخار ٤: ٢٩٢، ونيل الأوطار ٥: ٢٧٤، وفتح الرحيم ٣: ٣٢

(٣) المغني لابن قدامة ٤: ٢٧٧، وفتح العزيز ٩: ١٤٧، والبحر الزخار ٤: ٣٠٣، وأحكام القرآن

للحصاص ٣: ١٨٧، ونيل الأوطار ٥: ٢٧٤.

(٤) أشار إلى ذلك في الموطأ ٢: ٦١١ فلاحظ.

(٥) المجموع ١٤: ٣٩٧، وفتح العزيز ٩: ١٤١ و ١٤٧، والسراج الوهاج: ٢٠٤، ومغني المحتاج ٢:

١٠٢

والمغني لابن قدامة ٤: ٢٧٧، ونيل الأوطار ٥: ٢٧٤، وأحكام القرآن للحصاص ٣: ١٨٧.

(٦) المغني لابن قدامة ٤: ٢٧٧، وفتح العزيز ٩: ١٤٧، ونيل الأوطار ٥: ٢٧٤.

(٧) النحل: ٧٥.

(٨) النحل: ٧٥.

على الفعل، لأنه قادر على الأفعال، فبقي أن يكون أراد أنه لا يملكه.
الثاني: أنه نفي عنه القدرة على كل حال، فوجب حمل الآية على عمومها
إلا ما أخرج الدليل.

وأيضاً قوله تعالى: " ضرب لكم مثلاً من أنفسكم هل لكم مما ملكت
أيمانكم من شركاء فيما رزقناكم فأنتم فيه سواء " (١) فنفي أن يشاركه أحد في
ملكه، وجعل الأصل العبد مع مولاه، فقال: إذا لم يشارك عبد أحدكم مولاه
في ملكه فيساويه، فكذلك لا يشاركني أحد في ملكي فيساويني فيه، ثبت أن
العبد لا يملك أبداً.

وأيضاً فلو ملك العبد لأدى إلى تناقض الأحكام، لأنه إذا ملك السيد
عبده مالا، واشترى العبد بذلك المال عبداً، ثم ملكه مالا، فمضى عبد العبد إلى
سيد سيده فاشترى سيده منه، فيصير كل واحد منهما عبداً لصاحبه، وهذا
تناقض، وليس لأحدهما أن يسافر بصاحبه إلا وله أن يقول بل أسافر بك،
فإنك عبدي، وإذا أفضى إلى هذا بطل في نفسه.

واستدل من خالف بما روى سالم عن أبيه أن النبي صلى الله عليه وآله
قال: " من باع عبداً وله مال، فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع " (٢).
وروي هذا الخبر عن علي عليه السلام، وعمر، وجابر، وعائشة (٣). وفيه
دليلاً:

أحدهما: أنه أضاف المال إلى العبد بلام الملك، فقال: " وله مال "

(١) الروم: ٢٨.

(٢) السنن المأثورة: ٢٤٩، والسنن الكبرى ٥: ٣٢٤، وفي سنن ابن ماجه ٢: ٧٤٦ حديث ٢٢١١،
وصحيح مسلم ٣: ١١٧٣ حديث ٨٠ نحوه.

(٣) صحيح مسلم ٣: ١١٧٣ حديث ٨٠، وسنن الترمذي ٣: ٥٤٦ حديث ١٢٤٤، والسنن الكبرى
٥: ٣٢٤ و ٣٢٦، ورواه مالك في الموطأ ٢: ٦١١ حديث ٢ عن عمر.

وحقيقته يقتضي صحة الملك.
والثاني: قال: " فماله للبائع " فلولا أن هناك ما يوهم أن يكون بالبيع للعبد
فبقي على ملكه لما قال فهو للبائع.

وأيضاً روى نافع، عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وآله قال: " من
أعتق عبداً وله مال، فماله للعبد إلا أن يستثنيه السيد " (١).
وروي أن سلمان كان عبداً، فأتى النبي صلى الله عليه وآله بشيء،
فقال: " هو صدقة فرده " فأتاه ثانياً، فقال: " هو هدية فقبله " (٢).
فلولا أنه كان يملكه لما قبله.

وأيضاً قوله تعالى: " وانكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم
وإمائكم إن يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله " (٣) فبين أنه يغنيهم بعد فقر، فلو
لم يكن يملك لما كان الأمر كذلك، ولما تصور فيه الغنى.
والجواب عن الآية أولاً: أن معناه يغنيهم بالعتق، بدليل أن من كان في
يده مال للغير لا يملك منعه منه فليس بغني، وهذه صفة العبد، فثبت أنه أراد
ما قلناه.

والجواب عن الخبر الأول: أن إضافة المال إلى العبد إضافة محل، لا إضافة
ملك، أو إضافة جواز التصرف فيه، لأننا قد أجزنا ذلك، بدلالة أنه أضاف
الملك إلى العبد بعد البيع، فقال: " من باع عبداً وله مال " .
وأيضاً فإنه قال: " فماله للبائع " ولا يجوز أن يكون هذا المال لكل واحد
منهما، ثبت أنه أضاف إلى العبد مجازاً لا حقيقة.

(١) سنن الدارقطني ٤: ١٣٣ حديث ٣١، وفي سنن أبي داود ٤: ٢٨ حديث ٣٩٦٢ نحوه.
(٢) أشار إلى هذا الحديث ابن حزم في المحلى ٨: ٣٢٢ فلاحظه أيضاً.
(٣) النور: ٣٢.

وأيضاً ذكر أنه " للبايع " لأن هناك ما يوهم، لأن العادة أن أحدا لا يبيع عبده وعليه ثياب إلا والثياب يأخذها المشتري، فأراد أن يزيل هذا الظاهر لئلا يظن أنه ليس للبايع أخذ ثيابه.

وأما الحديث الثاني فإنه ضعيف.

وقال أحمد: من أعتق عبدا وله مال، فماله لسيدة إلا أنه يصح حديث عبد الله بن أبي حفص (١).

وأيضاً فقد رووا أنه قال: " مال العبد له " (٢).

وروا أيضاً أنه قال: فماله لسيدة إلا أن يجعله له، فتعارضوا.

وأما حديث سلمان ففيه جوابان:

أحدهما: ما كان سلمان عبداً، وإنما كان مغلوباً على نفسه، مسترقاً بغير حق، والدليل عليه أن النبي صلى الله عليه وآله قال له: " سلهم أن يكاتبوك " فلما فعلوا قال النبي صلى الله عليه وآله: " استنقذوه " وإنما يقال هذا فيمن كان مقهوراً بغير حق.

والثاني: أنه لو كان مملوكاً لا حجة فيه، لأنه لا خلاف أن هدايا المملوك لا تقبل بغير إذن سيده، فلما قبلها النبي صلى الله عليه وآله ثبت أنه كان بإذن سيده.

مسألة ٢٠٨: إذا كان مع العبد مائة درهم، فباعه بمائة درهم لم يصح البيع، فإن باعه بمائة درهم ودرهم صح. وبه قال أبو حنيفة (٣).

وللشافعي فيه قولان (٤).

(١) المغني لابن قدامة ١٢: ٢٩، والشرح الكبير ١٢: ٢٤٧.

(٢) وسنن ابن ماجة ٢: ٨٤٥ حديث ٢٥٢٩، والسنن الكبرى ٥: ٣٢٥.

(٣) بدائع الصنائع ٥: ٢١٧، والفتاوى الهندية ٣: ٢٢٢، وتبيين الحقائق ٤: ١٣٦ - ١٣٧، وبداية المجتهد ٢: ١٩٥.

(٤) المجموع ٩: ٣٨٨ و ١٠: ٣٦٤، وبداية المجتهد ٢: ١٩٥.

دليلنا: قوله تعالى: " وأحل الله البيع " (١) والمنع منه يحتاج إلى دليل.
 مسألة ٢٠٩: إذا كان ماله ديناً، فباعه وماله صح البيع.
 وقال الشافعي: باطل، لأن بيع الديون لا يصح (٢).
 دليلنا قوله تعالى: " وأحل الله البيع " (٣) والمنع يحتاج إلى دليل، وأيضاً فإن
 بيع الدين عندنا صحيح، فما بنى عليه من الأصل غير مسلم.
 مسألة ٢١٠: إذا باع عبده ومالاً، ثم علم بالعيب، وما حدث به عنده
 عيب، ولا نقص، كان له رده والمال معه. وبه قال الشافعي (٤).
 وقال داود: يرده دون المال (٥).
 دليلنا: على أن له ردهما: أنه اشترى عبداً ذا مال، فلا يجوز له رد عبده بالعيب
 غير ذي مال، لأنه يرده بغير الصفة فلا يقبل منه.
 مسألة ٢١١: من باع شيئاً وبه عيب لم يبينه، فعل فعلاً محظوراً، وكان
 للمشتري الخيار بين إمضاء العقد والرضا بالعيب وبين فسخه. وبه قال
 الشافعي (٦).
 وقال داود: البيع باطل (٧).

-
- (١) البقرة: ٢٧٥.
 (٢) المجموع ١٠: ١٠٧، والوجيز ١: ١٤٦، وفتح العزيز ٨: ٤٣٩ و ٤٤٠، ومغني المحتاج ٢: ٧١،
 وبداية
 المحتهد ٢: ١٩٨.
 (٣) البقرة: ٢٧٥.
 (٤) الأم ٣: ٢٢٤.
 (٥) المغني لابن قدامة ٤: ٢٧٦، والمحلى ٨: ٤٢٢، والشرح الكبير ٤: ٣٢٣.
 (٦) المجموع ١٢: ١٢٢ - ١٢٣، ومغني المحتاج ٢: ٥٠، وكفاية الأخيار ١: ١٥٥، والسراج الوهاج:
 ١٨٦،
 وفتح العزيز ٨: ٣٢٦ - ٣٢٧.
 (٧) البحر الزخار ٤: ٣٥٦.

دليلنا: الآية (١)، ودلالة الأصل، وإبطاله يحتاج إلى دليل.
وأيضاً روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وآله قال: " لا تصروا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها، فإن رضيها أمسكها، وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر " (٢).

فنهى عن التدليس وجعل المشتري بالخيار بين الإمساك والرد، فلو كان البيع باطلاً ما جعله بالخيار فيه.

مسألة ٢١٢: من اختلط ماله الحلال بالحرام، فالشراء مكروه منه، وليس بحرام إذا لم يكن ذلك الحرام بعينه، سواء كان الحرام أقل أو أكثر أو متساوياً. وبه قال الشافعي (٣).

وقال مالك: إن كان الحرام أكثر حرم كله، وإن كان الحلال أكثر فهو حلال (٤).

دليلنا: قوله تعالى: " وأحل الله البيع " (٥) ومن حكم بتحريم الكل فعليه الدلالة.

وأيضاً روى النعمان بن بشير قال (٦): سمعت رسول الله يقول: " الحلال

(١) البقرة ٢٧٥.

(٢) صحيح مسلم ٣: ١١٥٥ حديث ١١، وشرح معاني الآثار ٤: ١٩، وسنن الدارقطني ٣: ٧٤ حديث ٢٧٩. وترتيب مسند الشافعي ٢: ١٤٢ حديث ٤٦٨، وفي صحيح البخاري ٣: ٩٢، والموطأ ٢: ٦٨٣ حديث ٩٦ باختلاف يسير في اللفظ.

(٣) المجموع ٩: ٣٥٣، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٣٤، والشرح الكبير ٤: ٢٥. مختصر المزني: ٨٧.

(٤) المحلى ٩: ١٦.

(٥) البقرة: ٢٧٥.

(٦) أبو عبد الله، النعمان بن بشير بن ثعلبة بن سعد بن خلاس الخزرجي ولد قبل وفاة رسول الله بثماني سنين وسبعة أشهر، وقيل بست سنين، روى عنه ابنه محمد وبشير والشعبي وحميد بن عبد الرحمن وغيرهم. استعمله معاوية على حمص ثم على الكوفة، وكان هواه مع معاوية وميله إليه وإلى ابنه يزيد، فلما مات معاوية بن يزيد دعا الناس إلى بيعه عبد الله بن الزبير بالشام فخالفه أهل حمص فخرج منها فاتبعوه وقتلوه وذلك سنة أربع وستين في ذي الحجة. قاله ابن الأثير في أسد الغابة ٥: ٢٢ - ٢٤.

بين والحرام بين وبين ذلك أمور مشتبهات لا يدري كثير من الناس أمن الحلال هي أم من الحرام، فمن تركها استبرأ لدينه وعرضه فقد سلم، ومن واقع شيئاً منها يوشك أن يواقع الحرام، كما أنه من يرعى حول الحمى يوشك أن يواقعه، ألا وإن لكل ملك حمى، ألا وإن حمى الله محارمه " (١).

مسألة ٢١٣: إذا باع عبداً، أو حيواناً، أو غيرهما من المتاع بالبراءة من العيوب، صح البيع، وبرء من كل عيب ظاهراً كان أو باطناً، علمه أو لم يعلمه. وبه قال أبو حنيفة (٢).

وللشافعي فيه ثلاثة أقوال: أحدها مثل ما قلناه (٣).

والثاني: أنه لا يبرء من عيب بحال، علمه أو لم يعلمه، بحيوان كان أو بغيره (٤). وهو مذهب الإصطخري، وبه قال أحمد، وإسحاق (٥).

والثالث: أنه لا يبرء من عيب بحال علمه أو لم يعلمه، إلا من عيب واحد وهو عيب بباطن الحيوان لم يعلمه البائع، فأما غير هذا فلا يبرء منه، سواء كان

(١) سنن الترمذي ٣: ٥١١، والمدونة الكبرى ٣: ٤٤١، ورواه ابن الأثير في أسد الغابة ٥: ٢٣ عند ترجمة النعمان بن بشير ورواه أيضاً مسلم في صحيحه ٣: ١٢١٩ حديث ١٠٧ والبخاري في صحيحه ٣: ٦٩ - ٧٠، وابن ماجه في سننه ٢: ١٣١٨ حديث ٣٩٨٤، وأبو داود في سننه ٣: ٢٤٣ حديث ٣٣٢٩ - ٣٣٣٠ بالألفاظ المختلفة.

(٢) المبسوط ١٣: ٩١، والفتاوى الهندية ٣: ٦٧ و ٩٥، واللباب ١: ٢٤١، وشرح فتح القدير ٥: ١٨٢، والمحلى ٩: ٤١، والأم ٣: ٧٠، والمجموع ١٢: ٣٥٧، وفتح العزيز ٨: ٣٣٩، وبداية المجتهد ٢: ١٨٢. (٣) الأم ٣: ٧٠، والمحلى ٩: ٤١، والوجيز: ١٤٣، والسراج الوهاج: ١٨٧، وفتح العزيز ٨: ٣٣٩، وكفاية

الأخيار ١: ١٥٦، وبداية المجتهد ٢: ١٨٣، والمبسوط ١٣: ٩١ - ٩٢، ومغني المحتاج ٢: ٥٣، وشرح فتح القدير ٥: ١٨٢.

(٤) المجموع ١٢: ٣٥٥ - ٣٥٧، والسراج الوهاج: ١٨٧، وفتح العزيز ٨: ٣٣٩ - ٣٤٠.

(٥) المجموع ١٢: ٣٥٥، والسراج الوهاج: ١٨٧، وفتح العزيز ٨: ٣٣٩ - ٣٤٠.

بباطن الحيوان يعلمه أو بظاهر الحيوان، أو في غير الحيوان علمه أو لم يعلمه (١).
 وبه قال مالك (٢)، وهو الأظهر عندهم.
 فإن كان المبيع غير حيوان كالثياب والخشب والعقار ففيها قولان:
 أحدهما: يبرء بكل حال (٣).
 والثاني: لا يبرء من عيب بحال (٤).
 والثالث: يسقط، لأنه لا باطن لغير الحيوان إلا ويمكن معرفته، ولا يمكن
 ذلك في الحيوان (٥).
 وقال غيره من أصحاب الشافعي: المسألة على قول واحد، فإنه لا يبرء إلا
 من عيب واحد، وهو عيب باطن الحيوان لم يعلمه، ولا يبرء من عيب سواه.
 وهذا هو المذهب (٦).
 وقال ابن أبي ليلى: يبرء من كل عيب يعده على المشتري، فإن وجد به عيبا
 غير الذي عده البائع عليه كان له رده، ولا يرده بما عده عليه (٧).
 دليلنا: إجماع الفرقة على أن البراءة من العيوب صحيح، وأخبارهم عامة في
 ذلك (٨)، فوجب حملها على ظاهرها، وتخصيصها بعيب دون عيب يحتاج إلى
 دليل.

-
- (١) المجموع ١٢: ٣٥٧، وفتح العزيز ٨: ٣٣٩، والمحلى ٩: ٤١.
 (٢) المدونة الكبرى ٤: ٣٤٩، وبداية المجتهد ٢: ١٨٣، والمجموع ١٢: ٣٥٧، وفتح العزيز ٨: ٣٣٩،
 والمحلى
 ٩: ٤١، وشرح فتح القدير ٥: ١٨٢.
 (٣) المجموع ١٢: ٣٥٥.
 (٤) المجموع ١٢: ٣٥٥، والسراج الوهاج: ١٨٧، ومغني المحتاج ٢: ٥٣.
 (٥) المجموع ١٢: ٣٥٥.
 (٦) المجموع ١٢: ٣٥٧، والسراج الوهاج: ١٨٧، وبداية المجتهد ٢: ١٨٣، ومغني المحتاج ٢: ٥٣.
 (٧) الأم ٣: ٧٠، والمجموع ١٢: ٣٥٧.
 (٨) أنظر دعائم الإسلام ٢: ٤٧ حديث ١١٧.

وأيضاً روي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: " المؤمنون عند شروطهم " (١). فينبغي أن يكون على ما شرطاه.

مسألة ٢١٤: إذا اشترى ثوباً فصبغه، ثم علم أن به عيباً، كان له الرجوع بأرش العيب، ولم يكن له رده إلا أن يشاء البائع أن يقبله مصبوغاً، ويضمن قيمة الصبغ، ويكون المشتري بالخيار بين إمساكه بغير أرش أو يرده ويأخذ قيمة الصبغ، وبه قال الشافعي (٢).

وقال أبو حنيفة: المشتري بالخيار بين إمساكه ويطلب بالأرش، وبين دفعه إلى البائع ويأخذ قيمة الصبغ (٣).

دليلنا: أنا قد بينا أن من اشترى شيئاً فتصرف فيه، ثم علم أن به عيباً لم يكن له رده، وإنما له أرشه، وهذا قد تصرف فيه بالصبغ. وأما إذا قبل البائع الثوب مصبوغاً فلا بد أن يرد على المشتري ثمن صبغه، لأنه عين ماله، إلا أن يتبرع بتركه.

مسألة ٢١٥: إذا اشترى ثوباً فقطعه وباعه أو صبغه، ثم باعه، ثم علم بالعيب، فليس له إلا المطالبة بالأرش. وبه قال الشافعي (٤).

وقال أبو حنيفة: إن كان قد قطع الثوب ثم باعه كما قلناه، وإن كان صبغه

- (١) التهذيب ٧: ٣٧١، حديث ١٥٠٣، والاستبصار ٣: ٢٣٢ حديث ٨٣٥، والمصنف لابن أبي شيبة ٦: ٥٦٨ حديث ٢٠٦٤، وتلخيص الحبير ٣: ٢٣ و ٤٤ حديث ١١٩٥ و ١٢٤، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٨٤، والشرح الكبير ٤: ٣٨٦.
- (٢) المجموع ١٢: ٢٤٢، والوجيز: ١٤٤، وفتح العزيز ٨: ٣٥٧ - ٣٥٨، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٧٣ - ٢٧٤، والشرح الكبير ٤: ١٠٤، والمحلى ٩: ٧٨.
- (٣) اللباب ١: ٢٣٩، والفتاوى الهندية ٣: ٨٣، وشرح فتح القدير ٥: ١٦٠ - ١٦١، والمجموع ١٢: ٢٤٢، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٧٣، والشرح الكبير ٤: ١٠٤، والبحر الزخار ٤: ٣٦٥، والمحلى ٩: ٧٨.
- (٤) المجموع ١٢: ٢٤٢، والمحلى ٩: ٧٨، وفتح العزيز ٨: ٣٤٢، والوجيز ١: ١٤٣.

ثم باعه كان له الرجوع (١).
وهذه المسألة مبنية على الأولى، وقد بينا ما فيها.
مسألة ٢١٦: إذا وكل وكيلاً لبيع عبد له فباعه، فظهر عيب عند المشتري،
فطالب الوكيل فأنكر أن يكون العيب به قبل القبض فالقول قوله، فإن حلف
سقط الرد، وإن نكل رددنا اليمين على المشتري، فإن حلف رده على الوكيل،
فإذا رده عليه لم يكن له رده على الموكل لأنه عاد إليه باختياره. وبه قال
الشافعي (٢).

وقال أبو حنيفة: القول قول الوكيل، فإن حلف سقط الرد، وإن لم يحلف
حكماً عليه بالنكول ورد عليه العبد بذلك، وكان له رده على موكله (٣).
دليلنا: ما أشرنا إلى من أنه عاد إليه باختياره، ونكوله عن اليمين فيه إيجاب
على الغير لا يقبل منه.

مسألة ٢١٧: إذا ادعى عمرو عبداً في يد زيد، وأقام البينة أنه له اشتراه
من زيد، وأقام زيد البينة أنه له وأنه هو اشتراه من عمرو، فالبينة بينة الخارج
وهو عمرو. وبه قال محمد (٤).
وقال أبو حنيفة والشافعي: البينة بينة الداخل (٥).

-
- (١) المبسوط ١٣: ٩٨، وشرح فتح القدير ٥: ١٦٠، واللباب ١: ٢٣٩، والبحر الزخار ٤: ٣٦٥، والمحلى
٩: ٧٨، والفتاوى الهندية ٣: ٥٥.
(٢) المجموع ١٢: ١٥٢.
(٣) الفتاوى الهندية ٣: ٩٩. بدائع الصنائع ٥: ٢٨١، والمبسوط ١٩: ٣٣.
(٤) بدائع الصنائع ٦: ٢٣٣، والفتاوى الهندية ٤: ٧٤، والمغني لابن قدامة ١٢: ١٧٣، والشرح الكبير
١٢: ١٨٦. وحاشية رد المحتار ٥: ٥٧٦.
(٥) المجموع ٢٠: ١٨٩، والسراج الوهاج: ٦٢٠، ومغني المحتاج ٤: ٤٨٠ - ٤٨١، والفتاوى الهندية
٤: ٧٤،
وبدائع الصنائع ٦: ٢٣٣، وحاشية رد المحتار ٥: ٥٧٦.

دليلنا: قول النبي صلى الله عليه وآله: " البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه " (١).

والمدعى عليه هاهنا زيد، لأن العبد في يده.

مسألة ٢١٨: إذا اشترى رجلان من رجل عبدا صفقة واحدة، ثم غاب أحد المشترين قبل القبض وقبل دفع الثمن، فللحاضر أن يقبض قدر حقه ويعطي ما يخصه من الثمن، وله أن يعطي كل الثمن نصفه عنه، ونصفه عن شريكه، فإذا فعل فإنما له قبض نصيبه دون نصيب شريكه، فإذا عاد شريكه كان له قبض نصيبه من البائع، وليس لشريكه الرجوع عليه بما قضى عنه من الثمن. وبه قال الشافعي وأصحابه (٢).

وخالف أبو حنيفة في المسائل الثلاث فقال: ليس للحاضر أن ينفرد بقبض نصيبه بدفع نصيبه من الثمن، وقال: للحاضر أن يدفع جميع الثمن عن نفسه وعن شريكه، فإذا دفع كان له قبض كل العبد نصيبه ونصيب شريكه، قال: وإذا حضر الغائب كان للحاضر أن يرجع عليه بما قضى عنه من الثمن (٣).
دليلنا على أن له قبض نصيبه: أنه حقه فله قبضه، ومن منع منه احتاج إلى دليل، وقبض نصيب الغير يحتاج إلى دليل في صحته، والرجوع عليه بما دفع عنه من الثمن مثل ذلك، لأن قضى دينه بغير إذنه، فيحتاج إلى دليل في صحة رجوعه عليه.

مسألة ٢١٩: الاستبراء واجب على البائع في الجارية، وعلى المشتري معا.

(١) الكافي ٧: ٤١٥ حديث ١، والتهذيب: ٢٢٩ حديث ٥٥٣، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ٢٠ حديث ١، والسنن الكبرى ١٠: ٢٥٢، والدراية في تخريج أحاديث الهداية ٢: ١٧٥ حديث ٨٤٠.
(٢) فتح العزيز ٨: ٢٨٦.
(٣) شرح فتح القدير ٥: ٣٦٤، وشرح العناية على الهداية في هامش شرح فتح القدير ٥: ٣٦٤، وتبيين الحقائق ٤: ١٢٩، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٣٦، وحاشية رد المحتار ٥: ٢٣١.

وبه قال الثوري، والحسن البصري، والنخعي، وابن سيرين (١).
وقال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي ومالك: الاستبراء مستحب للبائع،
واجب على المشتري (٢). وبه قال أكثر الفقهاء (٣).
وقال عثمان البتي: الاستبراء واجب على البائع، مستحب للمشتري (٤).
دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم ظاهرها الوجوب (٥)، وطريقة الاحتياط
تقتضيه، لأن بعد استبراءها يحل وطؤها بلا خلاف، وقبل ذلك فيها خلاف.
مسألة ٢٢٠: إذا حاضت الجارية في مدة الخيار عند المشتري، جاز أن يعتد
به في الاستبراء، ويكفيه ذلك.
وقال الشافعي: إن كان الخيار للبائع أو لهما لا يعتد به، وإن كان
للمشتري وحده فمبني على أقواله الثلاثة في انتقال الملك، فإذا قال أنه ينتقل
بنفس العقد أو مراعى فقد كفاه في الاستبراء، وإذا قال بمجموعهما لم يعتد
بذلك (٦).
دليلنا: ما روي عنهم عليهم السلام أنه " إذا اشترى جارية وهي حائض،
جاز أن يعتد بذلك في الاستبراء " (٧) وهو إجماع بينهم لا أعرف فيه خلافاً.

-
- (١) المحلى ١٠: ٣١٨، والمغني لابن قدامة ٩: ١٥٩ و ١٦٥.
(٢) المبسوط ١٣: ١٤٦ و ١٥١ و ١٨: ٢٠٣، وبدائع الصنائع ٥: ٢٥٣، والمغني لابن قدامة ٩: ١٥٩ و
١٦٥، ومختصر المزني: ٢٣٦، والمجموع ١٨: ٢٠٣، وكفاية الخيار ٢: ٨٠، والمدونة الكبرى ٣:
١٢٦،
ومقدمات ابن رشد ٢: ٦٠٣، والمحلى ١٠: ٣١٨، والشيخ الكبير ٩: ١٧٣ و ١٨٣.
(٣) المجموع ١٨: ٢٠٣، والمحلى ١٠: ٣١٨، والمغني لابن قدامة ٩: ١٥٩ و ١٦٥، والشرح الكبير ٩:
١٧٣ و ١٨٣.
(٤) المغني لابن قدامة ٩: ١٥٩، والشرح الكبير ٩: ١٧٣.
(٥) انظرها في الكافي ٥: ٤٧٢ (باب استبراء الأمة)، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ٢٨٣ (باب استبراء
الإماء)، والتهذيب ٨: ١٧٠ حديث ٥٩٣ - ٥٩٤ والاستبصار ٣: ٣٥٨ - ٣٥٩ حديث ١٢٨٤ و ١٢٨٧.
(٦) أنظر الأم ٥: ٩٧، والمجموع ١٨: ٢٠٢.
(٧) الكافي ٥: ٤٧٣ حديث ٦ و ٨، والتهذيب ٨: ١٧٤ حديث ٦٠٦، والاستبصار ٣: ٣٥٧ و ٣٥٩
حديث ١٢٧٨ و ١٢٨٦.

مسألة ٢٢١: الاستبراء يكون عند المشتري سواء كانت جميلة أو قبيحة، ولا يجب المواضعة - وهو جعلها عند عدل حتى تستبرأ - وبه قال أبو حنيفة والشافعي (١).

وقال مالك: إن كانت وخشة (٢) مثل ما قلناه، وإن كانت جميلة رابعة وجبت المواضعة عند عدل حتى تستبرأ، ثم يقبضها المشتري (٣).
دليلنا: أن النبي صلى الله عليه وآله أوجب الاستبراء على المشتري ومنع من وطئها (٤)، ولا يكون ذلك إلا مع تمكنه من ذلك، ومع المواضعة لا يتم ذلك.

وروي عنه عليه السلام أنه قال: " لا توطأ حامل حتى تضع، ولا حائل حتى تحيض " (٥).

مسألة ٢٢٢: إذا اشترى جارية في حال حيضها، احتسب بقية الحيض وكفاه.

وقال الشافعي: لا يحتسب ببقيته، وعليه أن يستأنف للاستبراء حيضة أخرى (٦). وبه قال أبو حنيفة (٧).

(١) الأم ٣: ٨٧ و ٥: ٩٦ - ٩٧، والمجموع ٨: ٤٢٧، وكفاية الأختار ٢: ٨٠، والمحلى ٨: ٤٢٧، والمبسوط ١٣: ١٤٦ - ١٤٧.

(٢) وخش الشيء، بالضم وخوشة: أي صار رديئا. والوخش من الناس: الرذل، يستوي فيه المذكور والمؤنث، والواحد والجمع، قاله ابن الأثير في النهاية ٥: ١٦٤.

(٣) المدونة الكبرى ٣: ١٢٤، والمحلى ٨: ٤٢٧.

(٤) أنظر ما تقدم من مسائل الإماء والاستبراء من هذا الكتاب.

(٥) السنن الكبرى ٩: ١٢٤، وقد روي الحديث بألفاظ مختلفة أيضا انظرها في السنن الكبرى ٩: ١٢٤ أيضا والمصنف لعبد الرزاق ٧: ٢٢٧، وسنن أبي داود ٢: ٢٤٨، ومسند أحمد بن حنبل ٢: ٨٧ وغيرها.

(٦) الأم ٥: ٩٧، ومختصر المزني: ٢٢٦، والمجموع ١٨: ٢٠٢.

(٧) المبسوط ١٣: ١٤٧.

وقال مالك: إن مضي الأقل وبقي الأكثر يحتسب به (١).
دليلنا إجماع الفرقة وأخبارهم (٢).
مسألة ٢٢٣: يكره بيع المرابحة بالنسبة إلى أصل المال، وصورته أن يقول:
بعتك برأس مالي وربح درهم على كل عشرة، وليس ذلك بمفسد للبيع. وبه
قال ابن عمر، وابن عباس (٣).
قال ابن عباس: أكره أن أبيع ده يازده وده دوازده، لأنه بيع
الأعاجم (٤).
وقال أبو حنيفة والشافعي ومالك وأكثر الفقهاء: أنه غير مكروه، والبيع
صحيح طلق (٥)، وروي ذلك عن ابن مسعود وعمر (٦).
وقال أحمد وإسحاق بن راهويه: بيع المرابحة باطل (٧).
دليلنا: إجماع الفرقة فإنهم لا يختلفون في ذلك، ومثل قول ابن عباس روه
في أخبارهم وهي كثيرة ذكرناها في الكتاب الكبير (٨).

-
- (١) المدونة الكبرى ٣: ١٢٣ - ١٢٤، ومقدمات ابن رشد ٢: ٦١٠.
(٢) انظرها في الكافي ٥: ٤٧٣ حديث ٦ و ٨، والتهذيب ٨: ١٧١ و ١٧٤ حديث ٥٩٥ و ٦٠٦،
والاستبصار ٣: ٣٥٧ و ٣٥٩ حديث ١٢٧٨ و ١٢٨٦.
(٣) المجموع ١٣: ١١، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٨٠، والبحر الزخار ٤: ٣٧٧، والشرح الكبير ٤: ١١١.
(٤) المصنف لعبد الرزاق ٨: ٢٣٢ حديث ١٥٠١١، والسنن الكبرى ٥: ٣٣٠.
(٥) اللباب ١: ٢٥١، والمبسوط ١٣: ٩١، والفتاوى الهندية ٣: ١٦٠، والبحر الزخار ٤: ٣٧٧،
والمجموع
١٣: ٤ و ١١، والموطأ ٢: ٦٦٨، وبلغة السالك ٢: ٧٧، والشرح الكبير ٤: ١١٢، والمدونة الكبرى
٤: ٢٢٧، ومقدمات ابن رشد ٢: ٥٩١، والوجيز ١: ١٤٧، والسراج الوهاج: ١٩٥، ومغني المحتاج
٢: ٧٧، وشرح فتح القدير ٥: ٢٥٣، وفتح العزيز ٩: ٥.
(٦) المجموع ١٣: ٣، والشرح الكبير ٤: ١١٢،
(٧) المجموع ١٣: ٤ و ١١، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٨٠، والشرح الكبير ٤: ١١٢، والبحر الزخار ٤:
٣٧٧.
(٨) التهذيب ٧: ٤٧ و ٥٤ و ٥٩ حديث ٢٠٣ و ٢٣٦ و ٢٥٤. وانظرها أيضا في الكافي ٥: ١٩٧
حديث
٣ - ٤ و ٥: ٢٠٨ حديث ٣.

مسألة ٢٢٤: إذا اشترى سلعة بمائة إلى سنة، ثم باعها في الحال مرابحة، وأخبر أن ثمنها مائة، فالبيع صحيح بلا خلاف، فإذا علم المشتري بذلك كان بالخيار بين أن يقبضه بالثمن حالا أو يرده بالعيب، لأنه تدليس. وبه قال أصحاب الشافعي (١)، وقالوا: لا نص لنا في المسألة، والذي يجيء على المذهب هذا.

وقال أبو حنيفة: يلزم البيع بما تعاقدنا عليه، ويكون الثمن حالا لأنه قد صدق فيما أخبر (٢).

وقال الأوزاعي: يلزم العقد، ويكون الثمن في ذمة المشتري على الوجه الذي هو في ذمة البائع إلى أجل (٣).

دليلنا على أن له الخيار: إن هذا تدليس وعيب، لأن ما يباع بثمن إلى أجل لا بد أن يكون زائدا في ثمنه على ما يباع حالا، فلما لم يبين كان ذلك تدليسا، وله رده به.

مسألة ٢٢٥: إذا قال: بعثك هذه السلعة بمائة ووضيعة درهم من كل عشرة، كان الثمن تسعين. وإن كان قال: بوضيعة درهم من كل أحد عشر درهما، كان الثمن تسعين درهما ودرهما إلا جزء من أحد عشر جزء من درهم. وحكى أبو الطيب الطبري (٤) أن هذه المسألة التي يقول بها أبو ثور، ومحمد

(١) الوجيز ١: ١٤٧، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٨٥.

(٢) المبسوط ١٣: ٧٨، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٨٥.

(٣) المجموع ١٣: ٤.

(٤) أبو الطيب، طاهر بن عبد الله بن طاهر بن عمر الطبري البغدادي، فقيه، أصولي، ولد بآمل طبرستان سنة ٣٤٨، وسمع الحديث بجرجان ونيسابور وبغداد وتولى القضاء، وتوفي ببغداد في العشرين من شهر ربيع الآخر سنة ٤٥٠ هجرية. أنظر طبقات الشافعية الكبرى ٣: ١٧٦ - ١٩٧، وطبقات الشافعية للشيرازي: ١٠٦، وطبقات الشافعية: ١٥.

بن الحسن دون الأخرى التي حكاها البندنجي (١) في تعليقه. وقال أبو الطيب الطبري: وهكذا إذا قال: بعتك بوضيعة عشر أحد عشرة كان مثل ذلك، وإن قال: بعتكها بمائة مواضة العشرة درهما اختلف الناس فيها.

فقال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي: يكون مبلغ الثمن الذي وقع به البيع، ووجب للبائع على المشتري تسعين درهما ودرهم إلا جزء من أحد عشر جزء من درهم (٢).

وقال أبو ثور: الثمن تسعون درهما (٣)، وبه قال أبو الطيب الطبري في تعليقه. وخطأ أبا حامد الأسفرايني فيها لأنه لو باعه مرابحة ربح درهم على كل عشرة كان قدر الربح عشرة، وكان مبلغ الثمن مائة وعشر، فإذا قال: مواضة درهم من كل عشرة كانت الوضيعة عشرة، فيكون المبلغ تسعين.

دليلنا: ما ذكره حذاق العلماء، وهو أن البيع مرابحة ومواضة، فإذا باعه مرابحة ربح درهم على كل عشرة كان مبلغ الثمن مائة وعشرة، وكان قدر الربح جزء من أحد عشر جزء من الثمن، وجب أن يكون المواضة حط جزء من أحد عشر جزء من الثمن، فإذا كان الثمن مائة حطت منه جزء، من أحد عشر جزءا ينحط.

(١) أبو علي، الحسن بن عبد الله (عميد الله) البندنجي - نسبة إلى البندنجين وهي بلدة مشهورة آنذاك في طرف النهروان من ناحية الجبل من أعمال بغداد - الشافعي، من أصحاب أبي حامد، وله عنه تعليقة مشهورة، فقيه، تولى القضاء، وتوفي ببندنجين في جمادى الأولى من سنة ٤٢٥ هجرية. أنظر طبقات الشافعية: ٤٦، وطبقات الشافعية الكبرى ٣: ١٣٣ - ١٣٤، ومعجم البلدان ١: ٤٩٩، وتاريخ بغداد ٧: ٣٤٣.

(٢) المبسوط ١٣: ٩١، وبدائع الصنائع ٥: ٢٢٨، والفتاوى الهندية ٣: ١٦٥، والمجموع ٣: ٨ - ٩، وفتح

العزیز ١٠: ٥ - ٦، والسراج الوهاج: ١٩٥، والشرح الكبير ٤: ١١٢، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٨٧. (٣) المجموع ١٣: ٩، والشرح الكبير ٤: ١١٢، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٨٧.

تسعة من تسعة وتسعين، لأنها جزء من أحد عشر جزء من تسع وتسعين فيكون تسعين، ويبقى هناك واحد يحط به جزء من أحد عشر جزء من الثمن، فيكون المبلغ ما ذكرناه.

وقيل فيه أيضا، قوله: وضیعة درهم من كل عشرة، معناه يوضع من كل عشرة يبقى له درهم من أصل رأس المال. وتقديره: وضیعة درهم بعد كل عشرة، فإذا حصل له تسعون من المائة، ووضعت لكل عشرة درهما، فتضع تسعة ويبقى درهم تضع منه جزء من أحد عشر جزء، فيكون الثمن تسعين ودرهما إلا جزء من أحد عشر جزء من درهم، وعلى هذا أبدا.

قالوا: إذا أردت مبلغ الثمن في ذلك، فعقد الباب فيه أن تضيف الوضیعة إلى رأس المال للمقابلة، ثم تنظر كم قدرهما؟ فما اجتمع فاسقط ذلك القدر من رأس المال وهو الثمن.

وبابه إذا قال: رأس مالي عشرون بعثتها برأس مالي مواضعة للعشرة درهمين ونصف، فتضيف إلى العشرين قدر الوضیعة وهو خمسة دراهم، فيصير خمسا وعشرين، فتنظر كم خمسة من خمسة وعشرين، فإذا هو خمسا فاسقط من رأس المال وهو عشرون الخمس، وهو أربعة، يكون الثمن ستة عشر درهما، وعلى هذه أبدا.

وقول أبي ثور أقوى عندي، لأنه إذا قال: مواضعة عشرة واحدة أضاف المواضعة إلى رأس ماله، ورأس ماله مائة، فيجب فيه عشرة، فيبقى تسعين ولم يضيفه إلى ما يبقى في يده. ولو قال ذلك لكان الأمر على ما قالوه، فأما حمل الوضیعة على الربح وإضافة ذلك إلى أصله فهو قياس، ونحن لا نقول به. مسألة ٢٢٦: إذا قال: هذا علي بمائة، بعثك بربح كل عشرة درهم، فقال: اشتريت، ثم قال: غلطت، اشتريته بتسعين، كان البيع صحيحا. وبه

قال أبو حنيفة، وأبو يوسف، ومحمد، وابن أبي ليلى، والشافعي قولاً واحداً (١).
وحكى أبو حامد المروزي في جامعه وجهاً آخر أنه لا يجوز (٢).
وقال مالك: البيع باطل (٣).

دليلنا: أن المشتري إذا بان له نقصان في الثمن، فقد بان ما ليس له، وذلك لا يفسد البيع، ولأن الأصل صحته، وبطلانه يحتاج إلى دليل.
مسألة ٢٢٧: إذا ثبت أن البيع صحيح، فلم يلزمه عندنا، إنه بالخيار بين أن يأخذه بمائة وعشرة أو يرد، والخيار إليه. وبه قال أبو حنيفة، ومحمد، وأحد قولي الشافعي (٤).

وقال ابن أبي ليلى، وأبو يوسف: يلزمه تسعة وتسعون درهماً (٥)، وهو قول الشافعي الثاني (٦)، وهو قوي، لأنه باعه مرابحة.
دليلنا على الأول: أن العقد وقع على مائة وعشرة، فإذا تبين نقصاناً في الثمن كان ذلك عيباً له رده به أو الرضا به فبالخيار إليه في ذلك، ومن ألزمه بدون ذلك فعليه الدلالة، ولو قال له: بعته برأس مالي وزيادة العشرة واحداً كان القول قول أبي يوسف.

مسألة ٢٢٨: إذا باع سلعة، ثم حط من ثمنه بعد لزوم العقد، وأراد بيعه

(١) مختصر المزني: ٨٤، والمجموع ١٣: ٩ و ١١، والسراج الوهاج: ١٩٥ - ١٩٦، ومغني المحتاج ٢: ٧٩،

النتف ١: ٤٤٠.

(٢) المجموع ١٣: ٩، وفتح العزيز ٩: ١٣.

(٣) مقدمات ابن رشد ٢: ٥٩٢، وفتح العزيز ٩: ١٣.

(٤) المبسوط ١٣: ٨٦، والأم ٣: ٩٣، والمجموع ١٣: ١١، وفتح العزيز ٩: ١٣ - ١٤، ومغني المحتاج ٢: ٧٩،

والسراج الوهاج: ١٩٥ - ١٩٦، وبداية المجتهد ٢: ٢١٣.

(٥) المبسوط ١٣: ٨٦، والمجموع ١٣: ١١، وبداية المجتهد ٢: ٢١٣.

(٦) الأم ٣: ٩٣، والمجموع ١٣: ١١، وفتح العزيز ٩: ١٣.

مراوحة لم يلزمه حطه، وكان الثمن ما عقد عليه قبل الحط، وكان الحط هبة للمشتري. وبه قال الشافعي (١).

وقال أبو حنيفة: يلحق ذلك بالعقد، ويكون الثمن ما بعد العقد (٢).
دليلنا: أن الثمن قد استقر، فمن قال إن الحط بعد اللزوم يلحق به، فعليه الدلالة.

مسألة ٢٢٩: إذا اشترى ثوبا بعشرة وباعه بخمسة عشر، ثم اشتراه بعشرة، فقد ربح خمسة، فإذا أراد بيعه مراوحة أخبر بالثمن الثاني وهو عشرة، ولم يجب عليه أن يخبر بدونه. وبه قال الشافعي (٣).

وقال أبو حنيفة: عليه أن يخبر بما قد قام عليه، وهو أن يحط الخمسة التي قد ربحها (٤).

دليلنا: أنه قد ملك بالثمن الثاني، فوجب أن يجوز له أن يخبر به، ولا يبنى عقد على عقد، لأنه لا دليل عليه.

مسألة ٢٣٠: إذا باع عبدا أو سلعة، وقبض المشتري المبيع، ولم يقبض البائع الثمن، يجوز للبائع أن يشتريه منه بأي ثمن شاء، نقدا ونسيئة، وعلى كل

(١) المجموع ١٣: ١٢، وفتح العزيز ٩: ١٠، والمبسوط ١٣: ٨٤، وشرح فتح القدير ٥: ٢٧٠، وشرح العناية

على الهداية في هامش شرح فتح القدير ٥: ٢٧٠.

(٢) المبسوط ١٣: ٨٤، وبدائع الصنائع ٥: ٢٢٢، والمجموع ١٣: ١٢، وفتح العزيز ٩: ١٠، والبحر الزخار

٤: ٣٧٨، وشرح فتح القدير ٥: ٢٧٠، وشرح العناية على الهداية في هامش شرح فتح القدير ٥: ٢٧٠.

(٣) المجموع ١٣: ٦، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٨٤، وفتح العزيز ٩: ١٠، والشرح الكبير ٤: ١١٦،

وشرح

فتح القدير ٥: ٢٥٧.

(٤) المبسوط ١٣: ٨٢، والفتاوى الهندية ٣: ١٦٣ - ١٦٤، وبدائع الصنائع ٥: ٢٢٤، والمغني لابن قدامة

٤: ٢٨٤، والشرح الكبير ٤: ١١٧، وفتح العزيز ٩: ١٠، والمجموع ١٣: ٦، وشرح العناية على الهداية في

هامش شرح فتح القدير ٥: ٢٥٧ وشرح فتح القدير ٥: ٢٥٧.

حال. وبه قال الشافعي (١)، وبه قال في الصحابة ابن عمر، وزيد بن أرقم (٢) وإليه ذهب أبو ثور (٣).

وفي أصحابنا من روى أن ذلك لا يجوز (٤)، وذهب إليه عائشة، وابن عباس (٥) وفي الفقهاء مالك، والأوزاعي، وأبو حنيفة وأصحابه (٦). وتفصيل مذهب أبي حنيفة: أن له أن يشتريه منه بمثل ذلك الثمن، أو أكثر منه، فإن اشتريه بأقل منه لم يخل من أحد أمرين.

إما أن يكون الثمنان معا مما فيه الربا، أو مما لا ربا فيه: فإن لم يكن فيهما الربا، اشتراه كيف شاء، فلو باعه بثوبين واشتراه بثوب واحد جاز.

وإن كان الثمنان فيهما الربا نظرت، فإن كان الثمنان جنسا واحدا كالطعامين، أو دراهم، أو دنانير لم يجز أن يشتريه بأقل من ذلك الثمن كيلا ولا وزنا ولا حكما. فإن كان النقص كيلا مثل أن باعه بمائة قفيز، واشتراه بخمسين قفيزا لم يجز.

(١) مختصر المزني: ٨٥، والمجموع ١٣: ٤، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٧٧، والمبسوط ١٣: ١٢٢،

وشرح فتح

القدير ٥: ٢٠٨، وشرح العناية على الهداية في هامش شرح فتح القدير ٥: ٢٠٨، وتبيين الحقائق ٤: ٥٣، والعقود الدرية ١: ٢٤٥، والمحلى ٩: ٤٧.

(٢) المغني لابن قدامة ٤: ٢٧٧، والسنن الكبرى ٥: ٣٣١، والمحلى ٩: ٤٨.

(٣) بداية المجتهد ٢: ١٤١.

(٤) رواه الشيخ الكليني في الكافي ٥: ١٩٥ حديث ١.

(٥) المغني لابن قدامة ٤: ٢٧٧.

(٦) المجموع ١٣: ٤، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٧٧، والجواهر النقي المطبوع في هامش السنن الكبرى

٥: ٣٣٠، والمبسوط ١٣: ١٢٥، ومقدمات ابن رشد ٢: ٥٣٥، وشرح فتح القدير ٥: ٢٠٧، وشرح

العناية على الهداية في هامش شرح فتح القدير ٥: ٢٠٧، وتبيين الحقائق ٤: ٥٣، والعقود الدرية

١: ٢٤٥، والمحلى ٩: ٤٨.

وإن كان النقص وزنا، مثل أن باعه بمائة درهم، واشتراه بخمسين لم يجوز.
والحكم أن يبيعه نقدا ويشتره بذلك إلى سنة، أو إلى سنة ويشتره إلى سنتين، كل هذا لا يجوز.

قال: وإن كان جنسين جاز أن يشتريه بأقل إلا في الذهب والورق، فإن القياس يقتضي أنه جائز، لكن لا يجوز استحسانا، وهذا إنما يتصور في القيمة، فإذا باعه بمائة درهم لم يجوز أن يشتريه بدينار قيمته أقل من مائة.
قال: وكل موضع قلنا لا يجوز أن يشتريه البائع من المشتري، فكذلك عبد البائع المأذون له في التجارة، وكذلك مكاتبه ومدبره ومضاربه، وكذلك شريكه إن دفع الثمن من مال الشركة (١). وبه قال أبو يوسف ومحمد (٢).
قال أبو حنيفة: وكذلك لا يجوز أن يشتريه أبو البائع ولا ولده، وخالفه أبو يوسف ومحمد ها هنا (٣).

قال: فإن عاب العبد في يد المشتري، جاز أن يشتريه منه بأي ثمن شاء.
قال: فإن خرج العبد عن ملك المشتري نظرت:
فإن خرج عن ملكه ببيع أو هبة، جاز له أن يشتريه ممن انتقل الملك إليه كيف شاء.

وإن خرج عن ملكه بالموت إلى وارثه لم يجوز له أن يشتريه من وارثه (٤).
والخلاف معه في فصل واحد، وهو إذا كان الجنس واحدا، فأراد أن يشتريه بأقل من ذلك الثمن كيلا أو وزنا أو حكما على ما فصلناه.
دليلنا: قوله تعالى: "وأحل الله البيع" (٥) وهذا بيع، وقوله: "إلا أن

(١) المبسوط ١٣: ١٢٢ - ١٢٣، والمحلى ٩: ٤٨.

(٢) المبسوط ١٣: ١٢٣.

(٣) المبسوط ١٣: ١٢٤.

(٤) المبسوط ١٣: ١٢٤.

(٥) البقرة: ٢٧٥.

تكون تجارة عن تراض منكم " (١) وهذه تجارة عن تراض، ومن منع منه فعليه الدلالة، وأكثر أخبارنا تدل على ما قلناه (٢).
واحتجوا بما روي: أن رجلا باع من رجل حريرة بمائة، ثم اشتراه بخمسين، فسأل ابن عباس عن ذلك فقال: دراهم بدراهم متفاضلة دخلت بينهما حريرة (٣).

وروى يونس بن أبي إسحاق السبيعي (٤) عن أمه عالية بنت أيفع (٥) قالت: خرجت إلى الحج أنا وأم محبة (٦) فدخلنا على عائشة فسلمنا عليها، فقالت: من أين أنتن؟ فقلنا: من الكوفة - وكأنها أعرضت -، فقالت لها أم محبة: يا أم المؤمنين كانت لي جارية، فبعتها من زيد بن أرقم بثمانمائة درهم إلى عطائه - وفي بعضها إلى العطاء - فأراد أن يبيعها، فاشتريتها منه بستمائة نقدا، فقالت: بئس ما شريت وبئس ما بعت، أخبرني زيد بن أرقم أنه أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وآله إلا أن يتوب، فقالت: رأيت أن أخذت رأس

- (١) النساء: ٢٩.
(٢) انظرها في الكافي ٥: ١٩٧ حديث ١ - ٨ (باب بيع المرابحة)، والتهديب ٧: ٤٧ - ٦٠ (باب بيع النقد والنسيئة).
(٣) لم أقف على هذا الحديث في المصادر المتوفرة.
(٤) أبو إسرائيل، يونس بن أبي إسحاق عمرو بن عبد الله السبيعي الكوفي، روى عن أبيه، وأنس، وأبي بردة، وأبي موسى الأشعري وغيرهم وعنه ابنه عيسى والثوري وابن المبارك وآخرون. مات سنة ١٥٢ هجرية، وقيل غير ذلك. تهذيب التهذيب ١١: ٤٣٣.
(٥) العالية بنت أيفع بن شراجيل (شرحبيل)، ذكرها ابن سعد في طبقاته الكبرى ٨: ٤٨٧ قائلا: دخلت على عائشة وسألتها وسمعت منها. أخبرنا يحيى بن عباد، حدثنا يونس بن أبي إسحاق عن أمه العالية بنت أيفع بن شراجيل إنها حجت مع أم محبة، فدخلنا على عائشة فسلمنا عليها، وسألناها، وسمعنا منها.
(٦) قال ابن سعد في طبقاته الكبرى ٨: ٤٨٨: أم محبة سألت ابن عباس وسمعت منه، وروى عنها أبو إسحاق السبيعي.

مالي؟ قالت: قوله تعالى: " فمن جاء موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف " (١) (٢).
ورواه أبو إسحاق السبيعي (٣) عن امرأته قالت: حججت أنا وأم ولد زيد بن أرقم، فدخلنا على عائشة، الحديث (٤).
والجواب عن خبر عائشة أن راويه عالية بنت أيفع وأم محبة.
قال الشافعي: هما امرأتان مجهولتان، والمجهول، أضعف من الضعيف المعروف.
وقال الطحاوي: عالية بنت أيفع امرأة معروفة زوجة أبي إسحاق السبيعي، ولها ولدان فقيهان.
قلنا ليس الكلام على أولادها، وإنما الكلام عليها، فإذا كانت مجهولة لم تتعرف بأولادها.
قال الشافعي: وأصل الخبر لا يصح من وجه آخر، وذلك أنه لا يخلو زيد أن يكون قال ذلك اجتهادا أو سمع من النبي صلى الله عليه وآله شيئا وخالفه،

(١) البقرة: ٢٧٥.

- (٢) اختلفت ألفاظ الحديث حسب اختلاف طرقه وأسانيده وقد ذكر جملة منها البيهقي في سننه الكبرى ٥: ٣٣١، وقد استدلوا فيه في كتب الفقه كثيرا انظر مثلا كتاب المغني لابن قدامة ٤: ٢٧٧، والمبسوط ١٣: ١٢٢، ومقدمات ابن رشد ٢: ٥٣٥ وغيرها.
- (٣) عمرو بن عبد الله بن عبيد ويقال: علي، ويقال: ابن أبي شعيرة، أبو إسحاق السبيعي الكوفي، والسبيعي بن همدان، ولد لسنتين بقيتا من خلافة عثمان، روى عن خلق كثير من حملة الحديث منهم: سليمان بن صرد، وزيد بن أرقم والبراء بن عازب وجابر بن سمرة وغيرهم وروى عنه جماعة كثيرة منهم ابنه يونس وابن ابنه إسرائيل بن يونس وابن ابنه الآخر يوسف بن إسحاق وقتادة وسليمان التميمي وغيرهم قيل إنه مات سنة ست وعشرين ومائة وقيل: سبع وقيل: ثمان وقيل: تسع وعشرين ومائة. تهذيب التهذيب ٨: ٦٣ - ٦٧.
- (٤) السنن الكبرى ٥: ٣٣١، وشرح فتح القدير ٥: ٢٠٩.

فإن كان الثاني فهذا طعن على الصحابي ولا يقولون به. والقول الأول لا يحبط الجهاد مع رسول الله صلى الله عليه وآله، لأنه صادر عن اجتهاد، فعلم بذلك بطلان الخبر، ولو صح، فابن عمر، وزيد بن أرقم يخالفان فيه (١)، فالمسألة خلاف من الصحابة. على أنه لو سلم الخبر من كل طعن، لم يكن فيه دلالة، لأن المرأة أخبرت أن زيدا اشترى الجارية إلى العطاء، ثم باعها، والشراء إلى العطاء باطل، لأنه أجل مجهول، والشراء بعد البيع الفاسد باطل، وكذلك نقول. وكلامنا إذا كان البيع صحيحا، يدل على ذلك قولها: (بئس ما شريت وبئس ما بعث) يعني بئس الشراء والبيع معا. مسألة ٢٣١: إذا اشترى سلعتين بثمان واحد، فإنه لا يجوز أن يبيع أحدهما مربحة، ويقسم الثمن عليهما على قدر قيمتهما. وبه قال أبو حنيفة في السلعتين، وأجاز في القفيزين (٢). وقال الشافعي: يجوز في الكل (٣). دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٤)، وأيضا فإن تقويمه ليس هو الذي انعقد البيع عليه، فلا يجوز أن يخبر بذلك شراء، لأنه كذب. مسألة ٢٣٢: إذا باع شيئين صفقة واحدة، أحدهما ينفذ فيه البيع والآخر لا ينفذ فيه البيع، بطل فيما لا ينفذ البيع فيه، وصح فيما ينفذ فيه، سواء كان أحدهما مالا والآخر ليس بمال ولا في حكم المال، مثل أن باع خلا وخمرا أو

(١) تقدم ذلك في أول هذه المسألة فراجع.

(٢) المبسوط ٣: ٨١، والفتاوى الهندية ٣: ١٦١، وشرح فتح القدير ٥: ٢٦٣ - ٢٦٤. وفتح العزيز ٩: ١١،

والشرح الكبير ٤: ١١٤.

(٣) المجموع ١٣: ١٤، وفتح العزيز ٩: ١١، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٨٣، والشرح الكبير ٤: ١١٤.

(٤) الكافي ٥: ١٩٨ حديث ١، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٣٦ حديث ٥٩٠، والتهذيب ٧: ٥٥ حديث ١٣٩.

حرا وعبدا، أو شاة وخنزيرا.
وما يكون أحدهما مالا والآخر في حكم المال، مثل أن باع أمته وأم ولده،
أو عبده وعبدا موقوفا، أو كان أحدهما ماله والآخر مالا لكنه ملك الغير، الباب
واحد.

وقال الشافعي: يبطل فيما لا ينفذ فيه البيع قولاً واحداً. وهل يبطل في
الآخر؟ على قولين: أحدهما عندهم أن البيع يصح في أحدهما (١).
وقال أبو حنيفة: إن كان أحدهما مالا والآخر ليس بمال ولا في حكم المال،
بطل في المال. وإن كان أحدهما مالا والآخر في حكم المال، صح في المال.
وإن كان أحدهما مالا له والآخر لغيره، نفذ في ماله وكان في ماله الغير
موقوفا (٢).

وقال مالك وداود: يبطل فيهما (٣).
دليلنا: قوله تعالى: "وأحل الله البيع" (٤) وهذا بيع فيما يصح أن ينفذ بيعه،
فوجب أن يكون صحيحاً، فمن أبطله فعليه الدلالة، وعليه إجماع الفرقة،
ولا يختلفون فيه.

مسألة ٢٣٣: إذا باع حرا وعبدا، بطل البيع في الحر وصح البيع في العبد.
وقال أبو حنيفة: بطل البيع في العبد قولاً واحداً (٥).

-
- (١) المجموع ٩: ٣٨١ و ٣٨٨، والوجيز ١: ١٤٠، وفتح العزيز ٨: ٢٣٣ و ٢٣٧، والمغني لابن قدامة
٤: ٣١٦، والشرح الكبير ٤: ٤٣.
(٢) الباب ١: ٢٤٧، وشرح فتح القدير ٥: ٢٢٥ - ٢٢٦، وشرح العناية على الهداية في هامش شرح فتح
القدير ٥: ٢٢٥، والمجموع ٩: ٣٨٨، وفتح العزيز ٨: ٢٣٧، والمغني لابن قدامة ٤: ٣١٦، وتبيين
الحقائق ٤: ٦٠، والشرح الكبير ٤: ٤٤.
(٣) المجموع ٩: ٣٨٨، والمغني لابن قدامة ٤: ٣١٦، والمحلى ٩: ١٦، والشرح الكبير ٤: ٤٣.
(٤) البقرة: ٢٧٥.
(٥) الباب ١: ٢٤٧، وشرح فتح القدير ٥: ٢٢٥ - ٢٢٦، والمجموع ٩: ٣٨٨، وتبيين الحقائق ٤: ٦٠.

وعند الشافعي لا يبطل في أحد القولين (١).
دليلنا: قوله تعالى: " وأحل الله البيع " (٢) وهذا بيع، وقوله تعالى: " إلا أن تكون تجارة عن تراض " (٣) وهذه تجارة عن تراض، فمن أبطله فعليه الدلالة.
مسألة ٢٣٤: قد قلنا أنه إذا جمع في الصفقة ما يصح بيعه وما لا يصح، فإنه ينفذ فيما يصح، ويبطل فيما لا يصح. وللشافعي فيه قولان على ما مضى (٤).
فللمشتري الخيار بين أن يرد أو يمسك ما يصح فيه البيع بما يخصه من الثمن الذي يتقسط عليه.

وللشافعي فيه قولان: أحدهما مثل ما قلناه (٥).
والآخر: أن له أن يمسكه بجميع الثمن أو يرد (٦).
دليلنا: أن جميع الثمن إنما كان في مقابلهما، ويقسط على الشئيين معا، فإذا بطل بيع أحدهما سقط عنه بحسابه، فمن أوجب الجميع فعليه الدلالة.
مسألة ٢٣٥: إذا اختار إمساكه بكل الثمن، فلا خيار للبائع، وإن اختار إمساكه بما يخصه من الثمن، فلا خيار له أيضا عندنا.
وللشافعي فيه وجهان، أحدهما: مثل ما قلناه. والآخر: له الخيار (٧).
دليلنا: أن البيع صح من جهته، فمن أثبت له الخيار فعليه الدلالة، ولأنه قد دخل مع العلم بأنه لا يسلم له إلا بعض الثمن، وهو ما قابل العبد دون الحر،

(١) المجموع ٩: ٣٨٨ - ٣٨٩، وفتح العزيز ٨: ٣٣٤.

(٢) البقرة: ٢٧٥.

(٣) النساء: ٢٩.

(٤) لقد مضى الحديث عنها في المسألة " ٢٣٢ " فلاحظ.

(٥) المجموع ٩: ٣٧٩ - ٣٨٠، والوجيز ١: ١٤٠، وفتح العزيز ٨: ٢٢٥ - ٢٢٦، والشرح الكبير ٤: ٤٤.

(٦) المجموع ٩: ٣٨٠، والوجيز ١: ١٤٠، وفتح العزيز ٨: ٢٥٤، والشرح الكبير ٤: ٤٤.

(٧) المجموع ٩: ٣٨٠، وفتح العزيز ٨: ٢٥٨.

فلهذا لم يكن له الخيار.

مسألة ٢٣٦: إذا اختلف المتبايعان في قدر الثمن، فقال البائع: بعته بألف، وقال المشتري: بخمسمائة، فالقول قول المشتري مع يمينه إن كانت السلعة تالفة، وإن كانت سالمة فالقول قول البائع مع يمينه.

وقال الشافعي: يتحالفان وينفسخ البيع بينهما أو يفسخ، وسواء كانت السلعة قائمة أو تالفة، وإنما يتصور الخلاف إذا هلك في يد المشتري، فأما إذا هلك في يد البائع يبطل البيع (بلا خلاف) (١).

وقال الشافعي: رجع محمد بن الحسن إلى قولنا وخالف صاحبه (٢).

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: إن كانت السلعة قائمة تحالفا، وإن كانت تالفة فالقول قول المشتري لأنه غارم (٣).

وقال مالك: إن كانت تالفة فالقول قول المشتري، وإن كانت قائمة فعنه روايتان:

إحدهما: القول قول المشتري أيضا (٤).

والثانية: القول قول من في يده السلعة والآخر مدعى عليه، فإن كانت في يد البائع فالقول قوله، وإن كانت في يد المشتري فالقول قوله والبائع مدعى (٥).

(١) في بعض النسخ المعتمدة: (ولا تحالف).

(٢) الأم ٣: ٩٠، ومختصر المزني: ٨٦ - ٨٧، والمجموع ١٣: ٧١ و ٧٦، وفتح العزيز ٩: ١٥٤، ومغني المحتاج

٢: ٩٥، والمحلى ٨: ٣٦٨، والمبسوط ١٣: ٣٠، وبداية المجتهد ٢: ١٩٠، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٨٨ -

٢٨٩، والبحر الزخار ٤: ٤١٢، وتبيين الحقائق ٤: ٣٠٧.

(٣) المبسوط ١٣: ٣٠، والمحلى ٨: ٣٦٨، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٨٨ - ٢٨٩، والمجموع ١٣: ٧١ و ٧٦،

وبداية المجتهد ٢: ١٩٠، وفتح العزيز ٩: ١٥٤، والبحر الزخار ٤: ٤١٢، وتبيين الحقائق ٤: ٣٠٧.

(٤) بداية المجتهد ٢: ١٩٠، وبلغة السالك ٢: ٩٠، والمحلى ٨: ٣٦٨، وفتح العزيز ٩: ١٥٤، والبحر الزخار ٤: ٤١٢.

(٥) بداية المجتهد ٢: ١٩٠، وبلغة السالك ٢: ٩٠ - ٩١، وفتح العزيز ٩: ١٥٤، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٨٨ - ٢٨٩.

وقال زفر وأبو ثور: القول قول المشتري، سواء كانت السلعة سالمة أو تالفة (١).

دليلنا إجماع الفرقة وأخبارهم (٢).

وأيضاً روى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وآله قال: "البينة على المدعي واليمين على من أنكر" (٣).

والمشتري مدعى عليه وهو المنكر، لأنهما قد اتفقا على العقد وانتقال الملك، والمشتري معترف بذلك ويذكران الثمن خمسمائة والبائع يدعي عليه خمسمائة، فوجب أن يكون القول قول المشتري، ولا يلزمنا ذلك مع بقاء السلعة أن القول قول البائع، لأننا لو خيلنا وظاهر الخبر لقلنا بذلك.

ولكن روي عن أئمتنا عليهم السلام أنهم قالوا: "القول قول البائع" (٤) فحملناه على أنه مع بقاء السلعة.

فأما ما رواه ابن مسعود أن النبي صلى الله عليه وآله قال: "إذا اختلف المتبايعان ولا بينة مع واحد منهما والسلعة قائمة تحالفاً أو تراداً" (٥) فهو خبر واحد

(١) المحلى ٨: ٣٦٠، وبداية المجتهد ٢: ١٩٠، والبحر الزخار ٤: ٤١٢.

(٢) انظرها في الكافي ٥: ١٧٤ حديث ١ - ٢، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٧١ حديث ٧٦٥، والتهذيب ٧: ٢٦ حديث ١٠٩ - ١١٠ و ٧: ٢٢٩ حديث ١٠٠١.

(٣) الكافي ٧: ٤١٥ حديث ١، والتهذيب ٦: ٢٢٩ حديث ٥٥٣، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ٢٠ حديث ١،

والسنن الكبرى ١٠: ٢٥٢، والدراية في تخريج أحاديث الهداية ٢: ١٧٥ حديث ٨٤٠.

(٤) أشرنا إلى مصادرها في الهامش رقم "٧" المتقدم من هذه المسألة.

(٥) رواه البيهقي في سننه ٥: ٣٣٣ باختلاف يسير في اللفظ فلاحظ. وقال العسقلاني في تلخيص الحبير ٣: ٣١ ما لفظه: "وفي رواية إذا اختلف المتبايعان تحالفاً وفي رواية أخرى (تحالفاً أو تراداً) أما رواية التحالف فاعترف الرافعي في التذنيب أنه لا ذكر لها في شيء من كتب الحديث، وإنما توجد في كتب الفقه، وكأنه عنى الغزالي فإنه ذكرها في الوسيط، وهو تبع إمامه في الأساليب، وأما رواية التراد فرواها مالك بلاغا عن ابن مسعود ورواها أحمد والترمذي وابن ماجه بإسناد منقطع.. إلى آخره".

لا نعرفه، ولا يلزمنا العمل به.

وهو معارض بما رواه سفيان بن عيينة (١)، عن محمد بن عجلان (٢)، عن عون بن عبد الله (٣)، عن عبد الله بن مسعود أن النبي صلى الله عليه وآله قال: "إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع والمبتاع بالخيار" (٤).

مسألة ٢٣٧: إذا اختلفا في شرط يلحق بالعقد يختلف لأجله الثمن، مثل أن قال: بعته نقدا، فقال: بل إلى سنة. أو قال: إلى سنة، فقال: إلى سنتين، فلا فصل بين أن يختلفا في أصل الأجل أو في قدره.

وكذلك في العين إذا اختلفا في أصله، وكذلك الشهادة.

وهكذا في ضمان العهدة، وهو أن يضمن عن البائع الثمن متى وقع

(١) سفيان بن عيينة بن أبي عمران ميمم الهلالي، أبو محمد الكوفي سكن مكة، وقيل: إن أباه عيينة هو المكي أبا عمران، روى عن عبد الملك بن عمير وأبي إسحاق السبيعي وزباد بن علاقة وابن عجلان وجمع كثير غيرهم، وروى عنه الأعمش وابن جريح وشعبة والثوري والحسن بن حي وهمام وغيرهم الكثير. ولد سنة (١٠٧) وانتقل من الكوفة إلى مكة سنة (١٦٣) ومات سنة (١٩٨). أنظر تهذيب التهذيب ٤: ١١٧ - ١٢٢.

(٢) أبو عبد الله، محمد بن عجلان المدني القرشي مولى فاطمة بنت الوليد بن عتبة بن ربيعة. روى عن أبيه وأنس بن مالك وعون بن عبد الله وغيرهم وعنه صالح بن كيسان وعبد الوهاب بن بخت وإبراهيم بن أبي عبلة والسفيانان وغيرهم. مات سنة (١٤٨ - أو - ١٤٩) هـ. أنظر تهذيب التهذيب ٩: ٣٤١.

(٣) عون بن عبد الله بن عتبة بن مسعود الهذلي، أبو عبد الله الكوفي، روى عن أبيه وعمه ويوسف بن عبد الله بن سلام والشعبي وغيرهم، وعنه المسعودي وأبو العميس ومحمد بن عجلان والزهري وغيرهم. ذكره البخاري فيمن مات بين عشر ومائة إلى عشرين ومائة. أنظر تهذيب التهذيب ٨: ١٧١ - ١٧٣.

(٤) تلخيص الحبير ٣: ٣٠ حديث ١٢٢١، وروي الخبر بألفاظ وطرق مختلفة أيضا انظرها في مسند أحمد بن حنبل ١: ٤٦٦، والسنن الكبرى ٥: ٣٣٢، وسنن أبي داود ٣: ٢٨٥، ومستدرک الصحيحين ٢: ٤٥، وسنن الدارقطني ٣: ١٨ - ٢١.

الاختلاف في شئ من هذا، فالقول قول البائع مع يمينه.
وقال الشافعي: يتحالفان (١).

وقال أبو حنيفة: لا يتحالفان، ويكون القول قول من ينفى الشرط (٢).
دليلنا: عموم الأخبار، وإنه متى اختلف المتبايعان فالقول قول البائع (٣).
وحديث ابن مسعود المقدم ذكره أن النبي صلى الله عليه وآله قال: " إذا
اختلف المتبايعان فالقول قول البائع والمبتاع بالخيار " (٤) وهو على عمومته في
كل شئ.

مسألة ٢٣٨: إذا اختلفا في شرط يفسد البيع، فقال البائع: بعثك إلى أجل
معلوم، وقال المشتري: إلى أجل مجهول. أو قال: بعثك بدراهم أو دنانير، فقال:
اشتريته بخمر أو خنزير، كان القول قول من يدعي الصحة، وعلى من ادعى
الفساد البينة. وبه قال الشافعي (٥).
وقال أبو علي ابن أبي هريرة من أصحابه في الإفصاح: فيه وجهان، وصوبه
أبو الطيب الطبري (٦).
دليلنا: أن الأصل في العقد الصحة، فمن ادعى الفساد فعليه الدلالة.

(١) المجموع ١٣: ٨١، والوجيز ١: ١٥٣، وفتح العزيز ٩: ١٥٧، وتبيين الحقائق ٤: ٣٠٧، والمغني لابن
قدامة ٤: ٢٩١.

(٢) المبسوط ١٣: ٣٥، والمجموع ١٣: ٨١، وتبيين الحقائق ٤: ٣٠٦، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٩١.
(٣) انظرها في الكافي ٥: ١٧٤ حديث ١ - ٢، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٧١ حديث ٧٦٥. والتهذيب
٧: ٢٦ حديث ١٠٩ - ١١٠.

(٤) تلخيص الحبير ٣: ٣٠ حديث ١٢٢١، وروى بألفاظ وطرق مختلفة أيضا أنظر ذلك في: مسند أحمد
بن

حنبل ١: ٤٦٦، السنن الكبرى ٥: ٣٣٢، وسنن أبي داود ٣: ٢٨٥، ومستدرک الصحيحين ٢: ٤٥،
وسنن الدارقطني ٣: ١٨ - ٢١.

(٥) المجموع ١٣: ٧٩، وفتح العزيز ٩: ١٦٢ و ١٦٥.

(٦) المجموع ١٣: ٧٩، وفتح العزيز ٩: ١٦٥.

مسألة ٢٣٩: إذا باع شيئاً بثمن في الذمة، فقال البائع: لا أسلم المبيع حتى أقبض الثمن، وقال المشتري: لا أسلم الثمن حتى أقبض المبيع، فعلى الحاكم أن يجبر البائع على تسليم المبيع أولاً، ثم يجبر المشتري على تسليم الثمن بعد ذلك، بعد أن يحضر الثمن والمبيع.

وقال الشافعي فيه ثلاثة أقوال:

أحدها: يجبر البائع، وهو ظاهر كلامه.

والثاني: يجبر كل واحد منهما، مثل ما قلناه، وهو الصحيح عندهم.

والثالث: لا يجبر واحد منهما (١).

وقال أبو حنيفة ومالك: يجبر المشتري على تسليم الثمن أولاً (٢).

دليلنا: على ما قلناه: إن الثمن إنما يستحق على المبيع، فيجب أولاً تسليم المبيع فيستحق الثمن، فإذا سلم المبيع استحق الثمن، فوجب حينئذ إجباره على تسليمه، فلا بد إذا مما قلناه.

مسألة ٢٤٠: إذا كان البيع عينا بعين، فالحكم فيه كالحكم في المسألة

الأولى سواء.

وللشافعي فيه ثلاثة أقوال:

أحدها: يجبر كل واحد منهما على إحضار ما عليه.

والثاني: لا يجبر واحد منهما، وأيهما تطوع بالدفع أجبر الآخر على التسليم.

والثالث: يجبر الحاكم أيهما شاء على التسليم، فإذا سلم أجبر الآخر على

(١) أنظر الأقوال الثلاثة في الأم ٣: ٨٧، ومختصر المزني: ٨٧، والمجموع ١٣: ٨٤ و ٨٦ و ٨٧، ومغني المحتاج

٢: ٧٤، والسراج الوهاج: ١٩٣ - ١٩٤، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٩٢.

(٢) الفتاوى الهندية ٣: ١٦، وشرح فتح القدير ٥: ١٠٨، وشرح العناية على الهداية المطبوع في هامش فتح القدير ٥: ١٠٩، والمجموع ١٣: ٨٦، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٩٢.

التسليم (١).

وقال أبو حنيفة: إن كان الثمن دراهم أو دنانير فالحكم فيه كما لو كان في الذمة، لأن الأثمان عنده لا تتعين، وإن كان من غيرها فالحاكم يجبر من شاء منهما أولاً، فإذا دفع الآخر ما عليه (٢).
دليلنا: ما قلناه في المسألة الأولى.

مسألة ٢٤١: إذا اختلفا فقال: بعثك هذا العبد بألف درهم، وقال المشتري: بل بعثني هذه الجارية بألف ولم تبعني العبد، وليس هناك بينة، كان القول قول البائع مع يمينه أنه ما باع الجارية، والقول قول المشتري مع يمينه أنه ما اشترى العبد، ولا يجب على واحد منهما الجمع بين النفي والإثبات. ولا يكون هذا تحالفاً وإنما يحلف كل واحد منهما على النفي، فإذا حلف البائع أنه ما باع الجارية بقيت الجارية على ملكه كما كانت، وجاز له التصرف فيها.

وأما المشتري فإنه يحلف أنه ما اشترى العبد، فإذا حلف فإنه ينظر، فإن كان العبد في يد المشتري فإنه لا يجوز للبائع مطالبته به لأنه لا يدعيه. وإن كان في يد البائع فإنه لا يجوز له التصرف فيه، لأنه معترف بأنه للمشتري وإن ثمنه في ذمته، ويجوز له بيعه بقدر الثمن. وبه قال أبو حامد الأسفرايني (٣).
وقال أبو الطيب الطبري: ذكر أبو بكر ابن الحداد (٤) في كتاب الصداق

(١) الأم ٣: ٨٧، والمجموع ١٣: ٨٦ - ٨٧، والسراج الوهاج: ١٩٤، ومغني المحتاج ٢: ٧٤ - ٧٥، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٩٢.

(٢) المجموع ١٣: ٨٦، ومغني المحتاج ٢: ٧٤، والسراج الوهاج: ١٩٤، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٩٢.
(٣) المجموع ١٣: ٧٨، وفتح العزيز ٩: ١٥٦.

(٤) محمد بن أحمد بن محمد بن جعفر، أبو بكر، ابن الحداد المصري البغدادي، ولد يوم موت المزني وأخذ

الفرق عن أبي سعيد محمد بن عقيل الفريابي وبشر بن نصر وإسماعيل الضرير ويعد من كبار علماء الشافعية، تولى قضاء مصر ودخل بغداد سنة عشر وثلاثمائة واجتمع بالصيرفي والإصطخري، صنف كتاب الفروع وغيره، توفي يوم الثلاثاء لأربع بقين من المحرم سنة خمس وأربعين وقيل سنة أربع وأربعين وثلاثمائة وعاش تسعا وسبعين سنة وشهوراً. أنظر طبقات الشافعية الكبرى ٢: ١١٢ - ١٢٥.

نظير هذه المسألة وقال: يتحالفان، فقال: إذا اختلف الزوجان فقال الزوج: مهرتك أباك، وقالت: مهرتني أمي تحالفا.
وقال: وكذلك إذا قال: مهرتك أباك ونصف أمك، وقالت: بل مهرتني أمي ونصف أبي تحالفا، قال: ولا يختلف أصحابنا في ذلك، فسقط ما قال أبو حامد (١).

دليلنا على ما قلناه: أن ها هنا دعويين، يجب في كل واحد منهما البينة، فإذا عدمت كان في مقابلتها اليمين، فالبائع إذا ادعى ابتياع العبد كان عليه البينة، فإذا عدمها على المشتري اليمين أنه ما اشتراه، وكذلك إذا ادعى المشتري أنه اشترى الجارية كان عليه البينة، فإذا عدمها كان على البائع اليمين، ولا وجه للتحالف في شيء واحد، ولا دليل عليه.

مسألة ٢٤٢: إذا مات المتبايعان، واختلف ورثتهما في مقدار الثمن أو الثمن، فالقول قول ورثة المشتري مع يمينهم في مقدار الثمن، وقول ورثة البائع في الثمن مع اليمين.

وقال الشافعي: يتحالفان (٢).

وقال أبو حنيفة: إن كان المبيع في يد وارث البائع تحالفا، وإن كان في يد وارث المشتري كان القول قوله مع يمينه (٣).
دليلنا: على أن القول قول ورثة المشتري في مقدار الثمن: أنهما قد اتفقا على

(١) فتح العزيز ٩: ١٥٥ - ١٥٦.

(٢) المجموع ١٣: ٧٧ - ٧٨، وفتح العزيز ٩: ١٥٤ - ١٥٥، ومغني المحتاج ٢: ٩٧.

(٣) فتح العزيز ٩: ١٥٥.

البيع، وادعى ورثة البائع ثمننا أكثر مما يذكره ورثة المشتري، فعليه البيعة، فإذا
عدمتم كان على ورثة المشتري اليمين.

ودليلنا على أن القول قول ورثة البائع في المثمن: أن الأصل أن لا بيع، فمن
ادعى البيع في شيء بعينه فعليه الدلالة، والأصل بقاء ملك البائع على ورثته.

مسألة ٢٤٣: إذا تلف المبيع قبل القبض للسلعة، بطل العقد. وبه قال
أبو حنيفة والشافعي (١).

وقال مالك: لا يبطل (٢).

دليلنا: أنه إذا باع، فإنما يستحق الثمن إذا قبض المبيع، فإذا تلف، تعذر
عليه التسليم، فلا يستحق العوض.

مسألة ٢٤٤: إذا كان الثمن معيناً، فتلف قبل القبض، سواء كان من
الأثمان أو غيرها، بطل العقد. وبه قال الشافعي (٣).

وقال أبو حنيفة: إن كان من غير الأثمان (٤) كقولنا، وإن كان من
الأثمان دراهم أو دنانير لم يبطل (٥)، بناء على أصله أن الثمن لا يتعين بالعقد.

دليلنا: أنه إذا عين الثمن وعقد عليه العقد، كان مثل السلعة الباقية في
تعيينه، وإنما لم يتعين إذا كان بثمن بالذمة، فالأصل الذي بنى عليه غير مسلم.

-
- (١) اللباب ١: ٢٣١، وعمدة القاري ١١: ٢٥٥، وشرح فتح القدير ٥: ١١٦، والمجموع ٩: ٢٢٠ و
١٣: ٨٩، والوجيز ١: ١٤٥، وفتح العزيز ٨: ٣٩٨، والسراج الوهاج: ١٩١، ومغني المحتاج ٢: ٦٥ -
٦٦، والمحلى ٨: ٣٧٩، والبحر الزخار ٤: ٣٦٨، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٣٧.
(٢) المدونة الكبرى ٤: ١٨١، ومقدمات ابن رشد ٢: ٥٦٣، والمحلى ٨: ٣٧٩، والوجيز ١: ١٤٥، وفتح
العزيز ٩: ٣٩٨، وعمدة القاري ١١: ٢٥٥، والبحر الزخار ٤: ٣٦٨.
(٣) الوجيز ١: ١٤٦، وفتح العزيز ٨: ٤٣٠.
(٤) اللباب ١: ٢٥٤، وشرح فتح القدير ٥: ٢٧٠، وفتح العزيز ٨: ٤٣٠، وبدائع الصنائع ٥: ١٨١.
(٥) اللباب ١: ٢٥٤، وشرح فتح القدير ٥: ٢٧٠، وفتح العزيز ٨: ٤٣٠، وبدائع الصنائع ٥: ١٨١.

مسألة ٢٤٥: إذا كانت له أجمة يحبس فيها السمك، فحبس فيها سمكا
وباعه، لا يخلو من أحد أمرين:
إما أن يكون الماء قليلا صافيا يشاهد فيه السمك، ويمكن تناوله من غير
مؤنة، فالبيع جائز بلا خلاف، فإنه مبيع مقدر على تسليمه، وإن كان الماء
كدرا بطل البيع، لأنه مجهول.
والأمر الآخر: أن يكون الماء كثيرا صافيا والسمك مشاهدا إلا أنه لا يمكن
أخذه إلا بمؤنة وتعب حتى يصطاد، فعندنا أنه لا يصح بيعه، إلا بأن يبيعه مع
ما فيه من القصب، أو يصطاد شيئا منه ويبيعه مع ما يبقى فيه، فمتى لم يفعل ذلك
بطل البيع.
وقال أبو حنيفة والشافعي والنخعي: البيع باطل (١)، ولم يفصلوا.
وقال ابن أبي ليلى جائز (٢)، وبه قال عمر بن عبد العزيز (٣).
دليلنا على جواز بيعه مع شيء آخر: إجماع الفرقة، وعلى بطلانه منفردا أيضا
ذلك.
وروي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه نهى عن بيع الغرر (٤).
وهذا غرر، ولأن صحة بيعه تحتاج إلى دليل شرعي.

- (١) مختصر المزني: ٨٧، وعمدة القاري ١١: ٢٦٤، وفتح العزيز ٨: ١٢٦، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٩٤،
وشرح فتح القدير ٥: ١٩١، وتبيين الحقائق ٤: ٤٥، وحاشية رد المختار ٥: ٦٠.
(٢) المغني لابن قدامة ٤: ٢٩٤.
(٣) المغني لابن قدامة ٤: ٢٩٤.
(٤) صحيح مسلم ٣: ١١٥٣ حديث ١٥١٣، وسنن الترمذي ٣: ٥٣٢ حديث ١٢٣٠، وسنن الدارقطني
٣: ١٥ حديث ٤٦ و ٤٧، ومسند أحمد بن حنبل ١: ٣٠٢، وسنن الدارمي ٢: ٢٥١، وسنن النسائي
٧: ٢٦٢ والموطأ ٢: ٦٦٤ حديث ٧٥، وسنن أبي داود ٣: ٢٥٤ حديث ٣٣٧٦، وسنن ابن ماجه
٢: ٧٣٩ حديث ٢١٩٤ و ٢١٩٥، والسنن الكبرى ٥: ٣٣٨، ودعائم الإسلام ٢: ٢١، وعيون أخبار
الرضا ٢: ٤٥ حديث ١٦٨.

مسألة ٢٤٦: إذا باع عبدا بيعا فاسدا وتقابضا، فأكل البائع الثمن وفلس، كان على المشتري رد العبد على البائع، وكان أسوة للغرماء. وبه قال أبو العباس بن سريج (١).

وقال أبو حنيفة أحق بعين العبد - يعني له إمساكه على قبض الثمن، ويكون ثمنه مقدما على الغرماء - (٢).

دليلنا: أنه إنما قبضه على أنه ملكه، فإذا لم يكن ملكا له فعليه رده إلى مالكه، فمن قال له إمساكه فعليه الدلالة.

مسألة ٢٤٧: إذا قال لرجل: بع عبدك هذا من فلان بخمسمائة، على أن علي خمسمائة، قال أبو العباس: بن سريج يحتمل معنيين، أحدهما: البيع باطل، والثاني: يصح ويكون على الضامن (٣).

والذي عندي أن هذا بيع صحيح، لأنه شرط لا ينافي الكتاب والسنة، والنبى صلى الله عليه وآله قال: "المؤمنون عند شروطهم" (٤).

مسألة ٢٤٨: إذا قال له: بع عبدك منه بألف، على أن على فلان خمسمائة، فيه مسألتان.

إن سبق الشرط العقد، وعقد البيع مطلقا عن الشرط، لزم البيع ولم يلزم الضامن شئ.

وإن قارن العقد فقال: بعتك بألف على أن فلانا ضامن خمسمائة، صح

-
- (١) المجموع ٩: ٣٧٧، والشرح الكبير ٤: ٦٥، والمغني لابن قدامة ٤: ٣١٢.
(٢) المغني لابن قدامة ٤: ٣١٢، والمجموع ٩: ٣٧٧، والشرح الكبير ٤: ٦٥، والبحر الزخار ٤: ٣٨٤.
(٣) المجموع ٩: ٣٧٥، وفتح العزيز ٨: ٢١٠.
(٤) التهذيب ٧: ٣٧١ حديث ١٥٠٣، والاستبصار ٣: ٢٣٢ حديث ٨٣٥، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٨٤، والشرح الكبير ٤: ٣٨٦، وتلخيص الحبير ٣: ٢٣ و ٤٤ حديث ١١٩٥ و ١١٤٦، وكفاية الأخيار ١: ١٩٣، والمصنف لابن أبي شيبة ٦: ٥٦٨ حديث ٢٠٦٤.

البيع بشرط الضمان، فإن ضمن فلان ذلك مضى، وإن لم يضمن كان البائع بالخيار، لأنه لم يصح له الضمان. وبه قال أبو العباس (١) وأبو الحسن (٢).
دليلنا: ما قلناه في المسألة الأولى سواء.

مسألة ٢٤٩: إذا اشترى جارية بشرط أن لا خسارة عليه إذا باعها، أو بشرط أن لا يبيعها، أو لا يعتقها، أو لا يطأها، ونحو هذا كان العقد صحيحا، والشرط باطلا. وبه قال ابن أبي ليلى، والنخعي، والحسن البصري (٣).
وقال أبو حنيفة والشافعي: الشرط والبيع باطلان (٤).

وقال ابن شبرمة: البيع جائز، والشرط جائز (٥).
دليلنا على صحة البيع: قوله تعالى: "وأحل الله البيع" (٦) وهذا بيع. وعلى بطلان الشرط: إنه مخالف للكتاب والسنة، وكل شرط يخالفهما فهو باطل.

وأيضاً روي أن عائشة اشترت بريرة بشرط العتق، ويكون ولائها لمواليها،

(١) حكى الصيدلاني لأبي العباس بن سريج في مسألة بنحو ما ذكرها المصنف رحمه الله قائلاً: فهل يصح العقد؟ فيه وجهان انظر المجموع ١٤: ٢٠ - ٢١.

(٢) الظاهر هو أبو الحسن علي بن مسلم بن محمد بن الفتح بن علي السلمى الدمشقي الشافعي.
(٣) عمدة القاري ١١: ٢٨٨، وشرح فتح القدير ٥: ٢١٤، وبدائع الصنائع ٥: ١٧٥، والمجموع ٩: ٣٧٦.

وبداية المجتهد ٢: ١٥٩، والشرح الكبير ٤: ٦١، ومقدمات ابن رشد ٢: ٥٤٥.
(٤) مختصر المزني: ٨٧، والمجموع ٩: ٣٦٨ و ٣٧٦، وفتح العزيز ٨: ٢٠٥، وشرح معاني الآثار ٤: ٤٨.

وشرح فتح القدير ٥: ٢١٤، و ٢١٧، وعمدة القاري ١١: ٢٨٩، وبداية المجتهد ٢: ١٥٩، وبدائع الصنائع ٥: ١٧٥، والأشباه والنظائر للسيوطي: ٤٤٩ و ٤٥٣، والشرح الكبير ٤: ٦١، ومقدمات ابن رشد ٢: ٥٤٤.

(٥) عمدة القاري ١١: ٢٨٨ - ٢٨٩، والمجموع ٩: ٣٧٦، وبدائع الصنائع ٥: ١٧٥، وشرح فتح القدير ٥: ٢١٤، وبداية المجتهد ٢: ١٥٩، ومقدمات ابن رشد ٢: ٥٤٥.

(٦) البقرة: ٢٧٥.

فأجاز النبي صلى الله عليه وآله البيع وأبطل الشرط، فإنه صعد المنبر وقال: " ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله، كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، كتاب الله أحق، وشروطه أوثق " (١).

مسألة ٢٥٠: إذا اشترى جارية شراء فاسدا، ثم قبضها فاعتقها، لم يملك بالقبض ولم ينفذ عتقها، ولا يصح شئ من تصرفه فيها، مثل البيع والهبة والوقف وغير ذلك، ويجب على ردها على البائع بجميع نمائها المنفصل منها. وبه قال الشافعي (٢).

وقال أبو حنيفة: يملك بالقبض، ويصح تصرفه فيها، ويجب كل واحد منهما فسخ الملك ورد المبيع على صاحبه (٣).

دليلنا على ذلك: أنه إذا كان البيع فاسدا فملك الأول باق لم يزل، وإذا لم يزل فكل من تصرف في ملكه بغير إذنه يجب أن لا يصح تصرفه، لأنه لا دليل على صحته.

مسألة ٢٥١: إذا اشترى جارية بيعا فاسدا فوطأها، فإنه لا يملكها ووجب عليه ردها، وعليه إن كانت بكرا عشر قيمتها، وإن كانت ثيبا نصف عشر قيمتها.

وقال الشافعي: إن كانت ثيبا فمهر مثلها الثيب، وإن كانت بكرا مهر

(١) روي الحديث بألفاظ مختلفة انظرها في صحيح البخاري ٣: ٩٥ - ٩٦، وصحيح مسلم ٢: ١١٤١ حديث ٦، والموطأ ٢: ٧٨٠ حديث ١٧، والسنن الكبرى ٥: ٣٣٨ وسنن الدارقطني ٣: ٢٢ حديث ٧٧. (٢) مختصر المزني: ٨٧، والمجموع ٩: ٣٧٧، وفتح العزيز ٨: ٢١٢، وشرح فتح القدير ٥: ٢٢٧، وشرح العناية على الهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٥: ٢٢٧، وتبيين الحقائق ٤: ٦٢. (٣) اللباب ١: ٢٤٦ - ٢٤٧، وشرح فتح القدير ٥: ٢٢٧ - ٢٣٣، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٥: ٢٢٧ و ٢٣٣، والمجموع ٩: ٣٧٧، وفتح العزيز ٨: ٢١٢، وتبيين الحقائق ٤: ٦١، والمحلى ٨: ٤٢١.

البكر وأرش الافتراض (١).
دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم، فإنهم رَووا ذلك منصوصاً عن الأئمة عليهم السلام (٢)، وإجماعهم حجة.
مسألة ٢٥٢: إذا حبلت وأتت بولد، كان الولد حراً بالإجماع، وعلى الواطئ قيمة الولد يوم سقط حياً. وبه قال الشافعي (٣).
وقال أبو حنيفة: يوم التحاكم (٤).
دليلنا على ذلك: أنا أجمعنا على وجوب قيمته يوم سقط حياً، ولا دليل على وجوب قيمته يوم المحاكمة، والأصل براءة الذمة، فمن ادعى ذلك فعليه الدلالة.
مسألة ٢٥٣: إذا ملك هذه الجارية فيما بعد بعقد صحيح، وكانت ولدت منه بالعقد الفاسد، فإنها تكون أم ولده.
وللشافعي فيه قولان، أحدهما: مثل ما قلناه (٥).
والثاني: إنها لا تصير أم ولده (٦).
دليلنا: أن له ولداً منها، وثبت له نسب إليه نسباً شرعياً، فوجب أن تكون أم ولده، ولأن ظاهر اللغة والشرع يقتضيه، ومن نفاه فعليه الدلالة.

-
- (١) المجموع ٩: ٣٦٨ و ٣٧١، وفتح العزيز ٨: ٢١٣.
(٢) انظرها في الكافي ٥: ٢١٤ حديث ٢ و ٣ و ٥: ٤٦٨ حديث ١، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ٢٨٩ حديث
١٣٧٧، والتهذيب ٧: ٦١ - ٦٢ حديث ٢٦٦ و ٢٧٨، و ٧: ٢٤٤ حديث ١٠٦٤، والاستبصار ٣: ٨٠
حديث ٢٧٠ و ٢٧٢.
(٣) مختصر المزني: ٧٥ و ٨٧، والمجموع ٩: ٢١٨ و ٣٦٨ و ٣٧١، وفتح العزيز ٨: ٢١٣.
(٤) التنف ٢: ٧٣٧، واللباب ٢: ١٣٧، والمبسوط ١٣: ٢٦، وبدائع الصنائع ٥: ٣٠٢ و ٧: ١٥١، وشرح
فتح القدير ٧: ٣٦٤، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٧: ٣٦٤، والشرح الكبير ٥:
٤٣١.
(٥) المجموع ٩: ٣٧١، وفتح العزيز ٨: ٢١٣. (٦) المجموع ٩: ٣٧١ - ٣٧٢، وفتح العزيز ٨: ٢١٣.

مسألة ٢٥٤: إذا اشترى من رجل عبداً، وشرط البائع على المشتري أن يعتقه، كان العقد صحيحاً والشرط صحيحاً. وهو الذي نص عليه الشافعي في كتبه (١).

وروى أبو ثور عنه أنه قال: الشرط فاسد والبيع صحيح. حكاه القاضي أبو حامد عنه، والأول هو المشهور (٢).

وقال أبو حنيفة: الشرط فاسد والبيع فاسد (٣).

دليلنا: قوله عليه السلام: "المؤمنون عند شروطهم" (٤). ولأنه لا مانع يمنع من كتاب ولا سنة ولا إجماع.

مسألة ٢٥٥: إذا باع داراً واستثنى سكنها لنفسه مدة معلومة جاز البيع وثبت الشرط، وكذلك إذا باع دابة واستثنى ركوبها مدة أو مسافة معلومة صح البيع والشرط. وبه قال الأوزاعي، وأحمد، وإسحاق بن خزيمة (٥).

وقال مالك: يجوز في مدة يسيرة كالיום واليومين (٦).

وقال أبو حنيفة والشافعي: لا يصح البيع في جميع ذلك (٧).

(١) الأم ٣: ٨٨، والمجموع ٩: ٣٦٤ و ٣٦٦، ومغني المحتاج ٢: ٣٣، والسراج الوهاج: ١٨١، والمغني لابن

قدامة ٤: ٣٠٩، والشرح الكبير ٤: ٦٢، وعمدة القاري ١١: ٢٨٩، وشرح فتح القدير ٥: ٢١٤.

(٢) المجموع ٩: ٣٦٩، وعمدة القاري ١١: ٢٨٩، وفتح العزيز ٨: ٢١١.

(٣) اللباب ١: ٢٤٤، وعمدة القاري ١١: ٢٨٩، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير

٥: ٢١٤، وشرح فتح القدير ٥: ٢١٤، والأم ٣: ٨٨، والمجموع ٩: ٣٦٦، وفتح العزيز ٨: ٢١٢،

والمغني

لابن قدامة ٤: ٣٠٩، والشرح الكبير ٤: ٦٢، وبداية المجتهد ٢: ١٥٩، وتبيين الحقائق ٤: ٥٧.

(٤) التهذيب ٧: ٣٧١ حديث ١٥٠٣، والاستبصار ٣: ٢٣٢ حديث ٨٣٥، والمصنف لابن أبي شيبة

٦: ٥٦٨ حديث ٢٠٦٤، وتلخيص الحبير ٣: ٢٣ و ٤٤ حديث ١١٩٥ و ١٢٤٦، والمغني لابن قدامة

٤: ٣٨٤، والشرح الكبير ٤: ٣٨٦.

(٥) المجموع ٩: ٣٦٩ و ٣٧٨، وفتح العزيز ٨: ٢٠٩، وعمدة القاري ١١: ٢٨٩.

(٦) المجموع ٩: ٣٧٨، وعمدة القاري ١١: ٢٨٩.

(٧) اللباب ١: ٢٤٤ - ٢٤٥، وعمدة القاري ١١: ٢٨٩، وشرح فتح القدير ٥: ٢١٧، والمجموع ٩:

و ٣٦٩

٣٧٨، وفتح العزيز ٨: ٢٠٩.

دليلنا: قول النبي صلى الله عليه وآله " المؤمنون عند شروطهم " (١) وهذا شرط، ولأنه لا مانع يمنع منه في الشرع من كتاب أو سنة أو إجماع، والأصل جوازه.

وروى جابر بن عبد الله أنه باع من رسول الله صلى الله عليه وآله جملاً واشترط حملانه إلى أهله بالمدينة (٢)، وهذا يدل على جوازه. مسألة ٢٥٦: إذا قال: بعتك هذه الدار وأجرتك هذه الدار الأخرى، فجمع بين البيع والإجارة في صفقة واحدة كان صحيحاً، وثبت البيع والإجارة وهو أصح قولي الشافعي (٣). والقول الآخر: أنهما يبطلان (٤). دليلنا: أن البيع والإجارة مباحان، فمن أبطلهما في حال الاجتماع فعليه الدلالة.

مسألة ٢٥٧: إذا باع زرعاً بشرط أن يحصده، وكان الزرع مما يجوز بيعه، إما أن يكون قصيلاً أو يكون قد عقد الجب واشتد وهو شعير، لأن بيع سنبل الشعير جائز، ولا يجوز بيع سنبل لأنه في غلاف، كان البيع صحيحاً، ووجب عليه أن يحصده له.

-
- (١) التهذيب ٧: ٣٧١ حديث ١٥٠٣، والاستبصار ٣: ٢٣٢ حديث ٨٣٥، والمصنف لابن أبي شيبة ٦: ٥٦٨ حديث ٢٠٦٤، وتلخيص الحبير ٣: ٢٣ و ٤٤ حديث ١١٩٥ و ١٢٤٦، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٨٤، والشرح الكبير ٤: ٣٨٦.
- (٢) روى الشيخ أيضاً في أماليه ٢: ٤ نحوه، وأبو داود في سننه ٣: ٢٨٣ حديث ٣٥٠٣ بألفاظ أخرى.
- (٣) المجموع ٩: ٣٨٨، والسراج الوهاج: ١٨٣، ومغني المحتاج ٢: ٤١ - ٤٢، والمغني لابن قدامة ٤: ٣١٤ -
- (٤) ٣١٥، والشرح الكبير ٤: ٤٥.
- (٤) المجموع ٩: ٣٨٨، والسراج الوهاج: ١٨٣، ومغني المحتاج ٢: ٤٢، وبداية المجتهد ٢: ١٦٣، والمغني لابن قدامة ٣: ٣١٥، والشرح الكبير ٤: ٤٥.

وقال أبو إسحاق المروزي: فيه قولان، أحدهما: ييطان. والثاني: يصحان، لأنه يبيع وإجارة في صفقة واحدة (١).
 وقال غيره: لا يصح هذا قولاً واحداً (٢).
 دليلنا: أنه لا مانع منه في الشرع، والأصل جوازه.
 وأيضاً قوله عليه السلام: "المؤمنون عند شروطهم" (٣) وهذا شرط.
 مسألة ٢٥٨: ما يباع كيلاً لا يصح بيعه جزافاً وإن شوهد.
 وقال الشافعي: إذا قال: بعتك هذه الصبرة، وقد شاهدتها، بثمن معلوم كان صحيحاً (٤).
 دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٥)، ولأننا أجمعنا على أنه إذا باعه كيلاً صح البيع، ولم يدل دليل على أنه إذا باعه جزافاً كان صحيحاً.
 مسألة ٢٥٩: إذا قال: بعتك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم صح البيع. وبه قال الشافعي (٦).
 وقال أبو حنيفة: لا يصح (٧).

-
- (١) المجموع ٩: ٣٧٣، وفتح العزيز ٨: ١٩٥، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٢٧.
 (٢) مختصر المزني: ٨٧، والمجموع ٩: ٣٧٣، ومغني المحتاج ٢: ٣١، والسراج الوهاج: ١٨٠، وفتح العزيز
 ٨: ١٩٥، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٢٧.
 (٣) التهذيب ٧: ٣٧١ حديث ١٥٠٣، والاستبصار ٣: ٢٣٢ حديث ٨٣٥، والمصنف لابن أبي شيبة
 ٦: ٥٦٨ حديث ٢٠٦٤ وتلخيص الحبير ٣: ٢٣ و ٤٤ حديث ١١٩٥ و ١٢٤٦، والمغني لابن قدامة
 ٤: ٣٨٤، والشرح الكبير ٤: ٣٨٦.
 (٤) المجموع ٩: ٣١٢، وفتح العزيز ٨: ١٥١.
 (٥) من لا يحضره الفقيه ٣: ١٤١ حديث ٦١٨، والتهذيب ٧: ١٢٢ حديث ٥٣٠ و ٥٣١، والاستبصار
 ٣: ١٠٢ حديث ٣٥٥ و ٣٥٦.
 (٦) المجموع ٩: ٣١٣، والوجيز ١: ١٣٥، ومغني المحتاج ٢: ١٧، والسراج الوهاج: ١٧٥، وفتح العزيز
 ٨: ١٣٩ - ١٤٠، والبحر الزخار ٤: ٣٢٧.
 (٧) المبسوط ١٣: ٥، وفتح العزيز ٨: ١٣٩، والبحر الزخار ٤: ٣٢٧.

دليلنا: قوله تعالى: " وأحل الله البيع " (١) والأصل أيضا جوازه، والمنع يحتاج إلى دليل.

مسألة ٢٦٠: إذا قال: بعتك عشرة أقفزة من هذه الصبرة بكذا، صح البيع. وبه قال الشافعي (٢).

وقال داود: لا يصح (٣).

دليلنا: الآية (٤)، ولا مانع يمنع منه.

مسألة ٢٦١: إذا قال: بعتك من هذه الصبرة كل قفيز بدرهم صح البيع، إذا لم يرد بمن التبويض، فإن أراد التبويض لم يصح، لأن البعض مجهول.

وقال الشافعي: لا يجوز، ولم يفصل (٥).

دليلنا على جواز ما قلناه: أن الأصل جوازه، والآية (٦) تدل عليه، والمنع يحتاج إلى دليل.

مسألة ٢٦٢: إذا قال: بعتك نصف هذه الصبرة، أو ثلثها، أو ربعها، لا يصح البيع.

وقال الشافعي: يصح (٧).

دليلنا: ما قدمناه من أن ما يباع كيلا لا يصح بيعه جزافا، وهذا بيع في غير كيل، فوجب أن لا يصح.

مسألة ٢٦٣: إذا قال: بعتك هذه الدار كل ذراع بدينار، كان جائزا. وبه

(١) البقرة: ٢٧٥.

(٢) المجموع ٩: ٣١٣.

(٣) المحلى ٩: ٢٠، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٤٩، والبحر الزخار ٤: ٣٢٧.

(٤) البقرة: ٢٧٥.

(٥) المجموع ٩: ٣١٣، وكفاية الأخيار ١: ١٥٠، وفتح العزيز ٨: ١٤٣.

(٦) البقرة: ٢٧٥.

(٧) المجموع ٩: ٣١٢، وفتح العزيز ٨: ١٣٥ و ١٤٣.

قال الشافعي (١).
وقال أبو حنيفة: لا يجوز (٢).
دليلنا: الآية (٣)، ودلالة الأصل، والمنع يحتاج إلى دليل.
مسألة ٢٦٤: إذا قال: هذه الدار مائة ذراع، وقد بعثك عشرة أذرع منها
بكذا، كان جائزا. وبه قال الشافعي (٤).
وقال أبو حنيفة: لا يجوز (٥).
دليلنا: الآية (٦)، ودلالة الأصل، ولا مانع يمنع منه. ولا ن عشرة أذرع من
مائة عشرها، فلا فرق بين أن يقول: بعثك عشرها، وبين أن يقول: عشرة أذرع
من مائة.
مسألة ٢٦٥: إذا قال: بعثك من هذه الدار عشرة أذرع، من موضع معين
إلى حيث ينتهي، كان البيع صحيحا.
وللشافعي فيه وجهان، أحدهما: مثل ما قلناه (٧). والثاني: أنه لا يصح (٨).

-
- (١) المجموع ٩: ٣١٦، وفتح العزيز ٨: ١٤٣، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٤٩ - ٢٥٠.
(٢) المبسوط ١٣: ٦، وبدائع الصنائع ٥: ١٥٩، وفتح العزيز ٨: ١٤٣، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٥٠،
واللباب ١: ٢٢٥ - ٢٢٦، وشرح فتح القدير ٥: ٩٠.
(٣) البقرة: ٢٧٥.
(٤) المجموع ٩: ٣١٦، وفتح العزيز ٨: ١٣٦ و ١٤٣، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٤٩ - ٢٥٠، وشرح فتح
القدير ٥: ٩٣.
(٥) المبسوط ١٣: ٦، وبدائع الصنائع ٥: ١٥٩، وفتح العزيز ٨: ١٣٦ و ١٤٣، والمجموع ٩: ٣١٦،
والمغني
لابن قدامة ٤: ٢٥٠، والبحر الزخار ٤: ٣٢٨، وشرح فتح القدير ٥: ٩٣، وشرح العناية على الهداية
المطبوع
بهامش شرح فتح القدير ٥: ٩٣.
(٦) البقرة: ٢٧٥.
(٧) المجموع ٩: ٣١٧، وفتح العزيز ٨: ١٣٦.
(٨) المجموع ٩: ٣١٦ - ٣١٧، وفتح العزيز ٨: ١٣٦.

دليلنا: أنه باعه جزء معلوما من موضع معين، فيجب أن لا يمنع منه مانع، لأنه ليس بمجهول.

مسألة ٢٦٦: إذا باع ذراعا معينا من ثوب، كان البيع صحيحا، مثل ما قلناه في الدار.

واختلف أصحاب الشافعي، فقال بعضهم مثل ما قلناه (١)، وإليه ذهب

ابن القفال (٢) في التقريب، واختاره أبو الطيب الطبري (٣).

وقال بعضهم: لا يجوز، ذكره أبو العباس بن القاص (٤).

دليلنا: الآية (٥)، ودلالة الأصل، والمنع يحتاج إلى دليل.

مسألة ٢٦٧: إذا قال: بعثك هذا السمن مع الظرف كل رطل بدرهم،

كان جائزا.

وقال الشافعي: إن كان وزن كل واحد منهما معلوما، بأن يكون الظرف

ربعا أو سدسا أو غير ذلك كان جائزا، وإن لم يكن كذلك بطل العقد، لأنه إذا

باع موازنة يجب أن يكون مقدار المبيع من كل جنس الذي جعل الثمن في

مقابلته معلوما، وهذا مجهول (٦).

دليلنا: الآية (٧)، ودلالة الأصل، والمنع يحتاج إلى دليل.

(١) المجموع ٩: ٣١٧، وفتح العزيز ٨: ١٣٧.

(٢) أبو الحسن، القاسم بن محمد بن علي بن إسماعيل القفال الشاشي الشافعي، فقيه، توفي في حدود

سنة ٤٠٠ هجرية، انظر طبقات الشافعية الكبرى ٢: ٣١٤، وطبقات الشافعية لابن هداية الله: ٣٨،

ومعجم المؤلفين ٨: ١١٩.

(٣) المجموع ٩: ٣١٧، وفتح العزيز ٨: ١٣٧.

(٤) فتح العزيز ٨: ١٣٧ - ١٣٨ و ١٤٤.

(٥) البقرة: ٢٧٥.

(٦) مختصر المزني: ٨٧، والمجموع ٩: ٣١٨ و ٣١٩.

(٧) البقرة: ٢٧٥.

مسألة ٢٦٨: إذا اشترى من رجل عشرة أقفزة من صبرة، فكالها على المشتري وقبضها، ثم ادعى المشتري أنه كان تسعة، كان القول قول البائع مع يمينه.

وللشافعي فيه قولان، أحدهما وهو الصحيح مثل ما قلناه (١).

والثاني: إن القول قول المشتري مع يمينه (٢).

دليلنا: أن المشتري قد قبض حقه في الظاهر، وإنما يدعي الخطأ في الكيل، فعليه البينة.

مسألة ٢٦٩: إجارة الفحل للضراب مكروه، وليس بمحظور، وعقد الإجارة عليه غير فاسد.

وقال مالك: يجوز. ولم يكرهه (٣).

وقال أبو حنيفة والشافعي: إن الإجارة فاسدة، والأجرة محظورة (٤).

دليلنا: إن الأصل الإباحة، فمن ادعى الحظر والمنع فعليه الدلالة. فأما كراهية ما قلناه فعليه إجماع الفرقة وأخبارهم (٥).

مسألة ٢٧٠: بيض ما لا يؤكل لحمه لا يجوز أكله ولا بيعه، وكذلك مني ما لا يؤكل لحمه. وللشافعي فيه وجهان (٦).

(١) المجموع ١٣: ٨٠، وفتح العزيز ٩: ١٧١.

(٢) المجموع ١٣: ٧٩، وفتح العزيز ٩: ١٧٠.

(٣) المدونة الكبرى ٤: ٤٢٧، وفتح العزيز ٨: ١٩٢، وفتح الباري ٤: ٤٦١.

(٤) المجموع ١٥: ٣ - ٤، وفتح العزيز ٨: ١٩١، والسراج الوهاج: ١٧٩، ومغني المحتاج ٢: ٣٠، وفتح الباري ٤: ٤٦١.

(٥) الكافي ٥: ١١٥ حديث ٢، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٠٥ حديث ٤٣٣، والتهذيب ٦: ٣٥٤

حديث ١٠٠٩، والاستبصار ٣: ٥٨ حديث ١٩٠.

(٦) مختصر المزني: ٨٧، والمجموع ٩: ٢٥٣.

دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (١)، فإنها تتضمن ذكر البيض، فأما المنى فإنه نجس عندنا، وما كان نجسا لا يجوز بيعه ولا أكله بلا خلاف.

مسألة ٢٧١: بيض ما يؤكل لحمه، إذا وجد في جوف الدجاجة الميتة واكتسى الجلد الفوقاني، فإنه يجوز أكله وبيعه.

وللشافعي فيه وجهان، أحدهما: مثل ما قلناه. والثاني: لا يجوز (٢).

دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٣)، ودلالة الأصل، وقوله تعالى: " وأحل الله البيع " (٤) والمنع يحتاج إلى دليل.

مسألة ٢٧٢: بذر دود القز يجوز بيعه.

وللشافعي فيه وجهان (٥).

دليلنا: الآية (٦)، ودلالة الأصل، والمنع يحتاج إلى دليل.

مسألة ٢٧٣: يجوز بيع دود القز، وبيع النحل إذا رآها، ثم اجتمعت في بيتها وحبسها فيه حتى لا يمكنها أن تطير، ثم يعقد البيع عليها. وبه قال الشافعي (٧).

وقال أبو حنيفة: لا يجوز بيع دود القز، ولا بيع النحل (٨).

- (١) يستفاد من عموم الأخبار التي رواها الشيخ الكليني في الكافي ٥: ١٢٤ (باب المكاسب المحرمة) وفي ٦: ٣٤٨ (باب ما يعرف به البيض)، وما رواه السيد المرتضى في رسالة المحكم والمتشابه: ٥٧، وابن شعبة في تحف العقول: ٣٣٣، وما رواه أيضا الشيخ المؤلف قدس سره في التهذيب ٦: ٣٦٩ (باب أخبار ما لا يجوز التمسك به) حديث ١٠٦٧ و ١٠٦٨ وغيرها.
- (٢) المجموع ٢: ٥٧٠، والمغني لابن قدامة ١: ٩١، والشرح الكبير ١: ١٠٢.
- (٣) الكافي ٦: ٢٥٨ حديث ٣ و ٥ والتهذيب ٩: ٧٦ و ٧٨ حديث ٣٢٢ و ٣٢٤ و ٣٣٢.
- (٤) البقرة: ٢٧٥.
- (٥) المجموع ٩: ٢٥٣.
- (٦) البقرة: ٢٧٥.
- (٧) المجموع ٩: ٢٥٣، وبدائع الصنائع ٥: ١٤٤، وفتح العزيز ٨: ١١٨، وشرح فتح القدير ٥: ١٩٨.
- (٨) بدائع الصنائع ٥: ١٤٤، والمجموع ٩: ٢٥٣، والمحلى ٩: ٣١، والبحر الزخار ٤: ٣٢١، والشرح الكبير
- ٤: ٩، وشرح فتح القدير ٥: ١٩٨، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٥: ١٩٨، وحاشية رد المحتار ٥: ٥٨.

دليلنا: الآية (١)، والمنع يحتاج إلى دليل.
 مسألة ٢٧٤: لا يجوز بيع العبد الآبق منفردا، ويجوز بيعه مع سلعة أخرى.
 وقال الفقهاء بأسرهم: لا يجوز بيعه (٢)، ولم يفصلوا.
 وحكي عن ابن عمر أنه أجاز (٣)، وعن محمد بن سيرين أنه قال: إن لم يعلم موضعه لم يجز وإن علم موضعه جاز (٤).
 دليلنا على منع بيعه منفردا: إجماع الفرقة، ولأنه لا يقدر على تسليمه، ولأنه بيع الغرر، فأما جوازه مع السلعة الأخرى فإجماع الفرقة، ودلالة الأصل، والمنع يحتاج إلى دليل.
 مسألة ٢٧٥: إذا باع إنسان ملك غيره بغير إذنه، كان البيع باطلا. وبه قال الشافعي (٥).
 وقال أبو حنيفة: ينعقد البيع، ويقف على إجازة صاحبه (٦). وبه قال قوم من أصحابنا (٧).
 دليلنا: إجماع الفرقة، ومن خالف منهم لا يعتد بقوله، ولأنه لا خلاف أنه ممنوع من التصرف في ملك غيره، والبيع تصرف.

-
- (١) البقرة: ٢٧٥.
 (٢) المجموع ٩: ٢٨٤، والمبسوط ١٣: ١٠، والمحلى ٨: ٣٩١، وبداية المجتهد ٢: ١٥٦، والمغني لابن قدامة
 ٤: ٢٩٣، والوجيز ١: ١٣٤، وعمدة القاري ١١: ٢٦٤، وفتح الباري ٤: ٢٨٤، وشرح فتح القدير ٥: ١٩٩.
 (٣) المجموع ٩: ٢٨٥، والمحلى ٨: ٣٩١، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٩٣.
 (٤) المحلى ٨: ٣٩١، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٩٣.
 (٥) المجموع ٩: ٢٢٥ و ٢٦١، والوجيز ١: ١٣٤، وفتح العزيز ٨: ١٢١.
 (٦) المجموع ٩: ٢٦١، والوجيز ١: ١٣٤.
 (٧) منهم الشيخ المفيد قدس سره في المقنعة: ٩٤، وابن حمزة في الوسيلة: ٧٠٧.

وأيضاً روى حكيم (١)، عن النبي صلى الله عليه وآله أنه نهى عن بيع ما ليس عنده (٢)، وهذا نص.

وروى عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: " لا طلاق إلا فيما يملك، ولا عتق إلا فيما يملك، ولا بيع إلا فيما يملك " (٣). فنفي عليه السلام البيع في غير الملك، ولم يفصل. مسألة ٢٧٦: لا يجوز بيع الصوف على ظهور الغنم منفرداً. وبه قال أبو حنيفة والشافعي (٤).

وقال مالك والليث بن سعد: يجوز (٥).

دليلنا: إجماع الفرقة، ولأنه بيع الغرر.

وروى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وآله نهى أن يباع الثمرة حتى يتبين صلاحها، أو يباع صوف على ظهر (٦).

(١) حكيم بن حزام بن خويلد بن أسد بن عبد العزى القرشي الأسدي، كان مولده قبل الفيل بثلاث عشرة سنة على اختلاف في ذلك، وعاش مائة وعشرين سنة وتوفي سنة أربع وخمسين أيام معاوية، وشهد بدرًا مع الكفار ونجا منهزماً، أسد الغابة ٢: ٤٠ - ٤٢.

(٢) أنظر سنن الترمذي ٣: ٥٣٤ حديث ١٢٣٢ و ١٢٣٣ و سنن أبي داود ٣: ٢٨٣ حديث ٣٥٠٣، وترتيب

مسند الشافعي ٢: ١٤٣ حديث ٤٧٨، ومسند أحمد بن حنبل ٣: ٤٠٢ و ٤٣٤، والسنن الكبرى ٥: ٢٦٧، ولفظ الحديث " لا تبع ما ليس عندك " و " نهاني رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أن أبيع ما ليس عندي ".

(٣) المصنف لعبد الرزاق ٦: ٤١٧ حديث ١١٤٥٦، و سنن الترمذي ٣: ٤٨٦ حديث ١١٨١، ومسند أحمد

بن حنبل ٢: ٢٠٧، والسنن الكبرى ٧: ٣١٨، و سنن الدارقطني ٤: ١٤ حديث ٤٢ باختلاف في الألفاظ.

(٤) الباب ١: ٢٤٣، وتبيين الحقائق ٤: ٤٦، وشرح فتح القدير ٥: ١٩٢، والمجموع ٩: ٣٢٧ - ٣٢٨، والبحر الزخار ٤: ٣٢١، وحاشية رد المحتار ٥: ٦٣.

(٥) المجموع ٩: ٣٢٨، والبحر الزخار ٤: ٣٢١ - ٣٢٢.

(٦) سنن الدارقطني ٣: ١٤ حديث ٤٠، والسنن الكبرى ٥: ٣٤٠.

والنهي يدل على فساد المنهي عنه.
 مسألة ٢٧٧: المسك طاهر يجوز بيعه وشراؤه. وبه قال أكثر الفقهاء (١)،
 وفي الناس من قال: نجس لا يجوز بيعه، لأن دم (٢).
 دليلنا: إن النجاسة حكم شرعي، ولا دلالة في الشرع على نجاسة المسك.
 وروى أبو سعيد الخدري أن النبي صلى الله عليه وآله قال: "أطيب
 الطيب المسك" (٣) ولا خلاف أن النبي صلى الله عليه وآله كان يتطيب به، ولم
 يكن يتطيب بالنجاسات.
 مسألة ٢٧٨: يجوز بيع المسك في فأرة، والأحوط أن يفتح ويشاهد، وبه
 قال ابن سريج (٤).
 وقال باقي أصحاب الشافعي: لا يجوز بيعه في فأرة حتى يفتح (٥).
 دليلنا: الآية (٦)، ودلالة الأصل، والمنع يحتاج إلى دليل.
 مسألة ٢٧٩: يجوز بيع الأعمى وشراؤه، سواء ولد أعمى أو عمي بعد
 صحته. وبه قال أبو حنيفة (٧).
 وقال الشافعي: إن كان ولد أعمى فلا يجوز بيعه وشراؤه في الأعيان، بل
 يوكل. وإن كان بصيرا ثم عمي، فإن باع شيئا أو اشتراه ولم يكن رآه فلا يجوز

-
- (١) المجموع ٢: ٥٧٣ و ٩: ٣٠٦، وعمدة القاري ١١: ٢٢١، وإرشاد الساري ٤: ٣٩، وفتح الباري ٤: ٣٢٤.
 (٢) عمدة القاري ١١: ٢٢١، والمجموع ٩: ٣٠٦.
 (٣) أنظر ما روي في صحيح مسلم ٢: ٨٤٩ حديث ٤٥، وسنن النسائي ٥: ١٣٨، ومسند أحمد بن حنبل ٣: ٣٦ و ٤٠ و ٦٢ و ٦: ١٨٦.
 (٤) المجموع ٩: ٣٠٦.
 (٥) مختصر المزني: ٨٧، والمجموع ٩: ٣٠٦، وكفاية الأختار ١: ١٥٤، وإرشاد الساري ٤: ٦٣.
 (٦) البقرة: ٢٧٥.
 (٧) اللباب ١: ٢٣٥، وتبيين الحقائق ٤: ٢٨، وشرح فتح القدير ٥: ١٤٦، وشرح العناية على الهداية المطبوع في هامش شرح فتح القدير ٥: ١٤٦، والمجموع ٩: ٣٠٣.

بيعه وشراؤه، وإن كان قد رآه فإن كان الزمان يسيرا لا يتغير في العادة، أو كان الشيء مما لا يفسد في الزمان الطويل مثل الحديد والرصاص جاز بيعه، فإن وجد على ما رآه فلا خيار له، وإن وجد متغيرا كان بالخيار. وإن كان الزمان تطاول والشيء مما يتغير، مثل أن يكون عبدا صغيرا فكبر، أو شجرة صغيرة فكبرت، فإن بيعه لا يجوز، لأن المبيع مجهول الصفة. هذا إذا قال: إن بيع خيار الرؤية لا يجوز، وإذا قال: أنه يجوز بيع خيار الرؤية، ففيه وجهان: أحدهما: لا يجوز، لأن بيع خيار الرؤية يتعلق برؤيته، وهذا لا يصح في الأعمى.

والثاني: يجوز ويوكل من يصفه، فإن رضيه قبضه، وإن كرهه فسخ البيع (١).

دليلنا: قوله تعالى: " وأحل الله البيع " (٢) ولم يخص. وقوله: " واشهدوا إذا تباعتم " (٣) ولم يفرق.

وأیضا فإن جماعة من الصحابة كفوا ولم يقل أحد أنهم منعوا من البيع، ولو منعوا لنقل ذلك.

مسألة ٢٨٠، إذا نجش بأمر البائع ومواطاته، وهو أن يزيد في السلعة، ليقتهي به المشتري فيشتره، يصح البيع بلا خلاف، ولكن للمشتري الخيار. واختلف أصحاب الشافعي في ذلك، فقال أبو إسحاق المروزي مثل ما قلناه (٤).

(١) مختصر المزني ١: ٨٨، والمجموع ٩: ٣٠٢ - ٣٠٢ وشرح العناية على الهداية في هامش شرح فتح القدير ٥: ١٤٧.

(٢) البقرة: ٢٧٥.

(٣) البقرة: ٢٨٢.

(٤) فتح العزيز ٨: ٢٢٥، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٠١.

ومنهم من قال: لا خيار له، وهو قول ابن أبي هريرة وظاره قول الشافعي (١).
دليلنا: أن هذا تدليس، وعيب وجب أن يثبت الخيار مثل سائر العيوب.
وإن قلنا: أنه لا خيار له كان قويا، لأن العيب ما يكون بالمبيع، وهذا ليس
كذلك، وللبائع والمشتري حكم نفسه فيما يشتريه دون حكم غيره، فإذا اشترى
مضى شراؤه.

مسألة ٢٨١: لا يجوز أن يبيع حاضر لباد، سواء كان بالناس حاجة إلى
ما معهم، أو لم يكن لهم حاجة، فإن خالف أثم، وهو الظاهر من مذهب
الشافعي (٢).

وفي أصحابه من قال: إذا لم يكن بهم حاجة إلى ما معهم جاز أن يبيع
لهم (٣).

دليلنا: عموم الخبر في النهي عن ذلك من قوله عليه السلام: " لا يبيعن
حاضر لباد " (٤).

مسألة ٢٨٢: تلقي الركبان لا يجوز، فإن تلقى واشترى كان البائع بالخيار
إذا ورد السوق، إلا أن ذلك محدود بأربعة فراسخ، فإن زاد على ذلك كان
جلبا، ولم يكن به بأس.

وللشافعي فيه قولان، أحدهما: لا يجوز، ولم يحده (٥).

(١) الأم ٣: ٩١، والمجموع ١٣: ١٥، وفتح العزيز ٨: ٢٢٥، ومغني المحتاج ٢: ٣٧، والسراج الوهاج:
١٨٢، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٠١.

(٢) الأم ٣: ٩٢، والمجموع ١٣: ٢٠ و ٢٢، وفتح العزيز ٨: ٢١٨، ومغني المجازي ٢: ٣٦، والسراج
الوهاج:

١٨١، وفتح الباري ٤: ٣٧٢.

(٣) المجموع ١٣: ٢٠، وفتح العزيز ٨: ٢١٨، وفتح الباري ٤: ٣٧٢.

(٤) صحيح البخاري ٣: ٩٥، والكافي ٥: ١٧٧ حديث ١٥.

(٥) الأم ٣: ٩٣، والمجموع ١٣: ٢٣، وفتح العزيز ٨: ٢١٩، ومغني المحتاج ٢: ٣٦، والسراج الوهاج:
١٨٢، وفتح الباري ٤: ٣٧٤، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٠٥.

والثاني: ليس له الخيار (١).
دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٢).
وروى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وآله نهى عن تلقي الجلب، فإن
تلقى متلق فاشتراه، فصاحب السلعة بالخيار إذا ورد السوق (٣). وهذا نص.
مسألة ٢٨٣: يكره البيع والسلف في عقد واحد، وليس بمحظور ولا فاسد،
وهو أن يبيع دارا على أن يقرض المشتري ألف درهم، أو يقرضه البائع ألف
درهم، وليس ذلك بمحظور.
وقال الشافعي: ذلك حرام (٤).
دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٥). وأيضا الأصل الإباحة، والمنع يحتاج إلى
دليل.
وأیضا البيع صحيح بالانفراد، والقرض صحيح مثله، فمن ادعى أن الجمع
بينهما فاسد فعليه الدلالة.
مسألة ٢٨٤: من أقرض غيره مالا على أن يأخذه في بلد آخر، ويكتب له
به نسخة كان جائزا.
وقال الشافعي: إذا شرط ذلك كان حراما (٦).

-
- (١) الأم ٣: ٩٣، والمجموع ١٣: ٢٣، وفتح العزيز ٨: ٢١٩، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٠٥.
(٢) أنظر ذلك في الكافي ٥: ١٦٩ حديث ٤.
(٣) سنن أبي داود ٣: ٢٦٩ حديث ٣٤٣٧، وسنن الترمذي ٣: ٥٢٤ حديث ١٢٢١.
(٤) مختصر المزني: ٨٩، والمجموع ١٣: ١٧١، وبداية المجتهد ٢: ١٦٠، وفتح العزيز ٩: ٣٨٤،
والمغني لابن
قدامة ٤: ٣١٤.
(٥) الكافي ٥: ٢٠٥ حديث ٩ و ١٢، والتهذيب ٧: ٥٢ حديث ٢٢٦ و ٢٢٨.
(٦) المجموع ١٣: ١٧٠ و ١٧٢، والوجيز ١: ١٥٨، وفتح العزيز ٩: ٣٧٥، ومغني المحتاج ٢: ١٢٠،
والمغني
لابن قدامة ٤: ٣٩٠، والشرح الكبير ٤: ٣٩٢.

دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (١). وأيضا الأصل الإباحة، والمنع يحتاج إلى دليل.

مسألة ٢٨٥: يجوز أن يقرض غيره مالا ويرد عليه بدله خيرا منه من غير شرط، سواء كان ذلك عادة، أو لم يكن. وبه قال أكثر أصحاب الشافعي (٢). ومنهم من قال: إذا كان ذلك عادة لا يجوز (٣).
دليلنا: أن الأصل جوازه، والمنع يحتاج إلى دليل، وعليه إجماع الفرقة وأخبارهم (٤).

مسألة ٢٨٦: إذا شرط في القرض أن يرد عليه أكثر منه أو أجود منه فيما لا يصح فيه الربا، مثلا أن يقول أقرضتك ثوبا بثوبين كان حراما. وهو مذهب أكثر أصحاب الشافعي (٥).

وقال أبو علي في الإفصاح: يجوز ذلك كما يجوز في البيع (٦).
دليلنا: إجماع الفرقة، وأيضا قوله عليه السلام: " كل قرض جر منفعة فهو ربا " (٧).

-
- (١) الكافي ٥: ٢٥٥ - ٢٥٦ حديث ١ و ٢.
(٢) المجموع ١٣: ١٧٢ - ١٧٣، ومغني المحتاج ٢: ١١٩، والسراج الوهاج: ٢١١، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٩٢، والشرح الكبير ٤: ٣٩٢.
(٣) المجموع ١٣: ١٧٣، وفتح العزيز ٩: ٣٧٦ - ٣٧٧.
(٤) الكافي ٥: ٢٥٣ حديث ١ - ٦، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٨٠ حديث ٨١٥ - ٨١٦، والتهذيب ٦: ٢٠٠ حديث ٤٤٧ - ٤٥٠.
(٥) المجموع ١٣: ١٧٢، والوجيز ١: ١٥٨، وفتح العزيز ٩: ٣٧٣ - ٣٧٤، والسراج الوهاج: ٢١١، ومغني المحتاج ٢: ١١٩.
(٦) ذكره النووي في المجموع ١٣: ١٧٢، من دون نسبة.
(٧) السنن الكبرى ٥: ٣٥٠، والمطالب العالية ١: ٤١١ حديث ١٣٧٣، وتلخيص الحبير ٣: ٣٤ حديث ١٢٢٧، وسبل السلام ٣: ٨٧٢.

مسألة ٢٨٧: إذا لم يجد مال القرض بعينه، وجب عليه مثله. وعليه أكثر أصحاب الشافعي (١).

وفيه من قال: يجب عليه قيمته كالمثل (٢).

دليلنا: أنه إذا قضى مثله برئت ذمته، وإذا رد قيمته لم يدل دليل على براءتها.

وأيضاً فالذي أخذه عين مخصوصة، فمن نقل إلى قيمتها فعليه الدلالة.

مسألة ٢٨٨: كلما يضبط بالوصف أو يصح السلم فيه يجوز إقراضه من المكيل، والموزون، والمذروع، والحيوان وغيره. وبه قال الشافعي (٣).

وقال أبو حنيفة: لا يجوز القرض في الثياب، ولا في الحيوان، ولا يجوز إلا فيما له مثل من المكيل والموزون (٤).

دليلنا: عموم الأخبار في جواز القرض، والحث على فعله (٥)، والتخصيص يحتاج إلى دلالة، وأيضاً الأصل الإباحة، والحضر يحتاج إلى دليل.

مسألة ٢٨٩: يجوز استقراض الخبز. وبه قال الشافعي (٦).

وقال أبو حنيفة: لا يجوز (٧).

(١) المجموع ١٣: ١٧٤، وفتح العزيز ٩: ٣٤٥ - ٣٤٦.

(٢) المجموع ١٣: ١٧٤.

(٣) المجموع ١٣: ١٦٨، والوجيز ١: ١٥٨، وفتح العزيز ٩: ٣٥٨، ومغني المحتاج ٢: ١١٨، والسراج الوهاج:

٢١١، والمبسوط ١٤: ٣٢.

(٤) المبسوط ١٤: ٣١ - ٣٢، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٨٥.

(٥) انظرها في الكافي ٣: ٥٥٨ حديث ٣ وغيره. ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١١٦ حديث ٤٩٤، وثواب الأعمال: ١٦٦ حديث ١ - ٥.

(٦) المجموع ١٣: ١٧٥، وفتح العزيز ٩: ٣٦٥، والسراج الوهاج: ٢١١ والبحر الزخار ٤: ٣٩٣.

(٧) المبسوط ١٤: ٣١، والمجموع ١٣: ١٧٥، وفتح العزيز ٩: ٣٦٥، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٨٩، والشرح

الكبير ٤: ٣٨٩، والبحر الزخار ٤: ٣٩٣.

وقال أبو يوسف: يجوز وزنا (١).

وقال محمد يجوز عددا (٢).

دليلنا: عموم الأخبار في جواز القرض (٣)، ودلالة الأصل.

وأیضا هو إجماع، فإن الناس يستقرضون من عهد النبي صلى الله عليه وآله

إلى يومنا الخبز. من غير تناكر بينهم، فمن خالف خالف الإجماع.

مسألة ٢٩٠: ليس لأصحابنا نص في جواز إقراض الجوّاري، ولا أعرف لهم

فيه فتيا، والذي يقتضيه الأصول أنه على الإباحة، ويجوز ذلك سواء كان ذلك

من أجنبي أو من ذي رحم لها، ومتى أقرضها ملكها المستقرض بالقرض، ويجوز

له وطؤها إن لم تكن ذات رحم محرمة. وبه قال داود، ومحمد بن جرير

الطبري (٤).

وقال الشافعي: يجوز إقراضها من ذي رحمها، مثل أبيها أو أخيها أو عمها أو

خالها، لأنه لا يجوز لهم وطؤها، فأما الأجنبي ومن يجوز له وطؤها من القرابة

فلا يجوز قولاً واحداً (٥).

دليلنا: أن الأصل الإباحة، والحظر يحتاج إلى دليل.

وأیضا الأخبار التي رويت في جواز القرض والحث عليه عامة في جميع

الأشياء (٦)، إلا ما أخرجه الدليل.

وأیضا روي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: " الناس مسلطون على

(١) المبسوط ١٤ : ٣١.

(٢) المبسوط ١٤ : ٣١.

(٣) انظرها في الكافي ٣ : ٥٥٨ حديث ٣، ومن لا يحضره الفقيه ٣ : ١١٦ حديث ٤٩٤، وثواب الأعمال : ١٦٦

حديث ١ - ٥.

(٤) المجموع ١٣ : ١٦٩، والبحر الزخار ٤ : ٣٩٣.

(٥) المجموع ١٣ : ١٦٩، والوجيز ١ : ١٥٨، وفتح العزيز ٩ : ٣٦٣، والبحر الزخار ٤ : ٣٩٣.

(٦) تقدمت الإشارة إليها في هامش المسألتين السابقتين فلاحظ.

أموالهم " (١). وقال: " لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه " (٢).
 وقال الله تعالى: " أوفوا بالعقود " (٣) والقرض عقد بلا خلاف.
 مسألة ٢٩١: المستقرض يملك القرض بالقبض.
 واختلف أصحاب الشافعي في ذلك، فمنهم من قال مثل ما قلناه (٤). ومنهم
 من قال: يملك بالتصرف فيه (٥).
 دليلنا على أنه يملك بالقبض: أنه إذا قبض، جاز له التصرف فيه، فلو لم
 يملكه لم يجز له التصرف فيه.
 مسألة ٢٩٢: يجوز للمستقرض أن يرد مال القرض على المقرض بلا خلاف،
 وأما المقرض فعندنا أن له الرجوع فيه.
 ولأصحاب الشافعي فيه قولان، أحدهما: مثل ما قلناه (٦).
 ومنهم من قال: إن قلنا يملك بالقبض، فليس له الرجوع، وإن قلنا: يملك
 بالتصرف، فليس له الرجوع بعد التصرف (٧).
 دليلنا: أنه عين ماله، فكان له الرجوع فيه، لأن المنع يحتاج إلى دليل.
 مسألة ٢٩٣: من كان له على غيره دين من ثمن متاع حالا، أو أجرة، أو
 صداقا، فحط منه شيئا، أو حط جميعه، كان جائزا، وإن أجله لم يصر مؤجلا
 ويستحب له الوفاء به، سواء كان ذلك ثمنا، أو أجرة، أو صداقا، أو كان

-
- (١) السنن الكبرى ٦: ١٠٠، وسنن الدارقطني ٣: ٢٦ حديث ٩١.
 (٢) لم أرف على مصدر هذا الحديث في الوقت الحاضر سوى ما رواه مرسلا العلامة الحلي في التذكرة
 ١: ٤٨٩، وما رواه ابن أبي جمهور الأحسائي في عوالي اللآلي فلاحظ.
 (٣) المائدة: ١.
 (٤) المجموع ١٣: ١٦٦، والوجيز ١: ١٥٩، وفتح العزيز ٩: ٣٨٨، ومغني المحتاج ٢: ١٢٠، والسراج
 الوهاج: ٢١١
 (٥) الوجيز ١: ١٥٩، والمجموع ١٣: ١٦٦، ومغني المحتاج ٢: ١٢٠، وفتح العزيز ٩: ٣٨٨، والسراج
 الوهاج: ٢١١
 (٦) المجموع ١٣: ١٦٧، وفتح العزيز ٩: ٣٩٨، والسراج الوهاج: ٣١١، ومغني المحتاج ٢: ١٢٠.
 (٧) المجموع ١٣: ١٦٧، وفتح العزيز ٩: ٣٩٨، ومغني المحتاج ٢: ١٢٠.

قرضا، أو أرش جنائية، وإن اتفقا على الزيادة لم يصح ولم يثبت، وإن حط من الثمن شيئا أو حط جميعه كان ذلك إبراء ولا يلحق بالعقد، ويكون إبراء في الوقت الذي أبراه فيه. وبه قال الشافعي (١).

وقال أبو حنيفة: التأجيل يثبت في الثمن والأجرة والصداق، ويلحق بالعقد، وكذلك الزيادة. وأما الحط فينظر فيه، فإن كان لبعض الثمن لحق بالعقد، وإن كان لجميع الثمن لم يلحق بالعقد، وكان إبراء من الوقت الذي أبراه منه.

قال: وأما في الدين من جهة القرض أو أرش الجنائية فإنه لا يثبت فيهما التأجيل ولا الزيادة بحال (٢).

وقال مالك: يثبت التأجيل في الجميع من الثمن، والأجرة والصداق والقرض وأرش الجنائية، وقال في الزيادة مثل قول أبي حنيفة (٣). دليلنا: أنه إذا ثبت الحق بأحد الأسباب المتفق عليه، فالزيادة عليه، وإلحاقها به يحتاج إلى دلالة، والأصل عدمها.

مسألة ٢٩٤: لا يصح بيع الصبي وشراؤه، سواء أذن له فيه الولي أو لم يأذن. وبه قال الشافعي (٤).

وقال أبو حنيفة: إن كان بإذن الولي صح، وإن كان بغير إذنه وقف على إجازة الولي (٥).

دليلنا: إن البيع والشراء حكم شرعي، ولا يثبت إلا بشرع، وليس فيه ما يدل على أن بيع الصبي وشراؤه صحيحان.

-
- (١) المجموع ١٣: ١٦٥، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٨٤، والشرح الكبير ٤: ٣٨٧.
(٢) المجموع ١٣: ١٦٥، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٨٤، والشرح الكبير ٤: ٣٨٧.
(٣) المجموع ١٣: ١٦٥، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٨٤، والشرح الكبير ٤: ٣٨٧.
(٤) المجموع ٩: ١٥٨، والوجيز ١: ١٣٣، وفتح العزيز ٨: ١٠٦، وكفاية الأختيار ١: ١٤٧.
(٥) الفتاوى الهندية ٣: ١٥٤، وحاشية رد المختار ٥: ١٠٢، والمجموع ٩: ١٥٨، وفتح العزيز ٨: ١٠٦، وبدائع الصنائع ٥: ١٥٠.

وأيضاً قوله عليه السلام: رفع القلم عن ثلاثة: " عن المجنون حتى يفيق، وعن الصبي حتى يبلغ، وعن النائم حتى يستيقظ " (١).

مسألة ٢٩٥: الولي إذا كان فقيراً جاز له أن يأكل من مال اليتيم أقل الأمرين من كفايته، أو أجره مثله ولا يجب عليه القضاء. وللشافعي فيه وجهان، أحدهما: مثل ما قلناه. والثاني أن عليه القضاء (٢). دليلنا: قوله تعالى: " ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف " (٣) ولم يوجب القضاء.

مسألة ٢٩٦: لا يصح شراء العبد بغير إذن مولاه بثمن في ذمته. وبه قال أبو سعيد الإصطخري من أصحاب الشافعي (٤). وقال ابن أبي هريرة: يصح (٥).

دليلنا: قوله تعالى: " عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء " (٦) والبيع من جملة الأشياء، فوجب أن لا يكون قادراً عليه.

مسألة ٢٩٧: إذا أذن المولى للعبد في التجارة، فركبه دين، فإن كان أذن له في الاستدانة قضى مما في يده من المال، وإن لم يكن في يده مال كان على المولى القضاء عنه، وإن لم يكن أذن له في الاستدانة كان ذلك في ذمته، يطالب به

(١) اختلفت ألفاظ الحديث، وأسانيده كثيرة، والمعنى واحد، انظر ما روي في سنن أبي داود ٤: ١٤١ حديث ٤٤٠٣، وسنن ابن ماجه ١: ٦٥٨ حديث ٢٠٤١، ومسند أحمد بن حنبل ٦: ١٠٠، والخصال: ٩٣ حديث ٤٠، وتكملة المجموع ٢٠: ٢٩٠.

(٢) المجموع ١٣: ٣٥٧، والوجيز ١: ١٧٧، وفتح العزيز ١٠: ٢٩٣، والمغني لابن قدامة ٤: ٣١٩. (٣) النساء: ٦.

(٤) المجموع ١٤: ٣٩٦، وفتح العزيز ٩: ١٤٣.

(٥) المجموع ١٤: ٣٩٦، وفتح العزيز ٩: ١٤٢ - ١٤٣.

(٦) النحل: ٧٥.

إذا أعتق.
وقال الشافعي: متى أذن له في التجارة، فركبه دين، فإن كان في يده مال
قضى عنه، وإن لم يكن في يده مال يقضى منه كان في ذمته يتبع به إذا أعتق،
ولا يباع فيه (١).
وقال أبو حنيفة: يباع العبد فيه إذا طالبه الغرماء ببيعه (٢).
دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم وقد ذكرناها (٣).
وأيضاً فقد ثبت أن العبد لا يملك، فإذا أذن له في التجارة فركبه الدين
فلا يجوز أن يباع فيه، لأن ملك الغير، وإيجاب بيعه والقضاء به يحتاج إلى دلالة،
والشرع حال منه، والأصل براءة الذمة.
مسألة ٢٩٨: إذا أقر العبد على نفسه بجناية توجب القصاص عليه، أو
الحد، لا يقبل إقراره في حق المولى، ولا يقتص منه ما دام مملوكاً. وبه قال زفر،
والمزني، وداود، وابن جرير (٤).
وقال أبو حنيفة، ومالك، والشافعي: يقبل إقراره ويقتص منه (٥).
دليلنا: إجماع الفرقة، وأيضاً فإن إقراره على نفسه يتضمن إقراراً على الغير،
لأنه ملك الغير، فإذا أقر بما يوجب القصاص كان ذلك إقراراً بإتلاف مال
الغير، فيجب أن يكون باطلاً.
مسألة ٢٩٩: إذا أقر العبد بسرقة توجب القطع، لا يقبل إقراره.

-
- (١) المجموع ١٤: ٣٩٦، والوجيز ١: ١٥٢، وفتح العزيز ٩: ١٣٧ - ١٣٨.
(٢) الوجيز: ١٥٢.
(٣) التهذيب ٦: ٢٠٠ حديث ٤٤٥. وانظرها في الكافي ٥: ٣٠٣ حديث ٣، والاستبصار ٣: ١١ حديث
٣١.
(٤) فتح العزيز ١١: ٩٣.
(٥) الأم ٦: ٢١٧، والمجموع ٢٠: ٢٩٠، وفتح العزيز ١١: ٩٣، والسراج الوهاج: ٢٥٥، ومغني المحتاج
٢: ٢٣٩.

وقال الشافعي: يقبل إقراره قولاً واحداً، وتقطع يده (١).
دليلنا: ما قلناه في المسألة الأولى سواء.
مسألة ٣٠٠: إذا أقر العبد بمال وقد تلف المال، لا يقبل إقراره.
وقال الشافعي: إن كان تالفاً فيه وجهان، أحدهما: مثل ما قلناه، وهو
الصحيح عندهم. والثاني: يقبل إقراره (٢).
دليلنا: ما قلناه في المسألة الأولى سواء.
مسألة ٣٠١: إذا أقر العبد بمال في يده لغير سيده، لا يقبل إقراره.
وقال ابن سريج: فيه قولان (٣).
وفي أصحابه من قال: لا يقبل إقراره قولاً واحداً (٤).
دليلنا: ما قلناه في المسألة الأولى سواء.
مسألة ٣٠٢: يجوز بيع كلاب الصيد، ويجب على قاتلها قيمتها إذا كانت
معلمة، ولا يجوز بيع غير الكلب المعلم على حال.
وقال أبو حنيفة ومالك: يجوز بيع الكلاب مطلقاً، إلا أنه مكروه. فإن باعه
صح البيع ووجب الثمن، وإن أتلفه متلف لزمته قيمته (٥).

-
- (١) المجموع ٢٠: ٢٩٠، والوجيز ١: ١٩٥، وفتح العزيز ١١: ٩٢ - ٩٣، والسراج الوهاج: ٢٥٥،
ومغني المحتاج ٢: ٢٣٩.
(٢) المجموع ٢٠: ٢٩١، والوجيز ١: ١٩٥، وفتح العزيز ١١: ٩٣، ومغني المحتاج ٢: ٢٣٩.
(٣) فتح العزيز ١١: ٩٣.
(٤) مختصر المزني: ٨٩، المجموع ٢٠: ٢٩١، وفتح العزيز ١١: ٩٣.
(٥) تبين الحقائق ٤: ١٢٥ - ١٢٦، وشرح فتح القدير ٥: ٣٥٧، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح
فتح القدير ٥: ٣٥٧، والفتاوى الهندية ٣: ١١٤، وبداية المجتهد ٢: ١٢٦، والأم ١٣: ١١، والمجموع
٩: ٢٢٨، والوجيز ١: ١٣٣، وفتح العزيز ٨: ١١٣، وكفاية الأخيار ١: ١٤٨، ومغني المحتاج ٢: ١١،
والمغني لابن قدامة ٤: ٣٢٤، والشرح الكبير ٤: ١٥، والسراج الوهاج: ١٧٣، والبحر الزخار
٤: ٣٠٧، وبدائع الصنائع ٥: ١٤٢ - ١٤٣.

وقال الشافعي: لا يجوز بيع الكلاب معلمة كانت أو غير معلمة، ولا يجب على قاتلها القيمة (١).

دليلنا: إجماع الفرقة، فإنهم لا يختلفون فيه، ويدل على ذلك أيضا قوله تعالى: "وأحل الله البيع" (٢) وقوله: "إلا أن تكون تجارة عن تراض" (٣) ولم يفصل. وروى جابر أن النبي صلى الله عليه وآله نهى عن ثمن الكلب والسنور إلا كلب الصيد (٤). وهذا نص.

مسألة ٣٠٣: يجوز إجارة كلب الصيد.

واختلف أصحاب الشافعي، فمنهم من قال: لا يجوز إجارته مطلقا، وهو الصحيح عندهم (٥).

ومنهم من قال: يجوز إجارته، ذهب إليه أبو العباس بن القاص في التلخيص (٦).

دليلنا: إنا قد دللنا على جواز بيعه، وكل من قال بجواز بيعه قال بجواز إجارته.

(١) الأم ٣: ١١ - ١٢، والمجموع ٩: ٢٢٥ و ٢٢٨، والوجيز ١: ١٣٣، وفتح العزيز ٨: ١١٢ - ١١٣، وبداية

المجتهد ٢: ١٢٦، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٢٤، والشرح الكبير ٤: ١٥، وتبيين الحقائق ٤: ١٢٥، وشرح فتح القدير ٥: ٣٥٨، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٥: ٣٥٨، والبحر الزخار ٤: ٣٠٧، وبدائع الصنائع ٥: ١٤٢ - ١٤٣.

(٢) البقرة: ٢٧٥.

(٣) النساء: ٢٩.

(٤) سنن الدارقطني ٣: ٧٣ حديث ٢٧٦ و ٢٧٧، وسنن النسائي ٧: ٣٠٩، والدرية في تخريج أحاديث الهداية ٢: ١٦١ حديث ٨٠٧، والمصنف لعبد الرزاق ٤: ٢٨٠.

(٥) المجموع ٩: ٢٣١ و ١٥: ٣، والوجيز ١: ٢٣٠، وفتح العزيز ١٢: ٢٣٢، ومغني المحتاج ٢: ٣٣٥، والسراج

الوهاج: ٢٨٨، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٢٥.

(٦) لعدم وجود كتاب التلخيص في أيدينا انظر قوله في المجموع ٩: ٢٣١ و ١٥: ٣، والوجيز ١: ٢٣٠، وفتح

العزيز ١٢: ٢٣٢، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٢٥.

مسألة ٣٠٤: يجوز اقتناء الكلب لحفظ البيوت.
ولأصحاب الشافعي فيه قولان:
أحدهما: مثل ما قلناه. وهو الصحيح عند محصلهم (١).
ومنهم من قال لا يجوز، لأن السنة خصت كلب الصيد، والماشية،
والزرع (٢).
دليلنا: إجماع الفرقة، وأخبارهم (٣).
مسألة ٣٠٥: يجوز اقتناء الكلب لحفظ الماشية، أو الحرث، أو الصيد إن
احتاج إليه، وإن لم يكن له في الحال ماشية ولا حرث.
ولأصحاب الشافعي فيه قولان:
أحدهما: مثل ما قلناه (٤). والثاني: أنه لا يجوز (٥).
وقالوا في تربية الجرو - وهو فرخ الكلب - أيضا وجهان (٦).
دليلنا: ظواهر الأخبار (٧)، ولأن الأصل الإباحة، والمنع يحتاج إلى دليل.
مسألة ٣٠٦: القرد لا يجوز بيعه.
وقال الشافعي: يجوز بيعه (٨).

-
- (١) المجموع ٩: ٢٣٤، ومغني المحتاج ٢: ١١، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٢٦، والشرح الكبير ٤: ١٦.
(٢) الأم ٣: ١١، ومختصر المزني: ٩٠، والمجموع ٩: ٢٣٤، ومغني المحتاج ٢: ١١، وسبل السلام ٤:
١٣٩٩.
(٣) أنظر الكافي ٥: ١٢٦ حديث ٢ و ٥، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٠٥ حديث ٤٣٤ و ٤٣٥، والتهذيب
٦: ٣٥٦ حديث ١٠١٦ و ١٠١٧ و ٧: ١٣٥ حديث ٥٩٩ و ٩: ٨٠ حديث ٣٤٠ و ٣٤٢ و ٣٤٤.
(٤) مختصر المزني: ٩٠ والمجموع ٩: ٢٣٤، ومغني المحتاج ٢: ١١، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٢٦.
(٥) الأم ٣: ١١، والمجموع ٩: ٢٣٤، ومغني المحتاج ٢: ١١.
(٦) المجموع ٩: ٢٣٤، ومغني المحتاج ٢: ١١.
(٧) تقدمت الإشارة إلى عموم الأخبار في المسألة المتقدمة " ٣٠٤ " فلاحظ.
(٨) المجموع ٩: ٢٤٠، وفتح العزيز ٨: ١١٨، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٢٨، والشرح الكبير ٤: ١١.

دليلنا: إجماع الفرقة على أنه مسح نجس، وما كان كذلك لا يجوز بيعه بالاتفاق.

مسألة ٣٠٧: لا يجوز بيع الغراب الأبقع إجماعاً، والأسود عندنا مثل ذلك، سواء كانت كباراً أو صغاراً.

وقال الشافعي: الصغار منها على وجهين (٢).

دليلنا: إجماع الفرقة، وأخبارهم فإنها عامة (٢).

مسألة ٣٠٨: لا يجوز بيع شئ من المسوخ مثل القرد، والخنزير، والدب، والثعلب، والأرنب، والذئب، والفيل وغير ذلك مما سنيته.

وقال الشافعي: كلما ينتفع به يجوز بيعه مثل القرد، والفيل، وغير ذلك (٣).
دليلنا: إجماع الفرقة.

وأيضاً قوله عليه السلام: "إن الله تعالى إذا حرم شيئاً حرم ثمنه" (٤).

وهذه الأشياء محرمة اللحم بلا خلاف إلا الثعلب، فإن فيه خلافاً، وهذا نص.

مسألة ٣٠٩: الزيت النجس لا يمكن تطهيره بالغسل.

واختلف أصحاب الشافعي فيه:

فقال أبو إسحاق المروزي، وأبو العباس بن سريج: يمكن غسله وتنظيفه،

وهل يجوز بيعه؟ فيه وجهان، والصحيح عندهم أنه لا يجوز (٥).

(١) المجموع ٩: ١٨، وفيه التفصيل في حرمة أكله، وما حرم أكله حرم بيعه فلاحظ.

(٢) يستفاد ذلك مما رواه السيد المرتضى في رسالته المحكم والمتشابه: ٥٧، والشيخ الصدوق في الخصال:

٢٩٧ حديث ٦٦.

(٣) الأم ٣: ١١ - ١٢، والمجموع ٩: ٢٤٠، والوجيز ١: ١٣٤، وكفاية الأختار ١: ١٤٨، وفتح العزيز

٨: ١١٨، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٢٨، والشرح الكبير ٤: ١٠.

(٤) سنن الدارقطني ٣: ٧ حديث ٢٠.

(٥) المجموع ٩: ٢٣٧ - ٢٣٨، وفتح العزيز ٨: ١١٤، وبداية المجتهد ٢: ١٢٦.

وقال أبو علي ابن أبي هريرة في الإفصاح: من أصحابنا من قال: لا يصح غسله كالسمن (١).

دليلنا: إنا قد علمنا نجاسته بالاتفاق، وطريق تطهيره الشرع، وليس في الشرع ما يدل عليه.

مسألة ٣١٠: سرجين ما يؤكل لحمه يجوز بيعه.

وقال أبو حنيفة: يجوز بيع السراجين (٢).

وقال الشافعي: لا يجوز بيعها. ولم يفصلا (٣).

دليلنا: على جواز ذلك أنه طاهر عندنا، ومن منع منه فإنما منع لنجاسته، ويدل على ذلك بيع أهل الأمصار في جميع الأعصار لزروعهم وثمارهم، ولم نجد أحدا كره ذلك، ولا خلاف فيه، فوجب أن يكون جائزا.

وأما النجس منه، فلدلالة إجماع الفرقة.

وروي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: " إن الله تعالى إذا حرم شيئا حرم ثمنه " (٤). وهذا محرم بالإجماع، فوجب أن يكون بيعه محرما.

مسألة ٣١١: لا يجوز بيع الخمر. وبه قال الشافعي (٥).

(١) أشار إلى هذا القول النووي في مجموعته ٩: ٢٣٨ فلاحظ.

(٢) بدائع الصنائع ٥: ١٤٤، وشرح فتح القدير ٥: ٢٠٣ و ٣٥٧، والفتاوى الهندية ٣: ١١٦، وحاشية رد المحتار ٥: ٥٨، والمجموع ٩: ٢٣٠، والوجيز ١: ١٣٣، وفتح العزيز ٨: ١١٣، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٢٧، والشرح الكبير ٤: ١٦.

(٣) المجموع ٩: ٢٣٠، والوجيز ١: ١٣٣، وفتح العزيز ٨: ١١٣، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٢٧، والشرح الكبير ٤: ١٦.

(٤) سنن الدارقطني ٣: ٧ حديث ٢٠.

(٥) المجموع ٩: ٢٢٧، وفتح العزيز ٨: ١١٣، وكفاية الأخيار ١: ١٤٨، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٠٧،

وشرح

فتح القدير ٥: ٢١٣.

وقال أبو حنيفة: يجوز أن يوكل ذميا ببيعها وشرائها (١).
دليلنا: إجماع الفرقة.
وأيضاً روي عن عائشة أنها قالت: أن النبي صلى الله عليه وآله حرم
التجارة في الخمر (٢).
وروي عنه أنه قال: " إن الذي حرم شربها حرم بيعها " (٣).
وروي ابن عباس قال: إن رسول الله صلى الله عليه وآله أتاه جبريل
فقال: يا محمد إن الله لعن الخمر وعاصرها ومعتصرها وحاملها والمحمول إليه
وشاربها وبائعها ومبتاعها وساقها (٤).
وروي جابر أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وآله عام الفتح بمكة يقول:
" إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام " فقيل: يا رسول الله
أفرأيت شحوم الميتة فإنه يطلى بها السفن ويدهن بها الجلود ويستصبح بها
الناس؟ فقال: " لا، هو حرام " ثم قال: " قاتل الله اليهود، إن الله لما حرم
عليهم شحومها، جملوها (٥)، ثم باعوها فأكلوا ثمنها " (٦).

(١) شرح فتح القدير ٥: ٢١٣، وتبيين الحقائق ٤: ٥٦، والفتاوى الهندية ٣: ١١٥، وشرح العناية على
الهداية بهامش شرح فتح القدير ٥: ٢١٣، والمجموع ٩: ٢٢٧، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٠٧، والبحر
الزخار ٤: ٣٠٨ - ٣٠٩.

(٢) أنظر ما رواه مسلم في صحيحه ٣: ١٢٠٦ حديث ٧٠، والدارمي في سننه ٢: ٢٥٥، وابن ماجه في
سننه ٢: ١١٢٢ حديث ٣٣٨٢، والنسائي في سننه ٦: ٣٠٨، وأبو داود في سننه ٣: ٢٨٠ حديث ٣٤٩٠.
(٣) صحيح مسلم ٣: ١٢٠٦ ذيل الحديث ٦٨، والموطأ ٢: ٨٤٦ حديث ١٢، وسنن الدارمي ٢: ١١٥ و
٢٥٦، وسنن النسائي ٧: ٣٠٨.

(٤) مسند أحمد بن حنبل ١: ٣١٦، ورواه الترمذي في سننه ٣: ٥٨٩ حديث ١٢٩٥ عن أنس باختلاف
يسير في اللفظ.

(٥) جملة الشحم وأجملته: إذا أذبت واستخرجت دهنه. وجملة أفصح
من أجملت. قاله ابن الأثير في النهاية ١: ٢٩٨ مادة (جمل).

وفي بعض النسخ المعتمدة وكذا في بعض ألفاظ الأحاديث " حملوها " بدلا من " جملوها ".
(٦) صحيح مسلم ٣: ١٢٠٧ حديث ٧١، وسنن الترمذي ٢: ٥٩١ حديث ١٢٩٧، ورواه النسائي في سننه
٧: ٣٠٩، وأبو داود في سننه ٣: ٢٧٩ حديث ٣٤٨٦ باختلاف يسير في ألفاظه.

مسألة ٣١٢: يجوز بيع الزيت النجس لمن يستصبح به تحت السماء.
وقال أبو حنيفة: يجوز بيعه مطلقا (١).
وقال مالك والشافعي: لا يجوز بيعه بحال (٢).
دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٣)، وأيضا قوله تعالى: " وأحل الله البيع
وحرم الربا " (٤) وقوله: " إلا أن تكون تجارة عن تراض " (٥) وهذا بيع وتجارة.
وأیضا دلالة الأصل، والمنع يحتاج إلى دليل.
وروى أبو علي ابن أبي هريرة في الإفصاح أن النبي صلى الله عليه وآله أذن
في الاستصباح بالزيت النجس (٦)، وهذا يدل على جواز بيعه للاستصباح، وأن
لغيره لا يجوز إذا قلنا بدليل الخطاب.
مسألة ٣١٣: يجوز بيع لبن الآدميات، وبه قال الشافعي وأحمد (٧).
وقال أبو حنيفة ومالك: لا يجوز (٨).

-
- (١) شرح فتح القدير ٥: ٣٥٧، وحاشية رد المختار ٥: ٧٣، والفتاوى الهندية ٣: ١١٦، وأحكام القرآن
للحصاص ١: ١١٨، والمجموع ٩: ٢٣٨، وفتح العزيز ٨: ١١٦ - ١١٧، وبداية المجتهد ٢: ١٢٦.
(٢) المجموع ٢: ٥٩٩، و ٩: ٣٨ و ٩: ٢٣٨، والوجيز ١: ١٣٣، وفتح العزيز ٨: ١١٧، وأحكام القرآن
للحصاص ١: ١١٨، وبداية المجتهد ٢: ١٢٦.
(٣) التهذيب ٧: ١٢٩ حديث ٥٦٢ و ٥٦٣.
(٤) البقرة: ٢٧٥.
(٥) النساء: ٢٩.
(٦) أقول: لم يكن كتاب الإفصاح من الكتب المتوفرة بأيدينا، ولكن يدل على ذلك أيضا ما روي عن
أئمة الهدى عليهم أفضل التحية والسلام الجواز في بيعه، انظر قرب الإسناد: ٦٠، والكافي ٦: ٢٦١
حديث ١ و ٢، والتهذيب ٩: ٨٥ حديث ٣٦٠ و ٣٦٢.
(٧) المجموع ٩: ٢٥٤، وفتح العزيز ٨: ١٢١، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٣٠، والشرح الكبير ٤: ١٤،
وبدائع
الصنائع ٥: ١٤٥، وشرح فتح القدير ٥: ٢٠١، وتبيين الحقائق ٤: ٥٠، وبداية المجتهد ٢: ١٢٧.
(٨) بدائع الصنائع ٥: ١٤٥، وشرح فتح القدير ٥: ٢٠١، وحاشية رد المختار ٥: ٧١، والفتاوى الهندية
٣: ١١٦، وتبيين الحقائق ٤: ٥٠، والمجموع ٩: ٢٥٤، وفتح العزيز ٨: ١٢١، والمغني لابن قدامة
٤: ٣٣٠، والشرح الكبير ٤: ١٤.

دليلنا: الآية (١)، ودلالة الأصل، والمنع يحتاج إلى دليل.
مسألة ٣١٤: يجوز بيع لبن الأتن (٢).
وخالف جميع الفقهاء في ذلك.
دليلنا: إجماع الفرقة، وأيضا فقد ثبت عندنا أن لحم الحمار غير محرم، بل هو
مباح، وكل من قال بإباحته قال بجواز بيع لبنه.
مسألة ٣١٥: إذا اشترى كافرا عبدا مسلما، لا ينعقد الشراء، ولا يملكه
الكافر. وبه قال الشافعي في الإملاء (٣).
وقال في الأم: يصح الشراء ويملكه، ويجبر على بيعه (٤). وبه قال أبو حنيفة
وأصحابه (٥).
دليلنا: قوله تعالى: " ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا " (٦) وهذا
عام في جميع الأحكام.
مسألة ٣١٦: لا يجوز بيع رباع مكة وإجارتها، وبه قال أبو حنيفة ومالك (٧).
وقال الشافعي: يجوز (٨).

-
- (١) البقرة: ٢٧٥.
(٢) الأتان: الحمار الأثني خاصة. النهاية: ١: ٢١ مادة (أتن).
(٣) المجموع ٩: ٣٥٥، وفتح العزيز ٨: ١٠٨، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٣٢، والشرح الكبير ٤: ٤٧.
(٤) حكي في المجموع ٩: ٣٥٥، وفتح العزيز ٨: ١٠٧ عن الأم أيضا.
(٥) الفتاوى الهندية ٣: ١١٥، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٣٢، والشرح الكبير ٤: ٤٧، وفتح العزيز ٨:
١٠٨، والبحر الزخار ٤: ٣٠١.
(٦) النساء: ١٤١.
(٧) بدائع الصنائع ٥: ١٤٦، والفتاوى الهندية ٣: ١١٤، وأحكام القرآن للحصص ٣: ٢٢٩، والمغني
لابن قدامة ٤: ٣٣٠، والشرح الكبير ٤: ٢٢، والمجموع ٩: ٢٤٨.
(٨) المجموع ٩: ٢٤٨، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٣٠، والشرح الكبير ٤: ٢٣، وبدائع الصنائع.

دليلنا: قوله تعالى: " إن الذين كفروا ويصدون عن سبيل الله والمسجد الحرام الذي جعلناه للناس سواء العاكف فيه والباد " (١). والمسجد الحرام، اسم لجميع الحرم بدلالة قوله تعالى: " سبحان الذي أسرى بعبده ليلاً من المسجد الحرام إلى المسجد الأقصى " (٢)، وإنما أسرى به من بيت خديجة (٣)، وروي من شعب أبي طالب (٤)، فسماه مسجداً، فدل على ما قلناه.

وروي عن عبد الله بن عمر أنه قال: الحرم كله مسجد. ويدل على أن بيعها وإجارتها لا يجوز: ما رواه عبد الله بن عمرو بن العاص عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: " مكة حرام وحرام يبيع رباعها وحرام أجره بيوتها " (٥) وهذا نص. وروي عن علقمة بن نضلة الكندي (٦) أنه قال: كانت تدعى بيوت مكة على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وأبي بكر وعمر: السوائب لا تباع من احتاج سكن، ومن استغنى أسكن (٧).

(١) الحج: ٢٥.

(٢) الإسراء: ١.

(٣) رواه القطب الراوندي في الخرائج والجرائح: ١٥ (الطبعة الحجرية)، وحكاه عنه الشيخ المجلسي في البحار ١٨: ٣٧٨ حديث ٨٤ عنه. وحكى أيضاً في ص ٣٨٠ عن السدي والواقدي أنه كان في بيت خديجة.

(٤) رواه ابن سعد في طبقاته الكبرى ١: ٢١٤، والسيوطي في الدر المنثور ٤: ١٤٩.

(٥) سنن الدارقطني ٣: ٥٧ حديث ٢٢٣، والمستدرک علی الصحیحین ٢: ٥٣.

(٦) علقمة بن نضلة بن عبد الرحمن بن علقمة الكناني، ويقال: الكندي، سكن مكة، روى عثمان بن أبي سليمان عن علقمة بن نضلة قال: توفي رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وأبو بكر وعمر وما تدعى رباع مكة إلا السوائب من احتاج سكن ومن استغنى أسكن. وقال ابن مندة ذكر في الصحابة وهو من التابعين. قال ابن الأثير الجزري في أسد الغابة ٤: ١٣ - ١٥.

(٧) سنن الدارقطني ٣: ٥٨ حديث ٢٣٠، وسنن ابن ماجه ٢: ١٠٣٧ حديث ٣١٠٧، وأحكام القرآن للجصاص ٣: ٢٢٩.

وروي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: " منى مناخ من سبق " (١).
وعليه إجماع الفرقة وأخبارهم، وهي كثيرة أوردناها في الكتاب
الكبير (٢)، ولا أعرف خلافا بينهم في ذلك.
مسألة ٣١٧: إذا وكل مسلم كافرا في شراء عبد مسلم، لم يصح ذلك.
وللشافعي فيه قولان (٣).
دليلنا: قوله تعالى: " ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا " (٤).
وهذا عام في جميع الأحكام.
مسألة ٣١٨: إذا قال كافر لمسلم: أعتق عبدك عن كفارتي، فأعتقه، لم
يصح إذا كان مسلما، وإن كان كافرا يصح.
وقال الشافعي: يصح على كل حال، ويدخل في ملكه، ويخرج منه
باعتق (٥)، ولم يفصل.
دليلنا: أنا قد بينا أن الكافر لا يصح أن يملك المسلم، والعتق فرع على
الملك، فإذا لم يصح ملكه لم يصح عتقه.
وإذا كان كافرا جاز أن يملكه، فيصح عتقه، فينتقل إليه بالملك ثم ينعق.
مسألة ٣١٩: إذا استأجر كافر مسلما العمل في الذمة، صح بلا خلاف.
وإذا استأجره مدة من الزمان شهرا أو سنة ليعمل له عملا، صح أيضا عندنا.
واختلف أصحاب الشافعي، ففيهم من قال: فيه قولان كالشراء (٦).

(١) المستدرک علی الصحیحین ١: ٤٦٧.

(٢) لم نقف عليها في موارد مظانها في كتاب التهذيب، وانظر ما روي في قرب الإسناد: ٥٢ و ٦٥.

(٣) المجموع ٩: ٣٥٦، وفتح العزيز ٨: ١١٠.

(٤) النساء: ١٤١.

(٥) المجموع ٩: ٣٥٨، وفتح العزيز ٨: ١٠٨.

(٦) المجموع ٩: ٣٥٩، وفتح العزيز ٨: ١٠٨.

ومنهم من قال: لا يصح قولاً واحداً (١).
دليلنا: إن الأصل جواز ذلك، والمنع يحتاج إلى دليل.
مسألة ٣٢٠: إذا اشترى رجل من غيره عبداً فقبضه، ثم ظهر به عيب، فإنه يردّه بكل عيب يظهر فيه في مدة الثلاثة أيام من حين العقد.
وما يظهر بعد الثلاث فإنه لا يردّه منه إلا بثلاثة عيوب: الجنون، والجدام، والبرص فإنه يردّه بها إلى سنة، ولا يردّه بعد سنة بشيء من العيوب.
وقال الشافعي: لا يردّه بشيء من العيوب التي تحدث بعد القبض (٢).
دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٣).
وأيضاً فقد بينا فيما تقدم أن الخيار في الحيوان ثلاثة أيام شرط أو لم يشترط، وإذا ثبت ذلك فكل عيب يحدث في مدة الثلاثة للمشتري الخيار فيه.
وأيضاً روى الحسن البصري، عن عقبه بن عامر، أن النبي صلى الله عليه وآله قال: "عهدة الرقيق ثلاثة أيام" (٤).
مسألة ٣٢١: إذا رهن المبيع قبل قبضه من البائع صح رهنه.
ولأصحاب الشافعي فيه قولان:
أحدهما: مثل ما قلناه، وهو نص الشافعي في التلخيص (٥).
والآخر: لا يصح إلا بعد القبض (٦).
دليلنا: إنا قد بينا أنه يملك بالعقد، فإذا ثبت ذلك فلا مانع يمنع من إرهانه ما يملكه، ولا دليل عليه.

-
- (١) المجموع ٩: ٣٥٩.
(٢) الأم ٣: ٦٩، والمجموع ١٢: ١٢٧، وفتح العزيز ٨: ٣٣١.
(٣) انظرها في الكافي ٥: ١٧٠ حديث ٤ و ٦، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٢٦ حديث ٥٤٩، والتهذيب ٧: ٢٣ - ٢٤ حديث ٩٩ و ١٠٣.
(٤) سنن الدارمي ٢: ٢٥١، وسنن أبي داود ٣: ٢٨٤ حديث ٣٥٠٦، ومسند أحمد بن حنبل ٤: ١٥٢.
(٥) المجموع ١٣: ٢٠٥.
(٦) المجموع ١٣: ٢٠٥.

كتاب السلم

(١٩٣)

مسألة ١: يجوز السلم في المعدوم إذا كان مأمون الانقطاع في وقت المحل.
وبه قال مالك، والشافعي، وأحمد، وإسحاق (١).
وقال أبو حنيفة: لا يجوز، إلا أن يكون جنسه موجودا في حال العقد والمحل
وما بينهما (٢). وبه قال الثوري والأوزاعي (٣).
دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٤).
وروى عبد الله بن عباس قال: قدم رسول الله صلى الله عليه وآله بالمدينة
وهم يسلفون في التمر السنة والسنتين والثلاث، فقال النبي صلى الله عليه وآله:
" من سلف فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم " (٥).

-
- (١) المدونة الكبرى ٤: ٢٩، ومقدمات ابن رشد ٢: ٥١٣، وبداية المجتهد ٢: ٢٠٢، والمجموع ١٣: ٩٨ و
- ١٠٩، ومغني المحتاج ٢: ١٠٦، والوجيز ١: ١٥٥، وكفاية الأختيار ١: ١٦١، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٦١، والشرح الكبير ٤: ٣٦١، والمحلى ٩: ١١٤، وشرح فتح القدير ٥: ٣٣١ و ٣٣٥، وتبيين الحقائق ٤: ١١٣، وعمدة القاري ١٢: ٦٧، وبدائع الصنائع ٥: ٢١١.
- (٢) اللباب ١: ٢٦٠، وبدائع الصنائع ٥: ٢١١، وتبيين الحقائق ٤: ١١٣، والفتاوى الهندية ٣: ١٨٠، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٥: ٣٣١، والمبسوط ١٢: ١٢٤، والمجموع ٣: ٩٨ و ١٠٩، وبداية المجتهد ٢: ٢٠٢ والمحلى ٩: ١١٤، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٦١، والشرح الكبير ٤: ٣٦١.
- (٣) المحلى ٩: ١١٤، وبداية المجتهد ٢: ٢٠٢، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٦١، والشرح الكبير ٤: ٣٦١، وعمدة القاري ١٢: ٦٧، وشرح فتح القدير ٥: ٣٣١.
- (٤) أنظر الكافي ٥: ١٨٤، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٦٨، والتهذيب ٧: ٢٧، والاستبصار ٣: ٧٥.
- (٥) سنن الترمذي ٣: ٦٠٢، وروي في صحيح البخاري ٣: ١١١، وصحيح مسلم ٣: ١٢٢٧، وسنن أبي داود ٣: ٢٧٥ حديث ٣٤٦٣، وسنن النسائي ٧: ٢٩٠، وسنن ابن ماجه ٢: ٧٦٥ حديث ٢٢٨٠، وسنن الكبرى ٦: ٢٤ باختلاف يسير في ألفاظها.

وأقرهم على ما كانوا عليه من السلف في التمر سنتين، ونحن نعلم أن التمر ينقطع في خلال هذه المدة.

مسألة ٢: إذا أسلم في رطب إلى أجل، فلما حل الأجل لم يتمكن من مطالبته لغيبه المسلم إليه، أو لغيبته، أو هرب منه، أو توارى من سلطان، وما أشبه ذلك ثم قدر عليه وقد انقطع الرطب، كان المسلف بالخيار بين أن يفسخ العقد ويبين أن يصبر إلى العام القابل.

وللشافعي فيه قولان: أحدهما مثل ما قلناه، وهو الصحيح عندهم (١). والآخر: أن العقد يفسخ (٢).

دليلنا: أن هذا العقد كان ثابتا بلا خلاف، فمن حكم بانفساخه فعليه الدلالة.

مسألة ٣: السلم لا يكون إلا مؤجلا، ولا يصح أن يكون حالا، قصر الأجل أم طال. وبه قال أبو حنيفة (٣).

وقال الشافعي: يصح أن يكون حالا إذا اشترط ذلك، أو يطلق فيكون حالا (٤).

(١) الأم ٣: ١٣٧ - ١٣٨، ومختصر المزني: ٩٠، والمجموع ١٣: ١٥٨، والوجيز ١: ١٥٥، وكفاية الأخيار.

١: ١٦١، وبداية المجتهد ٢: ٢٠٣، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٦١، والشرح الكبير ٤: ٣٦١، وفتح العزيز ٩: ٢٤٥.

(٢) مختصر المزني ٩٠، والمجموع ١٣: ١٥٨، وكفاية الأخيار ١: ١٦١، وفتح العزيز ٩: ٢٤٥.

(٣) المبسوط ١٢: ١٢٥، واللباب ١: ٢٦١، والفتاوى الهندية ٣: ١٨٠، وبدائع الصنائع ٥: ٢١٢، وعمدة القاري ١٢: ٦٣، وشرح فتح القدير ٥: ٣٣٥، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٥٥، والشرح الكبير ٤: ٣٥٤، وبداية المجتهد ٢: ٢٠١، وفتح القدير ٩: ٢٢٦.

(٤) الأم ٣: ٩٧، والمجموع ١٣: ١٠٧ - ١٠٨ و ١٤٠، والوجيز ١: ١٥٤، وفتح العزيز ٩: ٢٢٦، وكفاية

الأخيار ١: ١٥٨، والسراج الوهاج: ٢٠٦، ومغني المحتاج ٢: ١٠٥، وبداية المجتهد ٢: ٢٠١، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٥٥، والشرح الكبير ٤: ٣٥٤، وبدائع الصنائع ٥: ٢١٢، وعمدة القاري ١٢: ٦٣، وشرح فتح القدير ٥: ٣٣٥.

ومنهم من قال: من شرطه أن يكون حالا، ويكون السلم في الموجود.
فأما إذا أسلم في المعدوم، فلا يجوز حالا ولا مؤجلا إلى حين لا يوجد فيه،
وإنما يجوز إلى حين يوجد فيه غالبا (١). وبه قال عطاء، وأبو ثور (٢)، وهو اختيار
أبو بكر بن المنذر (٣).

وعن مالك روايتان: إحداهما مثل ما قلناه، روى عنه ابن عبد الحكم (٤).
والأخرى: لا بد فيه من أيام يتغير فيه الأسواق، روى عنه ابن القاسم (٥).
وقال الأوزاعي: إن سميت أجلا ثلاثة أيام فهو بيع السلف، فجعل أقل
الأجل ثلاثة أيام (٦).

دليلنا: إجماع الفرقة، وأيضا فلا خلاف في صحة ما اعتبرناه، وما قاله
المخالف ليس عليه دليل.

وروى ابن عباس، عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: " من سلف
فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم، وأجل معلوم " (٧) وروي " إلى أجل
معلوم " والأمر يقتضي الوجوب.

(١) عمدة القاري ١٢ : ٦٧.

(٢) عمدة القاري ١٢ : ٦٧، والمجموع ١٣ : ١٤٠، وشرح فتح القدير ٥ : ٣٣٥.

(٣) شرح فتح القدير ٥ : ٣٣٥، والمجموع ١٣ : ١٤٠.

(٤) مقدمات ابن رشد ٢ : ٥١٧، وبداية المجتهد ٢ : ٢٠١ - ٢٠٢، وفتح العزيز ٩ : ٢٢٦.

(٥) مقدمات ابن رشد ٢ : ٥١٧، وبداية المجتهد ٢ : ٢٠١ - ٢٠٢، والشرح الصغير المطبوع بهامش بلغة
السالك ٢ : ٩٤.

(٦) المغني لابن قدامة ٤ : ٣٥٧، والشرح الكبير ٤ : ٣٥٥.

(٧) تقدمت الإشارة إلى مصادر الحديث في المسألة الأولى فلاحظ.

مسألة ٤: رأس المال إن كان معيناً في حال العقد، ونظر إليه، فإنه لا يكفي إلا بعد أن يذكر مقداره، سواء كان مكيلاً أو موزوناً أو مذروعاً، ولا يجوز جزافاً، وإن كان مما يباع كذلك مثل الجواهر، واللؤلؤ، فإنه يغني المشاهدة عن وصفه.

وللشافعي فيه قولان:

أحدهما مثل ما قلناه (١)، وهو اختيار أبي إسحاق المروزي في الشرح (٢). والثاني لا يصح (٣)، وهو اختيار المزني (٤)، وهو الصحيح عند سائر أصحابه.

وقال أبو حنيفة: إن كان رأس المال من جنس المكييل أو الموزون، لا بد من بيان مقداره، وضبطه بصفاته، ولا يجوز أن يكون جزافاً. وإن كان من جنس المذروع مثل الثياب، فلا يجب ذلك، ويكفي تعيينه ومشاهدته (٥).

وقال أصحاب مالك: لا نعرف لمالك نصاً (٦).

دليلنا: إن ما اعتبرناه لا خلاف أنه يصح معه السلم، ولا دليل على صحة ما قالوه، فوجب اعتبار ما قلناه.

-
- (١) المجموع ١٣: ١٤٤، وفتح العزيز ٩: ٢١٧، ومغني المحتاج ٢: ١٠٤، والسراج الوهاج: ٢٠٥.
(٢) فتح العزيز ٩: ٢١٨، والمجموع ١٣: ١٤٤.
(٣) الأم ٣: ١١٦، ومختصر المزني: ٩٠، والمجموع ١٣: ١٤٤، وفتح العزيز ٩: ٢١٨، وبداية المجتهد ٢: ٢٠٣، ومغني المحتاج ٢: ١٠٤، والسراج الوهاج: ٢٠٥.
(٤) مختصر المزني: ٩٠، والوجيز ١: ١٥٤، والمجموع ١٣: ١٤٥، ومغني المحتاج ٢: ١٠٤، والسراج الوهاج:
٢٠٥، وفتح العزيز ٩: ٢١٨.
(٥) المبسوط ١٢: ١٣١ و ١٣٣، واللباب ١: ٢٦١، والفتاوى الهندية ٣: ١٧٨، وشرح فتح القدير ٥: ٣٣٨، وتبيين الحقائق ٤: ١١٦، وبداية المجتهد ٢: ٢٠٣.
(٦) بداية المجتهد ٢: ٢٠٣.

مسألة ٥: كل حيوان يجوز بيعه يجوز السلم فيه، من الرقيق، والإبل، والبقر، والغنم، والحمير، والدواب، والبغال. وبه قال مالك، والشافعي، وأحمد، وإسحاق (١).
وقال أبو حنيفة: لا يجوز السلم في الحيوان (٢). وبه قال الثوري، والأوزاعي (٣).
دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم، وقد ذكرناها في الكتاب الكبير (٤).
وأيضاً قال الله تعالى: "وأحل الله البيع" (٥) وهذا بيع.
وروى عبد الله بن عمرو بن العاص أنه قال: أمرني رسول الله صلى الله عليه وآله أن أجهز جيشاً، وليس عندنا ظهر، فأمر النبي صلى الله عليه وآله أن يتناع البعير بالبعيرين وبالأبصرة إلى خروج المصدق (٦)، وهو نص.

(١) الأم ٣: ١١٨، ومختصر المزني: ٩١، والمجموع ١٣: ١١٤، والوجيز ١: ١٥٦، وفتح العزيز ٩: ٢٨٥

وبداية المجتهد ٢: ٢٠٠، ومقدمات ابن رشد ٢: ٥١٢، والسراج الوهاج: ٢٠٨، ومغني المحتاج ٢: ١١٠ - ١١١، والشرح الكبير ٤: ٣٣٩ - ٣٤٠، وشرح فتح القدير ٥: ٣٢٧، والمبسوط ١٢: ١٣١، والمحلى ٩: ١٠٧، وتبيين الحقائق ٤: ١١٢، والشرح الصغير في هامش أقرب المسالك ٢: ٩٦، وبلغة السالك ٢: ٩٦، جواهر الإكليل ٢: ٦٨.

(٢) المبسوط ١٢: ١٣١، واللباب ١: ٢٦٠، وشرح فتح القدير ٥: ٣٢٧، والفتاوى الهندية ٣: ١٨٠، وشرح

العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٥: ٣٢٨، وتبيين الحقائق ٤: ١١٢، والمحلى ٩: ١٠٧، وبداية المجتهد ٢: ٢٠٠، والمجموع ١٣: ١١٤، وفتح العزيز ٩: ٢٨٥، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٤٠، والشرح الكبير ٤: ٣٣٩، والوجيز ١: ١٥٦.

(٣) المجموع ١٣: ١١٤، وبداية المجتهد ٢: ٢٠٠، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٤٠، وشرح فتح القدير ٥: ٣٢٧

والشرح الكبير ٤: ٣٣٩.

(٤) انظرها في التهذيب ٧: ٤١ - ٤٢ حديث ١٧٣ و ١٧٩، والكافي ٥: ٢٢٠ حديث ١ و ٣ و ٦، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٦٦ حديث ٧٣٣، والاستبصار ٣: ٧٤ - ٧٥ حديث ٢٤٨ و ٢٤٩.

(٥) البقرة: ٢٧٥.

(٦) رواه الدارقطني في سننه ٣: ٦٩ - ٧٠، والبيهقي في سننه الكبرى ٥: ٢٨٧، وأبو داود في سننه ٣: ٢٥٠

حديث ٣٣٥٧ والمصنف لعبد الرزاق ٨: ٢٢، وتلخيص الحبير ٣: ٣٣ بمعناه وبألفاظ مختلفة فلاحظ.

وروي أن الحسن بن محمد بن علي بن أبي طالب (١) عليهم السلام باع (علي) جملاً له يدعى عصيفيرا بعشرين بغيراً إلى أجل (٢).
وروي نافع، أن عبد الله بن عمر اشترى راحلة بأربعة أبعرة (مضمونة عليه) يوفيهها صاحبها بالربذة (٣).
وروي القاسم بن محمد، أن عبد الله بن مسعود أسلم في وصائف أحدهم أبو زائدة مولاه (٤).
وروي عن عبد الله بن عمر أنه سئل عن السلم في الوصائف؟ فقال: لا بأس.

وروي عطاء عن عبد الله بن عباس أنه لم ير بذلك بأساً (٥).
وهذا يدل على إجماع الصحابة، لأنه لمن يرو عن أحد النكير في ذلك.
مسألة ٦: من شرط صحة السلم، قبض رأس المال قبل التفرق. وبه قال

(١) الحسن بن محمد بن علي بن أبي طالب الهاشمي، أبو محمد المدني، روى عن أبيه محمد بن الحنفية وابن عباس وجابر بن عبد الله وغيرهم وعنه عمرو بن دينار، وعاصم بن عمر بن قتادة، والزهري وأبان بن صالح وغيرهم، توفي في خلافة عمر بن عبد العزيز وليس له عقب، وقيل سنة (٩٩) وقيل: سنة مائة للهجرة.

تهذيب التهذيب ٢: ٣٢٠.

(٢) الموطأ ٢: ٦٥٢، والسنن الكبرى ٦: ٢٢، المصنف لعبد الرزاق ٨: ٢٢ حديث ١٤١٤٢، وتلخيص الحبير ٣: ٣٣، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٤١، الأم ٣: ١١٨.

(٣) صحيح البخاري ٣: ١٠٨ والموطأ ٢: ٦٥٢، والسنن الكبرى ٦: ٢٢، وتلخيص الحبير ٣: ٣٣، وترتيب

مسند الشافعي ٢: ١٦١ حديث ٥٥٦.

(٤) ذكره الشافعي في أمه ٣: ١٢١، وجاء في السنن الكبرى ٦: ٢٣ ما لفظه: عن المسعودي عن القاسم بن عبد الرحمن قال: أسلم لعبد الله بن مسعود في وصفاء أحدهم أبو زيادة أو أبو زائدة مولانا.

(٥) السنن الكبرى ٦: ٢٢، والأم ٣: ١٢١.

أبو حنيفة، والشافعي (١).
وقال مالك: إن تفرقا قبل القبض من غير أن يكون تأخير القبض شرطا،
كان جائزا، وإن لم يقبضه أبدا، وإن كانا شرطا تأخير القبض، فإن كان ذلك
اليوم واليومين جازا، وإن كان أكثر من ذلك لم يحز (٢).
دليلنا: أنا أجمعنا على أنه متى قبض الثمن صح العقد، ولم يدل دليل على
صحته قبل قبض الثمن، فوجب اعتبار ما قلناه.
مسألة ٧: لا يجوز أن يؤجل السلم إلى الحصاد، والدياس، والجذاذ،
والصرام (٣). وبه قال أبو حنيفة والشافعي (٤).
وقال مالك: ذلك جائز (٥).

-
- (١) الأم ٣: ٩٥، ومختصر المزني: ٩٠، والمجموع ١٣: ١٠٦ و ١٤٤، والوجيز ١: ١٥٤، وكفاية
الأخبار
- ١: ١٦٢، وفتح العزيز ٩: ٢٠٨ - ٢٠٩، والسراج الوهاج: ٢٠٥، ومغني المحتاج ٢: ١٠٢، والمبسوط
١٢: ١٤٤، واللباب ١: ٢٦٢، وشرح فتح القدير ٥: ٣٤٢، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح
فتح القدير ٥: ٣٤٢، والفتاوى الهندية ٣: ١٧٩، وحاشية رد المحتار ٥: ٢١٦، وتبيين الحقائق
٤: ١١٧، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٦٢، والشرح الكبير ٤: ٣٦٣، والمحلى ٩: ١١٠، وبداية المجتهد ٢:
٢٠١
- (٢) بداية المجتهد ٢: ٢٠١، والمحلى ٩: ١١٠، والمبسوط ١٢: ١٤٤، وفتح العزيز ٩: ٢٠٨ - ٢٠٩،
والمغني
- لابن قدامة ٤: ٣٦٢، والشرح الكبير ٤: ٣٦٣، ومقدمات ابن رشد ٢: ٢١٥، وجواهر الإكليل
٢: ٦٦، وبلغة السالك ٢: ٩٤، والشرح الصغير في هامش أقرب المسالك ٢: ٩٥.
- (٣) الصرام: الصرم: القطع.
- (٤) الأم ٣: ٩٦، ومختصر المزني: ٩٠، والوجيز ١: ١٥٥، والمجموع ٩: ٣٤٠ و ١٣: ١٣٦، وفتح
العزيز
- ٩: ٢٣١، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٥٦، والشرح الكبير ٤: ٣٥٨، وبداية المجتهد ٢: ٢٠١ - ٢٠٢،
والمبسوط ١٢: ١٢٥، واللباب ١: ٢٦١، وشرح فتح القدير ٥: ٣٣٨، وتبيين الحقائق ٤: ١١٥،
وكفاية الأخبار ١: ١٦١، وفتح الباري ٤: ٤٣٥.
- (٥) بداية المجتهد ٢: ٢٠١ - ٢٠٢، والوجيز ١: ١٥٥، وفتح العزيز ٩: ٢٣١، والمغني لابن قدامة ٤:
٣٥٦
- والشرح الكبير ٤: ٣٥٨، وفتح الباري ٤: ٤٣٥. والمجموع ٩: ٣٤٠، وجواهر الإكليل ٢: ٦٩، وأقرب
المسالك ٢: ٩٨، والشرح الصغير ٢: ٩٨.

دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (١).
وأیضا فإذا عين أجلا معلوما، فلا خلاف في صحة العقد، ولا دليل على صحته إذا ذكر ما قاله المخالف.
وروي عن عبد الله بن عباس أنه قال: لا تبايعوا إلى الحصاد ولا إلى الدياس، ولكن إلى شهر معلوم (٢) وهذا نص.
مسألة ٨: إذا جعل محله في يوم كذا، أو في شهر كذا، أو في سنة كذا، جاز، ولزمه بدخول الشهر واليوم والسنة. وبه قال ابن أبي هريرة من أصحاب الشافعي نسا (٣)، وباقي أصحابه لا يجوزونه (٤)، لأنه جعل اليوم ظرفا لحلوله، ولم يبين، فيصير تقديره يحل في ساعة من ساعاته، ووقت من أوقاته، وذلك لا يجوز.
دليلنا: أن هذا معلوم، وليس بمجهول، لأنه إذا كان اليوم معلوما، وأوله معلوما وهو طلوع الفجر، وجب بطلوعه، فصار الوقت والساعة معلومين. وكذلك إذا كان الشهر معلوما، وأوله معلوما، فليس ذلك بمجهول، فبطل قول المخالف.
مسألة ٩: إذا كان السلم مؤجلا، فلا بد من ذكر موضع التسليم، فإن كان في حمله مؤنة، فلا بد من ذكره أيضا.
وللشافعي في ذكر الموضع قولان:

-
- (١) الكافي ٥: ١٨٤ حديث ١، والتهذيب ٧: ٢٧ حديث ١١٦، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٦٧ حديث ٧٤٠.
(٢) رواه الشافعي في أمه ٣: ٩٦، وابن قدامة في المغني ٤: ٣٥٦، والشرح الكبير ٤: ٣٥٩.
(٣) المجموع ١٣: ١٣٦، والوجيز ١: ١٥٥، وفتح العزيز ٩: ٢٣٨.
(٤) مختصر المزني: ٩٠ - ٩١، ومغني المحتاج ٢: ١٠٦، والمجموع ١٣: ١٣٦، والوجيز ١: ١٥٥، وفتح العزيز ٩: ٢٣٨.

أحدهما: يجب ذكره (١)، وإليه ذهب أبو إسحاق في الشرح، قال: فإذا أخل به بطل السلم (٢).

والثاني: لا يجب ذكره (٣)، وإليه ذهب القاضي أبو حامد في جامعه، وقال: أولى القولين أنه يجب ذكره (٤)، وهكذا ذكر أبو علي في الإفصاح. وأما المؤنة إن كانت، وجب ذكرها، ذكره ابن القاص (٥).

وقال أبو الطيب الطبري: الصحيح أنه يجب ذكر الموضع والمؤنة (٦). دليلنا: طريقة الاحتياط، لأنه إذا ذكر الموضع والمؤنة صح السلم بلا خلاف، وإذا لم يذكرهما فلا دليل على صحته.

مسألة ١٠: يجوز السلم في الأثمان، مثل الدراهم والدنانير إذا كان رأس المال من غير جنسهما، مثل الثياب، والحيوان أو غيرهما. وبه قال الشافعي (٧). وقال أبو حنيفة: لا يجوز السلم في الأثمان (٨).

دليلنا: عموم الأخبار المتضمنة لذكر السلم، مثل قوله عليه السلام: " من

(١) المجموع ١٣: ١٤٣، والسراج الوهاج: ٢٠٦، وكفاية الأخيار ١: ١٦١، وفتح العزيز ٩: ٢٥٢، والمحلى

٩: ١١٠، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٦٨، والشرح الكبير ٤: ٣٦٩.

(٢) فتح العزيز ٩: ٢٥٣.

(٣) المجموع ١٣: ١٤٣، وفتح العزيز ٩: ٢٥٢، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٦٧، والشرح الكبير ٤: ٣٦٩.

(٤) فتح العزيز ٩: ٢٥٢.

(٥) المجموع ١٣: ١٤٣، وفتح العزيز ٩: ٢٥٢.

(٦) فتح العزيز ٩: ٢٥٢.

(٧) الأم ٣: ٩٨، وفتح العزيز ٩: ٣١٦ - ٣١٧، وعمدة القاري ١٢: ٦٢، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٦٧،

والشرح الكبير ٤: ٣٦٧، والبحر الزخار ٤: ٤٠٦.

(٨) المبسوط ١٢: ١٨٢، وعمدة القاري ١٢: ٦٢، وشرح فتح القدير ٥: ٣٢٥، وشرح العناية على الهداية

بهامش شرح فتح القدير ٥: ٣٢٥، وحاشية رد المحتار ٥: ٢٠٩، وتبيين الحقائق ٤: ١١١، وفتح العزيز

٩: ٣١٦، والفتاوى الهندية ٣: ١٨٠، والبحر الزخار ٤: ٤٠٦.

سلف فيلسف في كيل معلوم ووزن معلوم وأجل معلوم " (١) ولم يفرق، وهي على عمومها.

وقوله تعالى: " وأحل الله البيع " (٢) وهذا بيع. وأيضا دلالة الأصل.

مسألة ١١: إذا سلف دراهم في دراهم، أو في دنانير مطلقا، كان باطلا. وقال الشافعي: إذا أطلق كان حالا، فإن قبضه في المجلس وقبضه رأس المال جاز (٣). وهو اختيار أبي الطيب الطبري (٤).

وفي أصحابه من قال: لا يجوز (٥).

دليلنا: ما قدمناه من أن السلم لا يصح إلا مؤجلا (٦)، فإذا ثبت ذلك لا يصح في الدراهم مع الدنانير، والدراهم مع الدراهم، لأن الصرف لا يجوز فيه التأخير أصلا بالإجماع.

مسألة ١٢: لا يجوز السلم في اللحوم.

وقال الشافعي: يجوز في اختلافها إذا ذكر أوصافها (٧).

دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٨)، ولأن ذلك لا يمكن ضبطه بالصفة من

(١) تقدمت الإشارة إلى بعض مصادر الحديث في المسألة الأولى من هذا الكتاب فلاحظ.

(٢) البقرة: ٢٧٥.

(٣) المجموع ١٣: ١٠٦ - ١٠٧، وفتح العزيز ٩: ٢١٠ و ٢١٢، وعمدة القاري ١٢: ٦٢، والبحر الزخار ٤: ٤٠٦.

(٤) المجموع ١٣: ١٠٦.

(٥) عمدة القاري ١٢: ٦٢، وفتح العزيز ٩: ٢١٢.

(٦) تقدم في المسألة " ٣ " من هذا الكتاب فراجع.

(٧) الأم ٣: ١١٠ و ١٣٨، والسراج الوهاج: ٢٠٨، والوجيز ١: ١٥٧، ومختصر المزني: ٩١، والمجموع ١٣: ١١٣، وفتح العزيز ٩: ٢٩٧، وبداية المجتهد ٢: ٢٠٠، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٤٢، والشرح الكبير ٤: ٣٤٢.

(٨) الكافي ٥: ٢٢٢ حديث ١٢، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٦٧ حديث ٧٣٨، والتهديب ٧: ٤٥ حديث ١٩٣.

السمن والهزال، لأنه لا ينحصر، وذلك يؤدي إلى كونه مجهولا.
مسألة ١٣: الإقالة فسخ في حق المتعاقدين، سواء كان قبل القبض أو بعده، وفي حق غيرهما. وبه قال الشافعي (١).

وقال مالك: الإقالة بيع (٢).

وقال أبو حنيفة: في حق المتعاقدين فسخ، وفي حق غيرهما بيع (٣).
وفائده في وجوب الشفعة بالإقالة، فعند أبي حنيفة يجب الشفعة بالإقالة،
وعندنا وعند الشافعي لا تجب.

وقال أبو يوسف: الإقالة فسخ قبل القبض، وبيع بعده، إلا في العقار، فإن
الإقالة بيع فيها، سواء كان قبل القبض أو بعده (٤)، لأن بيع العقار جائز قبل
القبض وبعده عنده.

دليلنا: ما روى أبو صالح (٥) عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وآله أنه
قال: من أقال نادما في بيع أقاله الله نفسه يوم القيامة (٦).
وإقالة نفسه هي العفو والترك، فوجب أن يكون الإقالة في البيع هي
الترك والعفو.

وأیضا فلو كان الإقالة بيعا، لوجب أن يكون إلى المتبايعين نقصان الثمن

(١) الأم ٣: ٩٣ و ١٣٣، ومختصر المزني: ٩٢، والمجموع ١٣: ١٦٠.

(٢) المدونة الكبرى ٤: ٦٩ و ٧٦، والمجموع ١٣: ١٦٠.

(٣) اللباب ١: ٢٥٠، وشرح فتح القدير ٥: ٢٤٦، وبدائع الصنائع ٥: ٢١٥، والفتاوى الهندية ٣: ١٥٦،

وشرح العناية بهامش شرح فتح القدير ٥: ٢٤٦، والمجموع ١٣: ١٦٠، وتبيين الحقائق ٤: ١١٩.

(٤) بدائع الصنائع ٥: ٢١٥ و ٢١٨، وشرح فتح القدير ٥: ٢٤٧ و ٢٥٠، وشرح العناية على الهداية

٥: ٢٤٧، والمجموع ١٣: ١٦٠.

(٥) مشترك بين عدة، ولا يمكن التحديد منهما.

(٦) السنن الكبرى ٦: ٢٧، الإحسان بترتيب صحيح ابن حبان ٧: ٢٤٣ باختلاف يسير في اللفظ.

وزيادته، والتأجيل والتعجيل، فلما أجمعنا على أن الإقالة لا يصح فيها شيء من ذلك، دل على أنها ليست ببيع.

وأیضا لو كانت الإقالة بیعا لم یصح الإقالة فی السلم، لأن البیع فی السلم لا یجوز قبل القبض، فلما صحت الإقالة فیہ إجماعا، دل على أنها ليست ببيع. وأیضا فقد أجمعنا على أن رجلا لو اشترى عبدين، فمات أحدهما، ثم تقايلا، صحت الإقالة. فلو كانت بیعا وجب أن لا یصح، لأن بیع المیت مع الحي لا یصح.

مسألة ١٤: إذا أقاله بأكثر من الثمن، أو بأقل، أو بجنس غيره، كانت الإقالة فاسدة، والمبيع على ملك المشتري كما كان. وبه قال الشافعي (١). وقال أبو حنيفة: یصح الإقالة، ویبطل الشرط (٢).

دلیلنا: أن كل من قال بأن الإقالة فسخ على كل حال، قال بهذه المسألة، فالفرق بین الأمرین خارج عن الإجماع.

مسألة ١٥: تصح الإقالة فی بعض السلم، كما تصح فی جمیعہ. وبه قال الشافعي، وأبو حنيفة، وسفيان الثوري، وبه قال عطاء، وطاوس، وعمرو بن دينار، والحكم بن عيينة، وفي الصحاب عبد الله بن عباس، وقال: لا بأس به، وهو من المعروف، وهو اختيار أبي بكر بن المنذر (٣). وقال مالك، وربيعه، والليث بن سعد، وابن أبي ليلى: لا یجوز ذلك (٤).

-
- (١) المجموع ١٣: ١٦٠، والبحر الزخار ٤: ٤٠٩.
- (٢) شرح فتح القدير ٥: ٢٤٨ - ٢٤٩، والفتاوى الهندية ٣: ١٥٦، وشرح العناية بهامش شرح فتح القدير ٥: ٢٤٩.
- والمجموع ١٣: ١٦٠، والبحر الزخار ٤: ٤٠٩.
- (٣) مختصر المزني: ٩٢، والمجموع ١٣: ١٦٠، وشرح فتح القدير ٥: ٣٥٣، وبدائع الصنائع ٥: ٢١٥، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٧٢، والشرح الكبير ٤: ٢٧٢، وبداية المجتهد ٢: ٢٠٤.
- (٤) بداية المجتهد ٢: ٢٠٤، والمجموع ١٣: ١٦٠، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٧٢، والشرح الكبير ٤: ٣٧٢، والمدونة الكبرى ٤: ٧٨.

وكره أحمد بن حنبل ذلك (١)، وقال أبو بكر بن المنذر: هو قول ابن عمر،
والحسن البصري، وابن سيرين، والنخعي (٢).
دليلنا: ما روينا عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: " من
أقال نادما في بيع أقاله الله نفسه يوم القيامة " (٣) وهذا إقالة.
وروي عن ابن عباس أنه قال: لا بأس بذلك، وهو من المعروف (٤)،
ولا مخالف له.

مسألة ١٦: إذا أقاله جاز أن يأخذ مثل ما أعطاه من غير جنسه، مثل أن
يكون أعطاه دنانير، فيأخذ دراهم أو عرضا، فيأخذ دراهم وما أشبه ذلك. وبه
قال الشافعي (٥).

وقال أبو حنيفة: لا يجوز أن يأخذ بدله شيئا آخر استحسانا (٦).
دليلنا: قوله تعالى: " وأحل الله البيع " (٧) وقوله: " أوفوا بالعقود " (٨) وهذا
عام.

-
- (١) المغني لابن قدامة ٤: ٣٧٢، والشرح الكبير ٤: ٣٧٢.
(٢) المغني لابن قدامة ٤: ٣٧٢، والشرح الكبير ٤: ٣٧٢.
(٣) السنن الكبرى ٦: ٢٧، والإحسان بترتيب صحيح ابن حبان ٧: ٢٤٣ حديث ٥٠٠٧ باختلاف يسير
في اللفظ.
(٤) المغني لابن قدامة ٤: ٣٧٢، والشرح الكبير ٤: ٣٧٢، وقال الشافعي في أمه ٧: ١٠٨ (أن أبا حنيفة
كان يقول هو جائز، بلغنا عن عبد الله بن عباس أنه قال ذلك المعروف الحسن الجميل) وقال
الشافعي أيضا: (وقد سئل عن هذا ابن عباس فلم ير به بأسا وقال هذا المعروف الحسن الجميل).
(٥) الأم ٣: ١٣٢، والمجموع ١٣: ١٦١، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٧٣، والشرح الكبير ٤: ٣٧٣، وتبيين
الحقائق ٤: ١١٩.
(٦) شرح فتح القدير ٥: ٢٤٩ - ٢٥٠، وبدائع الصنائع ٥: ٢١٤، وتبيين الحقائق ٤: ١١٩، وشرح العناية
على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٥: ٢٤٩ - ٢٥٠، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٧٣، والشرح الكبير ٤:
٣٧٣.
(٧) البقرة: ٢٧٥.
(٨) المائدة: ١.

وقول النبي صلى الله عليه وآله: " إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم " (١). ولم يفرق، فهو على عمومته.
 مسألة ١٧: إذا أسلف في شيء، فلا يجوز أن يشرك فيه غيره، ولا أن يوليه بالشركة، وهو أن يقول له رجل: شاركني في نصفه بنصف الثمن.
 والتولية أن يقول: ولني جميعه بجميع الثمن، أو ولني نصفه بنصف الثمن، فلا يجوز. وبه قال أبو حنيفة والشافعي (٢).
 وقال مالك: يجوز ذلك (٣).
 دليلنا: أن جواز ذلك يحتاج إلى دليل.
 وروي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه نهى عن بيع ما لم يقبض (٤).
 وروى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وآله قال: من ابتاع طعاما فلا يبيعه حتى يستوفيه (٥).
 وروى أبو سعيد الخدري أن النبي صلى الله عليه وآله قال: " من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره " (٦).

-
- (١) ذكره ابن قدامة في الشرح الكبير ٤: ١٦٥، وقد ورد في أكثر كتب الحديث بلفظ آخر نصه: " إذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم ". انظر على سبيل المثال صحيح مسلم ٣: ١٢١١ حديث ٨١، والسنن الكبرى ٥: ٢٨٤، وغيرهما الكثير.
 (٢) الأم ٣: ٧٧ و ٩٣، والمجموع ١٣: ١٥٦، واللباب ١: ٢٦٣، وشرح فتح القدير ٥: ٣٤٥، وشرح العناية
 على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٥: ٣٤٥، وتبيين الحقائق ٤: ١١٨، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٤١ و ٣٧٠،
 والشرح الكبير ٤: ٣٧٠.
 (٣) المغني لابن قدامة ٤: ٢٤١ و ٣٧٠، والشرح الكبير ٤: ٣٧٠، والبحر الزخار ٤: ٤٠٠.
 (٤) سنن الترمذي ٣: ٥٨٦ حديث ١٢٩١، والسنن الكبرى ٥: ٣١٢، وسنن الدارقطني ٣: ٨ حديث ٢٥.
 (٥) صحيح البخاري ٣: ٩٠، وصحيح مسلم ٣: ١١٦٠ حديث ٣٢، وسنن أبي داود ٣: ٢٨١ حديث ٣٤٩٢، وسنن النسائي ٧: ٢٨٥، وسنن ابن ماجه ٢: ٧٤٩، والموطأ ٢: ٦٤٠ حديث ٢٢٢٦،
 ومسنند أحمد بن حنبل ٢: ٦٣ - ٦٤، والسنن الكبرى ٥: ٣١٢.
 (٦) سنن الدارقطني ٣: ٤٥ حديث ١٨٧، والسنن الكبرى ٦: ٣٠ وفيه من أسلف.

والتولية، والشركة يبيع قبل القبض، وصرف للمسلم فيه قبل قبضه، فوجب أن لا يصح لعموم الخبر.

مسألة ١٨: إذا قال المسلم للمسلم إليه: عجل لي حقي وأنا آخذ دون ما أستحقه، أو أدلي منه بطيبة من نفسه، كان جائزا.

وقال الشافعي: لا يجوز (١).

دليلنا: أن الصلح والتراضي بين المسلمين جائز، والمنع منه يحتاج إلى دليل.

مسألة ١٩: لا يجوز السلم في الجوز، والبيض إلا وزنا. وبه قال الشافعي (٢).

وقال أبو حنيفة: يجوز عددا (٣).

دليلنا: أن ذلك يختلف بالصغر والكبير، ويختلف ثمنه بذلك، فلا يضبط بالصفة، فوجب أن لا يصح السلف فيه لذلك.

فأما البطيخ فلا يجوز السلم فيه إجماعا.

مسألة ٢٠: لا يصح السلم في الرؤوس سواء كانت مشوية أو نيئة.

أما المشوية فلا خلاف فيها، مثل اللحم المطبوخ، فإنه لا خلاف أنه لا يجوز السلم فيه.

وأما النيئة فللشافعي فيه قولان:

(١) المجموع ١٣: ١٥٠.

(٢) الأم ٣: ١٢٧، مختصر المزني: ٩٢، والمجموع ١٣: ١٣٥، والوجيز ١: ١٥٥، وفتح العزيز ٩: ٢٦٠، وعمدة القاري ١٢: ٦٢، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٤١ و ٣٥٤، والشرح الكبير ٤: ٣٤١ و ٣٥٤، وعمدة القاري ١٢: ٦٢.

(٣) المبسوط ١٢: ١٣٦، واللباب ١: ٢٦٠، وعمدة القاري ١٢: ٦٢، وبدائع الصنائع ٥: ٢٠٨، وشرح فتح القدير ٥: ٣٢٦، والفتاوى الهندية ٣: ١٨٣، والمجموع ١٣: ١٣٥، وفتح العزيز ٩: ٢٦١، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٥٤، والشرح الكبير ٤: ٣٥٤.

أحدهما: يجوز (١). وبه قال مالك (٢).
والثاني لا يجوز (٣). وبه قال أبو حنيفة (٤).
دليلنا: أن ذلك يختلف، ولا يمكن ضبطه بالصفة، فيجب أن لا يجوز.
مسألة ٢١: اختلف روايات أصحابنا في السلم في الجلود، فروي أنه
لا بأس به إذا شاهد الغنم (٥)، وروي أنه لا يجوز (٦).
وقال الشافعي: لا يجوز (٧)، ولم يفصل.
دليلنا على جوازه: قوله تعالى: " وأحل الله البيع " (٨) ولم يفصل والأخبار
المروية في هذا المعنى مؤكدة له.
وأيضاً الأصل الجواز، ولا مانع في الشرع يمنع منه.
مسألة ٢٢: إذا أسلم مائة درهم في كر من طعام، وشرط خمسين نقداً
وخمسين ديناً له في ذمة المسلم إليه، صح السلم فيما نقده بحصته من المسلم فيه،

-
- (١) المجموع ١٣: ١٢١، والوجيز ١: ١٥٧، وكفاية الأحيار ١: ١٥٩، وفتح العزيز ٩: ٣٠٣، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٤١، والشرح الكبير ٤: ٣٤١ - ٣٤٢، والبحر الزخار ٤: ٤٠٥.
(٢) بداية المجتهد ٢: ٢٠٠، والمغني لابن قدامة ١٤: ٣٤١، والشرح الكبير ٤: ٣٤٢، والمجموع ١٣: ١٢١، وفتح العزيز ٩: ٣٠٣، والبحر الزخار ٤: ٤٠٥.
(٣) الأم ٣: ١١٢، والمجموع ١٣: ١٢١، والوجيز ١: ١٥٧، وفتح العزيز ٩: ٣٠٤، وكفاية الأحيار ١: ١٥٩، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٤٢، والبحر الزخار ٤: ٤٠٥.
(٤) المبسوط ١٢: ١٣١، وشرح فتح القدير ٥: ٣٣٠، وبدائع الصنائع ٥: ٢٠٩، والفتاوى الهندية ٣: ١٨٤، وتبيين الحقائق ٤: ١١٢، والمجموع ١٣: ١٢١، وفتح العزيز ٩: ٣٠٤، وبداية المجتهد ٢: ٢٠٠، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٤٢، والشرح الكبير ٤: ٣٤٢.
(٥) الكافي ٥: ٢٢١ حديث ١٠، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٦٥ حديث ٧٣٠، والتهذيب ٧: ٢٨ حديث ١٩ و ١٢٠.
(٦) الكافي ٥: ٢٩٣ حديث ٤، والتهذيب ٧: ٧٩ حديث ٣٤١.
(٧) الأم ٣: ١٢٣، ومختصر المزني: ٩٢، والمجموع ١٣: ١١٨، ومغني المحتاج ٢: ١١٤، والسراج الوهاج: ٢٠٩، وفتح العزيز ٩: ٣١٨، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٤٢، والشرح الكبير ٤: ٣٤٢.
(٨) البقرة: ٢٧٥.

ولا يصح في الدين. وبه قال أبو حنيفة (١).
وقال أصحاب الشافعي: لا يصح في الدين (٢)، كما قلناه. وهل يصح في
النقد؟ قولان بناء على تفريق الصفقة (٣).
دليلنا: قوله تعالى: " وأحل الله البيع " (٤)، وأيضا أجمعنا على فساد العقد في
الدين، ومن ادعى فساده في النقد فعليه الدلالة.
مسألة ٢٣: إذا أسلم في جنسين مختلفين، في حنطة وشعير صفقة واحدة، أو
أسلم في جنس واحد إلى أجلين، أو آجال، فإن السلم صحيح.
وهو الأظهر من قولي الشافعي (٥)، وله قول آخر أنه لا يصح (٦).
دليلنا: الآية (٧)، ودلالة الأصل، والمنع يحتاج إلى دليل.
مسألة ٢٤: إذا اختلفا في قدر المبيع، أو قدر الأجل، كان القول قول البائع
مع يمينه، وإن اختلفا في قدر الثمن، كان القول قول المشتري مع يمينه، إذا لم
يكن مع أحدهما بينة.
وقال الشافعي: يتحالفان في جميع ذلك (٨).

-
- (١) المبسوط ١٢: ١٤٢ - ١٤٣، وحاشية رد المحتار ٥: ٢١٨، وتبيين الحقائق ٤: ١١٨، والمجموع
١٣: ١٤٥، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٦٤، والشرح الكبير ٤: ٣٦٥.
(٢) المجموع ٩: ٤٠٣ و ١٣: ١٤٥، وكفاية الأختيار ١: ١٦٢، والبحر الزخار ٤: ٣٩٨، والمغني لابن
قدامة
٤: ٣٦٣ - ٣٦٤، والشرح الكبير ٤: ٣٦٣ - ٣٦٥.
(٣) المجموع ٩: ٣٨٧، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٦٣، والشرح الكبير ٣٦٣.
(٤) البقرة: ٢٧٥.
(٥) الأم ٣: ١٠١، والمجموع ١٣: ١٤٠ - ١٤١، وفتح العزيز ٩: ٢٤١، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٧٤.
(٦) المجموع ١٣: ١٤٠، والأم ٣: ١٠١، وفتح العزيز ٩: ٢٤٠، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٧٤.
(٧) البقرة ٢٧٥.
(٨) الأم ٣: ١٣٦، ومختصر المزني: ٨٦، ومغني المحتاج ٢: ٩٥، والوجيز ١: ١٥٢، وفتح العزيز ٩:
- ١٥٢
١٥٥، والسراج الوهاج: ٢٠٢، وبداية المجتهد ٢: ١٩٠، والشرح الكبير ٤: ٣٦٦، وحاشية إعانة
الطالبين ٣: ٤٤ - ٤٥.

دليلنا: أن كل واحد منهما مدعى عليه فيما أو جبا عليه فيمن اليمين، فيجب أن يكون صحيحا مع فقد البينة.

مسألة ٢٥: إذا خالف إنسان أهل السوق بزيادة سعر أو نقصانه، فلا اعتراض لأحد عليه. وبه قال الفقهاء أجمع، إلا مالكا فإنه قال: يقال له: إما أن تبيع بسعر أهل السوق وإما تنزل (١).

دليلنا: أن النبي صلى الله عليه وآله امتنع من التسعير (٢) بلا خلاف فيه، ولم يسئل عن السعر هل هو من الجماعة من أهل السوق، أو من بعضهم، بل أخبر أن ذلك من جهة الله تعالى.

وأیضا فإنه مالك، لا يجوز لأحد الاعتراض عليه إلا بدليل، ولا دلالة في الشرع على ذلك.

مسألة ٢٦: إذا أسلم في تمر، فأتاه بزبيب، أو أسلم في ثوب قطن، فأتاه بكتان وتراضيا به كان جائزا.

وقال الشافعي: لا يجوز (٣).

دليلنا: قوله عليه السلام: " الصلح جائز بين المسلمين إلا ما حرم حلالا، أو حلل حراما " (٤).

- (١) الموطأ ٢: ٦٥١، والمجموع ١٣: ٣٣ - ٣٤، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٠٣، والشرح الكبير ٤: ٥٠، ومختصر المزني: ٩٢.
- (٢) سنن الترمذي ٣: ٦٠٥ حديث ١٣١٤، وسنن أبي داود ٣: ٢٧٢ حديث ٣٤٥٠ - ٣٤٥١، وسنن الدارمي ٢: ٢٤٩، وسنن ابن ماجه ٢: ٧٤١ حديث ٢١٩٩ - ٢٢٠٠، ومسند أحمد بن حنبل ٣: ١٥٦.
- (٣) الأم ٣: ١٠٤ و ١٣٤، والمجموع ١٣: ١٤٨، وفتح العزيز ٩: ٣٢٦ - ٣٢٧، ومغني المحتاج ٢: ١١٥، والوجيز ١: ١٥٧، والسراج الوهاج: ٢٠٩ - ٢١٠.
- (٤) من لا يحضره الفقيه ٣: ٢٠ حديث ٥٢، والسنن الكبرى ٦: ٦٥.

وأيضاً الأصل جوازه، والمنع يحتاج إلى دليل.
 مسألة ٢٧: إذا أسلم في زبيب رازقي مثلاً، فأتاه بزبيب خراساني، أو أسلم في ماعز، فأتاه بضأن وتراضيا به، كان جائزاً. وللشافعي فيه وجهان:
 أحدهما: لا يجوز. وبه قال أبو إسحاق (١).
 والثاني: يجوز. وبه قال ابن أبي هريرة (٢).
 ومنهم من قال: في الزبيب خلاف هذا، وإنما هو في الإجماع على فعله وجهان، ويجوز التراضي وجهها واحداً (٣).
 دليلنا: قوله عليه السلام: "الصلح جائز بين المسلمين" (٤).
 مسألة ٢٨: من كان له عند غيره سلم لا يخلف عليه، ولا هو مما يحتاج إلى موضع كبير يحفظه فيه، فأتاه به قبل محله، لم يلزمه قبوله، ولا يجبر عليه. وقال الشافعي: يجبر عليه، وذلك مثل الحديد والرصاص وما أشبه ذلك (٥).
 دليلنا: أنه يجوز أن يكون له غرض في تأخيرها وأخذها في محله، وإن لم يظهر لنا ذلك، وكان إجباره على ذلك يحتاج إلى دليل، وعليه إجماع الفرقة، فإنها

(١) الأم ٣: ١٠٤، والمجموع ١٣: ١٤٦، والوجيز ١: ١٥٧، وفتح العزيز ٩: ٣٢٩، والسراج الوهاج: ٢٠٩ -

٢١٠، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٧٦.

(٢) المجموع ١٣: ١٤، والوجيز ١: ١٥٧، وفتح العزيز ٩: ٣٢٩، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٧٦.

(٣) المجموع ١٣: ١٤٩، والسراج الوهاج: ٢٠٩ - ٢١٠، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٧٥ - ٣٧٦.

(٤) الكافي ٥: ٢٥٩ حديث ٥، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ٢٠ حديث ٥٢، والتهذيب ٦: ٢٠٨ حديث ٤٧٩، وسنن

الدارقطني ٣: ٢٧ حديث ٩٦ و ٩٧، والسنن الكبرى ٦: ٦٥ وغير ذلك الكثير من المصادر.

(٥) الأم ٣: ١٣٧، ومختصر المزني: ٩٣، والمجموع ١٣: ١٤٦، و ١٤٩، وفتح العزيز ٩: ٣٣٤، ومغني المحتاج

٢: ١١٦، وكفاية الأختار ١: ١٦٢، وبداية المجتهد ٢: ٢٠٥.

منصوصة لهم (١).
 مسألة ٢٩: إذا شرط عليه مكان التسليم، وأعطاه في غيره، وبذل له أجرة الحمل، وتراضيا به كان جائزا.
 وقال الشافعي: لا يجوز أن يأخذ العوض عن ذلك (٢).
 دليلنا: أنه لا مانع منه، والأصل الإباحة.
 مسألة ٣٠: إذا أخذ المسلم السلم، وحدث عنده فيه عيب، ثم وجد به عيبا كان قبل القبض، لم يكن له رده، وكان له المطالبة بالأرش. وبه قال الشافعي (٣).
 وقال أبو حنيفة: ليس له الرجوع بالأرش (٤).
 دليلنا: أنه إذا ثبت أنه إنما يستحقه بريئا من العيب، فإذا أخذه معيبا كان له أرش عيبه، فأما الرد فليس له إجماعا.
 مسألة ٣١: إذا جاء المسلم إليه بالمسلم فيه أجود مما شرط من الصفة، وقال: خذ هذا، وأعطني بدل الجودة دراهم. لم يجز. وبه قال الشافعي (٥).
 وقال أبو حنيفة: يجوز (٦).
 دليلنا: أن الجودة صفة لا يمكن إفرادها بالبيع، ولا دليل على صحة ذلك.
 مسألة ٣٢: إذا أسلم جارية صغيرة في جارية كبيرة كان جائزا.

-
- (١) أنظر سنن الدارقطني ٤: ١٢٢ حديث ٣.
 (٢) المجموع ١٣: ١٥٠، والسراج الوهاج: ٢٠٩، ومغني المحتاج ٢: ١١٥، وحاشية إعانة الطالبين ٣: ١٩
 (٣) المجموع ١٣: ١٥٧، والوجيز ١: ١٤٤، وفتح العزيز ٨: ٣٥٠ - ٣٥١.
 (٤) اللباب ١: ٢٤٠، والفتاوى الهندية ٣: ٨٠ و ١٩٨، وشرح فتح القدير ٥: ١٥٩ - ١٦٠، والمجموع ١٣: ١٥٧ - ١٥٨.
 (٥) المجموع ١٣: ١٤ و ١٤٨.
 (٦) شرح فتح القدير ٥: ٣٥٣، والفتاوى الهندية ٣: ١٨٦، والشرح الكبير ٤: ٣٥١، والمبسوط ٢: ١٥٣، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٧٦.

وقال أبو إسحاق المروزي: لا يجوز (١).
وقال باقي أصحاب الشافعي: يجوز (٢)، مثل ما قلناه.
دليلنا: قوله تعالى: " وأحل الله البيع " (٣) ودلالة الأصل، والمنع يحتاج إلى دليل.

مسألة ٣٣: استصناع الخفاف، والنعال، والأواني من الخشب والصفير والرصاص والحديد، لا يجوز. وبه قال الشافعي (٤).
وقال أبو حنيفة: يجوز، لأن الناس قد اتفقوا على ذلك (٥).
دليلنا على بطلانه: أنا أجمعنا على أنه لا يجب تسليمها، وأنه بالخيار بين التسليم ورد الثمن، والمشتري لا يلزمه قبضه، فلو كان العقد صحيحا لما جاز ذلك، ولأن ذلك مجهول غير معلوم بالمعاينة، ولا موصوف بالصفة في الذمة، فيجب المنع منه.

مسألة ٣٤: يجوز أن يشتري قلعة (٦) بدراهم، على أن يجعلها مشتركة. وبه

-
- (١) فتح العزيز ٩: ٢٩٣، والمغني ٤: ٣٦٧، والشرح الكبير ٤: ٣٦٧، والمجموع ١٣: ١٦٩.
(٢) فتح العزيز ٩: ٢٩٤، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٦٧، والشرح الكبير ٤: ٣٦٧، والمجموع ١٣: ١٦٩.
(٣) البقرة: ٢٧٥.
(٤) الأم ٣: ١٣١، وشرح فتح القدير ٥: ٣٥٥.
(٥) شرح فتح القدير ٥: ٣٥٤ - ٣٥٥، وتبيين الحقائق ٤: ١٢٣، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٥: ٣٥٤، والفتاوى الهندية ٣: ٢٠٧، وحاشية رد المحتار ٥: ٢٢٤.
(٦) كذا في جميع النسخ المعتمدة، وتأتي في المسألة التالية أيضا، ولم أف على معنا مناسبة لهذه الكلمة في المسألتين المذكورتين في كتب اللغة، ولم ترد في كتب الفقه على اختلاف مذاهبها بهذا النحو. نعم وردت في كتاب المغني لابن قدامة ما لفظه: " في الرجل يشتري البغلة على أن يحذوها جائز إذا أراد الشراك ".
وذكر المسألة أيضا المرغيناني في الهداية وشرحها ابن الهمام في شرح فتح القدير ٥: ٢٢١ وقال: من اشترى نعلا على أن يحذوها البائع، والمراد اشترى أديما على أن يجعله البائع نعلا له... إلى آخر حديثه فتأمل.

قال أبو حنيفة (١).
وقال الشافعي: لا يجوز (٢).
دليلنا: إجماع الفرقة، وأخبارهم تدل عليه (٣).
وأيضاً فالأصل جوازه، والمنع يحتاج إلى دلالة.
وأيضاً فالناس يفعلون هذا من عهد النبي صلى الله عليه وآله إلى يومنا هذا، وما أنكر ذلك أحد عليهم.
مسألة ٣٥: إذا قال: اشتريت منك هذه القلعة، واستأجرت على أن تشاركها أو تحذوها كان جائزاً.
واختلف أصحاب الشافعي:
فمنهم من قال: فيه قولان، لأنه بيع في عقد إجارة (٤).
ومنهم من قال: لا يجوز قولاً واحداً، لأنه استأجره في العمل فيما لا يملك (٥).
دليلنا: أن البيع والإجارة جميعاً جائزان على الانفراد بلا خلاف، فمن منع الجمع بينهما وحكم بفساده فعليه الدلالة.
مسألة ٣٦: إذا أذن لمملوك غيره أن يشتري نفسه له من مولاه بكذا، فاشتره به لا يصح ذلك.
ولأصحاب الشافعي فيه وجهان: أحدهما: مثل ما قلناه. والثاني: أنه يجوز (٦).

-
- (١) المبسوط ١٣: ١٤، والفتاوى الهندية ٣: ١٣٣ وتبيين الحقائق ٤: ٥٧ و ٥٩، وشرح فتح القدير ٥: ٢١١، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٥: ٢٢١، والشرح الكبير ٤: ٨٥.
(٢) المجموع ١٣: ١٥٦ والشرح الكبير لابن قدامة ٤: ١٣٠، ومغني المحتاج ٢: ٣١، والسراج الوهاج: ١٨٠، وفتح العزيز ٨: ١٩٦.
(٣) أنظر التهذيب ٧: ١٨٥ - ١٨٧ حديث ٨١٧ و ٨٢٢ و ٨٢٤ و ٨٢٥.
(٤) المجموع ٩: ٣٨٩، وفتح القدير ٨: ١٩٠ و ١٩٥ و ٢٧٩ - ٢٨٠، ومغني المحتاج ٢: ٣١، والسراج الوهاج: ١٨٠.
(٥) المجموع ٩: ٣٨٩، وفتح العزيز ٨: ١٩٥ - ٢٧٩، ومغني المحتاج ٢: ٣١، والسراج الوهاج: ١٨٠.
(٦) المجموع ١٤: ١٢٢، وفتح العزيز ١١: ٧٢، ومغني المحتاج ٢: ١٢٨.

دليلنا: ما ثبت أن العبد لا يملك شيئاً، وليس له التصرف في نفسه، وإذا ثبت ذلك لم يجز أن يكون وكيلاً لغيره إلا إذا أذن له مولاه فيه. مسألة ٣٧: إذا اشترى العبد نفسه من مولاه لغيره، فصدقه ذلك الغير، أو لم يصدقه، لم يكن البيع صحيحاً. ولا يلزمه شيء. وقال الشافعي على قوله بصحة ذلك: إن صدقه لزمه الشراء، وإن كذبه حلفه وبرء، وكان الشراء للعبد فيملك نفسه وينعتق، ويكون الثمن في ذمته يتبعه السيد فيطالبه (١).

دليلنا: أنا قد بينا أن بيعه فاسد، وإذا كان كذلك فالتفريع عليه فاسد. مسألة ٣٨: إذا قال: اشتريت منك أحد هذين العبدین بكذا، أو أحد هؤلاء العبيد الثلاثة بكذا، لم يصح الشراء. وبه قال الشافعي (٢). وقال أبو حنيفة: إذا شرط فيه الخيار ثلاثة أيام جاز، لأن هذا غرر يسير، وأما في الأربعة فما زاد عليها فلا يجوز (٣). دليلنا: أن هذا بيع مجهول، فيجب أن لا يصح، ولأنه بيع غرر لاختلاف قيم العبيد، ولأنه لا دليل على صحة ذلك في الشرع. وقد ذكرنا هذه المسألة في البيوع، وقلنا: أن أصحابنا رَووا جواز ذلك في العبدین (٤)، فإن قلنا بذلك تبعنا فيه الرواية، ولم نقس غيرها عليها.

(١) المجموع ١٤: ١٢٢ و ١٢٣، والمغني لابن قدامة ٥: ٢٤٠، والشرح الكبير ٥: ٢١١ - ٢١٢. (٢) الوجيز ١: ١٣٤، وفتح العزيز ٨: ١٣٤، والمجموع ٩: ٢٨٨، وكفاية الأختار ١: ١٥٠، وإرشاد الساري

٦: ٣٥٨، وتبيين الحقائق ٤: ٢١.

(٣) المبسوط ١٣: ٥٥، وشرح فتح القدير ٥: ١٣٠، والمحلى ٨: ٤٣٠، والوجيز ١: ١٣٤، وفتح العزيز ٨: ١٣٤، والمجموع ٩: ٢٨٨، والشرح الكبير ٤: ٣٣، والفتاوى الهندية ٣: ٥٢ و ٥٤، وحاشية رد المحتار ٤: ٥٨٥ - ٥٨٦، وتبيين الحقائق ٤: ٢١.

(٤) أنظر المسألة " ٥٤ " من الكتاب المتقدم.

مسألة ١: يجوز الرهن في السفر والحضر. وبه قال جميع الفقهاء (١).
وقال مجاهد: لا يجوز إلا في السفر (٢). وحكي ذلك عن داود (٣).
دليلنا: إجماع الفرقة، وأخبارهم (٤).
وأيضاً روى أنس أن النبي صلى الله عليه وآله رهن درعا له بالمدينة عند
يهودي وأخذ منه شعيراً (٥)، وهذا نص.
مسألة ٢: يجوز أخذ الرهن في كل حق ثابت في الذمة. وبه قال جميع الفقهاء (٦).

(١) الأم ٣: ١٣٨، والمجموع ١٣: ١٧٧، والمبسوط ٢١: ٦٤، وأحكام القرآن للجصاص ١: ٥٢٣،
والفتاوى الهندية ٥: ٤٣٢، وفتح الباري ٥: ١٤٠، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٩٨، والشرح الكبير
٤: ٣٩٨، والإقناع ٢: ١٥٠، ونيل الأوطار ٥: ٣٥٢، وبداية المجتهد ٢: ٢٧١.
(٢) أحكام القرآن ١: ٥٢٣، وفتح الباري ٥: ١٤٠، والمجموع ١٣: ١٧٨، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٩٨،
والشرح الكبير ٤: ٣٩٨، والبحر الزخار ٥: ١١٠، والمحلى ٨: ٨٧، ونيل الأوطار ٥: ٣٥٢، وبداية
المجتهد ٢: ٢٧١.
(٣) المحلى ٨: ٨٧، وفتح الباري ٥: ١٤٠، والمجموع ١٣: ١٧٨، وبداية المجتهد ٢: ٢٧١، وعمدة
القاري
١٣: ٦٧ ونيل الأوطار: ٥: ٣٥٢، والبحر الزخار ٥: ١١٠.
(٤) انظرها في الكافي ٥: ٢٣٣ (باب الرهن) ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٦٥ - ١٦٨، والتهذيب ٧: ٤٢ و
٧: ١٦٨ (باب الرهن).
(٥) صحيح البخاري ٣: ٧٤، وسنن ابن ماجه ٢: ٨١٥ حديث ٢٤٣٧، وأحكام القرآن للجصاص
١: ٥٢٣، ورواه النسائي ٧: ٢٨٨ باختلاف يسير في اللفظ.
(٦) الأم ٣: ١٣٩، ومختصر المزني: ٩٣، والوجيز ١: ١٥٩ و ١٦١، والمجموع ١٣: ١٨٠، وكفاية
الأخبار
١: ١٦٢ - ١٦٣، وفتح الباري ٥: ١٤٠، وبداية المجتهد ٢: ٢٧١، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٩٩،
والشرح الكبير ٤: ٣٩٩، وسبل السلام ٣: ٨٦٩.

وحكي عن بعضهم - ولم يذكر اسمه لندوره - أنه قال: لا يجوز الرهن إلا في السلم (١).

دليلنا: إجماع الفرقة، بل إجماع المسلمين، لأن هذا الخلاف قد انقضى، ولأن النبي صلى الله عليه وآله رهن درعا عند يهودي في المدينة وأخذ شعيرا لأهله (٢).

وأیضا قوله تعالى: " يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل - إلى قوله - فرهان مقبوضة " (٣) وكان أول الآية عاما في جميع الأحوال، وكذلك آخرها. مسألة ٣: إذا قال إنسان لغيره: من رد عبدي فله دينار، لم يجز له أخذ الرهن عليه إلا بعد رد العبد. وبه قال ابن أبي ليلى، وابن أبي هريرة من أصحاب الشافعي في الإفصاح، واختاره أبو الطيب الطبري، وقال: وهو الصحيح عندي (٤).

وفي أصحابه من قال: يجوز ذلك، لأن يؤل إلى لزوم (٥). دليلنا: أنه لم يستحق قبل الرد شيئا، فلا يجوز له أخذ الرهن على ما لا يستحقه.

مسألة ٤: لا يجوز شرط الرهن، ولا عقده قبل الحق. وبه قال الشافعي (٦). وقال أبو حنيفة: يجوز عقده، وقال: إذا دفع إليه ثوبا وقال: رهنتك هذا الثوب على عشرة دراهم تقرضنيها، وسلم إليه، ثم أقرضه من الغد، جاز ولزم (٧).

(١) المجموع ١٣: ١٨٠، وبداية المجتهد ٢: ٢٦٩ و ٢٧١.

(٢) تقدم في المسألة السابقة الإشارة إلى الحديث فلاحظ.

(٣) البقرة: ٢٨٢ - ٢٨٣.

(٤) المجموع ١٣: ١٨١، والوجيز ١: ١٦١، وفتح العزيز ١٠: ٣٤.

(٥) المجموع ١٣: ١٨١، والوجيز ١: ١٦١، وفتح العزيز ١٠: ٣٤، ومغني المحتاج ٢: ١٢٧.

(٦) الأم ٣: ١٣٩، ومختصر المزني: ٩٣، والمجموع ١٣: ١٨٢، والسراج الوهاج: ٢١٢، وكفاية الأخيار ١: ١٦٣، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٩٩، والشرح الكبير ٤: ٣٩٩، وفتح العزيز ١٠: ٤٢، والبحر الزخار ٥: ١٢٠.

(٧) الفتاوى الهندية ٥: ٤٣٤، وتبيين الحقائق ٦: ٧٧، وحاشية رد المحتار ٦: ٤٩٧، والمجموع ١٣: ١٨٢.

والمغني لابن قدامة ٤: ٣٩٩، والشرح الكبير ٤: ٣٩٩، وفتح العزيز ١: ٤٣، والبحر الزخار ٥: ١٢٠.

دليلنا أن ما اعتبرناه مجمع على جوازه، وما ذكروه ليس على جوازه دليل.
مسألة ٥: يلزم الرهن بالإيجاب والقبول. وبه قال أبو ثور، ومالك (١).
وقال أبو حنيفة، والشافعي: عقد الرهن ليس بلازم، ولا يجبر الراهن على
تسليم الرهن، فإن سلم باختياره، لزم بالتسليم (٢).
دليلنا: قوله تعالى: "أوفوا بالعقود" (٣) وهذا عقد مأمور به، والأمر يقتضي
الوجوب.

وقوله تعالى: "فرهان مقبوضة" (٤) لا يدل على أن قبل القبض لا يلزم، لأن
ذلك دليل الخطاب، وقد تركناه أيضا بالآية الأولى.

مسألة ٦: إذا عقد الرهن وهو جائز التصرف، ثم جن الراهن، أو أغمي
عليه، أو مات، لم يبطل الرهن. وبه قال أكثر أصحاب الشافعي (٥).

وقال أبو إسحاق المروزي في الشرح: يبطل الرهن (٦).
دليلنا: أن الرهن قد ثبت صحته، وإبطاله يحتاج إلى شرع، وليس في الشرع

(١) بداية المجتهد ٢: ٢٧٠ - ٢٧١، وأسهل المدارك في شرح إرشاد السالك ٢: ٣٦٨، والشرح الصغير
المطبوع بهامش بلغة السالك ٢: ١١٢، والمجموع ١٣: ١٨٥، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٠٠، والشرح
الكبير ٤: ٤٢٠.

(٢) اللباب ٢: ٤، وتبيين الحقائق ٦: ٦٣، والمبسوط ٢١: ٦٨، وشرح فتح القدير ٨: ١٩٣، وشرح العناية
على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٨: ١٩٣، والمجموع ١٣: ١٨٥، وكفاية الأختار ١: ١٦٣، وفتح
العزیز ١٠: ٦٦، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٩٩، والشرح الكبير ٤: ٤٢٠، وأسهل المدارك ٢: ٣٦٨،
وحاشية إعانة الطالبين ٣: ٥٨.

(٣) المائدة: ١.

(٤) البقرة: ٢٨٣.

(٥) المجموع ١٣: ١٩٢، والوجيز ١: ١٦٣، ومغني المحتاج ٢: ١٢٩، والسراج الوهاج: ٢١٥، وفتح
العزیز

١٠: ٧٦ و ٧٨، وحاشية إعانة الطالبين ٣: ٥٨.

(٦) المجموع ١٣: ١٩٢، وفتح العزیز ١٠: ٧٦ و ٧٨، والبحر الزخار ٥: ١١٣.

ما يدل عليه.

مسألة ٧: رهن المشاع جائز. وبه قال الشافعي، ومالك، والأوزاعي، وابن أبي ليلى، وعثمان البتي (١)، وعبيد الله بن الحسن العنبري، وسوار (٢)، وداود (٣). وقال أبو حنيفة: رهن المشاع غير جائز (٤).
دليلنا: قوله تعالى: " فرهان مقبوضة " (٥)، ولم يفصل، وأيضا الأخبار على عمومها.

- (١) عثمان بن مسلم بن جرموز وقيل: هرمز البتي، أبو عمرو البصري، روى عن أنس والشعبي وعبد الحميد بن سلمة، وعنه شعبة والثوري وحماد بن سلمة وغيرهم. كان صاحب رأي وفقه، مات سنة ١٤٣ هـ. تهذيب التهذيب ٧: ١٥٣، والأنساب للسمعاني: ٦٦ / أ.
- (٢) سوار بن عبد الله بن قدامة بن عنزة بن نقب بن عمرو بن الحارث العنبري البصري. قال ابن حبان: كان فقيها، وولاه أبو جعفر القضاء بالبصرة سنة ١٣٨ هـ وبقي على القضاء إلى أن مات وهو أمير البصرة وقاضيها سنة ١٥٦ هـ، تهذيب التهذيب ٤: ٢٦٩.
- (٣) مختصر المزني ٩٣، والأم ٣: ١٩٣، والمجموع ١٣: ١٩٨، والوجيز ١: ١٥٩، وكفاية الأخيار ١: ١٦٤، ومغني المحتاج ٢: ١٢٢، والسراج الوهاج: ٢١٢، وبداية المجتهد ٢: ٢٦٩، وبلغة السالك ٢: ١٠، وأسهل المدارك: ٣٧١، والمدونة الكبرى ٥: ٢٩٦ و ٢٩٩، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٠٧، والشرح الكبير ٤: ٤٠٥، والإقناع ٢: ١٥٢، والمحلى ٨: ٨٨، والمبسوط ٢١: ٦٩، وأحكام القرآن للجصاص ١: ٥٢٤، وتبيين الحقائق ٦: ٦٨، وشرح فتح القدير ٨: ٢٠٤، وبدائع الصنائع ٦: ١٣٨، والبحر الزخار ٥: ١١٥.
- (٤) اللباب ٢: ٥. والمبسوط ٢١: ٦٩، وأحكام القرآن للجصاص ١: ٥٢٤، وبدائع الصنائع ٦: ١٣٨، وشرح فتح القدير ٨: ٢٠٣، وتبيين الحقائق ٦: ٦٨، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٦: ٦٨، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٨: ٢٠٣، وحاشية رد المحتار ٦: ٤٨٩، والمحلى ٨: ٨٨، وبداية المجتهد ٢: ٢٦٩، وبلغة السالك ٢: ١١٠، وأسهل المدارك ٢: ٣٧١، والمجموع ١٣: ١٩٨، و ٢٠٣، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٠٧، والشرح الكبير ٤: ٤٠٥، والبحر الزخار ٥: ١١٥.
- (٥) البقرة: ٢٨٣.

وأيضاً على المسألة إجماع الفرقة، وأخبارهم (١) تدل عليها.
مسألة ٨: استدامة القبض ليس بشرط في الرهن. وبه قال الشافعي (٢).
وقال أبو حنيفة: ذلك شرط (٣).

دليلنا: قوله تعالى " فرهان مقبوضة " (٤)، فشرط القبض ولم يشترط الاستدامة.

وأيضاً فإننا قد بينا أن بنفس العقد يثبت الرهن، فهذا الفرع يسقط عنا.
وأيضاً روي عنه عليه السلام أنه قال: " الرهن محلوب ومركوب " (٥).
فلا يخلو من أن يكون ركوبها للراهن أو للمرتهن، وقد أجمعنا على أنه لا يحل للمرتهن ذلك، فدل على أنه مركوب للراهن، وذلك يدل على أن استدامة القبض ليس بشرط، وأخبار الفرقة دالة على ذلك (٦).

مسألة ٩: إذا مات الراهن لا يفسخ الرهن. وإليه ذهب أكثر أصحاب الشافعي (٧).

-
- (١) أنظر الكافي ٥: ٢٣٣ (باب الرهن)، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٩٥ (باب ٩٥)، والتهذيب ٧: ١٦٧ (باب ١٥)
- (٢) المجموع ١٣: ١٩٢، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٠٢، والشرح الكبير ٤: ٤٢١، وبداية المجتهد ٢: ٢٧١
- وبدائع الصنائع ٦: ١٤٢، والبحر الزخار ٥: ١١٢.
- (٣) بدائع الصنائع ٦: ١٤٢، وتبيين الحقائق ٦: ٦٧، والمجموع ١٣: ١٩٢، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٠٢، والشرح الكبير ٤: ٤٢٠، والبحر الزخار ٥: ١١٢.
- (٤) البقرة: ٢٨٣.
- (٥) سنن الدارقطني ٣: ٣٤ حديث ١٣٦، والمصنف لعبد الرزاق ٨: ٢٤٥، حديث ١٥٠٧٠، والسنن الكبرى ٦: ٣٨.
- (٦) يستفاد من عموم الأخبار الواردة في باب الرهن من كتاب الكافي ٥: ٢٣٣، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٩٥، والتهذيب ٧: ١٦٨، والاستبصار ٣: ١١٨.
- (٧) المجموع ١٣: ١٩٢، والوجيز ١: ١٦٣، وفتح العزيز ١٠: ٧٦، ومغني المحتاج ٢: ١٢٩، والسراج الوهاج: ٢٢٥، وحاشية إعانة الطالبين ٣: ٥٨، والبحر الزخار ٥: ١١٢ - ١١٣.

وقال أبو إسحاق: يفسخ مثل الوكالة (١).
دليلنا: أن الرهن كان صحيحا. ولا دلالة على أن الموت يبطئه، فمن ادعاه
فعليه الدلالة.

مسألة ١٠: إذا غلب على عقل المرتهن، فولى الحاكم عليه رجلا، لزم
الراهن تسليم الرهن إليه، ولا يفسخ الرهن.
وقال الشافعي: يكون الراهن بالخيار (٢).

دليلنا: أنا قد بينا أن الرهن يجب إقباضه بالإيجاب والقبول، فمن قال
بذلك قال بما قلناه.

مسألة ١١: إذا أذن الراهن للمرتهن في قبض الرهن، ثم رجع عن الإذن
ومنعه، لم يكن له ذلك.
وقال الشافعي: له ذلك (٣).

دليلنا: ما ذكرناه في المسألة الأولى، لأن هذا فرع عليها.

مسألة ١٢: إذا أذن له في قبض الرهن، ثم جن، أو أغمي عليه، جاز
للمرتهن قبضه.

وقال الشافعي: ليس له ذلك (٤).

دليلنا: أنه قد ثبت أن إذنه صحيح قبل جنونه وإغمائه، فمن أبطله فيما بعد
فعليه الدلالة.

مسألة ١٣: إذا رهنه وديعة عنده في يده، وأذن له في قبضه، ثم جن، فقد

(١) المجموع ١٣: ١٩٢، وفتح العزيز ١٠: ٧٦، والبحر الزخار ٥: ١١٣.
(٢) الأم ٣: ١٤٠، ومختصر المزني: ٩٣، وفتح العزيز ١٠: ٧٨، وبداية المجتهد ٢: ٢٧٠ - ٢٧١.
(٣) الأم ٣: ١٣٩، والمجموع ١٣: ١٩١، والوجيز ١: ١٦٠، وكفاية الأخيار ١: ١٦٣، وفتح العزيز ١٠:
٧٥،
والسراج الوهاج: ٢١٥، ومغني المحتاج ٢: ١٢٩.
(٤) الأم ٣: ١٣٩، والمجموع ١٣: ١٩١، وفتح العزيز ١٠: ٧٨.

صار مقبوضا. وقال الشافعي: إذا لم يأت عليه زمان يمكن فيه قبضه، لم يصر مقبوضا بعد جنونه (١).

دليلنا: ما قلناه في المسألة الأولى سواء.
مسألة ١٤: إذا رهنه شيئا، ثم تصرف فيه الراهن بالبيع، أو الهبة، أو الرهن عند آخر قبضه أو لم يقبضه، أو قبضه البائع أو لم يقبضه، أو أصدقه امرأته، لم يصح جميع ذلك، وكان باطلا.
وقال الشافعي: يكون ذلك فسخا للرهن، وإن زوجها لم يفسخ الرهن (٢).

دليلنا: أن القول بفسخ الرهن بذلك يحتاج إلى دليل، والأصل صحته.
مسألة ١٥: لا يجوز للوصي أن يشتري من مال اليتيم لنفسه، وإن اشتراه بزيادة. وبه قال الشافعي (٣).

وقال أبو حنيفة: يجوز ذلك (٤).
دليلنا: أن جواز ذلك يحتاج إلى دليل.
وأیضا فإنه متهم في ذلك، فيجب أن لا يجوز.
مسألة ١٦: إذا كان له في يد رجل مال وديعة، أو إعارة، أو غصبا، فجعله

-
- (١) الأم ٣: ١٤١، ومختصر المزني: ٩٣، والمجموع ١٣: ١٨٦، والوجيز ١: ١٦٣، وفتح العزيز ١٠: ٦٩ و ٧١، والسراج الوهاج: ٢١٥، ومغني المحتاج ٢: ١٢٨.
(٢) الأم ٣: ١٤٠، والوجيز ١: ١٦٣، والمجموع ١٣: ١٩١، وكفاية الأخيار ١: ١٦٣، وفتح العزيز ١٠: ٧٥، ومغني المحتاج ٢: ١٢٩، والسراج الوهاج: ٢١٥، وحاشية إعانة الطالبين ٣: ٦٣.
(٣) المجموع ١٣: ٣٥٧، ومغني المحتاج ٢: ١٧٦، وفتح العزيز ١٠: ٢٩٢، والشرح الكبير ٤: ٥٦٣.
(٤) المبسوط ١٤: ٤٦، والفتاوى الهندية ٣: ١٧٥، وتبيين الحقائق ٦: ٢١١، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٨: ٤٩٩، وحاشية رد المحتار ٦: ٧٠٩.

رهننا عنده بدين له عليه، كان الرهن صحيحا بلا خلاف، ويصير الرهن مقبوضا بإذنه فيه.

وللشافعي فيه قولان: أحدهما مثل ما قلناه (١).

والثاني: يصير مقبوضا وإن لم يأذن له فيه (٢).

دليلنا: إن الشيء إذا كان في يده، فأذن له في قبضه عن الرهن، كان ذلك قبضا، وأغنى عن النقل. وأيضا إذا أذن له صار قبضا بالإجماع، وإن لم يأذن له، فليس على كونه قبضا دليل.

مسألة ١٧: إذا غصب رجل من غيره عينا من الأعيان، ثم جعلها المغصوب منه

رهننا في يد الغاصب بدين له عليه قبل أن يقبضها منه، فالرهن صحيح

بالإجماع، ولا يزول ضمان الغصب. وبه قال الشافعي، ومالك، وأبو ثور (٣).

وقال أبو حنيفة والمزني: ليس عليه ضمان الغصب (٤).

دليلنا: أنا أجمعنا على أن عليه ضمانه قبل الرهن، فمن ادعى براءته منه بعد الرهن فعليه الدلالة.

وروي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: " على اليد ما أخذت حتى

تؤديه " أو " حتى تؤدي " (٥).

(١) الأم ٣: ١٤١ - ١٤٢، ومختصر المزني: ٩٣ - ٩٤، والمجموع ١٣: ١٨٩، والوجيز ١: ١٦٢، ومغني المحتاج

٢: ١٢٨، والسراج الوهاج: ٢١٥، وفتح العزيز ١٠: ٦٥.

(٢) المجموع ١٣: ١٨٩، ومغني المحتاج ٢: ١٢٨، والسراج الوهاج: ٢١٥، وفتح العزيز ١٠: ٦٥.

(٣) الأم ٣: ١٤٢، ومختصر المزني: ٩٤، والوجيز ١: ١٦٣، والمجموع ١٣: ١٨٩، والسراج الوهاج: ٢١٥

ومغني المحتاج ٢: ١٢٨، وفتح العزيز ١٠: ٧١ - ٧٢، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٠٥، والشرح الكبير

٤: ٤٢٧، والبحر الزخار ٥: ١١٧، وحاشية إعانة الطالبين ٣: ٥٩.

(٤) مختصر المزني: ٩٤، والوجيز ١: ١٦٣، والمجموع ١٣: ١٨٩، وفتح العزيز ١٠: ٧٢، والمغني لابن قدامة

٤: ٤٠٥، والشرح الكبير ٤: ٤٢٧.

(٥) سنن ابن ماجة ٢: ٨٠٢ حديث ٢٤٠٠، وسنن الترمذي ٣: ٥٦٦ حديث ١٢٦٦، وسنن أبي داود

٣: ٢٩٦ حديث ٣٥٦١، ومسند أحمد بن حنبل ٥: ٨ و ١٢ و ١٣، والسنن الكبرى ٦: ٩٥.

مسألة ١٨: إذا رهن جارية وقد أقر بوطئها، فولدت لسته أشهر من وقت الوطاء فصاعداً إلى تمام تسعة أشهر، فالولد لاحق به. وعند الشافعي إلى أربع سنين (١).

ولا يفسخ الرهن في الأم عندنا.
وقال الشافعي في الجارية: لها ثلاثة أحوال:
إما أن يكون أقر بالوطء في حال العقد، أو بعد العقد وقبل القبض، أو بعد القبض.

فإن كان في حال العقد، فإن المرتهن إذا علم بإقراره، ودخل فيه، فقد رضي بحكم الوطاء، وما يؤدي إليه، فعلى هذا يخرج من الرهن، ولا خيار للمرتهن إن كان ذلك شرطاً في عقد البيع.
وإن كان أقر بذلك بعد عقد الرهن، وقبل القبض، فكذلك، لأنه لما علم بإقرار الراهن بوطئها، وقبضها مع العلم بذلك، كان راضياً به.
وإن كان أقر بذلك بعد القبض، فهل يخرج من الرهن؟ فيه قولان:
أحدهما يقبل إقراره. والثاني: لا يصح إقراره (٢).

دليلنا: ما ثبت عندنا من أن أم الولد مملوكة يجوز بيعها، على ما استدل عليه فيما بعد، فإذا ثبت ذلك لم يفسخ الرهن، سواء كان الإقرار بالوطء قبل العقد أو بعده، وقبل القبض أو بعده، وعلى كل حال.
مسألة ١٩: إذا وطأ الراهن جاريته المرهونة، وحملت، وولدت، فإنها تصير أم ولده، ولا يبطل الرهن، فإن كان موسراً ألزم قيمة الرهن من غيرها لحرمة

(١) الأم ٣: ١٥٧ - ١٥٨، والوجيز ١: ١٦٤، وفتح العزيز ١٠: ١٨٧.
(٢) الأم ٣: ١٥٨، والوجيز ١: ١٦٤، وفتح العزيز ١٠: ١٨٧، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٣٨ - ٤٣٩، والشرح الكبير ٤: ٤٣٨.

ولدها، ويكون رهنا مكانها، وإن كان معسرا كان الدين باقيا، وجاز بيعها فيه.

وللشافعي فيه ثلاثة أقوال:

أحدها: يفرق بين الموسر والمعسر، فإن كان موسرا صارت أم ولده، فإن أعتقها عتقت، ووجب عليه قيمتها، يكون رهنا مكانها، أو قضاها من حقه. وإن كان معسرا، لم تخرج من الرهن، وتباع في حق المرتهن، هذا نقله المزني (١).

والثاني: تصير أم ولده، وتعتق، سواء كان موسرا أو معسرا، ولكنه يوجب قيمتها على الموسر يكون رهنا مكانها (٢).

والثالث: لا تخرج من الرهن، وتباع في دين المرتهن، سواء كان موسرا أو معسرا (٣).

وقال أبو حنيفة: تصير أم ولده، وتعتق، سواء كان موسرا أو معسرا، فإن كان موسرا لزمه قيمتها، يكون رهنا مكانها، وإن كان معسرا تستسعي الجارية في قيمتها، إن كانت دون الحق، ويرجع بها على الراهن (٤).
دليلنا: ما ثبت من كونها مملوكة. وإذا ثبت ذلك جاز بيعها إلا أنا نمنع من

(١) الأم ٣: ١٤٤، ومختصر المزني: ٩٤، والمجموع ١٣: ٢٣٦ - ٢٣٧، والمحلى ٨: ٩٤، وعمدة القاري

١٣: ٧٣ - ٧٤، وتبيين الحقائق ٦: ٨٥.

(٢) الأم ٣: ١٤٤، ومختصر المزني: ٩٤، والمجموع ١٣: ٢٣٦ - ٢٣٧، وعمدة القاري ١٣: ٧٣ - ٧٤، وتبيين

الحقائق ٦: ٨٥.

(٣) المجموع ١٣: ٢٣٦ - ٢٣٧، والمحلى ٨: ٩٤، وعمدة القاري ١٣: ٧٣ - ٧٤، والنتف ٢: ٦٠٩، وتبيين

الحقائق ٦: ٨٥.

(٤) النتف ٢: ٦٠٩، والفتاوى الهندية ٥: ٤٦٢ - ٤٦٣، وعمدة القاري ١٣: ٧٤، وشرح فتح القدير ٨: ٢٧٧، وتبيين الحقائق ٦: ٨٥ و ٨٧، وحاشية رد المحتار ٦: ٥٠٩ - ٥١٠، والمحلى ٨: ٩٥.

بيعها إذا كان موسراً، لمكان ولدها ما دام ولدها حياً، وإن مات جاز بيعها على كل حال، وسندل على ذلك فيما بعد، وعليه إجماع الفرقة وأخبارهم (١) تدل عليه.

مسألة ٢٠: لا يجوز للراهن أن يطاءً الجارية المرهونة، سواء كانت ممن تحبل أو لا تحبل.

واختلف أصحاب الشافعي، فقال ابن أبي هريرة مثل ما قلناه (٢). وقال المروزي: يجوز له وطؤها (٣).

دليلنا: إجماع الفرقة، وأخبارهم تدل على ذلك، لأنها عامة في المنع من وطئها (٤)، ولم يفرقوا.

مسألة ٢١: إذا وطأ الراهن الجارية المرهونة بإذن المرتهن، لم يفسخ الرهن، سواء حملت أو لم تحمل - لأن عندنا لا يزول ملكه بالحمل - فإن أعتقها بإذنه انفسخ.

وقال الشافعي: إذا وطأ الراهن الجارية المرهونة بإذن المرتهن، فأحبها، فإنها تخرج من الرهن، ولا يجب على الواطئ قيمتها، لأنه أذن في فعل ينافي الرهن، وبطل الرهن، كما إذا أذن في البيع فباعها أو أذن في الأكل فيما يؤكل (٥).

(١) أنظر الكافي ٦: ١٩٢ حديث ٤ و ٥، والتهذيب ٧: ٨٠ حديث ٣٤٤.

(٢) المجموع ١٣: ٢٣١، وفتح العزيز ١٠: ٩٧.

(٣) المجموع ١٣: ٢٣١، وفتح العزيز ١٠: ٩٧، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٣٦، والشرح الكبير ٤: ٤٣٦، وعمدة القاري ١٣: ٧٣، والبحر الزخار ٥: ١٢٠.

(٤) الكافي ٥: ٢٣٥ حديث ١٥ و ٢٠ ومن لا يحضره الفقيه ٣: ٢٠١ حديث ٩٠١، والتهذيب ٧: ١٦٩ حديث ٧٥٢ و ٧٥٣.

(٥) الأم ٣: ١٤٣، ومختصر المزني: ٩٤، وفتح العزيز ١٠: ١١١، ومغني المحتاج ٢: ١٣٢، والسراج الوهاج:

٢١٦، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٣٧ - ٤٣٨، والشرح الكبير ٤: ٤٣٧ - ٤٣٨.

دليلنا: ما ثبت عندنا من أن ملكه باق لم يزل، وإذا ثبت فالرهن بحاله، فمن ادعى زواله فعليه الدلالة.

مسألة ٢٢: إذا وطأ المرتهن الجارية المرهونة بإذن الراهن، مع العلم بتحريم ذلك، لم يجب عليه المهر.

وللشافعي فيه قولان: أحدهما مثل ما قلناه (١). والآخر: يجب (٢).

دليلنا: أن الأصل براءة الذمة، وليس في الشرع ما يدل على وجوبه عليه.

مسألة ٢٣: إذا أتت هذه الجارية الموطوءة بإذن الراهن بولد، كان حراً لاحقاً بالمرتهن بالإجماع، ولا يلزمه عندنا قيمته.

وللشافعي فيه قولان: أحدهما يجب عليه قيمته. وبه قال المروزي (٣). والآخر: لا يجب (٤).

دليلنا: ما قدمناه من أن الأصل براءة الذمة، ووجوب القيمة يحتاج إلى دليل.

مسألة ٢٤: إذا بيعت هذه الجارية، ثم اشتراها المرتهن، فإنها تكون أم ولد.

-
- (١) الأم ٣: ١٤٥ - ١٤٦، ومختصر المزني: ٩٤، والوجيز ١: ١٦٦، والمجموع ٩: ٢١٨، وفتح العزيز ١٠: ١٤٣، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٤١ - ٤٤٢، والشرح الكبير ٤: ٤٩٠، وحاشية إعانة الطالبين
- (٢) الأم ٣: ١٤٥ - ١٤٦، ومختصر المزني: ٩٤، والوجيز ١: ١٦٦، والمجموع ٩: ٢١٨، وفتح العزيز ٣: ٦٤.
- ١٠: ١٤٣، ومغني المحتاج ٢: ١٣٨، والسراج الوهاج: ٢١٩، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٤١ - ٤٤٢، والشرح الكبير ٤: ٤٩٠.
- (٣) الأم ٣: ١٤٥ - ١٤٦، ومختصر المزني: ٩٤، والمجموع ٩: ٢١٨، وفتح العزيز ١٠: ١٤٣، ومغني المحتاج
- ٢: ١٣٨، والسراج الوهاج: ٢١٩، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٤١ - ٤٤٢، والشرح الكبير ٤: ٤٩٠، والوجيز ١: ١٦٦.
- (٤) مختصر المزني: ٩٤، والمجموع ٩: ٢١٨، والوجيز ١: ١٦٦، وفتح العزيز ١٠: ١٤٣، والمغني لابن قدامة
- ٤: ٤٤١ - ٤٤٢، والشرح الكبير ٤: ٤٩٠.

وللشافعي فيه قولان: أحدهما مثل ما قلناه (١). والثاني: لا تصير أم ولده (٢).
دليلنا: أن الاشتقاق يقتضي ذلك، لأن الولد إذا كان لاحقاً به، وهذه أمه، فينبغي أن تسمى أم ولده.
مسألة ٢٥: إذا أذن المرتهن للراهن في بيع الرهن بشرط أن يكون ثمن الرهن رهناً، كان صحيحاً.
وللشافعي فيه قولان: أحدهما مثل ما قلناه (٣). والثاني: يبطل البيع (٤).
دليلنا: قوله تعالى: "وأحل الله البيع" (٥).
وأيضاً قوله عليه السلام: "المؤمنون عند شروطهم" (٦).
مسألة ٢٦: إذا قال المرتهن للراهن: بع الرهن بشرط أن تجعل ثمنه من ديني قبل محله، فإذا باع الراهن صح البيع، ويكون الثمن رهناً إلى وقت حلوله، ولا يلزمه الوفاء بتقديم الحق قبل الأجل، لأنه لا دليل على ذلك.
وللشافعي فيه قولان:

-
- (١) مختصر المزني: ٩٤، والمجموع ٩: ٢١٨ و ١٣: ٢٣٨، وفتح العزيز ١٠: ١٤٣.
(٢) الأم ٣: ١٤٦، ومختصر المزني: ٩٤، والمجموع ٩: ٢١٨، والسراج الوهاج: ٢١٩، ومغني المحتاج ٢: ١٣٨، وفتح العزيز ١٠: ١٤٣.
(٣) المجموع ١٣: ٢٤٠، والوجيز ١: ١٦٥، وفتح العزيز ١٠: ١١٤، والسراج الوهاج: ٢١٧، ومغني المحتاج ٢: ١٣٣، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٨٧ - ٤٨٨.
(٤) الأم ٣: ١٤٥، والوجيز ١: ١٦٥، ومختصر المزني: ٩٤ - ٩٥، والمجموع ١٣: ٢٤٠، والسراج الوهاج ٢: ١٣٣، ومغني المحتاج ٢: ١٣٣، وفتح العزيز ١٠: ١١٤، والبحر الزخار ٥: ١٢٠.
(٥) البقرة: ٢٧٥.
(٦) التهذيب ٧: ٣٧١ حديث ١٥٠٣، والاستبصار ٣: ٢٣٢ حديث ٨٣٥، والمصنف لابن أبي شيبة ٦: ٥٦٨ حديث ٢٠٦٤ وتلخيص الحبير ٣: ٢٣ و ٤٤ حديث ١١٩٥ و ١٢٤٦، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٨٤، والشرح الكبير ٤: ٣٨٦.

أحدهما: أن البيع باطل، وهو المنصوص عليه (١).
وقال المزني: يصح، ويكون ثمنه رهنا مكانه (٢).
دليلنا: قوله تعالى: " وأحل الله البيع " (٣)، ودلالة الأصل أيضا، والمنع
يحتاج إلى دليل.
مسألة ٢٧: رهن أرض الخراج - وهي أرض سواد العراق وحده، من
القادسية إلى حلوان عرضا، ومن الموصل إلى عبادان طولاً - باطل.
وللشافعي فيه قولان:

أحدهما: أن عمر قسم بين الغانمين، فاشتغلوا بها سنتين أو ثلاثا، ثم رأى
من المصلحة أن يشتريها منهم لبيت المال، فاستنزلهم عنها، فمنهم من نزل عنها
بعوض، ومنهم من ترك حقه، فلما حصلت لبيت المال لا مالك لها معين، وقفها
على المسلمين، ثم أجرها منهم بأجرة ضربها على الجربان، فجعل على كل
جريب نخل عشرة دراهم، وعلى كل جريب كرم ثمانية دراهم، وعلى كل جريب
شجر ستة دراهم، وعلى جريب الحنطة أربعة، وعلى الشعير درهمين (٤). وبه قال
الإصطخري (٥) والمأخوذ من القوم أجرة باسم الخراج.
وقال أبو العباس: ما وقفها، ولكن باعها من المسلمين بثمن مضروب على
الجربان، فالمأخوذ من القوم ثمن (٦).

-
- (١) الأم ٣: ١٤٥، ومختصر المزني ٩٤ - ٩٥، والوجيز ١: ١٦٥، والمجموع ١٣: ٢٤٠، وفتح العزيز
١٠: ١١٥، وكفاية الأختار ١: ١٦٤، والسراج الوهاج: ٢١٧، ومغني المحتاج ٢: ١٣٣.
(٢) مختصر المزني: ٩٥، والمجموع ١٣: ٢٤٠، وفتح العزيز ١٠: ١١٥.
(٣) البقرة: ٢٧٥.
(٤) المجموع ١٣: ٢٠٩، والوجيز ١: ١٥٩، وفتح العزيز ١٠: ٧، والأحكام السلطانية ١: ١٤٨.
(٥) المجموع ١٣: ٢٠٩.
(٦) المجموع ١٣: ٢٠٩، والوجيز ١: ١٥٩ - ١٦٠، والبحر الزخار ٥: ١١٤.

فعلى قول أبي العباس: الرهن والبيع فيها صحيح.
وعلى قول الشافعي والإصطخري: باطل (١).
وقال أبو حنيفة: أن عمر أقر هذه الأرضين في يد أربابها المشركين، وضرب
عليهم الجزية هذا القدر، فمن باع منهم حقه على مسلم أو أسلم كان المأخوذ منه
خراجاً، ولا يسقط ذلك الجزية بإسلامه، فهي تطلق تباع، وتورث، وترهن (٢).
دليلنا: إجماع الفرقة على أن أرض الخراج لا يصح بيعها، ولا رهنها، لأنها
أرض المسلمين قاطبة، لا يتعين ملاكها، ومن ادعى أحد الأحكام التي ذكرنا،
فعلية الدلالة.
وكونها أرض الخراج، وإنها لجميع المسلمين على ما نقوله، أو ملك الغانمين
على ما يقول المخالف، لا خلاف فيه، فمن ادعى انتقالها عنهم، فعليه الدلالة.
مسألة ٢٨: إذا جنى العبد جنائية، ثم رهنه، بطل الرهن، سواء كانت
الجنائية عمداً أو خطأ، أو توجب القصاص أو لا توجهه
ولأصحاب الشافعي فيه ثلاث طرق:
فقال أبو إسحاق: المسألة على قولين عمداً كانت أو خطأ، أحدهما: يصح
والآخر: لا يصح (٣).
ومنهم من قال: إن كانت عمداً صح، قولاً واحداً. وإن كانت خطأ فعلى
قولين (٤).
ومنهم من قال إن كانت خطأ بطل، قولاً واحداً وإن كانت عمداً فعلى

-
- (١) المغني لابن قدامة ٤: ٤١٦، والشرح الكبير ٤: ٤١٥، والوجيز ١: ١٥٩، والبحر الزخار ٥: ١١٤.
(٢) أنظر الخراج لأبي يوسف: ٣٨، والأحكام السلطانية ١: ١٥١ - ١٥٢.
(٣) المجموع ١٣: ٢٠٧ - ٢٠٨، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٠٨، والبحر الزخار ٥: ١٢٤.
(٤) المجموع ١٣: ٢٠٧ - ٢٠٨، والبحر الزخار ٥: ١٢٤.

قولين (١).
 قالوا: وهذا القول الأخير هو المذهب (٢).
 دليلنا: علي بطلانه: أنه إذا كان عمدا فقد استحق المجني عليه العبد، وإن
 كان خطأ تعلق الأرش برقبته، فلا يصح رهنه.
 مسألة ٢٩: إذا رهن عبده رهنا على ألف، وقبضه الراهن، ثم اقترض ألفا
 آخر على ذلك الرهن بعينه، كان ذلك صحيحا، ويكون الرهن بالألفين ألف
 متقدمة وألف متأخرة. وبه قال الشافعي في القديم (٣)، وهو اختيار المزني (٤)،
 وإليه ذهب أبو يوسف (٥).
 وقال في الجديد: لا يجوز (٦). وبه قال أبو حنيفة ومحمد (٧).
 دليلنا قوله تعالى: " فرهان مقبوضة " (٨) ولم يفرق.
 والأخبار المروية في جواز الرهن تدل عليه من غير تفصيل.
 مسألة ٣٠: إذا أقر أن عبده جنى على غيره، ثم رهنه، وأنكر المرتهن ذلك.

-
- (١) المجموع ١٣: ٢٠٧ - ٢٠٨.
 (٢) الوجيز ١: ١٦٠، وفتح العزيز ١٠: ١٣.
 (٣) مختصر المزني: ٩٥، والمجموع ١٣: ٢٠٧، ومغني المحتاج ٢: ١٢٧ - ١٢٨، وفتح العزيز ١٠: ٥٢ - ٥٣،
 والسراج الوهاج: ٢١٤، والبحر الزخار ٥: ١١٦.
 (٤) مختصر المزني: ٩٥، والمجموع ١٣: ٢٠٧، والبحر الزخار ٥: ١١٦.
 (٥) شرح فتح القدير ٨: ٢٤١، وبدائع الصنائع ٦: ١٣٩، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح
 القدير ٨: ٢١٤، والمجموع ١٣: ٢٠٧، والبحر الزخار ٥: ١١٦.
 (٦) الأم ٣: ١٥٤، ومختصر المزني: ٩٥ و ١٠٠، والمجموع ١٣: ٢٠٧، والسراج الوهاج: ٢١٤، ومغني
 المحتاج ٢: ١٢٧ - ١٢٨، وكفاية الأختار ١: ١٦٤، وشرح فتح القدير ٨: ٢٤١، وشرح العناية
 على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٨: ٢٤١، وفتح العزيز ١٠: ٥٢ - ٥٣، والبحر الزخار ٥: ١١٦.
 (٧) شرح فتح القدير ٨: ٢٤١، شرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٨: ٢٤١، وبدائع
 الصنائع ٦: ١٣٩، وتبيين الحقائق ٦: ٩٥، والمجموع ١٣: ٢٠٧، والبحر الزخار ٥: ١١٦.
 (٨) البقرة: ٢٨٣.

أو أقر أنه كان غصبه من فلان، ثم رهنه أو باعه منه، ثم رهنه.
أو أنه أعتقه، ثم رهنه، وأنكر ذلك المرتهن، كان إقراره لمن أقر له به
صحيحا في حقه، ويلزمه، ولا يلزم ذلك في حق المرتهن.

وللشافعي فيه قولان:

أحدهما: لا ينفذ إقراره، وهو أصح القولين (١)، وبه قال أبو حنيفة (٢).
والثاني: ينفذ (٣).

دليلنا: أن إقرار العاقل على نفسه جائز، فمن منع منه في موضع فعلية
الدلالة.

مسألة ٣١: إذا دبر عبده، ثم رهنه، بطل التدبير، وصح الرهن إن قصد
بذلك فسخ التدبير، وإن لم يقصد بذلك فسخ التدبير لم يصح الرهن.
وللشافعي فيه ثلاثة أقوال:

أحدها: مثل ما قلناه، إذا قال أنه وصية (٤).

والثاني: أن التدبير عتق بصفة، فينفذ التدبير ويبطل الرهن، لأنه لا يصح
الرجوع فيه إلا بالبيع والهبة، فأما بالقول فلا يصح بأن يقول قد فسخت
التدبير (٥).

-
- (١) الأم ٣: ١٥٧ - ١٥٨، ومختصر المزني: ٩٥، والمجموع ١٣: ٢٦٣، والوجيز ١: ١٦٩، وفتح العزيز
١٠: ١٨٣، ومغني المحتاج ٢: ١٤٣، والسراج الوهاج: ٢٢١، والبحر الزخار ٥: ١٢٥.
(٢) تبين الحقائق ٦: ٩٠، والأم ٣: ١٥٧ - ١٥٨، وفتح العزيز ١٠: ١٨٣، والبحر الزخار ٥: ١٢٥.
(٣) الأم ٣: ١٥٧، ومختصر المزني: ٩٥، والوجيز ١: ١٦٩، وفتح العزيز ١٠: ١٨٣، ومغني المحتاج ٢:
١٤٣،
والسراج الوهاج: ٢٢١، والبحر الزخار ٥: ١٢٥.
(٤) الأم ٣: ١٥٨، ومختصر المزني: ٩٦، والمجموع ١٣: ٢٠١ - ٢٠٢، ومغني المحتاج ٢: ١٢٣،
والسراج
الوهاج: ٢١٣، وفتح العزيز ١٠: ١٣ - ١٤، والأشباه والنظائر: ٤٥٧.
(٥) الأم ٣: ١٥٨، ومختصر المزني: ٩٦، ومغني المحتاج ٢: ١٢٣، والمجموع ١٣: ٢٠١ - ٢٠٢،
وفتح العزيز
١٠: ١٣ - ١٤، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٠٨، والشرح الكبير ٤: ٤٠٨.

ومنهم من قال: الرهن باطل، سواء قلنا التدبير وصية، أو عتق بصفة (١).
دليلنا: إجماع الفرقة، وأخبارهم على أن التدبير بمنزلة الوصية (٢)، والوصية
له الرجوع فيها بلا خلاف، فكذلك التدبير.
فأما إذا لم يقصد الرجوع، فلا دلالة على بطلانه، ولا دلالة على صحة
الرهن، فينبغي أن يكون باطلاً.
وإن قلنا أنه يصح التدبير والرهن معاً، لأنه لا دلالة على بطلان واحد منهما،
كان قويا. وبه قال قوم من أصحاب الشافعي، واختاروه، وهو المذهب
عندهم (٣)، لأن ما جاز بيعه جاز رهنه، ويبيع المدبر جائز بلا خلاف عندنا،
وكذلك عندهم، وهذا قوي.

مسألة ٣٢: إذا علق عتق عبده بصفة، ثم رهنه، كان الرهن صحيحاً
والعتق باطل، سواء كان حلول الحق قبل حلول الشرط أو بعده، أو لا يدري
أيهما سبق.

وقال الشافعي وأصحابه فيها: ثلاث مسائل:
إحداهما: يحل الحق قبل العتق، مثل أن علق عتقه بصفة إلى سنة، ثم رهنه
بحق يحل بعد شهرين، فالرهن صحيح (٤).
والثانية: يوجد الصفة قبل محل الحق، مثل أن قال: أنت حر بعد شهر، ثم

-
- (١) مختصر المزني: ٩٦، والمجموع ١٣: ٢٠١ - ٢٠٢، ومغني المحتاج ٢: ١٢٣، والوجيز ١: ١٦٠،
وفتح العزيز ١٠: ١٣ - ١٤.
(٢) الكافي ٦: ١٨٣ حديث ١ و ٢، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ٧٢ حديث ٢٤٨، والتهذيب ٨: ٢٥٨
حديث
٩٣٨ و ٩٣٩، والاستبصار ٤: ٣٠ حديث ١٠١ و ١٠٥.
(٣) المغني لابن قدامة ١٢: ٣١٦، والشرح الكبير ١٢: ٣١٦ - ٣١٧.
(٤) المجموع ١٣: ٢٠٠، والوجيز ١: ١٦٠، ومغني المحتاج ٢: ١٢٣، والسراج الوهاج: ٢١٣ و ٢١٥،
وفتح العزيز ١٠: ١٦ - ١٧.

رهنه بحق يحل إلى سنة، فالرهن باطل (١).
 والثالثة: إذا لم يعلم أيهما السابق، مثل أن يقول: إذا قدم زيد فأنت حر، ثم
 رهنه، بحق يحل إلى سنة، ولا يعلم متى يقدم زيد.
 فهذه على قولين: أحدهما يصح (٢). والثاني: باطل (٣).
 دليلنا: إجماع الفرقة على أن العتق بصفة لا يصح، وإذا لم يصح ذلك، كان
 الملك باقيا، وصح رهنه.
 مسألة ٣٣: إذا رهنه عبدا، ثم دبره، كان التدبير باطلا. وبه قال الشافعي
 وأصحابه (٤).
 وحكى الربيع فيها قولاً آخر: إن الرهن صحيح، والتدبير صحيح (٥).
 دليلنا: إجماع الفرقة على أن الراهن لا يجوز له التصرف في الرهن بغير إذن
 المرتهن، والتدبير تصرف، فيجب أن يكون باطلا.
 مسألة ٣٤: إذا كان الرهن شاة فماتت، زال ملك الراهن عنها، وانفسخ
 الرهن إجماعاً، فإن أخذ الراهن جلدها، فدبغها، لم يعد ملكه.
 وقال الشافعي: يعود ملكه، قولاً واحداً (٦).

-
- (١) الأم ٣: ١٥٩، والمجموع ١٣: ٢٠٠، والوجيز ١: ١٦٠، ومغني المحتاج ٢: ١٢٣، وفتح العزيز ١٠: ١٧،
 والأشباه والنظائر: ٤٥٧، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٠٩، والشرح الكبير ٤: ٤٠٢.
 (٢) المجموع ١٣: ٢٠٠، ومغني المحتاج ٢: ١٢٣ و ١٣٠، والسراج الوهاج: ٢١٣ و ٢١٦، وفتح العزيز
 ١٠: ١٧، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٠٩، والشرح الكبير ٤: ٤٠٢.
 (٣) المجموع ١٣: ٢٠٠، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٠٩، ومغني المحتاج ٢: ١٢٣، والسراج الوهاج:
 ٢١٥ -
 ٢١٦، وفتح العزيز ١٠: ١٧، والشرح الكبير ٤: ٤٠٢.
 (٤) الأم ٣: ١٥٨، ومختصر المزني: ٩٦، والمجموع ١٣: ٢٠٣، والسراج الوهاج: ٢١٥، ومغني المحتاج
 ٢: ١٢٩.
 (٥) مختصر المزني: ٩٦، والمجموع ١٣: ٢٠٣، والسراج الوهاج: ٢١٥، ومغني المحتاج ٢: ١٢٩،
 والبحر
 الزخار ٥: ١١٩.
 (٦) المجموع ١٣: ٢٤٨.

وهل يعود الرهن؟ على وجهين.
قال ابن خيران: يعود الرهن (١).
وقال أبو إسحاق: لا يعود (٢).
دليلنا: إجماع الفرقة على أن جلد الميتة لا يطهر بالدباغ، وإذا ثبت ذلك لم يعد الملك إجماعاً، لأن من خالف في ذلك خالف في طهارته.
ويدل عليه أيضاً قوله تعالى: " حرمت عليكم الميتة " (٣) وذلك على
عمومه.

مسألة ٣٥: إذا اشترى عبداً بألف، ورهن به عصيراً، وقبضه، واختلفا، فقال الراهن: أقبضتك عصيراً، وقال المرتهن: أقبضتني خمرًا، فلي الخيار، كان القول قول المرتهن مع يمينه. وبه قال أبو حنيفة والمزني (٤)، وهو أحد قولي الشافعي (٥).

والثاني: القول قول الراهن، وهو اختيار الأسفرايني (٦).
دليلنا: أن هذا اختلاف في القبض، لأنه إذا ادعى المرتهن أنه قبضه خمرًا، وقبض الخمر كلاً قبض، فصار كأنه اختلاف في القبض، وفي اختلاف القبض القول قول المرتهن، لأنه يكون فائدته أن المرتهن يقول ما قبضت رهناً، والراهن يقول قبضت رهناً، فمن يدعي القبض فعليه البينة، وعلى من ينكره اليمين.
والقول الآخر أيضاً قوي، لأنهما اتفقا على القبض، وإنما يدعي المرتهن أنه قبض فاسد، فعليه البينة، والأصل الصحة.

(١) المصدر السابق.

(٢) المصدر السابق.

(٣) المائدة: ٣.

(٤) مختصر المزني: ٩٦، والمجموع ١٣: ٢٥٩، وفتح العزيز ١٠: ١٩٤.

(٥) مختصر المزني: ٩٦، والمجموع ١٣: ٢٥٩، وفتح العزيز ١٠: ١٩٤.

(٦) مختصر المزني: ٩٦، والوجيز ١: ١٦٨، والمجموع ١٣: ٢٥٩، وفتح العزيز ١٠: ١٩٤.

مسألة ٣٦: الخمر ليست بمملوكة، ويجوز إمساكها للتخلل، وللتخليل.
وقال الشافعي: ليست مملوكة، ولا يحل إمساكها، ويجب إراقتها (١).
وقال أبو حنيفة: هي مملوكة كالعصير، ولا يجب عليه إراقتها، ويجوز له
إمساكها للتخلل أو التخليل (٢).
دليلنا: إجماع الفرقة على نجاسة الخمر، وعلى تحريمها الإجماع، فمن ادعى
صحة أنه يملكها، فعليه الدلالة.
وأما التخلل والتخليل فلا خلاف بين الطائفة فيه، فلأجل ذلك لم نتشاغل
به، ولأنه لو صار خلا، تناولته الظواهر المتناولة لإباحة الخل، فمن خصص
ذلك فعليه الدلالة.
مسألة ٣٧: إذا رهن نخلا مطلعا، ولم يشترط أن يكون الطلع رهنا، لم يدخل
الطلع في الرهن.
وللشافعي فيه قولان: أحدهما مثل ما قلناه، وهو قوله الجديد (٣).
والثاني يدخل فيه، وهو قوله القديم (٤).
دليلنا: أن الأصل عدم كونه رهنا، فمن ادعى دخوله في الرهن لدخول
النخل فيه، فعليه الدلالة.
مسألة ٣٨: إذا رهن ما يسرع إليه الفساد، ولم يشترط أنه إذا خيف هلاكه
بعه، كان الرهن فاسدا.
وللشافعي فيه قولان: أحدهما مثل ما قلناه (٥).

-
- (١) الأم ٣: ١٥٩، والمجموع ٢: ٥٧٧ و ١٣: ٢٤٧، وفتح العزيز ١٠: ٨٢ و ٨٥.
(٢) الفتاوى الهندية ٥: ٤٣٧، وتبيين الحقائق ٦: ٩٣، والمجموع ١٣: ٢٤٧، وفتح العزيز ١٠: ٨٢.
(٣) مختصر المزني: ٩٦ و ٩٩، والمجموع ١٣: ٢١٠ - ٢١١، والوجيز ١: ١٦٢، وفتح العزيز ١٠:
٥٥.
(٤) المجموع ١٣: ٢١٠ - ٢١١، والوجيز ١: ١٦٢.
(٥) المجموع ١٣: ١٩٩، والوجيز ١: ١٦٠، والسراج الوهاج: ٢١٣، ومغني المحتاج ٢: ١٢٤، وفتح
العزيز
١٠: ١١، والمغني لابن قدامة ٤: ٤١٠، والشرح الكبير ٤: ٤٠٣.

والثاني: يصح الرهن، ويجبر على بيعه (١).
دليلنا: أنه لا دليل على أنه يجبر على بيعه، وإذا لم يكن عليه دلالة لم ينتفع
المرتهن بهذا الرهن أصلاً، فيجب أن يكون باطلاً.
مسألة ٣٩: إذا رهن عند غيره شيئاً، وشرط للمرتهن إذا حل الحق أن
يبيعه، صح شرطه، ويجوز توكيل المرتهن في بيع الرهن. وبه قال أبو حنيفة (٢).
وقال الشافعي: لا يصح شرطه، ولا توكيله إلا بحضور الراهن، فإن حضره
الراهن صح بيعه (٣).
ومنهم من قال: لا يجوز على كل حال (٤).
دليلنا: أن الأصل جواز ذلك، فمن منع منه فعليه الدلالة.
وأيضاً قال النبي صلى الله عليه وآله: "المؤمنون عند شروطهم" (٥) وذلك
عام.

مسألة ٤٠: إذا رهن عند غيره شيئاً، وشرط أن يكون موضوعاً على يد

-
- (١) مختصر المزني: ٩٦، والمجموع ١٣: ١٩٩، والوجيز ١: ١٦٠، والسراج الوهاج: ٢١٣، ومغني
المحتاج
- ٢: ١٢٤، وفتح العزيز ١٠: ١١، والمغني لابن قدامة ٤: ٤١٠، والشرح الكبير ٤: ٤٠٣.
- (٢) اللباب ٢: ٨، وبدائع الصنائع ٦: ١٤٦، والمجموع ١٣: ٢٢٥، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٦٤، وفتح
العزيز ١٠: ١٢٩.
- (٣) المجموع ١٣: ٢٢٥، ومغني المحتاج ٢: ١٣٥، والسراج الوهاج: ٢١٧، وفتح العزيز ١٠: ١٢٩،
والمغني
لابن قدامة ٤: ٤٦٤.
- (٤) ممن قال به الطبري، انظر المجموع ١٣: ٢٢٦، ومغني المحتاج ٢: ١٣٥، والسراج الوهاج: ٢١٧،
وفتح
العزيز ١٠: ١٢٩.
- (٥) التهذيب ٧: ٣٧١ حديث ١٥٠٣، والاستبصار ٣: ٢٣٢ حديث ٨٣٥، والمصنف لابن أبي شيبة
٦: ٥٦٨ حديث ٢٠٦٤، وتلخيص الحبير ٣: ٢٣ و ٤٤ حديث ١١٩٥ و ١٢٤٦، والمغني لابن قدامة
٤: ٣٨٤، والشرح الكبير ٤: ٣٨٦.

عدل، صح شرطه، فإذا قبضه العدل، لزم الرهن. وبه قال جميع الفقهاء (١)، إلا ابن أبي ليلى، فإنه قال: لا يصح قبضه (٢).
دليلنا إجماع الأمة، وخلاف ابن أبي ليلى قد انقضى.
وأيضاً: قوله عليه السلام: "المؤمنون عند شروطهم" (٣).
مسألة ٤١: إذا عزل الراهن عن البيع، لم تنفسخ وكالته، وجاز له بيع الرهن.

وقال الشافعي: تنفسخ وكالته، ولا يجوز له بيعه (٤).
دليلنا: أنه قد ثبت وكالته بالإجماع، فمن ادعى انفساخها، فعليه الدلالة.
مسألة ٤٢: إذا عزل المرتهن العدل لم ينعزل أيضاً.
وللشافعي فيه قولان: أحدهما مثل ما قلناه (٥).
وفي أصحابه من قال: ينعزل (٦).
دليلنا: أن الأصل ثبوت الوكالة، وثبوت العزل بعدها يحتاج إلى دليل.

-
- (١) المبسوط ٢١: ٧٧، وبدائع الصنائع ٦: ١٣٧، وشرح فتح القدير ٨: ٢٢٠، والفتاوى الهندية ٥: ٤٤٠، وتبيين الحقائق ٦: ٨٠، والمجموع ١٣: ٢٢١، والوجيز ١: ١٦٥، ومغني المحتاج ٢: ١٣٣، والسراج الوهاج: ٢١٧، وفتح العزيز ١٠: ١٢١، والمغني لابن قدامة ٤: ٤١٩، والشرح الكبير ٤: ٤٤٨.
(٢) المجموع ١٣: ٢٢١، والمغني لابن قدامة ٤: ٤١٩، والشرح الكبير ٤: ٤٤٩، والمبسوط ٢١: ٧٧، وتبيين الحقائق ٦: ٨٠، وبدائع الصنائع ٦: ١٣٧.
(٣) تقدمت الإشارة إلى مصادر الحديث في المسألة السابقة فلاحظ.
(٤) الأم ٣: ١٦٩، والمجموع ١٣: ٢٢٤، ومغني المحتاج ٢: ١٣٥، وفتح العزيز ١٠: ١٣٠، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٢٣، والشرح الكبير ٤: ٤٥٤، والبحر الزخار ٥: ١٢٢.
(٥) المجموع ١٣: ٢٢٤، ومغني المحتاج ٢: ١٣٥، وفتح العزيز ١٠: ١٣٠، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٢٣ - ٤٢٤.
(٦) المجموع ١٣: ٢٢٤، وفتح العزيز ١٠: ١٣٠، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٢٣ - ٤٢٤، والشرح الكبير ٤: ٤٥٤ - ٤٥٥.

مسألة ٤٣: إذا أراد العدل بيع الرهن، فلا بد من إذن المرتهن، ولا يلزم إذن الراهن.

وللشافعي في إذن الراهن وجهان: أحدهما مثل ما قلناه (١).

والثاني: لا بد من إذنه (٢).

دليلنا: أنه قد أذن له في بيعه في حال التوكيل، فهو يملك الإذن فيه، فلا يحتاج إلى تجديده، ولأنه لا دلالة عليه، ولأنه يؤدي إلى أن لا يباع الرهن أصلاً، إن امتنع من الإذن أبداً.

مسألة ٤٤: لا يجوز للعدل أن يبيع الرهن إلا بثمن مثله حالاً، ويكون من نقد البلد، إذا أطلق له الإذن، فإن شرط له جواز ذلك كان جائزاً. وبه قال الشافعي (٣).

وقال أبو حنيفة: يجوز له بيعه بأقل من ثمن مثله، وبنسبة، حتى قال: لو وكله في بيع ضيعة تساوي مائة ألف دينار، فباعها بدانق نسية إلى ثلاثين سنة كان جائزاً (٤).

دليلنا: أنا قد اتفقنا أنه إذا باعه بما قلناه كان البيع ماضياً، ولا دليل على أن ما قاله صحيح.

(١) المجموع ١٣: ٢٢٣، ومغني المحتاج ٢: ١٣٥، وفتح العزيز ١٠: ١٢٩ - ١٣٠، والسراج الوهاج: ٢١٧

وحاشية إعانة الطالبين ٣: ٦٢، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٢٣ - ٤٢٤.

(٢) المجموع ١٣: ٢٢٣، ومغني المحتاج ٢: ١٣٥، والسراج الوهاج: ٢١٧، وفتح العزيز ١٠: ١٢٩ - ١٣٠.

والمغني لابن قدامة ٤: ٤٢٣ - ٤٢٤.

(٣) الوجيز ١: ١٦٥، والسراج الوهاج: ٢١٨، ومغني المحتاج ٢: ١٣٥، وفتح العزيز ١٠: ١٣٢، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٢٦، والشرح الكبير ٤: ٤٥٢.

(٤) المبسوط ٢١: ٨٤، والفتاوى الهندية ٥: ٤٤٣، وبدائع الصنائع ٦: ١٤٩، وتبيين الحقائق ٦: ٨١، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٢٦، والشرح الكبير ٤: ٤٥٢.

مسألة ٤٥: إذا باعه بثمن مثله، أو بما يتغابن الناس في مثله، ثم جاءه الزيادة للراهن في حال خيار المجلس، أو خيار الشرط، فإن قبلها كان له فسخ العقد، وإن لم يقبلها لم يفسخ البيع.

وللشافعي فيه قولان: فالذي نص عليه أنه يفسخ البيع على كل حال (١). والثاني: لا يفسخ لمكان الزيادة إذا لم يفسخ (٢).

دليلنا: أن العقد ثبت بلا خلاف، وانفساخه على كل حال يحتاج إلى دليل. مسألة ٤٦: الرهن غير مضمون. وبه قال الشافعي (٣).

وقال أبو حنيفة: مضمون بأقل الأمرين (٤).

دليلنا: إجماع الفرقة، وأخبارهم (٥)، ولأنه لا دلالة على كونه مضمونا، والأصل براءة الذمة.

مسألة ٤٧: إذا باع العدل الرهن، وقبض ثمنه، فهو من ضمان الراهن حتى يقبضه المرتهن، لأنه بدل الرهن، فإذا تلف الثمن لم يسقط من دين المرتهن

(١) مغني المحتاج ٢: ١٣٦، والسراج الوهاج: ٢١٨، وفتح العزيز ١٠: ١٢٣.

(٢) مغني المحتاج ٢: ١٣٦، وفتح العزيز ١٠: ١٢٣، والسراج الوهاج: ٢١٨.

(٣) الأم ٣: ١٦٨ و ١٩٨، ومختصر المزني: ١٠١، والوجيز ١: ١٦٦، وفتح العزيز: ١٠: ١٣٨،

والمجموع

١٣: ٢٤٩، والسراج الوهاج: ٢١٨، ومغني المحتاج ٢: ١٣٦، وكفاية الأختيار ١: ١٦٣، والمبسوط

٢١: ٦٥، وشرح فتح القدير ٨: ١٩٤، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٨: ١٩٤،

وتبيين الحقائق ٦: ٦٤، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٧٨، والشرح الكبير ٤: ٤٤٤.

(٤) الباب ٢: ٥، والمبسوط ٢١: ٦٤ - ٦٥، وشرح فتح القدير ٨: ١٩٨، وشرح العناية على الهداية

بهامش

شرح فتح القدير ٨: ١٩٨، وتبيين الحقائق ٦: ٦٣ - ٦٤، والمجموع ١٣: ٢٤٩، وفتح العزيز

١٠: ١٣٨، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٧٩، والشرح الكبير ٤: ٤٤٥.

(٥) أنظر الكافي ٥: ٢٣٤ حديث ٨، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٩٦، حديث ٨٩٣، والتهذيب ٧: ١٧٢

حديث ٧٦٢ و ٧٦٥، والاستبصار ٣: ١٢٠ حديث ٤٢٧ و ٤٢٨.

شئ. وبه قال الشافعي (١).
وقال أبو حنيفة: يسقط من دين المرتهن إذا تلف ثمن الرهن (٢).
دليلنا: أنا قد بينا أن الرهن نفسه غير مضمون، وإذا كان كذلك، فضمان قيمته أولى بذلك.
وأيضاً الأصل براءة الذمة، ومن جعله مضموناً فعليه الدلالة.
وأيضاً ثبت الدين في ذمة الراهن، ولا دليل على براءة ذمته بهلاك ثمن الرهن، فيجب أن يكون باقياً على أصله.
وأيضاً روي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: " الرهن من صاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه " (٣) يعني ضمانه من صاحبه الذي رهنه.
مسألة ٤٨: إذا باع العدل الرهن بتوكيل الراهن، وقبض الثمن، وضاع في يده، واستحق المبيع من يد المشتري، فإن المشتري يرجع على الوكيل، والوكيل يرجع على الراهن.
وكذلك كل وكيل باع شيئاً فاستحق وضاع الثمن في يد الوكيل، فإن المشتري يرجع على الوكيل، والوكيل يرجع على الموكل. وبه قال أبو حنيفة (٤).

-
- (١) الأم ٣: ١٩٢ و ١٩٨، والمجموع ١٣: ٢٢٥، والسراج الوهاج: ٢١٨، ومغني المحتاج ٢: ١٣٥،
وفتح العزيز ١٠: ١٣١، والوجيز ١: ١٦٥، والنتف ١: ٦١٢، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٢٧، والشرح الكبير ٤: ٤٥٢.
- (٢) المبسوط ٢١: ٨١، والفتاوى الهندية ٥: ٤٤١، والنتف ١: ٦١٢، واللباب ٢: ٦، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٨: ٢٢١، والمجموع ١٣: ٢٢٥، والأم ٣: ١٩٨، وفتح العزيز ١٠: ١٣١، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٢٧، والشرح الكبير ٤: ٤٥٢.
- (٣) سنن الدارقطني ٣: ٣٣ حديث ١٣٠ و ١٣٣، وترتيب مسند الشافعي ٢: ١٦٣ - ١٦٤، والسنن الكبرى ٦: ٣٩، ونيل الأوطار ٥: ٣٥٤.
- (٤) بدائع الصنائع ٦: ١٤٩، والفتاوى الهندية ٥: ٤٤٠، وشرح فتح القدير ٨: ٢٢١، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٨: ٢٢١، وتبيين الحقائق ٦: ٨٢ - ٨٣، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٢٧ - ٤٢٨، والشرح الكبير ٤: ٤٥٢.

وقال الشافعي في جميع هذه المسائل: يرجع على الموكل دون الوكيل (١).
فأما إذا كان الوكيل صبيا، أو باع الحاكم على اليتيم، أو أمين الحاكم،
فإنه يرجع على الموكل إجماعا.
دلينا: أن الوكيل إذا كان هو العاقد للبيع، فيجب أن يكون هو الضامن
للدرك، ومن قال: أن الموكل ضامن من غير واسطة، فعليه الدلالة.
مسألة ٤٩: إذا غاب المتراهنان، وأراد العدل رد الرهن لغير عذر به، لم يحز
له رده إلى الحاكم، ومتى رده إلى الحاكم كانا ضامنين.
وقال الشافعي: إن كان سفرهما بحيث يجب فيه التقصير - وهي ستة عشر
فرسخا عنده - جاز له أن يرده إلى الحاكم، وجاز له أن يقبضه منه. وإن نقص
عن هذا المقدار كانا بحكم الحاضرين (٢).
دلينا: أنه قد ثبت الرهن عنده بقبوله باختياره، ولا دليل على جواز دفعه
إلى الحاكم، فيجب أن لا يجوز ذلك له.
مسألة ٥٠: إذا شرط أن يكون الرهن عند عدلين، فأراد أحدهما أن يسلم
إلى الآخر حتى ينفرد بحفظه، لم يكن له ذلك.
وللشافعي فيه قولان:
قال أبو العباس بن سريج: فيه وجهان، أحدهما: لا يكون له ذلك (٣).
والثاني يجوز (٤).

(١) المجموع ١٣: ٢٢٥، وفتح العزيز ١٠: ١٣، والمغني لابن قدامة ٤٢٧ - ٤٢٨، والشرح الكبير ٤: ٤٥٢.

(٢) المجموع ١٣: ٢٢٢.

(٣) المجموع ١٣: ٢٢٠ و ٢٢٢، ومغني المحتاج ٢: ١٣٤، وفتح العزيز ١٠: ١١٩، والسراج الوهاج: ٢١٧،

والمغني لابن قدامة ٤: ٤١٩ - ٤٢٠، والشرح الكبير ٤: ٤٤٩.

(٤) مغني المحتاج ٢: ١٣٤، والمجموع ١٣: ٢٢٠ و ٢٢٢، وفتح العزيز ١٠: ١١٩، والسراج الوهاج: ٢١٧،

والمغني لابن قدامة ٤: ٤٢، والشرح الكبير ٤: ٤٤٩.

دليلنا: أنه لا دليل على جواز ذلك، والأصل كون الرهن عندهما. وأيضا فإن الراهن لم يرض بأمانة أحدهما، وإنما رضي بأمانتهما جميعا، فلا يجوز لأحدهما أن ينفرد بحفظه.

مسألة ٥١: لا يجوز للعدلين أن يقتسما بالرهن إذا كان مما يصح قسمته من غير ضرر، مثل الطعام والشيرج وغير ذلك. وللشافعي فيه وجهان (١)، مثل المسألة الأولى سواء. دليلنا: ما قلناه في المسألة الأولى سواء.

مسألة ٥٢: إذا استقرض ذمي من مسلم مالا، ورهن عنده بذلك خمرا يكون على يد ذمي آخر يبيعها عند محل الحق، فباعها وأتى بثمنها، جاز له أن يأخذه ولا يجبر عليه.

ولأصحاب الشافعي في الإيجاب عليه وجهان: أحدهما: مثل ما قلناه (٢). والثاني يجبر عليه (٣).

دليلنا: أنه لا دليل على إجباره عليه، وله أن يطالب بما لا يكون من ثمن محرم، فلا وجه للإيجاب.

مسألة ٥٣: إذا أقر العبد المرهون بجناية توجب القصاص، أو جناية الخطأ، فأقراره باطل في الحالين. وقال الشافعي: إن أقر بما يوجب القصاص قبل إقراره، لأنه لا يتهم بها نفسه، وإن أقر بجنيتها خطأ لم يقبل إقراره، لأنه إقرار على المولى (٤).

دليلنا: إجماع الفرقة على أن إقرار العبد لا يقبل على نفسه بجناية، ولأن في

(١) أنظر المجموع ١٣: ٢٢٣، وفتح العزيز ١٠: ١٢٠.

(٢) المجموع ١٣: ٢٢٤.

(٣) المجموع ١٣: ٢٢٤.

(٤) الأم ٣: ١٧٨ - ١٧٩، والمجموع ٢٠: ٢٩٠، وفتح العزيز ١١: ٩٣، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٢٣ - ٣٢٤.

الحالين يتضمن إقرارا على الغير، لأنه أقر بجناية العمد، فلو وجب عليه القصاص كان في ذلك إتلاف مال السيد، فهو إقرار عليه.
مسألة ٥٤: إذا أكره المولى عبده المرهون على جناية توجب القصاص، فلا قصاص على المكره، وإنما القصاص على المكره.
وقال الشافعي: المكره يلزمه القصاص (١).

وفي المكره قولان:

أحدهما: يجب القصاص (٢).

والآخر: لا يجب للشبهة (٣).

دليلنا: قوله تعالى: " وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس " (٤) الآية، ونحن نعلم أنه أراد النفس القاتلة، فمن أوجب على غير القاتلة القصاص فعليه الدلالة.

مسألة ٥٥: إذا عفى على مال عن هذا العبد المكره، فإن المال يتعلق برقبة العبد جميعه، لأنه الجاني.

وقال الشافعي: يتعلق نصفه برقبة السيد، ونصفه برقبة العبد، يباع منه

بقدر نصف الأرش، ويقدم على حق المرتهن (٥).

دليلنا: أن العبد هو الجاني، فيجب أن يلزمه المال في رقبته دون المولى، لأنه

(١) الأم ٦: ٤٢، والمجموع ١٨: ٣٩٠ و ٣٩٤، ومغني المحتاج ٤: ٩، والوجيز ٢: ١٢٣، والسراج الوهاج:

٤٧٩، والمغني لابن قدامة ٩: ٣٣١ - ٣٣٢.

(٢) المجموع ١٨: ٣٩١ و ٣٩٤، والوجيز ٢: ١٢٣، ومغني المحتاج ٤: ٩، والسراج الوهاج: ٤٧٩.

(٣) مختصر المزني: ٩٧، ومغني المحتاج ٤: ٩، والوجيز ٢: ١٢٣، والسراج الوهاج: ٤٧٩، والمجموع ١٨: ٣٩١ و ٣٩٤.

(٤) المائدة: ٤٥.

(٥) المجموع ١٨: ٣٩٤، ومغني المحتاج ٤: ١٠.

لا دليل عليه، والأصل براءة الذمة.
وأيضاً فقد بينا أن القصاص يجب على المكره، وكل من قال بذلك، قال بما قلناه.

مسألة ٥٦: إذا باع شيئاً بثمن معلوم إلى أجل معلوم، وشرط رهناً مجهولاً، فإن الرهن فاسد. وبه قال الشافعي (١).

وقال مالك: يصح، ويجبر على أن يأتي برهن قيمته بقدر الدين (٢).
دليلنا: أنه لا دلالة على صحته، فمن ادعى صحته فعليه الدلالة.

مسألة ٥٧: إذا اختلف المتراهنان في عبيدين، فقال المرتهن: رهنتني عبيدين.
وقال الراهن: رهنتك أحدهما.

وكذلك إن اختلفا في مقدار الحق، فقال الراهن: رهنتك بخمسمائة.

وقال المرتهن: بألف، كان القول قول الراهن مع يمينه، وبه قال الشافعي (٣).

وقال مالك: القول قول من شهد له قيمة الرهن، فإن كان الحق ألفاً،

وقيمة كل واحد من العبيدين ألفاً، كان القول قول الراهن مع يمينه، لأن

الظاهر أن أحد العبيدين رهن. وإن كان قيمتهما جميعاً ألفاً، وقيمة أحدهما

خمسمائة كان القول قول المرتهن، لأن الظاهر أن العبيدين رهن.

(١) الأم ٣: ١٦١، ومختصر المزني: ١٠٠، والمجموع ١٣: ٢٠٨، وفتح العزيز ١٠: ٥٧، والمغني لابن قدامة

٤: ٤٦٠، والشرح الكبير ٤: ٤٦٠.

(٢) بلغة السالك ٢: ١١١، والشرح الصغير في هامش بلغة السالك ٢: ١١١، والمغني لابن قدامة

٤: ٤٦٠، والشرح الكبير ٤: ٤٥٩ - ٤٦٠.

(٣) الأم ٣: ١٩٢، ومغني المحتاج ٢: ١٤٢، والسراج الوهاج: ٢٢٠، وكفاية الأخيار ١: ١٦٤،

والمجموع

١٣: ٢٥٣ - ٢٥٤، وفتح العزيز ١٠: ١٦٩ - ١٧٠، وعمدة القاري ١٣: ٧٤، وحاشية إعانة الطالبين

٣: ٦٤، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٨٢، والشرح الكبير ٤: ٤٦٥ - ٤٦٦، وبداية المجتهد ٢: ٢٧٤ -

٢٧٥

وإرشاد الساري في شرح صحيح البخاري ٤: ٢٩٩.

وكذلك إذا كان الخلاف في قدر الحق الذي فيه الرهن، إذا كانت قيمة الرهن تشهد لقول أحدهما، كان القول قوله (١).
دليلنا: أن الأصل عدم الرهن، وما أقر له الراهن فقد اتفقا عليه، وما زاد عليه فالمرتهن مدع فعليه البينة، وإلا فعلى الراهن اليمين.
وكذلك القول في مقدار الحق، لأن الأصل براءة الذمة، وما أقر به وجب عليه، وما زاد عليه يحتاج إلى بينة، وإلا فعليه الدلالة.
مسألة ٥٨: منفعة الرهن للراهن دون المرتهن، وذلك مثل: سكنى الدار، وخدمة العبد، وركوب الدابة، وزراعة الأرض.
وكذلك نماء الرهن المنفصل عن الرهن لا يدخل في الرهن مثل: الثمرة، والصوف، والولد، واللبن. وبه قال الشافعي (٢).
وقال أبو حنيفة: منفعة الرهن تبطل، فلا تحصل للراهن ولا للمرتهن.
وأما النماء المنفصل، فإنه يدخل في الرهن مثل الثمرة، والولد، والصوف، واللبن وما أشبه ذلك، ويكون حكمه حكم الأصل (٣).
وقال مالك: يدخل الولد، ولا يدخل الثمرة، لأن الولد يشبه الأصل، والثمره

(١) المدونة الكبرى ٥: ٣١٢، وبداية المجتهد ٢: ٢٧٤ - ٢٧٥، وأسهل المدارك في شرح إرشاد السالك ٢: ٣٦٩، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٨٢، والشرح الكبير ٤: ٤٦٥ - ٤٦٦، وفتح العزيز ١٠: ١٧٠.
(٢) الأم ٣: ١٥٥ و ١٦٣، ومختصر المزني: ٩٨، والمجموع ١٣: ٢٢٩، ومغني المحتاج ٢: ١٣١، وفتح العزيز
١٠: ١٤٨، والوجيز ١: ١٦٤، والسراج الوهاج: ٢١٦، والمحلى ٨: ٩١، والنتف ١: ٦٠٤، والمبسوط ٢١: ٧٥، وعمدة القاري ١٣: ٧٣، وبدائع الصنائع ٦: ١٣٩، وبداية المجتهد ٢: ٢٧٢، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٧١، والشرح الكبير ٤: ٤٤٠.
(٣) النتف ١: ٦٠٤، واللباب ٢: ١١، والمبسوط ٢١: ٧٥، وبدائع الصنائع ٦: ١٣٩، وعمدة القاري ١٣: ٧٣، وتبيين الحقائق ٦: ٩٤، والمجموع ١٣: ٣٢٩، وفتح العزيز ١٠: ١٤٨، والمحلى ٨: ٩١، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٧١، والشرح الكبير ٤: ٤٤٠، وبداية المجتهد ٢: ٢٧٢.

لا تشببه (١).

دليلنا: أنه لا دليل على بطلان هذه المنفعة، ولا على دخوله في الرهن، فيجب أن يكون للراهن، لأن الأصل له.

وروى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: " الرهن محلوب ومركوب " (٢) فأثبت للرهن منفعة الحلب والركوب، ولا خلاف أنه ليس ذلك للمرتهن، ثبت أنه للراهن.

وأيضاً روي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: " الرهن من صاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه " (٣) ونماؤه غنمه، فيجب أن يكون له، فمن ادعى خلافه فعليه الدلالة.

مسألة ٥٩: ليس للراهن أن يكره داره المرهونة، أو يسكنها غيره إلا بإذن المرتهن، فإن أكرها وحصلت أجرتها كانت له. وقال الشافعي: له أن يؤجرها ويسكنها غيره (٤). وهل له أن يسكنها بنفسه؟ لهم فيه وجهان (٥).

(١) المدونة الكبرى ٥: ٣٠١، وبداية المجتهد ٢: ٢٧٢، وجواهر الإكليل في شرح مختصر الشيخ خليل ٢: ٨٢، وأسهل المدارك في شرح إرشاد السالك ٢: ٣٧٤، والنتف ١: ٦٠٤، والمجموع ١٣: ٢٢٩، وعمدة القاري ١٤: ٧٣، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٧١، والشرح الكبير ٤: ٤٤٠، وفتح العزيز ١١٠: ١٤٨.

(٢) سنن الدارقطني ٣: ٣٤ حديث ١٣٦، والسنن الكبرى ٦: ٣٨، والأم ٣: ١٥٥.

(٣) سنن الدارقطني ٣: ٣٣ حديث ١٢٣، وترتيب مسند الشافعي ٢: ١٦٣ حديث ٥٦٧، والمستدرک علی الصحیحین ٢: ٥١، والسنن الكبرى ٦: ٣٩، ورواه ابن حبان في صحيحه باختلاف يسير في اللفظ، انظر الإحسان بترتيب ابن حبان ٧: ٥٧٠ حديث ٥٩٠٤.

(٤) المجموع ١٣: ٢٣٠ - ٢٣١، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٧٢ - ٤٧٣، والشرح الكبير ٤: ٤٣١.

(٥) النتف ١: ٦٠٦، والمجموع ١٣: ٢٣٠ - ٢٣١، والوجيز ١: ١٦٤، ومغني المحتاج ٢: ١٣١،

والسراج

الوهاج: ٢١٦، وإرشاد الساري ٤: ٢٩٨.

دليلنا: إجماع الفرقة، وأخبارهم (١)، ولأنه لا دليل على جواز ذلك.
مسألة ٦٠: إذا زوج الراهن عبده المرهون، أو جاريته المرهونة، كان تزويجه
صحيحاً. وبه قال أبو حنيفة (٢).

وقال الشافعي: لا يصح تزويجه (٣).

دليلنا قوله تعالى: " وانكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم
وإمائكم " (٤)، ولم يفصل، فمن ادعى التخصيص فعليه الدلالة.
مسألة ٦١: إذا شرط في حال عقد الرهن شروطاً فاسدة، كانت الشروط
فاسدة، لم يبطل الرهن، ولا البيع الذي كان الرهن شرطاً فيه.

وقال الشافعي: إن كان الشرط ينقص من حق المرتهن، فإنه يفسد الرهن
قولاً واحداً (٥)، وإن زاد في حق المرتهن ففيه قولان:

أحدهما: يفسده (٦). والآخر: لا يفسده (٧).

فإذا قال: يفسد الرهن، فهل يبطل البيع؟ فيه قولان:

(١) أنظر الكافي ٥: ٢٣٢ (باب الرهن)، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٩٥ (باب ٩٥)، والتهذيب ٧: ١٦٨
(باب ١٥)، والاستبصار ٣: ١١٨ (باب ٧٩).

(٢) الفتاوى الهندية ٥: ٤٣٧، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٣٥، والشرح الكبير ٤: ٤٣٦، وفتح العزيز ١٠:
٨٨

٨٩، والبحر الزخار ٥: ١١٩.

(٣) الأم ٣: ١٤٠، والمجموع ١٣: ٢٣١، والوجيز ١: ١٦٤، وفتح العزيز ١٠: ٨٨، وكفاية الأخيار ١:
١٦٣

والسراج الوهاج: ٢١٦، ومغني المحتاج ٢: ١٣١، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٣٥، والشرح الكبير
٤: ٤٣٥، وحاشية إعانة الطالبين ٣: ٦٣، والبحر الزخار ٥: ١١٩.

(٤) النور: ٣٢.

(٥) الأم ٣: ١٥٥ - ١٥٦، والمجموع ١٣: ٢١٦، وفتح العزيز ١٠: ٤٦ - ٤٧، والمغني لابن قدامة ٤:
٤٦٥

والشرح الكبير ٤: ٤٥٧.

(٦) الأم ٣: ١٥٥ - ١٥٦، والمجموع ١٣: ٢١٦، وفتح العزيز ١٠: ٤٣، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٦٥،
والشرح الكبير ٤: ٤٥٧.

(٧) المصادر السابقة.

أحدهما: يبطل، وهو الصحيح عندهم (١).
والثاني: لا يفسد البيع (٢).
وإذا قال البيع صحيح، كان البائع بالخيار بين أن يجيزه بلا رهن، وبين أن يفسخه، لأنه لم يسلم له الرهن.
دليلنا: إن فساد الشرط لا يتعدى إلى فساد الرهن، ولا إلى فساد البيع، لأن تعديه إليهما يحتاج إلى دليل، ولا دليل على ذلك.
مسألة ٦٢: إذا كان له على غيره ألف فقال: أقرضني ألفا آخر حتى أرهن عندك هذه الضيعة بالألفين، صح ذلك، ولم يمنع منه مانع.
وقال الشافعي: لا يصح الرهن، ولا القرض الثاني (٣).
دليلنا: إن فساد ذلك يحتاج إلى شرع، وليس في الشرع ما يدل عليه.
مسألة ٦٣: إذا كانت المسألة بحالها إلا أن من عليه الألف قال الذي له الألف: بعني عبدك هذا بألف درهم، على أن أرهنك داري هذه بهذا الألف، وبالألف الآخر الذي علي، فباعه، صح البيع.
وقال الشافعي: لا يصح (٤).
دليلنا: إن البيع والرهن جميعا جائزان على الانفراد، فمن حكم بفسادهما عند الاجتماع فعليه الدلالة.
مسألة ٦٤: إذا رهن نخلا، أو ماشية، على أن ما أثمرت أو نتجت يكون

(١) الأم ٣: ١٥٥ - ١٥٦، والمجموع ١٣: ٢١٦، وفتح العزيز ١٠: ٤٣ - ٤٤.

(٢) المصادر السابقة.

(٣) الأم ٣: ١٥٥، ومختصر المزني: ١٠٠، والمجموع ١٣: ٢١٨، وكفاية الأخيار ١: ١٦٤، وفتح العزيز ١٠: ٥٢، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٦٦، والشرح الكبير ٤: ٤٥٨.

(٤) الأم ٣: ١٥٥، ومختصر المزني: ١٠٠، والمجموع ١٣: ٢١٧، وفتح العزيز ١٠: ٥٢، والشرح الكبير ٤: ٤٥٨ - ٤٥٩.

رهنًا معه، كان الشرط صحيحًا، والرهن صحيحًا، والبيع الذي يكون هذا شرطًا فيه صحيحًا.

وللشافعي فيه أربعة أقوال: أولها مثل ما قلناه (١).

والثاني: أن الثلاثة فاسدة (٢).

والثالث: أن الشرط فاسد، والرهن والبيع صحيحان، ويكون البائع بالخيار (٣).

والرابع يكون الرهن والشرط فاسدين، والبيع صحيحًا (٤).

دليلنا: أنه لا دلالة على فساد ذلك، والأصل جوازه.

وأيضًا قوله: " كل شرط لا يخالف الكتاب والسنة فهو جائز " (٥).

وقوله: " المؤمنون عند شروطهم " (٦).

مسألة ٦٥: إذا قال رهنتك هذا الحق بما فيه، لا يصح الرهن فيما فيه

بلا خلاف، للجهل بما فيه، ويصح عندنا في الحق.

وللشافعي في الحق قولان، بناء على تفريق الصفقة (٧).

دليلنا: أنه لا دلالة على بطلانه في الحق، فوجب أن يصح.

(١) الأم ٣: ١٩٥، ومختصر المزني: ١٠٠، والمجموع ١٣: ٢١٨ - ٢١٩، وفتح العزيز ١٠: ٤٩ و ٥١ - ٥٢.

(٢) الأم ٣: ١٥٦ و ١٩٥، ومختصر المزني: ١٠٠، والمجموع ١٣: ٢١٨ - ٢١٩، وفتح العزيز ١٠: ٥٢.

(٣) الأم ٣: ١٥٦ و ١٦١ - ١٦٢، ومختصر المزني: ١٠٠، والمجموع ١٣: ٢١٨ - ٢١٩، وفتح العزيز ١٠: ٥٢.

(٤) مختصر المزني: ١٠٠، والمجموع ١٣: ٢١٨ - ٢١٩، وفتح العزيز ١٠: ٥٢.

(٥) الكافي ٥: ١٦٩ حديث ١، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٢٧ حديث ٥٥٣، والتهذيب ٧: ٢٢ حديث ٩٤

و ٧: ٢٥ حديث ١٠٧.

(٦) التهذيب ٧: ٣٧١ حديث ١٥٠٣، والاستبصار ٣: ٢٣٢ حديث ٨٣٥، والمصنف لابن أبي شيبة

٦: ٥٦٨ حديث ٢٠٦٤، وتلخيص الحبير ٣: ٢٣ و ٤٤ حديث ١١٩٥ و ١٢٤٦، والمغني لابن قدامة

٤: ٣٨٤، والشرح الكبير ٤: ٣٨٦.

(٧) الأم ٣: ١٦١، ومختصر المزني: ١٠٠، والمجموع ١٣: ٢٠٨، وفتح العزيز ١٠: ٥٧.

مسألة ٦٦: الرهن غير مضمون عندنا، فإن تلف من غير تفريط فلا ضمان على المرتهن، ولا يسقط دينه عن الراهن. وبه قال علي عليه السلام. فإنه روي عنه أنه قال: " الرهن أمانة " (١). وروي أنه قال: " إذا تلف الرهن بالجائحة فلا ضمان على المرتهن " (٢). وهو مذهب عطاء بن أبي رباح، وإليه ذهب الشافعي، وأحمد بن حنبل، والأوزاعي، وأبو عبيد، وأبو ثور، وهو اختيار أبو بكر ابن المنذر (٣). وذهب أبو حنيفة، وسفيان الثوري إلى: أن الرهن مضمون بأقل الأمرين من قيمته، أو الدين (٤)، وبه قال عمر بن الخطاب (٥). وذهب شريح، والشعبي، والنخعي، والحسن البصري إلى: أن الرهن مضمون بجميع الدين، فإذا تلف الرهن في يد المرتهن سقط جميع الدين، وإن كان أضعاف قيمته. وقالوا: الرهن بما فيه (٦).

- (١) لم أقف على لفظ الرواية ولكن يستفاد ذلك مما رواه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٤٣.
(٢) أنظر المصدر السابق.
(٣) مختصر المزني: ١٠١، والمجموع ١٣: ٢٤٩، وكفاية الأخيار ١: ١٦٣، ومغني المحتاج ٢: ١٣٧، وفتح العزيز ١٠: ١٣٨، والنتف ١: ٦٠٧، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٧٨، والإقناع ٢: ١٦٠ و ١٦٢، والشرح الكبير ٤: ٤٤٤، وأحكام القرآن للجصاص ١: ٥٢٦ - ٥٢٧، وبداية المجتهد ٢: ٢٧٣، والمبسوط ٢١: ٦٥، والبحر الزخار ٥: ١١٣.
(٤) أحكام القرآن للجصاص ١: ٥٢٦، والنتف ١: ٦٠٨، واللباب ٢: ٥، والمبسوط ٢١: ٦٤ - ٦٥، وبدائع الصنائع ٦: ١٥٤ و ١٦٠، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٧٩، والشرح الكبير ٤: ٤٤٥، والمجموع ١٣: ٢٤٩، وفتح العزيز ١٠: ١٣٨، وبداية المجتهد ٢: ٢٧٣، والبحر الزخار ٥: ١١٣.
(٥) أحكام القرآن للجصاص ١: ٥٢٧، وسنن الدارقطني ٣: ٣١ حديث ١١٩ - ١٢٠، والمبسوط ٢١: ٦٤، وبدائع الصنائع ٦: ١٦٠، والمجموع ١٣: ٢٤٩، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٧٨ - ٤٧٩، والشرح الكبير ٤: ٤٤٥، والبحر الزخار ٥: ١١٣.
(٦) أحكام القرآن للجصاص ١: ٥٢٧، والنتف ١: ٦٠٨، والمبسوط ٢١: ٦٥، وبدائع الصنائع ٦: ١٦٠، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٧٨ - ٤٧٩، والشرح الكبير ٤: ٤٤٤ - ٤٤٥، والمجموع ١٣: ٢٥٠.

دليلنا: إجماع الفرقة، وأخبارهم ذكرناها في الكتاب المذكور (١)، وما روينا عن علي عليه السلام دليل عليه، لأن قوله حجة. وروى سعيد بن المسيب، عن أبي هريرة، عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: " لا يغلق الرهن والرهن من صاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه " (٢). وفيه دليلان: أحدهما: أنه قال: " له غنمه وعليه غرمه ". والثاني: " أنه قال: " الرهن من صاحبه " يعني من ضمان صاحبه. ومعنى قوله: " لا يغلق الرهن " أي لا يملكه المرتهن. وأيضاً قال النبي صلى الله عليه وآله: " الخراج بالضمان " (٣). وخراجه للراهن بلا خلاف، فوجب أن يكون من ضمانه. مسألة ٦٧: إذا ادعى المرتهن هلاك الرهن قبل قوله مع يمينه، سواء ادعى هلاكه بأمر ظاهر مثل: الغرق، والحرق، والنهب. أو بأمر خفي مثل: التلصص، والسرقة الخفية، والضياع، وبه قال الشافعي (٤). وقال مالك: إن ادعى هلاكه بأمر ظاهر قبل قوله مع يمينه، وإذا حلف

-
- (١) الكافي ٥: ٢٣٤ حديث ٨، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٦٦ حديث ٨٩٣، والتهذيب ٧: ٧٦٥ حديث ٧٦٢، والاستبصار ٣: ١٢٠ حديث ٤٢٧ - ٤٢٨.
- (٢) سنن الدارقطني ٣: ٣٣ حديث ١٢٣، وترتيب مسند الشافعي ٢: ١٦٣ حديث ٥٦٧، والسنن الكبرى ٦: ٣٩، والمستدرک علی الصحیحین ٢: ٥١، والإحسان بترتيب صحيح ابن حبان ٧: ٥٧٠ حديث ٥٩٠٤.
- (٣) سنن ابن ماجه ٢: ٧٥٤ حديث ٢٢٤٣، وسنن الترمذي ٣: ٥٨٢ حديث ١٢٨٥ - ١٢٨٦، وسنن النسائي ٧: ٢٥٥، وترتيب مسند الشافعي ٢: ١٤٣ حديث ٣٧٩، ومنحة المعبود ١: ٢٦٧ حديث ١٣٤٧.
- (٤) الأم ٣: ١٦٧، وكفاية الأختيار ١: ١٦٣، وفتح العزيز ١٠: ١٣٩، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٧٨، والشرح الكبير ٤: ٤٤٤ - ٤٤٥، وبداية المجتهد ٢: ٢٧٣.

لا ضمان عليه، وإذا ادعى هلاكه بأمر خفي لم يقبل قوله إلا ببينة، فإن لم يكن له بينة وجب عليه الضمان (١).

دليلنا: إجماع الفرقة، وعموم الأخبار التي أوردناها (٢)، فمن ادعى تخصيصها فعليه الدلالة.

مسألة ٦٨: إذا كاتب عبده على نجمين، وأخذ به رهنا، صح الرهن. وبه قال أبو حنيفة (٣).

وقال الشافعي: لا يصح (٤).

دليلنا قوله تعالى: " فرهان مقبوضة " (٥) ولم يفرق، فهو على عمومته.

(١) بداية المجتهد ٢: ٢٧٣، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٧٩، والمجموع ١٣: ٢٥٠، وفتح العزيز ١٠: ١٣٩،

والشرح الكبير ٤: ٤٤٥.

(٢) أنظر ما تقدمت الإشارة إليه في المسألة السابقة من الأخبار.

(٣) المبسوط ٢١: ١٣٤ - ١٣٥، وتبيين الحقائق ٦: ٦٦، وفتح العزيز ١٠: ٣٤.

(٤) الأم ٣: ١٦٠، ومغني المحتاج ٢: ١٢٧، والوجيز ١: ١٦١، والسراج الوهاج: ٢١٤، وفتح العزيز

١٠: ٣٣ - ٣٤، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٠٩، والشرح الكبير ٤: ٤٠٠.

(٥) البقرة: ٢٨٣.

كتاب التفليس

(٢٥٩)

مسألة ١: المفلس في الشرع: من ركبته الديون، وماله لا يفي بقضائها، فإذا جاء غرماؤه إلى الحاكم، وسألوه الحجر عليه، فإنه يجب على الحاكم أن يحجر عليه إلا مقدار نفقته إذا ثبت عنده دينهم، وأنه حال غير مؤجل، وإن صاحبهم مفلس لا يفي ماله بقضاء دينهم، فإذا ثبت جميع ذلك عنده، فلسه وحجر عليه. وتعلق بحجره ثلاثة أحكام:

أحدها: أنه يتعلق ديونهم بعين المال الذي في يده.

والثاني: أنه يمنع من التصرف في ماله، وإن تصرف لم يصح تصرفه.

والثالث: أن كل من وجد من غرمائه عين ماله عنده، كان أحق به من غيره.

وقد روي: أنه يكون أسوة للغرماء، ويتعلق دينه بدمته (١).

والصحيح الأول.

وإن مات هذا المديون قبل أن يحجر الحاكم عليه، فهو بمنزلة ما لو حجر عليه

في حال الحياة، يتعلق بماله الأحكام الثلاثة التي ذكرناها. وبه قال علي

عليه السلام، وعثمان بن عفان، وأبو هريرة، وفي الفقهاء أحمد، وإسحاق،

والشافعي (٢).

(١) التهذيب ٦: ١٩٣ حديث ٤٢١، والاستبصار ٣: ٨ حديث ٢٠.

(٢) الأم ٣: ١٩٩، والمجموع ١٣: ٢٧٩ و ٢٩٨، ومغني المحتاج ٢: ١٤٦ - ١٤٧، والوجيز ١: ١٧٠ و ١٧٢،

وفتح العزيز ١٠: ١٩٦، وكفاية الأختيار ١: ١٦٦، والمحلى ٨: ١٧٦، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٩٣ - ٤٩٤، والشرح الكبير ٤: ٥٠٠ و ٥٠٣، وعمدة القاري ١٢: ٢٣٨ و ٢٤٠.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز للغرماء أن يسألوا الحاكم الحجر عليه، فإن سألوه وأدى اجتهاده إلى الحجر عليه، فإن ديونه لا تتعلق بعين ماله، بل تكون في ذمته، ويمنع من التصرف في ماله كما قلناه، لأن حجر الحاكم عنده صحيح، ولا يجوز لمن وجد من الغرماء عين ماله أن يفسخ البيع، وإنما يكون أسوة للغرماء كما روينا في بعض الأخبار (١)، وكذا الحكم إذا مات (٢).
وقال مالك مثل قولنا إذا حجر عليه الحاكم، فأما بعد الموت فإنه قال: يكون أسوة للغرماء، ولا يكون صاحب العين أحق بها من غيره (٣).
دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم، وقد أوردناها في الكتابين، وبيننا الوجه في الرواية التي تخالفها (٤).
وروى أبو هريرة قال: قضى رسول الله صلى الله عليه وآله أيما رجل مات أو أفلس، فصاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجده بعينه (٥).
وروى غياث بن إبراهيم، عن جعفر بن محمد، عن أبيه، أن عليا كان

- (١) تقدمت الإشارة إليه في الهامش رقم " ١ " من هذه المسألة.
(٢) اللباب ٢: ٢٣، والمبسوط ٢٤: ١٦٣، والتنف ٢: ٧٥٢، وعمدة القاري ٢: ٢٤٠، والهداية المطبوع مع شرح فتح القدير ٧: ٣٣٠ و ٥٠٠، وتبيين الحقائق ٥: ١٩٩ و ٢٠١، والفتاوى الهندية ٥: ٦١ و ٦٤، وبداية المجتهد ٢: ٢٨٣، والمجموع ١٣: ٢٧٩، وفتح العزيز ١٠: ١٩٦، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٩٤، والشرح الكبير ٤: ٥٠٣.
(٣) المدونة الكبرى ٥: ٢٣٧، وبداية المجتهد ٢: ٢٨٣ - ٢٨٤، والموطأ ٢: ٦٧٨، وفتح الرحيم ٢: ١٤٢، وأقرب المسالك ٢: ١٣٧، والمحلى ٨: ١٧٧، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٩٤، والشرح الكبير ٤: ٥٠٣، والمجموع ١٣: ٢٧٩، وفتح العزيز ١٠: ١٩٦.
(٤) أنظر التهذيب ٦: ١٩٣ حديث ٤٢١، والاستبصار ٣: ٨ حديث ٢٠.
(٥) سنن ابن ماجه ٢: ٧٩١ حديث ٢٣٥٩ و ٢٣٦١، والمستدرک علی الصحیحین ٢: ٥١، وترتيب مسند الشافعي ٢: ١٦٣ حديث ٥٦٤، وسنن الدارقطني ٣: ٢٩ حديث ١٠٧.

يفلس الرجل إذا التوى على غرمائه، ثم يأمر به فيقسم ماله بينهم بالحصص، فإن أبي، باعه فقسمه بينهم (١)، يعني: ماله.
وروى إسحاق بن عمار (٢)، عن جعفر، عن أبيه: أن عليا عليه السلام كان يفلس الرجل إذا التوى على غرمائه، ثم يأمر فيقسم ماله بينهم بالحصص، فإن أبي باعه فيقسم بينهم (٣). يعني: ماله.
فأما المسألة الثالثة يدل عليها ما رواه حماد بن عيس، عن عمر بن يزيد (٤)، عن أبي الحسن عليه السلام، قال: سألته عن الرجل يركبه الدين، فيوجد متاع رجل عنده؟ قال: لا يحاصه الغرماء (٥).
مسألة ٢: إذا مات المديون عليه، فكل من وجد من غرمائه عين ماله كان أحق بها إذا كان خلف وفاء للباقيين، وإن لم يخلف إلا الشيء بعينه كانوا سواء، ولم يكن واحد منهم أحق من غيره بعين ماله.
وقال أبو سعيد الإصطخري: كل من وجد من غرمائه عين ماله فهو أحق بها، سواء خلف وفاء أو لم يخلف (٦).
وقال الباقر من أصحاب الشافعي: إذا خلف وفاء للديون، لم يكن لأحد

(١) التهذيب ٦: ٢٩٩ حديث ٨٣٣.

(٢) إسحاق بن عمار بن موسى الساباطي، ممن روى عن الإمام الصادق عليه السلام، قيل: إنه فطحي ثقة، له أصل، وأصله معتمد عليه. انظر تنقيح المقال ١: ١١٥.

(٣) الكافي ٥: ١٠٣ حديث ١، والتهذيب ٦: ٢٩٩ حديث ٨٣٥، والاستبصار ٣: ٧ حديث ١٥.

(٤) عمر بن محمد بن يزيد، أبو الأسود، يباع السابري، مولى ثقيف، كوفي، ثقة جليل، أحد من كان يفد في كل سنة، روى عن أبي عبد الله وأبي الحسن عليهما السلام. انظر رجال النجاشي: ٢٠١، وتنقيح المقال ٢: ٣٤٧.

(٥) التهذيب ٦: ١٩٣ حديث ٤٢٠، والاستبصار ٣: ٨ حديث ١٩.

(٦) المجموع ١٣: ٣٤١، وفتح العزيز ١٠: ١٩٩، والشرح الكبير ٤: ٥٠٨.

أن يأخذ عين ماله، وإنما له ذلك إذا لم يخلف غيره، عكس ما قلناه (١).
دليلنا: إجماع الفرقة.

وأيضاً روى محمد بن علي بن محبوب (٢)، عن أحمد بن محمد (٣)، عن الحسن بن محبوب، عن أبي ولاد (٤) قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باع من رجل متاعاً إلى سنة، فمات المشتري قبل أن يحل ماله، وأصاب البائع متاعه بعينه، أله أن يأخذه إذا تحقق له؟، قال: فقال: إن كان عليه دين وترك نحواً من مقدار ما عليه، فليأخذ إن تحقق له، فإن ذلك حلال له، وإن لم يترك نحواً من دينه، فإن صاحب المتاع كواحد ممن له عليه شيء، يأخذ بحصته، ولا سبيل له على المتاع (٥).

مسألة ٣: إذا باع شقصاً من أرض، أو دار، ولم يعلم شريكه بالبيع حتى فلس المشتري، فلما سمع جاء يطالبه بالشفعة، فإنه يستحق الشفعة، ويؤخذ ثمن الشقص منه، فيكون بينه وبين الغرماء الباقيين.
وللشافعي فيه ثلاثة أقوال:

-
- (١) المجموع ١٣: ٣٤١، والوجيز ١: ١٧٢، وفتح العزيز ١٠: ١٩٩، وفتح الباري ٥: ٦٤.
(٢) أبو جعفر، محمد بن علي بن محبوب الأشعري القمي، شيخ القميين في زمانه، ثقة، عين، فقيه، صحيح المذهب، له كتب، روى عنه أحمد بن إدريس ومحمد بن يحيى العطار وغيرهما. تنقيح المقال ٣: ١٦٠.
(٣) أحمد بن محمد بن عيسى بن عبد الله بن سعد بن مالك الأشعري القمي أبو جعفر، شيخ القميين ووجههم وفقههم، لقي الإمام الرضا والحواد والعسكري عليهم السلام وروى عنهم، وثقه رجل من ترجم له، روى عن الحسن بن محبوب. تنقيح المقال ١: ٩٠ - ٩٢.
(٤) أبو ولاد حفص بن سالم الحنط، مولى، جعفي، وقيل: حفص بن يونس، مخزومي. من أصحاب الإمام الصادق عليه السلام، ثقة، من أصحاب الأصول، روى أصله الحسن بن محبوب. انظر رجال النجاشي: ٩٨، وتنقيح المقال ١: ٣٥٣.
(٥) التهذيب ٦: ١٩٣ حديث ٤٢١، والاستبصار ٣: ٨ حديث ٢٠.

أحدها: وهو الصحيح عند أصحابه، مثل ما قلناه (١).
والثاني: أن البائع أحق بعين ماله، ولا حق للشفيع ولا لسائر الغرماء (٢).
والثالث: أن الشفيع يأخذ الشقص بالشفعة، ويؤخذ منه الثمن، فيخص به شريكه البائع، ولا حق للغرماء فيه (٣).

دليلنا: أن المشتري إذا فلس، انتقل الملك عنه إلى حق الغرماء، فلم يكن عين المبيع قائما، فلا يكون البائع أحق به، لأن حق الشفيع ثابت على المشتري حين العقد، فيؤخذ ثمنه منه، فيكون أسوة للغرماء، ولا يكون أحق بالثمن، لأن الحق إنما يثبت له في عين ماله، فأما في ثمنه فلا دلالة على ذلك.

مسألة ٤: إذا اختار عين ماله في الموضوع الذي له ذلك، فقال له الغرماء: نحن نعطيك ثمنه، ونسقط حقه من العين، لم يجب عليه قبوله، وله أخذ العين، ويكون فائدته أن ثمن العين ربما كان أكثر، فيرتفق الغرماء بذلك. وبه قال الشافعي (٤).

وقال مالك: يجبر على قبض الثمن، وسقط حقه من العين (٥).
دليلنا: عموم الأخبار في أنه أحق بعين ماله (٦)، فمن خصصها فعليه الدلالة.

مسألة ٥: إذا باع رجل من رجل عبيدين قيمتهما سواء بثمان، وأفلس

(١) المجموع ١٣: ٣٠٦، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٢٢، والشرح الكبير ٤: ٥١٤ - ٥١٥.

(٢) المصادر المتقدمة.

(٣) نفس المصادر المتقدمة.

(٤) الأم ٣: ٢٠٠، والمجموع ١٣: ٣٠١، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٩٦، والشرح الكبير ٤: ٥٠٥، وعمدة القاري ١٢: ٢٣٨.

(٥) المدونة الكبرى ٤: ٣٥٢ - ٣٥٣، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٩٦، والمجموع ١٣: ٣٠١، وعمدة القاري

١٢: ٢٣٨، والشرح الكبير ٤: ٥٠٥.

(٦) أنظر التهذيب ٦: ١٩٣، حديث ٤٢٠ و ٤٢١، والاستبصار ٣: ٨، حديث ١٩ و ٢٠.

المشتري بالثمن، وكان قد قبض منه قبل الإفلاس نصف ثمنهما، فإن حقه يثبت في العين. وبه قال الشافعي في الجديد (١).
وقال في القديم: إذا قبض بعض ثمن العين، لم يكن له فيها حق إذا وجدها (٢). وبه قال مالك (٣).
دليلنا: قوله عليه السلام: " فصاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجده بعينه "

وهذا وجد عين متاعه، فيجب أن يكون أحق.
مسألة ٦: إذا باع زيتا، فخلطه المشتري بأجود منه، ثم أفلس المشتري بالثمن، سقط حق البائع من عين الزيت، وبه قال الشافعي (٤).
وقال المزني: لا يسقط حقه من عينه (٥).
دليلنا: أن عين زيتته نافذة، بدلالة أنها ليست موجودة مشاهدة، لأننا لا نشاهدها، ولا من طريق الحكم، لأنه ليس له أن يطالب بقسمته. وإذا لم تكن موجودة من الوجهين، كانت بمنزلة التالفة، فسقط حقه من عينها.
مسألة ٧: إذا باع رجل ثوبا من رجل وكان خاما، فقصره أو قطعه قميصا، وخاط بخيوط منه، أو باعه حنطة فطحنها، أو غزلا فنسجه، ثم أفلس بالثمن، ثم

(١) مختصر المزني: ١٠٣، والمجموع ١٣: ٣٠٣، وفتح العزيز ١٠: ٢٤٨، وعمدة القاري ١٢: ٢٣٨ - ٢٣٩،

وبداية المجتهد ٢: ٢٨٤.

(٢) الأم ٣: ٢٠٢، والمجموع ١٣: ٣٠٣، وفتح العزيز ١٠: ٢٤٨، وعمدة القاري ١٢: ٢٣٨ - ٢٣٩.

(٣) الموطأ ٢: ٦٧٩، وبداية المجتهد ٢: ٢٨٤، وجواهر الإكليل ٢: ٩٥، والشرح الصغير بهامش بلغة السالك ٢: ١٣٦، وعمدة القاري ١٢: ٢٣٨، والمجموع ١٣: ٣٠٣.

(٤) الأم ٣: ٢٠٣، ومختصر المزني: ١٠٣، وفتح العزيز ١٠: ٢٦٥، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٠١، والشرح الكبير ٤: ٥١٩.

(٥) الأم ٣: ٢٠٣، ومختصر المزني: ١٠٣، وفتح العزيز ١٠: ٢٦٥.

وجد البائع عين ماله، فالبايع أحق بعين ماله، ويشاركه المفلس فيها، ويستحق
أجرة المثل في العمل عليه. وهو اختيار الشافعي (١).
وقال المزني: لا يشاركه فيها، ويختص البائع بها (٢).
دليلنا: أن هذه الصنائع إذا كان لها أجرة، والعمل غير منفصل من العين،
فيجب أن يشاركه صاحب العين فيها بصنعه، وإلا أدى إلى بطلان حقه،
وذلك لا يجوز.

مسألة ٨: إذا قسم الحاكم مال المفلس بين غرمائه، ثم ظهر غريم آخر، فإن
الحاكم ينقض القسمة، ويشاركهم هذا الغريم فيما أخذوه. وبه قال
الشافعي (٣).

وقال مالك: لا ينقض الحاكم القسمة، وإنما يكون دين هذا الغريم فيما
يظهر للمفلس من المال بعد ذلك (٤).

دليلنا: عموم الأخبار التي رويناها في أن المال يقسم بين الغرماء (٥)،
وذلك عام فيمن حضر ومن لم يحضر، فينبغي أن يكون مستحقاً للقسمة، وإذا
قسم في غيره لم يبطل قسمته، لأنه لا دليل عليه.

-
- (١) الأم ٣: ٢٠٣ و ٢٠٤، ومختصر المزني: ١٠٣، والمجموع ١٣: ٣٢٢ - ٣٢٣، وفتح العزيز ١٠:
٢٦٧،
والمغني لابن قدامة ٤: ٥٠٣، والشرح الكبير ٤: ٥٢٠.
- (٢) الأم ٣: ٢٠٣، ومختصر المزني: ١٠٣، والمجموع ١٣: ٣٢٢، وفتح العزيز ١٠: ٢٦٧، والمغني لابن
قدامة
٤: ٥٠٣، والشرح الكبير ٤: ٥٢١.
- (٣) مختصر المزني: ١٠٤، والمجموع ١٣: ٣٤٢، ومغني المحتاج ٢: ١٥٢، والوجيز ١: ١٧١، وفتح
العزيز
١٠: ٢١٩، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٣٢، والشرح الكبير ٤: ٥٤٦.
- (٤) جواهر الإكليل ٢: ٨٩، والمجموع ١٣: ٣٤٢، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٣٢، والشرح الكبير ٤:
٥٤٦.
- (٥) الكافي ٥: ١٠٢ حديث ١، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٩ حديث ٤٣، والتهذيب ٦: ٦٠ حديث ٤٤٤،
والاستبصار ٣: ٧ حديث ١٥.

مسألة ٩: عندنا أن للحاكم أن يحجر على من عليه الدين. وبه قال الشافعي (١).
وقال أبو حنيفة: لا يجوز له الحجر عليه بحال، بل يحبسهُ أبداً إلى أن يقضيه (٢).
دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٣)، وقد أوردناها فيما مضى.
مسألة ١٠: يجوز للحاكم أن يبيع مال المفلس، ويقسمه بين الغرماء. وبه قال الشافعي (٤).
وقال أبو حنيفة: ليس له بيعه، وإنما يجبره على بيعه، فإن باعه وإلا حبسه إلى أن يبيعه، ولا يتولاه من غير اختياره (٥).
دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم، وقد أوردناها فيما مضى (٦).

-
- (١) مختصر المزني: ١٠٤ - ١٠٥، والمجموع ١٣: ٢٧٨، والوجيز ١: ١٧١، وفتح العزيز ١٠: ١٩٦ و ٢١٦،
ومغني المحتاج ٢: ١٤٦، والأشباه والنظائر للسيوطي: ٤٦٠، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٢٩، والشرح الكبير ٤: ٥٠٠، وتبيين الحقائق ٥: ١٩٢ و ١٩٩.
(٢) اللباب ٢: ٢٠، والمبسوط ٢٤: ١٦٣، وتبيين الحقائق ٥: ١٩٢ و ١٩٩، والهداية المطبوع مع شرح فتح القدير ٧: ٣٢٤ و ٣٢٧، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٢٩، والشرح الكبير ٤: ٥٠٠، وفتح العزيز ١٠: ١٩٦ و ٢١٦، والمجموع ١٣: ٢٧٩.
(٣) أنظر التهذيب ٦: ٢٩٩ حديث ٨٣٣ و ٨٣٥.
(٤) الأم ٣: ٢١٢، والمجموع ١٣: ٢٧٢، والوجيز ١: ١٧١، وفتح العزيز ١٠: ٢١٦، ومغني المحتاج ٢: ١٥٠،
والسراج الوهاج: ٢٢٤، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٢٩، وبداية المجتهد ٢: ٢٨٠.
(٥) المبسوط ٢٤: ١٦٤ و ١٦٥، وشرح فتح القدير ٧: ٣٢٨، والفتاوى الهندية ٣: ٤١٩، وتبيين الحقائق ٥: ١٩٩ - ٢٠٠، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٧: ٣٢٨، والمجموع ١٣: ٢٧٢، وفتح العزيز ١٠: ٢١٦، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٢٩ - ٥٣٠، وبداية المجتهد ٢: ٢٨٠، واللباب ٢: ٢٠.
(٦) أنظر الكافي ٥: ١٠٢ حديث ١، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٩ حديث ١، والتهذيب ٦: ١٩١ حديث ٤١٢ و ٦: ٢٩٩ حديث ٨٣٣، والاستبصار ٣: ٧ حديث ١٥.

وأيضاً روى كعب بن مالك (١): أن النبي صلى الله عليه وآله حجر على معاذ، وباع عليه ماله في دينه (٢). وهذا يقتضي أنه باعه بغير اختياره. وأيضاً روى عن عمر بن الخطاب، أنه خطب الناس وقال: ألا إن الاسيفع (٣) اسيفع جهينة، قد رضى من دينه وأمانته بأن يقال: قد سبق الحاج، فأدان معرضاً، فأصبح وقد رين (٤) به، فمن كان عليه دين، فليحضر غداً، فإننا بائعوا ماله، وقاسموه بين غرمائه (٥). ولا يعرف له مخالف.

مسألة ١١: إذا أفلس الرجل، وحجر عليه الحاكم، ثم تصرف في ماله إما بالهبة، أو البيع، أو الإجارة، أو العتق، أو الكتابة، أو الوقف كان تصرفه باطلاً.

وللشافعي فيه قولان:

-
- (١) كعب بن مالك بن أبي كعب واسمه عمرو بن ألقين بن كعب بن سواد، أبو عبد الله السلمي، وقيل في كنيته غير هذا، شاعر، روى عن النبي صلى الله عليه وآله وعن أسيد بن حضير، وعنه أولاده وعبد الله بن عباس وجابر وغيرهم، قيل إنه مات قبل الأربعين وقيل إحدى وخمسين، وقيل غير ذلك. أنظر تهذيب التهذيب ٨: ٤٤٠، وأسد الغابة ٤: ٢٤٧.
- (٢) روى قصة الحجر على معاذ عبد الرزاق بن همام في مصنفه ٨: ٢٦٨ حديث ١٥١٧٧، والبيهقي في سننه ٦: ٤٨، والحاكم في المستدرک ٢: ٥٨، والذهبي في تلخيصه المطبوع في ذيل المستدرک على الصحيحين ٢: ٥٨، وابن قدامة في المغني ٤: ٤٩٣، والعسقلاني في تلخيص الحبير ٣: ٣٧، بألفاظ مختلفة، فلاحظ.
- (٣) الاسيفع رجل من جهينة كان يشتري الرواحل فيغالي بها ثم يسرع السير فيسبق الحاج، فأفلس، فرفع أمره إلى عمر بن الخطاب.
- أما قوله (أدان معرضاً) أي استقرض ممن أمكنه.
- (٤) في أكثر النسخ "دين به" أما كلمة "رين به" معناها: وقع فيما لا يستطيع الخروج منه.
- (٥) رواه العسقلاني أيضاً في تلخيص الحبير ٣: ٤٠ - ٤١ ذيل حديث ١٢٣٩، والرافعي في فتح العزيز ١٠: ٢١٧ فلاحظ.

أحدهما: مثل ما قلناه، وهو اختيار المزني (١)، وهو الصحيح عندهم (٢).
والثاني: أن تصرفه موقوف، ويقسم ماله سوى ما تصرف فيه بين غرمائه،
فإن كان وفالهم صح تصرفه، وإن لم يف بطل تصرفه (٣).
دليلنا: ظاهر الخبر أنه كان يفلس الرجل (٤)، فإذا ثبت ذلك، فمن خالف
أمر الإمام أو النائب عنه كان تصرفه باطلا، ولأنه كان يؤدي إلى أنه لا فائدة
للحجر متى فرضنا أن تصرفه يكون صحيحا.
مسألة ١٢: إذا أقر المحجور عليه بدين لغيره، وزعم أنه كان عليه قبل الحجر
قبل إقراره، وشارك الغرماء. وهو اختيار الشافعي، وقال: وبه أقول (٥).
وله قول آخر: وهو أن يكون في ذمته، يقضى من الفاضل من دين
غرمائه (٦).
دليلنا: أن إقراره صحيح، وإذا ثبت صحته، فالخبر على عمومه في قسمة
ماله بين غرمائه (٧)، فمن خصصه فعليه الدلالة.

- (١) مختصر المزني: ١٠٤.
(٢) الأم ٣: ٢١٠، ومختصر المزني: ١٠٤، والمجموع ١٣: ٢٨٢، ومغني المحتاج ٢: ١٤٨، والسراج
الوهاب:
٢٢٣، وفتح العزيز ١٠: ٢٠٤، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٣٠، والشرح الكبير ٤: ٥٠١.
(٣) الأم ٣: ٢١٠ و ٢١١، ومختصر المزني: ١٠٤، ومغني المحتاج ٢: ١٤٨، والسراج الوهاب: ٢٢٣،
والمجموع ١٣: ٢٨٢، وفتح العزيز ١٠: ٢٠٤، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٣٠، والشرح الكبير ٤: ٥٠١.
(٤) انظره في الكافي ٥: ١٠٢ حديث ١، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٩ ذيل الحديث الأول، والتهذيب
٦: ٢٩٩ حديث ٨٣٥، والاستبصار ٣: ٧ حديث ١٥.
(٥) الأم ٣: ٢١٠، ومختصر المزني: ١٠٤، والمجموع ١٣: ٢٨٥ - ٢٨٦، ومغني المحتاج ٢: ١٤٨،
والسراج
الوهاب: ٢٢٣، وفتح العزيز ١٠: ٢٠٦.
(٦) الأم ٣: ٢١٠، ومختصر المزني: ١٠٤، ومغني المحتاج ٢: ١٤٨، والسراج الوهاب: ٢٢٣،
والمجموع
١٣: ٢٨٥ - ٢٨٦، وفتح العزيز ١٠: ٢٠٦.
(٧) أنظر الكافي ٥: ١٠٢ حديث ١، والتهذيب ٦: ١٩١ حديث ٤١٢، والاستبصار ٣: ٧ حديث ١٥.

مسألة ١٣: من كان عليه ديون حالة ومؤجلة، وحجر عليه الحاكم بسبب الديون الحالة، لا تصير المؤجلة حالة. وبه قال المزني، وهو الصحيح من أحد قولي الشافعي عند أصحابه (١).

وقوله الآخر: أنها تصير حالة (٢). وبه قال مالك (٣).
دليلنا: أن الأصل كونها مؤجلة، ولا دليل على أنها تصير غير مؤجلة، فمن ادعى ذلك فعليه الدلالة.

مسألة ١٤: من مات وعليه دين مؤجل، حل عليه بموته. وبه قال أبو حنيفة، والشافعي، ومالك، وأكثر الفقهاء (٤). إلا الحسن البصري، فإنه قال: لا تصير المؤجلة حالة بالموت (٥).
فأما إذا كانت له ديون مؤجلة، فلا تحل بموته بلا خلاف، إلا رواية شاذة رواها أصحابنا أنها تصير حالة (٦).

(١) الأم ٣: ٢١٢، ومغني المحتاج ٢: ١٤٧، والسراج الوهاج: ٢٢٣، والوجيز ١: ١٧٣ والمجموع ١٣: ٢٨٩،

وفتح العزيز ١٠: ٢٠١، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٢٥، والشرح الكبير ٤: ٥٤٣.
(٢) المجموع ١٣: ٢٨٩، والسراج الوهاج: ٢٢٣، ومغني المحتاج ٢: ١٤٧، وفتح العزيز ١٠: ٢٠١،
والمغني

لابن قدامة ٤: ٥٢٥، والشرح الكبير ٤: ٥٤٣.
(٣) المدونة الكبرى ٥: ٢٣٥، وبلغة السالك ٢: ١٢٧، وبداية المجتهد ٢: ٢٨٢، وجواهر الإكليل ٢: ٨٨،

والشرح الصغير بهامش بلغة السالك ٢: ١٢٧، وفتح الرحيم ٢: ١٤٣، والمجموع ١٣: ٢٨٩، وفتح
العزيز ١٠: ٢٠١، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٢٥، والشرح الكبير ٤: ٥٤٣.
(٤) الأم ٣: ٢١٢، والمجموع ١٣: ٣٣٨، وفتح العزيز ١٠: ٢٠١، والسراج الوهاج: ٢٢٢، وبداية
المجتهد

٢: ٢٨٢، وجواهر الإكليل ٢: ٨٨، والشرح الصغير المطبوع بهامش أقرب المسالك ٢: ١٢٧، والمغني
لابن قدامة ٤: ٥٢٦، والشرح الكبير ٤: ٥٤٥.

(٥) المغني لابن قدامة ٤: ٥٢٦.

(٦) أنظر الكافي ٥: ٩٩ حديث ١، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١١٦ حديث ٤٩٦، والتهذيب ٦: ١٩٠
حديث ٤٠٧.

دليلنا على بطلان مذهب الحسن: إجماع الفرقة، بل إجماع المسلمين، لأن خلافه قد انقضى، ولأنه واحد لا يعتد به لشذوذه.

مسألة ١٥: إذا أفلس من عليه الدين، وكان ما في يده لا يفي بقضاء ديونه، لا يؤاجر ليكتسب، ويدفع إلى الغرماء. وبه قال أبو حنيفة، والشافعي، ومالك، وأكثر الفقهاء (١).

وقال أحمد، وإسحاق، وعمر بن عبد العزيز، وعبيد الله بن الحسن العنبري، وسوار بن عبد الله القاضي: أنه يؤاجر، ويؤخذ أجرته، فتقسم بين غرمائه (٢). دليلنا: أن الأصل براءة الذمة، ولا دليل على وجوب إجارتها وتكسيبه. وأيضا قوله تعالى: " وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة " (٣) ولم يأمر بالكسب.

مسألة ١٦: المفلس إذا ماتت زوجته، وجب أن يجهزها من ماله. وللشافعي فيه قولان: أحدهما: يجب عليه تجهيزها ونفقتها (٤). والثاني: لا يجب ذلك عليه (٥).

دليلنا: إجماع الفرقة، وأخبارهم على أن كفن المرأة على زوجها (٦)، وذلك عام في كل موضع.

-
- (١) الأم ٣: ٢٠٢، ومختصر المزني: ١٠٤، ومغني المحتاج ٢: ١٥٤، والسراج الوهاج: ٢٢٥، والمجموع ١٣: ٢٧٢، وفتح العزيز ١٠: ٢٢٣، والمدونة الكبرى ٥: ٢٠٦، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٣٩، والشرح الكبير ٤: ٥٤٧، والنتف ٢: ٧٥٣، والمبسوط ٢٤: ١٦٤، وتبيين الحقائق ٥: ١٩٩، وفتاوى قاضيخان ٥: ٢٢٤.
- (٢) المجموع ١٣: ٢٧٢، وفتح العزيز ١٠: ٢٢٣، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٤٠، والشرح الكبير ٤: ٥٤٨.
- (٣) البقرة: ٢٨٠.
- (٤) مختصر المزني: ١٠٤، والمجموع ١٣: ٢٩١.
- (٥) المجموع ١٣: ٢٩١، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٣٤ - ٥٣٥، والشرح الكبير ٤: ٥٣٩.
- (٦) من لا يحضره الفقيه ٤: ١٤٣ حديث ٤٩١.

مسألة ١٧: لا يجب على المفلس بيع داره التي يسكنها، ولا خادمه الذي يخدمه.

وقال الشافعي: يجب عليه ذلك (١). وبه قال باقي الفقهاء (٢).
دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٣)، ولأنه لا دليل على وجوب بيع ذلك عليه.

مسألة ١٨: المفلس إذا ادعى على غيره مالا، ولم تقم له بينة، فرد عليه اليمين فلم يحلف، لا يرد على الغرماء اليمين.

وللشافعي فيه قولان: أحدهما: قاله في الجديد مثل قولنا.
والثاني: قاله في القديم: أنه يرد على الغرماء، فإذا حلفوا استحقوا المال وقسموه بينهم (٤).

دليلنا: أن الأصل براءة الذمة من الإيمان، وإيجاب رد اليمين على الغرماء يحتاج إلى الدلالة.

مسألة ١٩: إذا باع الوكيل على رجل ماله، أو الولي مثل: الأب، والجد، والحاكم، وأمينه، والوصي ثم استحق المال على المشتري، فإن ضمان العهدة يجب على من يبيع عليه ماله، فإن كان حيا كان في ذمته، وإن كان ميتا كانت العهدة في تركته. وبه قال الشافعي (٥).

-
- (١) الأم ٣: ٢٠٢، والمجموع ١٣: ٢٩١، ومغني المحتاج ٢: ١٥٤، والسراج الوهاج: ٢٢٥، وفتح العزيز ١٠: ٢٢١، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٣٧، والشرح الكبير ٤: ٥٣٦.
(٢) فتح العزيز ١٠: ٢٢٢، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٣٧، والشرح الكبير ٤: ٥٣٦.
(٣) الكافي ٥: ٩٦ حديث ٣، والتهديب ٦: ١٨٦ حديث ٣٨٧، والاستبصار ٣: ٦ حديث ١٢.
(٤) الأم ٣: ٢٠٣، والمجموع ١٣: ٢٨٧، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٢٤، والشرح الكبير ٤: ٥٥١.
(٥) الأم ٣: ٢٠٩، ومختصر المزني: ١٠٤، والسراج الوهاج: ٢٢٥، والمجموع ١٣: ٢٩٦، وفتح العزيز ١٠: ٢٢٠، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٣٩، والشرح الكبير ٤: ٥٣٩.

وقال أبو حنيفة: يجب على الوكيل (١).
وقال في الحاكم وأمينه: أنهما لا يضمنان (٢).
دليلنا: أن الأصل براءة الذمة، ولا دليل على لزوم ذلك للوكيل أو هؤلاء،
فيجب أن يلزم الموكل، وإلا لم يكن من يستحق عليه.
مسألة ٢٠: إذا كان للمفلس دار، فبيعت في دينه، وباعها أمين القاضي،
وقبض الثمن، فهلك في يده، واستحقت الدار، فإن العهدة تكون من مال
المفلس، فيوفى المشتري جميع الثمن الذي وزنه في ثمن الدار. وبه قال الشافعي
على ما نقله المزني (٣).
وروى حرملة عنه أنه قال: يكون المشتري كأحد الغرماء، فيضرب معهم
بما وزن من الثمن، ويأخذ ما يخصه من المال (٤).
وقال أصحابه: هذه المسألة على قولين.
ومنهم من قال: على طريقين (٥).
دليلنا: أن المال أخذ منه ببيع لم يسلم له، فوجب أن يرد على الثمن، وليس
هذا دينا له على المفلس، فيكون كأحد الغرماء، ومن ألحقه بهم فعليه الدلالة.
مسألة ٢١: تقبل البيعة على إعسار الإنسان. وبه قال أبو حنيفة،
والشافعي (٦).

-
- (١) تبيين الحقائق ٥: ٢٢١.
(٢) المبسوط ١٩: ٢٩، والمجموع ١٣: ٢٩٦.
(٣) الأم ٣: ٢٠٩، ومختصر المزني: ١٠٤، والمجموع ١٣: ٢٩٧، وفتح العزيز ١٠: ٢٢١، والشرح
الكبير
٤: ٥٤١.
(٤) المجموع ١٣: ٢٩٧، وفتح العزيز ١٠: ٢٢١.
(٥) المجموع ١٣: ٢٩٧، وفتح العزيز ١٠: ٢٢١.
(٦) الأم ٣: ٢١٢، ومختصر المزني: ١٠٤، والمجموع ١٣: ٢٧٤ - ٢٧٥، واللباب ٢: ٢٢، ومغني
المحتاج
٢: ١٥٦، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٤٥، والشرح الكبير ٤: ٤٩٧ - ٤٩٨، وبداية المجتهد ٢: ٢٨٩،
وبدائع الصنائع ٧: ١٧٣.

وقال مالك: لا تقبل الشهادة على الإعسار، سواء كان الشهود من أهل المعرفة الباطنة به، أو لم يكونوا (١).
دليلنا: أن هذه الشهادة ليست على مجرد النفي، وإنما يتضمن إثبات صفة في الحال وهي الإعسار، فوجب أن تكون مقبولة مثل سائر الحقوق والصفات.
وروي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال لقبیصة بن مخارق (٢):
" المسألة حرمت إلا في ثلاث: رجل يحمل حمالة فحلت له المسألة حتى يؤديها ثم يمسك، ورجل أصابته فاقة وحاجة حتى يشهد أو يحكم ثلاثة من قومه من ذوي الحجى أن به فاقة وحاجة، فحلت له المسألة حتى يصيب سدادا من عيش أو قواما من عيش " (٣).
وهذا نص في إثبات الفقر بالبينة.
مسألة ٢٢: إذا قامت البينة على الإعسار وجب سماعها في الحال. وبه قال الشافعي (٤).
وقال أبو حنيفة: يحبس المفلس شهرين (٥). هذا رواية الأصل.

-
- (١) المغني لابن قدامة ٤: ٥٤٥، والشرح الكبير ٤: ٤٩٨، والمجموع ١٣: ٢٧٤، وفتح العزيز ١٠: ٢٢٩.
(٢) قبیصة بن المخارق بن عبد الله بن شداد بن ربيعة العامري الهلالي، أبو بشر، وفد على النبي صلى الله عليه وآله وروى عنه، وروى عنه أبو عثمان النهدي وأبو قلابة وابنه قطن بن قبیصة. تهذيب التهذيب ٨: ٣٥٠، وأسد الغابة ٤: ١٩٢.
(٣) صحيح مسلم ٢: ٧٢٢ حديث ١٠٩، وسنن أبي داود ٢: ١٢٠ حديث ١٦٤٠، وسنن الدارقطني ٢: ١٢٠ حديث ٢، والسنن الكبرى ٦: ٧٣ و ٧: ٢١ باختلاف يسير في بعض ألفاظها.
(٤) الأم ٣: ٢١٢، والمجموع ٣: ٢٧٥، والوجيز ١: ١٧٢، ومغني المحتاج ٢: ١٥٦، والسراج الوهاج: ٢٢٦،
وفتح العزيز ١٠: ٢٢٧، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٤٦، والشرح الكبير ٤: ٤٩٨.
(٥) اللباب ٢: ٢٢، والفتاوى الهندية ٣: ٤١٥، والمجموع ١٣: ٢٧٥، وفتح العزيز ١٠: ٢٧٥، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٤٦، والشرح الكبير ٤: ٤٩٨، وفتاوى قاضيخان ٥: ٢٢٦، وتبيين الحقائق ٤: ١٨١.

وقال الطحاوي: يحبس شهرا (١)، وروي أربعة أشهر ثم يسمع البينة (٢).
دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم، مثل ما روي عن علي عليه السلام أنه كان
يحبس في الدين، فإذا تبين إفلاسه خلى سبيله (٣).
مسألة ٢٣: إذا أقام البينة من عليه الدين على إعساره، وسأل الغرماء يمينه،
كان لهم ذلك. وللشافعي فيه قولان:
روى الربيع أن هذه اليمين استظهار (٤).
والظاهر من رواية حرملة أنها إيجاب (٥).
دليلنا: أن الشاهدين يشهد أن على ظاهر الحال، ويجوز أن يكون له مال
لا يقف عليه أحد، فيتوجه عليه اليمين، والاحتياط يقتضيه، ولا يؤدي إلى
تكذيب الشهود، لأن الشهود يشهدون على ظاهر الحال دون الباطن.
مسألة ٢٤: إذا ثبت إعساره، وخلاه الحاكم، لم يجز للغرماء ملازمته إلى أن
يستفيد مالا. وبه قال الشافعي (٦).
وقال أبو حنيفة: يجوز لهم ملازمته، فيمشون معه ولا يمنعونه من التكسب
والتصرف، فإذا رجع إلى بيته فإن أذن لهم في الدخول معه دخلوا، وإن لم يأذن
لهم منعه من دخوله، وبيتوه برا معهم (٧).

-
- (١) الفتاوى الهندية ٣: ٤١٥.
(٢) الفتاوى الهندية ٣: ٤١٥، والمجموع ١٣: ٢٧٥، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٤٦، والشرح الكبير ٤: ٤٩٨.
(٣) التهذيب ٦: ١٩٦ حديث ٤٣٣ و ٦: ٢٩٩ حديث ٨٣٤، والاستبصار ٣: ٤٧ حديث ١٥٦.
(٤) المجموع ١٣: ٢٧٥، وفتح العزيز ١٠: ٢٣١.
(٥) المجموع ١٣: ٢٧٥، وفتح العزيز ١٠: ٢٣١.
(٦) مختصر المزني: ١٠٤ - ١٠٥، ومغني المحتاج ٢: ١٥٦، والسراج الوهاج: ٢٢٦، وفتح العزيز ١٠: ٢٢٨، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٤٣، والشرح الكبير ٤: ٥٠٠.
(٧) النتف ٢: ٧٥٣، واللباب ٢: ٢٢ - ٢٣، وفتاوى قاضيخان ٥: ٢٢٧، والفتاوى الهندية ٣: ٤١٥ - ٤١٦، وتبيين الحقائق ٤: ١٨١، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٤٣، والشرح الكبير ٤: ٥٠٠، وحاشية رد المحتار ٥: ٣٨٧، وفتح العزيز ١٠: ٢٢٨.

دليلنا: أن الأصل براءة الذمة من ذلك، والمنع منه، ومن أوجب ذلك فعليه الدلالة.

وأيضاً قوله تعالى: " وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة " (١) ولم يذكر الملازمة.

وروى أبو سعيد الخدري أن رجلاً أصيب في ثمار ابتاعها، فكثر دينه، فقال النبي صلى الله عليه وآله: " تصدقوا عليه " فلم يبلغ وفاء دينه، فقال النبي صلى الله عليه وآله: " خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك " (٢).

وهذا يدل على أنه ليس لهم ملازمته، وليس لهم إلا ما وجدوه. مسألة ٢٥: إذا فك حجره، فادعى الغرماء أن له مالا، سأله الحاكم، فإن أقر به ولم يكن المال وفاء لديونهم، وحدث ديان آخر بعد فك الحجر، سوى في قسمته بين الغرماء الذين حدثوا بعد فك الحجر عنه وبين الأولين. وبه قال الشافعي (٣).

وقال مالك: يختص به الغرماء الذين حدثوا بعد فك الحجر (٤).

دليلنا: أن هذه ديون تساوت في الثبوت، والذمة خالية من الحجر، فيجب أن تتساوى في القسمة، لأن تخصيص قوم دون قوم يحتاج إلى دليل.

مسألة ٢٦: من كان له على غيره مال مؤجل إلى شهر، وأراد من عليه الدين السفر إلى موضع بعيد مدة سنة، لم يكن لصاحب الدين منعه منه ولا

(١) البقرة: ٢٨٠.

(٢) سنن ابن ماجه ٢: ٧٨٩ حديث ٢٣٥٦، ومسند أحمد ٣: ٣٦ و ٥٨، وسنن الترمذي ٣: ٤٤ حديث ٦٥٥،

والسنن الكبرى ٦: ٥٠ باختلاف يسير في بعض ألفاظها.

(٣) المجموع ١٣: ٣٤٢.

(٤) جواهر الإكليل ٢: ٨٩، والمجموع ١٣: ٣٤٢.

مطالبته بالكفيل. وبه قال الشافعي، وأبو حنيفة (١).
وقال مالك: له مطالبته بالكفيل (٢).
دليلنا: أن الأصل براءة الذمة من المطالبة بالكفيل، فمن أوجب عليه فعله
الدلالة.
مسألة ٢٧: إذا كان سفره إلى الجهاد، فليس له أيضا منعه منه. وهو ظاهر
قول الشافعي (٣)، وبه قال المزني من أصحابه (٤).
وفي أصحابه من قال: له المطالبة بالوثيقة، أو منعه من الجهاد (٥).
دليلنا: ما قلناه في المسألة الأولى سواء.
ويدل على المسألتين أيضا: أن هذا المدعي لا يستحق على صاحبه شيئا في
الحال، فكيف يطالبه بإقامة كفيل في الحال.

-
- (١) مختصر المزني: ١٠٥، والمجموع ١٣: ٢٧٢، ومغني المحتاج ٢: ١٥٧، والوجيز ١: ١٧١، وفتح
العزير
١٠: ٢١٥، واللباب ٢: ٢٢ - ٢٣، وحاشية رد المحتار ٥: ٣٨٤، والهداية ٧: ٣٢٩، وشرح العناية
على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٧: ٣٢٩، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٤٩، وبدائع الصنائع ٧: ١٧٣.
(٢) المجموع ١٣: ٢٧٢، وفتح العزير ١٠: ٢١٥.
(٣) المجموع ١٣: ٢٧٢ - ٢٧٣، وفتح العزير ١٠: ٢١٦.
(٤) لم أقف عليه في مظانه من الكتب المتوفرة.
(٥) وهو قول الإصطخري والقاضي الروياني، انظر المجموع ١٣: ٢٧٣، وفتح العزير ١٠: ٢١٦.

كتاب الحجر

(٢٧٩)

مسألة ١: الإنبات دلالة على بلوغ المسلمين والمشركون.
وقال أبو حنيفة: الإنبات ليس بدلالة على بلوغ المسلمين، ولا المشركون،
ولا يحكم به بحال (١).
وقال الشافعي: هو دلالة على بلوغ المشركون (٢)، وفي دلالة على بلوغ
المسلمين قولان (٣).
دليلنا: إجماع الفرقة، وأخبارهم (٤) من غير تفصيل.
وأيضاً ما حكم به سعد بن معاذ (٥) في بني قريظة، فإنه قال: حكمت بأن
يقتل مقاتلهم، ويسبي ذراريهم، وأمر بأن يكشف عن مؤثرهم، فمن أنبت فهو
من المقاتلة، ومن لم ينبت فهو من الذراري، فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وآله

-
- (١) عمدة القاري ١٣: ٢٣٩، وحاشية رد المحتار ٦: ١٥٣، والمجموع ١٣: ٣٦٤، والمغني لابن قدامة
٤: ٥٥٦، والشرح الكبير ٤: ٥٥٧، وفتح العزيز ١٠: ٢٧٩.
(٢) المجموع ١٣: ٣٦٤، والوجيز ١: ١٧٦، ومغني المحتاج ٢: ١٦٧، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٥٦،
والشرح
الكبير ٤: ٥٥٧، وعمدة القاري ١٣: ٢٣٩، وفتح العزيز ١٠: ٢٧٧.
(٣) المجموع ١٣: ٣٤، والوجيز ١: ١٧٦، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٥٦، والشرح الكبير ٤: ٥٥٦، وفتح
العزيز ١٠: ٢٧٧.
(٤) الكافي ٧: ١٩٧ حديث ١.
(٥) سعد بن معاذ بن النعمان بن امرئ القيس الأنصاري، الأوسي ثم الأشهلي، أبو عمرو، أسلم على يد
مصعب بن عمير لما أرسله النبي صلى الله عليه وآله إلى المدينة يعلم المسلمين شهد بدرا واحداً
والخندق ومات سنة خمس من الهجرة النبوية. تهذيب التهذيب ٣: ٤٨١، وأسد الغابة ٢: ٢٩٦ - ٢٩٩.

فقال: " لقد حكم سعد بحكم الله من فوق سبع سماوات " (١) وروي " سبعة
أرقعة " (٢) (٣).

مسألة ٢: يراعى في حد البلوغ في الذكور، بالسن خمس عشرة سنة. وبه قال
الشافعي (٤).

وفي الإناث تسع سنين. وقال الشافعي: خمس عشرة سنة مثل الذكور (٥).

وقال أبو حنيفة: الأنثى تبلغ باستكمال سبع عشرة سنة (٦).

وفي الذكور عنه روايتان.

إحدهما: يبلغ باستكمال تسع عشرة سنة، وهي رواية الأصل.

والأخرى: ثمان عشرة سنة (٨)، وهي رواية الحسن بن زياد اللؤلؤي.

- (١) السنن الكبرى ٩: ٦٣، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٥٦، وانظر شرح معاني الآثار ٣: ٢١٦.
- (٢) أرقعة: جمع رقيق، كل سماء يقال لها رقيق، وقيل الرقيق اسم سماء الدنيا. أنظر النهاية ٢: ٢٥١ مادة رقق.
- (٣) رواه الأربلي في كشف الغمة ١: ٢٠٨ وابن الأثير في النهاية ٢: ٢٥١ بألفاظ مختلفة قريبة لما ذكر أعلاه.
- (٤) الأم ٣: ٢١٥، ومختصر المزني: ١٠٥، والمجموع ١٣: ٣٦١، والوجيز ١: ١٧٦، ومغني المحتاج ٢: ١٦٦، وبدائع الصنائع ٧: ١٧٢، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٥٧، وعمدة القاري ١٣: ٢٣٩، وفتح العزيز ١٠: ٢٧٧.
- (٥) الأم ٣: ٢١٥، ومختصر المزني: ١٠٥، والوجيز ١: ١٧٦، والمجموع ١٣: ٣٦١ و ٣٦٣، ومغني المحتاج ٢: ١٦٦، وبدائع الصنائع ٧: ١٧٢، وفتح العزيز ١٠: ٢٧٧.
- (٦) اللباب ٢: ١٩، وعمدة القاري ١٣: ٢٣٩، وبدائع الصنائع ٧: ١٧٢، والفتاوى الهندية ٥: ٦١، وحاشية رد المحتار ٦: ١٥٣ وشرح فتح القدير ٥: ٣٢٣، والمجموع ١٣: ٣٦٢، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٥٧، والشرح الكبير ٤: ٥٥٦، وشرح معاني الأخبار ٣: ٢١٨.
- (٧) الفتاوى الهندية ٥: ٦١، وعمدة القاري ١٣: ٢٣٩، والمجموع ١٣: ٣٦٣، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٥٧، والشرح الكبير ٤: ٥٥٦.
- (٨) اللباب ٢: ١٩، وعمدة القاري ١٣: ٢٣٩، وبدائع الصنائع ٧: ١٧٢، والمبسوط ٢٤: ١٦٢، والفتاوى الهندية ٥: ٦١، وحاشية رد المحتار ٦: ١٥٣، وشرح فتح القدير ٥: ٣٢٣، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٥٧، والشرح الكبير ٤: ٥٥٦، والتفسير ٩: ١٨٩، والمجموع ١٣: ٣٦٣، وشرح معاني الآثار ٣: ٢١٨.

وحكي عن مالك أنه قال: البلوغ بأن يغلظ الصوت، وأن ينشق
الغضروف - وهو رأس الأنف -، وأما السن فلا يتعلق به البلوغ (١).
وقال داود: لا يحكم بالبلوغ بالسن (٢).
دليلنا: إجماع الفرقة، وأخبارهم قد أوردناها في الكتاب الكبير (٣).
وروى أنس بن مالك أن النبي صلى الله عليه وآله قال: " إذا استكمل المولود
خمس عشرة سنة كتب ماله، وما عليه، وأخذت منه الحدود " (٤).
وروى عبد الله بن عمر أنه قال: عرضت على رسول الله صلى الله عليه وآله
عام بدر وأنا ابن ثلاث عشرة سنة فردني، ولم يرني بلغت، وعرضت عام أحد
وأنا ابن أربع عشرة سنة فردني، ولم يرني بلغت، وعرضت عام الخندق وأنا ابن
خمس عشرة سنة، فأجازني في المقاتلة (٥).
فنقل الحكم وهو الرد والإجازة، وسببه وهو السن.
مسألة ٣: لا يدفع المال إلى الصبي، ولا يفك حجره حتى يبلغ بأحد ما قدمنا
ذكره، ويكون رشيدا وحده: أن يكون مصلحا لماله، عدلا في دينه، فإذا كان
مصلحا لماله غير عدل في دينه، أو كان عدلا في دينه غير مصلح لماله، فإنه

(١) المجموع ١٣: ٣٦٢.

(٢) المجموع ١٣: ٣٦٢.

(٣) الكافي ٧: ١٩٧ (باب حد الغلام والجارية..) الحديث ١ و ٢، والتهذيب ٩: ١٨٣ - ١٨٤ حديث
٧٣٩ و ٧٤٢، ومن لا يحضره الفقيه ٤: ١٦٣ حديث ٥٧٠ و ٥٧٥.

(٤) حكاة ابن حجر العسقلاني في تلخيص الحبير ٣: ٤٢ حديث ١٢٤١ عن البيهقي في الخلافات. وقال
أيضا: وقال الغزالي في الوسيط تبعا للإمام في النهاية رواه الدارقطني بإسناده فلعله في الأفراد وغيرها
فإنه ليس في السنن المذكورا، وذكره البيهقي في السنن الكبرى عن قتادة عن أنس، ورواه الرافعي
الكبير في فتح العزيز ١٠: ٢٧٨.

(٥) السنن الكبرى ٦: ٥٥، وتلخيص الحبير ٣: ٤١ حديث ١٢٤٠. ورواه أكثر أرباب كتب الحديث
من دون ذكر القسم الأول من الحديث فلاحظ.

لا يدفع إليه ماله. وبه قال الشافعي (١).
وقال أبو حنيفة: إذا كان مصلحا لماله، ومدبرا له، وجب فك الحجر عنه،
سواء كان عدلا في دينه، مصلحا له، أو لم يكن (٢).
دليلنا: قوله تعالى "فإن أنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم" (٣)
فاشترط الرشد، ومن كان فاسقا في دينه كان موصوفا بالغي، ومن وصف
بالغي لا يوصف بالرشد، لأن الغي والرشد صفتان متنافيتان، لا يجوز
اجتماعهما.

ولأنه إذا كان عدلا في دينه، مصلحا لماله، فلا خلاف في جواز دفع المال
إليه، وليس على جواز الدفع مع انفراد إحدى الصفتين دليل.
وروي عن ابن عباس أنه قال في قوله تعالى: "فإن أنستم منهم رشدا" (٤)
هو أن يبلغ ذا وقار، وحلم، وعقل (٥).
ويدل أيضا على ذلك ذلك قوله تعالى: "ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي
جعل الله لكم قياما" (٦) والفاسق سفيه.

-
- (١) الأم ٣: ٢١٥، ومختصر المزني: ١٠٥، والمجموع ١٣: ٣٦٨، والوجيز ١: ١٧٦، وفتح العزيز ١٠: ٢٨٦
- والمغني لابن قدام ٤: ٥٦٦، ومغني المحتاج ٢: ١٦٨، وبداية المجتهد ٢: ٢٧٨، وبلغة السالك
٢: ١٣٨، والشرح الكبير ٤: ٥٥٩، والتفسير الكبير للرازي ٩: ١٨٨، وشرح العناية على الهداية
٥: ٣١٥، والمبسوط ٢٤: ١٥٧.
- (٢) الباب ٢: ١٧، والمبسوط ٢٤: ١٥٧، وبدائع الصنائع ٧: ١٧٠، وشرح فتح القدير ٥: ٣٢١ - ٣٢٢،
٧: ٣١٤ و ٣١٥، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٧: ٣١٥، والفتاوى الهندية
٥: ٥٦، وحاشية رد المحتار ٦: ١٥٠، والمغني لابن قدام ٤: ٥٦٦، والشرح الكبير ٤: ٥٥٩، والمجموع
١٣: ٣٦٨، والتفسير الكبير للرازي ٩: ١٨٨، وفتح العزيز ١٠: ٢٨٦.
- (٣) النساء: ٦.
- (٤) النساء: ٦.
- (٥) أخرجه السيوطي في الدر المنثور ٢: ١٢١ في تفسير الآية الكريمة، والنووي في المجموع ١٣: ٣٦٨.
- (٦) النساء: ٥.

والأخبار التي تنفرد بروايتها كثيرة في هذا المعنى ذكرناها في كتابنا الكبير (١).

مسألة ٤: إذا بلغ من وجد فيه الرشد فك حجره، وإن لم يؤنس منه الرشد لم يفك حجره إلى أن يصير شيخا كبيرا. وبه قال الشافعي (٢).
وقال أبو حنيفة: إذا بلغ خمسا وعشرين سنة، فك حجره على كل حال، ولو تصرف في ماله قبل بلوغ خمس وعشرين سنة صح تصرفه بالبيع والشراء والإقرار (٣).

دليلنا: قوله تعالى: " فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم " (٤) وهذا لم يؤنس منه الرشد، وقوله تعالى: " ولا تؤتوا السفهاء أموالكم " (٥) وهذا سفية فيجب أن لا يؤتى المال.

مسألة ٥: إذا بلغت المرأة وهي رشيدة، دفع إليها مالها، وجاز لها أن تتصرف فيه، سواء كان لها زوج أو لم يكن. وبه قال الشافعي (٦).
وقال مالك: إن لم يكن لها زوج، لم يدفع إليها مالها، وإن كان لها زوج

-
- (١) أنظر ما رواه في التهذيب ٩: ١٨١ (باب وصية الصبي والمحجور عليه).
(٢) الأم ٣: ٢١٨، ومختصر المزني: ١٠٥، والمجموع ١٣: ٣٦٨، والوجيز ١: ١٧٦، والتفسير الكبير ٩: ١٨٩،
وبدائع الصنائع ٧: ١٧٠، وسبل السلام ٣: ٨٧٩، وتفسير القرطبي ٥: ٣٠.
(٣) اللباب ٢: ١٧، والمبسوط ٤: ١٦١، والفتاوى الهندية ٥: ٥٦، وشرح فتح القدير ٥: ٣١٨، وحاشية رد
المحتار ٦: ١٥٠، والعقود الدرية ٢: ١٤٧ و ١٤٨، وبدائع الصنائع ٧: ١٦٩ و ١٧٠، والمحلى
٨: ٢٨٠، وبداية المجتهد ٢: ٢٧٦، والمجموع ١٣: ٣٦٨، والتفسير الكبير ٩: ١٨٩، وسبل السلام
٣: ٨٧٩، وتفسير القرطبي ٥: ٣٠.
(٤) النساء: ٦.
(٥) النساء: ٥.
(٦) الأم ٣: ٢١٦، ومختصر المزني: ١٠٥، والمجموع ١٣: ٣٧٢، وفتح العزيز ١٠: ٢٨٦، والمغني لابن
قدامة
٤: ٥٦٠، والشرح الكبير ٤: ٥٦٠.

دفع إليها، لكن لا يجوز لها أن تتصرف فيه إلا بإذن زوجها (١).
دليلنا: إجماع الفرقة، وقوله تعالى: " حتى إذا بلغوا النكاح " (٢) وإنما المعنى
وقت النكاح، وأيضا قوله تعالى: " فإن أنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم
أموالهم " (٣) ولم يشترط الزوج، فمن ادعى فعليه الدلالة.
مسألة ٦: إذا كان لها زوج فتصرفها لا يفتقر إلى إذن زوجها، وروي أن
ذلك يستحب لها. وبه قال الشافعي (٤).

وقال مالك: لا يجوز لها التصرف إلا بإذن زوجها (٥).
دليلنا: قوله تعالى: " فإن أنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم " (٦) ولم
يشترط الزوج، ولا إذنه، فمن ادعاه فعليه الدلالة.
وروي أن أم الفضل أرسلت إلى رسول الله قدحا من لبن، وهو واقف
بعرفة، فشربه (٧)، ولم يسأل عن إذنها زوجها.
وروي أن أسماء بنت أبي بكر قالت: يا رسول الله أتتني أمي راغبة
أصلها؟ فقال النبي صلى الله عليه وآله: " نعم " (٨) ولم يعتبر إذن زوجها
الزبير.

مسألة ٧: إذا بلغ الصبي، وأونس منه الرشد، ودفع إليه ماله، ثم صار مبذرا

(١) بداية المجتهد ٢: ٢٧٧ و ٢٧٨، وبلغة السالك ٢: ١٣٨، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٦٠، والشرح
الكبير

٤: ٥٦١، والمجموع ١٣: ٣٧٢، وفتح العزيز ١٠: ٢٨٦.

(٢) النساء: ٦.

(٣) النساء: ٦.

(٤) الأم ٣: ٢١٦ و ٢١٧، والمجموع ١٣: ٣٧٢.

(٥) بداية المجتهد ٢: ٢٧٧، وبلغة السالك ٢: ١٣٧ و ١٤٦، والمجموع ١٣: ٣٧٢، والمغني لابن قدامة

٤: ٥٦١، وسبل السلام ٣: ٨٨٢، وفتح العزيز ١٠: ٢٨٦.

(٦) النساء: ٦.

(٧) رواه أحمد بن حنبل ٦: ٣٣٨ و ٣٤٠ باختلاف يسير في بعض الألفاظ.

(٨) رواه أحمد بن حنبل بأسانيد وطرق وألفاظه مختلفة، منها ورواه في مسنده ٦: ٣٤٤ فلاحظ.

مضيعا لماله في المعاصي، حجر عليه. وبه قال الشافعي، ومالك، وأحمد وإسحاق، والأوزاعي، وأبو ثور، وأبو عبيد وغيرهم (١)، وهو مذهب أبي يوسف، ومحمد (٢).

وقال أبو حنيفة وزفر: لا يحجر عليه وتصرفه نافذ في ماله (٣).

وحكي ذلك عن النخعي وابن سيرين (٤).

دليلنا قوله تعالى: "فإن كان الذي عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليمل وليه بالعدل" (٥).

وقيل: السفيه المبذر، والصغير، والشيخ الكبير، والذي لا يستطيع أن يمل المغلوب على عقله (٦).

فدل هذا على أن المبذر يحجر عليه.

وأیضا قوله تعالى: "ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياما" (٧) والمبذر سفيه، فوجب أن لا يدفع إليه المال.

(١) الأم ٣: ٢١٩، ومختصر المزني: ١٠٥، والمجموع ١٣: ٣٧٧، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٦٨، والشرح الكبير

٤: ٥٧٠، وبداية المجتهد ٢: ٢٧٦، والوجيز ١: ١٧٦، والتفسير الكبير ٩: ١٩٠، وفتح العزيز

١٠: ٢٨٥، ونيل الأوطار ٥: ٣٦٨، وتفسير القرطبي ٥: ٣٠.

(٢) المجموع ١٣: ٣٧٧، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٦٨، والشرح الكبير ٤: ٥٧٠، ونيل الأوطار ٥: ٣٦٨، وتفسير القرطبي ٥: ٣٠.

(٣) شرح فتح القدير ٧: ٣١٧، والمجموع ١٣: ٣٧٧، وبداية المجتهد ٢: ٢٧٦، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٦٨،

والشرح الكبير ٤: ٥٧٠، والتفسير الكبير ٩: ١٩٠، وفتح العزيز ١٠: ٢٨٥، ونيل الأوطار ٥: ٣٦٨، وتفسير القرطبي ٥: ٣٠.

(٤) المجموع ١٣: ٣٧٧، وبداية المجتهد ٢: ٢٧٦، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٦٨، والشرح الكبير ٤: ٥٧٠،

ونيل الأوطار ٥: ٣٦٨.

(٥) البقرة: ٢٨٢.

(٦) أنظر المغني لابن قدامة ٤: ٥٦٩ - ٥٧٠.

(٧) النساء: ٥.

وروي تفسير هذه الآية عن ابن عباس: أن لا يدفع الإنسان ماله إلى امرأته، وإلى من يلزمه نفقته، ولكن يحفظه بنفسه، وينفق منه بالمعروف (١). وأيضاً قال الله تعالى: "إن المبذرين كانوا إخوان الشياطين" (٢) فذم المبذر، فوجب المنع، ولا يصح المنع إلا بالحجر. وروي عن النبي عليه السلام أنه قال: "أقبضوا على أيدي سفهائكم" (٣) ولا يصح القبض إلا بالحجر. وروي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: "إن الله كره لكم ثلاثاً - قيل: وما هي؟ قال: - كثرة السؤال، وإضاعة المال" (٤) وما يكرهه الله تعالى لا يكون إلا محرماً، ويجب المنع منه. وروي عروة بن الزبير أن عبد الله بن جعفر ابتاع بيعاً، فأتى الزبير، فقال له: إني قد ابتعت بيعاً، وأن علياً يريد أن يأتي عثمان ويسأله الحجر علي، فقال الزبير: أنا شريكك في البيع، ثم أتى علي عثمان، فقال له: إن ابن جعفر ابتاع بيع كذا، فاحجر عليه، فقال الزبير: أنا شريكه في البيع، فقال عثمان: كيف احجر على رجل شريكه الزبير (٥).

(١) ذكر السيوطي في الدر المنثور ٢: ١٢٠، والقرطبي في تفسيره ٥: ٢٩ نحوه فلاحظ.

(٢) الإسراء: ٢٧.

(٣) لم أوف لهذا الحديث في المصادر المتوفرة مكاناً.

(٤) رواه مسلم في صحيحه ٣: ١٣٤١ حديث ١٣ وفيه: إن الله كره لكم ثلاثاً القيل والقال، وكثرة السؤال، وإضاعة المال والبيهقي في سننه ٦: ٦٣ مثله، وروي نحوه مسلم أيضاً وبأسانيد أخرى في نفس الباب حديث ١٠ و ١٢ و ١٤ فلاحظ، وكذلك رواه مالك في موطأ ٢: ٩٩٠ حديث ٢٠، وأحمد بن حنبل في مسنده ٢: ٣٢٧ و ٤: ٢٤٦ و ٢٤٩.

(٥) اختلفت ألفاظ حملة الحديث ورواته في حكاية هذه القصة وبألفاظ مختلفة، نحو ما تقدم انظر على سبيل المثال ما رواه البيهقي في سننه الكبرى ٦: ٦١، والقرطبي في تفسيره ٥: ٣٠ - ٣١، والنووي في المجموع ١٣: ٣٧٦، والرافعي الكبير في تلخيص الحبير ٣: ٤٣ حديث ١٢٤٥، وابن حزم في المحلى ٨: ٢٩١ - ٢٩٢. وانظر أيضاً ترتيب مسند الشافعي ٢: ١٦٠ - ١٦١.

ولم يقل عثمان، ولا أحد: أن الحجر على العاقل لا يجوز.
وروى أبو بكر بن المنذر أن عثمان مر بسبخة، فسأل عنها، فقالوا لفلان،
اشتراها عبد الله بن جعفر بستين ألفاً، فقال: ما يسرني أنها لي بنعلي هذه، ثم لقي
علياً، فقال له: ألا تأخذ علي يد ابن أخيك، اشترى سبخة بستين ألفاً،
ما يسرني أنها بنعلي (١).

وهذا يدل على أن الحجر جائز بإجماع الصحابة، لأن أحدا منهم لم ينكره،
وإنما دفعه الزبير بالمشاركة، وامتنع عثمان لكون الزبير شريكا فيه.
مسألة ٨: إذا صار فاسقا إلا أنه غير مبذر، فالأحوط أن يحجر عليه.
وللشافعي فيه وجهان:

أحدهما مثل ما قلناه، وهو اختيار أبي العباس بن سريج (٢).

والثاني: لا يحجر عليه وهو اختيار المزني (٣).

دليلنا قوله تعالى: " ولا تؤتوا السفهاء أموالكم " (٤) وروى عنهم عليهم
السلام أنهم قالوا: " شارب الخمر سفيه " (٥) فوجب أن يمنع دفع المال إليه.
مسألة ٩: المحجور عليه إذا كان بالغاً يقع طلاقه. وبه قال جميع الفقهاء (٦)

(١) دعائم الإسلام ٢: ٦٧ حديث ١٨٦، وتلخيص الحبير ٣: ٤٣ - ٤٤ حديث ١٢٤٥. أقول: ممن تقدم
ذكره في الهامش المتقدم أشار إلى الحديثين معا بقصة واحدة فلاحظ.

(٢) المجموع ١٣: ٣٦٨ و ٣٧٤ و ٣٧٧، والوجيز ١: ١٧٦، وفتح العزيز ١٠: ٢٨٦.

(٣) المجموع ١٣: ٣٦٨ و ٣٧٤ و ٣٧٧، والوجيز ١: ١٧٦، وفتح العزيز ١٠: ٢٨٦.

(٤) النساء: ٥.

(٥) تفسير العياشي ١: ٢٢٠ حديث ٢٢، في تفسير الآية المتقدمة.

(٦) المدونة الكبرى ٥: ٢٢١، وبداية المجتهد ٢: ٢٧٩، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٧١، وبلغة السالك

٢: ١٣٩، ومغني المحتاج ٢: ١٧٢، والشرح الكبير ٤: ٥٧٤، والمجموع ٣: ٣٧٥ و ٣٨٠، والفتاوى

الهندية ٥: ٥٦، وكفاية الأختار ١: ١٦٥، والوجيز ١: ١٧٦.

إلا ابن أبي ليلى، فإنه قال: لا يملك طلاقه (١).
دليلنا: قوله تعالى: "الطلاق مرتان - إلى قوله - فإن طلقها فلا تحل له من
بعد حتى تنكح زوجا غيره" (٢) ولم يخص. وآيات الطلاق كلها كذلك.
وأیضا فهي مسألة إجماع، وابن أبي ليلى لا يعتد به إذا كان الإجماع بخلافه.

(١) المجموع ٣: ٣٨٠، وبداية المجتهد ٢: ٢٧٩، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٧١، والشرح الكبير ٤:
٥٧٤.

(٢) البقرة: ٢٢٩ - ٢٣٠.

كتاب الصلح

(٢٩١)

مسألة ١: الصلح على الإنكار جائز. وبه قال أبو حنيفة، ومالك، وقالوا:
لا يكون الصلح إلا مع الإنكار (١).

وقال الشافعي: لا يجوز الصلح على الإنكار، قال: وصورة المسألة أن يدعي
رجل على غيره عينا في يده، أو دينا في ذمته، فأنكر المدعى عليه، ثم صالحه منه
على مال يتفقان عليه، لم يصح الصلح، ولم يملك المدعي المال الذي قبضه من
المدعى عليه، وله أن يرجع فيطالبه به، ووجب على المدعى رده عليه، وكان
على دعواه كما كان قبل الصلح، وإن كان قد صرح بإبرائه مما ادعاه عليه،
وإسقاط حقه عنه، لأنه أبرأه ليسلم له ما قبضه، فإذا لم يسلم ماله، لم يلزمه
ما عليه (٢).

وعندنا، وعند أبي حنيفة، ومالك يملك المدعي المال، وليس للمدعى عليه
مطالبته به.

-
- (١) الباب ٢: ١١١، والنتف ١: ٥٠٤، والمبسوط ٢٠: ١٣٩ و ١٤٣ - ١٤٤، وبدائع الصنائع ٦: ٤٠،
وشرح فتح القدير ٧: ٢٤، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٧: ٢٤، وتبيين الحقائق
٥: ٣٠، والمدونة الكبرى ٤: ٣٧٤ - ٣٧٥، وبلغة السالك ٢: ١٤٦، وبداية المجتهد ٢: ٢٩٠، والأم
٣: ٢٢٨، والمجموع ١٣: ٣٨٨، والمغني لابن قدامة ٥: ١٠، والشرح الكبير ٥: ١٠، والبحر الزخار ٦:
٩٥.
- (٢) الأم ٣: ٢٢١ و ٢٢٨، والمجموع ١٣: ٣٨٨، ومغني المحتاج ٢: ١٧٩ - ١٨٠، والسراج الوهاج:
٢٣٤،
وكفاية الأختيار ١: ١٦٧، والمغني لابن قدامة ٥: ١٠، والشرح الكبير ٥: ١٠، وبداية المجتهد ٢: ٢٩٠،
والنتف ١: ٥٠٤، والمبسوط ٢٠: ١٣٩، وبدائع الصنائع ٦: ٤٠، وشرح فتح القدير ٧: ٢٦ وتبيين
الحقائق ٥: ٣١، والبحر الزخار ٦: ٩٥.

دليلنا: قوله تعالى: " والصلح خير " (١) ولم يفرق بين الإقرار والإنكار.
وقوله عليه السلام: " الصلح جائز بين المسلمين " (٢) ولم يفرق.
وروي عنه عليه السلام أنه قال: " كل مال وقى الرجل به عرضه فهو
صدقة " (٣) فيجب أن يكون ما بذله المدعى عليه جائزا، ويكون صدقة، لأنه
قصد به وقاية عرضه.

مسألة ٢: إذا أخرج من داره روشنا (٤) إلى طريق المسلمين، وكان عاليا
لا يضر بالمارة، ترك ما لم يعارضه فيه واحد من المسلمين، فإن عارض فيه واحد
منهم وجب قلعه. وبه قال أبو حنيفة (٥).
وقال الشافعي: لا يجب قلعه إذا لم يضر بالمارة، وترك (٦). وبه قال مالك،
والأوزاعي، وأحمد، وإسحاق، وأبو يوسف، ومحمد (٧).

(١) النساء: ١٢٨.

(٢) من لا يحضره الفقيه ٣: ٢٠ حديث ٥٢، والتهذيب ٦: ٢٢٦ حديث ٥٤١، وسنن الدارقطني ٣: ٢٧
حديث ٩٧، وسنن أبي داود ٣: ٣٠٤ حديث ٣٥٩٤، وسنن الترمذي ٣: ٦٣٥ حديث ١٣٥٢،
والسنن الكبرى ٦: ٦٣ و ٦٥، والمستدرک علی الصحیحین ٢: ٤٩، ومسند أحمد بن حنبل ٢: ٣٦٦،
وسنن ابن ماجه ٢: ٧٨٨.

(٣) لم أعثر على هذا الحديث بنفس اللفظ في المصادر المتوفرة، وقد ورد بلفظ آخر نصه: " كل معروف
صدقة، وما أنفق الرجل على أهله وماله كتبت له صدقه، وما وقى به عرضه فهو له صدقة.. " انظر
ذلك في سنن الدارقطني ٣: ١٠٠ حديث ١٠١، والسنن الكبرى ١٠: ٢٤٢، والمستدرک علی
الصحیحین ٢: ٥٠، ومجمع الزوائد ٣: ١٣٦.

(٤) الروشن: وهي أن تخرج أخشابا إلى الدرب وتبني عليها، وتجعل لها قوائم من أسفل. قاله الطريحي في
مجمع البحرين ٦: ٢٥٥ مادة (رشن).

(٥) المبسوط ٢٠: ١٤٤، والمجموع ١٣: ٣٩٦، والمغني لابن قدامة ٥: ٣٤، والشرح الكبير ٥: ٢٧ -
٢٨.

(٦) الأم ٣: ٢٢١ - ٢٢٢، والمجموع ١٣: ٣٩٦ و ٤٠٢ - ٤٠٣، ومختصر المزني: ١٠٦، ومغني
المحتاج

٢: ١٨٢، والسراج الوهاج: ٢٣٥، وكفاية الأخيار ١: ١٦٨.

(٧) المبسوط ٢٠: ١٤٤، والمجموع ١٣: ٣٩ و ٤٠٢ - ٤٠٣، والمغني لابن قدامة ٥: ٣٤، والشرح
الكبير

٥: ٢٧ - ٢٨، ومغني المحتاج ٢: ١٨٢.

دليلنا: أن طريق المسلمين حق لجميعهم، فإذا أنكر واحد منهم ذلك لم يجز أن يغضب على حقه، ومتى طالبه بقلعه كان له ذلك كسائر الحقوق. وأيضا لا خلاف أنه لا يجوز أن يملك شيئا من القرار والهواء تابع للقرار. وأيضا فلو سقط ذلك، فوقع على إنسان فقتله، أو على مال فأتلغه، لزمه الضمان بلا خلاف، فلو كان ذلك جائزا لم يلزمه ضمان.

مسألة ٣: معاهد القمط - وهي: مشاد الخيوط من الخص (١) - إذا كان إلى أحد الجانبين، وكان الخلف في الخص، قدم دعوى من العقد تليه. وبه قال أبو يوسف، وزاد: بخوارج الحائط، وأنصاف اللبن، ويقدم بهما (٢). وقال أبو حنيفة، والشافعي: لا يقدم بشئ من ذلك (٣).

دليلنا: إجماع الفرقة، لأن الخبر الذي روه مجمع عليه، لا يدفعه أحد منهم. وروى نمران بن جارية اليمامي (٤)، عن أبيه (٥): أن قوما اختصموا إلى رسول الله صلى الله عليه وآله في خص كان بينهم، فبعث حذيفة بن اليمان ليحكم بينهم، فحكم به لمن تليه القمط، ثم رجع إلى رسول الله صلى الله عليه وآله فأخبره بذلك، فقال: "أصبت" أو "أحسن" (٦).

مسألة ٤: إذا تنازعا في جدار بين ملكيهما، وهو غير متصل ببناء أحدهما،

- (١) الخص: البيت الذي يعمل من القصب. سمي به لما فيه من الخصاص وهي الفرج والانقباب.
- (٢) المغني لابن قدامة ٥: ٤٤، والشرح الكبير ١٢: ١٦٩.
- (٣) الأم ٣: ٢٢٥، ومختصر المزني: ١٠٦، والوجيز ١: ١٨٠، ومغني المحتاج ٢: ١٩٢، وفتح العزيز ١٠: ٣٣٢ - ٣٣٣، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٤، والشرح الكبير ١٢: ١٦٩.
- (٤) نمران بن جارية بن ظفر اليمامي الحنفي، عده ابن حبان في الثقات، روى عن أبيه وعنه دهم بن قران. أسد الغابة ١: ٢٦٢، وتهذيب التهذيب ١٠: ٤٧٥.
- (٥) جارية بن ظفر اليمامي الحنفي، أبو نمران، يعد في الكوفيين، حديثه عند ابنه نمران ومولاه عقيل بن دينار، وروى عنه من الصحابة زيد بن معبد. قاله ابن الأثير في أسد الغابة.
- (٦) سنن ابن ماجه ٢: ٧٨٥ حديث ٢٣٤٣، والسنن الكبرى ٦: ٦٧ - ٦٨، وأسد الغابة ١: ٢٦٢.

وإنما هو مطلق ولأحدهما عليه جذوع، فإنه لا يحكم بالحائط لمن الجذوع له. وبه قال الشافعي (١).

وقال أبو حنيفة: يحكم بالحائط لصاحب الجذوع إذا كان أكثر من جذع واحد، فإن كان واحدا فلا يقدم به، بلا خلاف (٢).

دلينا: قوله عليه السلام: " البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه " (٣) ولم يفرق.

وأیضا فإن هذا الحائط قبل طرح الجذوع عليه كان بينهما نصفين بلا خلاف، فمن قال بطرح الجذوع يتغير الحكم، فعليه الدلالة، بل يقال لصاحب الجذوع: أقم البينة على أنك وضعت هذه الجذوع فيه بحق، فإن أقامها وإلا كان على حاله قبل وضعها فيه.

وأیضا فإن وضع الجذوع يجوز أن يكون عارية، لأن في الناس من يوجب إعارة ذلك وهو مالك، فإنه قال: يجبر على ذلك لقوله عليه السلام: " لا يمتنع أحدكم جاره أن يضع خشبة على جداره " (٤).

مسألة ٥: إذا تنازع اثنان دابة، أحدهما راكبها، والآخر آخذ بلجامها، ولم يكن مع أحدهما بيعة، جعلت بينهما نصفين. وبه قال أبو إسحاق المروزي (٥).

(١) الأم ٣: ٢٢٥، ومختصر المزني: ١٠٦، ومغني المحتاج ٢: ١٩، والسراج الوهاج: ٢٣٨، والوجيز ١: ١٨٠، وفتح العزيز ١٠: ٣٣٣ والمغني لابن قدامة ٥: ٤٣، والشرح الكبير ١٢: ١٦٨.
(٢) المبسوط ٢٠: ١٥٧، والفتاوى الهندية ٤: ٩٨، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٣ - ٤٤، والشرح الكبير ١٢: ١٦٩، وفتح العزيز ١٠: ٣٣٣ - ٣٣٤.
(٣) الكافي ٧: ٤١٥ حديث ٢، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ٢٠ حديث ٥٢، والتهذيب ٦: ٢٢٩ حديث ٥٥٣،

وصحيح البخاري ٣: ١٨٧، وسنن الدارقطني ٤: ١٥٧ حديث ٨ و ٤: ٢١٨ حديث ٥٣.
(٤) مسند أحمد بن حنبل ٢: ٢٧٤ و ٤٤٧، والسنن الكبرى ٦: ٦٨، وتلخيص الحبير ٣: ٤٥، وحكاة المتقي

الهندي في كنز العمال ٩: ٦١ حديث ٢٤٩٤٦ من الخرائطي في مساوئ الأخلاق.
(٥) فتح العزيز ١٠: ٣٣٤.

وقال أبو حنيفة وباقي الفقهاء: يحكم بذلك للراكب (١).
دليلنا: أنه لا دلالة على وجوب تقديمه على الآخر، فمن ادعى تقديمه فعليه
الدلالة.

مسألة ٦: إذا كان حائط مشترك بين نفسين، لم يجز لأحدهما أن يدخل فيه
خشبة خفيفة لا تضر بالحائط ضررا كثيرا إلا بإذن صاحبه. وبه قال الشافعي
في الجديد (٢)

وقال في القديم: يجوز ذلك (٣). وبه قال مالك (٤).
دليلنا: أنه قد ثبت أن الحائط مشترك بينهما، فلا يجوز له مع ذلك التصرف
فيه إلا بإذن صاحبه وشريكه، فمن ادعى جواز ذلك فعليه الدلالة.
وروي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: " لا يحل مال امرئ مسلم إلا
بطيب نفس منه " (٥) وهذا الحائط فيه ملك لشريكه، فلم يحل لأحدهما إلا
بطيب نفس من الآخر على ظاهر الخبر.

مسألة ٧: إذا كان حائط مشترك بين نفسين، فأذن أحدهما لصاحبه أن
يضع عليه خشبا يبني عليه، فبنى عليه، ثم انهدم السقف أو قلع، فليس له أن
يعيدها إلا بإذن مجدد. وهو أحد قولي الشافعي، ومالك (٦).

-
- (١) الفتاوى الهندية ٤: ٩٥، ورد المختار ٥: ٥٧٨، والوجيز ١: ١٨١، وفتح العزيز ١٠: ٣٣٤.
(٢) المجموع ١٣: ٤٠٥، والوجيز ١: ١٧٦ و ١٧٩، ومغني المحتاج ٢: ١٨٩، والسراج الوهاج: ٢٣٧،
والمغني
لابن قدامة ٥: ٣٧ - ٣٨، والشرح الكبير ٥: ٣٧ وفتح العزيز ١٠: ٣١٦.
(٣) مغني المحتاج ٢: ١٨٩، والسراج الوهاج: ٢٣٧، والمجموع ١٣: ٤٠٥، والوجيز ١: ١٧٩، وفتح
العزيز
١٠: ٣١٦، والمغني لابن قدامة ٥: ٣٧ - ٣٨، والشرح الكبير ٥: ٣٧.
(٤) المغني لابن قدامة ٥: ٣٧ - ٣٨، والشرح الكبير ٥: ٣٧، وفتح العزيز ١٠: ٣١٥.
(٥) سنن الدارقطني ٣: ٢٦، ومسند أحمد بن حنبل ٥: ٧٢، والسنن الكبرى ٦: ١٠٠، وتلخيص الحبير
٣: ٤٥.
(٦) المجموع ١٣: ٤٠٩، ومغني المحتاج ٢: ١٨٩، والسراج الوهاج: ٢٣٦، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٠.
- ٤١ -

والقول الآخر: أنه يجوز ذلك له (١).
دليلنا: أن إعادته يحتاج إلى دليل. والأصل أن لا يجوز له أن يضع إلا بإذنه،
وليس الإذن في الأول إذنا في الثاني.
مسألة ٨: إذا كان لرجل بيت وعليه غرفة لآخر، وتنازعا في سقف البيت
الذي عليه الغرفة، ولم يكن لأحدهما بيعة، اقرع بينهما، فمن خرج اسمه حلف
لصاحبه، وحكم له به.
وإن قلنا: أنه يقسم بينهما نصفين، كان جائزا.
وقال الشافعي: يحلف كل واحد منهما، فإذا حلفا معا جعل بينهما نصفين (٢).
وقال أبو حنيفة: القول قول صاحب السفلى، وعلى صاحب العلو البيعة (٣).
وقال مالك: القول قول صاحب العلو، وعلى صاحب السفلى البيعة (٤).
دليلنا: إجماع الفرقة على أن كل مجهول يستعمل فيه القرعة، وهذا من الأمر
المشتمه.
مسألة ٩: إذا كان بين رجلين حائط مشترك وانهدم، وأراد أحدهما أن
يبنيه، وطالب الآخر بالإنفاق معه، فإنه لا يجبر على ذلك.
وكذلك إن كان بينهما نهر أو بئر، فطالب أحدهما بالنفقة، لا يجبر عليها.
وكذلك إن كان بينهما دولاب يحتاج إلى العمارة، وطالب شريكه بالنفقة،
لا يجبر عليه.
وكذلك إن كان السفلى لواحد والعلو لآخر فانهدم، فلا يجبر صاحب السفلى

(١) مغني المحتاج ٢: ١٨٩، والمجموع ١٣: ٤٠٩، والسراج الوهاج: ٢٣٦، وفتح العزيز ١٠: ٣١٧،
والمغني
لابن قدامة ٥: ٤٠.

(٢) الأم ٣: ٢٢٦، ومختصر المزني: ١٠٦، وفتح العزيز ١٠: ٣٣٤، والشرح الكبير ١٢: ١٧١.
(٣) المبسوط ٢٠: ١٥٨، والفتاوى الهندية ٤: ١٠٣، والشرح الكبير ١٢: ١٧١، وفتح العزيز ١٠: ٣٣٤.
(٤) الشرح الكبير ١٢: ١٧١، وفتح العزيز ١٠: ٣٣٤ - ٣٣٥.

على إعادة الحيطان التي تكون عليها الغرفة.
وللشافعي في هذه المسائل قولان:
أحدهما: مثل ما قلناه، وهو قوله في الحديد (١). وبه قال أبو حنيفة (٢).
والآخر: قوله في القديم، يجبر عليه (٣). وبه قال مالك (٤).
وقال في مسألة الغرفة أنه يجبر صاحب السفلى على النفقة منفردا، ولا يلزم
صاحب العلو شيئا.
والثاني: لا يجبر عليه (٥).
دليلنا: أن الأصل براءة الذمة، فمن أوجب إجباره على النفقة فعليه الدلالة.
وأیضا قول النبي صلى الله عليه وآله: " لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب
نفس منه " (٦) فيجب أن لا يجبر شريكه على الإنفاق إلا بطيب نفس منه.
مسألة ١٠: إذا أتلف رجل على غيره ثوبا يساوي دينارا، فأقر له به وصالحه
على دينارين، لم يصح ذلك. وبه قال الشافعي (٧).
وقال أبو حنيفة: يجوز ذلك (٨).

-
- (١) الأم ٣: ٢٢٦، مختصر المزني: ١٠٦، والمجموع ١٣: ٤١٥، ومغني المحتاج ٢: ١٩٠، والسراج
الوهاب:
- ٢٣٧، والوجيز ١: ١٧٩ وفتح العزيز ١٠: ٣٢٠، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٩، والشرح الكبير ٥: ٤٧.
(٢) ٢٠: ١٥٩، والفتاوى الهندية ٤: ١٠٣، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٨ - ٤٩، والشرح الكبير
٥: ٤٧، وفتح العزيز ١٠: ٣٢٠.
(٣) المجموع ١٣: ٤١٤، والسراج الوهاب: ٢٣٧، ومغني المحتاج ٢: ١٩٠، وفتح العزيز ١٠: ٣٢١،
والمغني
لابن قدامة ٥: ٤٨، والشرح الكبير ٥: ٤٧.
(٤) المغني لابن قدامة ٥: ٤٨، والشرح الكبير ٥: ٤٧، وفتح العزيز ١٠: ٣٢٠.
(٥) فتح العزيز ١٠: ٣٢١.
(٦) سنن الدارقطني ٣: ٢٦، ومسند أحمد بن حنبل ٥: ٧٢، والسنن الكبرى ٦: ١٠٠، وتلخيص الحبير ٣:
٤٥.
(٧) المجموع ١٣: ٣٨٨.
(٨) شرح فتح القدير ٧: ٣٦، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٧: ٣٦، والمجموع
١٣: ٣٨٨.

دليلنا: أنه إذا أتلّف عليه الثوب، وجب في ذمته قيمته، بدلالة أن له مطالبته بقيمته، ويجبر صاحب الثوب على أخذها، فإذا ثبت أن القيمة هي الواجبة في ذمته، فالقيمة هاهنا دينار واحد، فلو أجزنا أن يصلحه على أكثر من دينار كان بيعا للدينار بأكثر منه، وذلك ربا لا يجوز.

مسألة ١١: إذا ادعى عليه مالا مجهولا، فأقر له به وصالحه منه على مال معلوم صح الصلح. وبه قال أبو حنيفة (١).

وقال الشافعي: لا يصح (٢).

دليلنا: قول النبي صلى الله عليه وآله: " الصلح جائز بين المسلمين إلا ما أحل حراما أو حرم حلالا " (٣) ولم يفرق. وقوله تعالى: " والصلح خير " (٤) ولم يفرق.

مسألة ١٢: إذا كان لرجل داران في زقاقين غير نافذين، وظهر كل واحدة منهما إلى الأخرى، فأراد أن يفتح بين الدارين بابا حتى ينفذ كل واحدة منهما إلى الأخرى، كان له ذلك. وبه قال أبو الطيب الطبري من أصحاب الشافعي (٥).

وقال باقي أصحابه: ليس له ذلك (٦).

(١) النتف ١: ٥٠٥، والفتاوى الهندية ٤: ٢٥٤ و ٢٥٧، والمجموع ١٣: ٣٨٨، والبحر الزخار ٦: ٩٥.

(٢) الأم ٣: ٢٢٣، والمجموع ١٣: ٣٨٨، والمغني لابن قدامة ٥: ٢٥ - ٢٦، والشرح الكبير ٥: ٩، والبحر الزخار ٦: ٩٥.

(٣) من لا يحضره الفقيه ٣: ٢٠ حديث ٥٢، والسنن الكبرى ٦: ٦٥، وسنن الترمذي ٣: ٦٣٥ حديث ١٣٥٢، وسنن أبي داود ٣: ٣٠٤ حديث ٣٥٩٤، والتهديب ٦: ٢٢٦ حديث ٥٤١.

(٤) النساء: ١٢٨.

(٥) المجموع ١٣: ٤١٣، ومغني المحتاج ٢: ١٨٦، والسراج الوهاج: ٢٣٦.

(٦) المجموع ١٣: ٤١٣، ومغني المحتاج ٢: ١٨٦، والسراج الوهاج: ٢٣٦.

قال أبو الطيب: ولا أعرف خلافا فيه.
دليلنا: أنه لا يمنع من التصرف في ملكه إلا بدليل، ولا دليل على ذلك.
وأیضا فلا خلاف أنه يجوز أن يجعل الدارين دارا واحدة، فيرفع الحاجز
بينهما، ويكون البابان في الزقاقين على حالهما. وهذا يدل على صحة ما قلناه.

كتاب الحوالة

(٣٠٣)

مسألة ١: المحتال هو الذي يقبل الحوالة، فلا بد من اعتبار رضاه. وبه قال جميع الفقهاء (١) إلا داود، فإنه قال: لا يعتبر رضاه، ومتى ما أحاله من عليه الحق على غيره لزمه ذلك (٢).

دليلنا: أنا أجمعنا على أنه إذا رضي صحت الحوالة، وليس على صحتها مع عدم رضاه دليل.

وقول النبي صلى الله عليه وآله: "إذا أحيل أحدكم على ملي فليحتل" (٣) المراد به الاستحباب، لأنه إذا أراد أن يحيله على غيره، استحب له أن يجيبه إليه، لما فيه من قضاء حاجة أخيه، وإجابته إلى ما يتغيه.

مسألة ٢: المحال عليه يعتبر رضاه. وبه قال المزني في اختياره (٤)، وإليه ذهب أبو سعيد الإصطخري (٥).

وذكر ابن سريج في التلخيص أن الشافعي ذكر ذلك في الإملاء

(١) اللباب ٢: ١٠٨، وبداية المجتهد ١: ٢٩٥، وكفاية الأخيار ١: ١٧٠، والمجموع ١٣: ٤٣٢، وفتح العزيز

١٠: ٣٣٨، وإرشاد الساري ٤: ١٤٣، وفتح الباري ٤: ٣٦٤، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٨، والسراج الوهاج: ٢٣٨، وحاشية إعانة الطالبين ٣: ٧٥، والشرح الكبير ٥: ٦١، ومغني المحتاج ٢: ١٩٣، والبحر الزخار ٦: ٦٧.

(٢) المجموع ١٣: ٤٣٢، وبداية المجتهد ١: ٢٩٥، والبحر الزخار ٦: ٦٧.

(٣) السنن الكبرى ٦: ٧٠، وتلخيص الحبير ٣: ٤٦.

(٤) المجموع ١٣: ٤٣٢.

(٥) المجموع ١٣: ٤٣٢، وفتح العزيز ١٠: ٣٣٩، والبحر الزخار ٦: ٦٧.

والمشهور من مذهب الشافعي أنه لا يعتبر رضاه (١).
دليلنا: ما قلناه في المسألة الأولى سواء، من إجماع الأمة على أنه إذا رضي
صحت الحوالة، ولم يدل على صحتها من غير رضاه دليل.
مسألة ٣: إذا أحاله على من ليس له عليه دين، وقبل الحوالة، صحت
الحوالة.

وقال الشافعي: إذا أحال على من ليس له عليه دين، فالمذهب أن ذلك
لا يصح، لأنه إذا لم تجز الحوالة عليه بجنس آخر غير الذي عليه، فالأولى أن
لا تجوز إذا لم يكن عليه الحق (٢).

دليلنا: أن الأصل جواز ذلك، والمنع يحتاج إلى دليل.
مسألة ٤: إذا أحال رجلا على رجل بالحق، وقبل الحوالة، صح تحول الحق
من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، وبه قال جميع الفقهاء (٣)، إلا زفر بن
الهديل، فإنه قال: لا يتحول الحق عن ذمته، كما لا يتحول عن ذمة المضمون
عنه (٤).

دليلنا: أن الحوالة مشتقة من التحويل، فينبغي أن يعطي اللفظ حقه من
الاشتقاق والمعنى إذا حكم الشرع بصحته، فإذا أعطيناه حقه، وجب أن ينتقل
الحق من المحيل إلى المحال عليه.

-
- (١) الوجيز ١: ١٨١، والمجموع ١٣: ٤٣٢ و ٤٣٣ وفتح العزيز ١٠: ٣٣٩، وكفاية الأختيار ١: ١٧٠،
والسراج الوهاج: ٢٣٨، ومغني المحتاج ٢: ١٩٤، والبحر الزخار ٦: ٦٧.
(٢) المجموع ٣: ٤٣٠، والسراج الوهاج: ٢٣٨، وإرشاد الساري ٤: ١٤٣، وحاشية إعانة الطالبين ٣:
٧٥
ومغني المحتاج ٢: ١٩٤، وفتح العزيز ١٠: ٣٣٩، والبحر الزخار ٦: ٦٩.
(٣) مختصر المزني: ١٠٧، والمجموع ١٣: ٤٣٤، وكفاية الأختيار ١: ١٧٠، واللباب ٢: ١٠٩ وحاشية
إعانة
الطالبين ٣: ٧٥، ومغني المحتاج ٢: ١٩٥، وفتح العزيز ١٠: ٣٤٣، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٨ - ٥٩،
والشرح الكبير ٥: ٥٥، والبحر الزخار ٦: ٦٨.
(٤) المجموع ١٣: ٤٣٤، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٨ - ٥٩، والبحر الزخار ٦: ٦٨، والشرح الكبير ٥:
٥٥.

مسألة ٥: إذا انتقل الحق من ذمة المحيل إلى المحال عليه بحوالة صحيحة، فإنه لا يعود عليه، سواء بقي المحال عليه على غناه حتى أداه، أو جحده حقه وحلف عند الحاكم أو مات مفلساً، أو أفلس وحجر عليه الحاكم. وبه قال الشافعي (١)، وهو المروي عن علي عليه السلام (٢). وقال أبو حنيفة: له الرجوع عليه بالحق إذا جحده المحال عليه، أو مات مفلساً (٣).

وقال أبو يوسف ومحمد ويرجع عليه في هذين الموضعين، وإذا أفلس وحجر عليه الحاكم (٤). وبه قال عثمان (٥).

دليلنا: أنه قد ثبت انتقال الحق عن ذمته، ولا دليل على انتقاله ثانياً إليه، فمن ادعى ذلك فعليه الدلالة، فينبغي أن يلزمه الاحتياط، ولا يكون له الرجوع، ولأنه شرط الملاءة في الحوالة، فلو كان له الرجوع عند الإعسار لم يكن لشرط الملاءة فائدة.

مسألة ٦: إذا شرط المحتال في الحوالة ملاءة المحال عليه، فوجده معسراً، لم تصح الحوالة.

-
- (١) الأم ٣: ٢٢٨، ومختصر المزني: ١٠٧، والمجموع ١٣: ٤٣٥، وإرشاد الساري ٤: ١٤٣، وفتح العزيز ١٠: ٣٤٤، والسراج الوهاج: ٢٣٩، وعمدة القاري ١٢: ١٠٩، والمحلى ٨: ١٠٩، ومغني المحتاج ٢: ١٩٥ - ١٩٦، والوجيز ١: ١٨٢، والبحر الزخار ٦: ٦٨.
- (٢) المجموع ١٣: ٤٣٦، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٩، والبحر الزخار ٦: ٦٨.
- (٣) اللباب ٢: ١٠٩، وفتح الباري ٤: ٤٦٤، وعمدة القاري ١٢: ١٠٩، والمحلى ٨: ١٠٩، والمجموع ٣: ٤٣٥، وفتح العزيز ١: ٣٤٤، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٩، وبداية المجتهد ٢: ٢٩٦، وإرشاد الساري ٤: ١٤٣، والبحر الزخار ٦: ٦٨.
- (٤) الأم ٣: ٢٢٩، ومختصر المزني: ١٠٧، واللباب ٢: ١٠٩، والمحلى ٨: ١٠٩، والمجموع ١٣: ٤٣٥، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٩، وإرشاد الساري ٤: ١٤٣، والبحر الزخار ٦: ٦٨.
- (٥) عمدة القاري ١٢: ١٠٩، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٩، وفتح الباري ٤: ٤٦٤، وبداية المجتهد ٢: ٢٩٦.

وقال الشافعي: إذا شرط المئاة المحال عليه، فوجده معسرا، أو لم يشرط فوجده معسرا، صحت الحوالة (١).
وقال أبو العباس بن سريج: الذي يقتضيه أصول الشافعي أن يكون له الرجوع إذا شرط المئاة فوجده بخلافه (٢)، والأول قول المزني، وهو الذي صححه باقي أصحابه (٣).
دليلنا: إجماع الفرقة، فإنهم يعتبرون المئاة.
وأیضا قول النبي صلى الله عليه وآله: " إذا أحيل أحدكم على ملي فليحتل " (٤) فأمر بالاحتيايل إذا كان مليا، دون أن يكون معسرا.
مسألة ٧: إذا اشترى رجل من غيره عبدا بألف درهم، ثم أحال البائع المشتري بألف على رجل للمشتري عليه ألف درهم، وقبل البائع الحوالة، صحت الحوالة، ثم إن المشتري وجد بالعبد عيبا فرده به، وفسخ البيع، فهل تبطل أم لا؟ الصحيح أنها تبطل. وبه قال المزني، وأبو إسحاق (٥).
وقال أبو علي الطبري: ذكر المزني في الجامع الكبير: أن الحوالة صحيحة، واختاره هو (٦).
قال أبو حامد المروزي: طلبت في عدة نسخ من الجامع الكبير فلم

-
- (١) الأم ٣: ٢٢٩، والمجموع ١٣: ٤٣٧، ومغني المحتاج ٢: ١٩٦، وفتح العزيز ١٠: ٣٤٤، والمغني لابن قدامة ٥: ٦٠، والشرح الكبير ٥: ٦٢.
(٢) المجموع ١٣: ٤٣٧، ومغني المحتاج ٢: ١٩٦، وفتح العزيز ١٠: ٣٤٤، والمغني لابن قدامة ٥: ٦٠، والشرح الكبير ٥: ٦٢.
(٣) المجموع ١٣: ٤٣٧، ومغني المحتاج ٢: ١٩٦، وفتح العزيز ١٠: ٣٤٤، والمغني لابن قدامة ٥: ٦٠، والشرح الكبير ٥: ٦٢.
(٤) السنن الكبرى ٦: ٧٠، وتلخيص الحبير ٣: ٤٦.
(٥) مختصر المزني: ١٠٧، والمجموع ١٣: ٤٣٨، وفتح العزيز ١٠: ٣٤٦.
(٦) المجموع ١٣: ٤٣٩، وفتح العزيز ١٠: ٣٤٦.

أجده (١).

دليلنا: أن الحوالة إنما صحت عن ثمن العبد، فإذا انفسخ العقد سقط ثمن العبد، فيجب أن تبطل الحوالة.

مسألة ٨: إذا أحال رجل على رجل بحق له عليه، واختلفا، فقال المحيل: أنت وكيل في ذلك، وقال المحتال: إنما أحلتني لأخذ ذلك لنفسي على وجه الحوالة بما لي عليك، واتفقا على أن القدر الذي جرى بينهما من اللفظ أنه قال: أحلتك عليه بمالي عليه من الحق، وقبل المحتال ذلك، كان القول قول المحيل. وبه قال المزني، وأكثر أصحاب الشافعي (٢).

وقال ابن سريج: القول قول المحتال (٣).

دليلنا: إنهما قد اتفقا على أن الحق كان للمحيل على المحال عليه، وانتقاله إلى المحتال يحتاج إلى دليل، لأنه ليس في إحالة المحيل بذلك دليل على أنه أقر له به، وأحاله بحق له عليه.

وإن شئت قلت: الأصل بقاء حق المحيل على المحال عليه، وبقاء حق المحتال على المحيل، والمحتال يدعي زوال ذلك، والمحيل ينكره، فكان القول قوله مع يمينه.

مسألة ٩: الحوالة عند الشافعي بيع (٤)، وليس لأصحابنا في ذلك نص، والذي يقتضيه المذهب أن نقول: أنه عقد قائم بنفسه، لأنه لا دليل على أنه بيع،

(١) فتح العزيز ١٠: ٣٤٦.

(٢) مختصر المزني: ١٠٧، والمجموع ١٣: ٤٤١ - ٤٤٣، وفتح العزيز ١٠: ٣٥١، ومغني المحتاج ٢: ١٩٧،

والوجيز ١: ١٨٢.

(٣) المجموع ١٣: ٤٤١، وفتح العزيز ١٠: ٣٥١.

(٤) المجموع ١٣: ٤٢٦، وكفاية الأختار ١: ١٦٩، والأشباه والنظائر: ٤٦١، وحاشية إعانة الطالبين

٣: ٧٤، والوجيز ١: ١٨١، وفتح العزيز ١٠: ٣٣٨، ومغني المحتاج ٢: ١٩٣.

وليس من ألفاظ البيع، وإلحاقه به قياس لا يجوز عندنا، لبطلان القول بالقياس.

مسألة ١٠: يجوز الحوالة بما لا مثل له من الثياب والحيوان إذا ثبت تفي الذمة بالقرض، ويجوز إذا كان في ذمته حيوان وجب عليه بالجناية، مثل أرش الموضحة وغيرها، يصح الحوالة فيها، وكذلك يصح أن يجعلها صداقا لامرأة. واختلف أصحاب الشافعي فيه:

فقال بعضهم: لا يجوز، وإنما يجوز فيما له مثل (١).

وقال ابن سريج: يجوز فيما يثبت في الذمة، وهو معلوم (٢)، وإذا كان في ذمته حيوان فهل يصح الحوالة بها فيه وجهان (٣).

دليلنا: أن الأصل جواز ذلك، ومن منع منه فعليه الدلالة.

ومن قال: لا يجوز قال: لأنه مجهول، وليس الأمر على ذلك، لأنه لا بد أن يكون معلوما بوصفه وسنه وجنسه، فإن لم يكن كذلك لم تصح الحوالة به.

مسألة ١١: إذا أحال زيد على عمرو بألف درهم، فقبله عمرو، صحت الحوالة في ذلك.

وللشافعي فيه وجهان: أحدهما مثل ما قلناه (٤).

والثاني: لا يجوز، لأن الحوالة بيع، والمعدوم لا يجوز بيعه (٥).

دليلنا: أنه إذا قبله فقد أقر بلزوم ذلك المال في ذمته، فيجب عليه الوفاء

به، ومن قال: لا يصح، فعليه الدلالة، على أن قد بينا أن الحوالة ليست ببيع، فالأصل الذي بنى عليه غير مسلم.

(١) المجموع ١٣: ٤٢٧، وفتح العزيز ١٠: ٣٤٢.

(٢) المجموع ١٣: ٤٢٧، وفتح العزيز ١٠: ٣٤٢.

(٣) المجموع ١٣: ٤٢٨، وفتح العزيز ١٠: ٣٤٢.

(٤) المجموع ١٣: ٤٣٠، وفتح العزيز ١٠: ٣٣٩.

(٥) المجموع ١٣: ٤٣٠، وفتح العزيز ١٠: ٣٣٩.

مسألة ١: ليس من شرط الضمان أن يعرف المضمون له، أو المضمون عنه. وللشافعي فيه ثلاثة أوجه، أحدها: مثل ما قلناه (١).
والثاني: أن من شرطه معرفتهما (٢).
والثالث: أن من شرطه معرفة المضمون له دون المضمون عنه (٣).
دليلنا: ما روي أن عليا عليه السلام وأبا قتادة لما ضمنا الدين عن الميت (٤) لم يسألهما النبي صلى الله عليه وآله عن معرفتهما لصاحب الدين، ولا الميت، فدل على أنه ليس من شرطه معرفتهما.
مسألة ٢: ليس من شرط صحة الضمان رضاهما أيضا، وإن قيل: إن من شرطه رضا المضمون له كان أولى.
وقال الشافعي: المضمون عنه لا يعتبر رضاه (٥)، والمضمون له فيه قولان:

-
- (١) المجموع ١٤: ٥، أحكام القرآن لابن العربي ٣: ١٠٨٦، ومغني المحتاج ٢: ٢٠٠، والسراج الوهاج: ٢٤٠، وفتح العزيز ١٠: ٣٥٨ - ٣٥٩، والمغني لابن قدامة ٥: ٧١ - ٧٢، والشرح الكبير ٥: ٧٩.
(٢) المجموع ١٤: ٥، وفتح العزيز ١٠: ٣٥٨، وأحكام القرآن لابن العربي ٣: ١٠٨٦، والمغني لابن قدامة ٥: ٧١ - ٧٢، والشرح الكبير ٥: ٧٩.
(٣) المجموع ١٤: ٥، ومغني المحتاج ٢: ٢٠٠، والسراج الوهاج: ٢٤٠، وكفاية الأخيار ١: ١٧١، وفتح العزيز ١٠: ٣٥٩، والمغني لابن قدامة ٥: ٧١ - ٧٢، والشرح الكبير ٥: ٧٩.
(٤) سنن الدارقطني ٣: ٧٨ حديث ٢٩١ و ٢٩٢، والسنن الكبرى ٦: ٧٣.
(٥) المجموع ١٤: ١٣، والوجيز ١: ١٨٣، والسراج الوهاج: ٢٤٠، ومغني المحتاج ٢: ٢٠٠، وكفاية الأخيار ١: ١٧١، وفتح العزيز ١٠: ٣٥٨.

فقال أبو علي الطبري: من شرطه رضاه مثل الثمن في المبايعات (١).
وقال ابن سريج: ليس ذلك من شرطه، لأن عليا عليه السلام وأبا قتادة لم
يسألا المضمون له (٢).

دليلنا: ضمان علي عليه السلام وأبي قتادة (٣)، فإن النبي صلى الله عليه
 وآله لم يسأل عن رضا المضمون له، وأما رضا المضمون عنه فكان غير ممكن،
لأنه كان ميتا يدل على أنه لا اعتبار برضاهما، وإذا اعتبرنا رضا المضمون له،
فلأنه إثبات حق في الذمة، فلا بد من اعتبار رضاه كسائر الحقوق، والأول أليق
بالمذهب، لأن الثاني قياس، ونحن لا نقول به.

مسألة ٣: إذا صح الضمان، فإنه ينتقل الدين من ذمة المضمون عنه إلى
ذمة الضامن، ولا يكون له أن يطالب أحدا غير الضامن. وبه قال أبو ثور، وابن
أبي ليلى، وابن شبرمة، وداود (٤).

وقال الشافعي وباقي الفقهاء: إن المضمون له مخير في أن يطالب أيهما شاء،
والضمان لا ينتقل الدين من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن (٥).
دليلنا: أن النبي صلى الله عليه وآله قال لعلي عليه السلام لما ضمن
الدرهمين عن الميت: " جزاك الله عن الإسلام خيرا، وفك رهانك كما فككت

(١) الوجيز ١: ١٨٣، ومغني المحتاج ٢: ٢٠٠، والمجموع ١٤: ١٣ - ١٤، والمغني لابن قدامة ٥: ٧١،
والشرح
الكبير ٥: ٧٩.

(٢) المجموع ١٤: ١٤، والمغني لابن قدامة ٥: ٧١، والشرح الكبير ٥: ٧٩، والبحر الزخار ٦: ٧٦.
(٣) سنن الدارقطني ٣: ٧٨ - ٧٩ حديث ٢٩١ و ٢٩٣، وسنن أبي داود ٣: ٢٤٧ حديث ٣٣٤٣، وسنن
النسائي ٤: ٦٥، والمستدرک علی الصحیحین ٢: ٥٨، ومختصر المزني: ١٠٨.
(٤) المحلى ٨: ١١٣، والمجموع ١٤: ٢٤، والمغني لابن قدامة ٥: ٨٢، وبداية المجتهد ٢: ٢٩٢،
والبحر الزخار ٦: ٧٧.

(٥) مختصر المزني: ١٠٨، والمجموع ١٤: ٢٤ - ٢٥، وكفاية الأخيار ١: ١٧١، ومغني المحتاج ٢:
٢٠٨

والسراج الوهاج: ٢٤٣، والإقناع ٢: ١٧٦، والمحلى ٨: ١١٣، والمغني لابن قدامة ٥: ٨١ - ٨٢،
وبداية المجتهد ٢: ٢٩٢، والبحر الزخار ٦: ٧٧.

رهان أخيك " (١) فدل على أن الميت قد انتقل الحق من ذمته.
وقال عليه السلام لأبي قتادة لما ضمن الدينارين: " هما عليك والميت منهما
برئ، قال: نعم " (٢). فدل على أن المضمون عنه يبرأ من الدين بالضمان.
مسألة ٤: ليس للمضمون له أن يطالب إلا الضامن.
وقال مالك: لا يجوز له أن يطالب الضامن إلا عند تعذر المطالبة من
المضمون عنه، إما بغيته، أو بإفلاسه، أو بجحوده (٣).
وقال الشافعي وباقي الفقهاء: هو بالخيار في مطالبته أيهما شاء (٤).
دليلنا: ما ذكرناه في المسألة الأولى سواء، من أن الضمان ينقل المال من
ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن، فإذا ثبت ذلك، فليس له أن يطالب إلا
من ثبت المال في ذمته.
مسألة ٥: إذا ضمن بغير إذن المضمون عنه، وأدى بغير أمره، فإنه يكون
متبرعا، ولا يرجع به عليه. وبه قال الشافعي (٥).
وقال مالك وأحمد: يرجع به عليه (٦).

-
- (١) سنن الدارقطني ٣: ٧٨ حديث ٢٩١ - ٢٩٢، والسنن الكبرى ٦: ٧٣، ومختصر المزني: ١٠٨.
(٢) سنن الدارقطني ٣: ٧٩ حديث ٢٩٣، وسنن النسائي ٤: ٦٥، وسنن أبي داود ٣: ٢٤٧ حديث
٣٣٤٣، والسنن الكبرى ٦: ٧٤.
(٣) بداية المجتهد ٢: ٢٩٢، وبلغة السالك ٢: ١٥٨، وفتح الرحيم ٢: ١٢٤ - ١٢٥، والمجموع ١٤:
٢٤، والمحلى
٨: ١١٣، والجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١٠: ٢٣٣، والمغني لابن قدامة ٥: ٨٣، والبحر الزخار ٦: ٧٧.
(٤) المجموع ١٤: ٢٤، وكفاية الأخيار ١: ١٧١، والسراج الوهاج: ٢٤٣، ومغني المحتاج ٢: ٢٠٨،
والإقناع
٢: ١٧٦، والمغني لابن قدامة ٥: ٨١ و ٨٣، والجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١: ٢٣٣، وبداية المجتهد
٢: ٢٩٢، والمحلى ٨: ١١٣، والبحر الزخار ٦: ٧٧.
(٥) المجموع ١٤: ٢٩، وكفاية الأخيار ١: ١٧٢، والوجيز ١: ١٨٥، ومغني المحتاج ٢: ٢١٠، والسراج
الوهاج: ٤٣ - ٤٤، وفتح العزيز ١٠: ٣٨٩، والمغني لابن قدامة ٥: ٨٨، والشرح الكبير ٥: ٨٩.
(٦) المغني لابن قدامة: ٥: ٨٨، والشرح الكبير ٥: ٨٩، والمحلى ٨: ١١٦، ومختصر المزني: ١٠٨،
والمجموع
١٤: ٢٩، وفتح العزيز ١٠: ٣٨٩.

دليلنا: أن عليا عليه السلام وأبا قتادة ضمنا الدينين عن الميتين (١) بغير إذن أحد فلو كان لهما أن يرجعا عليهما إذا أديا الدينين لم يكن لضمانيهما فائدة، ولكان الدين باقيا على الميت كما كان.

مسألة ٦: إذا ضمن عنه بإذنه، وأدى بغير إذنه، فإنه يرجع عليه واختلف أصحاب الشافعي في ذلك.

فقال أبو علي بن أبي هريرة بمثل ما قلناه، وهو اختيار أبي الطيب الطبري (٢).

وقال أبو إسحاق: إن أدى عنه مع إمكان الوصول إليه واستئذانه لم يرجع عليه، وإن أدى مع تعذر ذلك رجع عليه (٣).

دليلنا: إنا قد بينا أن بنفس الضمان انتقل المال إلى ذمته، فإذا انتقل إلى ذمته فلا اعتبار باستئذانه في القضاء، ومن قال بالخيار ونصر ما قلناه قال: إذنه له في الضمان إذن له في القضاء، فلا يحتاج إلى استئذانه ثانيا.

مسألة ٧: يصح ضمان مال الجعالة إذا فعل ما شرط الجعالة له. وللشافعي فيه وجهان: أحدهما مثل ما قلناه (٤).

والثاني: لا يصح ضمانه (٥).

-
- (١) سنن الدارقطني ٣: ٧٨ - ٧٩ حديث ٢٩١ و ٢٩٣، وسنن النسائي ٤: ٦٥، وسنن أبي داود ٣: ٢٤٧ حديث ٣٣٤٣، والسنن الكبرى ٦: ٧٢ - ٧٤، والمستدرک علی الصحیحین ٢: ٥٨.
- (٢) المجموع ١٤: ٢٨ و ٣٠، والمغني لابن قدامة ٥: ٨٧، والشرح الكبير ٥: ٨٨.
- (٣) المجموع ١٤: ٣٠، وفتح العزيز ١٠: ٣٩، والمغني لابن قدامة ٨٧، والشرح الكبير ٥: ٨٨.
- (٤) المجموع ١٤: ١٨، والوجيز ١: ١٨٤، ومغني المحتاج ٢: ٢٠٢، وكفاية الأخيار ١: ١٧١، والسراج الوهاج: ٢٤١، وفتح العزيز ١: ١٨٤، والمغني لابن قدامة ٥: ٧٤، والشرح الكبير ٥: ٨٧.
- (٥) المجموع ١٤: ١٨، وكفاية الأخيار ١: ١٧١، والسراج الوهاج: ٢٤١، ومغني المحتاج ٢: ٢٠٢، وفتح العزيز ١٠: ٣٦٩، والمغني لابن قدامة ٥: ٧٤، والشرح الكبير ٥: ٨٧.

دليلنا: قوله تعالى " ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم " (١) وهذا نص.
وقول النبي صلى الله عليه وآله: " الزعيم غارم " (٢) وهذا عام إلا ما أخرجه
الدليل.

مسألة ٨: يصح ضمان مال المسابقة.

وقال الشافعي: إن جعلناه مثل الإجارة صح ضمان ذلك (٣)، وإن جعلناه
مثل الجعالة فعلى وجهين (٤).

دليلنا: قوله عليه السلام: " الزعيم غارم " (٥) وهو على عمومه.

مسألة ٩: إذا جنى على حر، فاستحق بالجناية إبلا، صح ضمانها.

وللشافعي فيه قولان، بناء على القولين في بيعها وإصداقها (٦).

دليلنا: قوله عليه السلام: " الزعيم غارم " (٧) وهذا زعيم.

ولأنه لا مانع يمنع من صحة ذلك، والأصل جوازه.

مسألة ١٠: نفقة الزوجة إذا كانت مستقبلة لا يصح ضمانها.

وللشافعي فيه قولان:

(١) يوسف: ٧٢.

(٢) سنن الترمذي ٣: ٥٦٥ حديث ١٢٦٥ و ٤: ٤٣٣ حديث ٢١٢٠، ومسند أحمد بن حنبل ٥: ٢٦٧ و
٢٩٣، وسنن ابن ماجة ٢: ٨٠٤ حديث ٢٤٠٥، والسنن الكبرى ٦: ٧٢.

(٣) المجموع ١٤: ١٦ - ١٧، وفتح العزيز ١٠: ٣٦٩.

(٤) المجموع ١٤: ١٦، وفتح العزيز ١٠: ٣٦٩، والمغني لابن قدامة ٥: ٧٤، والشرح الكبير ٥: ٨٧.

(٥) سنن الترمذي ٣: ٥٦٥ حديث ١٢٦٥ و ٤: ٤٣٣ حديث ٢١٢٠، ومسند أحمد بن حنبل ٥: ٢٦٧ و
٢٩٣، وسنن ابن ماجة ٢: ٨٠٤، حديث ٢٤٠٥، والسنن الكبرى ٦: ٧٢.

(٦) المجموع ١٤: ١٨، والوجيز ١: ١٨٤، والسراج الوهاج: ٢٤١، ومغني المحتاج ٢: ٢٠٢ - ٢٠٣،
وفتح

العزيز ١٠: ٣٧١.

(٧) سنن ابن ماجة ٢: ٨٠٤ حديث ٢٤٠٥، وسنن الترمذي ٣: ٥٦٥ حديث ١٢٦٥ و ٤: ٤٣٣ حديث
٢١٢٠، ومسند أحمد بن حنبل ٥: ٢٦٧ و ٢٩٣، والسنن الكبرى ٦: ٧٢.

إذا قال: يلزم النفقة بنفس العقد، صح ضمانها (١).
وإن قال: تجب بالتمكين من الاستمتاع قال: لا يصح (٢).
دليلنا: أن النفقة إنما تلزم بالتمكين من الاستمتاع، بدلالة أنها متى نشزت سقط نفقتها، فإذا ثبت ذلك فالتمكين من ذلك لم يحصل في المستقبل، فلا يجب به النفقة.

مسألة ١١: يصح ضمان الثمن مدة الخيار.
وللشافعي فيه طريقان: أحدهما مثل ما قلناه، وهو الصحيح عندهم (٣).
والثاني: لا يصح، لأنه مثل مال الجعالة، وهو على قولين (٤).
دليلنا: أن هذا مال يؤل إلى الزوم، فيصح ضمانه.
وأيضاً قوله عليه السلام: "الزعيم غارم" (٥).
مسألة ١٢: يصح ضمان عهدة الثمن إذا خرج المبيع مستحقاً، إذا كان قد سلم الثمن إلى البائع. وبه قال أكثر الفقهاء، والمشهور من مذهب الشافعي (٦).
وقال أبو العباس بن سريج، وأبو العباس بن القاص: لا يجوز ذلك (٧).

-
- (١) الوجيز ١: ١٨٣، والمجموع ١٤: ١٨، وفتح العزيز ١٠: ٣٦٣ - ٣٦٤.
(٢) المجموع ١٤: ١٨، والوجيز ١: ١٨٣، وفتح العزيز ١٠: ٣٦٣ - ٣٦٤، وحاشية إعانة الطالبين ٣: ٧٨.
(٣) المجموع ١٤: ١٧، والوجيز ١: ١٨٤، والسراج الوهاج: ٢٤١، ومغني المحتاج ٢: ٢٠٢، وكفاية الأختيار
١: ١٧١، وفتح العزيز ١٠: ٣٦٩.
(٤) الوجيز ١: ١٨٤، وكفاية الأختيار ١: ١٧١، والمجموع ١٤: ١٧، والسراج الوهاج: ٢٤١، ومغني المحتاج
٢: ٢٠٢، وفتح العزيز ١٠: ٣٦٩.
(٥) سنن الترمذي ٣: ٥٦٥ حديث ١٢٦٥ و ٤: ٤٣٣ حديث ٢١٢٠، ومسند أحمد بن حنبل ٥: ٢٦٧ و ٢٩٣،
وسنن ابن ماجه ٢: ٨٠٤ حديث ٢٤٠٥، والسنن الكبرى ٦: ٧٢.
(٦) الأم ٣: ٢٣٠، والوجيز ١: ١٨٣، والمجموع ١٤: ٣٧، والسراج الوهاج: ٢٤١، ومغني المحتاج ٢: ٢٠١.
وكفاية الأختيار ١: ١٧٣، وفتح العزيز ١٠: ٣٦٥، وحاشية إعانة الطالبين ٣: ٧٧، والمغني لابن قدامة
٥: ٧٦، والشرح الكبير ٥: ٨٤ - ٨٥، والإقناع ٢: ١٧٩.
(٧) المجموع ١٤: ٣٧، وفتح العزيز ١٠: ٣٦٥، والمغني ٥: ٧٦، والشرح الكبير ٥: ٨٤.

دليلنا: قوله عليه السلام: " الزعيم غارم " (١) ولم يفصل، والأصل جواز ذلك، والمنع منه يحتاج إلى دلالة.

وأيضاً فإن الاستيثاق من الحقوق جائز، فلا يخلو من أن يكون بالشهادة أو بالرهن أو الضمان، ولا فائدة في الشهادة لأنها ليست وثيقة، والرهن لا يجوز في هذا الموضوع بلا خلاف، لأنه كان يؤدي إلى أن يتعطل الرهن أبداً، فلم يبق بعد هذا إلا الضمان، وإلا خلا المال من الوثيقة.

مسألة ١٣: لا يصح ضمان المجهول، سواء كان واجباً أو غير واجب، ولا يصح ضمان ما لا يجب، سواء كان معلوماً أو مجهولاً. وبه قال الشافعي، وسفيان الثوري، وابن أبي ليلى، والليث بن سعد، وأحمد بن حنبل (٢). وقال أبو حنيفة، ومالك: يصح ضمان ذلك (٣).

دليلنا: ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه نهى عن الغرر (٤).

(١) سنن ابن ماجه ٢: ٨٠٤ حديث ٢٤٠٥، وسنن الترمذي ٣: ٥٦٥ حديث ١٢٦٥ و ٤: ٤٣٣ حديث ٢١٢٠، ومسند أحمد بن حنبل ٥: ٢٦٧ و ٢٩٣، والسنة الكبرى ٦: ٧٢.

(٢) الأم ٧: ١١٨، والمجموع ١٤: ١٩، والوجيز ١: ١٨٤، وكفاية الأختيار ١: ١٧٢، والسراج الوهاج ١: ٢٤١، ومغني المحتاج ٢: ٢٠٢، وفتح العزيز ١٠: ٣٧٠، وحاشية إعانة الطالبين ٣: ٧٧، وبداية المجتهد ٢: ٢٩٤.

(٣) المجموع ١٤: ١٩، وفتح العزيز ١٠: ٣٧٠، وبداية المجتهد ٢: ٢٩٤، والبحر الزخار ٦: ٧٦.

(٤) في المصادر الآتية الذكر نهى النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر. ولم أقف بشمولية الحديث لكل غرر في المصادر المتوفرة، ولعل سقوط كلمة " البيع " هنا في موضع من كتاب الشركة من سهو النساخ، والله أعلم بالصواب. انظر بعض مصادر نهى بيع الغرر: صحيح مسلم ٣: ١١٥٣ حديث ١٥١٣، وسنن أبي داود ٣: ٢٥٤ حديث ٣٣٧٦، وسنن الترمذي ٣: ٥٣٢ حديث ١٢٣٠، وسنن الدارقطني ٣: ١٥ حديث ٤٦ و ٤٧، وسنن الدارقطني ٢: ٢٥١، وسنن ابن ماجه ٢: ٧٣٩ حديث ٢١٩٤ و ٢١٩٥، وسنن النسائي ٧: ٢٦٢، والموطأ ٢: ٦٦٤ حديث ٧٥، ومسند أحمد بن حنبل ١: ٣٠٢، والسنة الكبرى ٥: ٣٣٨، ودعائم الإسلام ٢: ٢١، وعيون أخبار الرضا ٢: ٤٥ حديث ١٦٨.

و ضمان المجهول غرر، لأنه لا يدري كم قدرا من المال عليه.
وأیضا فلا دلیل علی صحة ذلك، فمن ادعى صحته فعليه الدلالة.
مسألة ١٤: يصح الضمان عن الميت، سواء خلف وفاء أو لم يخلف. وبه
قال الشافعي، ومالك، وأبو يوسف، ومحمد (١).
وقال أبو حنيفة وسفيان الثوري: لا يصح الضمان عن الميت إذا لم يخلف
وفاء بمال، أو ضمان ضامن. وإن خلف وفاء بمال، أو ضمان صح الضمان
عنه (٢).

دليلنا: خبر علي عليه السلام وأبي قتادة وضمانهما عن الميت (٣)، وإجازة
النبي صلى الله عليه وآله ذلك مطلقا من غير فصل، فدل على أن الحكم
لا يختلف.

وروي عن أنس بن مالك أنه قال: من استطاع منكم أن يموت وليس
عليه دين فليفعل، فإني رأيت رسول الله صلى الله عليه وآله وقد أتى بجنازة
يصلى عليها، فقال: "هل عليه دين؟" فقالوا: نعم، فقال: "ما تنفعه صلاتي
وهو مرتهن، بدينه، فلو قام أحدكم فضمن عنه فصليت عليه كانت تنفعه
صلاتي" (٤).

-
- (١) الأم ٣: ٢٢٩ و ٢٣١، المجموع ١٤: ٨، والوجيز ١: ١٨٣، وفتح العزيز ١٠: ٣٥٨، والمحلى ٨:
١١٢،
وبداية المجتهد ٢: ٢٩٤، والشرح الكبير ٥: ٨٣، وبدائع الصنائع ٦: ٦، ونيل الأوطار ٥: ٣٥٨،
والبحر الزخار ٦: ٧٦.
(٢) الأم ٧: ١١٨، والمجموع ١٤: ٨، وفتح العزيز ١٠: ٣٥٨، والمحلى ٨: ١١٢، والمغني لابن قدامة
٥: ٧٣،
وبداية المجتهد ٢: ٢٩٤، ونيل الأوطار ٥: ٣٥٨، وبدائع الصنائع ٦: ٦، والشرح الكبير ٥: ٨٣.
(٣) سنن الدارقطني ٣: ٧٨ - ٧٩ حديث ٢٩١ و ٢٩٣، وسنن أبي داود ٣: ٢٤٧ حديث ٣٣٤٣، وسنن
النسائي ٤: ٦٥، والسنن الكبرى ٦: ٧٢ و ٧٤، والمستدرک علی الصحیحین ٢: ٥٨.
(٤) السنن الكبرى ٦: ٧٥.

وهذا صريح في جواز ابتداء الضمان بعد موت المضمون عنه.
 مسألة ١٥: إذا ضمن العبد الذي لم يؤذن له في التجارة بغير إذن سيده، لم يصح ضمانه. وبه قال أبو سعيد الإصطخري، وحكى ذلك عن ابن سريج (١).
 وقال ابن أبي هريرة في تعليقه: يصح. وحكى ذلك عن أبي إسحاق المروزي (٢).
 دليلنا: قوله تعالى: "عبدًا مملوكًا لا يقدر على شيء" (٣) والضمان شيء، فوجب أن لا يصح، لأنه تعالى إنما نفى حكم ذلك، لا نفس القدرة عليه.
 مسألة ١٦: كفالة الأبدان تصح. وبه قال من الفقهاء أبو حنيفة وغيره، وهو المشهور من مذهب الشافعي (٤).
 وله قول آخر ذكره المروزي في تعليقه: أنها لا تصح (٥).
 دليلنا: قوله تعالى: "لتأتني به إلا أن يحاط بكم" (٦) فطلب يعقوب منهم كفيلاً ببدنه، وقال إخوة يوسف ليوسف: "إن له أبا شيخاً كبيراً فخذ أحداً

-
- (١) الوجيز ١: ١٨٣، والمجموع ١٤: ٩، وفتح العزيز ١٠: ٣٦١، ومغني المحتاج ٢: ١٩٩، والسراج الوهاج: ٢٤٠.
 (٢) المجموع ١٤: ٩، والوجيز ١: ١٨٣، وفتح العزيز ١٠: ٣٦١ وإعانة الطالبين ٣: ٧٨، والسراج الوهاج: ٢٤٠، ومغني المحتاج ٢: ١٩٩.
 (٣) النحل: ٧٥.
 (٤) المجموع ١٤: ٤١ و ٤٥، والوجيز ١: ١٨٤، وكفاية الأخيار ١: ١٧٣، ومغني المحتاج ٢: ٢٠٣، والسراج الوهاج: ٢٤١، وحاشية إعانة الطالبين ٣: ٧٨، والنتف ٢: ٧٥٨، واللباب ٢: ١٠٠، والفتاوى الهندية ٣: ٢٥٨، وحاشية رد المحتار ٥: ٢٨٦، وبداية المجتهد ٢: ٢٩١، وبلغة السالك ٢: ١٦٤، والمغني لابن قدامة ٥: ٩٥، والشرح الكبير ٥: ٩٨، وفتح العزيز ١٠: ٣٧٢.
 (٥) المجموع ١٤: ٤٤، وكفاية الأخيار ١: ١٧٣، وفتح العزيز ١٠: ٣٧٣، والمغني لابن قدامة ٥: ٩٥، والشرح الكبير ٥: ٩٨، والنتف ٢: ٧٥٨، وبداية المجتهد ٢: ٢٩١.
 (٦) يوسف: ٦٦.

مكانه " (١) وذلك كفالة بالبدن.

وروى أبو إسحاق السبيعي، عن حارثة بن مضرب (٢) أنه قال: صليت مع عبد الله بن مسعود الغداة فلما سلم، قام رجل، فحمد الله وأثنى عليه، وقال: أما بعد فوالله لقد بت البارحة - إلى آخر الخطبة (٣) فقال - : استتبهم وكفلهم عشائهم، فاستتابهم فتابوا، وكفلهم عشائهم (٤). وهذا يدل على إجماعهم على أن الكفالة بالبدن صحيح. وروى المخالفون لنا: أن عبد الله بن عمر كان له دين على علي عليه السلام، فكفلت به أم كلثوم ابنته زوجة عمر بن الخطاب (٥).

(١) يوسف: ٧٨.

(٢) حارثة بن مضرب العبدي الكوفي، روى عن علي عليه السلام وعمر وابن مسعود وخباب بن الأرت، وسلمان الفارسي وغيرهم وعنه أبو إسحاق السبيعي. أنظر تهذيب التهذيب ٢: ١٦٦ - ١٦٧، وتقريب التهذيب ١: ١٤٥.

(٣) ذكرها في المجموع ١٤: ٤١، والنص فيه: " أما بعد فوالله لقد بت البارحة وما في نفسي على أحد احنة، وإني كنت استطرت رجلا من بني حنيفة وكان أمرني أن آتية بغلس فأنتهيت إلى مسجد بني حنيفة، مسجد عبد الله بن النواحة فسمعت مؤذنه 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 عبد الله: أين ما كنت تقرأ من القرآن، قال: كنت أتقاكم به، فقال له: تب، فأبى، فأمر به فأخرج إلى السوق، فجز رأسه، ثم شاور أصحاب محمد صلى الله عليه وآله وسلم في بقية القوم، فقال عدي بن حاتم: تؤلول كفر قد أطلع رأسه فاحسمه "

وقال جرير بن عبد الله، والأشعث بن قيس: استتبهم فإن تابوا وكفلهم عشائهم، فاستتابهم فتابوا، وكفلهم عشائهم.

(٤) قال في المجموع ١٤: ٤٢ الحديث أخرجه أبو داود من طريق حارثة بن مضرب العبدي الكوفي. أقول: وأخرجه البيهقي في سننه الكبرى ٦: ٧٧ باختلاف يسير في بعض الألفاظ.

(٥) ذكر السرخسي في المبسوط ١٩: ١٦٣ كفالة أم كلثوم أمير المؤمنين عليه السلام فلاحظ.

مسألة ١٧: إذا تكفل ببدن رجل، فغاب المكفول به غيبة يعرف موضعه، ألزم الكفيل إحضاره، ويمهل مقدار زمان ذهابه ومجيئه لإحضاره، فإن لم يحضره بعد انقضاء هذه المدة المذكورة حبس أبدا حتى يحضره أو يموت. وبه قال جميع من أجاز الكفالة بالبدن (١).

وقال ابن شبرمة: يحبس في الحال ولا يمهل، لأن الحق قد حل عليه (٢).
دليلنا: أن من شرط الكفالة إمكان تسليمه، والغائب لا يمكن تسليمه في الحال، فوجب أن يمهل حتى يمضي زمان الإمكان.

مسألة ١٨: إذا تكفل ببدن رجل، فمات المكفول به، زالت الكفالة وبرأ الكفيل، ولا يلزمه المال الذي كان عليه. وبه قال جميع الفقهاء الذين أجازوا كفالة الأبدان (٣).

وقال مالك: يلزمه ما عليه، وإليه ذهب ابن سريج (٤).
دليلنا: أن الأصل براءة الذمة، فمن علق عليها شيئا فعليه الدلالة.
وأیضا فإنه تكفل ببدنه دون ما في ذمته، فلا يلزمه تسليم ما لم يتكفل به، ولم

(١) اللباب ٢: ١٠١، والفتاوى الهندية ٣: ٢٥٨، والمجموع ١٤: ٥٢، والسراج الوهاج: ٢٤٢، ومغني المحتاج ٢: ٢٠٥، وفتح العزيز ١٠: ٣٧٧ - ٣٧٨، والوجيز ١: ١٨٤، وبداية المجتهد ٢: ٢٩١، والمغني لابن قدامة ٥: ٩٨ - ٩٩، والشرح الكبير ٥: ١٠٥ - ١٠٦، والإقناع ٢: ١٨٥، وكفاية الأختار ١: ١٧٣، والبحر الزخار ٦: ٧٤.

(٢) المجموع ١٤: ٥٢، والمغني لابن قدامة ٥: ٩٨، والشرح الكبير ٥: ١٠٦، والبحر الزخار ٦: ٧٤.
(٣) المجموع ١٤: ٤٦ و ٥٤، والوجيز ١: ١٨٤، وكفاية الأختار ١: ١٧٣، ومغني المحتاج ٢: ٢٠٥، والسراج

الوهاب ٢: ٢٤٢، واللباب ٢: ١٠٢، والنتف ٢: ٧٥٩، والفتاوى الهندية ٣: ٢٦٢، والمغني لابن قدامة ٥: ١٠٥، والشرح الكبير ٥: ١٠٤، والإقناع ٢: ١٨٥، والبحر الزخار ٦: ٧٣، والجامع لأحكام القرآن القرطبي ١٠: ٢٣٣.

(٤) المدونة الكبرى ٥: ٢٥٧، والمجموع ١٤: ٤٦ و ٥٤، والجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١٠: ٢٣٣، والمغني لابن قدامة ٥: ١٠٥، والشرح الكبير ٥: ١٠٤، والبحر الزخار ٦: ٧٣.

يضمنه.

مسألة ١٩: إذا رهن شيئاً ولم يسلمه، فتكفل رجل بهذا التسليم صح.
وقال الشافعي: لا يصح (١).
دليلنا: إنا قد بينا أن الراهن يجب عليه تسليم الرهن، فصحت الكفالة
عنه، والشافعي بناه على أنه لا يجب عليه تسليمه، وقد بينا خلافه.

(١) أنظر الأم ٣: ١٤٠ - ١٤١، وفتح العزيز ١٠: ٣٧٥.

كتاب الشركة

(٣٢٥)

مسألة ١: شركة المسلم لليهودي والنصراني وسائر الكفار مكروهة. وبه قال جميع الفقهاء (١).

وقال الحسن البصري: إن كان المتصرف المسلم لا يكرهه، وإن كان المتصرف الكافر أوهما، كرهه (٢).

دليلنا: إجماع الفرقة، بل إجماع الأمة، لأن خلاف الحسن لا يعتد به، ومع ذلك قد انقرض.

وروي عن عبد الله بن عباس أنه قال: أكره أن يشارك المسلم اليهودي أو النصراني (٣). ولا يعرف له مخالف.

مسألة ٢: لا تنعقد الشركة إلا في مالين مثلين في جميع صفاتهما، ويخلطان، ويأذن كل واحد من الشريكين لصاحبه في التصرف فيه. وبه قال الشافعي (٤).

وقال أبو حنيفة: تنعقد للشركة بالقول وإن لم يخالطاهما، بأن يعينا المال

-
- (١) المحلى ٨: ١٢٥، واللباب ٢: ٧٠، والمجموع ١٤: ٦٤، وعمدة القاري ١٣: ٦١، وفتح العزيز ١٠: ٤٠٥، والمغني لابن قدامة ٥: ١١٠، والشرح الكبير ٥: ١١٠، والبحر الزخار ٥: ٩٢ - ٩٣.
- (٢) المجموع ١٤: ٦٤، والمغني لابن قدامة ٥: ١٠٩ - ١١٠، والشرح الكبير ٥: ١١٠، والبحر الزخار ٥: ٩٣.
- (٣) المجموع ١٤: ٦٤، والمغني لابن قدامة ٥: ١١٠، والشرح الكبير ٥: ١١٠، والبحر الزخار ٥: ٩٣.
- (٤) المجموع ١٤: ٦٦، وكفاية الأختيار ١: ١٧٤، ومغني المحتاج ٢: ٢١٣، والسراج الوهاج: ٢٤٥، والمبسوط ١١: ١٥٦، وبداية المجتهد ٢: ٢٥٠، والمغني لابن قدامة ٥: ١٢٧ و ١٢٨، وفتح العزيز ١٠: ٤٠٥.

ويحضراه، ويقولوا: قد تشاركنا في ذلك، صحت الشركة (١).
وقيل: هذه شركة العنان.
وإذا أخرج أحدهما دراهم، والآخر دنانير، انعقدت الشركة بينهما (٢).
دليلنا: أن ما اعتبرناه مجمع على انعقاد الشركة به، وليس على انعقادها بما قاله
دليل، فوجب بطلانه.
مسألة ٣: العروض التي لها أمثال، مثل: المكيلات، والموزونات تصح
الشركة فيها. واختلف أصحاب الشافعي فيه:
فقال أبو إسحاق المروزي مثل ما قلناه (٣).
وقال غيره: لا تصح (٤).
دليلنا: أن الأصل جواز ذلك، والمنع يحتاج إلى دليل، ولا دليل في الشرع.
مسألة ٤: إذا أخرج أحدهما دراهم، والآخر دنانير، لم تنعقد الشركة. وبه
قال الشافعي (٥).
وقال أبو حنيفة: تصح (٦).
دليلنا: أنهما مالان متميزان، ولا يختلطان، ومن حق الشركة اختلاط
المالين، فوجب أن تبطل، ولأن ما اعتبرناه لا خلاف في عقد الشركة به، وما
ذكره لا دليل على صحته.

-
- (١) اللباب ٢: ٧٤، والمبسوط ١١: ١٥٦، وفتاوى قاضيخان ٣: ٦١٢، والمجموع ١٤: ٦٩، وبداية
المجتهد ٢: ٢٥٠،
والمغني لابن قدامة ٥: ١٢٨، وفتح العزيز ١٠: ٤٠٦.
(٢) اللباب ٢: ٧٣ - ٧٤، وفتاوى قاضيخان ٣: ٦١٢، والمجموع ١٤: ٦٩، والمغني لابن قدامة ٥:
١٢٨.
(٣) المجموع ١٤: ٦٦، وفتح العزيز ١٠: ٤٠٧.
(٤) المجموع ١٤: ٦٥ و ٦٦، وفتح العزيز ١٠: ٤٠٧.
(٥) المجموع ١٤: ٦٨، ومغني المحتاج ٢: ٢١٣، والسراج الوهاج: ٢٤٥، وفتح العزيز ١٠: ٤٠٨،
والمبسوط
١١: ١٥٣.
(٦) اللباب ٢: ٧٣ - ٧٤، والمبسوط ١١: ١٥٢ - ١٥٣، والمجموع ١٤: ٦٩.

مسألة ٥: شركة المعاوضة باطلة. وبه قال الشافعي (١)، قال: ولها حكم في اللغة دون الشرع.
قال صاحب إصلاح المنطق (٢): شركة المعاوضة: أن يكون مالهما من كل شئ يملكانه بينهما. ووافقه على ذلك مالك، وأحمد، وإسحاق، وأبو ثور (٣). وقال أبو حنيفة: هي صحيحة إذا صحت شرائطها وموجباتها. فشرائطها أن يكون الشريكان مسلمين حرين، فإذا كان أحدهما مسلماً والآخر كافراً، أو كان أحدهما حراً والآخر مكاتباً، لم تجز الشركة. ومن شروطها أن يتفق قدر المال الذي تنعقد الشركة في جنسه، وهو الدراهم والدنانير، فإذا كان مال أحدهما أكثر لم تصح هذه الشركة، أو أخرج أحدهما من الشركة من ذلك المال أكثر مما أخرج الآخر لم يصح. وأما موجباتها فهو أن يشارك كل واحد منهما صاحبه فيما يكتسبه، قل ذلك أو أكثر، وفيما يلزمه من غراماته بغصب وكفالة بمال، فهذه جملة ما يشترطونه من

- (١) الأم ٣: ٢٣١ و ٦: ٢٢٤، ومختصر المزني: ١٠٩، والمجموع ١٤: ٧٤، ومغني المحتاج ٢: ٢١٢، والسراج
الوهاج: ٢٤٤ - ٢٤٥، والمبسوط ١١: ١٥٣، وفتح العزيز ١٠: ٤١٥، وبداية المجتهد ٢: ٢٥١، والمغني لابن قدامة ٥: ١٣٩، والشرح الكبير ٥: ١٩٨، والوجيز ١: ١٨٧، وبدائع الصنائع ٦: ٥٧، والبحر الزخار ٥: ٩١.
(٢) للشيخ الأديب يعقوب بن إسحاق الشهير بابن السكيت. كان عالماً بنحو الكوفيين وعلم القرآن واللغة والشعر، راوية ثقة، أخذ عن البصريين والكوفيين كالفراء وأبي عمرو الشيباني والأثرم وابن الأعرابي، وله تصانيف كثيرة في النحو ومعاني الشعر وتفسير دواوين الشعر. وكان مؤدباً لأولاد المتوكل العباسي، قتله المتوكل بعد أن سأله: يا يعقوب من أحب إليك ابناي هذان أم الحسن والحسين؟ قال: والله إن قبر خادم علي خير منك ومن ابنك، فأمر الأتراك فسلوا لسانه من قفاه، فمات يوم الاثنين لخمس خلون من رجب سنة أربع وأربعين ومائتين. أنظر بغية الوعاة: ٤١٨ - ٤١٩.
(٣) المبسوط ١١: ١٥٣، والمغني لابن قدامة ٥: ١٣٩، والشرح الكبير ٥: ١٩٨.

الشرائط والموجبات (١). وبه قال سفيان الثوري والأوزاعي (٢).
دليلنا: أنه لا دليل على صحة ذلك، وانعقاد الشركة حكم شرعي يحتاج إلى
دلالة شرعية.

وأيضاً هذه الشرائط التي ذكروها من اكتساب المال والغرامة باطلة،
فلا يصح معها الشركة.

وأيضاً روي عنه عليه السلام أنه " نهى عن الغرر " (٣) وهذا غرر، لأنه
يدخل في العقد على أن يشاركه في جميع ما يكسبه وما يضمه بعد، من غضب
و ضمان وكفالة، وقد يلزمه غرامة، فيحتاج أن يشاركه فيها على حسب ما دخل
عليه في العقد، وهذا غرر عظيم.

مسألة ٦: شركة الأبدان عندنا باطلة - وهي أن يشترك الصانعان على أن
ما يرتفع لهما من كسبهما فهو بينهما على حسب شرطهما، سواء كان متفقي الصنعة
كالنجارين والخبازين، أو مختلفي الصنعة كالنجار والخباز - وبه قال
الشافعي (٤).

وقال أبو حنيفة يجوز مع اتفاق الصنعة واختلافها، ولا يجوز في الاحتطاب

(١) التنف ١ : ٥٣١ واللباب ٢ : ٧٠، وفتاوى قاضيخان ٣ : ٦١٨، والمبسوط ١١ : ١٥٣، والمجموع ١٤ :
٧٤

وفتح العزيز ١٠ : ٤١٥، وبداية المجتهد ٢ : ٢٥١، والمغني لابن قدامة ٥ : ١٣٩، والشرح الكبير
٥ : ١٩٨، والفتاوى الهندية ٢ : ٢٠٧ - ٢٠٨، وبدائع الصنائع ٦ : ٥٧، والبحر الزخار ٥ : ٩١.

(٢) المجموع ١٤ : ٧٤، والمغني لابن قدامة ٥ : ١٣٩، والشرح الكبير ٥ : ١٩٨، والبحر الزخار ٥ : ٩١.
(٣) أنظر تعليقتنا حول الحديث في المسألة " ١٣ " من كتاب الضمان المتقدم.

(٤) المجموع ١٤ : ٧٢، والوجيز ١ : ١٨٧، وكفاية الأختيار ١ : ١٧٣، ومغني المحتاج ٢ : ٢١٢، والسراج
الوهاب: ٢٤٤ - ٢٤٥، وفتح العزيز ١٠ : ٤١٤، والمغني لابن قدامة ٥ : ١١١، والشرح الكبير

٥ : ١٨٦، وبداية المجتهد ٢ : ٢٥٢، والمبسوط ١١ : ١٥٤، والمحلى ٨ : ١٢٣، والبحر الزخار ٥ : ٩٤،
وسبل السلام ٣ : ٨٩٣.

والاحتشاش، والاصطياد والاعتنام (١).
 وقال مالك: يجوز الاشتراك مع اتفاق الصنعة، ولا يجوز مع اختلافها (٢).
 وقال أحمد: يجوز الاشتراك في جميع الصنائع، وفي الاحتشاش
 والاحتطاب، والاصطياد والاعتنام (٣).
 دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٤).
 وأيضا العقود الشرعية تحتاج إلى أدلة شرعية، وليس في الشرع ما يدل على
 صحة هذه الشركة.
 وأيضا نهى النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر (٥)، وهذا غرر، بدلالة
 أن كل واحد منهما لا يدري أيكسب صاحبه شيئا أم لا يكسب، وكم مقدار
 ما يكسبه.
 مسألة ٧: شركة الوجوه باطلة - وصورتها: أن يكون رجلان وجيهان في
 السوق، وليس لهما مال، فيعقدان الشركة على أن يتصرف كل واحد منهما
 بجاهه في ذمته، ويكون ما يرتفع بينهما - وبه قال الشافعي (٦).

-
- (١) اللباب ٢: ٧٥ - ٧٦، والنتف ١: ٥٣٥، والمبسوط ١١: ١٥٤ و ٢١٦، وفتاوى قاضيخان ٢: ٦٢٣ - ٦٢٤،
 والمغني لابن قدامة ٥: ١١١، والشرح الكبير ٥: ١٨٥، والمحلى ٨: ١٢٣، وبداية المجتهد ٢: ٢٥٢،
 وكفاية
 الأخبار ١: ١٧٣، وسبل السلام ٣: ٨٩٣، وفتح العزيز ١٠: ٤١٤ - ٤١٥، والبحر الزخار ٥: ٩٤.
 (٢) بداية المجتهد ٢: ٢٥٢، وكفاية الأخبار ١: ١٧٣، والمحلى ٨: ١٢٣، والمغني لابن قدامة ٥: ١١٣،
 والشرح الكبير ٥: ١٨٧، وفتح العزيز ١٠: ٤١٤، والبحر الزخار ٥: ٩٤.
 (٣) المغني لابن قدامة ٥: ١١١، والشرح الكبير ٥: ١٨٥ و ١٨٧، وفتح العزيز ١٠: ٤١٥.
 (٤) انظرها في عيون أخبار الرضا ٢: ٨٦ حديث ١٦٨، وصحيح مسلم ٣: ١١٥٣، وسنن أبي داود
 ٣: ٢٥٤، وسنن الترمذي ٣: ٥٣٢، وسنن الدارقطني ٣: ١٥ - ١٦.
 (٥) تقدمت الإشارة إلى مصادر النهي عن المسألة " ٥ " من هذا الكتاب فلاحظ.
 (٦) المجموع ١٤: ٧٥، ومغني المحتاج ٢: ٢١٢، والسراج الوهاج: ٢٤٤ - ٢٤٥، والمبسوط ١١:
 ١٥٤
 وبداية المجتهد ٢: ٢٥٢، والوجيز: ١٨٧، وفتح العزيز ١: ٤١٦، والشرح الكبير ٥: ١٨٤، والبحر الزخار
 ٥: ٩٤.

وقال أبو حنيفة: أنها تصح، فإذا عقدها كان ما يرتفع لهما على حسب ما شرطاه بينهما (١).

دليلنا: ما قدمناه في المسألة الأولى من أن العقود الشرعية تحتاج إلى أدلة شرعية، وليس في الشرع ما يدل على صحة هذه الشركة، فيجب أن تكون باطلة.

مسألة ٨: لا فرق بين أن يتفق المالان في المقدار، أو يختلفا فيخرج أحدهما أكثر مما أخرجه الآخر، وبه قال أكثر أصحاب الشافعي (٢).
وقال أبو القاسم الأنماطي من أصحابه: إذا اختلف مقدار المالين، بطلت الشركة (٣).

دليلنا:

أنه لا دلالة على بطلان هذه الشركة، والأصل جوازها.
وقوله عليه السلام: "المؤمنون عند شروطهم" (٤).

مسألة ٩: لا يجوز أن يتفاضل الشريكان في الربح مع التساوي في المال، ولا أن يتساويا فيه مع التفاضل في المال، ومتى شرطا خلاف ذلك كانت الشركة باطلة. وبه قال الشافعي (٥).

(١) اللباب ٢: ٧٦، والمبسوط ١١: ١٥٤، وفتاوى قاضيخان ٦: ٦٢٣، والمجموع ١٤: ٧٥، وبداية
المجتهد

٢: ٢٥٢، والفتاوى الهندية ٢: ٣٢٧، والشرح الكبير ٥: ١٨٤، وفتح العزيز ١٠: ٤١٦ - ٤١٧،
والبحر الزخار ٥: ٩٤.

(٢) مغني المحتاج ٢: ٢١٤، والمجموع ١٤: ٦٧، والسراج الوهاج: ٢٤٥، وفتح العزيز ١: ٤١٠.

(٣) المجموع ١٤: ٦٧ و ٦٩، وفتح العزيز ١٠: ٤١٠، والوجيز ١: ١٨٧.

(٤) التهذيب ٧: ٣٧١ حديث ١٥٠٣، والاستبصار ٣: ٢٣٢ حديث ٨٣٥، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٨٤،
والشرح الكبير ٤: ٣٨٦، وتلخيص الحبير ٣: ٢٣ و ٤٤.

(٥) المجموع ١٤: ٦٩، ومغني المحتاج ٢: ٢١٥، وفتح العزيز ١٠: ٤٢٥، والمبسوط ١١: ١٥٧، وبداية
المجتهد

٢: ٢٥٠، والوجيز ١: ١٨٧، وكفاية الأخيار ١: ١٧٤، والسراج الوهاج: ٢٤٦، والنتف ١: ٥٣٣،
والبحر الزخار ٥: ٩٢.

وقال أبو حنيفة: يجوز ذلك (١).
دليلنا: أن ما قلناه مجمع على جوازه، وليس على جواز ما ذكره دليل.
مسألة ١٠: إذا اشترى الشريكان عبدا بمال الشركة، ثم أصابا به عيبا،
كان لهما أن يرداه، وكان لهما إمساكه، فإن أراد أحدهما الرد والآخر الإمساك
كان لهما ذلك. وبه قال الشافعي (٢).
وقال أبو حنيفة: إذا امتنع أحدهما من الرد، لم يكن للآخر أن يردده (٣).
دليلنا: أن المنع من الرد بالعيب يحتاج إلى دليل، والأصل جوازه، وليس
ها هنا ما يدل على المنع منه.
مسألة ١١: إذا باع أحد الشريكين عبدا بألف، فأقر البائع على شريكه
بالقبض، وادعى ذلك المشتري وأنكره الشريك الآخر الذي لم يبيع، لم يبرء
المشتري من الثمن. وبه قال الشافعي (٤).
وله في إقرار الوكيل على موكله بقبض ما وكله فيه قولان:
أحدهما: يقبل (٥). وبه قال أبو حنيفة، ومحمد (٦).
والآخر: لا يقبل (٧).

-
- (١) المبسوط ١١: ١٥٦ - ١٥٧، واللباب ٢: ٧٣، وفتاوى قاضيخان ٣: ٦١٣ وفتح العزيز ١٠: ٤٢٦،
والنتف ١: ٥٣٣، والفتاوى الهندية ٢: ٣١٩ - ٣٢٠، والبحر الزخار ٥: ٩٢.
(٢) مختصر المزني: ٨٣ و ١٠٩، والمجموع ١٤: ٧٩، وبداية المجتهد ٢: ١٧٨، والمغني لابن قدامة ٤:
٢٦٨،
والشرح الكبير ٤: ١٠٦، وشرح فتح القدير ٨: ٣٦٧، وشرح فتح العزيز ٨: ٣٦٧.
(٣) المبسوط ١٣: ٥٠، وبداية الصنائع ٥: ٢٨٣، وشرح فتح القدير ٨: ٣٦٧، والمغني لابن قدامة
٤: ٢٦٨، والشرح الكبير ٤: ١٠٦، وشرح فتح العزيز ٨: ٣٦٧.
(٤) المجموع ١١: ٨٧، وفتح العزيز ١٠: ٤٤٨ و ٤٥٤.
(٥) المجموع ١٤: ٨٧ و ١٦٣، وفتح العزيز ١٠: ٤٥٢.
(٦) المبسوط ١٩: ٦٩ و ٧٥ و ١٠٣، والمجموع ١٤: ٨٨.
(٧) المجموع ١٤: ١٦٣، وفتح العزيز ١٠: ٤٤٢ و ٤٥٤.

وقال أبو حنيفة، ومحمد بن الحسن: إن إقرار الشريك مقبول على شريكه، بناءً منهما على أن إقرار الوكيل مقبول على موكله بقبض ما وكله فيه (١).
دليلنا على ذلك: أن الخمسمائة التي للبائع لا يبرأ منها، لأنه يقول ما أعطيتني ولا أعطيت من وكلته في قبضها، وإنما أعطيتها أجنبيًا، ولا تبرأ من حقي بذلك، وأما الخمسمائة التي للذي لم يبيع فلا يبرأ منها أيضًا، لأنه يزعم أنها على المشتري لم يقبضها بعد، وإنما البائع هو الذي يقر بقبضه، وهو وكيل الذي لم يبيع في قبض حقه.

والوكيل إذا أقر على موكله الحق الذي وكله في استيفائه لم يقبل قوله، إلا أنه إن شهد مع البائع شاهد آخر، أو امرأتان، أو يمين المشتري، فإنه يحكم على الشريك الذي لم يبيع بقبض حقه، وإن لم يكن توجهت عليه اليمين لا غير.

مسألة ١٢: إذا كان مال بين شريكين، فغصب غاصب أحد الشريكين نصيبه، وباع مع ما لشريكه، مضى العقد يفيمًا للشريك، ويبطل فيما للغاصب. ولأصحاب الشافعي فيه طريقتان:

منهم من قال: المسألة مبنية على تفريق الصفقة، فيبطل البيع في القدر المغصوب، وهل يبطل في حصة الشريك البائع؟ على قولين:
إذا قال: لا تفرق الصفقة، بطل في الجميع.

وإذا قال: تفرق، يصح في حصة الشريك البائع، ويبطل في الباقي (٢).
ومنهم من قال: المسألة على قول واحد كما قال الشافعي، لأن هذا البيع صفقتان، لأن في طرفيه عاقدين، فإذا جمع بين الصفقتين في العقد فبطلت

(١) المبسوط ١٩: ١٠٣.

(٢) مختصر المزني ١: ١٠٩، والمجموع ١٤: ٨٢، وفتح العزيز ١٠: ٤٥٦.

إحداهما لم تبطل الأخرى، وإنما تبني المسألة على تفريق الصفقة إذا كانت الصفقة واحدة (١)، وهو الصحيح عندهم.

فأما إذا غضب أحد الشريكين من الآخر، وباع الجميع، بطل في نصيب شريكه، وفي نصيبه قولان (٢):

وإذا وكل الشريك الذي لم يغضب الغاصب في بيع حصته، فباع الغاصب جميع المال، وأطلق البيع، بطل في القدر المغصوب، وهل يبطل في حصة الموكل؟ على قولين (٣)، بناء على تفريق الصفقة، ولا خلاف بينهم إذا أطلق ذلك البيع، وإن لم يطلق وأخبر المشتري أنه وكيل، فهو على الخلاف الذي مضى.

دلينا على أنه لا يبطل في الجميع قوله تعالى: " وأحل الله البيع " (٤) وهذا بيع صادق ملكا، وأما ما لا يملك فلا خلاف في أنه لا يمضى البيع فيه.

مسألة ١٣: إذا كان لرجلين عبدان، لكل واحد منهما عبد بانفراده، فباعهما من رجل واحد بثمن واحد، لا يصح البيع.

وللشافعي فيه قولان: أحدهما يصح (٥).

والآخر: لا يصح (٦)، وهو الأصح عندهم.

دلينا: أن هذا العقد بمنزلة العقدین، لأنه لعاقدين، وثمن كل واحد منهما مجهول، لأن ثمنهما يتقسط على قدر قيمتهما وذلك مجهول، والثمن إذا كان مجهولا

(١) المجموع ١٤ : ٨٢.

(٢) المجموع ١٤ : ٨٣.

(٣) المجموع ١٤ : ٨٢ - ٨٣.

(٤) البقرة: ٢٧٥.

(٥) فتح العزيز ٨ : ٢٥٢ - ٢٥٣.

(٦) فتح العزيز ٨ : ٢٥٢ - ٢٥٣.

بطل العقد، ولا يلزم إذا كانا جميعا لواحد فباعهما بثمن معلوم، لأن ذلك يكون عقدا واحدا، وإنما يبطل الأول من حيث كانا عقدين.
مسألة ١٤: إذا عقدا شركة فاسدة، إما بأن يتفاضل المالان ويتساوى الربح، أو يتساوى المالان ويتفاضل الربح، وتصرفا، وارتفع الربح، ثم تفاضلا، كان الربح بينهما على قدر المالين، ويرجع كل واحد منهما على صاحبه بأجرة مثل عمله، بعد إسقاط القدر الذي يقابل عمله في ماله. وبه قال الشافعي (١).

وقال أبو حنيفة: لا يرجع واحد منهما على صاحبه بأجرة مثل عمله، لأن هذه الأجرة لما لم تثبت في الشركة الصحيحة، فكذلك في الفاسدة (٢).
دليلنا: أن كل واحد منهما قد شرط في قابلية عمله جزء من الربح، ولم يسلم له لفساد العقد، وقد تعذر عليه الرجوع إلى المبدل، فكان له الرجوع إلى قيمته، كما لو باع منه سلعة بيعا فاسدا وسلمها إليه وتلفت في يد المشتري رجع عليه بقيمتها، لأن المسمى لم يسلم له، وقد تعذر عليه الرجوع في السلعة بتلفها، فكان له الرجوع في قيمتها.
وفارق ذلك الشركة الصحيحة، لأن المسمى قد سلم له فيها، وفي الفاسدة لم يسلم له المسمى، وقد تعذر عليه الرجوع إلى المبدل، فيرجع إلى عوض المثل.
مسألة ١٥: إذا كان بينهما شيء، فباعاه بثمن معلوم، كان لكل واحد منهما أن يطالب المشتري بحقه. فإذا أخذ قدر حقه، شاركه فيه صاحبه. وللشافعي فيه قولان: أحدهما مثل ما قلناه (٣).

(١) المجموع ١٤: ٧٢، ومغني المحتاج ٢: ٢١٥ - ٢١٦، والسراج الوهاج: ٢٤٦.
(٢) الفتاوى الهندية ٢: ٣٢٠، واللباب ٢: ٧٣، والمجموع ١٤: ٧٢.
(٣) المجموع ١٤: ٨٨، وفتح العزيز ١٠: ٢٥٠ و ٢٥٤.

والآخر هو الأظهر عندهم: أنه لا يشاركه فيه (١).
دليلنا: إجماع الفرقة فإن هذه المسألة منصوصة لهم (٢)، ورواياتهم واردة
بها (٣).
وأيضاً فإن المال الذي في ذمة المشتري غير متميز فكل جزء يحصل من جهته
فهو بينهما.

-
- (١) المجموع ١٤ : ٨٨، وفتح العزيز ١٠ : ٢٥٠ و ٢٥٤.
(٢) حكاة العلامة الحلي في المختلف ٢ : ٢٢ عن ابن الحنيد من متقدمي علمائنا السابقين على الشيخين
وعن ابن البراج وأبي الصلاح وابن حمزة من المتأخرين.
(٣) استدلال العلامة أيضاً في مقام الرد على ابن إدريس في هذه المسألة التي ذكرها أيضاً في المختلف
٢ : ٢١ - ٢٢ بما رواه الشيخ في التهذيب ٧ : ١٨٥ - ١٨٦ حديث ٨١٨ و ٨٢١.

كتاب الوكالة

(٣٣٩)

مسألة ١: يجوز وكالة الحاضر، ويلزم الخصم من خصمة الوكيل، وله أن يوكل أيضا كذلك. وبه قال الشافعي، وابن أبي ليلى، وأبو يوسف، ومحمد (١). وقال أبو حنيفة: وكان الحاضر تصح، غير أنها لا تلزم خصمه، إلا أن يرضى بها، ومتى أبى ذلك كان على خصمه أن يخاصمه بنفسه، وأجبر على ذلك إن امتنع (٢).

دليلنا: أن الأخبار الواردة في جواز التوكيل عامة في الحاضر والغائب (٣)، فمن خصص فعليه الدلالة.

وأیضا الأصل جواز ذلك، والمنع يحتاج إلى دليل.

مسألة ٢: ليس من شرط سماع البينة على الوكالة من الوكيل إحضار خصم من خصومه، أو غريم من غرمائه. وبه قال الشافعي (٤).

(١) المجموع ١٤: ١٠٠، والوجيز ١: ١٨٨، وفتح العزيز ١١: ٩، وبداية المجتهد ٢: ٢٩٨، واللباب ٢: ٨٧،

وبدائع الصنائع ٦: ٢٢، وعمدة القاري ١٢: ١٣٤، وتبيين الحقائق ٤: ٢٥٥، والمغني لابن قدامة ٥: ٢٠٤، والشرح الكبير ٥: ٢٠٦ و ٢٠٧، والبحر الزخار ٦: ٦٥.

(٢) التنف ٢: ٥٩٨، واللباب ٢: ٨٧، وبدائع الصنائع ٦: ٢٢، وعمدة القاري ١٢: ١٣٤، وتبيين الحقائق ٤: ٢٥٥، والمجموع ١٤: ١٠٠، والمغني لابن قدامة ٥: ٢٠٤، والشرح الكبير ٥: ٢٠٧، وفتح العزيز ١١: ٩، والبحر الزخار ٦: ٦٦.

(٣) أنظر الكافي ٦: ١٢٩ (باب الوكالة في الطلاق) ومن لا يحضره الفقيه ٣: ٤٧ (باب ٣٧)، والتهذيب ٦: ٢١٣ (باب ٨٦) والاستبصار ٣: ٢٧٨ (باب ١٦٦).

(٤) فتح العزيز ١١: ٥٥، والمغني لابن قدامة ٥: ٢٦٧ و ٢٧٠، والشرح الكبير ٥: ٢٦٧ و ٢٧٠، وبداية المجتهد ٢: ٢٩٨.

وقال أبو حنيفة: من شرطه ذلك، فإذا أحضره وادعى حق الموكل على خصمه أو غريمه، وتوجه الجواب على المدعى عليه، فحينئذ يسمع الحاكم بينة الوكيل (١)

فجوز سماع الدعوى قبل ثبوت الوكالة، وألزم الخصم الجواب، وجعل تقديم الدعوى شرطاً في سماع البينة بناءً منه على أصله، لأن عنده لا يلزم وكالة الحاضر إلا برضا الخصم، ولا يجوز القضاء على الغائب. وهذا عندنا جائز على ما بيناه، لأننا لا نعتبر رضا الخصم، ويجوز القضاء على الغائب، وقد مضى الكلام في جواز وكالة الحاضر وإن لم يرض الخصم، وسيجئ الكلام في القضاء على الغائب في موضعه. مسألة ٣: إذا عزل الموكل وكيله عن الوكالة في غيبة من الوكيل، فلا صحابنا فيه روايتان:

إحدهما: أنه ينعزل في الحال وإن لم يعلم الوكيل، وكل تصرف يتصرف فيه الوكيل بعد ذلك يكون باطلاً (٢). وهو أحد قولي الشافعي، أو أحد وجهيه (٣). والثانية: أنه لا ينعزل حتى يعلم الوكيل ذلك، وكلما يتصرف فيه يكون واقعا موقعه إلى أن يعلم (٤)، وهو قول الشافعي الآخر (٥). وبه قال

(١) الفتاوى الهندية ٤: ١١١، والشرح الكبير ٥: ٢٦٧ و ٢٧٠، والمغني لابن قدامة ٥: ٢٦٧ و ٢٧٠، وبداية المجتهد ٢: ٢٩٨، وفتح العزيز ١١: ٥٥.

(٢) لم أظفر على رواية تدل على خلاف العلم والله العالم.

(٣) الوجيز ١: ١٩٣، والمجموع ١٤: ١٥٥، ومغني المحتاج ٢: ٢٣٢، والسراج الوهاج: ٢٥٢، وفتح العزيز

١١: ٦٧، والمغني لابن قدامة ٥: ٢٤٣، والشرح الكبير ٥: ٢١٧ - ٢١٨، وتبيين الحقائق ٤: ٢٨٧. (٤) أنظر الكافي ٦: ١٢٩ حديث ٤، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ٤٧ و ٥١ حديث ١٦٦ و ١٧١، والتهذيب ٦: ٢١٣ - ٢١٤ حديث ٥٠٢ و ٥٠٣ و ٥٠٥.

(٥) المجموع ١٤: ١٥٥، والوجيز ١: ١٩٣، ومغني المحتاج ٢: ٢٣٢، والسراج الوهاج: ٢٥٢، وفتح العزيز

١١: ٦٧، والمغني لابن قدامة ٥: ٢٤٣، والشرح الكبير ٥: ٢١٨.

أبو حنيفة (١).
دليلنا على ذلك: أخبار الطائفة، وهي مختلفة، وقد ذكرناها في الكتابين
المتقدم ذكرهما (٢).
ومن راعى العلم، استدل على ذلك، بأن قال: أن النهي لا يتعلق به حكم
في حق المنهي، إلا بعد حصول العلم به.
وهكذا أبواب نواهي الشرع كلها، ولهذا لما بلغ أهل قبا أن القبلة قد
حولت إلى الكعبة وهم في الصلاة داروا وبنوا على صلاتهم، ولم يؤمروا
بالإعادة، فكذا نهى الموكل وكيله عن التصرف ينبغي أن لا يتعلق به حكم
في حق الوكيل إلا بعد العلم، وهذا القول أقوى من الأول، وقد رجحناه في
الكتابين (٣).
مسألة ٤: إذا وكل رجل رجلا في الخصومة عنه، ولم يأذن له في الإقرار، فأقر
على موكله بقبض الحق الذي وكل في المخاصمة فيه، لم يلزمه إقراره عليه بذلك،
سواء كان في مجلس الحكم أو في غيره. وبه قال مالك، والشافعي وابن أبي
ليلى، وزفر (٤).
وقال أبو حنيفة ومحمد: يصح إقراره على موكله في مجلس الحكم، ولا يصح

-
- (١) اللباب ٢: ٩٣، والمبسوط ١٩: ١٦، والنتف ٢: ٦٠٢، وبدائع الصنائع ٦: ٣٧ وحاشية رد المحتار
٥: ٥٣٧، والمغني لابن قدامة ٥: ٢٤٣، والشرح الكبير ٥: ٢١٨، وفتح العزيز ١١: ٦٧.
(٢) التهذيب ٦: ٢١٣ و ٢١٦ حديث ٥٠٢ و ٥٠٨ و ٥٠٤ و ٥٠٦، والاستبصار ٣:
٢٧٨
حديث ٩٨٦ و ٩٨٨.
(٣) التهذيب ٦: ٢١٣ حديث ٥٠٢، والاستبصار ٣: ٢٧٨ حديث ٩٨٦ - ٩٨٨.
(٤) الأم ٣: ٢٣٢، ومختصر المزني: ١١٠، والمجموع ١٤: ١١٥، وفتح العزيز ١١: ٥٣، والنتف ٢:
٥٩٩
وبدائع الصنائع ٦: ٢٤، والمبسوط ١٩: ٤، وتبيين الحقائق ٤: ٢٧٨ و ٢٨٠، والمغني لابن قدامة
٥: ٢١٨، والشرح الكبير ٥: ٢٤٣، وبداية المجتهد ٢: ٢٩٧.

في غيره (١).
وقال أبو يوسف: يصح في مجلس الحكم وفي غيره (٢).
دليلنا: أن الأصل براءة الذمة، فمن ألزمه بإقرار وكيله فعليه الدلالة.
مسألة ٥: إذا أذن له في الإقرار صح إقراره، ولزم الموكل ما أقر به، فإن
كان معلوما لزمه ذلك، وإن كان مجهولا رجع في تفسيره إلى الموكل دون
الوكيل.
وللشافعي فيه قولان (٣)، وفي أصحابه من قال مثل ما قلناه (٤).
وقال ابن سريج: لا يصح من الوكيل الإقرار على الموكل بحال، ولا يصح
الوكالة في ذلك (٥).
دليلنا: أنه لا مانع من ذلك، والأصل جوازه.
وأیضا قوله عليه السلام: " المؤمنون عند شروطهم " (٦) وهذا شرط إن يلزمه
ما يقر به الوكيل، فيجب أن يكون ذلك جائزا.
مسألة ٦: إذا وكل رجل رجلا في تثبيت حد القذف، أو القصاص عند

-
- (١) اللباب ٢: ٩٩، والنتف ٢: ٥٩٩، والمبسوط ١٩: ٥، وبدائع الصنائع ٦: ٢٤، والمغني لابن قدامة
٥: ٢١٨، والشرح الكبير ٥: ٢٤٣، والمجموع ١٤: ١١٥، وفتح العزيز ١١: ٥٣، وتبيين الحقائق
٤: ٢٧٩.
- (٢) النتف ٢: ٥٩٨، واللباب ٢: ٩٩، وبدائع الصنائع ٦: ٢٤، وتبيين الحقائق ٤: ٢٧٩ - ٢٨٠، والمغني
لابن قدامة ٥: ٢١٨، والشرح الكبير ٥: ٢٤٣.
- (٣) مغني المحتاج ٢: ٢٢١، والسراج الوهاج: ٢٤٨، وفتح العزيز ١١: ٨، وحاشية رد المحتار ٥: ٥١٥.
- (٤) السراج الوهاج: ٢٤٨، ومغني المحتاج ٢: ٢٢١، وفتح العزيز ١١: ٨، وحاشية رد المحتار ٥: ٥١٥.
- (٥) فتح العزيز ١١: ٨، وحاشية رد المحتار ٥: ٥١٥.
- (٦) التهذيب ٧: ٣٧١ حديث ١٥٠٣، والاستبصار ٣: ٢٣٢ حديث ٨٣٥، والمصنف لابن أبي شيبة
٦: ٥٦٨ حديث ٢٠٦٤، وتلخيص الحبير ٣: ٢٣ و ٤٤، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٨٤، والشرح الكبير
٤: ٣٨٦.

الحاكم، أو إقامة البيئة عليه، فالتوكيل صحيح. وبه قال جميع الفقهاء (١)، إلا
أبا يوسف، فإنه قال: لا يصح التوكيل في تثبيت الحد بحال (٢).
دليلنا: عموم الأخبار في جواز التوكيل (٣)، والأصل أيضا جوازه، والمنع
يحتاج إلى دلالة.
مسألة ٧: يصح التوكيل في استيفاء الحدود التي للآدميين وإن لم يحضر
الموكل.

واختلف أصحاب الشافعي على ثلاثة طرق:
فذهب أبو إسحاق المروزي، أن الصحيح حما ذكره في كتاب الجنایات من:
أن التوكيل صحيح مع غيبة الموكل (٤).
ومنهم من قال: أن الصحيح ما ذكره ها هنا من: اعتبار حضور الموكل (٥).
ومنهم من قال: المسألة على قولين.
واختار أبو الطيب قول المروزي (٦).
وقال أبو حنيفة: لا يجوز استيفاؤها مع غيبة الموكل (٧).

-
- (١) الأم ٣: ٢٣٢، وبدائع الصنائع ٦: ٢١، وبداية المجتهد ٢: ٢٩٧، وتبيين الحقائق ٤: ٢٥٥، والبحر
الزخار ٦: ٦٢ - ٦٣.
(٢) بدائع الصنائع ٦: ٢١، وتبيين الحقائق ٤: ٢٥٥، والبحر الزخار ٦: ٦٢ - ٦٣.
(٣) أنظر الكافي ٦: ١٢٩ (باب الوكالة في الطلاق)، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ٤٧ (باب ٣٧ من الوكالة)،
والتهذيب ٦: ٢١٣ (باب ٨٦ الوكالة)، والاستبصار ٣: ٢٧٨ (باب ١٦٦ الوكالة).
(٤) الوجيز ١: ١٨٨، والسراج الوهاج: ٢٤٨، وفتح العزيز ١١: ١٠، وعمدة القاري ١٢: ١٥١،
والمبسوط
١٩: ٩، وتبيين الحقائق ٤: ٢٥٥، والبحر الزخار ٦: ٦٣.
(٥) السراج الوهاج: ٢٤٨، والوجيز ١: ١٨٨، وفتح العزيز ١١: ١٠، والمغني لابن قدامة ٥: ٢٠٨،
والشرح
الكبير ٥: ٢٠٨، والبحر الزخار ٦: ٦٣.
(٦) البحر الزخار ٦: ٣٦، والوجيز ١: ١٨٨.
(٧) المبسوط ١٩: ٩ و ١٠٦ - ١٠٧، وعمدة القاري ١٢: ١٥١، وبدائع الصنائع ٦: ٢١، وتبيين الحقائق
٤: ٢٥٥، وحاشية رد المحتار ٥: ٥١٣، والمغني لابن قدامة ٥: ٢٠٧ - ٢٠٨، والشرح الكبير ٥: ٢٠٨،
وفتح العزيز ١١: ١٠، والبحر الزخار ٦: ٦٣.

دليلنا: أن الأصل جواز ذلك، والمنع يحتاج إلى دلالة، ومن قال: لا يجوز إلا مع حضور الموكل استدل بقول النبي صلى الله عليه وآله: " إدرأوا الحدود بالشبهات " (١) قال: وفي استيفاء هذا الحد شبهة، لأنه لا يدري الوكيل هل عفى عن هذا القصاص الموكل فيه أو لم يعف؟ وما ذكرناه أولى.
مسألة ٨: إذا وكله في تصرف سماه له، ثم قال: (وقد أذنت لك أن تصنع ما شئت) كان ذلك إذنا في التوكيل.
وللشافعي فيه وجهان، أحدهما: مثل ما قلناه (٢).
والثاني: ليس له ذلك، لأنه ما صرح بالإذن فيه (٣).
دليلنا: أنه إذا قال: (أذنت لك أن تعمل ما شئت) دخل فيه التوكيل، لأنه من جملة ما يشاء، فحمل قوله على عمومته أولى.
مسألة ٩: جميع من يبيع مال غيره، ستة أنفس: الأب، والجد، ووصيهما، والحاكم، وأمين الحاكم، والوكيل. لا يصح لأحد منهم أن يبيع المال الذي في يده من نفسه إلا لاثنتين: الأب، والجد، ولا يصح لغيرهما. وبه قال مالك، والشافعي (٤).

- (١) من لا يحضره الفقيه ٤: ٥٣ حديث ١٩٠، ونقله السيوطي في الجامع الصغير ١: ٥٢ حديث ٣١٤ عن ابن عدي في جزء له من حديث أهل مصر والجزيرة، وعن أبي مسلم الكجي وابن السمعاني. أنظر تفصيل ذلك في فيض القدير للمناوي ١: ٢٢٧.
- (٢) المجموع ١٤: ١١١، والمغني لابن قدامة ٥: ٢١٥، والشرح الكبير ٥: ٢٠٩.
- (٣) مغني المحتاج ٢: ٢٢٦، والمجموع ١٤: ١١١، والمغني لابن قدامة ٥: ٢١٥، والشرح الكبير ٥: ٢٠٩.
- (٤) المجموع ١٤: ١٢٣ - ١٢٤، ومغني المحتاج ٢: ٢٢٤، والسراج الوهاج: ٢٤٩، والوجيز ١: ١٩، وكفاية
الأخبار ١: ١٧٧، وبداية المجتهد ٢: ٢٩٨، والمغني لابن قدامة ٥: ٢٣٧، والشرح الكبير ٥: ٢٢١، وفتح العزيز ١١: ٢٩، وتبيين الحقائق ٤: ٢٧٠.

وقال الأوزاعي: يجوز ذلك للجميع (١).
وقال زفر: لا يجوز لأحد منهم أن يبيع من نفسه شيئاً (٢).
وقال أبو حنيفة: يجوز للأب، والجد، والوصي إلا أنه اعتبر في الوصي أن يشتريه بزيادة ظاهرة، مثل أن يشتري ما يساوي عشرة بخمس عشرة، فإن اشتراه بزيادة درهم لم يمس ذلك البيع. قاله استحساناً (٣).
. دليلنا: إجماع الفرقة، وأخبارهم أنه يجوز للأب أن يقوم جارية ابنه الصغير على نفسه، ويستبيح وطؤها بعد ذلك (٤).
وأيضاً روي أن رجلاً أوصى إلى رجل في بيع فرس له، فاشتراه الوصي لنفسه، واستفتى عبد الله بن مسعود، فقال: ليس له ذلك (٥)، ولا يعرف له مخالف.

وإن قيل: عندكم أن البيع من صحة انعقاده التفرق بالأبدان، ولا يتصور ذلك بين الإنسان وبين نفسه.
قيل: أجيب عن ذلك بجوابين:
أحدهما: أن البيع قد يلزم من غير التفرق، وهو أن يقول بعد العقد: (أجزت (٦) هذا البيع، أو أمضيته) فإنه يلزم ولا يحتاج إلى التفرق. والثاني: أنه إلا عقد الأب أو الجد هذا العقد، فإنه يقوم من موضعه حتى يلزم العقد ويمضي، فيكون ذلك بمنزلة افتراق المتبايعين.

(١) المجموع ١٤: ١٢٣، والمغني لابن قدامة ٥: ٢٣٧، والشرح الكبير ٥: ٢٢١، وتبيين الحقائق ٤: ٢٧٠.

(٢) المجموع ١٤: ١٢٤.

(٣) تبيين الحقائق ٤: ٢٧١، والمغني لابن قدامة ٥: ٢٣٧، والشرح الكبير ٥: ٢٢٢.

(٤) الكافي ٧: ٦٧ حديث ٢، ومن لا يحضره الفقيه ٤: ١٦١ حديث ٥٦٤، والتهذيب ٩: ٢٣٩ حديث ٩٢٨.

(٥) روي في المجموع ١٤: ١٢٤، والمغني لابن قدامة ٥: ٢٣٨ مع اختلاف يسير في بعض ألفاظه.

(٦) في بعض النسخ "اخترت".

مسألة ١٠: إذا أطلق الوكالة في البيع، فإطلاقها يقتضي أن يبيع بنقد ذلك البلد، بثمن المثل حالاً، فإن خالف في ذلك، كان البيع باطلاً. وبه قال مالك، والشافعي (١).

وقال أبو حنيفة: لا يقتضي الإطلاق الحلول، ولا نقد البلد، ولا عوض المثل. فإذا باعه بخلاف ذلك صح، حتى قال: لو أن السلعة تساوي ألوفاً، فباعها بدانق إلى أجل، صح البيع (٢).

دليلنا: أنه إذا باع بما وصفناه صح بيعه بلا خلاف، وإذا خالف لم يدل دليل على جواز بيه، فوجب المنع منه.

مسألة ١١: إذا اختلف الخياط وصاحب الثوب، فقال صاحب الثوب: أذنت لك في قطعه قميصاً، وقال الخياط: أذنت لي في قطعه قباء، وقد فعلت. فالقول قول الخياط.

وللشافعي فيه قولان: أحدهما مثل ما قلناه (٣).

والثاني: القول قول صاحب الثوب (٤). وبه قال ابن أبي ليلى (٥).

(١) بداية المجتهد ٢: ٢٩٨، والمجموع ١٤: ١٣٠، وكفاية الأخيار ١: ١٧٧، والوجيز ١: ١٩٠، ومغني المحتاج

٢: ٢٢٣ - ٢٢٤، والسراج الوهاج: ٢٤٩، وفتح العزيز ١١: ٢٦، والمغني لابن قدامة ٥: ٢٥٤ - ٢٥٥، وبدائع الصنائع ٦: ٢٧، وتبيين الحقائق ٤: ٢٧٠، والبحر الزخار ٦: ٥٩.

(٢) التنف ٢: ٥٩٧، واللباب ٢: ٩٥، وبدائع الصنائع ٦: ٢٧، وفتاوى قاضيخان ٢: ٢٩٣، وتبيين الحقائق ٤: ٢٧٠، وحاشية رد المحتار ٥: ٥٢٢، والمغني لابن قدامة ٥: ٢٥٤ - ٢٥٥، والشرح الكبير

٥: ٢٢٦، والمجموع ١٤: ١٣٠، وفتح العزيز ١١: ٢٦، وبداية المجتهد ٢: ٢٩٨، والبحر الزخار ٦: ٥٩. (٣) المجموع ١٥: ١٠٥ - ١٠٦، ومغني المحتاج ٢: ٣٥٤، والسراج الوهاج: ٢٩٥، والوجيز ١: ٢٣٨،

وفتح

العزيز ١١: ٧٤، والمغني لابن قدامة ٦: ١٢٥.

(٤) الأم ٤: ٤٠، والوجيز ١: ٢٣٨، والمجموع ١٥: ١٠٥ - ١٠٦، والسراج الوهاج: ٢٩٥، ومغني المحتاج

٢: ٣٥٤، وفتح العزيز ١١: ٧٤، والمغني لابن قدامة ٦: ١٢٥.

(٥) المجموع ١٥: ١٠٧.

دليلنا: على ما ذهبنا إليه: أن صاحب الثوب مدع بذلك أرش القطع على الخياط، فعليه البينة، وإلا فعلى الخياط اليمين.

مسألة ١٢: إذا كان لرجل على غيره دين، فجاء آخر فادعى أنه وكيه في المطالبة، وأنكر ذلك عليه الدين، فإن كان مع الوكيل بينة أقامها وحكم له بها، وإن لم يكن معه بينة، وطالب من عليه الدين باليمين لا يجب عليه، فإن ادعى عليه علمه بذلك لم يلزمه أيضا اليمين. وبه قال الشافعي (١).

وقال أبو حنيفة: يلزمه اليمين، بناء منه على أصله أنه لو صدقه، أجبر على التسليم إليه (٢).

ونحن نبنى على أصلنا أنه لو صدقه من عليه الدين في توكيه، لم يجبر على التسليم إليه.

دليلنا: الأصل براءة الذمة، وإيجاب اليمين عليه يحتاج إلى دليل شرعي، ولا دليل في الشرع يدل عليه.

مسألة ١٣: إذا صدقه من عليه الدين في توكيه، لم يجبر على التسليم إليه. وبه قال الشافعي (٣).

وقال أبو حنيفة: إن كان ذلك ديناً، أجبر على الدفع إليه، وإن كان عينا فالمشهور من مذهبه أنه لا يجبر عليه (٤).

(١) المجموع ١٤: ١٥١ و ١٥٣، وفتح العزيز ١١: ٨٥، والشرح الكبير ٥: ٢٦١.

(٢) اللباب ٢: ٩٩، والمبسوط ١٩: ٧٦، وبدائع الصنائع ٦: ٢٦، وتبيين الحقائق ٤: ٢٨٤، والمجموع ١٤: ١٥٣، والشرح الكبير ٥: ٢٦١.

(٣) المجموع ١٤: ١٥١، والسراج الوهاج: ٢٥٤، ومغني المحتاج ٢: ٢٣٧، والشرح الكبير ٥: ٢٦١، وفتح العزيز ١١: ٨٦.

(٤) المبسوط ١٨: ٢٠، وبدائع الصنائع ٦: ٢٦، وتبيين الحقائق ٤: ٢٨١ و ٢٨٤، والشرح الكبير ٥: ٢٦١، والمجموع ١٤: ١٥٢.

وعنه رواية أخرى شادة: أنه يجبر عليه (١).
دليلنا: أنه لا دليل على إجباره على ذلك، ولأن ذمته مرتبهة بالوديعة والدين
وغيره، ولا يقطع على براءتها بالدفع إلى الوكيل المدعى له ذلك، وتصديقه إياه،
لأن لصاحبه أن يكذبهما، فيجب أن لا يجب عليه التسليم.
مسألة ١٤: إذا وكل رجلا في كل قليل وكثير، لم يصح حذلك، وبه قال جميع
الفقهاء (٢)، إلا ابن أبي ليلى، فإن قال: يصح ذلك (٣).
دليلنا: أن في ذلك غررا عظيما، لأنه ربما ألزمه بالعقود مالا يمكنه الوفاء به،
وما يؤدي إلى ذهاب ماله، مثل أن يزوجه بأربع حرائر، ثم يطلقهن قبل
الدخول، فيلزمه نصف مهورهن، ثم يتزوج بأربع أخرى، وعلى هذا أبدا. ويشترى
له من الأرضين والعقارات وغيرها مالا يحتاج إليه، وفي ذلك غرر عظيم، فما
يؤدي إليه فهو باطل.
وأیضا فإنه لا دليل على صحة هذه الوكالة في الشرع.
مسألة ١٥: يكره أن يتوكل مسلم لكافر على مسلم.
ولم يكره ذلك أحد من الفقهاء.
دليلنا: إجماع الفرقة، لأنه لا دليل على جوازه.
مسألة ١٦: إذا وكل رجلا في بيع ماله، فباعه، كان للوكيل والموكل
المطالبة بالثمن. وبه قال الشافعي (٤).

(١) تبیین الحقائق ٤: ٢٨٤.
(٢) الأم ٣: ٢٣٣، والمجموع ١٤: ١٠٦ - ١٠٧، وكفاية الأختيار ١: ١٧٦، ومغني المحتاج ٢: ٢٢١،
والسراج
الوهاج: ٢٤٨، والوجيز ١: ١٨٨، والمبسوط ٩: ٧٠، وفتح العزيز ١١: ١١، والمغني لابن قدامة
٥: ٢١١، والشرح الكبير ٥: ٢٤١، وبداية المجتهد ٢: ٢٩٧.
(٣) المبسوط ١٩: ٧٠، المغني لابن قدامة ٥: ٢١١، والشرح الكبير ٥: ٢٤١.
(٤) الوجيز ١: ١٩٢، وفتح العزيز ١١: ٦٠ و ٦٤، وبدائع الصنائع ٦: ٣٣، والمغني لابن قدامة ٥: ٢٦٢ و
٢٦٤، والشرح الكبير ٥: ٢٣٧ - ٢٣٨.

وقال أبو حنيفة: للوكيل المطالبة به، وليس ذلك للموكل (١).
دليلنا: أن الثمن قد ثبت أنه للموكل دون الوكيل، ويدخل في ملكه في
مقابلة المبيع الذي زال ملكه بالعقد، وإذا كان الثمن ملكا له كان له المطالبة
به، ولأن المطالبة بالثمن من حقوق العقد لا من شرائطه - مثل خيار المجلس
والتفرق بالأبدان، فإن ذلك من شرط العقد - فلاجل ذلك يتعلق بالعقد دون
الموكل.

مسألة ١٧: لا يصح إبراء الوكيل من دون الموكل، من الثمن الذي على
المشتري. وبه قال الشافعي (٢).

وقال أبو حنيفة: يصح إبراء الوكيل بغير إذن موكله (٣).
دليلنا: أن الإبراء تابع للملك، وإذا كان الوكيل لا يملك الثمن، فلا يصح منه
الإبراء، وإنما قلنا أنه لا يملك، لأنه لا يملك هبته بلا خلاف، فلو ملكه لصح منه
هبته.

مسألة ١٨: إذا وكل رجلا في شراء سلعة، فاشتراها بثمان مثلها، فإن
ملكها يقع للموكل من غير أن يدخل في ملك الوكيل. وبه قال الشافعي (٤).
وقال أبو حنيفة: يدخل أولا في ملك الوكيل، ثم ينتقل إلى الموكل (٥).

-
- (١) الباب ٢: ٨٩، وبدائع الصنائع ٦: ٣٣، وتبيين الحقائق ٤: ٢٥٧، والمغني لابن قدامة ٥: ٢٦٤،
والشرح الكبير ٥: ٢٣٨.
- (٢) المجموع ١٤: ١١٦، وفتح العزيز ١١: ١٤، وتبيين الحقائق ٤: ٢٥٦.
- (٣) المبسوط ١٩: ٣٥، وتبيين الحقائق ٤: ٢٥٨، وحاشية رد المحتار ٥: ٥٢١ و ٥٢٣، والمجموع ١٤:
١١٦.
- (٤) المجموع ١٤: ١٤٦، وبداية المجتهد ٢: ٢٩٨، والمغني لابن قدامة ٥: ٢٦٣، والشرح الكبير ٥:
٢٣٧،
وتبيين الحقائق ٤: ٢٥٦.
- (٥) تبيين الحقائق ٤: ٢٥٦، والمجموع ٤: ١٤٧، وبداية المجتهد ٢: ٢٩٨، والمغني لابن قدامة ٥:
٢٦٣،
والشرح الكبير ٥: ٢٣٧، وفتح العزيز ١: ٧٦.

دليلنا: أنه لو وكله في شراء من يعتق عليه لم يعتق عليه، فلو كان الملك قد انتقل إليه لوجب أن يعتق عليه، فلما أجمعنا أنه لا يعتق على الوكيل لو اشترى من يعتق عليه إذا اشتراه لنفسه، دل ذلك على أنه لا ينتقل الملك إلى الوكيل. مسألة ١٩: إذا وكل مسلم ذميا في شراء خمر، لم يصح الوكالة، فإن ابتاعه الذمي له، لم يصح البيع. وبه قال الشافعي (١).

وقال أبو حنيفة: يصح التوكيل، ويصح البيع، وعنده أن المسلم لا يملك الخمر إذا تولى الشراء بنفسه، ولا يصح ذلك، ويملكه بشراء الوكيل الذمي (٢). دليلنا: أن عقود البيع تحتاج إلى دلالة شرعية، ولا دليل في الشرع على صحة هذا العقد، فوجب أن يكون باطلا. على أنه بينا في المسألة الأولى: أن شراء الوكيل يقع لموكله. فإذا كان كذلك، فوجب أن لا يصح شراؤه، كما لو اشتراه بنفسه.

مسألة ٢٠: إذا وكله في بيع فاسد، مثل أن يوكله في البيع والشراء إلى أجل مجهول مثل قدوم الحاج، وإدراك الثمار، لم يلك بذلك التوكيل البيع الصحيح وبه قال الشافعي (٣).

وقال أبو حنيفة: يملك بذلك البيع الصحيح، فإذا باع أو اشترى إلى أجل معلوم صح البيع والشراء (٤). دليلنا: أنه لو لم يوكله في هذا العقد، فيجب أن لا يصح، وإنما وكله في غيره،

-
- (١) المغني لابن قدامة ٥: ٢٦٣، والشرح الكبير ٥: ٢٣٧.
(٢) المبسوط ١٩: ٨، وتبيين الحقائق ٤: ٢٥٤، وحاشية رد المحتار ٥: ٥١١، والمغني لابن قدامة ٥: ٢٦٣، والشرح الكبير ٥: ٢٣٧.
(٣) المجموع ١٤: ١٣٨، والوجيز ١: ١٩٢، وفتح العزيز ١١: ٥٧، والمغني لابن قدامة ٥: ٢٥٢، والشرح الكبير ٥: ٢٤٠، والبحر الزخار ٦: ٦٠.
(٤) المغني لابن قدامة ٥: ٢٥٢، والشرح الكبير ٥: ٢٤٠، والمجموع ١٤: ١٣٨، وفتح العزيز ١١: ٥٧، والبحر الزخار ٦: ٦٠.

فإذا فسد، فيجب فساد الوكالة.
 مسألة ٢١: إذا وكل صبيا في بيع أو شراء أو غيرهما، لم يصح التوكيل. وإن تصرف، لم يصح تصرفه. وبه قال الشافعي (١).
 وقال أبو حنيفة: يصح توكيله، وإذا تصرف صح تصرفه إذا كان يعقل ما يقول، ولا يفتقر ذلك إلى إذن وليه (٢).
 دليلنا: قوله عليه السلام: " رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفيق، وعن النائم حتى يستيقظ " (٣).
 ورفع القلم يقتضي أن لا يكون لكلامه حكم. وأنه لا دلالة على صحة هذه الوكالة، فيجب بطلانها.
 مسألة ٢٢: إذا وكله في شراء شاة بدينار أعطاه، فاشترى به شاتين يساوي كل واحدة منهما دينارا، فإن الشراء يلزم الموكل، فيكون الشاتان له. وبه قال أكثر أصحاب الشافعي (٤).
 وقال الشافعي في كتاب الإجازات: إن إحداهما نلزمه بنصف دينار، وهو بالخيار في الأخرى، إن شاء أمسكها بالنصف الآخر، وإن شاء ردها، ويرجع على الوكيل بنصف دينار (٥).

 (١) الوجيز ١: ١٨٩، والسراج الوهاج: ٢٤٧، ومغني المحتاج ٢: ٢١٨، وكفاية الأخيار ١: ١٧٥، وفتح العزيز ١١: ١٥ - ١٦، وبدائع الصنائع ٦: ٢٠، وبداية المجتهد ٢: ٢٩٧.
 (٢) اللباب ٢: ٨٨، وبدائع الصنائع ٦: ٢٠، وتبيين الحقائق ٤: ٢٥٤، وحاشية رد المحتار ١٥: ٥١١، وفتح العزيز ١١: ١٦.
 (٣) اختلفت ألفاظ حديث الرفع في المصادر الحديثية، انظر فيها: الخصال ١: ٩٣ و ١٧٥ حديث ٤٠ و ٢٣٣، والسنن الكبرى ٦: ٨٤ و ٢٠٦، والمستدرک علی الصحيحين ٢: ٥٩.
 (٤) المجموع ١٤: ٩٥ - ٩٦، ومغني المحتاج ٢: ٢٢٩، والسراج الوهاج: ٢٥١، والوجيز ١: ١٩١، وفتح العزيز ١١: ٤٩ - ٥٠، والمغني لابن قدامة ٥: ٢٥٩، والشرح الكبير ٥: ٢٣١.
 (٥) الأم ٣: ١٦، و ٤: ٣٢ - ٣٣.

وقال الطبري لا وجه لهذا القول، إلا أن يكون بناء على ما حكى عنه من أنه يجوز بيع الموقوف.

وحكى المروزي في الجامع عن الشافعي أنه قال: إذا وكله في بيع سلعة فباعها بما لا يتغابن الناس بمثله، كان له أن يرد.

وهذا أيضا بناء على ما ذكرناه من ذلك القول.

قال أبو الطيب الطبري: والمذهب الصحيح الأول.

وقال أبو حنيفة: يلزم الوكيل البيع في إحدى الشاتين بنصف دينار، ولا يلزم

الموكل في الأخرى بنصف دينار، ويرجع الموكل عليه بنصف دينار (١).

دليلنا: أن شراء الشاتين وقع للموكل بماله، وقد بينا أن عقد الوكيل

للموكل، فيجب أن يكون شراءهما له.

وأیضا روي عن النبي عليه السلام أنه عرض له جلب، فأعطى عروة

البارقي (٢) دينارا ليشتري به شاة للأضحية، فاشترى به شاتين، ثم باع إحداهما

بدينار، فجاء إلى رسول الله صلى الله عليه وآله بشاة ودينار، فقال: هذه الشاة

وهذا ديناركم، فقال النبي كيف صنعت؟ فذكر له ما صنع، فقال له النبي:

"بارك الله لك في صفقة يمينك" (٣).

مسألة ٢٣: إذا قال: إن قدم الحاج، أو جاء رأس الشهر، فقد وكلتك في

(١) المغني لابن قدامة ٥: ٢٩٥، والشرح الكبير ٥: ٢٣١، والمجموع ١٤: ٩٦.
(٢) عروة بن الجعد ويقال: ابن أبي الجعد، ويقال: عروة بن عياض بن أبي الجعد الأزدي البارقي، سكن الكوفة. وبارق: جبل نزله سعد بن عدي بن مازن روى عن النبي وعن عمر وسعد بن أبي وقاص.
وعنه شبيب بن غرقدة والشعبي وأبو إسحاق السبيعي وغيرهم: انظر تهذيب التهذيب ٧: ١٧٨.
(٣) رواه البخاري في صحيحه ٤: ٢٥٢، والدارقطني في سننه ٣: ١٠ حديث ٢٩ و ٣٠، والترمذي في سننه ٣: ٥٥٩ حديث ١٢٥٨، وأبو داود في سننه ٣: ٢٥٦، وأحمد بن حنبل في مسنده ٤: ٣٧٥ - ٣٧٦، وفي بعضها باختلاف يسير في الألفاظ ومنهم من عزى الحديث لحكيم بن حزام فلاحظ.

البيع، فإن ذلك لا يصح. وبه قال الشافعي (١).
وقال أبو حنيفة: يصح (٢).
دليلنا: أنه لا دليل على صحة هذا العقد، وعقد الوكالة يحتاج إلى دليل.

(١) المجموع ١٤: ١٠٨ - ١٠٩، وفتح العزيز ١١: ٢١ - ٢٢، ومغني المحتاج ٢: ٢٢٣، والسراج
الوهاب:
٢٤٨، والمغني لابن قدامة ٥: ٢١٠.
(٢) المغني لابن قدامة ٥: ٢١٠، وفتح العزيز ١١: ٢٢.

كتاب الإقرار

(٣٥٧)

مسألة ١: إذا قال: له عندي مال جليل، أو عظيم، أو نفيس، أو خطير، لم يتقدر ذلك بمقدار، وأي مقدار فسر به كان مقبولا، قليلا كان أو كثيرا، وبه قال الشافعي (١).

وإن قال: له عندي مال كثير، فإنه يكون إقرارا بثمانين على الرواية التي تضمنت بأن الوصية بالمال الكثير وصية بثمانين (٢). ولم يعرف تفسير " كثير " بما قلناه أحد من الفقهاء. واختلف أصحاب أبي حنيفة في الألفاظ الأولى:

فمنهم من قال: لا يقبل منه بأقل من عشرة دراهم، وهي مقدار نصاب القطع عندهم (٣).

ومنهم من قال: لا يقبل منه أقل من مائتي درهم، وهو مقدار نصاب

(١) الأم ٣: ٢٣٧، والمجموع ٢٠: ٣١ و ٣١٧، والسراج الوهاج: ٢٥٧، ومغني المحتاج ٢: ٢٤٨، وفتح العزيز ١١: ١٢٤، والمبسوط ١٨: ٩٨، والشرح الكبير ٥: ٣٣٩، والمغني لابن قدامة ٥: ٣١٦، والبحر الزخار ٦: ٨.

(٢) تفسير العياشي ٢: ٨٤ حديث ٣٧، والكافي ٧: ٤٦٣ حديث ٢١، والتهذيب ٨: ٣٠٩ حديث ١١٤٧،

و ٨: ٣١٧ حديث ١١٨٠، ومعاني الأخبار: ٢١٨ حديث ١.

(٣) المبسوط ١٨: ٩٨، واللباب ٢: ٢٥، وبدائع الصنائع ٧: ٢٢٠، والفتاوى الهندية ٤: ١٧٤، وتبيين الحقائق ٥: ٥، والمغني لابن قدامة ٥: ٣١٦، والشرح الكبير ٥: ٣٣٩، وفتح العزيز ١١: ١٢٤، والبحر الزخار ٦: ٨.

الزكاة (١).

وكان أبو عبد الله الجرجاني (٢) من أصحاب أبي حنيفة يقول: نص أبو حنيفة على ذلك، وقال: إذا أقر بأموال عظيمة يلزمه ستمائة درهم (٣). وقال مالك: يقبل منه ثلاثة دراهم فما فوقها، وهي نصاب القطع عنده (٤).

وقال الليث بن سعد: يلزمه اثنان وسبعون درهما (٥). دليلنا على ذلك: أنه لا دليل على مقدار مقطوع به، وما يفسره به مقطوع به، فوجب الرجوع إليه، وأن الأصل براءة الذمة. وأما تفسير "الكثير" فعليه إجماع الطائفة.

وروي في تفسير قوله تعالى: "لقد نصركم الله في مواطن كثيرة" (٦) أنها كانت ثمانين موطنًا (٧)، وهذه الآية دليل الليث بن سعد، غير أنه قال: اثنين وسبعين، فإنه ذكر أنها كانت اثنين وسبعين موطنًا (٨).

- (١) اللباب ٢: ٢٥، والمبسوط ١٨: ٩٨، وبدائع الصنائع ٧: ٢٢٠، والفتاوى الهندية ٤: ١٧٣ - ١٧٤، وتبيين الحقائق ٥: ٥، والشرح الكبير ٥: ٣٣٩، والمغني لابن قدامة ٥: ٣١٦، والبحر الزخار ٦: ٨.
- (٢) محمد بن يحيى بن مهدي أبو عبد الله الجرجاني، الفقيه، أحد الأعلام، تفقه على أبي بكر أحمد بن علي الرازي، وتفقه عليه أبو الحسين القدوري وأحمد بن محمد الناطفي، مات سنة ٣٩٨ هـ. أنظر الجواهر المضية ٢: ١٤٣، وطبقات الفقهاء للشيرازي: ١٢٣.
- (٣) بدائع الصنائع ٧: ٢٢٠، والفتاوى الهندية ٤: ١٧٤، وتبيين الحقائق ٥: ٥، والمغني لابن قدامة ٥: ٣١٦، والشرح الكبير ٥: ٣٣٩، وفتح العزيز ١١: ١٢٤.
- (٤) المغني لابن قدامة ٥: ٣١٦، والشرح الكبير ٥: ٣٣٩، والبحر الزخار ٦: ٨، وفتح العزيز ١١: ١٢٤، والشرح الصغير في هامش بلغة السالك ٢: ١٩٣، والخرشي ٦: ٩٤ - ٩٥.
- (٥) المغني لابن قدامة ٥: ٣١٦، والشرح الكبير ٥: ٣٣٩، والبحر الزخار ٦: ٨.
- (٦) التوبة: ٢٥.
- (٧) التبيان: ٥: ١٩٧، ومجمع البيان ٣: ١٧.
- (٨) المغني لابن قدامة ٥: ٣١٦، والشرح الكبير ٥: ٣٢٩.

وروي عن النبي عليه السلام أنه قال: " لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه " (١) وهذا المقر إذا فسر إقراره بمقدار ما، وجب أن لا يطالب بأكثر منه، لظاهر الخبر، وليس لأحد أن يقول بأن دانقا لا يسمى عظيما، وذلك أنه قد يكون عظيما في حال الضرورة.

ويحتمل أن يكون أراد عظيما بالإضافة إلى ما هو دونه.

ويحتمل أن يكون أراد عظيما عند الله، لأنه يستحق العقاب بحجوده، قال تعالى: " وتحسبونه هينا وهو عند الله عظيم " (٢) وقوله تعالى: " وإن كان مثقال حبة من خردل أتينا بها وكفى بنا حاسبين " (٣).

وروي عن عائشة أنها قالت: كان رسول الله ينهانا عن المحقرات، ويقول: " إن لها من الله طالبا " (٤).

وروي عن ابن عباس أنه قال: كلما عصي الله به كان عظيما (٥).

وإذا احتمل هذه الوجوه وجب الرجوع إلى تفسيره بما أراد.

مسألة ٢: إذا قال: لفلان علي. مال أكثر من مال فلان، ألزم مقدار مال الذي سماه، وقبل منه تفسيره في الزيادة قليلا كان أو كثيرا، وإن فسر الكل بمثل ما له لم يقبل ذلك منه.

(١) سنن الدارقطني ٣: ٢٥ حديث ٨٧ و ٨٩ و ٩١، ومسنند أحمد بن حنبل ٥: ٧٢ و ١١٣، والسنن الكبرى ٦: ١٠٠، و ٨: ١٨٢.

(٢) النور: ١٥.

(٣) الأنبياء: ٤٧.

(٤) أخرج الدارمي في سننه ٢: ٣٠٣ حديثا عن عائشة أنها قالت: قال لي رسول الله صلى الله عليه (وآله) وسلم: " يا عائشة إياك ومحقرات الذنوب فإن لها من الله طالبا " وكذلك أخرجه أحمد بن حنبل في مسنده ٦: ٧٠ و ١٥١.

(٥) الدر المنثور ٢: ١٤٤ أخرجه هكذا: كل ما نهى الله عنه فهو كبيرة.

وقال الشافعي: يقبل منه إذا فسره بمثل ماله من غير زيادة (١).
دليلنا: أن هذه اللفظة موضوعة في اللغة للزيادة، لأن أمثلة " أفعل من
كذا " تفيد مساواته له، والزيادة عليه، وأما من غير زيادة لا يقال أنه أكثر منه،
والرجوع في مثل ذلك يجب أن يكون إلى اللغة.
فأما حمل أكثر على أن المراد به أنفع، أو أبرك، فإنه ترك للظاهر.
مسألة ٣: إذا قال: له علي دراهم، فإنه يلزمه ثلاثة دراهم.
وإن قال: دراهم عظيمة، أو كثيرة، أو خطيرة، فعلى ما مضى من
الخلافاً.

وقال الشافعي: يلزمه ثلاثة على الأحوال كلها (٢).
وفي الناس من قال: يلزمه درهمان (٣).
دليلنا: إن أقل الجمع ثلاثة على ما بيناه في أصول الفقه، وأبطلنا قول من
يقول أن أقله اثنان (٤).
مسألة ٤: إذا قال: له علي ألف ودرهم، لزمه درهم، ويرجع في تفسير
الألف إليه.
وكذلك إن قال: مائة ودرهم، أو عشرة ودرهم، أو ألف ودينار، أو ألف
وعبد، فإن جميع ذلك كالألف. وبه قال الشافعي (٥).

-
- (١) الأم ٣: ٢٣٨، والمجموع ٢٠: ٣١١، وفتح العزيز ١١: ١٢٥ - ١٢٦، والمغني لابن قدامة ٥: ٣١٧،
والشرح الكبير ٥: ٣٤٨.
(٢) الأم ٦: ٢١٧ و ٢٢٠، والمجموع ٢٠: ٣١٣، وفتح العزيز ١١: ١٣٣، والمغني لابن قدامة ٥: ٢٩٩،
والشرح الكبير ٥: ٣٤١، والبحر الزخار ٦: ٩.
(٣) أنظر فتح العزيز ١١: ١٣٣.
(٤) عدة الأصول: ١١٦ (طبعة بمبي).
(٥) ٦: ٢٢٣، والمجموع ٢٠: ٣١٤، ومغني المحتاج ٢: ٢٤٩، والسراج الوهاج: ٢٥٨، والوجيز
١: ١٩٨، وفتح العزيز ١١: ١٣٠، والمبسوط ١٨: ٩٩، والشرح الكبير ٥: ٣٤٦.

وقال أبو حنيفة: إن عطف على الألف من المكيّل أو الموزون كان ذلك تفسيرا للألف، وإن عطف عليها غير المكيّل والموزون لم يكن تفسيرا لها (١). دليلنا: أنه صريح فيما زاد على الألف، والألف مبهم، فيجب أن يرجع إليه في تفسيره.

ولأن الأصل براءة الذمة، وما يفسره مقطوع به، وما لم يصرح به يحتاج إلى دليل.

فأما إذا قال: له عندي مائة وخمسون درهما، فإنه يكون الكل دراهم، لأن الخمسين أفادت الزيادة ولم تفسد التفسير والتمييز. وقوله: درهما في آخر الكلام يفيد تفسيرا وتمييزا، فوجب أن يكون تميزا وتفسيرا لجميع العدد.

ومن الناس من قال: أن المائة تكون مبهمة، وقوله: " وخمسون درهما " يكون قوله درهما تفسيرا للخمسين دون المائة، لأنها جملة أخرى. والصحيح هو الأول. وبه قال أكثر أصحاب الشافعي.

وبالثاني قال أبو علي بن خيران، وأبو سعيد الإصطخري (٢). وقوله: ألف ودرهم مفارق لذلك، لأن قوله ودرهم لا يكون مفسرا للألف، لأن فيه واو العطف، والمفسر لا يكون بواو العطف. مسألة ٥: إذا قال: لفلان علي ألف ودرهما، كان مثل قوله: ألف ودرهم، وقد مضى.

وإن قال: ألف وثلاثة دراهم، كان ذلك مفسرا للألف، لأن فيه واو العطف.

(١) المبسوط ١٨ : ٩٩، والمغني لابن قدامة ٥ : ٣٠٧، والشرح الكبير ٥ : ٣٤٤، وفتح العزيز ١١ : ١٣٠.

(٢) فتح العزيز ١١ : ١٣٠، ومغني المحتاج ٢ : ٢٤٩.

وكذلك إذا قال: له ألف وخمسون درهما، أو ألف ومائة درهم، أو مائة وثلاثة دراهم، أو مائة وخمسون درهما، أو مائة وخمسة عشر درهما، أو خمسون وألف درهم، أو خمسون ومائة درهم، أو خمسة وعشرون درهما في كل ذلك يكون مفسرا للجميع وبه قال أبو إسحاق المروزي، وأكثر أصحاب الشافعي (١).

وقال أبو علي بن خيران، وأبو سعيد الإصطخري: أن التفسير يرجع إلى ما وليه، والأول على إبهامه (٢).

وعلى هذا قالوا: لو قال: بعتك بمائة وخمسين درهما، كان البيع باطلا، لأن بعض الثمن مجهول.

وعلى قول أبي إسحاق: يصح البيع (٣)، لأن الجميع معلوم، وهذا هو الصحيح.

دليلنا: أن الزيادة الثانية معطوفة بالواو على الأولى، فصارت بمنزلة جملة واحدة، فإذا جاء بعد ذلك التفسير والتمييز وجب أن يكون راجعا إلى الجميع، ويفارق ما قلناه في ألف ودرهم، وألف ودرهما، لأن تلك زيادة، وليس بتفسير، فلا يجوز أن يجعل الزيادة في العدد تفسيرا على أنا بينا أن التفسير لا يكون بواو العطف، فلا يصح ذلك فيه.

مسألة ٦: إذا قال: لفلان علي درهم ودرهم إلا درهما، فإنه يلزم درهم واحد.

(١) المجموع ٢٠: ٣١٤، والسراج الوهاج: ٢٥٨، ومغني المحتاج ٢: ٢٤٩، والوجيز ١: ١٩٨، وفتح العزيز

١١: ١٣٠.

(٢) المجموع ٢٠: ٣١٤، وفتح العزيز ١١: ١٣٠.

(٣) فتح العزيز ١١: ١٢٨.

وقال الشافعي نصا: أنه يلزمه درهمان (١).
وفي أصحابه من قال: أنه يصح الاستثناء، ويلزمه درهم واحد.
وكذلك إذا قال: أنت طالق طلقة وطلقة إلا طلقة، يقع طلقة واحدة،
وعلى قول الشافعي يقع طلقتان.

دليلنا: أن الجملتين إذا كان بينهما حرف العطف كانتا بمنزلة الجملة
الواحدة، فهو بمنزلة أن يقول: لفلان علي درهمان إلا درهم، أو أنت طالق
طلقتين إلا طلقة، فإنه يكون إقرارا بدرهم، وتقع طلقة واحدة فكذا ها هنا.
مسألة ٧: إذا قال غصبتك ثوبا في منديل كان إقرارا بغصب الثوب دون
المنديل. وبه قال الشافعي (٢).

وقال أبو حنيفة: يكون إقرارا بهما (٣).
دليلنا: إنه يحتمل أن يكون أراد (في منديل لي) فلا يلزمه إلا الثوب، كما لو
قال: له عندي ثوب في منديل، أو تمر في جراب.
أو قال غصبتك دابة في إصطبل، أو نخلا في بستان، أو غنم في ضيعة
ولا فرق بينهما.

مسألة ٨: إذا قال: لفلان عندي كذا درهما، فإنه يكون إقرارا بعشرين
درهما. وبه قال محمد بن الحسن (٤).

-
- (١) الأم ٦: ٢٢١، والمجموع ٢٠: ٣١٢، و ٣١٤، والشرح الكبير ٥: ٣٠٧.
(٢) الأم ٣: ٢٤٠، والمجموع ٢٠: ٣١٩، ومغني المحتاج ٢: ٢٥١، والسراج الوهاج: ٢٥٨، والوجيز
١: ١٩٨، وبدائع الصنائع ٧: ٢٢١، والمغني لابن قدامة ٥: ٣٠٠ - ٣٠١، والشرح الكبير ٥: ٣٥٢،
والبحر الزخار ٦: ١٠.
(٣) اللباب ٢: ٢٨، وبدائع الصنائع ٧: ٢٢١، وتبيين الحقائق ٥: ٩ - ١٠، والمغني لابن قدامة ٥: ٣٠١،
والشرح الكبير ٥: ٣٥٢ - ٣٥٣، والبحر الزخار ٦: ١٠، والمجموع ٢٠: ٣٢١.
(٤) المغني لابن قدامة ٥: ٣١٩، والشرح الكبير ٥: ٣٤٣.

وقال الشافعي: يكون إقرارا بدرهم واحد (١).
دليلنا: أن ذلك أقل عدد ينصب الدرهم بعده فيجب حمله عليه.
مسألة ٩: إذا قال: له عندي كذا درهما، يلزمه أحد عشر درهما. وبه
قال محمد بن الحسن (٢).
وقال الشافعي: يلزمه درهم واحد، وإنما كرر (٣).
دليلنا: أن ذلك أقل عددين ركبا ونصب بعدهما الدرهم، فوجب حمله
عليه.
مسألة ١٠: إذا قال: له عندي كذا وكذا درهما، لزمه أحد وعشرون
درهما. وبه قال محمد بن الحسن (٤).
وللشافعي فيه قولان:
أحدهما: أنه يلزمه درهم واحد (٥).
والثاني: أنه يلزمه درهما (٦).
دليلنا: أن ذلك أقل عددين عطف أحدهما على صاحبه، ونصب بعدهما

-
- (١) المجموع ٢٠: ٣١٤، ومغني المحتاج ٢: ٢٤٨، والسراج الوهاج: ٢٥٧، وفتح العزيز ١١: ١٢٧،
والمغني
لابن قدامة ٥: ٣١٩، والشرح الكبير ٥: ٣٤٣، والبحر الزخار ٦: ٩.
(٢) المغني لابن قدامة ٥: ٣١٩ - ٣٢٠، والشرح الكبير ٥: ٣٤٣.
(٣) الأم ٦: ٢٢٣، والمجموع ٢٠: ٣١٤، والسراج الوهاج: ٢٥٧، ومغني المحتاج ٢: ٢٤٨، والوجيز
١: ١٩٨، وفتح العزيز ١١: ١٢٧، والمغني لابن قدامة ٥: ٣١٩، والشرح الكبير ٥: ٣٤٣، والبحر
الزخار ٦: ٩.
(٤) المغني لابن قدامة ٥: ٣١٩، والشرح الكبير ٥: ٣٤٣.
(٥) الأم ٣: ٢٢٣، ومختصر المزني: ١١٢، والمجموع ٢٠: ٣١٤، والسراج الوهاج: ٢٥٧، ومغني
المحتاج
٢: ٢٤٩، والوجيز ١: ١٩٨، وفتح العزيز ١١: ١٢٨، والمغني لابن قدامة ٥: ٣١٩، والشرح الكبير
٥: ٣٤٣.
(٦) أنظر المصادر المتقدمة.

الدرهم.

مسألة ١١: إذا قال: له علي كذا درهم، لزمه مائة درهم. وبه قال محمد بن الحسن (١).

وقال الشافعي: يلزمه أقل من درهم واحد، ويفسره بما شاء (٢).

وفي أصحابه من قال: يلزمه درهم واحد، وهو غلط عندهم (٣).

دليلنا: أن ذلك أقل عدد يخفض بعده الدرهم، فوجب حمله عليه.

مسألة ١٢: إذا أقر بدين في حال صحته، ثم مرض، فأقر بدين آخر في حال مرضه، نظر، فإن اتسع المال لهما استوفيا معا، وإن عجز المال قسم الموجود على قدر الدينين. وبه قال الشافعي (٤).

وقال أبو حنيفة: إذا ضاق المال، قدم دين الصحة على دين المرض، فإن

فضل شيء صرف إلى دين المرض (٥).

دليلنا: قوله تعالى: "من بعد وصية يوصي بها أو دين" (٦) ولم يفضل أحد

الدينين على الآخر، فوجب أن يتساويا فيه.

وأیضا فإنهما دينان ثبتا في الذمة، فوجب أن يتساويا في الاستيفاء، لأن

-
- (١) المغني لابن قدامة ٥: ٣١٩ - ٣٢٠، والشرح الكبير ٥: ٣٤٣ - ٣٤٤، وفتح العزيز ١١: ١٢٧.
(٢) الأم ٦: ٢٢٣، والوجيز ١: ١٩٧، والمغني لابن قدامة ٥: ٣١٩، والشرح الكبير ٥: ٣٤٣.
(٣) مختصر المزني: ١١٢، والمجموع ٢٠: ٣١٣، والوجيز ١١: ١٢٧، ومغني المحتاج ٢: ٢٤٨، وفتح العزيز
١١: ١٢٧، والمغني لابن قدامة ٥: ٣١٩، والشرح الكبير ٥: ٣٤٣.
(٤) المجموع ٢٠: ٢٩٥، وكفاية الأختار ١: ١٨٠، وفتح العزيز ١١: ٩٧، والمحلى ٨: ٢٥٥، والمبسوط
١٨: ٢٦، وبدائع الصنائع ٧: ٢٢٥، وتبيين الحقائق ٥: ٢٣، والمغني لابن قدامة ٥: ٣٤٣، والشرح
الكبير ٥: ٢٧٥.
(٥) اللباب ٢: ٣٢ - ٣٣، والمبسوط ١٨: ٢٦، وبدائع الصنائع ٧: ٢٢٥، وتبيين الحقائق ٥: ٢٣،
والمحلى
٨: ٢٥٥، والمغني لابن قدامة ٥: ٣٤٣، والشرح الكبير ٥: ٢٧٥، وفتح العزيز ١١: ٩٧.
(٦) النساء: ١١.

تقديم أحدهما على الآخر يحتاج إلى دليل.
 مسألة ١٣: يصح الإقرار للوارث في حال المرض. وبه قال أبو عبيد،
 وأبو ثور، وعمر بن عبد العزيز، والحسن البصري (١)، وهو أحد قولي الشافعي (٢).
 والقول الآخر: أنه لا يصح. وبه قال مالك، وأبو حنيفة، وسفيان الثوري،
 وأحمد (٣).
 وقال أبو إسحاق المروزي: المسألة على قول واحد، وهو أنه يصح إقراره (٤).
 دليلنا: أنه لا مانع يمنع منه، والأصل جوازه.
 وأيضا قوله تعالى: "كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو
 الوالدين والأقربين" (٥) والشهادة على النفس هو الإقرار، وذلك عام في جميع
 الأحوال، لكل أحد، والتخصيص يحتاج إلى دلالة.
 وأيضا قوله تعالى: "قالوا أقررنا قال فاشهدوا" (٦) وهذه أيضا عامة.
 وعلى المسألة إجماع الفرقة.
 مسألة ١٤: إنا قد بينا أن الإقرار للوارث يصح، وعلى هذا لا فرق بين حال
 الإقرار وبين حال الوفاء، فإنه يثبت الإقرار. وكل من قال: لا يصح الإقرار
 للوارث، فإنما اعتبر حال الوفاة كونه وارثا لا حال الإقرار، حتى قالوا: لو أقر

-
- (١) المغني لابن قدامة ٥: ٣٤٤.
 (٢) المجموع ٢٠: ٢٩٣، وكفاية الأختيار ١: ١٨٠، وفتح العزيز ١١: ٩٦، والمبسوط ١٨: ٣١، وبدائع
 الصنائع ٧: ٢٢٤، وتبيين الحقائق ٥: ٢٥، والمغني لابن قدامة ٥: ٣٤٤.
 (٣) المبسوط ١٨: ٣١، وبدائع الصنائع ٧: ٢٢٤، والفتاوى الهندية ٤: ١٧٦، وتبيين الحقائق ٥: ٢٥،
 والمغني لابن قدامة ٥: ٣٤٤ و ٣٤٧، والشرح الكبير ٥: ٢٧٩، والمجموع ٢٠: ٢٩٣ - ٢٩٤، وكفاية
 الأختيار ١: ١٨٠، وفتح العزيز ١١: ٩٦ - ٩٧، والمحلى ٨: ٢٥٥.
 (٤) المجموع ٢٠: ٢٩٤، وفتح العزيز ١١: ١٠١.
 (٥) النساء: ١٣٥.
 (٦) آل عمران: ٨١.

لأخيه وله ابن، ثم مات الابن ومات هو بعده، لا يصح إقراره لأخيه. ولو أقر لأخيه وليس له ولد، ثم رزق ولدا، صح إقراره له، لأنه حال الموت ليس بوارث (١).

وقال عثمان البتي: الاعتبار بحال الإقرار، فإن أقر لأخيه وليس له ابن لم يصح إقراره وإن رزق ولدا بعد ذلك ثم مات، لأنه كان في التقدير وارثا حال الإقرار. وإن أقر لأخيه وله ابن صح الإقرار له وإن مات ابنه قبله ثم مات هو (٢).

وهذا الفرع ساقط عنا، لما قدمناه من أن الإقرار للوارث يصح على كل حال، بل الوصية للوارث عندنا صحيحة على ما سنبينه فيما بعد، وعلى ذلك إجماع الطائفة.

مسألة ١٥: إذا كانت له جارية، ولها ولد، فأقر في حال مرضه بأن ولدها ولد له منها، وليس له مال غيرها قبل إقراره والحق الولد به، سواء أطلق ذلك أو بين كيفية الاستيلاء لها في ملكه، أو في ملك الغير، بعقد أو شبهة. وأما الجارية فإنها تصير أم ولده على كل حال أيضا، إلا أنها تباع في الدين إذا لم يخلف غيرها، فإن خلف غيرها شيئا قضى منه الدين وانعتقت هي على الولد، وإن بقي شيء من الدين استسعت فيما بقي من الدين. وقال الشافعي: لا يخلو إما أن يبين كيفية الاستيلاء أو يطلق. فإن بين ففيه ثلاثة أقوال:

أحدها: أن يقول: استولدها في ملكي. فعلى هذا القول يكون الولد حر الأصل، ولا يكون عليه ولاء، ويثبت نسبه، وتصير الجارية أم ولده، وتعتق بموته

(١) فتح العزيز ١١: ٩٧، والشرح الكبير ٥: ٢٧٨، والفتاوى الهندية ٤: ١٧٦، وتبيين الحقائق ٥: ٢٦.

(٢) فتح العزيز ١١: ٩٧، والشرح الكبير ٥: ٢٧٨.

من رأس المال، فإن كان هناك دين قدم عليه، لأنه لو ثبت بالبينة لقدم عليه فكذلك إذا ثبت بالإقرار (١).
وإن قال: استولدتها في ملك الغير بشبهة، فإن الولد حر الأصل، وهل تصير الجارية أم ولده؟ على قولين (٢).
وإن قال: استولدتها بنكاح. فإن الولد قد انعقد مملوكا، وعتق عليه لما ملكه، ويثبت عليه الولاء، والجارية لا تصير أم ولده، خلافا لأبي حنيفة (٣).
وإن أطلق، ولم يعين حتى مات، فالولد حر في جميع الأحوال، ولا ولاء عليه (٤).
والجارية فيها خلاف بين أصحابه:
منهم من قال: لا تصير أم ولده، وتباع في ديون الغرماء.
ومنهم من قال: تصير أم ولده (٥).
دليلنا: إجماع الفرقة على أن إقراره جائز، وأن الولد يلحق بالحرية على كل حال، وعلى أنها تباع في الدين، وأنها تنعتق على الولد إذا ملكها، وذلك يأتي على التفصيل الذي ذكرناه.
مسألة ١٦: إذا أقر بحمل وأطلق، فإن إقراره باطل على ما قاله الشافعي في كتاب الإقرار والمواهب (٦)، وهو قول أبي يوسف (٧).
وذكر في كتاب الإقرار: أن بالحكم الظاهر أنه يصح (٨). وبه قال

-
- (١) المجموع: ٢٠: ٣٣٣ - ٣٣٤، وفتح العزيز ١١: ١٩٠ و ١٩٧.
(٢) المجموع: ٢٠: ٣٣٣ - ٣٣٤، وفتح العزيز ١١: ١٩٠ و ١٩٧.
(٣) نفس المصادر.
(٤) نفس المصادر.
(٥) نفس المصادر.
(٦) الأم ٦: ٢١٩ - ٢٢٠، ومختصر المزني: ١١٢، والوجيز ١: ١٩٥ - ١٩٦، وفتح العزيز ١١: ١٠٠ - ١٠١.
والمغني لابن قدامة ٥: ٢٧٦، والشرح الكبير ٥: ٢٩٢.
(٧) اللباب ٢: ٣١، وتبيين الحقائق ٥: ١٢، والفتاوى الهندية ٤: ١٦٩.
(٨) الأم ٣: ٢٤٠، والوجيز ١: ١٩٥ - ١٩٦، وفتح العزيز ١١: ١٠١، والمغني لابن قدامة ٥: ٢٧٦، والشرح الكبير ٥: ٢٩٢.

محمد (١)، وأصحاب أبي حنيفة ينصرون قول أبي يوسف (٢).
فالمسألة على قولين على مذهب الشافعي.
والأولى أن نقول: أنه يصح إقراره، لأنه يحتمل أن يكون إقراره من جهة
صحيحة مثل ميراث أو وصية، ويحتمل أن يكون من جهة فاسدة، والظاهر من
الإقرار الصحة، فوجب حمله عليه.
مسألة ١٧: إذا أقر العبد بما يجب عليه به الحد - مثل القصاص والقطع
والجلد - لم يقبل إقراره.
وقال جميع الفقهاء: يقبل إقراره (٣).
دليلنا: إجماع الفرقة، وأخبارهم قد ذكرناها في الكتاب الكبير (٤).
مسألة ١٨: إذا أقر العبد بالسرقة، لا يقبل إقراره، ولا يقطع. وعند الفقهاء
يقبل ويقطع (٥).
ولا يباع في المال المسروق.
وعند الشافعي فيه قولان (٦).
دليلنا: ما قدمناه في المسألة الأولى سواء (٧).

-
- (١) اللباب ٢: ٣١، والفتاوى الهندية ٤: ١٦٩، وتبيين الحقائق ٥: ١٢.
(٢) اللباب ٢: ٣٢، والفتاوى الهندية ٤: ١٦٩، وتبيين الحقائق ٥: ١١ - ١٢.
(٣) الأم ٣: ٢٣٤، والمجموع ٢٠: ٢٩٠، والفتاوى الهندية ٤: ١٧٠، والمغني لابن قدامة ٥: ٢٧٣ -
٢٧٤،
وفتح العزيز ١١: ٩٣.
(٤) الكافي ٧: ٣٠٥ حديث ١٠، ومن لا يحضره الفقيه ٤: ٥٠ حديث ١٧٤، و ٩٥ حديث ٣١٤،
والتهذيب
١٠: ١١٢ حديث ٤٤٠ و ١٩٤ حديث ٧٦٨، والاستبصار ٤: ٢٤٣ حديث ٩٢٠.
(٥) الأم ٣: ٢٣٤، والمجموع ٢٠: ٢٩٠ - ٢٩١، وفتح العزيز ١١: ٩٣، والمغني لابن قدامة ٥: ٢٧٤،
والفتاوى الهندية ٤: ١٧٠.
(٦) الأم ٣: ٢٣٤، والمجموع ٢٠: ٢٩١، والمغني لابن قدامة ٥: ٢٧٤.
(٧) تقدم في المسألة " ١٧ " فلاحظ.

مسألة ١٩: إذا قال: لفلان علي ألف درهم. فجاء بألف، فقال: هذه التي أقررت لك بها كانت لك عندي وديعة، كان القول قوله. وبه قال الشافعي (١).

وقال أبو حنيفة: يكون ذلك للمقر له، وله أن يطالبه بالألف التي أقر بها (٢).

دليلنا: أن الأصل براءة الذمة، ولا يعلق عليها شيء إلا بدليل. وأيضا قوله: " لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب من نفسه " (٣) يدل عليه. فإن قيل: لفظة " علي " تقتضي الإيجاب في الذمة بدلالة أنه إذا قال: الألف الذي علي فلان علي. كان ذلك ضمانا، فدل على أنها تقتضي الإيجاب في الذمة، فإذا كان كذلك فقد ألزم نفسه في الذمة مالا، فجاء بمال آخر، فلم يسقط ما ألزم في الذمة، كما لو أقر بثوب، فأتاه بعبد، فإن العبد يكون له، وله المطالبة بالثوب.

قيل لهم: لفظة " علي " وإن كانت تقتضي الإيجاب، فقد يكون الحق في الذمة، فيجب عليه تسليمه بإقراره، وقد يكون في يده، فيجب عليه رده وتسليمه إلى المقر له بإقراره، فبأيهما فسرته كان مقبولا، كما إذا قال: علي ثوب لفلان. كان عليه أن يعينه من أي نوع شاء، فإذا عينه كان القول قوله فيه.

(١) الأم ٦: ٢٢١، والمجموع ٢٠: ٣٢٠ و ٣٢٢، والوجيز ١: ٢٠٠، ومغني المحتاج ٢: ٢٥٦، والسراج الوهاج: ٢٥٩، وفتح العزيز ١١: ١٦٤ و ١٧٠، والشرح الكبير ٥: ٣٢٠، ومغني المحتاج ٥: ٣٠٩ - ٣١٠.

(٢) بدائع الصنائع ٧: ٢٠٩، وفتح العزيز ١١: ١٧٠، والمغني لابن قدامة ٥: ٣٠٩ - ٣١٠، والشرح الكبير ٥: ٣٢٠.

(٣) سنن الدارقطني ٣: ٢٥ حديث ٨٧ و ٨٩ و ٩١، ومسند أحمد بن حنبل ٥: ٧٢ و ١١٣، والسنن الكبرى ٦: ١٠٠ و ١٨٢.

ألا ترى أنا أجمعنا على أنه إذا قال: لفلان علي ألف درهم وديعة. قبل ذلك منه، فلو كان قوله: لفلان علي ألف. يقتضي الذمة، لوجب أن لا يقبل تفسيره بالوديعة، لأن أقر بألف ثم عقبه بما يسقطه، فلما أجمعنا على قبول تفسيره بذلك، دل ذلك على ما ذكرناه.

على أن حروف الصفات يقوم بعضها مقام بعض، بدلالة قوله تعالى: "ولهم علي ذنب فأخاف أن يقتلون" (١) يعني: عندي. وقوله: "ولأصلبنكم في جذوع النخل" (٢) يعني: على جذوع النخل. فيجوز أن يكون قوله: "علي" يريد به عندي.

وأما قول القائل: الألف التي على فلان علي. فإنما جعلناه ضمانا في الذمة، لأنه يقصد به إثبات المال في ذمته على نفسه، وذلك لا يثبت إلا على وجه الضمان،

فكان ذلك دليلا على أنه قصد به الالتزام في الذمة، وليس في مسألتنا قرينة تدل على ذلك.

مسألة ٢٠: إذا قال: لفلان علي قفيز، لا بل قفيزان، أو درهم، لا بل درهمان. لزمه قفيزان ودرهمان. وبه قال الشافعي (٣). وقال زفر وداود: يلزمه ثلاثة أقفزة وثلاثة دراهم (٤).

دليلنا: أن قوله. (لا بل) للإضراب عن الأول، والاقتصار على الثاني، واستدراك للزيادة على الأول، فإن كان من جنسه لم يلزمه إلا ما استدركه. كما لو قال: لفلان علي درهم لا بل أكثر، فإنه لا يلزمه إلا درهم بزيادة،

(١) الشعراء: ١٤.

(٢) طه: ٧١.

(٣) الأم ٦: ٢٢١، والمجموع ٢٠: ٣١٣، والوجيز ١: ١٩٩، وفتح العزيز ١١: ١٥٢ - ١٥٣، والمغني لابن

قدامة ٥: ٢٩٧، والشرح الكبير ٥: ٣٥١.

(٤) المغني لابن قدامة ٥: ٢٩٧، والشرح الكبير ٥: ٣٥١، وتبيين الحقائق ٥: ٢٣.

ولا يلزمه درهم ودرهم بزيادة. ويفارق إذا قال: قفيز حنطة لا بل قفيز شعير، لأنه استدرك جنسا آخر، فلم يسقط الجنس الذي أقر به أولا.

مسألة ٢١: إذا أقر لرجل يوم السبت بدرهم، ثم قال يوم الأحد: له علي درهم. لم يلزمه إلا درهم واحد، ويرجع إليه في التفسير. وبه قال الشافعي (١). وقال أبو حنيفة: يلزمه درهماً (٢).

دليلنا: أنه يحتمل أن يكون ذلك تكراراً وإخباراً عن الدرهم المتقدم، والأصل براءة الذمة، فلا يلزم ما لا دليل عليه.

ولأن هذا يؤدي إلى أن يكلف المقر على نفسه بمال، إذا أراد أن يشهد على نفسه، أن يجمع الشهود، فيقر دفعة واحدة، لأنه إذا أشهد دفعتين لم تتفق الشهادة على مقدار واحد، لأن الإقرار كلما تكرر عند شاهد أوجب الزيادة على ما تقدم، وهذا يدل على بطلان قولهم.

مسألة ٢٢: إذا قال: له علي من درهم إلى عشرة. لزمه تسعة. وبه قال بعض أصحاب الشافعي (٣).

ومنهم من قال: يلزمه ثمانية. وبه قال زفر، قالاً: لأنه جعل الأول والعاشر حداً، والحد لا يدخل في المحدود (٤).

-
- (١) الأم ٦: ٢٢١، ومختصر المزني: ١١٣، والمجموع ٢٠: ٣١٢، والسراج الوهاج: ٢٥٩، ومغني المحتاج
- ٢: ٢٥٤، والوجيز ١: ١١٩ - ١٢٠، وفتح العزيز ١١: ١٥١، والمغني لابن قدامة ٥: ٢٩٥، والشرح الكبير ٥: ٣٣٠، والبحر الزخار ٦: ١٢.
- (٢) الفتاوى الهندية ٤: ١٦٦ و ١٦٨، والمغني لابن قدامة ٥: ٢٩٥، والشرح الكبير ٥: ٣٣٠، والبحر الزخار ٦: ١٢.
- (٣) المجموع ٢٠: ٣١٣، ومغني المحتاج ٢: ٢٥٠، والسراج الوهاج: ٢٥٨، والوجيز ١: ١٩٨، وفتح العزيز
- ١١: ١٣٤.
- (٤) المجموع ٢٠: ٣١٣، وفتح العزيز ١١: ١٣٤، والسراج الوهاج: ٢٥٨، ومغني المحتاج ٢: ٢٥٠، واللباب
- ٢ - ٢٩، وبدائع الصنائع ٧: ٢٢٠ - ٢٢١، وتبيين الحقائق ٥: ١١.

ومنهم من قال: يلزمه العشرة، لأن " من " للابتداء، وهو داخل، والعاشر حد، وهو داخل في الحدود (١).
دليلنا: أن " من " للابتداء كما إذا قال: سرت من الكوفة إلى البصرة. والحد هو العشرة، ويحتمل أن تكون داخلة فيه، ويحتمل أن لا يكون كذلك، فلا يلزم إلا اليقين، لأن الأصل براءة الذمة.
مسألة ٢٣: إذا قال: له عندي ما بين الواحد إلى العشرة. لزمته ثمانية. وبه قال أكثر أصحاب الشافعي (٢).
وقال أبو العباس بن القاص: يلزمه تسعة. وبه قال محمد بن الحسن، لأن عندهما أن الحد يدخل في المحدود (٣).
وقد قلنا: أن ذلك محتمل، ولا يلزم مع الاحتمال.
مسألة ٢٤: إذا قال: له علي ألف درهم من ثمن مبيع، ثم قال: لم أقبضه. لم يلزمه عين المبيع إن لم يعينه. وبه قال الشافعي (٤).
وقال أبو حنيفة: إذا عينه قبل منه، وصل أو فصل. وإن أطلقه لم يقبل منه، ولزمه الألف، لأنه مبيع مجهول. والمبيع إذا كان مجهولاً لم يثبت الثمن في مقابلته، كما لا يثبت في مقابلة الخمر والخنزير، فإذا ثبت ذلك فقد فسر إقراره بما لم يقبل، فلم يصح (٥).

-
- (١) السراج الوهاج: ٢٥٨، ومغني المحتاج ٢: ٢٥٠، وفتح العزيز ١١: ١٣٤، واللباب ٢: ٢٩، وبدائع الصنائع ٧: ٢٢٠ - ٢٢١، وتبيين الحقائق ٥: ١١.
(٢) المجموع ٢٠: ٣١٣، ومغني المحتاج ٢: ٢٥١، وفتح العزيز ١١: ١٣٤.
(٣) أنظر المجموع ٢٠: ٣١٣، وفتح العزيز ١١: ١٣٤.
(٤) المجموع ٢٠: ٣٢٣، والسراج الوهاج: ٢٥٩، ومغني المحتاج ٢: ٢٥٥، وفتح العزيز ١١: ١٦٧، والمغني لابن قدامة ٥: ٣٢١.
(٥) اللباب ٢: ٣٠، وبدائع الصنائع ٧: ٢١٦ - ٢١٧، وتبيين الحقائق ٥: ١٨، وحاشية رد المحتار ٥: ٦٠٨، وفتح العزيز ١١: ١٦٧، والمجموع ٢٠: ٣٢٥.

دليلنا: أنه أقر بحق في مقابلة حق لا ينفك أحدهما عن الآخر، فإذا لم يسلم ما له لم يلزمه ما عليه كما لو عين المبيع، هذا دليل الشافعي. ودليلنا: أن الأصل براءة الذمة، ولا دليل على أنه يلزمه.

مسألة ٢٥: إذا شهد له رجل بألف، وشهد آخر بألفين، ولم يضيفاه إلى سببين مختلفين، أو أضافاه إلى سبب متفق، أو أضاف أحدهما إلى سبب وأطلق الآخر، مثل أن يقول أحدهما: ألف من ثمن عبده. ويقول الآخر: بألفين. ففي هذه المسائل الثلاث تنفق الشهادة على ألف، فيحكم له بألف بشهادتهما، ويحصل له بالألف الآخر شاهد واحد، فيحلف معه، ويستحق به. وبه قال الشافعي (١).

وقال أبو حنيفة: لا يكون ذلك اتفاق شهادة على شيء من الألف، ولا يحكم له بألف (٢).

دليلنا: أن هذه الشهادة متفقة، فيثبت له الألف بشهادة الشهود، لأن من شهد بألفين شهد بألف وزيادة، فقد اتفقا. ويستحق الألف الثاني إذا حلف، " لأن النبي صلى الله عليه وآله حكم بشاهد ويمين " (٣) وعليه إجماع الفرقة المحقة (٤).

مسألة ٢٦: قد مضى لنا أن شرط الخيار يصح في الكفالة والضمان (٥)،

(١) الأم ٧: ١٢٣، وفتح العزيز ١١: ١٥٨.

(٢) الفتاوى الهندية ٤: ١٦٨، والأم ٧: ١٢٢، وفتح العزيز ١١: ١٥٨.

(٣) أنظر التهذيب ٦: ٢٧٢ - ٢٧٣ حديث ٧٤١ و ٧٤٥.

(٤) جاء لفظ الدليل في بعض النسخ المعتمدة كما يلي: أن الألف الذي شهد به أحدهما داخلة في الألفين فلا اختلاف بينهما، فيثبت الشاهدان على ألف ويبقى شاهد الألفين منفردا بالألف، فوجب أن يحكم له به.

(٥) تقدم في المسألة " ١١ " فلاحظ.

وقال أبو حنيفة والشافعي: لا يصح (١).
فإن شرط، اختلفا، فقال الشافعي: يبطل العقد والشرط (٢).
وقال أبو حنيفة: يبطل الشرط، ويصح العقد (٣).
دليلنا: ما قدمناه من أنه لا مانع من ذلك في الشرع، فوجب أن يصح.
مسألة ٢٧: إذا أقر بكفالة أو ضمان بشرط الخيار، صح إقراره، ولا يقبل
دعواه في شرط الخيار، ويحتاج إلى بينة.
وللشافعي فيه قولان:

أحدهما: يقبل إقراره، ولا يلزمه شيء، وهو اختيار المزني وأبي إسحاق (٤).
والثاني: يبعض إقراره، فيلزمه العقد، ويسقط الشرط الذي ادعاه (٥).
دليلنا: أنه أقر بالكفالة والضمن، وادعى شرط الخيار، فلا يقبل إلا
ببينة.

مسألة ٢٨: إذا قال: له علي ألف درهم إلى وقت كذا، لزمه الألف،
ويحتاج في ثبوت التأجيل إلى بينة. وبه قال أبو حنيفة (٦).
وللشافعي فيه قولان:
أحدهما: مثل ما قلناه (٧).

-
- (١) المجموع ١٤: ٢٢.
(٢) المجموع ١٤: ٢٢، والوجيز ١: ١٨٥، وفتح العزيز ١٠: ٣٨٠.
(٣) اللباب ٢: ٢٧، والمجموع ١٤: ٢٢، وفتح العزيز ١٠: ٣٨٠.
(٤) الأم ٣: ٢٣٠، ومختصر المزني: ١١٤.
(٥) الأم ٣: ٢٣٠، ومختصر المزني: ١١٤.
(٦) اللباب ٢: ٢٦، وبدائع الصنائع ٧: ٢١٧، وتبيين الحقائق ٥: ٨، والشرح الكبير ٥: ٣١٥، وفتح
العزيز ١١: ١٤ و ١٦٩.
(٧) المجموع ٢٠: ٣٢٤، والوجيز ١: ٢٠٠، وفتح العزيز ١١: ١٦٤ و ١٦٩، والشرح الكبير ٥: ٣١٥.

والآخر: يثبت التأجيل فيلزمه الألف مؤجلا (١).
ومنهم من قال فيها قول واحد في ثبوت التأجيل (٢).
دليلنا: أنه أقر بألف، وادعى ثبوت التأجيل، فكان عليه البينة فيما ادعاه.
مسألة ٢٩: إذا مات رجل وله إبنان، فأقر أحدهما بأخ ثالث، فأنكره
الآخر، لا خلاف أنه لا يثبت نسبه، وإنما الخلاف في أنه يشاركه في المال أم لا؟
فعندنا أنه يشاركه ويلزمه أن يرد عليه ثلث ما في يده. وبه قال مالك، وابن
أبي ليلى (٣).
وقال أبو حنيفة: يشاركه بالنصف مما في يده، لأنه يقر أنه يستحق من المال
مثل ما يستحقه. فيجب أن يقاسمه المال (٤).
وقال الشافعي: لا يشاركه في شيء مما في يده (٥).
وقال أبو الطيب الطبري: هذا في حكم الظاهر، فأما فيما بينه وبين الله فإن
كان سمع الأب يقر به أو بأنه ولد على فراشه فإنه يلزمه تسليم حقه إليه، كما
قال مالك (٦).
وحكي ذلك عن قوم من أصحابه. وبه قال محمد بن سيرين (٧).

-
- (١) المجموع ٢٠: ٣٢٤، والوجيز ١: ٢٠٠، وفتح العزيز ١١: ١٦٤ و ١٦٩.
(٢) المجموع ٢٠: ٣٢٤، والوجيز ١: ٢٠٠، وفتح العزيز ١١: ١٦٤ و ١٦٩.
(٣) بداية المجتهد ٢: ٣٥٠، وفتح العزيز ١١: ٢٠٣، والمغني لابن قدامة ٥: ٣٢٦، والبحر الزخار ٦: ١٣.
(٤) شرح فتح القدير ٧: ١٩، والمغني لابن قدامة ٥: ٣٢٥ - ٣٢٦، وفتح العزيز ١١: ٢٠١ و ٢٠٣،
وبدأية
المجتهد ٢: ٣٥٠، والبحر الزخار ٦: ١٣.
(٥) الأم ٦: ٢٢٥، ومختصر المزني: ١١٤، والوجيز ١: ٢٠٣، والسراج الوهاج: ٢٦٢، والمجموع ٢٠:
٣٢٨
وفتح العزيز ١١: ٢٠٢، وبداية المجتهد ٢: ٣٥٠، والمغني لابن قدامة ٥: ٣٢٥، وشرح فتح القدير
٧: ١٩، والبحر الزخار ٦: ١٣.
(٦) لم أعثر على هذا القول في مظانه من الكتب المتوفرة.
(٧) شرح فتح القدير ٧: ١٩ - ٢٠.

دليلنا: إجماع الفرقة، وأيضا فإنه يقر بأنه يستحق من التركة ثلثها، وهو ثلث ما في يده، وما زاد عليه فللذي أقر له به، فوجب تسليمه إليه. ولأن الإقرار قائم مقام البينة، ولو قامت البينة لم يلزمه أكثر من ثلث ما في يده.

مسألة ٣٠: إذا كان الوارث جماعة، فأقر اثنان رجلان أو رجل وامرأتان بنسب، وكانوا عدولا، يثبت النسب ويقاسمهم الميراث. وبه قال أبو حنيفة إلا أنه لم يعتبر العدالة في المقرين (١).

وقال الشافعي: إذا أقر جميع الورثة بنسب، مثل أن يكونوا بنين، فيقروا بنسب أخ، فإنه يثبت نسبه ويثبت له المال، ولا فرق بين أن يكون من يرث المال جماعة أو واحدا، ذكرا كان أو أنثى (٢).

وفي الناس من قال: لا يثبت النسب بإقرار الورثة (٣).

دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٤).

وأیضا فإن إقرار الشاهدين على نفوسهما جائز، وشهادتهما على غيرها لا مانع منه.

وقوله تعالى: " ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه " (٥) يدل عليه أيضا، لأن هذه شهادة فيما يتعلق بحق الغير.

مسألة ٣١: إذا أقر بنوة صبي، لم يكن ذلك إقرارا بزوجة أمه، سواء

(١) المغني لابن قدامة ٥: ٣٢٧ و ٣٣٣، وفتح العزيز ١١: ٢٠٦.

(٢) مختصر المزني: ١١٤، والمجموع ٢٠: ٣٣٥، وفتح العزيز ١١: ١٩٩، والمغني لابن قدامة ٥: ٣٢٦ - ٣٢٧.

(٣) فتح العزيز ١١: ١٩٩ و ٢٠١ - ٢٠٢، والمغني لابن قدامة ٥: ٣٢٨ - ٣٣٣.

(٤) قرب الإسناد: ٢٥، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١١٧ حديث ٥٠٠، والتهديب ٦: ١٩٨، حديث ٤٤٢،

و ٩: ١٦٣ حديث ٦٧٠، والاستبصار ٤: ١١٤ حديث ٤٣٥.

(٥) البقرة: ٢٨٣.

كانت مشهورة الحرية أو لم تكن. وبه قال الشافعي (١).
وقال أبو حنيفة: إن كانت معروفة الحرية كان ذلك إقرارا بزواجيتها، وإن لم تكن معروفة الحرية لم يثبت زواجيتها.

قال: لأن أنساب المسلمين وأحوالهم ينبغي أن تحمل على الصحة، فإذا أقر بينة الصبي، فوجه الصحة أن يكون ذلك الولد بنكاح، وإذا كان بنكاح يثبت زوجية أمه (٢).

دليلنا: أنه يحتمل أن يكون الولد من نكاح صحيح كما قال، ويحتمل أن يكون من نكاح فاسد، أو من وطء شبهة، فإذا احتمل الوجوه لم يحمل على الصحيح دون غيره، وقوله باطل ببينة أخيه.

مسألة ٣٢: إذا دخلت امرأة من دار الحرب إلى دار الإسلام ومعها ولد، فأقر رجل في دار الإسلام أنه ولده، ويمكن أن يكون كما قال - بأن يجوز دخوله إلى دار الحرب، أو مجئ المرأة إلى دار الإسلام - ألحق به.
وإن علم أنه لم يخرج إلى دار الحرب، ولا المرأة دخلت إلى بلد الإسلام، لا يلحق به.

وقال الشافعي: يلحق به إذا أمكن ذلك، وإن كان الظاهر أنه ما دخل إلى بلد الكفر ولا المرأة دخلت إلى بلد الإسلام، لأنه يجوز أن يكون أنفذ إليها بمائه في قارورة فاستدخلته فخلق منه الولد (٣).
وهذا بعيد جدا.

(١) المجموع ٢٠: ٣٣٤، والمغني لابن قدامة ٥: ٣٣٥، والشرح الكبير ٥: ٢٨٦، والبحر الزخار ٦: ١٥.
(٢) المبسوط ١٨: ١٦٢، والمغني لابن قدامة ٥: ٣٣٥ - ٣٣٦، والشرح الكبير ٥: ٢٨٦، والمجموع ٢٠: ٣٣٤.
(٣) أنظر المجموع ١٦: ٣٤٩.

دليلنا: إن الذي اعتبرناه لا خلاف أنه يلحق به الولد، وما ادعوه لا دليل عليه.

مسألة ٣٣: إذا كان لرجل جاريتان، ولهما ولدان، فأقر أن أحد الولدين ابنه ولم يعين، ومات ولم يعين الوارث استخرجناه بالقرعة، فمن خرج اسمه ألحقناه به وورثناه.

وقال الشافعي: يعرض على الفاقة كما يعرض الولد الواحد إذا تنازعه اثنان، غير أنه قال: يلحق النسب لأجل الحرية، ولا يورث عليه (١).
وأما الميراث له فيه قولان:

أحدهما: يوقف الميراث. وبه قال المزني (٢).

وقال باقي أصحابه: لا يوقف ويقسم المال الورثة، لأنه لا طريق إلى تعيينه (٣).

وقال أبو حنيفة: يعتق من كل واحد منهما نصفه (٤).

دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم، وقد ذكرناها في الكتاب الكبير (٥).

مسألة ٣٤: إذا كان له جارية، ولها ثلاثة أولاد، فأقر أن أحدهم ابنه، يسأل التعيين، فإن عين الحق به، ويكون الاثنان مملوكين، سواء كان الذي

-
- (١) الأم ٧: ١٣١، والمجموع ٢٠: ٣٣٢، وفتح العزيز ١١: ١٩٢ - ١٩٣.
(٢) مختصر المزني: ١١٥، والمجموع ٢٠: ٣٣٢، وفتح العزيز ١١: ١٩٣، والمغني لابن قدامة ٥: ٣٣٨، والشرح الكبير ٥: ٢٨٨.
(٣) المجموع ٢٠: ٣٣٢، وفتح العزيز ١١: ١٩٣، والمغني لابن قدامة ٥: ٣٣٨، والشرح الكبير ٥: ٢٨٨، والوجيز ١: ٢٠٢.
(٤) المبسوط ١٧: ١٤٤، والمغني لابن قدامة ٥: ٣٣٧ - ٣٣٨، والشرح الكبير ٥: ٢٨٨، والأم ٧: ١٣١.
(٥) التهذيب ٩: ٣٦١ - ٣٦٣ حديث ١٢٩٠ و ١٢٩٨، وانظر الكافي ٧: ١٣٧ - ١٣٨ حديث ٤ و ٧، ومن لا يحضره الفقيه ٤: ٢٢٦ حديث ٧١٧.

عينه الأكبر، أو الأوسط، أو الأصغر.
فإن لم يعين، سئل الورثة، فإن عينوا كان مثل ذلك سواء، وإن لم يعينوا أو
لا ورثة له ومات، أقرع بينهم، فمن خرج اسمه ألحق به، ويثبت حرته وورث،
ويكون الاثنان مملوكين له، سواء كان من خرج اسمه الأكبر، أو الأوسط، أو
الأصغر على كل حال.

وقال الشافعي: إن عين هو أو الورثة الأصغر ثبتت حرته، ويكون
الأوسط والأكبر مملوكين، وإن عين الأوسط كان حرا وكان الأكبر رقيقا، وفي
الأصغر وجهان.

وإن عين الأكبر كان حرا، والاثنان على وجهين.
وإن مات ولم يعين، ولا عين الورثة، عرض على القافة، فإن عينوا واحدا
كان حكمه حكم من عينه الوالد أو الورثة، وحكم الباقيين مثل ذلك سواء.
وإن لم يكن قافة، أو اختلفوا، أقرع بينهم، فمن خرج اسمه حرر
ولا يورث (١).

وهل يوقف أم لا؟ على قولين:

قال المزني: يوقف (٢).

وقال الباقر: لا يوقف (٣). وحكم الباقيين على ما رتبناه فيمن تعين بتعيين
المقر أو الورثة سواء.

دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٤).

(١) المجموع ٢٠: ٣٣٢ - ٣٣٣، والوجيز ١: ٢٠٢، وفتح العزيز ١١: ١٩٤ و ١٩٧، والمغني لابن قدامة
٥: ٣٣٦، والشرح الكبير ٥: ٢٨٦ - ٢٨٧.

(٢) مختصر المزني: ١١٥، والمجموع ٢٠: ٣٣٣، وفتح العزيز ١١: ١٩٦، والمغني لابن قدامة ٥: ٣٣٨.

(٣) المجموع ٢٠: ٣٣٣، وفتح العزيز ١١: ١٩٤ و ١٩٦، والمغني لابن قدامة ٥: ٣٣٨، والشرح الكبير
٥: ٢٨٨.

(٤) تدل عليه الأخبار التي ذكرها الشيخ قدس سره في التهذيب ٩: ٣٦١ و ٣٦٣ ديث ١٢٩٠ و ١٢٩٨
فلاحظ.

وقال المزني: قول الشافعي يقرع بين الثلاثة خطأ، لأن الأصغر حر على كل حال، لأنه إن خرج اسمه فهو حر، وإن خرج اسم الأوسط فالأصغر حر أيضاً، لأنها صارت فراشا بالأوسط وألحق الأصغر به، وإن خرج الأكبر ألحق الأوسط والأصغر به، لأنها صارت فراشا بالأول، وهذا لازم له، غير أنه لا يصح على مذهبننا، لأن الأمة ليست فراشا عندنا بحال، وإنما القول قول المالك في إلحاق من يلحق به، وإنكار من ينكره (١).

مسألة ٣٥: إذا شهد شاهدان على نسب لميت يستحق به ميراثا، وقالوا:

لا نعرف له وارثا غيره، قبلت شهادتهما. وبه قال الشافعي (٢).

وقال ابن أبي ليلى: لا يحكم بها حتى يقولوا: لا وارث له غيره. لأنهما إذا قالوا لا نعلم له وارثا غيره، فما نفيا أن يكون له وارث، لأنه يجوز أن يكون له وارث ولا يعلمانه، فعدم علمهما لا يخرجهم من أن يكون له وارث (٣).

دليلنا: أن ذلك لا يمكن العلم به، لأنه لا طريق إليه، وما لا طريق إليه لا يجوز إقامة الشهادة عليه.

(١) مختصر المزني: ١١٥، وبلغة السالك ٢: ١٩٧.

(٢) الأم ٧: ١٢٣، والبحر الزخار ٦: ١٣.

(٣) الأم ٧: ١٢٣.

كتاب العارية

(٣٨٥)

مسألة ١: العارية أمانة غير مضمونة، إلا أن يشترط صاحبها الضمان، فإن شرط ذلك كانت مضمونة، وإلا فلا، إلا أن يتعدى فيها، فيجب عليه حينئذ ضمانها. وبه قال قتادة وعبيد الله بن الحسن العنبري، وأبو حنيفة، ومالك والنخعي، والشعبي، والحسن البصري، إلا أنهم لم يضمنوها بالشرط (١). وقال ربيعة: العواري مضمونة إلا موت الحيوان، فإنه إذا استعاره، ثم مات في يده، لم يضمنه (٢).

وقال الشافعي: هي مضمونة شرط ضمانها أو لم يشترط، تعدى فيها أو لم يتعد. وبه قال ابن عباس، وأبو هريرة، وعطاء، وأحمد، وإسحاق (٣). دليلنا: إجماع الطائفة وأخبارهم، فإنهم لا يختلفون في ذلك (٤). وروى عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، أن النبي عليه السلام قال:

(١) المجموع ١٤: ٢٠٥، وفتح العزيز ١١: ٢١٨، والمحلى ٩: ١٧٠، واللباب ٢: ١٥١، والمغني لابن قدامة

٥: ٣٥٦، والشرح الكبير ٥: ٣٦٦، والنتف ٢: ٥٨٣، وشرح فتح القدير ٧: ١٠٣، وسبل السلام ٣: ٨٩٨، والمصنف لعبد الرزاق ٨: ١٨٠.

(٢) المحلى ٩: ١٧٠.

(٣) الأم ٣: ٢٤٤، والمجموع ١٤: ٢٠٤ - ٢٠٥، وفتح العزيز ١١: ٢١٧، والنتف ٢: ٥٨٣، وشرح فتح القدير ٧: ١٠٣، وسبل السلام ٣: ٨٩٨، والمصنف لعبد الرزاق ٨: ١٨٠، والمغني لابن قدامة ٥: ٣٥٦، والشرح الكبير ٥: ٣٦٦.

(٤) الكافي ٥: ٢٣٨ حديث ١، والتهذيب ٧: ١٨٣ حديث ٨٠٥، والاستبصار ٣: ١٢٦ حديث ٤٤٩.

" ليس على المستعير غير المغل ضمان " (١) وهذا نص.
مسألة ٢: إذا رد العارية إلى صاحبها أو وكيله، برئ من الضمان، وإن ردها إلى ملكه - مثل أن تكون دابة فردها إلى اصطلب صاحبها، وشدها فيه - لم يبرأ من الضمان. وبه قال الشافعي (٢).
وقال أبو حنيفة: يبرأ، لأن العادة هكذا جرت في رد العواري إلى الأملاك، فيكون بمنزلة المأذون من طريق العادة (٣).
دليلنا: إن كون ذلك رداً أو إبراء الذمة به من العارية يحتاج إلى دليل، ولا دليل على ذلك، والأصل شغل ذمته بالعارية.
مسألة ٣: إذا اختلف صاحب الدابة والراكب، فقال الراكب: أعرتنيها. وقال صاحب الدابة: أكرتتها بكذا. كان القول قول الراكب مع يمينه، وعلى صاحبها البينة.
وللشافعي فيه قولان:
أحدهما: مثل ما قلناه (٤).
والثاني: أن القول قول صاحبها (٥).
دليلنا: أن الأصل براءة الذمة، وصاحب الدابة مدعي الكراء، فعليه البينة.

-
- (١) سنن الدارقطني ٣: ٤١ حديث ١٦٨، والمصنف لعبد الرزاق ٨: ١٧٨ حديث ١٤٧٨٢، والسنن الكبرى ٦: ٩١.
(٢) الأم ٣: ٢٤٥، والمجموع ١٤: ٢٠٩، والمغني لابن قدامة ٥: ٣٥٨.
(٣) اللباب ٢: ١٥٣، وشرح فتح القدير ٧: ١١١، والمبسوط ١١: ١٤٤، والمغني لابن قدامة ٥: ٣٥٨.
(٤) الأم ٣: ٢٤٥، والمجموع ١٤: ٢٢٢، والوجيز ١: ٢٣٢، والمغني لابن قدامة ٥: ٣٧٢، والشرح الكبير ٥: ٣٧١ و ٣٧٣.
(٥) المجموع ١٤: ٢٢٠ و ٢٢٢، ومغني المحتاج ٢: ٢٧٣ - ٢٧٤، والوجيز ١: ٢٦٦، وفتح العزيز ١١: ٢٣٢.

مسألة ٤: إذا اختلف الزارع وصاحب الأرض، فقال الزارع: أعرتنيها. وقال صاحبها: أكرتتها. كان القول قول الزارع مع يمينه. وللشافعي فيه قولان مثل المسألة الأولى سواء (١).
دليلنا: ما قلناه في المسألة الأولى سواء، واختار المزني في المسألتين قولنا (٢).
مسألة ٥: إذا اختلفا، فقال صاحب الدابة: غصبتها. وقال الراكب: بل أعرتنيها. فالقول قول الراكب. وبه قال المزني (٣).
وقال أصحاب الشافعي: هذه المسألة والتي قبلها سواء على قولين: ومنهم من قال: على طريقتين (٤)، ومنهم من قال: على قول واحد، وهو أن القول قول المستعير (٥).
وذهب أبو إسحاق إلى أن الجواب في هذه المسألة مرجوع عنه، والقول في ذلك قول صاحبها قولاً واحداً (٦).
دليلنا: ما قلناه في المسألة الأولى سواء، من أن الأصل براءة الذمة، والمدعي للغصب يحتاج إلى بينة، لأنه يدعي ضمان الدابة ولزوم الأجرة إن كان ركبها.
مسألة ٦: إذا تعدى المودع في إخراج الوديسة من حرزها، فانتفع بها، ثم ردها إلى موضعها، فإن الضمان لا يزول بذلك. وبه قال الشافعي (٧).

-
- (١) المجموع ١٤: ٢٢٠، والوجيز ١: ٢٠٥، وفتح العزيز ١١: ٢٣٢.
(٢) أنظر مختصر المزني: ١١٦.
(٣) مختصر المزني: ١١٦، وفتح العزيز ١١: ٢٣٥، والمغني لابن قدامة ٥: ٣٧٣، والشرح الكبير ٥: ٣٧٤.
(٤) المجموع ١٤: ٢٢١ - ٢٢٢، وفتح العزيز ١١: ٢٣٣ و ٢٣٥.
(٥) الأم ٣: ٢٤٥، والمجموع ١٤: ٢٢١، وفتح العزيز ١١: ٢٣٥.
(٦) المجموع ١٤: ٢٢٤، ومغني المحتاج ٢: ٢٧٤، والوجيز ١: ٢٦٦، وفتح العزيز ١١: ٢٣٦، والمغني لابن قدامة ٥: ٣٧٣، والشرح الكبير ٥: ٣٧٣.
(٧) الأم ٣: ٢٤٥، ومختصر المزني: ١١٦، والمجموع ١٤: ١٩٤ و ٢٠٩، والوجيز ١: ٢٨٥، وكفاية الأحيار ٢: ٩، وبداية المجتهد ٢: ٣٠٧، والمبسوط ١١: ١١٤.

وقال أبو حنيفة: يزول، لأنه مأمور بالحفظ في جميع هذه الأوقات، فإذا خالف في جهة منها، ثم رجع وعاد إلى الحفظ، كان متمسكا به على الوجه المأمور به، فينبغي أن يزول عنه الضمان (١).
دليلنا: أن بالتعدي قد ثبت عليه الضمان بلا خلاف، فمن أزال ضمانه بالرد إلى موضعه فعليه الدلالة.
مسألة ٧: إذا أبرأه صاحبها من الوديعة بعد تعديه فيها، من غير أن يردها إليه أو إلى وكيله، فقد سقط عنه الضمان.
وللشافعي فيه وجهان:
أحدهما: يبرأ، وهو ظاهر قوله (٢).
والثاني: لا يبرأ. قال: لأن الإبراء لا يصح عن القيمة، لأنها لم تجب بعد، ولا يصح الإبراء من العين لأنها في يده باقية، فكيف يصح الإبراء منها (٣).
دليلنا: أن الضمان إذا كان من حقه، فله التصرف فيه بالإبراء والمطالبة، وإذا أسقط وجب سقوطه، ومن منع من ذلك فعليه الدلالة.
مسألة ٨: إذا أعاره أرضا لبني فيها، أو ليغرس فيها، فلا يجوز له أن يخالف فيغرس في أرض البناء، ولا أن يبني في أرض الغراس.
وللشافعي فيه قولان:
أحدهما: مثل ما قلناه (٤).
والثاني: له ذلك، لأن ضررهما متقارب (٥).

(١) اللباب ٢: ١٤٧، والمبسوط ١١: ١١٤، وبداية المجتهد ٢: ٣٠٧، والمجموع ١٤: ٢٠٩.

(٢) المجموع ١٤: ١٩٤.

(٣) المصدر السابق.

(٤) المجموع ١٤: ٢٠٨، ومغني المحتاج ٢: ٢٦٩، والوجيز ١: ٢٠٤ و ٣٦٤، وفتح العزيز ١١: ٢٢٤.

(٥) مغني المحتاج ٢: ٢٦٩، والمجموع ١٤: ٢٠٨ و ٢١٠، والوجيز ١: ٢٠٤، وفتح العزيز ١١: ٢٢٣.

دليلنا: أن ما قلناه متفق على جوازه، وتجوز خلافه يحتاج إلى دلالة، ولا دليل.

مسألة ٩: إذا طالب المعير المستعير بقلع ما أذن له في غراسه من غير أن يضمن له أرش النقصان، وأبى ذلك صاحب الغراس، لم يجبر عليه. وبه قال الشافعي (١).

وقال أبو حنيفة: يجبر على ذلك. وإن لم يضمن (٢).

دليلنا: قول النبي عليه السلام: " ليس لعرق ظالم حق " (٣). وهذا ليس بظالم، فيجب أن يكون له حق.

وروت عائشة أن النبي عليه السلام قال: " من بنى في رباغ قوم بإذنهم فله قيمته " (٤).

وعند أبي حنيفة يجبر على القلع، ولا يجعل له قيمة بنائه.

ولأن مع ضمان النقصان أجمعنا أن له قلعه، وليس على جواز قلعه مع عدم ذلك دليل.

-
- (١) المجموع ١٤: ٢١١ - ٢١٢، وبداية المجتهد ٢: ٣٠٩، والشرح الكبير ٥: ٣٦٠.
(٢) المبسوط ١١: ١٤١، والنتف ٢: ٥٨٢، واللباب ٢: ١٥٢، وشرح فتح القدير: ١٠٩، والمجموع ١٤: ٢١٣، وفتح العزيز ١١: ٢٢٧ و ٢٣١، والشرح الكبير ٥: ٣٦٠.
(٣) صحيح البخاري ٣: ١٤٠، وسنن أبي داود ٣: ١٧٨ حديث ٣٠٧٣.
(٤) سنن الدارقطني ٤: ٢٤٣ حديث ١٤٢، والسنن الكبرى ٦: ٩١، وفردوس الأخبار ٣: ٥٥١ حديث ٥٧٢٣.

كتاب الغضب

(٣٩٣)

مسألة ١: من غصب شيئاً يضمن بالمثلية، فإن أعوز المثل ضمن بالقيمة، فإن لم يقبض القيمة بعد الإعواز حتى مضت مدة يختلف فيها القيمة، كان له المطالبة بقيمته حين القبض لا حين الإعواز، إن حكم الحاكم بالقيمة عند الإعواز، لم يؤثر حكمه فيه، وكان له المطالبة بقيمته يوم القبض، ولا يلتفت إلى حكم الحاكم به. وبه قال أبو حنيفة (١) والشافعي (٢).
وقال محمد وزفر: عليه قيمته يوم الإعواز (٣).
دلينا: أن الذي ثبت في ذمته هو المثل، وحكم الحاكم عليه بالقيمة لا ينقل المثلة إلى القيمة، بدلالة أنه متى زال الإعواز قبل القبض طوب بالمثل، وإذا كان الذي ثبت في الذمة هو المثل اعتبر بدل مثله حين قبض البدل، ولا ينظر إلى اختلاف قيمته بعد الإعواز ولا قبل الإعواز.

(١) عند مراجعة كتب القوم المتوفرة لدينا ظهر أنه يقول: " ترد القيمة يوم المحاكمة والخصومة " ولعل الشيخ المؤلف قدس سره اعتمد في قوله هذا إلى بعض المصادر التي لم نتوصل إليها. أنظر: النتف ٢: ٧٣٧، والمبسوط ١١: ٥٠، والفتاوى الهندية ٥: ١١٩، وبدائع الصنائع ٧: ١٥١، واللباب ٢: ١٣٧، وحاشية رد المحتار ٦: ١٨٣، وتبيين الحقائق ٥: ٢٢٣، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٢١، والشرح الكبير ٥: ٤٢٨، والمجموع ١٤: ٢٢٩، وفتح العزيز ١١: ٢٧٤، والبحر الزخار ٥: ١٧٥.
(٢) الأم ٣: ٢٤٨، والمجموع ١٤: ٢٢٩، والمبسوط ١١: ٥٠، وفتح العزيز ١١: ٢٧٥، والمغني لابن قدامة
٥: ٤٢١، والشرح الكبير ٥: ٤٢٨.
(٣) النتف ٢: ٧٣٧، والمبسوط ١١: ٥٠، وبدائع الصنائع ٧: ١٥١، والفتاوى الهندية ٥: ١١٩، وتبيين الحقائق ٥: ٢٢٣، وحاشية رد المحتار ٦: ١٨٣، والبحر الزخار ٥: ١٧٥.

مسألة ٢: إذا غصب مالا مثل له، ومعناه لا يتساوى قيمة أجزائه من غير جنس الأثمان - كالثياب، والحطب، والخشب، والحديد، والصفير، والرصاص، والعقار، وغير ذلك من الأواني وغيرها - فإنها تكون مضمونة بالقيمة. وبه قال جميع الفقهاء (١).

وقال عبيد الله بن الحسن العنبري البصري: يضمن كل هذا بالمثل (٢).
دليلنا: ما رواه ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وآله قال: " من أعتق شقصا له من عبد قوم عليه " (٣) فأوجب صلى الله عليه وآله عليه الضمان بالقيمة دون المثل.

ولأنه لا يمكن الرجوع فيه إلى المثل، لأنه إن ساواه في العدد خالفه في الثقل، وإن ساواه فيهما خالفه من وجه آخر وهو القيمة، فإذا تعذرت المثلية كان الاعتبار بالقيمة.

مسألة ٣: إذا جنى على حمار القاضي، كان مثل جنايته على حمار الشوكي، سواء في أن الجناية إذا لم يسر إلى نفسه يلزمه أرش العيب. وبه قال أبو حنيفة والشافعي (٤).

وقال مالك: إن كان حمار القاضي، فقطع ذنبه، ففيه كمال قيمته، لأنه إذا

(١) الأم ٣: ٢٥٤ - ٢٥٥، والمجموع ١٤: ٢٢٧ و ٢٣٤، وكفاية الأختار ١: ١٨٣، واللباب ٢: ١٣٧، والمبسوط ١١: ٥٠ - ٥١، وبدائع الصنائع ٧: ١٤٨، والمحلى ٨: ١٤٢، وبداية المجتهد ٢: ٣١٦، وأسهل المدارك ٣: ٦٢، والشرح الكبير ٥: ٤٢٩، وفتح العزيز ١١: ٢٨٣، وتبيين الحقائق ٥: ٢٢٣.

(٢) المجموع ١٤: ٢٣٤، والشرح الكبير ٥: ٤٢٩.

(٣) رواه ابن رشد في بداية المجتهد ٢: ٣١٢ بنفس اللفظ، وقد ورد في أكثر الكتب الحديثية بتبديل " شقصا " ب " شركا " وهما بمعنى الحصاة والنصيب في العين المشتركة من كل شيء. لاحظ النهاية ٢: ٤٦٧ و ٤٩٠.

(٤) اللباب ٢: ١٣٩، والمجموع ١٤: ٢٤٥، والمبسوط ١١: ٥١، وفتح العزيز ١١: ٢٥٨، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٨٥.

قطع ذنبه فقد أتلفه عليه، لأنه لا يمكنه ركوبه، لأن القاضي لا يركب حماراً مقطوع الذنب. ويفارق حمار الشوكي، لأنه يمكنه حمل الشوك على حمار مقطوع الذنب، ولم يقل هذا في غير ما يركبه من بهائم القاضي - مثل الثور وغيره - وكذلك لو قطع يد حماره (١).

دليلنا: أن الأصل براءة الذمة، وقدر ما أوجبناه مجمع على لزومه، والزائد عليه يحتاج إلى دليل.

مسألة ٤: إذا قلع عين دابة، كان عليه نصف قيمتها، وفي العينين جميع القيمة. وكذلك كل ما في البدن منه اثنان، ففي الاثنين جميع القيمة، وفي الواحد نصفها.

وقال أبو حنيفة: في العين الواحدة ربع القيمة، وفي العينين نصف القيمة، وكذلك في كل ما ينتفع بظهره ولحمه (٢).

وقال الشافعي ومالك: عليه الأرش ما بين قيمته صحيحاً ومعيباً (٣).
دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٤).

(١) مختصر العلامة خليل: ٢٢٨، وحاشية الخرشبي ٥: ١٤٩، وجواهر الإكليل ٢: ١٥٣، والمجموع ١٤: ٢٤٥، وفتح العزيز ١١: ٢٥٨، والمغني لابن قدامة ٥: ٣٨٥ - ٣٨٦، والبحر الزخار ٥: ١٧٥.
(٢) التنف ٢: ٦٧٦، وشرح فتح القدير ٨: ٣٥١، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٨: ٣٥١، والمجموع ١٤: ٢٤٥، وفتح العزيز ١١: ٢٥٨، والمحلى ١٠: ٤٢٩.
(٣) الأم ٣: ٢٤٥، ومختصر المزني: ١١٧، والمجموع ١٤: ٢٤٥، والسراج الوهاج: ٢٦٨، ومغني المحتاج

٢: ٢٨١، والوجيز ١: ٢٠٨، وفتح العزيز ١١: ٢٥٨، والمحلى ١٠: ٤٢٩، وشرح فتح القدير ٨: ٣٥١، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٨: ٣٥١.
(٤) لم أقف في كتب الحديث المتوفرة على نص يؤيد قول المصنف قدس سره من الأخبار الذي أشار إليها، علماً أنه قدس سره قال في كتابه "النهاية في مجرد الفقه والفتاوى" ص ٧٨١ ما لفظه: (وفي عين البهيمة إذا فقئت ربع قيمتها على ما جاءت به الآثار). وانظر التهذيب ١٠: ٣٠٩ حديث ١١٤٩ و ١١٥٢.

وروي عن عمر أنه قضى في عين الدابة بربع قيمتها (١).
وروا ذلك عن علي عليه السلام (٢)، وهذا يدل على بطلان قول من
يدعي الأرش.

فأما قولنا فدليلة: إجماع الفرقة، وطريقة الاحتياط.
مسألة ٥: إذا قتل عبدا كان عليه قيمته ما لم تتجاوز قيمته دية الحر عشرة
آلاف درهم، وكذلك إن كانت أمة ما لم تتجاوز قيمتها خمسة آلاف درهم دية
الحر، وإن كان دون الدية لم يلزمه أكثر من ذلك. وبه قال أبو حنيفة، إلا أنه
قال: إن كان قيمته عشرة آلاف نقص منه عشرة دراهم، وكذلك في دية
المملوكة (٣).

وقال الشافعي: يلزمه قيمته بالغا ما بلغ (٤).
دليلنا: إجماع الفرقة، وأخبارهم (٥)، فإنهم لا يختلفون في ذلك.
وأيضاً الأصل براءة الذمة، وما قلناه لازم له بالإجماع، والزائد يحتاج إلى
دليل.
مسألة ٦: إذا مثل بمملوك غيره، لزمه قيمته، وانعتق. وبه قال مالك (٦).

-
- (١) المصنف لعبد الرزاق ١٠: ٧٧ حديث ١٨٤١٨ و ١٨٤١٩ و ١٨٤٢٣.
(٢) المصنف لعبد الرزاق ١٠: ٧٧ حديث ١٨٤٢١.
(٣) المبسوط ١١: ٧٢ و ٢٦: ٢١، والمحلى ٨: ١٥١ و ١٥٤، والنتف ٢: ٦٧١، والشرح الكبير ٩:
٥٢٦.
(٤) الأم ٣: ٢٤٦، ومختصر المزني ١١٧ و ٢٣٧، والسراج الوهاج: ٢٦٨، والوجيز ١: ٢٠٧، والمحلى
٨: ١٥١ - ١٥٢ و ١٥٤ - ١٥٥، والشرح الكبير ٩: ٥٢٦، وفتح العزيز ١١: ٢٥٦.
(٥) الكافي ٧: ٣٠٤ (باب الرجل الحر يقتل مملوك غيره...) حديث ١٥ و ١١، ومن لا يحضره الفقيه
٤: ٩٦ حديث ٣١٨، والتهذيب ١٠: ١٩٢ - ١٩٣ حديث ٧٦٠ و ٧٦٢، والاستبصار ٤: ٢٧٤ حديث
١٠٣٨ و ١٠٣٩.
(٦) جواهر الإكليل ٢: ١٥٣، وحاشية الخرشي ٥: ١٥٠، والمحلى ٨: ١٥٢، والمغني لابن قدامة ٥:
٣٨٩.

وقال الشافعي: لا ينعق (١).
 والتمثيل: أن يقطع أنفه أو أذنه.
 دليلنا: إجماع الفرقة، وأخبارهم (٢).
 وروى عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده أن النبي صلى الله عليه وآله
 قال: " من مثل بعبده عتق عليه " (٣).
 مسألة ٧: كل جناية مقدر من الحر بحساب ديته، فهي مقدر من العبد
 بقيمته مثل اليد، والرجل، والأنف، والعين، والموضحة، والمنقلة وغير ذلك.
 وبه قال الشافعي (٤).
 وقال مالك: في ذلك أرش ما نقص، إلا في أربعة مواضع: الموضحة،
 والمنقلة، والمأمومة، والجائفة فإن فيها المقدر (٥) كما قلناه.
 دليلنا: إجماع الفرقة، وأخبارهم (٦).
 مسألة ٨: الحارصة (٧) والباضعة مقدر في الحر، وكذلك في العبد

-
- (١) المغني لابن قدامة ٥: ٣٨٩.
 (٢) أنظر الكافي ٧: ٣٠٣ حديث ٧ و ٨ و ٣٠٧ حديث ٢١، والتهذيب ١٠: ٢٦١ حديث ١٠٣٢.
 (٣) لم أقف لهذا الحديث في المصادر المتوفرة ذكرا، إلا أنه روى الحاكم النيسابوري في مستدركه ٤:
 ٣٦٨
 والهيشمي في مجمع الزوائد ٤: ٢٣٩ عن عبد الله بن عمر عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: " من
 مثل بعبده أو حرقه بالنار فهو حر وهو مولى الله ورسوله ".
 (٤) الأم ٦: ٤٩، ومختصر المزني: ١١٧، والوجيز ١: ٢٠٧، وفتح العزيز ١١: ٢٥٦ - ٢٥٧، والسراج
 الوهاج: ٢٦٨، ومغني المحتاج ٢: ٢٨٠ - ٢٨١.
 (٥) المدونة الكبرى ٦: ٣١٦ و ٤٥٠، والأم ٣: ٢٤٦.
 (٦) أنظر الكافي ٧: ٣٠٦ حديث ١٤، ومن لا يحضره الفقيه ٤: ٩٤ - ٩٥ حديث ٣١٠ و ٣١٣،
 والتهذيب
 ١٠: ١٩٣ و ١٩٦ حديث ٧٦٤ و ٧٧٨، و ٢٩٣ حديث ١١٤١ و ٢٩٥ حديث ١١٤٧.
 (٧) الحارصة: هي التي تخدش ولا تجري الدم.
 (٨) الباضعة: هي التي تبضع اللحم وتقطعه. قاله الشيخ الكليني في الكافي ٧: ٣٢٩.

بحساب قيمته.

وقال جميع الفقهاء: فيهما الأرش، لأنهما غير مقدرة في الحر (١).

دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٢)، وسنين ذلك في الجنايات.

مسألة ٩: إذا جنى على ملك غيره جناية لها أرش.

قال الشافعي: فالمالك يمسكه، لأنه ملكه، ويطلب الجاني بأرشها بكل

حال، قليلا كان أرش الجناية أو كثيرا، سواء ذهب بالجناية منفعة مقصودة أو

غير مقصودة، وسواء وجب بالمقصودة كمال قيمة المجني أو دون ذلك (٣).

وقال أبو حنيفة: ينظر فيه:

إن لم يذهب بالجناية منفعة مقصودة - مثل أن يخرق يسيرا من الثوب، أو

قطع إصبعاً من العبد - أو جنى عليه حارصة أو دامية أو باضعة فإنه يمسك ملكه،

ويطالب بالأرش على ما قال الشافعي.

وإن ذهب بها منفعة مقصودة، مثل أن خرق الثوب بطوله، أو قطع يدا

واحدة من العبد، فالسيد بالخيار بين أن يمسك العبد ويطلب بأرش الجناية،

وبين أن يسلم العبد برمته ويأخذ منه كمال قيمته.

وقال: وإن وجب بالجناية كمال قيمة الملك - وهذا إنما يكون في الرقيق

خاصة مثل أن يقطع يديه، أو رجله، أو يقطع عينيه، أو يقطع لسانه، أو أنفه -

فالمالك بالخيار بين أن يمسكه ولا شيء له على الجاني، وبين أن يسلمه إلى

(١) المحلى ٨: ١٤٩، ومغني المحتاج ٢: ٢٨١، والسراج الوهاج: ٢٦٨، والوجيز ١: ٢٠٧، وفتح العزيز

١١: ٢٦٠، والمجموع ١٩: ٦٩، والنتف ٢: ٦٧٧، وبدائع الصنائع ٧: ٢٩٨، وتبيين الحقائق

٦: ١٣٣، والمغني لابن قدامة ٩: ٦٥٨، والشرح الكبير ٥: ٣٩٩ و ٩: ٦٢٠.

(٢) أنظر إلى ما أشرنا إليه من الأحاديث في الكافي ومن لا يحضره الفقيه والتهديب في المسألة المتقدمة.

(٣) المجموع ١٤: ٢٣٢، وفتح العزيز ١١: ٢٩٤ و ٢٩٧، والمحلى ٨: ١٥١.

الجاني ويأخذ كمال قيمته (١).
وقال أبو يوسف ومحمد: في هذا الفصل السيد بالخيار من أن يسلمه ويأخذ
كمال قيمته، وبين أن يمسكه ويأخذ من الجاني ما نقص بالقطع، ويسقط
التخيير (٢).

والذي تقتضيه أخبارنا ومذهبنا: أنه إذا جنى على عبد جناية تحيط بقيمة
العبد، كان بالخيار بين أن يسلمه ويأخذ قيمته، وبين أن يمسكه ولا شيء له،
وما عدا ذلك فله الأرش إما مقدرًا أو حكومة على ما مضى القول فيه.
وما عدا المملوك من الأملاك إذا جنى عليه فليس لصاحبه إلا أرش
الجنانية.

دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم، وقد ذكرناها في الكتاب الكبير المقدم
ذكره (٣).

مسألة ١٠: إذا غصب جارية، فزادت في يده بسمن، أو صنعة، أو تعليم
قرآن فزاد بذلك ثمنها، ثم ذهب عنها ذلك في يده حتى عادت إلى الصفة التي
كانت عليها حين الغصب، كان عليه ضمان ما نقص في يده.
وهكذا لو غصب حاملا، أو حائلا، فحملت في يده ضمنها وحملها في
الموضعين معا. وبه قال الشافعي (٤).

وقال أبو حنيفة: لا يضمن شيئا من هذا أصلا، ويكون ما حدث في يده

-
- (١) اللباب ٢: ١٣٩، وتبيين الحقائق ٥: ٢٢٨ - ٢٢٩، وشرح فتح القدير ٧: ٣٨٢، والفتاوى الهندية
٥: ١٢٢ - ١٢٣، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٧: ٣٨٢.
(٢) المحلى ٨: ١٥١، وفتح العزيز ١١: ٢٩٤ - ٢٩٥.
(٣) انظرها في التهذيب ١٠: ١٩٣ و ١٩٤ و ١٩٦ و ٢٩٣ حديث ٧٦٤ و ٧٦٥ و ٧٧٨ و ١١٤١.
(٤) الأم ٣: ٢٤٦، ومختصر المزني: ١١٧، والمجموع ١٤: ٢٤٨، وفتح العزيز ١١: ٢٤٨ و ٣٠٨،
والمغني
لابن قدامة ٥: ٣٩٧، و ٤٠٠، وبداية المجتهد ٢: ٣٢١، والمبسوط ١١: ٥٤.

أمانة، فإن تلف بغير تفريط فلا ضمان، وإن فرط في ذلك - مثل أن جحد ثم اعترف أو منع ثم بذل - فعليه ضمان ذلك (١).

دليلنا: أن هذا النماء إنما حدث في ملك المغصوب منه، لأن ملكه لم يزل عنه، وإذا حدث في ملكه لزم الغاصب ضمانه إذا حال بينه وبين ملكه. مسألة ١١: المنافع تضمن بالغصب كالأعيان مثل: منافع الدار، والدابة، والعبيد، والثياب. وبه قال الشافعي (٢).

وقال أبو حنيفة: لا تضمن المنافع بالغصب بحال، فإن غصب أرضا فزرعها ببذره، كانت الغلة له، ولا أجره عليه إلا أن تنقص الأرض بذلك، فيكون عليه نقصان ما نقص.

وزاد على هذا، لو آجرها وأخذ أجرتها، ملك الأجرة دون مالكتها (٣).

دليلنا: قوله تعالى: " فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم " (٤). والمثل مثلان، مثل من حيث الصورة، ومثل من حيث القيمة،

(١) اللباب ٢: ١٤٣، والمبسوط ١١: ٥٤، والفتاوى الهندية ٥: ١٢٧، والمغني لابن قدامة ٥: ٣٩٧ و ٤٠٠، والمجموع ١٤: ٢٤٥ - ٢٤٦، وفتح العزيز ١١: ٢٤٨.

(٢) الأم ٣: ٢٤٩ و ٢٥٣، ومختصر المزني: ١١٧، والمجموع ١٤: ٢٢٧، والوجيز ١: ٢٠٨، وفتح العزيز

١١: ٢٦٢، والمغني لابن قدامة ٥: ٤١٣ و ٤٣٥، والشرح الكبير ٥: ٤٣٨، والمبسوط ١١: ٧٨، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٧: ٣٩٤، وشرح العناية بهامش شرح فتح القدير ٧: ٣٩٤.

(٣) اللباب ٢: ١٤٤، وبدائع الصنائع ٧: ١٤٥، والمبسوط ١١: ٧٨، والهداية المطبوع في هامش شرح فتح

القدير ٧: ٣٩٤، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٧: ٣٩٤، وحاشية رد المحتار ٦: ٢٠٤، والمغني لابن قدامة ٥: ٤١٣ - ٤١٤ و ٤٣٥، والشرح الكبير ٥: ٤٣٨، والمحلى ٨: ١٣٩، وبداية المجتهد ٢: ٣١٨، وفتح العزيز ١١: ٢٦٢.

(٤) البقرة: ١٩٤.

فما لم يكن للمنافع مثل من حين الصورة، وجب أن يلزمه من حيث القيمة، وعلى المسألة إجماع الفرقة، وأخبارهم تدل عليها.

مسألة ١٢: المقبوض ببيع فاسد لا يملك بالعقد، ولا بالقبض. وبه قال الشافعي (١).

وقال أبو حنيفة: يملك بالقبض (٢).

دليلنا: أنه لا دليل على أنه يملك بهذا القبض، فمن ادعى ذلك كان عليه الدلالة، لأن الأصل أنه على ملك مالكة.

مسألة ١٣: إذا غصب جارية حاملا ضمنها، وضمن ولدها. وبه قال الشافعي (٣).

وقال أبو حنيفة: يضمنها وحدها دون حملها (٤).

دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٥).

ولأن ذمته قد اشتغلت بالغصب، ولا تبرأ قطعاً إلا بضمان الجارية وولدها، فوجب عليه ذلك لتبرأ ذمته بيقين.

مسألة ١٤: إذا غصب ثوباً قيمته عشرة، فبلغت عشرين لزيادة السوق، ثم عاد إلى عشرة أو دونها، ثم هلك قبل الرد، كان عليه قيمته أكثر ما كانت من حين الغصب إلى حين التلف. وبه قال الشافعي (٦).

(١) المجموع ١٤: ٢٦٩، وفتح العزيز ١١: ٣٢١.

(٢) بدائع الصنائع ٥: ٢٤٨ و ٧: ١٤٦، والأم ٣: ٢٤٧، والمحلى ٨: ٤٢١.

(٣) المجموع ١٤: ٢٤٩، والوجيز ١: ٢٠٦، وفتح العزيز ١١: ٢٤٨، وبدائع الصنائع ٧: ١٥٨.

(٤) اللباب ٢: ١٤٣، وبدائع الصنائع ٧: ١٥٨، والمبسوط ١١: ٥٤، والفتاوى الهندية ٥: ١٢٧، والمحلى

٨: ١٣٩، والمجموع ١٤: ٢٤٩، وفتح العزيز ١١: ٢٤٨.

(٥) أنظر دعائم الإسلام ٢: ٤٨٥ حديث ١٧٣٢ و ١٧٣٣، والتهديب ٧: ٤٨٢ حديث ١٩٣٦.

(٦) المجموع ١٤: ٢٩٥، والوجيز ١: ٢٠٩، والسراج الوهاج: ٢٧٠، وكفاية الأخيار: ١: ١٨٣، وفتح

العزيز

١١: ٢٨٣، وبداية المجتهد ٢: ٣١٣.

وقال أبو حنيفة: عليه قيمته يوم الغصب (١).
دليلنا: أنه إذا أدى ما قلناه برئت ذمته بلا خلاف، وإذا أدى ما قاله لم يدل
دليل على براءتها، فالاحتياط يقتضي ما قلناه.
مسألة ١٥: إذا لم يتلف الثوب وكان قائما بحاله رده، ولا يرد ما نقص من
القيمة. وبه قال جميع الفقهاء (٢)، إلا أبا ثور، فإنه قال: يرده، وما نقص من
قيمه، فإن كانت قيمته يوم الغصب عشرة، ثم بلغت عشرين، ثم عاد إلى
عشرة، رده ومعه عشرة (٣).
دليلنا: أن الأصل براءة الذمة، فمن علق عليها شيئا فعليه الدلالة.
مسألة ١٦: إذا أكره امرأة على الزنا، وجب عليه الحد، ولا حد عليها.
ولو كانت هي زانية، وهو واطئ بشبهة كان عليها الحد، ولم يكن عليه
الحد، ولا يلزمه المهر في الموضوعين.
وقال الشافعي: متى وجب عليه الحد دونها لزمه المهر (٤).
وقال أبو حنيفة: متى سقط عنه الحد دونها لزمه المهر (٥).
دليلنا: أن الأصل براءة الذمة، فمن علق عليها المهر فعليه الدلالة.
وقول النبي صلى الله عليه وآله ونهيه عن مهر البغي (٦)، دليل على أبي حنيفة.

-
- (١) بدائع الصنائع ٧: ١٥١، والمجموع ١٤: ٢٢٨ و ٢٩٥، وبداية المجتهد ٢: ٣١٣، وفتح العزيز ١١: ٢٨٤.
(٢) الأم ٣: ٢٤٨، والمحلى ٨: ١٤٢، والوجيز ١: ٢٠٩، وفتح العزيز ١١: ٢٩١.
(٣) فتح العزيز ١١: ٢٩١.
(٤) الأم ٣: ٢٤٨ و ٢٥٨، ومختصر المزني: ١١٧، والوجيز ١: ٢١٣، ومغني المحتاج ٢: ٢٩٣ - ٢٩٤.
والسراج الوهاج: ٢٧٣، وفتح العزيز ١١: ٣٣٢، والمبسوط ٢٤: ٩٠، وبداية المجتهد ٢: ٣١٩، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٠٧ و ٤١٢.
(٥) التنف ٢: ٦٣٩، والمبسوط ٢٤: ٩٠، والمغني لابن قدامة ٥: ٤١٣، وبداية المجتهد ٢: ٣٢٤، وفتح العزيز ١١: ٣٣٢ و ٣٣٤.
(٦) سنن أبي داود ٣: ٢٧٩ حديث ٣٤٨١، ومسند أحمد بن حنبل ١: ٢٣٥ و ٣٥٦ و ٢: ٥٠٠، والسنن الكبرى ٦: ٨، والتهديب ٧: ١٣٥ حديث ٥٩٩.

واستدل الشافعي على ما قاله بقوله عليه السلام: "أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها، فنكاحها باطل، فإن مسها فلها المهر بما استحلت من فرجها" (١). فأوجب المهر وهذا ليس بصحيح، لأن ذلك يتناول العقد دون الإكراه. مسألة ١٧: السارق يقطع ويغرم ما يسرقه. وبه قال الشافعي (٢). وقال أبو حنيفة: الغرم والقطع لا يجتمعان، فإن غرم لم يقطع، وإن قطع لم يغرم (٣). دليلنا: قوله تعالى: "السارق والسارقة فاقطعوا أيديهما" (٤) ولم يفرق. مسألة ١٨: يصح غضب العقار، ويضمن بالغصب. وبه قال الشافعي ومحمد بن الحسن (٥). وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: لا يصح غضب العقار ولا يضمن بالغصب (٦).

(١) مسند أحمد بن حنبل ٦: ٦٦، وترتيب مسند الشافعي ٢: ١١، وسنن الترمذي ٣: ٤٠٨، حديث ١٠٢، والسنن الكبرى ٧: ١٠٥، ومجمع الزوائد ٤: ٢٨٥، وسنن الدارقطني ٣: ٢٢١، حديث ١، وفي البعض مما ذكرناه اختلاف يسير في اللفظ فلاحظ.

(٢) الأم ٦: ١٥١، ومختصر المزني ١١٨، والمجموع ٢٠: ١٠٢، والمغني لابن قدامة ١٠: ٢٧٤، والشرح الكبير ١٠: ٢٩٤، والمبسوط ٩: ١٥٦، وبدائع الصنائع ٧: ٨٤، وبداية المجتهد ٢: ٤٤٢.

(٣) التنف ٢: ٦٣٩، والمبسوط ٩: ١٥٦، وبدائع الصنائع ٧: ٨٤، والمجموع ٢٠: ١٠٢، وبداية المجتهد ٢: ٤٤٢، والمغني لابن قدامة ١٠: ٢٧٤، والشرح الكبير ١٠: ٢٩٤.

(٤) المائدة: ٣٨.

(٥) المجموع ١٤: ٢٣٢ و ٢٥٨، وفتح العزيز ١١: ٢٥١، وكفاية الأختيار ١: ١٨٢، والوجيز ١: ٢٠٦، والمبسوط ١١: ٧٣، والتنف ٢: ٧٣٣ - ٧٣٤، وعمدة القاري ١٢: ٢٩٨ - ٢٩٩، وبدائع الصنائع ٧: ١٤٦ و ١٦٥ وشرح فتح القدير ٧: ٣٦٨ و ٣٨٥، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٧: ٣٦٨ وحاشية رد المحتار ٦: ١٨٦، وتبيين الحقائق ٥: ٢٢٤، وبداية المجتهد ٢: ٣١١، والمغني لابن قدامة ٥: ٣٧٩، والشرح الكبير ٥: ٣٧٥، وسبل السلام ٣: ٩٠٣، والبحر الزخار ٥: ١٧٦.

(٦) التنف ٢: ٧٣٣، واللباب ٢: ١٣٨، والمبسوط ١١: ٧٣، وعمدة القاري ١٢: ٢٩٨، وبدائع الصنائع ٧: ١٤٦، و ١٦٥، وشرح فتح القدير ٧: ٣٦٨ و ٣٨٥، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٧: ٣٦٨، وتبيين الحقائق ٥: ٢٢٤، وحاشية رد المحتار ٦: ١٨٦، وبداية المجتهد ٢: ٣١١، والمغني لابن قدامة ٥: ٣٨٧، والشرح الكبير ٥: ٣٧٥، والمحلى ٨: ١٤٤، والمجموع ١٤: ٢٣٢ و ٢٥٨، وفتح العزيز ١: ٢٥١، والبحر الزخار ٥: ١٧٦.

دليلنا: قوله تعالى: " فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم " (١).

والمثل مثلان، مثل من حيث الصورة، ومثل من حيث القيمة، فلما لم يكن للعقار مثل من طريق الصورة، وجب أن يكون له مثل من طريق القيمة. مسألة ١٩: إذا غصب ثوبا فصبغه، كان للغاصب قلع الصبغ بشرط أن يضمن ما ينقص من قيمة الثوب. وبه قال الشافعي وأصحابه (٢).

وقال المزني: ليس للغاصب قلع الصبغ، لأنه لا منفعة له فيه، سواء كان الصبغ أسود أو أبيض (٣).

وقال أبو حنيفة: إن كان مصبوغا بغير سواد فرب الثوب بالخيار بين أن يسلمه إلى الغاصب ويأخذ منه قيمته أبيض، وبين أن يأخذ الثوب هو ويعطيه قيمة صبغه.

وإن كان مصبوغا بالأسود فرب الثوب بالخيار بين أن يسلمه إلى الغاصب ويأخذ منه قيمته أبيض، وبين أن يمسكه مصبوغا، ولا شيء عليه للغاصب (٤). قال الطحاوي: فإن نقص الثوب بالصبغ قال أبو حنيفة: لا ضمان على الغاصب. قال الطحاوي: والذي يجيء على قوله أن عليه ما نقص.

(١) البقرة: ١٩٤.

(٢) الأم ٣: ٢٥٤، ومختصر المزني: ١١٨، والمجموع ١٤: ٢٦٤، والوجيز ١: ٢١٢، وفتح العزيز ١١: ٣١٢ و

٣١٦، والسراج الوهاج: ٢٧٣، والشرح الكبير ٥: ٤١٣، وتبيين الحقائق ٥: ٢٣٠.

(٣) مختصر المزني: ١١٨.

(٤) اللباب ٢: ١٤٢، والمبسوط ١١: ٨٤ - ٨٥، وبدائع الصنائع ٧: ١٦٠ - ١٦١، والفتاوى الهندية ٥: ١٢١، وتبيين الحقائق ٥: ٢٢٩ - ٢٣٠، والمجموع ١٤: ٢٦٥.

وقال أبو يوسف: الصبغ بالسواد وغيره سواء (١).
دليلنا: أن الصبغ عين مال الغاصب فله قلعه، ويلزمه قيمة ما نقص من
الثوب، لأنه بحنأيته حصل.

مسألة ٢٠: إذا غصب شيئاً، ثم غيره عن صفته التي هو عليها أو لم يغيره
مثل إن كانت نقرة فضربها دراهم، أو حنطة فطحنها، أو دقيقاً فعجنه وخبزه،
أو شاة فذبحها وقطعها لحماً وشواها أو طبخها، لم يملكه. وبه قال الشافعي (٢).
وقال أبو حنيفة: إذا غير الغصب تغييراً أزال به الاسم والمنفعة المقصودة
بفعله ملكه. فاعتبر ثلاث شرائط: أن يزول الاسم، والمنفعة المقصودة، وأن
يكون ذلك بفعله، فإذا فعل هذا ملك، لكن يكره له التصرف فيه قبل دفع
قيمة الشيء (٣).

وحكى ابن جرير عن أبي حنيفة أنه قال: لو أن لصاً نقب، فدخل دكان
رجل، فوجد فيه بغلاً وطعاماً ورحى، فصمد (٤) البغل، وطحن الطعام ملك
الدقيق، فإن اتبه صاحب الدكان كان للص قتاله ودفعه عن دقيقه، فإن أتى
الدفع عليه، فلا ضمان على اللص (٥).
دليلنا: أنه ثبت أن هذا الشيء قبل التغيير كان ملكه، فمن ادعى أنه زال

- (١) المبسوط ١١: ٨٥، وبدائع الصنائع ٧: ١٦١، والفتاوى الهندية ٥: ١٢١، وتبيين الحقائق ٥: ٢٣٠.
(٢) الأم ٣: ٢٥٧، والمجموع ١٤: ٢٤٣ و ٢٥١، والوجيز ١: ٢١، وفتح العزيز ١١: ٢٩٥ و ٣١١،
والمغني
لابن قدامة ٥: ٤٠٣، وبدائع الصنائع ٧: ١٤٨، الهداية المطبوع في هامش شرح فتح القدير ٧: ٣٧٥،
وتبيين الحقائق ٥: ٢٢٦.
(٣) اللباب ٢: ١٤٠، وبدائع الصنائع ٧: ١٤٨، وشرح فتح القدير ٧: ٣٧٥، والهداية المطبوع في هامش
شرح فتح القدير ٧: ٣٧٥، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٧: ٣٧٥، والفتاوى
الهندية ٥: ١٢١، وتبيين الحقائق ٥: ٢٦٦، والمجموع ٢٤٣ - ٢٤٤ و ٢٥١، وفتح العزيز ١١: ٢٩٥ و
٣١١.

- (٤) الصمد: القصد. أنظر مجمع البحرين ٣: ٨٩ مادة " صمد ".
(٥) أنظر فتاوى قاضيخان ٣: ٢٥٥ و ٢٥٧، والفتاوى الهندية ٥: ١٥١.

ملكه بعد التغيير فعليه الدلالة.
وروى قتادة، عن الحسن، عن سمرة عن النبي عليه السلام قال: " على اليد ما أخذت حتى تؤديه " (١).
وقال النبي صلى الله عليه وآله: " لا يحل مال امرء مسلم إلا بطيب نفس منه " (٢).
وما طابت نفس صاحب الحنطة بطحنها، فوجب أن لا يحل ولا يملكها.
مسألة ٢١: إذا غضب منه عصيرا فاستحال خمرا، ثم صار خلا، رده إلى صاحبه. وبه قال الشافعي (٣).
وقال أبو حنيفة: إذا صار خلا ملكه، وعليه قيمته (٤).
فأما إذا غضب منه خمرا، فاستحال خلا، يرد الخل بلا خلاف.
دليلنا: أن زوال ملكه يحتاج إلى دلالة، وهذا عين ماله التي كان يملكها، وإنما تغيرت صفته.
مسألة ٢٢: إذا غضب ساجة، فبنى عليها أو في مجنبها، أو لوحا فأدخله في سفينة، كان عليه رده. سواء كان فيه قلع ما بناه في ملكه، أو لم يكن فيه قلع ما قد بناه في ملكه. وبه قال الشافعي (٥).

-
- (١) سنن ابن ماجة ٢: ٨٠٢ حديث ٢٤٠٠، وسنن الترمذي ٣: ٥٦٦ حديث ١٢٦٦، وسنن أبي داود ٣: ٢٩٦ حديث ٣٥٦١، ومسند أحمد بن حنبل ٥: ٨ و ١٢ و ١٣، وسنن الترمذي ٢: ٢٦٤ حديث ٣، والمستدرک علی الصحیحین ٢: ٤٧، والسنن الكبرى ٦: ٩٠ و ٩٥.
(٢) سنن الدارقطني ٣: ٢٦ حديث ٩١، ومسند أحمد بن حنبل ٥: ٧٢، والسنن الكبرى ٦: ١٠٠ و ٨: ١٨٢، وتلخيص الحبير ٣: ٤٥.
(٣) المجموع ١٤: ٢٤٩ و ٢٩٨، والوجيز ١: ٢١١، والسراج الوهاج: ٢٧٢، وبدائع الصنائع ٧: ١٤٨، وفتح العزيز ١١: ٣١٠.
(٤) المبسوط ١١: ٩٦، وبدائع الصنائع ٧: ١٦٢، والفتاوى الهندية ٥: ١٢٦.
(٥) مختصر المزني: ١١٨، والوجيز ١: ٢١٣، والسراج الوهاج: ٢٧٣، ومغني المحتاج ٢: ٢٩٣، والمجموع ١٤: ٢٧٠، وفتح العزيز ١١: ٣٢٦، وبداية المجتهد ٢: ٣١٩، والمبسوط ١١: ٩٣، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٢٩، وتبيين الحقائق ٥: ٢٢٨.

وحكى محمد في الأصول: أنه متى كان عليه ضرر في ردها لم يلزمه ردها. وظاهر هذا أنه لا يلزمه ردها متى كان عليه في ردها ضرر، سواء بنى عليها أو في مجنبها (١).

وقال الكرخي: أن مذهب أبي حنيفة: أنه إن لم يكن في ردها قلع ما بناه في حقه - مثل أن بناها على بدن الساجدة - فقد لزمه. وإن كان في ردها قلع ما بناه في حقه - مثل أن كان البناء مع طرفيها ولا يمكنه ردها إلا بقلع هذا - لم يلزمه ردها (٢). والمناظرة على ما حكاه محمد. وتحقيق الكلام معهم: هل ملكها بذلك أم لا؟ فعنده قد ملكها، كما قال: إذا غصب شاة، فذبحها وشواها، أو حنطة فطحنها (٣). وعندنا وعند الشافعي ما ملكها (٤).

دليلنا: ما قلناه في المسألة الأولى سواء، من أن الساجدة في ملكه قبل البناء عليها، فمن ادعى زواله بالبناء فعليه الدلالة. وروى سمرة أن النبي عليه السلام قال: " على اليد ما أخذت حتى تؤديه " (٥).

-
- (١) الفتاوى الهندية ٥ : ١٢٥ .
(٢) اللباب ٢ : ١٤١ ، وبدائع الصنائع ٧ : ١٤٩ ، وشرح فتح القدير ٧ : ٣٨١ ، وتبيين الحقائق ٥ : ٢٢٨ ، وحاشية رد المحتار ٦ : ١٩٢ ، والمبسوط ١١ : ٩٤ ، والمجموع ١٤ : ٢٧٠ ، وفتح العزيز ١١ : ٣٢٦ ، والفتاوى الهندية ٥ : ١٢٤ - ١٢٥ .
(٣) المبسوط ١١ : ٩٤ ، وبدائع الصنائع ٧ : ١٤٨ ، وشرح فتح القدير ٧ : ٣٧٩ ، واللباب ٢ : ١٤٠ ، وحاشية رد المحتار ٦ : ١٩٢ ، والهداية المطبوع في هامش شرح فتح القدير ٧ : ٣٧٩ ، وفتح العزيز ١١ : ٣١١ و ٣٢٦ .
(٤) الوجيز ١ : ٢١١ ، وفتح العزيز ١١ : ٣١١ ، وبدائع الصنائع ٧ : ١٤٨ .
(٥) سنن ابن ماجة ٢ : ٨٠٢ حديث ٢٤٠٠ ، وسنن الترمذي ٣ : ٥٦٦ حديث ١٢٦٦ ، وسنن أبي داود ٣ : ٢٩٦ حديث ٣٥٦١ ، ومسند أحمد بن حنبل ٥ : ٨ و ١٢ و ١٣ ، وسنن الدارمي ٢ : ٢٦٤ حديث ٣ ، والمستدرک على الصحيحين ٢ : ٤٧ ، وسنن الكبرى ٦ : ٩٠ و ٩٥ .

وهذه يد قد أخذت ساجدة، فعليها أن تؤديها.
وأيضاً قوله صلى الله عليه وآله: " لا يحل مال امرء مسلم إلا بطيب نفس منه " (١) يدل عليه، لأنه ما طابت نفسه بالبناء على ساجته.
وروي عنه صلى الله عليه وآله أنه قال: " لا يأخذن أحدكم متاع أخيه جادا ولا لاعبا، من أخذ عصا أحد فليردها " (٢).
وعنه صلى الله عليه وآله أنه قال: " ليس لعرق ظالم حق " (٣) ولم يرد حقيقة العرق، وإنما أراد به كل شيء وضع عليه ظلما، وهذا داخل فيه مسألة ٢٣: إذا غصب طعاما، فأطعم مالكة فأكله مع الجهل بأنه ملكه، فإنه لا تبرأ ذمة الغاصب بذلك. وهو المنصوص للشافعي (٤).
قال الربيع: وفيها قول آخر: أن ذمته تبرأ. وبه قال أهل العراق (٥).
دليلنا: أنه ثبت اشتغال ذمته بالغصب، فمن ادعى براءتها بعد ذلك فعليه الدلالة، وليس ها هنا دليل على أنه إذا أطعمه برئت ذمته.

-
- (١) سنن الدارقطني ٣: ٢٦، وتلخيص الحبير ٣: ٤٥، ومسند أحمد بن حنبل ٥: ٧٢، والسنن الكبرى ٦: ١٠٠ و ٨: ١٨٢.
(٢) سنن الترمذي ٤: ٤٦٢ حديث ٢١٦٠، ومسند أحمد بن حنبل ٤: ٢٢١، والسنن الكبرى ٦: ١٠٠.
(٣) الموطأ ٢: ٧٤٣ حديث ٢٦، والسنن الكبرى ٦: ٩٩، والدراية في تخريج أحاديث الهداية ٢: ٢٠١ حديث ٨٨٧.
(٤) الأم ٣: ٢٥٥، والمجموع ١٤: ٢٥٦، ومغني المحتاج ٢: ٢٨٠، وفتح العزيز ١١: ٢٥٥، وبدائع الصنائع
٧: ١٥٠، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٣٦ - ٤٣٧، والشرح الكبير ٥: ٤٢٤ - ٤٢٥، وتبيين الحقائق ٥: ٢٢٢.
(٥) الأم ٣: ٢٥٥، والسراج الوهاج: ٢٦٨، والمجموع ١٤: ٢٥٦، وفتح العزيز ٢٥٤ - ٢٥٥، وبدائع الصنائع ٧: ١٥٠، وتبيين الحقائق ٥: ٢٢٢.

مسألة ٢٤: إذا حل دابة، أو فتح قفصا وفيه طائر، ووقفنا ثم ذهبنا، كان عليه الضمان. وبه قال مالك (١).
وقال أبو حنيفة، وظاهر قول الشافعي - نص عليه في اللفظ وهو قوله - في القديم: أنه لا ضمان عليه قولاً واحداً (٢).
دليلنا: هذا كالسبب في ذهابهما، لأنه لو لم يحل، أو لم يفتح القفص لما أمكنهما الذهاب، فوجب عليه ضمانهما.
مسألة ٢٥: إذا حل الدابة، أو فتح القفص، فذهبنا عقيب الفتح، والحل من غير وقوف، كان عليه الضمان. وبه قال مالك (٣)، وهو أحد قولي الشافعي (٤).
وقال في القديم وهو الأصح عندهم: أنه لا ضمان عليه (٥). وبه قال أبو حنيفة (٦).

-
- (١) بداية المجتهد ٢: ٣١١، وأسهل المدارك ٣: ٦٧، وجواهر الإكليل ٢: ١٤٨، والمجموع ١٤: ٢٨٨، وفتح العزيز ١١: ٢٤٥ - ٢٤٦، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٤٩، والشرح الكبير ٥: ٤٤٤.
- (٢) بدائع الصنائع ٧: ١٦٦، ومختصر المزني: ١١٨، والمجموع ١٤: ٢٨٨، والوجيز ١: ٢٠٦، والسراج الوهاج: ٢٦٧، وكفاية الأخيار ١: ١٨٣، وفتح العزيز ١١: ٢٤٣ و ٢٤٥ - ٢٤٦، ومغني المحتاج ٢: ٢٧٨، وبداية المجتهد ٢: ٣١١، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٤٩، والشرح الكبير ٥: ٤٤٤.
- (٣) أسهل المدارك ٣: ٦٧، وجواهر الإكليل ٢: ١٤٨، وبداية المجتهد ٢: ٣١١، والمجموع ١٤: ٢٨٨، وفتح العزيز ١١: ٢٤٦.
- (٤) المجموع ١٤: ٢٨٨، وكفاية الأخيار ١: ١٨٣، والوجيز ١: ٢٠٦، ومغني المحتاج ٢: ٢٧٨، والسراج الوهاج: ٢٦٧، وفتح العزيز ١١: ٢٤٥، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٤٩، والشرح الكبير ٥: ٤٤٤، وبداية المجتهد ٢: ٣١١.
- (٥) المجموع ١٤: ٢٨٨، وكفاية الأخيار ١: ١٨٣، ومغني المحتاج ٢: ٢٧٨، والسراج الوهاج: ٢٦٧، وبداية المجتهد ٢: ٣١١، وفتح العزيز ١١: ٢٤٥، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٤٩، والشرح الكبير ٥: ٤٤٤.
- (٦) فتاوى قاضيخان ٣: ٢٤٦، وبدائع الصنائع ٧: ١٦٦، وبداية المجتهد ٢: ٣١١، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٤٩، والشرح الكبير ٥: ٤٤٤.

دليلنا: ما قلناه في المسألة الأولى سواء.
مسألة ٢٦: إذا غصب دابة أو عبداً أو فرساً، فأبق العبد أو شرد الفرس أو ند البعير، كان عليه القيمة، فإذا أخذها صاحبها ملك القيمة بلا خلاف، ولا يملك هو المقوم، فإن رد انفسخ ملك المالك عن القيمة، وعليه ردها إلى الغاصب، ويسلم العين منه. وبه قال الشافعي (١).
وقال أبو حنيفة: إذا ملك صاحب العين قيمتها ملكها الغاصب بها، وكانت القيمة عوضاً عنها، فإن عادت العين إلى يد الغاصب نظرت، فإن كان المالك أخذ القيمة بتراضيهما، أو بينة تثبت عند الحاكم، وحكم الحاكم بها، لم يكن للمالك سبيل إلى العين.
وإن كان المالك قد أخذ القيمة بقول الغاصب مع يمينه، لأنه هو الغارم نظرت، فإن كانت القيمة قيمة مثلها أو أكثر فلا سبيل للمالك عليها، وإن كان أقل من قيمتها فللمالك رد القيمة واسترجاع العين، لأن الغاصب ظلم المالك في قدر ما أخبره به من القيمة.
فالخلاف في فصلين:
أحدهما: أن الغاصب يدفع القيمة ملك أم لا؟ عندنا ما مالك، وعندهم قد ملك.
والثاني: إذا ظهرت العين، صاحبها أحق بها، ترد عليه، وعند أبي حنيفة لا ترد (٢).
دليلنا: أنه قد ثبت أن العين كان ملكها لمالكها، فمن ادعى زواله إلى ملك

(١) المجموع ١٤: ٢٣٨ - ٢٣٩، وفتح العزيز ١١: ٢٧٥ - ٢٧٦، وبدائع الصنائع ٧: ١٥٢، والشرح الكبير

٥: ٤٣٦، والبحر الزخار ٥: ١٨٧.

(٢) بدائع الصنائع ٧: ١٥٢، والفتاوى الهندية ٥: ١٤٥ - ١٤٦، والمجموع ١٤: ٢٣٩، والشرح الكبير

٥: ٤٣٦، والبحر الزخار ٥: ١٨٧.

غيره فعليه الدلالة.
وأیضا أخذ القيمة لا یخلو من أحد أمرین: إما أن یكون ذلك عوضا عن العین، أو لأجل الحیلولة كما قلناه.
فبطل أن یقال عوضا یملكها به الغاصب، من وجوه ثلاثة:
أحدها: لو كانت عوضا یملك به، لكان بیعا یتعلق به خيار الشرط والشفعة.

والثانی: لو كان بیعا لم یصح أن ینجز للمالك تلك القيمة بدلا عن العین الفائتة بالإتلاف، لأن البیع عندنا باطل، وعندهم یقف، حتی إذا عاد العبد تسلمه المشتري، وإن لم یعد یرد البائع الثمن، فلما ثبت أن ملكا یتعجل للمالك ها هنا والعبد أبق بطل أن یكون بیعا، أو عوضا.

والثالث: لو كان بیعا، لوجب أن یكون للغاصب الرجوع بالقيمة متى تعذر علیه الوصول إلى العبد، فلما ثبت أن الغاصب لا یرجع بالقيمة على المالك وإن تعذر علیه أن یصل إلى العبد الأبق بطل أن یكون هذا عوضا عنه، وثبت أن الأخذ لأجل الحیلولة.

مسألة ٢٧: إذا باع عبدا، وقبضه المشتري أو لم یقبضه، فادعی مدع أن العبد له، وصدقه البائع، وكذبه المشتري، فإنه لا یقبل إقرار البائع على المشتري، لأنه إقرار على الغير، وللمدعی أن یرجع على البائع بقيمة العبد. وللشافعي فیہ قولان:
أحدهما مثل ما قلناه (١).
والآخر: أنه لا ضمان علیه (٢).

(١) مختصر المزني: ١١٩، وفتح العزيز ١١: ٢٨٩.

(٢) فتح العزيز ١١: ٢٨٩.

ومنهم من قال: يلزمه القيمة، قولاً واحداً (١) كما قلناه.
دليلنا: أنه إذا صدقه البائع، فقد أقر بأنه باع مالا يملك، وأتلف ملك الغير ببيعه إياه، فيلزمه قيمته.

مسألة ٢٨: إذا كان في يد مسلم خمر أو خنزير، فاتلفه متلف، فلا ضمان عليه بلا خلاف، مسلماً كان المتلف أو مشركاً.

وإن كان ذلك في يد ذمي، فاتلفه متلف مسلماً كان أو ذمياً، فعليه ضمانه، وهو قيمته عند مستحليه. وبه قال أبو حنيفة (٢).

وقال الشافعي: لا ضمان عليه (٣).

دليلنا إجماع الفرقة، وأخبارهم (٤).

وقال أبو حنيفة: ثم ينظر: فإن كان المتلف مسلماً، فعليه قيمة ذلك خمرًا كان أو خنزيرًا، ولا يضمن المسلم الخمر بالمثل. وإن كان المتلف ذمياً، فعليه قيمة الخنزير ومثل الخمر (٥).

(١) فتح العزيز ١١: ٢٨٩ - ٢٩٠.

(٢) المبسوط ١١: ١٠٢، وبدائع الصنائع ٧: ١٤٧ و ١٦٧، واللباب ٢: ١٤٤ - ١٤٥، وشرح فتح القدير ٧: ٣٩٧، والهداية المطبوع في هامش شرح فتح القدير ٧: ٣٩٧، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٧: ٣٩٧، وتبيين الحقائق ٥: ٢٣٤، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٤٣، ومغني المحتاج ٢: ٢٨٥، والمجموع ١٤: ٢٨٢، وفتح العزيز: ١١: ٢٥٨، والمحلى ٨: ١٤٧.

(٣) مختصر المزني: ١١٩، والمجموع ١٤: ٢٨٢، والسراج الوهاج: ٢٦٩، ومغني المحتاج ٢: ٢٨٥، والمبسوط

١١: ١٠٢، وبدائع الصنائع ٧: ١٦٧، وشرح فتح القدير ٧: ٣٩٧، والهداية المطبوع في هامش شرح فتح القدير ٧: ٣٩٧، وتبيين الحقائق ٥: ٢٣٤ - ٢٣٥ وفتح العزيز ١١: ٢٥٩، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٤٣.

(٤) الكافي ٧: ٣٦٨ حديث ٤، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٦٣ حديث ٧١٧، والتهذيب ١٠: ٢٢٤ حديث

٨٨٠ و ١٠: ٣٠٩ حديث ١١٥٣.

(٥) اللباب ٢: ١٤٤، والمبسوط ١١: ١٠٢ و ١٠٤، والهداية المطبوع في هامش شرح فتح القدير ٧: ٣٩٧

وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٧: ٣٩٧، وتبيين الحقائق ٥: ٢٣٤ - ٢٣٥، وفتح العزيز ١١: ٢٥٨.

قال الطحاوي: وإن أسلم المتلف وكان ذميا قبل أن يأخذ منه مثل الخمر سقط عن ذمته، وإن أسلم قبل أن يأخذ منه قيمة الخنزير لم يسقط عن ذمته بإسلامه (١).

وعندنا يضمن الخمر والخنزير بقيمتيهما عند مستحليهما بدليل أخبارنا وإجماع الفرقة على ذلك.

مسألة ٢٩: إذا غصب ماله مثل - كالحبوب والأدهان - فعليه مثل ما تلف في يديه، يشترطه بأي ثمن كان بلا خلاف. وإن كان مما لا مثل له - كالثياب والحيوان - فعليه أكثر ما كانت قيمته من حين الغصب إلى حين التلف. وبه قال الشافعي (٢). وقال أبو حنيفة: عليه قيمة يوم الغصب، ولا اعتبار بما زاد بعد هذا أو نقص (٣).

دليلنا: أن كل زمان يأتي عليه وهو في يده، فإنه مأمور برده على مالكة، وكل حال كان مأمورا يرد الغصب فيها، لزمته قيمته في تلك الحال، مثل حال الغصب.

مسألة ٣٠: إذا غصب ما لا يبقى، كالقواكه الرطبة - مثل التفاح، والكمثرى، والموز، والرطب ونحوها - فتلف في يده، وتأخرت المطالبة بقيمته، فعليه أكثر ما كانت قيمته من حين الغصب إلى حين التلف، ولا يراعى ما وراء ذلك. وبه قال الشافعي (٤).

(١) المبسوط ١١: ١٠٤، واللباب ٢: ١٤٥، وتبيين الحقائق ٥: ٢٣٥.
(٢) المجموع ١٤: ٢٣٤ و ٢٥٤ و ٢٩٥، وفتح العزيز ١١: ٢٨٣، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٢٢.
(٣) المبسوط ١١: ٥٠، وبدائع الصنائع ٧: ١٦٥، وتبيين الحقائق ٥: ٢٢٣، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٢٢، والمجموع ١٤: ٢٩٥، وفتح العزيز ١١: ٢٨٤.
(٤) الأم ٣: ٢٥٣، وفتح العزيز ١١: ٣٤٢.

وقال أبو يوسف: عليه قيمته يوم الغصب، فجرى على ذلك القياس في غير الأشياء الرطبة (١).

وقال أبو حنيفة: عليه قيمته يوم المحاكمة (٢).

وقال محمد: عليه قيمته في الوقت الذي انقطع عن أيدي الناس (٣).

دليلنا: ما قلناه في المسألة الأولى سواء، فأما بعد التلف قبل المحاكمة فليس بمأمور برده بعينه، وإنما هو مأمور برد قيمته، فلا اعتبار إلا برد قيمته حين توجه الأمر إليه بالرد دون حال المحاكمة.

مسألة ٣١: إن غصب ما يجري فيه الربا - مثل الأثمان، والمكيل، والموزون - فجنى عليه جناية استقر أرشها، مثل إن كان الغصب دنائير وسبكها أو طعاما قبله، فاستقر نقصه، فعليه رده بعينه، وعليه ما نقص. وبه قال الشافعي (٤).

وقال أبو حنيفة: المالك بالخيار بين أن يسلم العين المجني عليه إلى الغاصب، ويطالبه بالبدل، وبين أن يمسكها ولا شيء عليه له، فإن أراد الإمساك والمطالبة بأرش النقصان لم يكن له (٥).

دليلنا: أن الخيار الذي أثبتته أبو حنيفة يحتاج إلى دليل، وليس في الشرع

(١) اللباب ٢: ١٣٧، وبدائع الصنائع ٧: ١٥١، وشرح فتح القدير ٧: ٣٦٤، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٧: ٣٦٤، والنتف ٢: ٧٣٧، والشرح الكبير ٥: ٤٢٨.

(٢) اللباب ٢: ١٣٧، وبدائع الصنائع ٧: ١٥١، والنتف ٢: ٧٣٧، وشرح فتح القدير ٧: ٣٦٣، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٧: ٣٦٤، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٢١، والشرح الكبير ٥: ٢٢٨.

(٣) بدائع الصنائع ٧: ١٥١، واللباب ٢: ١٣٧، وشرح فتح القدير ٧: ٣٦٤، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٧: ٣٦٤.

(٤) المجموع ١٤: ٢٥٦.

(٥) اللباب ٢: ١٣٩، وبدائع الصنائع ٧: ١٦٦، والمجموع ١٤: ٢٥٦.

ما يدل عليه، والأصل بقاء عين ملكه وحصول الجناية عليها.
مسألة ٣٢: إذا غصب جارية، فأنت بولد مملوك، ونقصت قيمتها بالولادة،
فعليه ردها وأرش نقصها، فإن كان الولد قائما رده، وإن كان تالفا رد قيمته.
وبه قال الشافعي (١).

وقال أبو حنيفة: إن كان الولد تالفا عليه أرش النقص، وإن كان الولد
باقيا جبرت الأرش بقيمة الولد، فإن كان الأرش مائة وقيمة الولد مائة فلا
شئ عليه، وإن كان قيمة الولد أقل - مثل إن كانت قيمة الولد خمسين وأرش
النقص مائة - يرد الولد ويضمن خمسين درهما باقي الأرش (٢).

دليلنا: أن هذا النقص حصل في يد الغاصب، فوجب عليه ضمانه كما لو
مات الولد، ولأنه إذا ضمن ما قلناه برئت ذمته بلا خلاف، فالأحوط ضمانه.
مسألة ٣٣: إذا غصب مملوكا أمرد فنبتت لحيته، فنقص ثمنه، أو جارية
ناهدا، فسقطت ثديها، أو رجلا شابا فايضت لحيته، فعليه ما نقص في هذه
المسائل كلها. وبه قال الشافعي (٣).

وقال أبو حنيفة: في الناهد والشاب (٤) مثل ما قلناه.
وقال في الصبي: إذا نبتت لحيته فلا ضمان عليه (٥).

(١) الأم ٣: ٢٤٧، ومختصر المزني: ١١٧، والمجموع ١٤: ٢٥٠، وفتح العزيز ١١: ٣٥٥، والمغني لابن
قدامة

٥: ٤٤٩، وتبيين الحقائق ٥: ٢٣٢، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٧: ٣٩٠.

(٢) اللباب ٢: ١٤٤، بدائع الصنائع ٧: ١٥٨، والمبسوط ١١: ٥٨، ٦٠، والهداية المطبوع بهامش شرح
فتح القدير ٧: ٣٩٠، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٧: ٣٩٠، والفتاوى الهندية
٥: ١٤٥، وتبيين الحقائق ٥: ٢٣٢ - ٢٣٣، وفتح العزيز ١١: ٣٥٥.

(٣) الأم ٣: ٢٤٨، وفتح العزيز ١١: ٣٥٧، والمغني لابن قدامة ٥: ٣٩١، والشرح الكبير ٥: ٣٩٩.

(٤) المبسوط ١١: ٩٠، وبدائع الصنائع ٧: ١٥٥ - ١٥٦، والفتاوى الهندية ٥: ١٢٣، والمغني لابن قدامة
٥: ٣٩١، والشرح الكبير ٥: ٣٩٩، وفتح العزيز ١١: ٣٥٧.

(٥) بدائع الصنائع ٧: ١٥٦، والمبسوط ١١: ٩٠، والفتاوى الهندية ٥: ١٢٣، والمغني لابن قدامة ٥:
٣٩١

والشرح الكبير ٥: ٣٩٩، وفتح العزيز ١١: ٣٥٧.

دليلنا: أن هذا نقصان حصل في يد الغاصب، فوجب عليه الضمان، ولأن بالتزام ذلك تبرأ ذمته بيقين، فالأحوط التزامه.

مسألة ٣٤: إذا غصب عبدا، ومات العبد، واختلفا، فقال الغاصب: رددته حيا ومات في يدك أيها المالك. وقال المالك: بل مات في يدك أيها الغاصب. وأقام كل واحد منهما البينة بما ادعاه سقطتا، وعدنا إلى الأصل وهو بقاء العبد عند الغاصب حتى يعلم أنه رده. وبه قال الشافعي (١).

وقال أبو يوسف: تقدم بينة المالك، ويأخذ البدل، لأن الأصل الغصب (٢).

وقال محمد: تقدم بينة الغاصب، لأن الأصل براءة ذمته (٣).

دليلنا: أن كل واحد منهما مدع موت العبد عند صاحبه، وتكافئا، ولا ترجيح، فسقطتا وبقي الأصل، وهو بقاء العبد عند الغاصب حتى يعلم أنه رده.

وإن عملنا في هذه المسألة على القرعة كان أيضا جائزا.

مسألة ٣٥: إذا غصب ماله مثل - مثل الأدهان، والحبوب، والأثمان، ونحوها - فجنى عليه جناية واستقر أرشها، فعليه رد العين ناقصة وعليه أرش النقصان لا غير. وبه قال الشافعي (٤).

(١) المجموع ١٤: ١٥٨.

(٢) تبين الحقائق ٥: ٢٢٤، وحاشية رد المحتار ٦: ١٨٥، وبدائع الصنائع ٧: ١٦٤، وفتاوى قاضيخان في هامش الفتاوى الهندية ٣: ٢٥٥.

(٣) المبسوط ١١: ٨١، وتبين الحقائق ٦: ١٨٥، وحاشية رد المحتار ٦: ١٨٥، والفتاوى الهندية ٥: ١٣٩.

وفتاوى قاضيخان في هامش الفتاوى الهندية ٣: ٢٥٥.

(٤) الأم ٣: ٢٥٣ - ٢٥٤.

وقال أبو حنيفة: نظر فيه، فإن كان الأرش في يد مالكه - مثل إن كان في يده زيت فصب غيره الماء فيه، أو كان في يده دينار فكسره غيره وهو في يده - فرب المال بالخيار بين أن يمسك ماله ناقصا ولا شيء له، وبين أن يسلمه إلى الجاني ويأخذ منه كمال قيمته (١).

قال: فإن غصب الزيت أولا وصب فيه الماء فنقص، فالمالك بالخيار بين أن يأخذ عين ماله ولا شيء له لأجل النقص، وبين أن يترك ماله على الغاصب ويأخذ منه مثل زيتته، ففرق بين أن يغصب أولا فيصب فيه الماء عنده، وبين أن يصب فيه الماء وهو في يد مالكه، فأوجب المثل إذا غصب، والقيمة إذا لم يغصب (٢).

دلينا على أنه ليس عليه غير الأرش قد مضى. ودلينا على أنه لا يضمن بالقيمة: هو أن العين إذا كان لها مثل فلا معنى لإيجاب القيمة مع القدرة على مثلها.

مسألة ٣٦: إذا غصب عبدا قيمته ألف، فزاد في يده فبلغ ألفين، فقتله قاتل في يد الغاصب، فللسيد أن يرجع بالألفين على من شاء منهما، فإن رجع على القاتل بهما لم يرجع القاتل على الغاصب، لأن الضمان استقر عليه، وإن رجع على الغاصب رجع الغاصب على القاتل، لأن الضمان استقر عليه، وبه قال الشافعي (٣).

وقال أبو حنيفة: إن رجع على القاتل فالحكم على ما قلناه، وإن ضمن الغاصب فليس له أن يضمنه أكثر من ألف، وهو قيمة العبد حين الغصب، ثم

(١) بدائع الصنائع ٧: ١٦٦.

(٢) بدائع الصنائع ٧: ١٦٦.

(٣) المغني لابن قدامة ٥: ٣٩٧.

يأخذ الغاصب من القاتل ألفين، ألف منهما لنفسه بدل ما أخذ السيد منه، والألف الآخر يتصدق بها (١).
دليلنا على أن له مطالبة الغاصب: أنه قتل العبد في يديه، وقيمته ألفان، وهو مأمور برده على مالكة، فإذا هلك في يده استقر ضمانه عليه.
مسألة ٣٧: إذا غصب ألف درهم من رجل، وألفا من آخر، فخلط الألفين، فالألفان شركة بين المالكين بردهما عليهما. وبه قال الشافعي (٢).
وقال أبو حنيفة: يملك الغاصب الألفين معا، ويضمن لكل واحد منهما بدل ألفه، بناه على أصله في تغيير الغصب في يد الغاصب (٣).
دليلنا: ما تقدم من أن انتقال ذلك إلى ملكه وزواله عن ملك مالكة يحتاج إلى دلالة.
مسألة ٣٨: إذا غصب حبا فزرعه، أو بيضة فاحتضنتها الدجاجة، فالزرع والفروخ للغاصب. وبه قال أبو حنيفة (٤).
وقال الشافعي: هما معا للمغصوب منه (٥).
وقال المزني: الفروخ للمغصوب منه، والزرع للغاصب (٦).
دليلنا: أن عين الغصب قد تلفت، وإذا تلفت فلا يلزم غير القيمة، ومن

-
- (١) المبسوط ١١: ٧٢، وبدائع الصنائع ٧: ١٦٥، والفتاوى الهندية ٥: ١٢٧ - ١٢٨، والمغني لابن قدامة ٥: ٣٩٧.
(٢) مغني المحتاج ٢: ٢٩٣، وفتح العزيز ١١: ٣٢٢ - ٣٢٣.
(٣) بدائع الصنائع ٧: ١٦٥، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٠٦، والفتاوى الهندية ٥: ١٣٢ - ١٣٣.
(٤) المبسوط ١١: ٩٤ - ٩٥، وفتاوى قاضيخان المطبوع في هامش شرح فتح القدير ٣: ٢٣٤، وبدائع الصنائع ٧: ١٤٨، والفتاوى الهندية ٥: ١٤٠، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٠٥، وفتح العزيز ١١: ٣١٠.
(٥) المجموع ١٤: ٢٤٨، والمبسوط ١١: ٩٥، وبدائع الصنائع ١٤: ٢٤٨، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٠٥، والشرح الكبير ٥: ٣٩٨ - ٣٩٩، وفتح العزيز ١١: ٣١٠.
(٦) فتح العزيز ١١: ٣١٠.

يقول: أن الفروخ هو عين البيض. وإن الزرع هو عين الحب مكابر، بل المعلوم خلافه. مسألة ٣٩: إذا غصب عبدا، فمات في يده، فعليه قيمته، سواء كان قنا أو مدبرا أو أم ولد، وسواء مات بسبب، أو مات حتف أنفه. وبه قال الشافعي (١). وقال أبو حنيفة في غير أم الولد بقولنا (٢). وأما أم الولد فإن ماتت بسبب - مثل أن لدغتها عقرب، أو سقط عليها حائط - كقولنا، وإن ماتت حتف أنفها فلا ضمان عليه (٣). دليلنا: أنه مضمون بالقيمة، فإذا تلف في يد الغاصب فعليه ضمانه، كالعبد القن. هذا دليل الشافعي. ودليلنا: طريقة الاحتياط، لأنه إذا ضمنها برئت ذمته بيقين، وإن لم يضمنها فليس على براءة ذمته دليل. مسألة ٤٠: إذا غصب حرا صغيرا، فتلف في يده، فلا ضمان عليه. وبه قال الشافعي (٤). وقال أبو حنيفة إن مات حتف أنفه كقولنا (٥)، وإن مات بسبب - مثل أن لدغته عقرب أو حية أو أكله سبع أو سقط عليه حائط - فعليه الضمان (٦). دليلنا: أن الأصل براءة الذمة، فمن شغلها فعليه الدلالة. وإن قلنا بقول أبي حنيفة كان قويا، ودليله طريقة الاحتياط على ما بيناه.

- (١) الأم ٣: ٢٤٨ - ٢٤٩.
- (٢) النتف ٢: ٧٣٣، وبدائع الصنائع ٦: ١٤٦ و ١٦٧، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٧: ٤٠٥، والفتاوى الهندية ٥: ١٤٩.
- (٣) بدائع الصنائع ٦: ١٤٦، و ١٦٧، والفتاوى الهندية ٥: ١٤٩، والهداية المطبوع في هامش شرح فتح القدير ٧: ٤٠٥.
- (٤) المجموع ١٤: ٢٧٤، والوجيز ١: ٢٠٦، وفتح العزيز ١١: ٢٤٧ - ٢٤٨، والشرح الكبير ٥: ٣٧٩.
- (٥) بدائع الصنائع ٧: ١٤٦ و ١٦٦، والفتاوى الهندية ٥: ١٤٨ - ١٤٩، وفتح العزيز ١١: ٢٤٨.
- (٦) بدائع الصنائع ٧: ١٤٦، والنتف ٢: ٧٣٣، والفتاوى الهندية ٥: ١٤٨ - ١٤٩.

كتاب الشفعة

(٤٢٣)

مسألة ١: لا شفعة في السفينة، وكل ما يمكن تحويله من الثياب، والحبوب، والسفن، والحيوان وغير ذلك عند أكثر أصحابنا، وعلى الظاهر من رواياتهم (١).
وبه قال الشافعي، وأبو حنيفة (٢).
وقال مالك: إذا باع سهما من سفينة، كان لشريكه فيها الشفعة. فأجراها مجرى الدار (٣).
وحكي عنه: أن الشفعة في كل شئ من الأموال والثياب والطعام والحبوب والحيوان (٤).
وفي أصحابنا من قال بذلك (٥)، وهو اختيار المرتضى رضي الله عنه (٦).

-
- (١) أنظر سنن أبي داود ٣: ٢٨٥ باب الشفعة، والسنن الكبرى ٦: ١٠٩ باب لا شفعة فيما ينقل ويحول.
(٢) المجموع ١٤: ٢٩٩، وكفاية الأختيار ١: ١٨٤، والوجيز ١: ٢١٥، وفتح العزيز ١١: ٣٦٤، والسراج الوهاج: ٢٧٤، ومغني المحتاج ٢: ٢٩٦، واللباب ٢: ٥٧، وشرح فتح القدير ٧: ٤٣٥، وبدائع الصنائع ٥: ١٢، والفتاوى الهندية ٥: ١٦٠، وتبيين الحقائق ٥: ٢٥٢، والمبسوط ١٤: ٩٢، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٦٤، والشرح الكبير ٥: ٤٧٢.
(٣) بداية المجتهد ٢: ٢٥٤، وبدائع الصنائع ٥: ١٢، وشرح فتح القدير ٧: ٤٠٥، وتبيين الحقائق ٥: ٢٥٢، وفتح العزيز ١١: ٣٦٤.
(٤) بداية المجتهد ٢: ٢٥٤، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٦٤، والشرح الكبير ٥: ٤٧٢، والمجموع ١٤: ٣٠٨، وفتح العزيز ١١: ٣٦٤، ونيل الأوطار ٦: ٨١.
(٥) وبه قال ابن الجنيد وأبو الصلاح - في الكافي: ٣٦٢ - وابن البراج - المهذب ١: ٤٥٨ - كما حكاها عنهم العلامة في المختلف: ١٢٤ كتاب الشفعة.
(٦) الإلتصار: ٢١٥.

دليلنا: الأخبار المعتمدة التي ذكرناها في تهذيب الأحكام (١).
وأيضاً روى جابر قال: " إنما جعل رسول الله صلى الله عليه وآله الشفعة
في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة " (٢).
ولفظه " إنما " موضوعة لاشتمال ما تناوله اللفظ ونفي ما عداه، فكان الظاهر
أنه لا شفعة إلا فيما يقع فيه الحدود، وتصرف له الطرق، فمن أوجبها في غير هذا
فقد خالف في ذلك.

وروى جابر أن النبي صلى الله عليه وآله قال: " لا شفعة إلا في ربع أو
حائط " (٣).

ولأن إيجاب الشفعة حكم شرعي، وما ذكرناه مجمع عليه، وليس على
ما قالوه دليل.

مسألة ٢: إذا باع زرعاً أو ثمرة مع الأصل بالشرط، كانت الشفعة ثابتة في
الأصل دون الزرع والثمرة. وبه قال الشافعي (٤).

(١) من لا يحضره الفقيه ٣: ٤٦ حديث ١٥٩، والتهذيب ٧: ١٦٦ حديث ٧٣٨، والاستبصار ٣: ١١٨
حديث ٤٢٠.

(٢) سنن أبي داود ٣: ٢٨٥ حديث ٣٥١٤، وسنن الدارقطني ٤: ٢٣٢ حديث ٩٩، والمصنف لعبد الرزاق
٨: ٧٩ حديث ١٤٣٩١، وسنن ابن ماجه ٢: ٣٥ حديث ٢٤٩٩، وصحيح البخاري ٣: ١١٤،
والإحسان بترتيب صحيح ابن حبان ٧: ٣١٠ حديث ٥١٦١، والسنن الكبرى ٦: ١٠٢، ومسند
أحمد بن حنبل ٣: ٢٩٦، وتلخيص الحبير ٣: ٥٥ حديث ١٢٧٤ و ١٢٧٥ والدرية في تخريج أحاديث
الهداية ٢: ٢٠٣ حديث ٨٩٥ وفي البعض منها اختلاف يسير في لفظ الحديث.

(٣) صحيح مسلم ٣: ١٢٢٩ حديث ١٣٤ و ١٣٥، وسنن الدارقطني ٤: ٢٢٤ حديث ٧٦، والسنن
الكبرى ٦: ١٠٤، وفي الدرية في تخريج أحاديث الهداية ٢: ٢٠٢ حديث ٨٨٨ باختلاف يسير في
اللفظ.

(٤) المجموع ١٤: ٣٠٨، وكفاية الأخيار: ١٨٤، والسراج الوهاج: ٢٧٤ ومغني المحتاج ٢: ٢٩٧، وفتح
العزیز ١١: ٣٦٧ و ٣٧٠، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٦٤، والشرح الكبير ٥: ٤٧١.

وقال أبو حنيفة: تجب في الزرع والثمار مع الأصل (١).
دليلنا: أن ما قلناه مجمع عليه وليس على ما قالوه دليل.
وأيضاً روى جابر قال: "إنما جعل رسول الله صلى الله عليه وآله الشفعة في كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة" (٢).
فالظاهر أنها تجب فيما يقع فيه الحدود وتصرف له الطرق، فمن أوجبها في غيرها فقد ترك الخبر المذكور.

مسألة ٣: لا تثبت الشفعة بالجوار، وإنما تثبت للشريك المخالط. وبه قال في الصحابة عمر، وعثمان، وفي التابعين عمر بن عبد العزيز، وسعيد بن المسيب، وسليمان بن يسار، ويحيى بن سعيد الأنصاري، وفي الفقهاء ربيعة، ومالك، والشافعي، وأهل الحجاز، والأوزاعي، وأهل الشام، وأحمد، وإسحاق، وأبو ثور (٣).

وتثبت عندنا زائداً على الخلطة بالاشتراك في الطريق. وبه قال سوار بن

(١) اللباب ٢: ٦٧، وبدائع الصنائع ٥: ٢٨، والهداية المطبوع في هامش شرح فتح القدير ٧: ٤٣٤، والفتاوى الهندية ٥: ١٨٠، والمجموع ١٤: ٣٠٨، وفتح العزيز ١١: ٣٦٧ و ٣٧٠، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٦٤، والشرح الكبير ٥: ٤٧١.

(٢) سنن أبي داود ٣: ٢٨٥ حديث ٣٥١٤، وسنن الدارقطني ٤: ٢٣٢ حديث ٩٩، والمصنف لعبد الرزاق ٨: ٧٩ حديث ١٤٣٩١، وسنن ابن ماجه ٢: ٣٥ حديث ٢٤٩٩، وصحيح البخاري ٣: ١١٤، والإحسان بترتيب صحيح ابن حبان ٧: ٣١٠ حديث ٥١٦١، والسنن الكبرى ٦: ١٠٢، ومسند أحمد بن حنبل ٣: ٢٩٦، وتلخيص الحبير ٣: ٥٥ حديث ١٢٧٤ و ١٢٧٥، والدرية في تخريج أحاديث الهداية ٢: ٢٠٣ حديث ٨٩٥ وفي البعض منها اختلاف يسير في اللفظ لا يضر.

(٣) الأم ٤: ٥، والمجموع ١٤: ٣٠٥، والوجيز ١: ٢١٥، وفتح العزيز ١١: ٢٩٣، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٦١، والشرح الكبير ٥: ٤٦٦، وبداية المجتهد ٢: ٢٥٣، وبلغة السالك ٢: ٢٢٨، والشرح الصغير بهامش بلغة السالك ٢: ٢٨٨، وجواهر الإكليل ٢: ١٥٧، وأسهل المدارك ٣: ٣٧، وفتح الرحيم ٢: ١٢٢، والبحر الزخار ٥: ٩، وتبيين الحقائق ٥: ٢٤٠، ونيل الأوطار ٦: ٨١.

عبد الله القاضي، وعبيد الله بن الحسن العنبري، فإنهما أوجباها بالشركة في المبيع والطريق دون الجوار (١). كما نقوله نحن.

وذهب أهل الكوفة إلى أنها تثبت بالشركة والجوار، لكن الشريك أحق، فإن ترك فالجار أحق. ذهب إليه ابن شبرمة، والثوري، وأبو حنيفة وأصحابه، وعبد الله بن مبارك (٢).

ولأبي حنيفة تفصيل قال: الشفعة تجب بأحد أسباب ثلاثة: الشركة في المبيع، والشركة في الطريق، وإن شريكا في الطريق أولى من الجار اللازق.

ثم بالجوار بيان هذا: إن كان شريكا في المبيع فهو أحق من الشريك في الطريق، وإن كان شريكا في الطريق فهو أحق وإن لم يكن شريكا في المبيع. مثل: إن كان الدرب لا ينفذ وفيه دور كثيرة، فإن الطريق مشترك بين أهله، فإن باع صاحب الصدر داره - وذلك في آخر الدرب - فالشفعة للذي يليه، فإن ترك فللذي يليه ابدأ من الجانبين كذلك إلى آخر الدرب.

فإن لم يبق في أهل الدرب من يريد الشفعة كانت للجار اللزيق الذي ليس بشريك في الطريق - وهو الذي في ظهر داره إلى درب غير هذا الدرب - فإن ترك هذا الشفيع الشفعة فلا شفيع هناك.

وإن كان الدرب نافذا، فالشفعة للجار اللزيق فقط، سواء كان باب داره في هذا الدرب أو في غيره، فإذا كان محاذيا في درب نافذ وعرض الطريق ذراع فلا شفعة (٣). وها هنا قال الشافعي: منعت من بينك وبينه ذراع وأعطيت من

(١) المجموع ١٤: ٣٠٥، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٦١، والشرح الكبير ٥: ٤٦٦.

(٢) المبسوط ١٤: ٩٤، وبدائع الصنائع ٥: ٨، والمجموع ١٤: ٣٠٣، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٦١، والشرح

الكبير ٥: ٤٦٦، والبحر الزخار ٥: ٨، ونيل الأوطار ٦: ٨١.

(٣) اللباب ٢: ٥٤، والمبسوط ١٤: ٩٤ - ٩٥، وبدائع الصنائع ٥: ٨، والفتاوى الهندية ٥: ١٦٦، وعمدة القاري ٢: ٧٢، والهداية في هامش فتح القدير ٧: ٤٠٦، وتبيين الحقائق ٥: ٢٤٠، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٦١، والشرح الكبير ٥: ٤٦٦، وفتح العزيز ١١: ٣٩٣ و ٣٩٦.

هو منك على ألف ذراع (١)، وهذا التفصيل يبين فيه مواضع المعاني.
دليلنا: أخبارنا التي ذكرناها في كتابنا الكبير (٢)، وإجماع الفرقة عليها.
وأيضاً فما قلناه مجمع على ثبوت الشفعة فيه، وما قالوه ليس عليه دليل.
وروى جابر أن النبي صلى الله عليه وآله قال: "الشفعة فيما لم يقسم فإذا
وقعت الحدود فلا شفعة" (٣).

وروى أبو هريرة قال: "قضى رسول الله صلى الله عليه وآله بالشفعة فيما لم
يقسم" (٤). "وأى مال اقتسم وأرف عليه فلا شفعة فيه" (٥).
ومعنى أرف عليه: أي أعلم عليه. قال أبو عبيد: يقال أرفتها تأريفاً: أي
أعلمت عليها علامات، وهي لغة أهل الحجاز (٦).
وأما الذي يدل على أن الشفعة بالطريق تثبت بإجماع الفرقة.
وروى جابر أن النبي صلى الله عليه وآله قال: "الجار أحق بشفعة جاره،

(١) الأم ٤: ٩ و ٧: ١١١، ومختصر المزني: ١١٩، والبحر الزخار ٥: ٨.

(٢) أنظر التهذيب ٧: ١٦٤ حديث ٧٢٥ و ٧٢٦.

(٣) سنن أبي داود ٣: ٢٨٥ حديث ٣٥١٤، وسنن الدارقطني ٤: ٢٣٢ حديث ٩٩، والمصنف لعبد الرزاق

٨: ٧٩ حديث ١٤٣٩١، وسنن ابن ماجه ٢: ٣٥ حديث ٢٤٩٩، وصحيح البخاري ٣: ١١٤،

والإحسان بترتيب صحيح ابن حبان ٧: ٣١٠ حديث ٥١٦١، والسنن الكبرى ٦: ١٠٢، ومسند

أحمد بن حنبل ٣: ٢٩٦، وتلخيص الحبير ٣: ٥٥ حديث ٤: ١٢٧ و ١٢٧٥، والدرية في تخريج

أحاديث الهداية ٢: ٢٠٣ حديث ٨٩٥، وفي البعض منها اختلاف يسير في اللفظ لا يضر بالمعنى.

(٤) السنن الكبرى ٦: ١٠٣.

(٥) استشهد به ابن الأثير في النهاية ١: ٣٩، وابن منظور في لسان العرب ٩: ٦، والزبيدي في تاج

العروس ٦: ٣٩، ولم أرف عليه في الكتب المتوفرة لدي.

(٦) لسان العرب ٩: ٦، وتاج العروس ٦: ٣٩ مادة "أرف".

ينتظر بها وإن كان غائبا إذا كان طريقيهما واحدا " (١).
مسألة ٤: مطالبة الشفيح على الفور فإن تركها مع القدرة عليها بطلت شفيعته
وبه قال أبو حنيفة (٢).

وهو أصح أقوال الشافعي، وهو الذي نقله المزني (٣)، وله ثلاثة أقوال آخر
غير هذا.

أحدها: الذي يرويه الطحاوي عن المزني عنه، أن الشفيح بالخيار ثلاثا،
فإن مضت ثلاثة بطل خياره. وبه قال ابن أبي ليلى والثوري (٤).

ونص في القديم على قولين:

أحدهما: خياره على التراخي لا يسقط إلا بصريح العفو، فيقول: عفوت أو
يلوح به بأن يقول للمشتري: بعني الشقص أو هبه لي فإن فعل شيئا من هذا
وإلا كان للمشتري أن يرافعه إلى الحاكم، فيقول: إما أن تأخذ أو تدع.

وهو ظاهر قول مالك، لأنه قال: له الخيار ما لم يتناول الوقت. فقيل له:
إذا مضت سنة فقد تناول الوقت، فقال: ما أظنه تناول (٥).

(١) سنن أبي داود ٣: ٢٨٦ حديث ٣٥١٨، وسنن ابن ماجة ٢: ٨٣٣ حديث ٢٤٩٤، والسنن الكبرى
٦: ١٠٦، وسنن الترمذي ٣: ٦٥١ حديث ١٣٦٩، والمصنف لعبد الرزاق ٨: ٨١، وشرح معاني الآثار
٤: ١٢٠، وتلخيص الحبير ٣: ٥٦ حديث ١٢٧٧، وفي البعض منها اختلاف يسير في اللفظ فلاحظ.
(٢) اللباب ٢: ٥٦، وعمدة القاري ١٢: ٧٣، وبدايع الصنائع ٥: ٢١، والفتاوى الهندية ٥: ١٦٢، وتبيين
الحقائق ٥: ٢٤٢ - ٢٤٣ و ٢٤٩، والأم ٤: ٧ و ٧: ١٠٩، والمجموع ١٤: ٣١٣، والمغني لابن قدامة
٥: ٤٧٧، وبداية المجتهد ٢: ٢٥٩، والشرح الكبير ٥: ٤٧٣، والبحر الزخار ٥: ١٢.
(٣) مختصر المزني: ١٢٠، والوجيز ١: ٢٢٠، والمجموع ١٤: ٣١٣، ومغني المحتاج ٢: ٣٠٧، والسراج
الوهاب:

٢٧٨، وفتح العزيز ١١: ٤٩٠، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٧٧، والشرح الكبير ٥: ٤٧٣، وبداية المجتهد ٢:
٢٦٠.

(٤) الأم ٤: ٧ و ٧: ١٠٩، والمجموع ١٤: ٣١٣، والوجيز ١: ٢٢٠، وفتح العزيز ١١: ٤٩٠، والمغني
لابن

قدامة ٥: ٤٧٨، والشرح الكبير ٥: ٤٧٣، وبداية المجتهد ٢: ٢٦٠.

(٥) الموطأ ٢: ٧١٥، والمدونة الكبرى ٥: ٤٠٤، وفتح الرحيم ٢: ١٢٣، وأسهل المدارك ٣: ٤١، وبداية
المجتهد ٢: ٢٥٩ - ٢٦٠، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٧٧، والشرح الكبير ٥: ٤٧٣، وعمدة القاري
١٢: ٧٣، وفتح العزيز ١١: ٤٩١، والبحر الزخار ٥: ١٢.

والثاني أنه على التأييد كالقصاص، حتى قال: لا يملك المشتري مرافحته إلى الحاكم، بل الخيار إليه، ولا اعتراض عليه (١).
قال ابن المنذر: وبهذا القول قال جماعة من أهل العلم، فيكون على القول الثالث يملك مطالبة الشفيع بالشفعة، أو الأخذ، وعلى الرابع لا يملك. دليلنا على ما قلناه: إجماع الفرقة أنه يملك فيه المطالبة، وما عداه ليس عليه دليل.

مسألة ٥: الشفعة لا تبطل بالغيوبة، بل للغائب شفعة. وبه قال جميع الفقهاء (٢).

وحكي عن النخعي أنه قال: الشفعة تبطل بالغيبة (٣).

دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٤)، ولأن إبطالها بالغيبة يحتاج إلى دلالة، وليس في الشرع ما يدل عليه.

مسألة ٦: إذا اختلف المشتري والشفيع في الثمن، ومع كل واحد منهما بينة، قبلت بينة المشتري. وبه قال الشافعي وأبو يوسف (٥).

-
- (١) الأم ٧: ١٠٩، والمجموع ١٤: ٣١٣، والوجيز ١: ٢٢٠، وفتح العزيز ٤٩١، والبحر الزخار ٥: ١٢.
(٢) الموطأ ٢: ٧١٥، والمدونة الكبرى ٥: ٤١٨، والمجموع ١٤: ٤٢٧، والوجيز ١: ٢٢٠، والسراج الوهاج:
٢٧٩، ومغني المحتاج ٢: ٣٠٧، وفتح العزيز ١١: ٤٩٣، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٨٥، والشرح الكبير ٥: ٤٧٧، وبداية المجتهد ٢: ٢٥٩، وأسهل المدارك ٣: ٤١ و ٤٤، وعمدة القاري ١٢: ٧٥، وتبيين الحقائق ٥: ٢٤٤.
(٣) المغني لابن قدامة ٥: ٤٨٥، والشرح الكبير ٥: ٤٧٧.
(٤) الكافي ٥: ٢٨١ حديث ٦، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ٤٦ حديث ١٦٠، والتهذيب ٧: ١٦٦ حديث ٧٣٧.
(٥) مختصر المزني: ١٢١، والمجموع ١٤: ٣٤٩، واللباب ٢: ٦٣، وعمدة القاري ١٢: ٧٥، والفتاوى الهندية ٥: ١٨٥، وبدائع الصنائع ٥: ٣١، والهداية في هامش شرح فتح القدير ٧: ٤٢٥، وتبيين الحقائق ٥: ٢٤٧، والمغني لابن قدامة ٥: ٥١٥، والشرح الكبير ٥: ٥٢٥، والبحر الزخار ٥: ٢٧.

وقال أبو حنيفة ومحمد: البينة بينة الشفيع لأنه الخارج (١).
دليلنا: أن المشتري هو المدعي للثمن، والشفيع ينكره، والبينة على
المدعي (٢).

مسألة ٧: إذا كان الشراء بثمن له مثل كالحبوب والأثمان، كان للشفيع
الشفعة بلا خلاف. وإن كان بثمن لا مثل له كالثياب والحيوان ونحو ذلك فلا
شفعة له. وبه قال الحسن البصري وسوار القاضي (٣).
وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي: له الشفعة، ويأخذها بقيمة الثمن،
والاعتبار بقيمته حين العقد لا حين الأخذ بالشفعة على قول الشافعي (٤)، وعلى
قول مالك: بقيمته حين المحاكمة (٥).
دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٦)، ولأن إيجاب الشفعة في مثل هذا يحتاج

-
- (١) اللباب ٢: ٦٣، وعمدة القاري ١٢: ٧٥، وبدائع الصنائع ٥: ٣١ - ٣٢، والفتاوى الهندية ٥: ١٨٥،
وتبيين الحقائق ٥: ٢٤٧، والهداية في هامش شرح فتح القدير ٧: ٤٢٤، وشرح العناية على الهداية في
هامش
شرح فتح القدير ٧: ٤٢٤، والمغني لابن قدامة ٥: ٥١٥، والشرح الكبير ٥: ٥٢٥، والمجموع ١٤: ٣٤٩،
والبحر الزخار ٥: ٢٧.
(٢) إشارة إلى الحديث المتقدم في المسألة ٢١٧ من كتاب البيع " البينة على المدعي واليمين على المدعي
عليه " فلاحظ.
(٣) المغني لابن قدامة ٥: ٥٠٥، والشرح الكبير ٥: ٥٢٤.
(٤) بدائع الصنائع ٥: ٢٦، وتبيين الحقائق ٥: ٢٤٩، وبداية المجتهد ٢: ٢٥٦، والمجموع
١٤: ٣١٨، والوجيز ١: ٢١٧، ومغني المحتاج ٢: ٣٠١، والسراج الوهاج: ٢٧٦، وفتح العزيز
١١: ٤٤٨، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٠٥، والشرح الكبير ٥: ٥٢٤.
(٥) المجموع ١٤: ٣٢٠، والسراج الوهاج: ٢٧٦، ومغني المحتاج ٢: ٣٠١، والوجيز ١: ٢١٧، وفتح
العزيز
١١: ٤٤٨، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٠٥، والشرح الكبير ٥: ٥٢٤.
(٦) التهذيب ١٦٧ حديث ٧٤٠، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ٤٧ حديث ١٦٤، ويدل على ذلك أيضا عموم
الأخبار الواردة في باب الشفعة من كتاب الكافي ٥: ٢٨٠، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ٤٥، والتهذيب
٧: ١٦٣ فلاحظ.

إلى دليل.
 مسألة ٨: إذا تزوج امرأة وأمهرها شقصا، لا يستحق الشفعة عليها. وبه قال أبو حنيفة وأصحابه (١).
 وقال الشافعي: الشفعة تجب بمهر المثل. وبه قال الحارث العكلي (٢) (٣).
 وقال مالك وابن أبي ليلى: تجب الشفعة، لكنه يأخذ بقيمة الشقص لا بمهر المثل (٤).
 دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٥)، ولأن إثبات الشفعة في مثل هذا يحتاج إلى دلالة.
 مسألة ٩: إذا اشترى شقصا بمائة إلى سنة، كان للشفيع المطالبة بالشفعة، وهو مخير بين أن يأخذه في الحال ويعطي ثمنه حالا، وبين أن يصبر إلى سنة ويطالب بالثمن الواجب عندها.

-
- (١) اللباب ٢: ٥٨، وبدائع الصنائع ٥: ١٢، والمبسوط ٤: ١٤٥، والهداية المطبوع في هامش شرح فتح القدير ٧: ٤٣٦، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٦٩، والشرح الكبير ٥: ٤٦٥ و ٥٣٣، والأم ٤: ٧، والمجموع ١٤: ٣٢١، وفتح العزيز ١١: ٤٢٩.
- (٢) أبو الحسن، الحارث بن يزيد العكلي التيمي. كان فقيها من أصحاب إبراهيم، من عليتهم، قديم الموت، لم يرو عنه إلا الشيوخ، روى عن أبي زرعة بن عمرو، والشعبي، وإبراهيم النخعي، وعبد الله ابن يحيى الحضرمي، تهذيب التهذيب ٢: ١٦٣.
- (٣) الأم ٤: ٣ و ٧، والسراج الوهاج: ٢٧٥، والمجموع ١٤: ٣٢١، ومغني المحتاج ٢: ٢٩٨، وفتح العزيز
- ١١: ٤٤٩، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٦٩، والشرح الكبير ٥: ٤٦٥ و ٥٣٣، وبدائع الصنائع ٥: ١٢، والهداية المطبوع في هامش شرح فتح القدير ٧: ٤٣٦.
- (٤) أسهل المدارك ٣: ٣٩ - ٤٠، والشرح الصغير في هامش بلغة السالك ٢: ٢٢٩، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٦٩، والشرح الكبير ٥: ٤٦٥ و ٥٣٣، والمجموع ١٤: ٣٢٢، وفتح العزيز ١١: ٤٤٩.
- (٥) أنظر ما رواه الشيخ الصدوق قدس سره في من لا يحضره الفقيه ٣: ٤٧ حديث ١٦٥ والشيخ المؤلف قدس سره في التهذيب ٧: ١٦٧ حديث ٧٤٢.

وللشافعي فيه ثلاثة أقوال:
أحدها: مثل ما قلناه (١).
والثاني: أنه يأخذه بمائة إلى سنة كما اشتراه (٢). وبه قال مالك، غير أن
مالكا قال: إن كان الشفيع غير ملى، كان للمشتري مطالبته بضمين ثقة
يضمن له الثمن إلى محله (٣).
وهذا قوي أيضا، ذكرناه في النهاية (٤)، وإليه ذهب قوم من أصحابنا (٥).
والثالث: قال في الشروط: يأخذه بسلعة تساوي مائة إلى سنة (٦).
دليلنا: أن الشفعة قد وجبت بنفس الشراء، والذمم لا تتساوى، فوجب
عليه الثمن حالا أو يصبر إلى وقت الحلول، فيطالبه بالشفعة مع الثمن.
مسألة ١٠: إذا مات وخلف ابنين ودارا فهي بينهما نصفين، فإن مات
أحدهما وخلف ابنين كان نصف أبيهما بينهما نصفين، ولعمهما النصف، ولكل
واحد منهما الربع، فإن باع أحدهما نصيبه من أجنبي فلا شفعة لأحد.
وللشافعي في أن الشفعة لأخيه وحده أم لا؟ قولان:

-
- (١) الأم ٤: ٣، والمجموع ١٤: ٣١١، والسراج الوهاج: ٢٧٦ - ٢٧٧، ومغني المحتاج ٢: ٣٠١، وفتح
العزیز
- ١١: ٤٥٠، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٠٧، والشرح الكبير ٥: ٥٢٣، وبداية المجتهد ٢: ٢٥٦، والمحلى
٩: ٩٥، والبحر الزخار ٥: ١٥.
- (٢) المجموع ١٤: ٣١١، ومغني المحتاج ٢: ٣٠١، وفتح العزیز ٤٥٠، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٠٧،
والشرح
الكبير ٥: ٥٢٣، وبداية المجتهد ٢: ٢٥٦، والمحلى ٩: ٩٥.
- (٣) الموطأ ٢: ٧١٥، وبداية المجتهد ٢: ٢٥٦، والشرح الصغير في هامش بلغة السالك ٢: ٢٢٩،
والمحلى
٩: ٩٥، والمجموع ١٤: ٣١٤، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٠٧، والشرح الكبير ٥: ٥٢٣، ومغني المحتاج
٢: ٣٠١.
- (٤) النهاية: ٤٢٥.
- (٥) ممن ذهب إليه الشيخ المفيد محمد بن محمد بن النعمان قدس سره في المقنعة: ٩٦.
- (٦) المجموع ١٤: ٣١١، وفتح العزیز ١١: ٤٥٠، والبحر الزخار ٥: ١٥.

أحدهما لأخيه وحده دون عمه. وبه قال مالك (١).
والثاني: لأخيه وعمه سواء. وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وهو اختيار
المزني (٢).
ومن قال من أصحابنا: أن الشفعة على عدد الرؤوس (٣)، كذا يجب أن
يقول به.
دليلنا: الأخبار التي ذكرناها في الكتاب الكبير (٤).
ولأن الشريك إذا كان واحدا فالشفعة ثابتة بلا خلاف، وإن كانوا أكثر
فليس على ثبوتها دلالة، وهذه فرع على ذلك.
مسألة ١١: عندنا أن الشريك إذا كان أكثر من واحد بطلت الشفعة،
فلا يتصور الخلاف في أن الشفعة على قدر الرؤوس، أو على قدر الأنصباء (٥)،
وهو انفراد. ذهب قوم من أصحابنا إلى أنها تستحق وإن كانوا أكثر من واحد،
وقالوا: على قدر الرؤوس (٦). وبه قال أهل الكوفة: النخعي، والشعبي،
والثوري، وأبو حنيفة وأصحابه، وهو أحد قولي الشافعي، وهو اختيار المزني (٧).

-
- (١) الأم ٤: ٣، والمجموع ١٤: ٣٢٧ و ٣٣٣، وفتح العزيز ١١: ٤٧٨، والموطأ ٢: ٧١٥، والشرح
الصغير في
هامش بلغة السالك ٢: ٢٣٤، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٢٤، والشرح الكبير ٥: ٥٤٣.
(٢) الأم ٤: ٣، والمجموع ١٤: ٣٢٦ و ٣٣٣، وفتح العزيز ١١: ٤٧٧ و ٤٧٨، ومغني المحتاج ٢:
٣٠٥
والمغني لابن قدامة ٥: ٥٢٤، والشرح الكبير ٥: ٥٤٣.
(٣) ذهب إليه الشيخ الصدوق في من لا يحضره الفقيه ٣: ٤٦ ذيل حديث ١٦٢، وابن الجنيد على ما حكاه
عنه العلامة الحلي في المختلف: ١٢٥ من كتاب الشفعة.
(٤) الكافي ٥: ٢٨١ حديث ٧ و ٨، والفقيه ٣: ٤٦ حديث ١٦٢، والتهذيب ٧: ١٦٤ حديث ٧٢٩ و
٧٣٠، والاستبصار ٣: ١١٦ حديث ٤١٢ و ٤١٣.
(٥) الأنصباء: العلائم. أنظر مجمع البحرين ٢: ١٧٤ مادة " نصب ".
(٦) ذهب إليه ابن الجنيد على ما حكاه عنه العلامة في مختلف الشيعة: ١٢٥ من كتاب الشفعة، والشيخ
الصدوق في من لا يحضره الفقيه ٣: ٤٦ ذيل الحديث ١٦٢ فلاحظ.
(٧) مختصر المزني: ١٢٠، والمجموع ١٤: ٣٢٦ و ٣٤٥، ومغني المحتاج ٢: ٣٠٥، والسراج الوهاج:
٢٧٨، وفتح العزيز ١١: ٤٧٧، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٢٣، والشرح الكبير ٥: ٤٩٠، والهداية في
هامش شرح فتح القدير ٧: ٤١٤، وشرح العناية على الهداية في هامش شرح فتح القدير أيضا
٧: ٤١٤، والبحر الزخار ٥: ٩.

والقول الآخر: أنه على قدر الأنصباء، وهو الأصح عندهم، واختاره أبو حامد الأسفرايني، وبه قال سعيد بن المسيب، والحسن البصري، وعطاء، ومالك، وهو قول أهل الحجاز، وبه قال أحمد وإسحاق (١).
دليلنا على المسألة الأولى: أنه إذا كان الشريك واحدا فلا خلاف في ثبوت الشفعة، وإذا كانوا أكثر من ذلك فلا دليل على ثبوت الشفعة لهم، وأخبار أصحابنا التي يعتمدونها ذكرناها في الكتاب الكبير (٢).
ونصرة القول الآخر أخبار رويت في هذا المعنى (٣)، والأقوى عندي الأول. مسألة ١٢: المنصوص لأصحابنا أن الشفعة لا تورث (٤). وبه قال أبو حنيفة وأصحابه (٥).
وقال قوم من أصحابنا: أنها تورث مثل سائر الحقوق، وهو اختيار المرتضى

-
- (١) الموطأ ٢: ٧١٥، وبداية المجتهد ٢: ٢٥٧، والمدونة الكبرى ٥: ٤٠١، وفتح الرحيم ٢: ١٢٢ - ١٢٣، ومختصر المزني: ١٢٠، والمجموع ١٤: ٣٢٦ و ٣٤٥، وفتح العزيز ١١: ٤٧٧، والسراج الوهاج: ٢٧٨، ومغني المحتاج ٢: ٣٠٥، والوجيز ١: ٢١٩، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٢٣، والشرح الكبير ٥: ٤٩٠، والبحر الزخار ٥: ٩، والهداية في هامش شرح فتح القدير ٧: ٤١٤، وشرح العناية بهامش شرح فتح القدير أيضا ٧: ٤١٤.
- (٢) التهذيب ٧: ١٦٤ حديث ٧٢٩ و ٧٣٠، والاستبصار ٣: ١١٦ حديث ٤١٢ و ٤١٣، والكافي ٥: ٢٨١ حديث ٧ و ٨.
- (٣) من لا يحضره الفقيه ٣: ٤٥ حديث ١٥٤ و ١٥٦، والتهذيب ٧: ١٦٥ حديث ٧٢٦ و ٧٣١، و ص ١٦٦ حديث ٧٣٦، والاستبصار ٣: ١١٦ حديث ٤١٦ و ٤١٧.
- (٤) أنظر من لا يحضره الفقيه ٣: ٤٥ حديث ١٥٨، والتهذيب ٧: ١٦٧ حديث ٧٤١.
- (٥) بدائع الصنائع ٥: ١٤ و ٢٢، وعمدة القاري ١٢: ٧٥، وبداية المجتهد ٢: ٢٦٠، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٣٦، والشرح الكبير ٥: ٥١٦، وفتح العزيز ١١: ٤٧٧.

رضي الله عنه (١). وبه قال الشافعي، ومالك، وعبيد الله بن الحسن العنبري البصري (٢).

دليلنا على أنها لا تورث: أن كونها ميراثا يحتاج إلى دليل، ولا دليل في الشرع، وأخبارنا في ذلك ذكرناها في الكتاب الكبير (٣).
ومن نصر ما حكيناه من أنها تورث قال: إذا كان ذلك حقا للحق، ثابتا له، يملك المطالبة به، فورثته يقومون مقامه في جميع أملاكه وهذا من جملة ذلك. ودليل الأول أيضا أنه لا يخلو إما أن يكون ملكوها بما تجدد لهم من الملك أو بملك المورث، فبطل أن تكون ملكوها بما تجدد لهم من الملك، لأن ذلك لا يملك به شيء مضى، وبطل أن يكون ملكوها بملك المورث، لأن الإنسان لا يستحق الشفعة بملك غيره، وبطل أن يكون للشفيع لأن ملكه زال عنه، فلم يبق إلا أنها بطلت.

والقول الآخر استدل على صحته بقول الله تعالى: " ولكم نصف ما ترك أزواجكم " (٤) وهذا من جملة ما ترك.

وطعن على هذا بأنا لا نسلم، أنها تركت لأن حقها بطل بالموت. مسألة ١٣: إذا اشترى دارا، ووجب للشفيع فيها الشفعة، فأصابها هدم أو غرق أو ما أشبه ذلك، فإن كان ذلك بأمر سماوي، فالشفيع بالخيار بين أن

(١) ممن قاله الشيخ المفيد في المقنعة: ٦، وابن الجنييد والسيد المرتضى على ما حكاه عنهم العلامة الحلبي في

المختلف: ١٢٨ من كتاب الشفعة فلاحظ.

(٢) مختصر المزني: ١٢٠، والمجموع ١٤: ٣٤٤ - ٣٤٥، ومغني المحتاج ٢: ٣٠٥، وفتح العزيز ١١: ٤٧٧،

وعمدة القاري ١٢: ٧٥، وبدائع الصنائع ٥: ٢٢، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٣٧، والشرح الكبير ٥: ٥١٦، وبداية المجتهد ٢: ٢٦٠.

(٣) أنظر التهذيب ٧: ١٦٧ حديث ٧٤١، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ٤٥ حديث ١٥٨.

(٤) النساء: ١٢.

يأخذها بجميع الثمن، أو يترك. وإن كان بفعل آدمي، كان له أن يأخذ العرصة بحصتها من الثمن، وبه قال أبو حنيفة (١).

وللشافعي فيه قولان (٢).

وأصحابه على خمس طرق:

أحدها: مثل ما قلناه، وهو أضعفها عندهم (٣).

والثانية: إذا انتقض البناء وانفصل، فالشفيح يأخذ العرصة بالشفعة، وما

اتصل بها من البناء دون المنفصل عنها على قولين:

أحدهما: يأخذ المتصل بكل الثمن أو يتركه.

والقول الآخر: أنه يأخذه بحصته من الثمن أو يدع، وهو أصح القولين

عندهم (٤).

وثالثها: إن كان البعض الذي لحقه عيب، مثل شق الحيطان، وتغير

السقف، وميل الحائط، فإن المشتري بالخيار بين أن يأخذه بكل الثمن أو يرده.

وإن كان النقصان انتقاض البناء والآلة، لم يدخل النقص في الشفعة.

وبكم يأخذ الشفيح ما عداه على القولين، وما انفصل لا يدخل في الشفعة

كما قال الأول، ويأخذ ما عداه بالحصة من الثمن قولاً واحداً، وهو ما نص عليه

في القديم (٥).

ورابعها: أنه إذا انتقض البناء، وكانت الأعيان المنهدمة موجودة، دخلت

(١) الباب ٢: ٦٧، وتبيين الحقائق ٥: ٢٥١، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٠٤، والشرح الكبير ٥: ٥٠٣،

وفتح

العزیز ١١: ٤٥٣.

(٢) فتح العزیز ١١: ٤٥٣ - ٤٥٤، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٠٣ - ٥٠٤، والشرح الكبير ٥: ٥٠٣.

(٣) فتح العزیز ١١: ٤٥٣، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٠٤، والشرح الكبير ٥: ٥٠٣.

(٤) فتح العزیز ١١: ٤٥٣ - ٤٥٤.

(٥) فتح العزیز ١١: ٤٥٣ - ٤٥٤، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٠٣.

في الشفعة. وإن كانت منفصلة عن العرصة، لأن يتسلمها بالثمن الذي وقع البيع به، والاستحقاق وجب له حين البيع، وإن كانت الأعيان مفقودة يأخذ بحصته من الثمن (١).

وخامسها: إنه إذا كانت العرصة قائمة بحالها أخذه بجميع الثمن، سواء كانت الأعيان المنفصلة موجودة أو مفقودة، وإن كان بعض العرصة هلك بالغرق أخذ بالحصصة من الثمن (٢).

دليلنا: ما رواه جابر أن النبي صلى الله عليه وآله قال: "الشفعة في كل مشترك ربع أو حائط، ولا يحل له أن يبيعه حتى يعرضه على شريكه، فإن باعه فشريكه أحق به بالثمن" (٣) فثبت أنه يأخذه بذلك الثمن، فمن قال ببعضه فقد ترك الخبر.

مسألة ١٤: إذا اشترى شيئاً وقاسم، وغرس فيه، وبني، ثم طالب الشفيع بالشفعة، ولم يكن قبل ذلك عالماً بالشراء، كان له إجباره على قلع الغراس والبناء إذا رد عليه ما نقص من الغراس والبناء بالقلع. وبه قال الشافعي، ومالك، والنخعي، والأوزاعي، وأحمد، وإسحاق (٤). وقال الثوري وأبو حنيفة وأصحابه: له مطالبته بالقلع، ولا يعطيه ما نقص

(١) فتح العزيز ١١: ٤٥٣ - ٤٥٤.

(٢) فتح العزيز ١١: ٤٥٣ - ٤٥٤.

(٣) صحيح مسلم ٣: ١٢٢٩ حديث ١٣٤ و ١٣٥، وسنن الدارقطني ٤: ٢٢٤ حديث ٧٦، والسنن الكبرى ٦: ١٠٤، والدراية في تخريج أحاديث الهداية ٢: ٢٠٢ حديث ٨٨٨ مع اختلاف يسير في اللفظ.

(٤) الأم ٤: ٧ و ٧: ١٠٩، ومختصر المزني: ١٢٠، والمجموع ١٤: ٣٣٧ و ٣٣٩ - ٣٤٠، وفتح العزيز ١١: ٤٦٣، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٠١، والشرح الكبير ٥: ٥١٣، وبداية المجتهد ٢: ٢٦٠، وبدائع الصنائع ٥: ٢٩، وتبيين الحقائق ٥: ٢٥٠.

بالقلع (١).

دليلنا: أن المشتري غرس ملكه في ملكه، فلم يكن متعديا، وإذا لم يكن متعديا وجب أن يرد عليه ما نقص من غرسه بالقلع. ولأنه إذا رد عليه ما نقص به من الغرس فلا خلاف أنه له مطالبة بالقلع، وإن لم يرد فليس على وجوب القلع دليل.

وأیضا قول النبي صلى الله عليه وآله: " لا ضرر ولا ضرار في الإسلام " (٢). يدل على ذلك، لأنه متى لم يرد عليه قيمة ما نقص دخل عليه في ذلك الضرر. مسألة ١٥: إذا اشترى النخل والأرض، وشرط الثمرة، كان للشفيع أن يأخذ الكل بالشفعة. وبه قال أبو حنيفة، ومالك (٣). وقال الشافعي: له أن يأخذ الكل دون الثمرة. وبه قال عبيد الله بن الحسن العنبري (٤).

دليلنا: عموم الأخبار التي رويناها في وجوب الشفعة في المبيع (٥)، والمنع يحتاج إلى دليل، وأبو حنيفة ومالك ادعيا أن هذه مسألة إجماع.

(١) اللباب ٢: ٦٦ - ٦٧، وبدائع الصنائع ٥: ٢٩ - ٣٠، والهداية المطبوع في هامش شرح فتح القدير ٧: ٤٣٠.

وتبيين الحقائق ٥: ٢٥٠، والمجموع ١٤: ٣٤٠، والأم ٤: ٧ و ٧: ١٠٩، وفتح العزيز ١١: ٤٦٣، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٠١، وبداية المجتهد ٢: ٢٦٠.

(٢) سنن الدارقطني ٤: ٢٢٧ حديث ٨٣ ومسند أحمد بن حنبل ٥: ٣٢٧، وسنن ابن ماجه ٢: ٧٨٤ حديث ٢٣٤٠ و ٢٣٤١، والدراية في تخريج أحاديث الهداية ٢: ٢٨٢ حديث ١٠٤١.

(٣) المدونة الكبرى ٥: ٤٢٧ - ٤٢٨، وبدائع الصنائع ٥: ٢٨، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٧: ٤٣٤، والفتاوى الهندية ٥: ١٦٥ و ١٨٠، وتبيين الحقائق ٥: ٢٥١، والمجموع ١٤: ٣٤١، وفتح العزيز ١١: ٣٦٧، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٦٤، والشرح الكبير ٥: ٤٧١ - ٤٧٢.

(٤) المجموع ١٤: ٣٤٠، وفتح العزيز ١١: ٣٦٧، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٦٤، والشرح الكبير ٥: ٤٧١ - ٤٧٢.

(٥) أنظر الكافي ٥: ٢٨٠ حديث ٢ و ٥ و ٨، والتهذيب ٧: ١٦٤ - ١٦٥ و ١٦٧ حديث ٧٢٨ و ٧٣١ و

و ٧٤٢، والاستبصار ٣: ١١٧ حديث ٤١٧ و ٤١٨.

مسألة ١٦: إذا باع شقصا من مشاع، لا يجوز قسمته شرعا - كالحمام، والأرحية (١)، والدور الضيقة، والعضائد (٢) الضيقة - فلا شفعة فيها. وبه قال أهل الحجاز: ربيعة، ومالك، والشافعي، وهو قول عثمان بن عفان (٣). وقال أبو حنيفة، وأصحابه، والثوري، وأبو العباس بن سريج: تجب الشفعة فيها (٤).

دليلنا ما رواه أبو هريرة وجابر، أن النبي صلى الله عليه وآله قال: " الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود فلا شفعة " (٥). وقال جابر: " إنما جعل رسول الله صلى الله عليه وآله الشفعة في كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة " (٦).

(١) الأرحية: جمع. " والرحى " معروفة مؤنثة مقصورة، والأصل فيها - على ما قالوه - " رحي " قلبت ألفا وحذفت لالتقاء الساكنين بين الألف والتنوين، والمنقلة عن الياء تكتب بصورة الياء فرقا بينها وبين المنقلة عن الواو. وكل من مد قال: " رحاء ورحيان وأرحية " جعلها منقلة عن الواو. (٢) العضائد: جمع، وعضادة الطريق ناحيته. (٣) المدونة الكبرى ٥: ٤٣٢، وبداية المجتهد ٢: ٢٥٨، والشرح الصغير في هامش بلغة السالك ٢: ٢٢٨، وجواهر الإكليل ٢: ١٥٨، ومختصر المزني: ١٢٠، والمجموع ١٤: ٣٠٠، والوجيز ١: ٢١٥، والسراج الوهاج: ٢٧٥، وفتح العزيز ١١: ٣٨٢، ومغني المحتاج ٢: ٢٩٧، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٦٥، والشرح الكبير ٥: ٤٦٨، وتبيين الحقائق ٥: ٢٥٢، والبحر الزخار ٥: ٥. (٤) الفتاوى الهندية ٥: ١٦٠ و ١٦٥، وتبيين الحقائق ٥: ٢٥٢، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٦٥، والشرح الكبير ٥: ٤٦٩، والوجيز ١: ٢١٥، وفتح العزيز ١١: ٣٨٢، والبحر الزخار ٥: ٥. (٥) شرح معاني الآثار ٤: ١٢٢، والسنن الكبرى ٦: ١٠٢ - ١٠٣ و ١٠٥، وتلخيص الحبير ٣: ٥٦ حديث

١٢٧٧، وترتيب مسند الشافعي ٢: ١٦٤ حديث ٥٧١.

(٦) سنن أبي داود ٣: ٢٨٥ حديث ٣٥١٤، وسنن الدارقطني ٤: ٢٣٢ حديث ٩٩، والمصنف لعبد الرزاق ٨: ٧٩ حديث ١٤٣٩١، وسنن ابن ماجة ٢: ٨٣٥ حديث ٢٤٩٩، ومسند أحمد بن حنبل ٣: ٢٩٦، والإحسان بترتيب صحيح ابن حبان ٧: ٣١٠ حديث ٥١٦١، والسنن الكبرى ٦: ١٠٢، وتلخيص الحبير ٣: ٥٥ حديث ١٢٧٤ - ١٢٧٥، والدراية ٢: ٢٠٣ حديث ٨٩٥.

فوجه الدلالة أنه ذكر الشفعة بالألف واللام وهما للجنس، فكان تقديرا
لكلمة جنس الشفعة فيما لم يقسم، يعني ما يصح قسمته وما لا يصح قسمته
لا يدخل تحته، ولأن إيجاب الشفعة حكم يحتاج إلى دلالة شرعية.
وأیضا قول النبي صلى الله عليه وآله: " إنما الشفعة في كل ما لم يقسم ".
ولفظة " إنما " تفيد معنى " لا " فكأنه قال " لا شفعة في كل ما لم يقسم "
فإذا ثبت هذا فإن تقدير الدلالة أن قوله: " ما لم يقسم " إنما تفيد ما يقسم، إلا
أنه لم يفعل فيه القسمة، لأنه لا يقال فيما لا يقسم ما لم يقسم، وإنما يقال فيما
يقسم، فلما قال: " ما لم يقسم " دل على ما قلناه.
يؤيد ذلك قوله: " فإذا وقعت الحدود فلا شفعة " فقد تقدر أنه لا شفعة فيما
لا يقسم شرعا.

وروى أبان بن عثمان بن عفان عن أبيه أنه قال: " لا شفعة في نخل (١)
ولا بئر، والارف يقطع كل الشفعة " (٢).
وأراد آبار الحجاز، فإن اعتمادهم بالسقي عليها، ولا مخالف له في الصحابة.
مسألة ١٧: إذا لم ينقص القيمة ولا الانتفاع بالقسمة، قسم بلا خلاف.
وإذا نقص الانتفاع والقيمة بالقسمة فلا يقسم بلا خلاف.
وما فيه الخلاف قال أبو حنيفة: كل قسمة لا ينتفع الشريك بحصته، أيهما
كان، فهي قسمة ضرر، ولا يقسم (٣)، وهو ظاهر مذهب الشافعي (٤)، وهو

(١) في الموطأ " فحل " موضحا مراده بالفحل هو: فحل النخل. أنظر الموطأ ٢: ٧١٧.

(٢) الموطأ ٢: ٧١٧، والسنن الكبرى ٦: ١٠٥.

(٣) الفتاوى الهندية ٥: ٢٠٥ و ٢٠٨، وتبيين الحقائق ٥: ٢٦٨، والمجموع ٢٠: ١٨٢، وفتح العزيز
١١: ٣٨٢، وبداية المجتهد ٢: ٢٦٣.

(٤) المجموع ٢٠: ١٧٤ - ١٧٥ و ١٨٢، والسراج الوهاج: ٢٧٥ و ٦٠٠. وكفاية الأختار ٢: ١٦٧،
ومغني

المحتاج ٢: ٢٩٧ و ٤: ٤٢٠، والوجيز ٢: ٢٤٨، وفتح العزيز ١١: ٣٨٣، وبداية المجتهد ٢: ٢٦٣.

الصحيح عندي.
وقال أصحاب الشافعي كلهم، واختاره أبو حامد الأسفرايني: أن القسمة
إذا نقصت القيمة دون الانتفاع فإنها غير جائزة (١).
دليلنا: أن ما قلناه مجمع عليه، وإنما ادعوا أن ما فيه نقصان القيمة يمنع من
القسمة، فعلى من ادعى ذلك فعليه الدلالة.
مسألة ١٨: الصبي والمجنون والمحجور عليه لسفه لهم الشفعة، ولوليتهم أن
يأخذ لهم الشفعة - والولي الأب، أو الجد، أو الوصي من قبل واحد منهما، أو
أمين الحاكم إذا لم يكن أب - وللولي أن يأخذ بالشفعة ولا يجب أن ينتظر بلوغ
الصبي ورشاده. وبه قال جميع الفقهاء (٢).
وقال ابن أبي ليلى: لا شفعة للمحجور عليه (٣).
وقال الأوزاعي: ليس للولي الأخذ، لكنه يصبر حتى إذا بلغ ورشد كان له
الأخذ أو الترك (٤).
دليلنا خبر جابر، وأبي هريرة: أن النبي صلى الله عليه وآله قال: " الشفعة
فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود فلا شفعة " (٥) ولم يفصل وعليه إجماع الفرقة
المحقة.

-
- (١) المجموع ٢٠: ١٧٤، والوجيز ٢: ٢٤٨، ومغني المحتاج ٤: ٤٢٠، والسراج الوهاج: ٦٠٠، وكفاية
الأخبار ١٦٧: ٢.
(٢) الأم ٤: ٨، ومختصر المزني: ١٢٠، وبدائع الصنائع ٥: ١٦، وفتح العزيز ١١: ٤٣٤، والمغني لابن
قدامة ٥: ٤٩٥ - ٤٩٦، والشرح الكبير ٥: ٤٨٥، والفتاوى الهندية ٥: ١٩١ - ١٩٢.
(٣) المحلى ٩: ٩٤، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٩٥، والشرح الكبير ٥: ٤٨٥، والأم ٤: ٧، وعمدة القاري
١٢: ٧٥.
(٤) المغني لابن قدامة ٥: ٤٩٦، والشرح الكبير ٥: ٤٨٧.
(٥) تقدمت مصادر الحديث في المسألة " ١٦ " فلا حاجة للتكرار فلاحظ.

مسألة ١٩: إذا كان للصبي شفعة، وله في أخذها الحظ، ولم يأخذ الولي عنه بالشفعة، لم يسقط حقه، وكان إذا بلغ له المطالبة بها أو تركها. وبه قال الشافعي، ومحمد بن الحسن، وزفر (١).
وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: تسقط شفعته، وليس له أخذها (٢).
دليلنا: أنه قد ثبت أنها حقه، وليس على سقوطها دلالة، وترك الولي الأخذ ليس بمؤثر في إسقاط حقه، كما لا يسقط ديونه كلها وحقوقه.
مسألة ٢٠: إذا كان للصبي شفعة الحظ له تركها، فتركها الولي، وبلغ الصبي ورشد، فإن له المطالبة بالأخذ وله تركه. وبه قال محمد وزفر، وهو أحد قولي الشافعي (٣)، وهو ضعيف عندهم.
وله قول آخر وعليه أكثر أصحابه أنه: ليس له المطالبة، وسقط حقه. وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف (٤).
دليلنا: ما قلناه في المسألة الأولى سواء.

(١) الأم ٤: ٨، ومختصر المزني: ١٢٠، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٩٥، والشرح الكبير ٥: ٤٨٦، وبدائع الصنائع ٥: ١٦، وتبيين الحقائق ٥: ٢٦٣، والهداية المطبوع في هامش شرح فتح القدير ٧: ٤٥١، وشرح العناية على الهداية في هامش شرح فتح القدير ٧: ٤٥١.
(٢) بدائع الصنائع ٥: ١٦، والهداية المطبوع في هامش شرح القدير ٧: ٤٥١، وشرح العناية على الهداية في هامش شرح القدير ٧: ٤٥١، والفتاوى الهندية ٥: ١٩٢، وتبيين الحقائق ٥: ٢٦٣، والأم ٤: ٧، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٩٦، والشرح الكبير ٥: ٤٨٦.
(٣) الأم ٤: ٨، ومختصر المزني: ١٢٠، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٩٥، والشرح الكبير ٥: ٤٨٦، وبدائع الصنائع ٥: ١٦، وتبيين الحقائق ٥: ٢٦٣، والهداية في هامش شرح فتح القدير ٧: ٤٥١، وشرح العناية على الهداية في هامش شرح فتح القدير ٧: ٤٥١.
(٤) بدائع الصنائع ٥: ١٦، والفتاوى الهندية ٥: ١٩٢، والهداية المطبوع في هامش شرح فتح القدير ٧: ٤٥١، وشرح العناية على الهداية في هامش شرح فتح القدير ٧: ٤٥١، والأم ٤: ٧ و ٨.

وأيضاً جميع الأخبار التي وردت في وجوب الشفعة يتناول هذا الموضوع (١)، ولا دلالة على إسقاطها بترك الولي.

مسألة ٢١: إذا باع شقصاً بشرط الخيار، فإن كان الخيار للبائع أو لهما فلا شفعة للشفيع، وإن كان الخيار للمشتري فإنه يجب الشفعة للشفيع، وله المطالبة بها قبل انقضاء الخيار. وبه قال أبو حنيفة (٢)، وهو المنصوص للشافعي (٣).

وقال الربيع فيها قول آخر أنه: ليس له الأخذ قبل انقضاء الخيار (٤). وبه قال مالك (٥)، وهو اختيار أبي إسحاق المروزي (٦).

دليلنا: أن الملك قد ثبت بالعقد وانتقل، فوجب الشفعة للشفيع على المشتري لأنه ملكه، فمن قال لا شفعة له فعليه الدلالة.

فإن قالوا: لا نسلم أنه ملك بالعقد، بل يملك بهما، أو هو مراعى فقد دللنا على بطلان ذلك في البيوع.

مسألة ٢٢: إذا اشترى شقصاً وسيفاً، أو شقصاً وعبدًا، أو شقصاً وعرضاً

(١) أنظر الكافي ٥: ٢٨٠، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ٤٥ (باب ٣٦)، والتهديب ٧: ١٦٣ (باب ١٤) والاستبصار ٣: ١١٦ (باب ٧٨).

(٢) بدائع الصنائع ٥: ١٣، وشرح فتح القدير ٧: ٤٣٨، والفتاوى الهندية ٥: ١٦١، وتبيين الحقائق ٥: ٢٥٤، والمجموع ١٤: ٣٤٣، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٧١، والشرح الكبير ٥: ٥٣٤، وفتح العزيز ١١: ٤١٠، والمجموع ١٤: ٣٤٣.

(٣) الأم ٤: ٤، ومختصر المزني: ١٢٠، والمجموع ١٤: ٣٠٩ و ٣٤٣، والسراج الوهاج: ٢٧٥، ومغني المحتاج

٢: ٢٩٩، وبداية المجتهد ٢: ٢٥٦، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٧١، والشرح الكبير ٥: ٥٣٤.

(٤) الأم ٤: ٤، والمجموع ١٤: ٣٤٣، وفتح العزيز ١١: ٤٠٩، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٧١، والشرح الكبير

٥: ٥٣٤.

(٥) الموطأ ٢: ٧١٧، والمدونة الكبرى ٥: ٤٤١، وفتح العزيز ١١: ٤٠٩.

(٦) فتح العزيز ١١: ٤٠٩.

من العروض، كان للشفيع الشفعة بحصته من الثمن، ولا حق له فيما بيع معه. وبه قال أبو حنيفة، والشافعي (١).
ولأبي حنيفة رواية شاذة أنه يأخذ الشقص والسيف معا بالشفعة (٢).
وقال مالك: لو باع شقصا من أرض فيها غلمان يعملون له، كان له أخذ الشقص والغلمان معا بالشفعة (٣).
دليلنا: أن ما أوجبناه مجمع عليه، وما ادعوه ليس عليه دليل.
مسألة ٢٣: إذا أخذ الشفيع الشقص من المشتري أو البائع - قبض المشتري أو لم يقبض - فإن دركه وعهدته على المشتري دون البائع. وبه قال مالك، والشافعي (٤).
وقال أبو حنيفة: إن أخذها من البائع فالعهددة على البائع، وإن أخذها من المشتري (٥) فكما قلناه.
وقال ابن أبي ليلى وعثمان البتي: عهددة المبيع على البائع دون المشتري، سواء أخذها من يد البائع أو يد المشتري، لأن المشتري كالسفير (٦).

-
- (١) مختصر المزني: ١٢٠، والوجيز ١: ٢١٧، وفتح العزيز ١١: ٤٥٢، والمحلى ٩: ٩٧، والمغني لابن قدامة ٥٠٨ ٥، والشرح الكبير ٥: ٥٠٢.
(٢) المحلى ٩: ٩٧.
(٣) المحلى ٩: ٩٧، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٠٨، والشرح الكبير ٥: ٥٠٢، والوجيز ١: ٢١٧، وفتح العزيز ١١: ٤٥٢.
(٤) الأم ٤: ٧، ومختصر المزني: ١٢٠، والمجموع ١٤: ٣٥٣، وفتح العزيز ١١: ٤٩٩، والمدونة الكبرى ٥: ٤٠٥، وبداية المجتهد ٢: ٢٦٠، وأسهل المدارك ٣: ٤٢، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٣٤، والشرح الكبير ٥: ٥٤٠.
(٥) بدائع الصنائع ٥: ٢٤ و ٣٠، والفتاوى الهندية ٥: ١٧٦، والأم ٤: ٧، والمجموع ١٤: ٣٥٣ - ٣٥٤، وفتح العزيز ١١: ٤٩٩، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٣٤، والشرح الكبير ٥: ٥٤٠.
(٦) الأم ٤: ٧، والمجموع ١٤: ٣٥٣، وبداية المجتهد ٢: ٢٦٠، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٣٤، والشرح الكبير ٥: ٥٤٠.

دليلنا: أن المشتري ملك، وإذا ملك فإنما يأخذ الشفيع منه ملكه بحق الشفعة فيلزمه دركه كما لو باعه.

مسألة ٢٤: لا يأخذ الشفيع الشفعة من البائع أبدا. وبه قال الشافعي (١). وقال أبو حنيفة: له أخذها منه قبل القبض (٢).

دليلنا: أن الشفيع إنما يستحق الأخذ بعد تمام العقد ولزومه، بدليل أنه لو كان الخيار للبائع أو لهما لم يستحق الشفعة، فإذا كان الاستحقاق بعد تمام العقد ولزومه، فالملك للمشتري، فوجب أن يكون الأخذ من مالكة لا من غيره.

مسألة ٢٥: إذا تبايعا شقصا، فضمن الشفيع الدرك للبائع عن المشتري، أو للمشتري عن البائع في نفس العقد، أو تبايعا بشرط الخيار على أن الخيار للشفيع، فإنه يصح شرط الأجنبي، وأيهما، كان لا تسقط شفيعته. وبه قال الشافعي (٣).

وقال أهل العراق: تسقط الشفعة، لأن العقد ما تم إلا به، كما إذا باع بعض حقه لم يجب له الشفعة على المشتري (٤).

دليلنا: أنه لا مانع من جواز شرط الأجنبي، ولا دليل على إسقاط حق الشفيع.

مسألة ٢٦: إذا كان دار بين ثلاثة، فباع أحدهم نصيبه، واشترى أحد الآخرين، استحق الشفعة الذي لم يشتر - على قول من يقول الشفعة على عدد

(١) المجموع ١٤: ٣٥٥، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٧٥ - ٤٧٦.

(٢) بدائع الصنائع ٥: ٢٤ - ٢٥، والفتاوى الهندية ٥: ١٧٦، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٧٥، والشرح الكبير ٥: ٥٤٢، وفتح العزيز ١١: ٤٩٩.

(٣) فتح العزيز ١١: ٥٠٠، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٤٣.

(٤) اللباب ٢: ٦٢، وبدائع الصنائع ٥: ١٣ و ١١٦، وتبيين الحقائق ٥: ٢٥٩، والفتاوى الهندية ٥: ١٦٣، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٤٣.

الرؤوس - وهو أحد وجهي الشافعي (١).
وقال أبو حنيفة وأحد وجهي الشافعي: يستحق الشفعة الذي اشتراه مع
الذي لم يشتر بينهما نصفين (٢).
دليلنا: هو أنه لا يستحق الإنسان الشفعة على نفسه، وقد بينا أن الشفعة
تستحق على المشتري.

مسألة ٢٧: إذا كان الشفيع وكيلا في بيع الشقص الذي يستحق بالشفعة،
لم تسقط بذلك شفيعته، سواء كان وكيل البائع في البيع، أو وكيل المشتري في
الشراء. وبه قال الشافعي (٣).

وقال أهل العراق: إن كان وكيل البائع لم تسقط شفيعته، وإن كان وكيل
المشتري سقطت شفيعته - بناء على أصله أن الوكيل في الشراء ينتقل الملك عن
البائع إليه، ثم عنه إلى الموكل - فلو أخذ بالشفعة استحق على نفسه (٤)، وقد دللنا
نحن على فساد ذلك، وبيننا أن شراء الوكيل يقع عن الموكل، وينتقل الملك إلى
الموكل دون الوكيل.

وأما دليلنا في هذه المسألة هو: أنه لا مانع من وكالته، ولا دلالة على سقوط
حقه من الشفعة.

مسألة ٢٨: إذا حط البائع من الثمن شيئا بعد لزوم العقد واستقرار الثمن، لم
يلحق ذلك بالعقد، ولا يثبت للشفيع، بل هو هبة مجددة للمشتري من البائع.

(١) الأم ٣: ٣، والوجيز ١: ٢١٩، والمجموع ١٤: ٣٢٦، والسراج الوهاج: ٢٧٨، ومغني المحتاج ٢:
٣٠٥.

وفتح العزيز ١١: ٤٣٥ و ٤٧٧، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٢٣ و ٥٢٥، والشرح الكبير ٥: ٤٩٠.
(٢) الأم ٣: ٣، والمجموع ١٤: ٣٢٦، وفتح العزيز ١١: ٤٣٥ و ٤٧٧، والشرح الكبير ٥: ٤٩٠.
(٣) فتح العزيز ١١: ٤٣٤ - ٤٣٥، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٤٣، والبحر الزخار ٥: ٢٥.
(٤) تبين الحقائق ٥: ٢٥٩، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٤٢، والبحر الزخار ٥: ٢٥.

وبه قال الشافعي (١)، سواء كان الحط الكل أو البعض.
وقال أبو حنيفة: إن حط بعض الثمن لحق العقد وسقط عن الشفيع، وإن
حط كله لم يلحق العقد. وقد مضت في البيوع (٢).
دليلنا: أن الثمن إذا استقر فالشفيع إنما يأخذ الشقص بذلك الثمن، فما حط
بعد ذلك فهو هبة مجددة لا دلالة على لحوقها بالعقد، فمن ادعى ذلك فعليه
الدلالة.

مسألة ٢٩: إذا زاد في الثمن زيادة بعد استقرار العقد فهي هبة من المشتري
للبيع، ولا يلزم الشفيع. وبه قال الشافعي (٣).
وقال أبو حنيفة: هذه الزيادة تلحق العقد، ولا تلحق بالشفيع (٤).
دليلنا: أنه لا دليل على لحوق هذه الزيادة بالعقد، فمن ادعى ذلك فعليه
الدلالة ولا يجدها.

مسألة ٣٠: إذا كانت دار بين نفسين، فادعى أجنبي على أحدهما ما في يده
من النصف، فصالحه على ألف، صح صلحه، سواء صالحه على إنكار، أو
صالحه على إقرار، ولا يستحق به الشفعة، لأنه ليس ببيع.
وقال الشافعي: إن كان الصلح على إقرار فهو بيع يستحق به الشفعة، وإن

(١) الوجيز ١: ٢١٧ - ٢١٨، وفتح العزيز ١١: ٤٥٦، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٠٦، والشرح الكبير
٥: ٥٢٢.

(٢) اللباب ٢: ٦٣ - ٦٤، وبدائع الصنائع ٥: ٢٧، والفتاوى الهندية ٥: ١٨٢ - ١٨٣، وتبيين الحقائق
٥: ٢٤٨، والهداية المطبوع في هامش شرح فتح القدير ٧: ٤٢٧، وشرح العناية على الهداية في هامش
شرح فتح القدير ٧: ٤٢٧، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٠٦، وفتح العزيز ١١: ٤٥٦.

(٣) المغني لابن قدامة ٥: ٥٠٦، والشرح الكبير ٥: ٥٢٢.

(٤) اللباب ٢: ٦٤، وبدائع الصنائع ٥: ٢٧، والهداية المطبوع في هامش شرح فتح القدير ٧: ٤٢٧، وشرح
العناية على الهداية في هامش شرح فتح القدير ٧: ٤٢٧، وتبيين الحقائق ٥: ٢٤٨، والمغني لابن قدامة
٥: ٥٠٦، والشرح الكبير ٥: ٥٢٢.

كان على إنكار فالصلح باطل لا يستحق به الشفعة (١).
دليلنا: أن ما يستحق به الشفعة البيع، وهذا ليس بيع، فمن ألحقه بالبيع فعليه الدلالة.

مسألة ٣١: فإن كانت الدار بينهما نصفين، فادعى أجنبي على أحدهما ألف درهم، فصالحه على نصفه من الدار، لا يستحق به الشفعة، سواء كان صلح إقرار أو صلح إنكار.

وقال الشافعي: إن كان صلح إقرار فهو بيع يستحق به الشفعة، وإن كان صلح إنكار فهو باطل لا يستحق به الشفعة (٢).
دليلنا: ما قلناه في المسألة الأولى سواء.

مسألة ٣٢: إذا أخذ الشفيع الشقص فلا خيار للبائع، وللمشتري خيار المجلس بلا خلاف، وهل يثبت للشفيع خيار المجلس أم لا؟ عندنا أنه لا خيار له.

وللشافعي فيه قولان:

أحدهما: مثل ما قلناه، لأنه لا زالة الضرر، فهو مثل الرد بالعين (٣).
والآخر: أن له الخيار مثل المشتري، نص عليه في اختلاف العراقيين (٤).
دليلنا: أنه لا دليل على أن له الخيار، ومن ألحقه بالبيع فعليه الدلالة، لأن القياس عندنا باطل.

(١) المجموع ١٣: ٤٢١، والسراج الوهاج: ٢٣٣ - ٢٣٤، ومغني المحتاج ٢: ١٧٧ و ١٧٩ - ١٨٠،

وفتح

العزیز ١٠: ٣٠٢ و ٣٢٩ - ٣٣٠.

(٢) الأم ٧: ١١٢، وكفاية الأخيار ١: ١٦٧ - ١٦٨، والمجموع ١٣: ٣٨٨ و ٣٩٠، والسراج الوهاج:

- ٢٣٣

٢٣٤، ومغني المحتاج ٢: ١٧٧ و ١٧٩ - ١٨٠.

(٣) المجموع ١٤: ٣٤٢ - ٣٤٣، وفتح العزیز ١١: ٤٤٦.

(٤) المجموع ١٤: ٣٤٢، وفتح العزیز ١١: ٤٤٦.

مسألة ٣٣: إذا وهب شقفا لغيره، سواء كان فوقه أو دونه أو نظيره، فإنه لا يستحق به الشفعة.
وقال الشافعي: إن كانت الهبة لمن هو مثله أو لمن هو دونه فإنه لا يستحق بها الشفعة (١)، لأن الهبة للنظير تودد، ولمن دونه استعطاف، فلا يستحق بهما العوض.
وإن كانت لمن فوقه فهل يثاب عليها، على قولين.
قال في الجديد: لا ثواب فيه (٢). وبه قال أبو حنيفة (٣).
وقال في القديم: يقتضي الثواب (٤). وبه قال في بعض كتبه الجديدة، وهو قول مالك (٥)، فإذا قال: لا يقتضي الثواب فلا شفعة، وإذا قال يقتضي الثواب إما بشرط أو بغير شرط فإنه تثبت فيه الشفعة (٦).
دليلنا: أنه لا دليل على ثبوت الشفعة بالهبة، ومن ادعى أنها تثبت بها فعليه الدلالة، وأيضا عليها إجماع الفرقة، فإنها منصوصة لهم.
مسألة ٣٤: إذا كانت دار بين شريكين، فادعى أحدهما أنه باع نصيبه من أجنبي، وأنكر الأجنبي أن يكون اشتراه، فإنه تثبت الشفعة للشريك. وبه قال عامة أصحاب الشافعي، وهو تفرع المزني (٧).

-
- (١) المجموع ١٥: ٣٨٥ - ٣٨٦، و ٣٩٠، والوجيز ١: ٢٥٠، والسراج الوهاج: ٣٠٩، ومغني المحتاج ٢: ٤٠٤، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٦٧.
(٢) مغني المحتاج ٢: ٤٠٤، والوجيز ١: ٢٥٠، والمجموع ١٥: ٣٨٦، والسراج الوهاج: ٣٠٩.
(٣) أنظر بدائع الصنائع ٦: ١٣٣.
(٤) المجموع ١٥: ٣٨٦، والوجيز ١: ٢٥٠، والسراج الوهاج: ٣٠٩، ومغني المحتاج ٢: ٤٠٤.
(٥) المدونة الكبرى ٦: ١٤٠ و ٤٣٩، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٦٨، والشرح الكبير ٥: ٤٦٣.
(٦) الأم ٤: ٩ و ٧: ١١٥، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٦٨، والشرح الكبير ٥: ٤٦٣، والمجموع ١٥: ٣٨٦ و
٣٩٠، والسراج الوهاج: ٣٠٩، ومغني المحتاج ٢: ٤٠٤ - ٤٠٥، والوجيز ١: ٢٥٠ - ٢٥١.
(٧) المجموع ١٤: ٣٥٢ و ٣٥٥، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٧٦، والشرح الكبير ٥: ٥٣٨.

وقال أبو العباس: لا شفعة، لأنه إنما تثبت بعد ثبوت المشتري (١).
دليلنا: أن البائع أقر بحقين.
أحدهما: حق المشتري.

والثاني: حق الشفيع.
فإذا رد المشتري، ثبت حق الشفيع، كما لو أقر بدار لرجلين فرده أحدهما،
يثبت للآخر حقه.

مسألة ٣٥: على قول من قال من أصحابنا أن الشفعة على عدد الرؤوس (٢)،
إذا كانت دار بين ثلاثة شركاء أثلاثاً، فاشترى أحدهم نصيب أحد
الآخرين، استحق الشفعة المشتري مع الآخر بينهما نصفين، وبه قال أبو حنيفة
وأصحابه، ومالك، وعامة أصحاب الشافعي، وهو الذي نقله المزني (٣).
ومن أصحابه من قال: يأخذ الشفيع بالشفعة، ولا حق للمشتري فيه. وبه
قال الحسن البصري، وعثمان البتي قالوا: لأنه مشتري، فلا يستحق الشفعة
على نفسه (٤)، وهو الذي نصرناه فيما تقدم (٥)، غير أن هذا القول الآخر أقوى.
دليلنا: أنهما تساويا في الشركة الموجودة حين الشراء، فوجب أن لا ينفرد
أحدهما بالشفعة، لأنه لا دليل على ذلك إلا أنه يكون أحدهما ملك نصفه
بالعقد، والآخر بالشفعة يملك نصفه، فعلى هذا سقط دليلهم.
مسألة ٣٦: إذا شج غيره موضحة عمداً أو خطأ، فصولح منها على شقص،

(١) المجموع ١٤: ٣٥٢.

(٢) أنظر المسألة رقم " ١١ و ١٢ " من هذا الكتاب.

(٣) مختصر المزني: ١٢١، والمدونة الكبرى ٥: ٤٦٠ - ٤٦١، والمجموع ١٤: ٣٢٦، وفتح العزيز ١١:
٤٣٥ و

٤٧٧، وشرح العناية على الهداية في هامش شرح فتح القدير ٧: ٤١٤.

(٤) المجموع ١٤: ٣٢٦، وفتح العزيز ١١: ٤٣٥، والمحلى ٩: ٩٧، والبحر الزخار ٥: ٢٥.

(٥) أنظر ما تقدم في المسألة " ١١ و ١٢ " من هذا الكتاب.

صح الصلح إذا كانا عالمين بأرشف الموضحة، ولا يستحق الشفيع أخذها بالشفعة.

وقال الشافعي وأصحابه: إن كانت الإبل موجودة، فهل يصح الصلح أم لا؟ على قولين. وإن كانت معدومة، فعلى قولين في انتقال الأرش إلى القيمة أو إلى مقدر، وعلى الوجهين جميعا يصح الصلح إذا علما القيمة أو المقدار. فكل موضع يصح الصلح تجب الشفعة، وكل موضع لا يصح الصلح لا تجب الشفعة.

دليلنا: أن الشفعة إنما تستحق بعقد الشراء، والصلح ليس بعقد الشراء، فمن ألحقه به فعليه الدلالة.

مسألة ٣٧: إذا باع ذمي شقصا من ذمي بخمر أو خنزير وتقابضا، واستحق عليه الشفعة، أخذ الشفيع بمثل ثمن الخمر أو الخنزير عند أهله. وبه قال أبو حنيفة (١).

وقال الشافعي: لا شفعة ها هنا، لأن الخمر ليس بمال (٢). دليلنا: أن عندهم ذلك مال، وقد أمرنا أن نقرهم على ما يرونه، وهم يرون أن لذلك ثمنا، فوجب إقرارهم عليه. وأيضا لا خلاف في صحة هذا البيع، وإذا كان البيع صحيحا تجب الشفعة.

مسألة ٣٨: لا يستحق الذمي الشفعة على المسلم، سواء اشتراه من مسلم أو

(١) اللباب ٢: ٦٢، وعمدة القاري ١٢: ٧٥، والمبسوط ١٤: ١٦٨، وبدائع الصنائع ٥: ١٦، وتبيين الحقائق ٥: ٢٤٩، والهداية المطبوع في هامش شرح فتح القدير ٧: ٤٣٠، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٥٢، وفتح العزيز ١١: ٤٠٠، والشرح الكبير ٥: ٥٤٥.
(٢) فتح العزيز ١١: ٤٠٠، وبدائع الصنائع ٥: ١٦، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٥٢.

ذمي، وعلى كل حال. وبه قال الشعبي، وأحمد بن حنبل (١).
 وقال أبو حنيفة وأصحابه، ومالك، والشافعي، والأوزاعي: يستحق الذمي
 الشفعة على المسلم مثل المسلم سواء (٢).
 وقال الحسن بن صالح بن حي: لا شفعة له عليه في الأمصار، وله الشفعة
 في القرى (٣).
 دليلنا: قوله تعالى: " ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا " (٤) وذلك
 عام في جميع الأحكام إلا ما خصه الدليل.
 وروى أنس، عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: " لا شفعة لذمي على
 مسلم " (٥) وهذا نص، وعليه إجماع الفرقة المحقة، فإنهم لا يختلفون فيه.
 مسألة ٣٩: إذا اشترى شقصا من دار، وبني مسجدا قبل أن يعلم الشفيع،
 كان للشفيع إبطال تصرفه، ونقض المسجد، وأخذه بالشفعة، وبه قال
 الشافعي، وجميع الفقهاء (٦).

- (١) مسائل أحمد بن حنبل: ٢٠٣، والمحلى ٩: ٩٤، وعمدة القاري ١٢: ٧٥، والمجموع ١٤: ٣١٤،
 والمغني لابن قدامة ٥: ٥٥١، والشرح الكبير ٥: ٥٤٣، وفتح العزيز ١١: ٤٠٠.
 (٢) اللباب ٢: ٥٨، وبدائع الصنائع ٥: ١٦، والهداية المطبوع في هامش شرح فتح القدير ٧: ٤٣٦،
 وتبيين الحقائق ٥: ٢٤٩، والمدونة الكبرى ٥: ٤٥٣، وبلغة السالك لأقرب المسالك ٢: ٢٢٧،
 وجواهر الإكليل ٢: ١٥٧، والمجموع ١٤: ٣١٠ و ٣١٤، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٥١، وفتح العزيز
 ١١: ٤٠٠.
 (٣) عمدة القاري ١٢: ٧٥، والهداية المطبوع في هامش شرح فتح القدير ٧: ٤٣٦، وشرح العناية على
 الهداية بهامش شرح فتح القدير ٧: ٤٣٦.
 (٤) النساء: ١٤١.
 (٥) لم أفد لهذا الحديث في كتب الحديث المتوفرة لدينا. وقد روى البيهقي في سننه ٦: ١٠٨ - ١٠٩
 عن
 أنس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: لا شفعة للنصراني، وعنه أيضا: ليس لليهودي
 والنصراني شفعة.
 (٦) مغني المحتاج ٢: ٣٠٢، والسراج الوهاج: ٢٧٧، والوجيز ١: ٢١٨، وفتح العزيز ١١: ٤٦٧، وتبيين
 الحقائق ٥: ٢٥٠، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٩٠، والشرح الكبير ٥: ٥٠٥، والشرح الصغير في هامش
 بلغة السالك ٢: ٢٣٣.

ولأبي حنيفة روايتان: أحدهما مثل ما قلناه. وبه قال أبو يوسف (١).
والثانية: لا ينقض المسجد (٢).

دليلنا: أن حق الشفيع سابق لتصرفه، لأنه يستحقه حين العقد، وإذا
تصرف بعد ذلك فيه فقد تصرف فيما يستحقه غيره، وذلك لا يصح.
مسألة ٤٠: إذا باع في مرضه المخوف شقفا، وحابى فيه من وارث، صح
البيع ووجبت به الشفعة بالثمن الذي وقع عليه البيع.
وعند الفقهاء يبطل البيع (٣)، لأن المحاباة هبة ووصية، ولا وصية لوارث،
ويبطل البيع في قدر المحاباة، ويكون الشفيع بالخيار بين أن يأخذه أو يتركه
وارثا كان أو غير وارث.

دليلنا: أن هذا بيع صحيح، فمن جعل المحاباة فيه وصية فعليه الدلالة، ولو
صح أنها وصية لكانت الوصية عندنا تصح للوارث على ما سنبينه فيما بعد، فما
يبنى على فساده يجب أن لا يبطل على حال.

مسألة ٤١: إذا وجب له الشفعة، فصالحه المشتري على تركها بعوض، صح
وبطلت الشفعة.

وعند الشافعي لا يصح (٤)، وهل تبطل الشفعة؟ على وجهين (٥).

(١) بدائع الصنائع ٥: ٢٢، وتبيين الحقائق ٥: ٢٥٠، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٩٠، والشرح الكبير
٥: ٥٠٥.

(٢) بدائع الصنائع ٥: ٢٢.

(٣) الوجيز ١: ٢١٦، وبدائع الصنائع ٥: ١٤، والشرح الكبير ٥: ٥٣٥، وفتح العزيز ١١: ٤٣٨ - ٤٣٩.

(٤) الوجيز ١: ٢٢٠، وفتح العزيز ١١: ٤٩٨.

(٥) الوجيز ١: ٢٢١.

دليلنا: قوله صلى الله عليه وآله: " الصلح جائز بين المسلمين " (١) وهذا عام، وتخصيصه يحتاج إلى دليل.

مسألة ٤٢: إذا وجبت الشفعة، فسار إلى المطالبة، فلم يأت المشتري فيطالبه، ولا إلى الحاكم، بل مضى إلى الشهود وأشهد على نفسه بأنه مطالب بالشفعة، لم تبطل شفעתه. وبه قال أبو حنيفة (٢).

وقال الشافعي: تبطل (٣).

دليلنا: أنه قد وجب له الشفعة، وإبطالها يحتاج إلى دليل، ولا دليل يدل على ذلك.

مسألة ٤٣: إذا بلغ الشفيع أن الثمن دنانير فعفى، فكانت دراهم، أو حنطة فكانت شعيرا، لم تبطل شفעתه. وبه قال جميع الفقهاء (٤)، إلا زفر فإنه قال: إن كان الثمن دنانير فبان دراهم سقطت شفעתه، وإن كان حنطة فبان شعيرا لم تسقط (٥) كما قلناه.

دليلنا: أنه قد ثبتت شفעתه، وبطلانها يحتاج إلى دلالة.

(١) سنن ابن ماجه ٢: ٧٨٨ حديث ٢٣٥٣، وسنن الترمذي ٣: ٦٣٤ حديث ١٣٥٢، وسنن أبي داود

٣: ٣٠٤ حديث ٣٥٩٤، وسنن الدارقطني ٣: ٢٧ حديث ٩٧.

(٢) الفتاوى الهندية ٥: ١٧٣، وتبيين الحقائق ٥: ٢٤٤، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير

٧: ٤٢٠، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٧: ٤١٦ و ٤٢٠، والشرح الكبير

٥: ٤٧٤.

(٣) الشرح الكبير ٥: ٤١٦ و ٤٧٤.

(٤) بدائع الصنائع ٥: ١٩، والشرح الكبير ٥: ٤٧٩.

(٥) الشرح الكبير ٥: ٤٧٩، وبدائع الصنائع ٥: ١٩ - ٢٠.

كتاب القراض

(٤٥٧)

مسألة ١: لا يجوز القراض إلا بالأثمان التي هي الدراهم والدنانير. وبه قال أبو حنيفة، ومالك، والشافعي (١).
وقال الأوزاعي وابن أبي ليلى: يجوز بكل شيء يتمول. فإن كان مما له مثل كالحبوب والأدهان يرجع إلى مثله حين المفاصلة والربح جبعده بينهما نصفين. وإن كان مما لا مثل له كالثياب والمتاع والحيوان كان رأس المال قيمته والربح بعد بينهما (٢).
دليلنا: إن ما اخترناه مجمع على جواز القراض به، وليس على جواز ما قالوه دليل.
مسألة ٢: القراض بالفلوس لا يجوز. وبه قال أبو حنيفة، وأبو يوسف، والشافعي (٣).

(١) اللباب ٢: ٧٩، والمبسوط ٢٢: ٢١، وبدائع الصنائع ٦: ٨٢، وتبيين الحقائق ٥: ٥٣، والمدونة الكبرى
٥: ٨٦، وجواهر الإكليل ٢: ١٧١، ومختصر المزني: ١٢٢، والمجموع ١٤: ٣٥٧ و ٣٦١، والوجيز
١: ٢٢١، وكفاية الأختيار ١: ١٨٦، وفتح العزيز ١٢: ٢، والسراج الوهاج: ٢٨٠، ومغني المحتاج
٢: ٣١٠، والفتاوى الهندية ٤: ٢٨٦، والمحلى ٨: ٢٤٧.
(٢) المجموع ١٤: ٣٦١، والمبسوط ٢٢: ٣٣، والمغني لابن قدامة ٥: ١٢٥، والشرح الكبير ٥: ١١٢ -
١١٣،
وتبيين الحقائق ٥: ٥٣، والفتاوى الهندية ٤: ٢٨٥ - ٢٨٦، وبداية المجتهد ٢: ٢٣٤.
(٣) المبسوط ٢٢: ٢١، وبدائع الصنائع ٦: ٨٢، والفتاوى الهندية ٤: ٢٨٦، وتبيين الحقائق ٥: ٥٣،
والمجموع ١٤: ٣٥٧، وفتح العزيز ١٢: ٢، والوجيز ١: ٢٢١، والسراج الوهاج: ٢٨٠، ومغني المحتاج
٢: ٣١٠، وبداية المجتهد ٢: ٢٣٥، والمغني لابن قدامة ٥: ١٢٦، والشرح الكبير ٥: ١١٤، والبحر الزخار
٥: ٨١.

وقال محمد: هو القياس، إلا أنني أجيزه استحساناً، لأنها ثمن الأشياء في بعض البلاد (١).

دليلنا: أن ما قلناه مجمع على جواز القراض به، وما ذكروه ليس عليه دليل، والاستحسان عندنا باطل.

مسألة ٣: لا يجوز القراض بالورق المغشوش، سواء كان الغش أقل أو أكثر أو سواء، وبه قال الشافعي (٢).

وقال أبو حنيفة: إن كانا سواء أو كان الغش أقل جاز، وإن كان الغش أكثر لم يجز (٣). بناه على أصله في الزكاة، وقد مضى الكلام عليه. دليلنا: ما قلناه في المسألة الأولى سواء.

مسألة ٤: إذا كان القراض فاسداً، استحق العامل أجره المثل على ما يعمله، سواء كان في المال ربح أو لم يكن. وبه قال الشافعي (٤).

وقال مالك: إن كان في المال ربح فله أجره مثله، وإن لم يكن ربح فلا شيء له (٥).

دليلنا: أنه عمل بإذن صاحب المال، فإذا لم يصح له ما قارضه عليه كان له

-
- (١) المبسوط ٢٢ : ٢١، وبدائع الصنائع ٦ : ٨٢، والفتاوى الهندية ٤ : ٢٨٦، وتبيين الحقائق ٥ : ٥٣، وبداية المجتهد ٢ : ٢٣٥، والمغني لابن قدامة ٥ : ١٢٦، والشرح الكبير ٥ : ١١٤، والبحر الزخار ٥ : ٨١.
- (٢) المجموع ١٤ : ٣٦٢، وكفاية الأخيار ١ : ١٨٦، والوجيز ١ : ٢٢١، وفتح العزيز ١٢ : ٢، والسراج الوهاج:
- ٢٨٠، ومغني المحتاج ٢ : ٣١٠، والمغني لابن قدامة ٥ : ١٢٦، والشرح الكبير ٥ : ١١٣، والبحر الزخار ٥ : ٨١.
- (٣) المجموع ١٤ : ٣٦٢، والمغني لابن قدامة ٥ : ١٢٦، والشرح الكبير ٥ : ١١٣، والبحر الزخار ٥ : ٨١.
- (٤) الأم ٦ : ٤، والمجموع ١٤ : ٣٦٨، وفتح العزيز ١٢ : ٢٩، والسراج الوهاج: ٢٨١، ومغني المحتاج ٢ : ٣١٥، والوجيز ١ : ٢٢٣، وفتح المعين: ٨٠، وبداية المجتهد ٢ : ٢٤٠، والشرح الكبير ٥ : ١٣٦.
- (٥) بداية المجتهد ٢ : ٢٤١، وبلغة السالك ٢ : ٢٤٨، والخرشي ٦ : ٢٠٧، والشرح الكبير ٥ : ١٣٧، وفتح العزيز ١٢ : ٢٩.

أجرة المثل، لأنه دخل على أن يكون له المسمى في مقابلة عمله.
مسألة ٥: ليس للعامل أن يسافر بمال القراض بغير إذن رب المال. وبه قال الشافعي (١).

وقال أبو حنيفة ومالك: له ذلك (٢).

وللشافعي في البويطي ما دل على ذلك (٣).

قال أصحابه: لا يجيء ذلك على مذهبه (٤).

وبنى أبو حنيفة ومالك ذلك على الوديعة، وأن له أن يسافر بها (٥).

وعندنا أنه ليس له ذلك في الوديعة أيضا.

دليلنا: إجماع الفرقة، وأيضا الأصل أنه ليس له ذلك، لأنه تصرف في مال

الغير، وإثبات ذلك وإجازته يحتاج إلى دليل، وإلى إذنه ولم يوجد.

مسألة ٦: إذا سافر بإذن رب المال كان نفقة السفر من المأكل والمشروب

والملبوس من مال القراض.

(١) المجموع ١٤: ٣٧٣ و ٣٧٧، والسراج الوهاج: ٢٨٢، والوجيز ١: ٢٢٤، وكفاية الأخيار ١: ١٨٧،

ومغني

المحتاج ٢: ٢١٧، وفتح المعين: ٨٠، وفتح العزيز ١٢: ٥٠، والمغني لابن قدامة ٥: ١٥١، والشرح

الكبير ٥: ١٤٦، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٧: ٩٣.

(٢) الباب ٢: ٨٠، والمبسوط ٢٢: ٢٠ و ٣٩، وتبيين الحقائق ٥: ٥٧ و ٧٠، والمدونة الكبرى ٥: ١١٩،

وجواهر الإكليل ٢: ١٧٥، والخرشي ٦: ٢١٠، وفتح الرحيم ٢: ١٣٤، وبدائع الصنائع ٦: ٨٨،

وشرح فتح القدير ٧: ٦٣، والمغني لابن قدامة ٥: ١٥١، والشرح الكبير ٥: ١٤٦، والمجموع ١٤: ٣٧٣،

وفتح العزيز ١٢: ٥٠، والبحر الزخار ٥: ٨٣.

(٣) فتح العزيز ١٢: ٥٠.

(٤) السراج الوهاج: ٢٨٢، وحاشية إعانة الطالبين ٣: ١٠٢ وفتح العزيز ١٢: ٥٠ - ٥١.

(٥) الباب ٢: ١٤٧، وشرح فتح القدير ٧: ٩٣، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٧: ٩٣، وشرح

العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٧: ٩٣، والفتاوى الهندية ٤: ٣٤١ - ٣٤٢، وتبيين

الحقائق ٥: ٧٩، والمدونة الكبرى ٦: ١٤٤ - ١٤٥، والمجموع ١٤: ١٨٧.

وللشافعي فيه ثلاثة أوجه:
أحدها: لا ينفق كالحضر.
والثاني: ينفق كمال نفقته. كما قلناه.
والثالث: ينفق القدر الزائد على نفقة الحضر لأجل السفر (١).
دليلنا إجماع الفرقة وأخبارهم (٢).
مسألة ٧: إذا أعطاه ألفين، وقال: ما رزق الله تعالى من الربح كان لي ربح
ألف ولك ربح ألف، كان جائزا. وبه قال أبو حنيفة وأبو ثور (٣).
وقال أبو العباس بن سريج: هذا غلط، لأنه شرط لنفسه ربح ألف
لا يشاركه العامل فيه، وكذلك العامل فكان باطلا، كما لو تميز الألفان (٤).
دليلنا: أنه لا مانع من ذلك، والأصل جوازه.
وقوله صلى الله عليه وآله: "المؤمنون عند شروطهم" (٥) يدل عليه.
وأیضا فلا فرق بين أن يقول: ربح الألفين بيننا. وبين أن يقول: ربح ألف
لي وربح ألف لك. لأنهما غير متميزين، ومن حمل لك على المتميزين كان
قايسا، وذلك لا يجوز عندنا.
مسألة ٨: إذا دفع إليه مالا قراضا، وقال له: اتجر به، أو قال له: إصنع

-
- (١) أنظر مختصر المزني: ١٢٢، والمجموع ١٤: ٣٧٢ و ٣٧٧، وكفاية الأخبار ١: ١٨٧، وفتح المعين: ٨٠،
والوجيز ١: ٢٢٤، وفتح العزيز ١٢: ٥٣، ومغني المحتاج ٢: ٣١٧، والسراج الوهاج: ٢٨٢، وبداية
المجتهد ٢: ٢٣٨، والمحلى ٨: ٢٤٨، والشرح الكبير ٥: ١٦٣ - ١٦٤.
(٢) الكافي ٥: ٢٤١ حديث ٥ و ٩، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٤٤ حديث ٦٣٥، والتهذيب ٧: ١٩١
حديث ٨٤٧.
(٣) المبسوط ٢٢: ٣٢، وتبيين الحقائق ٥: ٦٥.
(٤) فتح العزيز ١٢: ٢٢.
(٥) التهذيب ٧: ٣٧١ حديث ١٥٠٣، والاستبصار ٣: ٢٣٢ حديث ٨٣٥، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٨٤،
والشرح الكبير ٤: ٣٨٦، وتلخيص الحبير ٣: ٢٣ و ٤٤.

ما ترى، أو: تصرف كيف شئت. فإنه يقتضي أن يشتري بثمن مثله نقدا بنقد البلد. وبه قال الشافعي (١).
 وخالفه أبو حنيفة في الثلاثة، وقال: له أن يشتري بثمن مثله، وبأقل، وبأكثر، ونقدا ونسيئة، وبغير نقد البلد (٢).
 دليلنا: أن ما ذكرناه مجمع على جوازه، وما ذكره ليس على جوازه دليل، والأصل المنع منه، لأنه تصرف في ملك الغير.
 مسألة ٩: إذا اشترى العامل في القراض أباه بمال القراض، فإن كان في المال ربح انعتق منه بقدر نصيبه من الربح، واستسعى في باقي ذلك لرب المال، وينفسخ القراض إذا كان معسرا، وإن كان معسرا قوم عليه بقيمته لرب المال، وسواء كان الربح ظاهرا أو يحتاج إلى أن يقوم ليعلم أن فيه ربحا. وللشافعي فيه قولان:
 أحدهما: مثل ما قلناه، أنه ينعتق بمقدار نصيبه، ويلزم شراء الباقي إن كان موسرا. قال: وإن كان معسرا يبقى بقيته رقا لرب المال.
 والقول الثاني: إن الشراء باطل (٣).
 دليلنا: إجماع الفرقة المحقة وأخبارهم (٤).
 مسألة ١٠: إذا فسح رب المال القراض، وكان في المال نسيء، باعه العامل بإذن رب المال نسيئة، لزمه أن يجبيه، سواء كان فيه ربح أو لم يكن فيه

-
- (١) المجموع ١٤: ٣٧٦، وفتح العزيز ١٢: ٣٢، والشرح الكبير ٥: ١٤٦.
 (٢) اللباب ٢: ٨٥، والمبسوط ٢٢: ٣٨، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٧: ٧٩، والهداية المطبوع في هامش فتح القدير ٧: ٧٩، وبدائع الصنائع ٦: ٨٧، والفتاوى الهندية ٤: ٢٩٢، وتبيين الحقائق ٥: ٥٧، والشرح الكبير ٥: ١٤٤.
 (٣) المجموع ١٤: ٣٧٨، والوجيز ١: ٢٢٣، وفتح العزيز ١٢: ٣٩ - ٤٠، والبحر الزخار ٥: ٨٤.
 (٤) الكافي ٥: ٢٤١ حديث ٨، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٤٤ حديث ٦٣٣، والتهذيب ٧: ١٩٠، والتهذيب ٧: ١٩٠ حديث ٨٤١.

ربح. وبه قال الشافعي (١).
 وقال أبو حنيفة إن كان فيه ربح كما قلناه. وإن لم يكن فيه ربح لم
 يلزمه (٢).
 دليلنا: أن على العامل رد المال كما أخذه، وإذا أخذه ناضا (٣) وجب عليه
 أن يرده مثله.
 مسألة ١١: إذا أعطاه قراضا على أن يكون الربح بينهما، فحال الحول
 وهو ألفان، فعند أكثر أصحابنا لا زكاة على واحد منهما، لأنه لا زكاة في مال
 التجارة (٤).
 وفي أصحابنا من قال: يجب فيه الزكاة (٥).
 وعلى قول الأولين: فيه الزكاة استحبابا، فعلى القولين الفائدة لا تضم إلى
 الأصل، بل يراعى الحول منفردا في الفائدة، كما يراعى في الأصل، فعلى هذا
 لا زكاة في الفائدة على واحد منهما، وزكاة الأصل على رب المال.
 وخالف جميع الفقهاء في ذلك على ما مضى في كتاب الزكاة، وقالوا: في
 مال التجارة الزكاة، والفائدة تضم إلى الأصل (٦).

-
- (١) المجموع ١٤: ٣٨٥، والسراج الوهاج: ٢٨٣، ومغني المحتاج ٢: ٣٢٠، وفتح العزيز ١٢: ٧٣،
 والمغني
 لابن قدامة ٥: ١٨٠، والشرح الكبير ٥: ١٧٢.
- (٢) اللباب ٢: ٨٤، والمبسوط ٢٢: ٧٠ - ٧١، والهداية المطبوع في هامش شرح فتح القدير ٧: ٧٧ -
 ٧٨،
- وتبيين الحقائق ٥: ٦٨، والمغني لابن قدامة ٥: ١٨٠، والشرح الكبير ٥: ١٧٢، وفتح العزيز ١٢: ٧٣.
- (٣) نض المال ينض، إذا تحول نقدا بعد أن كان متاعا. أنظر النهاية لابن الأثير ٥: ٧٢ مادة "نضض".
- (٤) حكى العلامة الحلبي في المختلف - (كتاب الزكاة) ص: ٨ - هذا القول عن الشيخ المفيد والسيد
 المرتضى وابن عقيل وأبي الصلاح وابن البراج وسلا، لكن يستفاد من المقنعة: ٤٠، والانتصار:
 ٧٨، والكافي لأبي الصلاح: ١٦٥ أنهم قالوا بالاستحباب فلاحظ.
- (٥) وهو قول ابني بابويه كما في المختلف: ٨ من كتاب الزكاة، والمقنعة: ٥٢ فلاحظ أيضا.
- (٦) تقدمت الإشارة إليه في الجزء الثاني من كتاب هذا ص ٩١، مسألة "١٠٦" فلاحظ.

وعلى من تجب الزكاة؟ للشافعي فيه قولان:
أحدهما: تجب زكاة الكل على رب المال إذا قال أن العامل لا يملك الربح بالظهور، وإنما يملكه بالمقاسمة. وبه قال أكثر أهل العراق، واختاره المزني، وهو أضعف القولين (١).
والقول الثاني: أن على رب المال زكاة الأصل، وزكاة حصته من الربح، وعلى العامل زكاة ما يخصه من الربح (٢).
دليلنا إجماع الفرقة، ولأن الأصل براءة الذمة، وإيجاب الزكاة في الذمة أو المال يحتاج إلى دليل.
مسألة ١٢: إذا قال: خذ هذا المال قراضا على أن يكون الربح كله لي. كان ذلك قراضا فاسدا، ولا يكون بضاعة. وبه قال الشافعي (٣).
وقال أبو حنيفة: يكون هذا بضاعة (٤).
دليلنا: أن لفظ القراض يقتضي أن يكون الربح بينهما، فإذا شرط الربح لنفسه كان فاسدا، كما لو شرط الربح للعامل.
مسألة ١٣: إذا كان العامل نصرانيا، فاشتري بمال القراض خمرا أو خنزيرا، أو باع خمرا، مثل أن كان عصيرا فاستحال خمرا فباعه، كان جميع ذلك باطلا. وبه قال الشافعي (٥).

-
- (١) المجموع ٦: ٧٠ - ٧١، وفتح العزيز ٦: ٥٩ - ٦٠ و ١٢: ٥٦.
(٢) الأم ٢: ٤٩، ومختصر المزني: ١٢٢ والمجموع ٦: ٧٠ - ٧١، وفتح العزيز ٦: ٦٠، والوجيز ١: ٩٦ و ٢٢٤.
(٣) المجموع ١٤: ٣٦٨، والوجيز ١: ٢٢٣، وكفاية الأخبار ١: ١٨٧، ومغني المحتاج ٢: ٣١٢، والسراج
الوهاب: ٢٨٠، وفتح العزيز ١٢: ١٩، والشرح الكبير ٥: ١٣٢، والحجر الزخار ٥: ٨٢.
(٤) المبسوط ٢٢: ٢٤، والفتاوى الهندية ٤: ٢٨٨، والمغني لابن قدامة ٥: ١٤٤ - ١٤٥، والشرح الكبير ٥: ١٣٢.
(٥) مختصر المزني: ١٢٣، والمغني لابن قدامة ٥: ١٦٢، والشرح الكبير ٥: ١٥٥.

وقال أبو حنيفة: البيع والشراء صحيحان (١).
وقال أبو يوسف ومحمد: الشراء صحيح والبيع باطل (٢).
والفصل بينهما أن الوكيل يملك أولا عندهم، ثم ينتقل المال عنه إلى الموكل.
فإذا كان العامل نصرانيا صح أن يملك الخمر، فصح الشراء، وليس كذلك
البيع، لأن الملك ينتقل عن الموكل إلى المشتري، ولا يملك الوكيل شيئا في
الوسط، فلهذا لم يصح.
دليلنا أن هذه الأشياء محرمة بلا خلاف، وجواز التصرف في المحرمات يحتاج
إلى دلالة.

وروي عن النبي عليه السلام أنه قال: " إن الله تعالى حرم الكلب وحرم
ثمنه، وحرم الخمر وحرم ثمنها " (٣).

مسألة ١٤: إذا قال اثنان لواحد: خذ هذا المال قراضا ولك النصف من
الربح، ثلثه من مال هذا، وثلثاه من مال الآخر، والنصف الباقي بيننا نصفين.
قال الشافعي: القراض فاسد (٤).

وقال أبو حنيفة وأبو ثور: يصح، ويكون على ما شرطاه، لأنهما قد جعلاه
نصف جميع المال، فكان الباقي بينهما على ما شرطاه (٥).

(١) المبسوط ٢٢: ٦٠ و ١٢٥، والفتاوى الهندية ٤: ٣٣٣، والمغني لابن قدامة ٥: ١٦٢، والشرح الكبير
١٥٥: ٥.

(٢) المبسوط ٢٢: ٦٠، والمغني لابن قدامة ٥: ١٦٢، والشرح الكبير ٥: ١٥٥.

(٣) لم أفد لهذا الحديث باللفظ المذكور في الكتب المتوفرة لدي مكان، ولكن ورد التحريم في أحاديث
مختلفة الألفاظ والأسانيد راجع كنز العمال ٤: ٨٠ - ٨١، حديث ٩٦٢٢ و ٩٦٣١.

(٤) فتح العزيز ١٢: ٢٨، والمغني لابن قدامة ٥: ١٤٦، والشرح الكبير ٥: ١٣٤ - ١٣٥.

(٥) المبسوط ٢٢: ٣٠، والفتاوى الهندية ٤: ٢٨٩، والمغني لابن قدامة ٥: ١٤٦، والشرح الكبير ٥: ١٣٤.

١٣٥، وفتح العزيز ١٢: ٢٨.

وقال أصحاب الشافعي: هذا غلط، لأن أحدهما، إذا شرط الثلث والآخر الثلثين بقي نصف الربح لهما وهو تسعة مثلاً، وكان من سبيله أن يكون لأحدهما منه ستة وللآخر ثلاثة، فإذا شرطاه نصفين أخذ أحدهما فضلاً عن شريكه بحق ماله سهمًا ونصف سهم، لأنه كان يستحق ثلاثة من تسعة فأخذ أربعة ونصف سهم من تسعة، وهذا لا يجوز.

والذي يقتضيه مذهبنا أنه لا يمنع من صحة هذا الشرط مانع. والنبي صلى الله عليه وآله قال: "المؤمنون عند شروطهم" (١).

ولأن الأصل جوازه، والمنع يحتاج إلى دليل.

مسألة ١٥: إذا دفع إليه ألفاً للقراض، فاشترى به عبداً للقراض، فهلك الألف قبل أن يدفعه في ثمنه، اختلف الناس فيه على ثلاثة مذاهب. فقال أبو حنيفة ومحمد: يكون المبيع لرب المال، وعليه أن يدفع إليه ألفاً غير الأول ليقضي به دينه، ويكون ألف الأول والثاني قراضاً، وهما معا رأس المال (٢).

وقال مالك: رب المال بالخيار بين أن يعطيه ألفاً غير الأول ليقضي به الدين ويكون الألف الثاني رأس المال دون الأول، أو لا يدفع إليه شيئاً فيكون المبيع للعامل والتمن عليه (٣).

ونقل البويطي عن الشافعي أن المبيع للعامل، والتمن عليه، ولا شيء على

(١) التهذيب ٧: ٣٧١ حديث ١٥٠٣، والاستبصار ٣: ٢٣٢ حديث ٨٣٥، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٨٤، والشرح الكبير ٤: ٣٨٦، وتلخيص الحبير ٣: ٢٣ و ٤٤.

(٢) المبسوط ٢٢: ١٦٨ - ١٦٩، والهداية المطبوع في هامش شرح فتح القدير ٧: ٨٤، وشرح العناية على

الهداية بهامش شرح فتح القدير ٧: ٨٤، والفتاوى الهندية ٤: ٣١٩، وتبيين الحقائق ٥: ٧٤، والمغني لابن قدامة ٥: ١٨٣، وبداية المجتهد ٢: ٢٣٩، وفتح العزيز ١٢: ٧٠.

(٣) المدونة الكبرى ٥: ١٠٢، وبداية المجتهد ٢: ٢٣٩، وفتح العزيز ١٢: ٧٠.

رب المال، وهو اختيار أبي العباس، وهو الذي يقوى في نفسي (١). وفي أصحابه من قال بمثل قول أبي حنيفة، إلا أنه قال: كلما دفع إليه ألفا وهلكت لزمه أن يدفع إليه ألفا آخر (٢). وأبو حنيفة: إذا هلكت الألف الثانية لم يلزمه شيء آخر (٣). دليلنا: أنه لا يخلو أن يكون الألف تلف قبل الشراء أو بعده، فإن كان التلف قبل الشراء وقع الشراء للعامل، لأنه اشتراه بعد زوال القراض، وإن كان التلف بعد الشراء فالبيع وقع لرب المال وعليه أن يدفع الثمن من ماله الذي سلمه إليه، فإذا هلك المال تحول الملك إلى العامل، وكان الثمن عليه، لأن رب المال إنما فسخ للعامل في التصرف في ألف إما أن يشتريه به بعينه أو في الذمة، وينقد منه ولم يدخل على أن يكون له في القراض أكثر منه. مسألة ١٦: ليس للعامل أن يبيع بالدين إلا بإذن رب المال. وبه قال الشافعي (٤). وقال أبو حنيفة: له ذلك (٥). دليلنا: أن الأصل أنه لا يجوز له ذلك، لأنه تصرف في مال الغير، فإجازته

-
- (١) المجموع ١٤ : ٣٨٨، وفتح العزيز ١٢ : ٦٩.
(٢) المجموع ١٤ : ٣٨٨ - ٣٨٩، وفتح العزيز ١٢ : ٦٩، والمغني لابن قدامة ٥ : ١٨٣.
(٣) أنظر المصادر التي أشرنا إليها في الهامش رقم " ١ ".
(٤) مختصر المزني: ١٢٢، والوجيز ١ : ٢٢٣، والسراج الوهاج: ٢٨١، ومغني المحتاج ٢ : ٣١٥، وفتح العزيز
١٢ : ٣٢، وحاشية إعانة الطالبين ٣ : ١٠٢، والمغني لابن قدامة ٥ : ١٥٠، والشرح الكبير ٥ : ١٤٤،
وبداية المجتهد ٢ : ٢٣٩، والبحر الزخار ٥ : ٨٥.
(٥) اللباب ٢ : ٨٥، والمبسوط ٢٢ : ٣٨، وبداية المجتهد ٢ : ٢٣٩، وبدائع الصنائع ٦ : ٨٧ - ٨٨، وشرح
فتح
القدير ٧ : ٦٣ و ٧٩، والهداية المطبوع في هامش شرح فتح القدير ٧ : ٦٣ و ٧٩ وشرح العناية على
الهداية بهامش شرح فتح القدير ٧ : ٦٣ و ٧٩، والفتاوى الهندية ٤ : ٢٩٤، وتبيين الحقائق ٥ : ٥٧،
والأشباه والنظائر: ٢٦٢، والمغني لابن قدامة ٥ : ١٥٠، والشرح الكبير ٥ : ١٤٤.

تحتاج إلى دليل.
مسألة ١٧: لا يصح القراض إذا كان رأس المال جزافا. وبه قال
الشافعي (١).
وقال أبو حنيفة: يصح القراض ويكون القول قول العامل حين المفاصلة،
وإن كان مع كل واحد منهما بينة قدمت بينة رب المال (٢).
دليلنا: أن القراض عقد شرعي يحتاج إلى دليل شرعي، وليس في الشرع
ما يدل على صحة هذا القراض، فوجب بطلانه.
مسألة ١٨: إذا قال خذ ألفا قراضا على أن لك نصف ربحها. صح
بلا خلاف. وإن قال: على أن لك ربح نصفها. كان باطلا. وبه قال الشافعي
وأصحابه (٣).
وقال أبو ثور: هو جائز. وحكى ذلك أبو العباس عن أبي حنيفة (٤).
دليلنا: أن ما قلناه مجمع على جوازه، ولا دليل على جواز ما قالوه. وإن قلنا
بقول أبي ثور كان قويا، لأنه لا فرق بين اللفظين.

-
- (١) الأم ٤ : ٨، والمجموع ٣٥٨، والوجيز ١ : ٢٢١، وفتح العزيز ١٢ : ٧، والمغني لابن قدامة ٥ : ١٩١
والشرح
الكبير ١٥ : ١٤١، والبحر الزخار ٥ : ٨١.
(٢) الفتاوى الهندية ٤ : ٣٢٤، وتبيين الحقائق ٥ : ٥٧، والمغني لابن قدامة ٥ : ١٩١، والشرح الكبير
٥ : ١٤١، وبداية المجتهد ٢ : ٢٤١، وفتح العزيز ١٢ : ٧، والبحر الزخار ٥ : ٨١.
(٣) المغني لابن قدامة ٥ : ١٤٩، والشرح الكبير ٥ : ١١٧.
(٤) المبسوط ٢٢ : ٢٣، والمغني لابن قدامة ٥ : ١٤٩، والشرح الكبير ٥ : ١١٧.

كتاب المساقاة

(٤٧١)

مسألة ١: المساقاة جائزة وبه قال الصحابة أبو بكر، وعمر. وفي التابعين سعيد بن المسيب، وسالم بن عبد الله بن عمر، وفي الفقهاء مالك، والشافعي، والأوزاعي، وأبو يوسف، ومحمد، وأحمد، وإسحاق (١).
وانفرد أبو حنيفة بأن المساقاة لا تجوز، قياساً على المخابرة (٢).
دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٣)، ولأن الأصل جواز ذلك، والمنع يحتاج إلى دليل.
وروى أحمد بن حنبل، عن يحيى بن سعيد (٤)، عن عبيد الله، عن نافع،

(١) المجموع ١٤: ٤٠٢، وكفاية الأختيار ١: ١٨٩، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٥٦، والشرح الكبير ٥: ٥٥٤

وبداية المجتهد ٢: ٢٤٢، والمصنف لعبد الرزاق ٨: ٩٨ حديث ١٤٤٦٨، وسبل السلام ٣: ٩١٧،
والأم ٤: ١١، ومختصر المزني: ١٢٣، والمحلى ٨: ٢٢٩، واللباب ٢: ١٨٢، وبدائع الصنائع ٦: ١٨٥،
والفتاوى الهندية ٥: ٢٨٧، وفتح العزيز ١٢: ١٠٠ - ١٠١، ونيل الأوطار ٦: ٨.
(٢) اللباب ٢: ١٨٢، والمبسوط ٢٣: ١٧، والمحلى ٨: ٢٢٩، وبدائع الصنائع ٦: ١٨٥، والفتاوى الهندية
٥: ٢٧٨، وتبيين الحقائق ٥: ٢٨٤، وبداية المجتهد ٢: ٢٤٢، والمجموع ١٤: ٤٠٢، والمغني لابن قدامة
٥: ٥٥٦، والشرح الكبير ٥: ٥٥٤، وسبل السلام ٣: ٩١٨.
(٣) الكافي ٥: ٢٦٦ حديث ١ و ٢ و ٢٦٨ حديث ٢، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٥٤ حديث ٦٧٨،
والتهذيب ٧: ١٩٨ حديث ٨٧٦.

(٤) أبو سعيد يحيى بن فروخ القطان التميمي البصري الأحول، روى عن عبيد الله بن عمر،
ويحيى بن سعيد الأنصاري وهشام بن عروة وغيرهم وعنه جمع كثير منهم أبو بكر بن أبي شيبة وأبو خيثمة
وبشر بن الحكم وصدقة بن الفضل مات سنة ١٩٨ هجرية. تهذيب التهذيب ١١: ٢١٦ - ٢٢٠.

عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وآله عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج من ثمر أو زرع (١).

وروى محمد بن إسحاق، عن نافع، عن ابن عمر، عن أبيه، قال: ساقى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يهود خيبر على تلك الأموال، وذلك بالشطر وسهامهم معلومة، قال: إذا شئنا أخرجناكم (٢).

وروى ميمون بن مهران عن مقسم (٣)، عن ابن عباس قال: افتتح رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم خيبر واشترط عليهم أن له الأرض وكل صفراء وبيضاء. فقال أهل خيبر: نحن أعلم بالأرض منكم، فاعطناها على أن لكم نصف الثمرة ولنا النصف من ذلك، فزعم أنه أعطاهم على ذلك، فلما كان حين يصرم النخل بعث إليهم عبد الله بن رواحة (٤) فحرز عليهم النخل، وهو الذي يسميه أهل المدينة الخرص، فقال في ذه كذا وكذا، فقالوا: أكثرت علينا يا ابن رواحة، قال: فأنا آتي جذاذ النخل وأعطيكم نصف الذي قلت، قالوا: هذا هو

(١) صحيح البخاري ٣: ١٣٧ (باب المزارعة بالشطر ونحوه)، وصحيح مسلم ٣: ١١٨٦ حديث ١ و ٢، وسنن ابن ماجة ٢: ٨٢٤، حديث ٢٤٦٧، وسنن أبي داود ٣: ٢٦٢، حديث ٣٤٠٨، وتلخيص الحبير ٣: ٥٩ حديث ١٢٧٩، والسنن الكبرى ٦: ١٣٣ و ١١٥.

(٢) سنن الدارقطني ٣: ٣٨ حديث ١٥٤.

(٣) مقسم بن بكرة، ويقال: ابن نجدة، أبو القاسم، ويقال: أبو العباس، مولى عبد الله بن الحارث بن نوفل، ويقال له مولى ابن عباس للزومه له. روى عن ابن عباس وعبد الله بن الحارث بن نوفل وعبد الله بن عمرو بن العاص وغيرهم وعنه ميمون بن مهران والحكم بن عتيبة وخصيف وغيرهم مات سنة إحدى ومائة. تهذيب التهذيب ١٠: ٢٨٨.

(٤) عبد الله بن رواحة بن ثعلبة بن امرئ القيس بن عمرو بن امرئ القيس الأكبر بن مالك بن كعب ابن الخزرج بن الحارث الخزرجي، أبو محمد، ويقال: أبو رواحة، ويقال: أبو عمرو المدني، شهد بدرًا والعقبة وهو أحد النقباء وأحد الأمراء في غزوة مؤتة وبها قتل. وكان موته في جمادى الأولى سنة ٨ للهجرة. روى عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم وعن بلال المؤذن وروى عنه ابن أخته النعمان بن بشير وأبو هريرة وابن عباس وغيرهم.

الحق وبه تقوم السماء والأرض، فقد رضينا أن نأخذه بالذي قلت (١).
وقال أبو الزبير (٢): سمعت جابرا يقول: خرصها ابن رواحة أربعين ألف
وسق، وزعم أن اليهود لما خيروهم ابن رواحة، أخذوا الثمر وعليهم عشرون ألف
وسق (٣).

فدلت هذه الأخبار على جواز المساقاة، لأنه قال في الأول: عامل أهل خيبر
بشطر ما يخرج من ثمر أو زرع، وفي الثاني قال: ساقى بشطر. وفي الثالث قال:
طلبوا منه أن يعطيهم ليكون بينهم نصفين فأجابهم إلى ذلك.

وروى نافع عن ابن عمر أنه قال: دفع رسول الله صلى الله عليه وآله خيبر
إلى أهلها بالشطر، فلم تزل في أيديهم حياة رسول الله صلى الله عليه وآله،
وحياة أبي بكر، وحياة عمر، ثم بعث بي عمر إليهم لاقسم عليهم، فسحروني
فتكوعت يدي، فانتزعتها من أيديهم (٤).

فثبت في هذا سنة رسول الله صلى الله عليه وآله وإجماع الصحابة، فإن
أبا بكر أقرها في أيديهم وكذا عمر، وإنما انتزعتها من أيديهم بجنابة كانت منهم،
فإن كانت مسألة يدعى فيها الإجماع فهذه.

مسألة ٢: يجوز المساقاة في النخل والكرم. وبه قال كل من أجاز
المساقاة (٥).

-
- (١) سنن أبي داود ٣: ٢٦٣ حديث ٣٤١٠ و ٣٤١٢، والسنن الكبرى ٦: ١١٥.
(٢) أبو الزبير، محمد بن مسلم بن تدرس الأسدي مولا هم المكي. روى عن العبادلة الأربعة وعن عائشة
وجابر وأبي الطفيل وغيرهم وعنه عطاء والزهري والأعمش وابن جريج وغيره قيل أنه مات سنة
ست وعشرين ومائة.
(٣) سنن أبي داود ٣: ٢٦٤ حديث ٣٤١٥.
(٤) روى عبد الرزاق في مصنفه ٨: ٩٨ حديث ١٤٤٦٨ عن ابن المسيب بنحو ما تقدم فلاحظ.
(٥) تقدمت الإشارة إلى القائلين بجواز المساقاة الأولى فلاحظ.

وخالف داود وقال: لا يجوز، إلا في النخل خاصة، لأن الخبر به ورد (١).
دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٢)، ولأن الأمة بين قائلين، قائل أجازها في
الجميع ومنع منعها في الجميع، فمن فرق بينهما فقد خالف الإجماع.
مسألة ٣: يجوز المساقاة فيما عدا النخل والكرم من الأشجار.
وللشافعي فيه قولان:

قال في القديم: يجوز ذلك. وبه قال أكثر من أجاز المساقاة: مالك،
وأبو يوسف، ومحمد. وزاد أبو يوسف فقال: تجوز المساقاة على البقل الذي يجر
جزء بعد جزء (٣). وكذلك نقول.

وقال في الجديد: لا يجوز المساقاة على ما عدا النخل والكرم (٤).
دليلنا إجماع الفرقة، وأيضا الأصل جوازه، والمنع يحتاج إلى دليل.
وروى نافع، عن ابن عمر قال: عامل رسول الله صلى الله عليه وآله أهل
خيبر بالشطر مما يخرج من النخل والشجر (٥). وهذا عام في سائر الأشجار.
مسألة ٤: يجوز أن يعطي الأرض غيره ببعض ما يخرج منها، بأن يكون منه
الأرض والبذر، ومن المتقبل القيام بها بالزراعة والسقي ومراعاتها.

-
- (١) المغني لابن قدامة ٥: ٥٥٦، والشرح الكبير ٥: ٥٥٤، وبداية المجتهد ٢: ٢٤٣، والمجموع ١٤: ٤٠٠.
- (٢) الكافي ٥: ٢٦٨ حديث ٢، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٥٤ حديث ٦٧٨، ودعائم الإسلام ٢: ٧٣ حديث ٢٠٢، والتهذيب ٧: ١٩٨ حديث ٨٧٦.
- (٣) المجموع ١٤: ٣٩٩ و ٤٠٢، وفتح العزيز ١٢: ١٠٥، وكفاية الأخيار ١: ١٨٩، والمبسوط ٢٣: ١٧.
- والمغني لابن قدامة ٥: ٥٥٦، والشرح الكبير ٥: ٥٥٤.
- (٤) الأم ٤: ١١، ومختصر المزني: ١٢٣ - ١٢٤، والمجموع ١٤: ٣٩٩، وكفاية الأخيار ١: ١٨٩،
والوجيز
- ١: ٢٢٦ - ٢٢٧، وفتح العزيز ١٢: ١٠٤ - ١٠٥، والمدونة الكبرى ٥: ٢٢، وفتح الرحيم ٣: ٣،
والمحلى ٨: ٢٢٩، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٥٦، والشرح الكبير ٥: ٥٥٤، وبداية المجتهد ٢: ٢٤٥،
وتبيين الحقائق ٥: ٢٨٤.
- (٥) سنن الدارقطني ٣: ٣٧ - ٣٨ حديث ١٥٣، وتلخيص الحبير ٣: ٥٩ حديث ١٢٨٠.

وخالف جميع الفقهاء في ذلك. وأجاز الشافعي في الأرض اليسير إذا كان بين ظهري نخل كثير، فيساقى على النخل ويخابر على الأرض (١).
دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٢).
ولأن الأصل جواز ذلك، والمنع من جوازه يحتاج إلى دليل.
وروى عبيد الله بن عمر، عن نافع، عن ابن عمر قال: عامل رسول الله صلى الله عليه وآله أهل خيبر بشرط ما يخرج من ثمر أو زرع (٣).
وما روي من نهي النبي عليه السلام عن المخابرة (٤)، نحمله على إجارة الأرض ببعض ما يخرج منها. وذلك لا يجوز.
مسألة ٥: إذا كانت نخل أنواعا مختلفة، معقلي، وبرني، وسكر، فساقى من المعقلي على النصف، ومن البرني على الثلث، ومن السكر على الربع كان جائزا. وبه قال الشافعي (٥).
وقال مالك: لا يصح حتى يكون الحصص سواء في الكل (٦).

- (١) الأم ٤: ١٢، ومختصر المزني: ١٢٤، والمجموع ١٤: ٤٢١، والوجيز ١: ٢٢٧، والسراج الوهاج: ٢٨٤
ومغني المحتاج ٢: ٣٢٤، وكفاية الأخبار ١: ١٩٤ - ١٩٥، وفتح العزيز ١٢: ١١١ و ١١٤، والمدونة الكبرى ٥: ٢٠، والمبسوط ٢٣: ١٧ - ١٨، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٨٢ و ٥٨٦ و ٥٨٩، وبدائع الصنائع ٦: ١٧٩، وتبيين الحقائق ٥: ٢٧٨، وفتح الرحيم ٣: ٧ - ٨ و ١٠.
(٢) أنظر الكافي ٥: ٢٦٧ حديث ١، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٥٦ حديث ٦٨٦، والتهذيب ٧: ١٩٨ حديث ٨٧٥.
(٣) صحيح مسلم ٣: ١٨٦ حديث ١ و ٢، وصحيح البخاري ٣: ١٣٧ (باب المزارعة بالشرط ونحوه)، وسنن ابن ماجه ٢: ٨٢٤ حديث ٢٤٦٧، وسنن أبي داود: ٣: ٢٦٢ حديث ٣٤٠٨، وتلخيص الحبير ٣: ٥٩ حديث ١٢٧٩.
(٤) صحيح البخاري ٣: ١٥١، وصحيح مسلم ٣: ٢١ حديث ٨١ و ٨٥، وسنن الترمذي ٣: ٥٨٥ حديث ١٢٩٠، وسنن النسائي ٧: ٣٧ و ٤٠، وسنن أبي داود ٣: ٢٦٢ حديث ٣٤٠٤ و ٣٤٠٧.
(٥) مختصر المزني: ١٢٥، ومغني المحتاج ٢: ٣٢٦، وفتح العزيز ١٢: ١٢٦.
(٦) الخرشي ٦: ٢٢٨، والشرح الصغير في هامش بلغة السالك ٢: ٢.

دليلنا: عموم الأخبار (١)، ولأن الأصل جوازه، والمنع يحتاج إلى دليل،
وقوله: "المؤمنون عند شروطهم" (٢) يدل عليه.
مسألة ٦: إذا شرط في حال العقد على العامل ما يجب على رب النخل أو
بعضه، أو شرط على رب المال ما يجب على العامل عمله أو بعضه، لم يمنع ذلك
من صحته إذا بقي للعامل عمل ولو كان قليلا.
وقال الشافعي: يبطل ذلك العقد (٣).
دليلنا: أن الأصل جوازه، والمنع يحتاج إلى دليل. وقوله: "المؤمنون عند
شروطهم" (٤) وهذا عام في كل شرط.
مسألة ٧: إذا ساقاه بعد ظهور الثمرة، كان جائزا إذا كان قد بقي للعامل
عمل وإن كان قليلا.
وللشافعي فيه قولان: أحدهما: مثل ما قلناه.
والثاني: لا يجوز (٥).
دليلنا: أن الأصل جوازه، ولأن الأخبار عامة في جواز المساقاة (٦)، ولم يفرقوا
بين حال ظهور الثمرة وعدم ظهورها، والمنع يحتاج إلى دليل.

-
- (١) انظرها في الكافي ٥: ٢٦٧، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٥٤، والتهذيب ٧: ١٩٣.
(٢) التهذيب ٧: ٣٧١ حديث ١٥٠٣، والاستبصار ٣: ٢٣٢ حديث ٨٣٥، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٨٤،
والشرح الكبير ٤: ٣٨٦، وتلخيص الحبير ٣: ٢٣ و ٤٤.
(٣) السراج الوهاج: ٢٨٥، ومغني المحتاج ٢: ٣٢٦، وكفاية الأختيار ١: ١٩٠، والوجيز ١: ٢٢٨، وفتح
العزیز ١٢: ١٣٢ و ١٥٢، والشرح الكبير ٥: ٥٧٢، وبداية المجتهد ٢: ٢٤٤.
(٤) تقدمت الإشارة إلى بعض مصادر الحديث في المسألة السابقة فلاحظ.
(٥) المجموع ١٤: ٣٩٩، والسراج الوهاج: ٢٨٥، ومغني المحتاج ٢: ٣٢٦، وفتح العزیز ١٢: ١١٨،
وبداية
المجتهد ٢: ٢٤٦، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٥٨، والشرح الكبير ٥: ٥٥٨.
(٦) يستفاد من عموم الأخبار المروية في الكافي ٥: ٢٦٨، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٥٤، والتهذيب
٧: ١٩٨ في هذا الباب.

مسألة ٨: يجوز أن يشترط المساقى على رب المال أن يعمل معه غلام لرب المال.

وللشافعي فيه قولان:

أحدهما: يجوز بلا أجر (١). والآخر: لا يجوز (٢).
دليلنا: ما قدمناه في المسألة الأولى سواء.

مسألة ٩: إذا ثبت أن ذلك جائز، فلا فرق بين أن يكون الغلام موسوماً بعمل هذا الحائط، أو بعمل غيره من حوائط صاحبه. وبه قال الشافعي على قوله الذي يجوز ذلك (٣).

وقال مالك: لا يجوز إلا الغلام الذي هو موسوم بهذا الحائط فحسب (٤).
دليلنا: ما قدمناه في المسألة الأولى سواء.

مسألة ١٠: إذا شرط على المساقى نفقة الغلام جاز، ولا يلزم أن تكون مقدرة، بل الكفاية على موجب العادة. وبه قال الشافعي (٥).
وقال محمد: لا بد من أن تكون مقدرة لأنها كالأجرة (٦).
دليلنا: أن الأصل جوازه، ولا دليل على وجوب تقديرها.

(١) الأم ٤: ١٢، والمجموع ١٤: ٤١٠، ومختصر المزني: ١٢٥، والوجيز ١: ٢٢٨، وفتح العزيز ١٢: ١٣٢،

والمغني لابن قدامة ٥: ٥٦٧، والشرح الكبير ٥: ٥٧٢ - ٥٧٣.

(٢) المجموع ١٤: ٤١٠، والوجيز ١: ٢٢٨، وفتح العزيز ١٢: ١٣٢، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٦٧،
والشرح

الكبير ٥: ٥٧٢ - ٥٧٣.

(٣) الأم ٤: ١٢، ومختصر المزني: ١٢٥، وفتح العزيز ١٢: ١٣٣، وبداية المجتهد ٢: ٢٤٥.

(٤) المدونة الكبرى ٥: ٤، وبداية المجتهد ٢: ٢٤٥، والخرشي ٦: ٢٣٣، والشرح الصغير في هامش بلغة
السالك ٢: ٢٦١.

(٥) مختصر المزني: ١٢٥، والمجموع ١٤: ٤١٠، وفتح العزيز ١٢: ١٣٣ - ١٣٤، والمغني لابن قدامة
٥: ٥٦٨، والشرح الكبير ٥: ٥٧٣.

(٦) المغني لابن قدامة ٥: ٥٦٧ - ٥٦٨، والشرح الكبير ٥: ٥٧٢ - ٥٧٣.

مسألة ١١: إذا اختلف رب النخل والعامل، فقال رب النخل شرطت على أن لك ثلث الثمرة. وقال العامل: على أن لي نصف الثمرة، كان القول قول رب النخل مع يمينه.

وقال المزني وأصحاب الشافعي: يتحالفان (١).
دليلنا: أن الثمرة كلها لصاحب النخل، لأنها نماء أصله، وإنما يثبت للعامل بالشرط، فإذا ادعى شرطا فعليه البينة، فإذا عدمها كان القول رب النخل مع يمينه.

مسألة ١٢: إذا كان مع كل واحد منهما بينة بما يدعيه، قدمنا بينة العامل وللشافعي فيه قولان:

أحدهما: يسقطان. والآخر: تستعملان.

فإذا استعملهما، ففيه ثلاثة أقوال: أحدها: يوقف. والآخر: يقسم.
والثالث: يقرع. وليس ها هنا غير القرعة، فمن خرج اسمه قدمت بينته. وهل يحلف معها؟ على قولين (٢).

دليلنا: أنا قد بينا أن العامل هو المدعي، وإذا كان هو المدعي فبينته تقدم، لأن النبي عليه السلام قال: "البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه" (٣) ورب المال مدعى عليه، كان عليه اليمين.

مسألة ١٣: إذا ظهرت الثمرة، وبلغت الأوسق التي يجب فيها الزكاة، كان الزكاة على رب المال والعامل معا، فإذا بلغ نصيب كل واحد منهما خمسة أوسق

(١) مختصر المزني: ١٢٦، والمجموع ١٤: ٤١١، وفتح العزيز ١٢: ١٧١، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٧٥، والشرح الكبير ٥: ٥٦١، وبداية المجتهد ٢: ٢٤٧.

(٢) مختصر المزني ١٢٦، وفتح العزيز ١٢: ١٧١.

(٣) الكافي ٧: ٤١٥ حديث ٢، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ٢٠ حديث ٥٢، والتهذيب ٦: ٢٢٩ حديث ٥٥٣،

وصحيح البخاري ٣: ١٨٧، وسنن الدارقطني ٤: ١٥٧ حديث ٨ و ٢١٨ حديث ٥٣.

وجبت فيه الزكاة، وإن نقص نصيب كل واحد منهما عن ذلك لم يجب على واحد منهما الزكاة.
وإن بلغ نصيب أحدهما النصاب، ونقص نصيب الآخر، كان على من تمت حصته الزكاة، ولا تلزم الآخر.
وللشافعي فيه قولان:
أحدهما: أن الزكاة تجب على رب النخل دون العامل.
والآخر: أنها على كل واحد منهما.
فإذا قال: على رب النخل، وبلغ خمسة أوسق، كان عليه الزكاة. ومن أين يخرج له، فيه وجهان:
أحدهما من ماله.
والثاني: من مالهما معا.
وإذا قال: تجب عليهما، نظرت، فإن كان نصيب كل واحد منهما النصاب وجبت الزكاة، وإن لم يبلغ نصيب كل واحد نصابا، بل بلغ الحقان نصابا، فهل فيه الزكاة؟ على قولين في الخلطة:
إن قال: لا خلطة في غير الماشية، فلا زكاة.
وإذا قال: تصح الخلطة في غير الماشية، وجبت الزكاة (١).
دليلنا: أنه إذا كانت الثمرة ملكا لهما، فوجبت الزكاة على كل واحد منهما، فمن أوجب على أحدهما دون الآخر، كان عليه الدليل.
وأما الخلطة فقد بينا فسادها في كتاب الزكاة، وإنما لا نعتبرها، لا في الماشية ولا في غيرها، لأن الأصل براءة الذمة، ولا دليل على أن مال الخلطة تجب فيه الزكاة، فيجب أن يبقى على الأصل.

(١) مختصر المزني: ٤٦، والمجموع ٥: ٤٥٠ و ١٤: ٤١٣، والوجيز ١: ٨٣، وفتح العزيز ٥: ٤٠٤ - ٤٠٥.

كتاب الإجارة

(٤٨٣)

مسألة ١: كلما جاز أن يستباح بالعارية، جاز أن يستباح بعقد الإجارة.
وبه قال عامة الفقهاء (١)، إلا حكاية تحكى عن عبد الرحمن الأصم (٢)، فإنه
قال: لا يجوز الإجارة أصلاً (٣).
دليلنا: الكتاب، والسنة، والإجماع.
أما الكتاب، فقوله تعالى: " فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن " (٤)
فالإجارة على الرضاع تجوز بلا خلاف.
ومن الناس من قال: العقد يتناول اللبن والخدمة، والحضانة تابعة (٥).
ومنهم من قال: يكون العقد متناولاً للخدمة والحضانة، واللبن تابع (٦).
وأيضاً قوله تعالى: " يا أبت استأجره إن خير من استأجرت القوي الأمين،

-
- (١) المغني لابن قدامة ٦: ٦، والشرح الكبير ٦: ٦، والمجموع ١٥: ٥، والبحر الزخار ٥: ٢٩.
(٢) عبد الرحمن الأصم، وقيل: عبد الرحمن بن الأصم، ويقال اسم الأصم: عبد الله، وقيل: عمرو، أبو بكر
العبيدي
ويقال الثقفى المدائني مؤذن الحاج، وأصله من البصرة، روى عن أبي هريرة وأنس، وعنه خلف أبو الربيع
والثوري وأبي عوانة وغيرهم. قاله ابن حجر في تهذيب التهذيب ٦: ١٤١، وقيل في حقه في تكملة
المجموع شرح
المهذب ١٥: ٥ عبد الرحمن الأصم الذي قيل فيه: إنه عن الحق أصم.
(٣) المغني لابن قدامة ٦: ٦، والشرح الكبير ٦: ٦، والمجموع ١٥: ٥، والبحر الزخار ٥: ٢٩.
(٤) الطلاق: ٦.
(٥) المغني لابن قدامة ٦: ٨٣ - ٨٤، والشرح الكبير ٦: ١٨ - ١٩.
(٦) المغني لابن قدامة ٦: ٨٤، والشرح الكبير ٦: ١٨ - ١٩.

قال إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثمانى حجج " (١).
 وقوله تعالى: " لو شئت لا اتخذت عليه أجرا " (٢) لما استضافوهم فأبوا.
 وأما السنة، فقد روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وآله قال: " أعطوا
 الأجير أجره قبل أن يجف عرقه " (٣).
 وروى أبو سعيد الخدري، وأبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وآله قال:
 " من استأجر أجيروا فليعلمه أجره " (٤).
 وروى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وآله قال: " ثلاثة أنا خصمهم يوم
 القيامة: رجل باع حرا فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيروا واستوفى منه ولم يوفه
 أجره، ورجل أعطاني صفتته ثم غدر " (٥).
 وروت عائشة أن النبي صلى الله عليه وآله وأبا بكر استأجرا رجلا من قبيلة
 الدليل للهداية إلى المدينة (٦).
 ومن الإجماع هو قول علي عليه السلام، وابن عباس، وعبد الله بن عمر،

(١) القصص: ٢٦ و ٢٧.

(٢) الكهف: ٧٧.

(٣) السنن الكبرى ٢: ١٢٠، وتلخيص الحبير ٣: ٥٩ حديث ١٣٨٤، ومجمع الزوائد ٤: ٩٧،
 والفردوس ١: ١٠٦ حديث ٣٥٤، والدراية في تخريج أحاديث الهداية ٢: ١٨٦، وحلية الأولياء
 ٧: ١٤٢، وفي سنن ابن ماجه ٢: ٨١٧ حديث ٢٤٤٣ عن ابن عمر.

(٤) السنن الكبرى ٦: ١٢٠، وذكر في الدراية ٢: ١٨٦ الحديث أشار إلى بعض مصادره فلاحظ.
 (٥) في صحيح البخاري ٣: ١١٨ باب إثم من منع أجر الأجير، وسنن ابن ماجه ٢: ٨١٦ حديث
 ٢٤٤٢، والإحسان بترتيب صحيح ابن حبان ٩: ٢١٨ حديث ٧٢٩٥، والدراية في تخريج
 أحاديث الهداية ٢: ١٨٦ حديث ٨٦١ عن أبي هريرة وباختلاف يسير في بعض ألفاظ الحديث
 فلاحظ

(٦) صحيح البخاري ٣: ١١٦ باب استئجار المشركين عند الضرورة، والسنن الكبرى ٦: ١١٨.

وعبد الرحمن بن عوف (١)، ورافع بن خديج (٢).
فأما علي عليه السلام فأجر نفسه من يهودي يسقي له الماء كل دلو بتمرة،
وجمع التمرات، وحملها إلى النبي صلى الله عليه وآله فأكله (٣).
وعبد الله بن عباس وابن عمر، فروي عنهما أنهما قالوا في تأويل قوله تعالى:
" ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم " (٤) قالوا: معناه أن يحج
ويواجر نفسه (٥).
وأما عبد الرحمن بن عوف، فإنه استأجر أرضاً، فلما حضرته الوفاة أمر
ليعطي ما بقي عليه من الورق والذهب، فقال ابنه: كنت أراها أن تكون ملكاً
له لطول ما مكثت في يده (٦).

- (١) عبد الرحمن بن عوف بن عبيد بن عوف بن الحارث بن زهرة بن كلاب. قيل كان اسمه في الجاهلية عبد الحارث. عده الشيخ الطوسي في رجاله من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وآله، وهو أحد الأركان يوم السقيفة في بيعة أبي بكر، وكان من إخصائه في الجاهلية، وهو أيضاً أحد الستة الذين جعل ابن الخطاب الأمر شورى بينهم، وهو الذي اختار عند الشورى عثمان فبايعه وترك علياً، ولما هلك أوصى أن يصلي عليه عثمان. تنقيح المقال ٢: ١٤٦ - ١٤٧.
- (٢) رافع بن خديج، عده الشيخ الطوسي تارة في أصحاب رسول الله صلى الله عليه وآله وأخرى من أصحاب أمير المؤمنين عليه السلام وقالوا فيه: إنه عرض نفسه يوم بدر للجهاد فرده النبي صلى الله عليه وآله لاستصغاره إياه وأجازه يوم أحد، فشهد أحد والخندق فمات سنة أربع وسبعين، وهو ابن ست وثمانين سنة، وقالوا أيضاً: أنه شهد صفين مع علي بن أبي طالب عليه السلام. تنقيح المقال ١: ٤٢٢.
- (٣) أنظر سنن ابن ماجه ٢: ٨١٨ حديث ٢٤٤٦ و ٢٤٤٧، والسنن الكبرى ٦: ١١٩، والدراية في تخريج أحاديث الهداية ٢: ١٨٧ ذيل الحديث ٨٦٢.
- (٤) البقرة: ١٩٨.
- (٥) سنن الدارقطني ٢: ٢٩٢ - ٢٩٣ حديث ٢٥٠ و ٢٥٥، و سنن أبي داود ٢: ١٤٢ حديث ١٧٢٣ و ١٧٣٤،
- وأحكام القرآن للجصاص ١: ٣٠٩، وتفسير القرطبي ٢: ٤١٤.
- (٦) الموطأ ٢: ٧١٢ حديث ٤، والأم ٤: ٢٥، والبحر الزخار ٥: ٣٠.

وأما رافع بن خديج، فإنه قال: يجوز إجارة الأرض بالورق، والذهب (١).
وأجمع المسلمون على ذلك، وخلاف الأصم قد انقضى.
مسألة ٢: عقد الإجارة من العقود اللازمة، متى حصل لم يكن لأحدهما
فسخ الإجارة إلا عند وجود عيب بالثمن، أو فليس المستأجر، فحينئذ يملك المؤجر
الفسخ. أو وجود عيب بالمستأجر مثل: غرق الدار، وانهدامها على وجه يمنع من
استيفاء المنفعة، فإنه يملك المستأجر الفسخ. فأما من غير ذلك فلا. وبه قال
الشافعي، ومالك، والثوري، وأبو ثور (٢).
وقال أبو حنيفة وأصحابه: إن الإجارة يجوز فسخها لعذر، قالوا: إذا اكرى
الرجل جملاً ليحج به، ثم بدا له من الحج، أو مرض فلم يخرج، كان له أن
يفسخ الإجارة. وكذلك إذا اكرى دكاناً ليتجر فيه ويبيع ويشترى، فذهب
ماله وأفلس، فإنه يجوز له أن يفسخ الإجارة.
قال: وبمثل هذه الأعذار لا يكون للمكري الفسخ، فإذا أكرى جماله من
إنسان ليحج بها ثم بدا له من ذلك لم يملك فسخ الإجارة وكذلك إذا أجره داره
أو دكانه، وأراد السفر، ثم بدا له من السفر لم يكن له فسخ الإجارة.
إلا أن أصحابه يقولون: للمكري فسخ الإجارة لعذر كالمكثري سواء.
ولا يبينون الموضع الذي يكون له الفسخ (٣).

- (١) صحيح مسلم ٣: ١١٨٣ حديث ١١٥، والموطأ ٢: ٧١١ ذيل حديث ١، وسنن النسائي ٧: ٤٣ -
٤٤، والسنن الكبرى ٦: ١٣١ - ١٣٢.
(٢) الأم ٤: ٢٥ - ٢٦، والمجموع ١٥: ٩ و ٤١، وكفاية الأختيار ١: ١٩٢، والهداية المطبوع في هامش
فتح
القدير ٨: ٢٢٢، والنتف ٢: ٨٩٢، والمبسوط ١٦: ٢، تبين الحقائق ٥: ١٤٥، والمغني لابن قدامة
٦: ٢٤، والشرح الكبير ٦: ١١١ و ١٢٥ والأشباه والنظائر للسيوطي: ٥٢٥، وبداية المجتهد ٢: ٢٢٧.
(٣) اللباب ٢: ٥٣ - ٥٤، والمبسوط ١٦: ٢، والنتف ٢: ٨٩٢، والهداية المطبوع في هامش شرح فتح
القدير ٨: ٢٢٢، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٨: ٢٢٢، والفتاوى الهندية
٤: ٤٥٨ - ٤٥٩، وتبيين الحقائق ٥: ١٤٥، والمغني لابن قدامة ٦: ٢٤، والشرح الكبير ٦: ١١٥
والمجموع ١٥: ٤١، وبداية المجتهد ١: ٢٢٧.

دليلنا أن العقد قد ثبت، ومن ادعى أن لهما أو لأحدهما الفسخ فعليه
الدلالة.

وأيضاً قوله تعالى: " أوفوا بالعقود " (١) فأمر بالوفاء بالعقود، والإجارة عقد،
فوجب الوفاء به.

مسألة ٣: من استأجر داراً أو دابة أو عبداً فإن المستأجر يملك تلك المنفعة،
والمؤجر يملك الأجرة بنفس العقد، حتى أن المستأجر أحق عندنا بملك المنفعة
من مالكها. وبه قال الشافعي (٢).

وذهب أبو حنيفة إلى أن المؤجر يملك الأجرة بنفس العقد، والمستأجر لا يملك
المنفعة، وإنما تحدث في ملك المكري، ثم يملك المكتري من المكري حين حدوثه
في ملكه، فعنده المنفعة غير مملوكة، وإنما المكري يملك حدوثها، والمكثري يملك
من المكري بعد ذلك (٣).

وعلى مذهبنا المكتري يملك المنفعة بنفس العقد.

دليلنا إجماع الفرقة وأخبارهم (٤).

مسألة ٤: إذا أطلق عقد الإجارة ولم يشترط تعجيل الأجرة، ولا تأجيله،
فإنه يلزم الأجرة عاجلاً. وبه قال الشافعي (٥).

(١) المائدة: ١.

(٢) الأم ٤: ٢٥ و ١٧، ومختصر المزني: ١٢٦، ومغني المحتاج ٢: ٣٣٤، وكفاية الأخيار ١: ١٩٢،
والأشباه

والنظائر: ٥٢٥، وفتح العزيز ١٢: ١٩٧، والمبسوط ١٥: ١٠٨، وشرح فتح القدير ٧: ١٥٣، والشرح
الكبير ٦: ٦٠.

(٣) اللباب ٢: ٥٢، والفتاوى الهندية ٤: ٤١٣، وشرح فتح القدير ٧: ١٥٣ و ١٥٧، والمغني لابن قدامة
٦: ١٧ - ١٨، والشرح الكبير ٦: ٦٠، وفتح العزيز ١٢: ١٩٧ - ١٩٨.

(٤) يدل عليه ما رواه الصدوق في الفقيه ٣: ١٥٥ حديث ٦٨١ - ٦٨٢.

(٥) الأم ٤: ٣٠، ومختصر المزني: ١٢٦، وكفاية الأخيار ١: ١٩٢، والمجموع ١٥: ١٧، والسراج
الوهاب:

٢٨٨، ومغني المحتاج ٢: ٣٣٤، وفتح العزيز ١٢: ١٩٧، الشرح الكبير ٦: ١٥٥، وبداية المجتهد: ٢٢٦.

وقال مالك: إنما يلزمه أن يسلم إليه الأجرة جزء فجزء، فكلما استوفى جزء من المنفعة لزمه أن يوفيه ما في مقابله من الأجرة (١).
وقال أبو حنيفة وأصحابه: القياس ما قال مالك، ولكن يشق ذلك، فكلما استوفى منفعة يوم فعليه تسليم ما في مقابله (٢).
وقال الثوري: لا يلزمه تسليم شيء من الأجرة ما لم تنقض مدة الإجارة كلها (٣).

دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم، وقد ذكرناها في الكتاب الكبير (٤).
وأيضاً قوله تعالى: "فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن" (٥) وإنما أراد: فإن بذلن لكم الرضاع فآتوهن أجورهن. بدليل أنه قال في آخرها: "وإن تعاسرتن فسترضع له أخرى" (٦).

والتعاسر: أن لا ترضى المرضعة بأجرة مثلها فأخبر أنها متى لم ترض بأجرة المثل، فإنه يواجرها غيرها ليرضعه.

مسألة ٥: إذا قال: آجرتك هذه الدار كل شهر بكذا، كانت إجارة صحيحة. وبه قال أبو حنيفة (٧)، وهو قول بعض أصحاب الشافعي (٨).

(١) بداية المجتهد ٢: ٢٢٦، وجواهر الإكليل ٢: ١٨٥، والشرح الصغير في هامش بلغة السالك ٢: ٢٦٧ وفتح العزيز ١٢: ١٩٧ - ١٩٨.

(٢) المبسوط ١٥: ١١١، وبداية المجتهد ٢: ٢٢٦، والمجموع ١٥: ١٧، وفتح العزيز ١٢: ١٩٧ - ١٩٨.

(٣) بداية المجتهد ٢: ٢٢٦.

(٤) أنظر التهذيب ٧: ٢١١ حديث ٩٢٩ و ٩٣٠ وغيرهما، وانظر أيضاً الكافي ٥: ٢٨٩ حديث ٢ و ٣.

(٥) الطلاق: ٦.

(٦) الطلاق: ٦.

(٧) المبسوط ١٥: ١٣١، واللباب ٢: ٤٦، والفتاوى الهندية ٤: ٤١٦، وشرح فتح القدير ٧: ١٧٧، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٧: ١٧٦، وتبيين الحقائق ٥: ١٢٢، والمغني لابن قدامة ٦: ٢٢، والمجموع ١٥: ١٩، والبحر الزخار ٥: ٣٥.

(٨) المجموع ١٥: ١٩، وفتح العزيز ١٢: ٣٤٣، والبحر الزخار ٥: ٣٥.

وفي أصحابه من قال: هذه إجارة باطلة (١).
دليلنا: أنه لا دليل على بطلان ذلك، والأصل جوازه.
مسألة ٦: إذا استأجر داراً أو عبداً سنة، فتلغ المعقود عليه بعد القبض قبل
استيفاء المنفعة، فإنه تنفسخ الإجارة. وبه قال أبو حنيفة، ومالك،
والشافعي (٢).

وقال أبو ثور: لا تنفسخ الإجارة، والتلف من ضمان المكثري، قال: لأن
هذه المنفعة صارت في حكم المقبوض كالعين (٣).
دليلنا: إن المعقود عليه المنفعة، فإذا تعذرت وجب أن ينفسخ الإجارة.
مسألة ٧: الموت يبطل الإجارة، سواء كان موت المؤجر أو المستأجر. وبه
قال أبو حنيفة وأصحابه، والليث بن سعد، والثوري (٤).
وقال الشافعي: الموت لا ينفسخ الإجارة من أيهما كان. وبه قال عثمان
البتي، ومالك، وأحمد وإسحاق، وأبو ثور (٥).

- (١) المجموع ١٥: ١٢ و ١٩، وفتح العزيز ١٢: ٣٤٣، وبحر الزخار ٥: ٣٥.
(٢) المبسوط ١٦: ٥ و ١٥: ١٣٧، واللباب ٤: ١٠٤، والمجموع ١٥: ٧٣ - ٧٤، وكفاية الأخيار ١:
١٩٢،
ومغني المحتاج ٢: ٣٤٨، والسراج الوهاج: ٢٩٣، والوجيز ١: ٢٣٨، والمحلى ٨: ١٨٧، وبداية المجتهد
٢: ٢٢٧، والمغني لابن قدامة ٦: ٣٠، والشرح الكبير ٦: ١١٩.
(٣) المجموع ١٥: ٧٤، والمحلى ٨: ١٨٧، والمغني لابن قدامة ٦: ٣٠، والشرح الكبير ٦: ١١٩.
(٤) اللباب ٢: ٥٣، والمبسوط ١٥: ١٣٧ و ١٦: ٥، والهداية المطبوع في هامش شرح فتح القدير ٧:
٢٢٠،
وشرح فتح القدير ٧: ٢٢٠، وتبيين الحقائق ٥: ١٤٤، والعقود الدرية ٢: ٩٩، وفتح الباري ٤: ٤٦٢،
والأشباه والنظائر: ٢٧٢، وبداية المجتهد ٢: ٢٢٨، والمحلى ٨: ١٨٤، والمغني لابن قدامة ٦: ٤٨،
والشرح الكبير ٦: ١٢٤، والمجموع ١٥: ٩٠.
(٥) الأم ٤: ٣٠، ومختصر المزني: ١٢٦، والمجموع ١٥: ٨٨ و ٩٠، وكفاية الأخيار ١: ١٩٢، والسراج
الوهاج: ٢٩٥، ومغني المحتاج ٢: ٣٥٦، والوجيز ١: ٢٣٨ - ٢٣٩، والمدونة الكبرى ٤: ٤٧٧ و ٥٤٢،
والمحلى ٨: ١٨٤، والمغني لابن قدامة ٦: ٤٨، والشرح الكبير ٦: ١٢٤، وبداية المجتهد ١: ٢٢٨، وفتح
الباري ٤: ٤٦٢.

وفي أصحابنا من قال: موت المستأجر يبطلها، وموت المؤجر لا يبطلها (١).
دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٢)، فإن ما حكيناه عن بعضهم شاذ لا معول
عليه.

وأيضاً فإن المكثري دخل على أن يستوفي المنفعة من ملك المكثري، فكيف
يستوفي من ملك غيره، وقد زال ملك المكثري.

مسألة ٨: إذا أكرى دابة من بغداد إلى حلوان، فركبها إلى همدان، فإنه
يلزمه أجره المسمى من بغداد إلى حلوان، ومن حلوان إلى همدان أجره المثل.
وبه قال الشافعي (٣).

وقال أبو حنيفة: لا يلزمه أجره التي تعدى فيها، بنى على أصله: أن المنافع
لا تضمن بالغصب (٤).

وقال مالك: إن كان قد تجاوز بها شيئاً يسيراً فإنه كما قلنا، وإن تعدى فيها
شيئاً كثيراً، فإن المكثري بالخيار، إن شاء أخذ منه أجره المثل لذلك التعدي،
أو يأخذ منه الدابة (٥).

دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٦) وأيضاً فإن الاحتياط يقتضي ذلك، لأن

(١) قال القاضي ابن البراج في المهذب ج ١: ٥٠١ ما لفظه: " وعمل الأكثر من أصحابنا على أن موت
المستأجر هو الذي يفسخها "

(٢) أنظر الكافي ٥: ٢٧٠ حديث ٢، والتهذيب ٧: ٢٠٧ حديث ٩١٢.

(٣) الأم ٤: ٣٢ و ٣٩ و ٧: ١٣٩، ومختصر المزني: ١٢٦، والمجموع ١٥: ٥٨ و ٩٨، والمغني لابن
قدامة

٦: ٨٩، وبداية المجتهد ٢: ٢٢٩.

(٤) المبسوط ١٥: ١٧٢، والفتاوى الهندية ٤: ٤٩٣، والأم ٤: ٣٩، والمغني لابن قدامة ٦: ٨٩، وبداية
المجتهد ٢: ٢٢٩.

(٥) المدونة الكبرى ٤: ٤٧٩، وبداية المجتهد ٢: ٢٢٩، وبلغة السالك ٢: ٢٨٦، والشرح الصغير في
هامش

بلغة السالك ٢: ٢٨٦، والأم ٧: ١٣٩، والمغني لابن قدامة ٦: ٨٩.

(٦) الكافي ٥: ٢٩٠ حديث ٦، والتهذيب ٧: ٢١٥ حديث ٩٤٣، والاستبصار ٣: ١٣٤ حديث ٤٨٣.

من أدى ما قلنا برئت ذمته بالإجماع، ومتى لم يفعل لم يبرأ ذمته بيقين، لأنه فيه الخلاف.

مسألة ٩: ويضمن الدابة بتعديه فيها من حلوان إلى همدان بلا خلاف إذا لم يكن صاحبها معها، فإن ردها إلى حلوان فإنه لا يزول معه ضمانه عندنا، فإن ردها إلى بغداد إلى يد صاحبها زال ضمانه، وعليه أجره المثل فيما تعدى على ما مضى، ويكون عليه ضمانها من وقت التعدي إلى حين التلف، لا من يوم أكرها.

وقال الشافعي: لا يزول ضمانه إذا ردها إلى حلوان. وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف (١).

قال أبو يوسف: وكان أبو حنيفة يقول: لا يزول الضمان بردها إلى هذا المكان، ثم رجع فقال بزوال الضمان عنه (٢).

وقال زفر ومحمد: إنه يزول الضمان عنه، كما لو تعدى في الوديعة ثم ردها إلى مكانها كما كانت (٣).

دليلنا: أنه قد ثبت أنه ضمنها بالتعدي بلا خلاف، ومن قال: يزول ضمانه بردها إلى موضع التعدي فعليه الدلالة، وعلى المسألة إجماع الفرقة، وأخبارهم (٤) تدل عليها.

مسألة ١٠: يجوز الإجارة إلى أي وقت شاء. وبه قال أهل العراق (٥).

(١) الأم ٤: ٣٢ و ٣٧ و ٣٩، ومختصر المزني: ١٢٦، والمجموع ١٥: ٩٤ و ٩٦ و ٩٨، والمبسوط ١٥: ١٧٣،

والهداية المطبوع في هامش شرح فتح القدير ٧: ١٧٠، والفتاوى الهندية ٤: ٤٩٣، وتبيين الحقائق ٥: ١١٩، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٧: ١٧٠، والمغني لابن قدامة ٦: ٩١. (٢) المبسوط ١٥: ١٧٣.

(٣) المبسوط ١٥: ١٧٣، والمغني لابن قدامة ٦: ٩١، والشرح الكبير ٦: ١٠٢. (٤) الفروع ٥: ٢٨٩ حديث ٣، والتهذيب ٧: ٢١٤ حديث ٩٣٩، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٦٢ حديث ٧٠٩.

(٥) اللباب ٢: ٣٦، والمجموع ١٥: ١٩، والمغني لابن قدامة ٦: ١١.

وللشافعي فيه قولان:
أحدهما: لا تجوز المدة في الإجارة أكثر من سنة (١).
والثاني: مثل ما قلناه (٢).
وله قول آخر أنه يجوز ثلاثين سنة (٣).
وقال: يجوز المساقاة سنتين (٤).
دليلنا: إجماع الفرقة، وأيضا الأصل جواز ذلك، والمنع يحتاج إلى دليل.
وأیضا قوله تعالى: " على أن تأجرني ثماني حجج، فإن أتممت عشرا فمن عندك " (٥) يدل على جواز الإجارة أكثر من سنة.
مسألة ١١: إذا استأجر دارا أو غيرها من الأشياء، وأراد أن يوجرها بأقل مما استأجرها، أو أكثر منه، أو مثله جاز ذلك إذا أحدث فيها حدثا كيف ما أراد، وسواء أجرها من المؤجر أو من غيره، كل ذلك جائز. وبه قال الشافعي، إلا أنه لم يراع إحداث الحدث (٦).
وقال أبو حنيفة: إن أجرها من المكري بمثل الأجرة أو أقل منها فإنه يجوز، وإن أجرها بأكثر منه فإنه لا يجوز - كما قال في البيع - وإن أجرها من غير

(١) المجموع ١٤: ٤٠٥، و ١٥: ١٨، والوجيز ١: ٢٣٢، ومغني المحتاج ٢: ٣٤٩، والسراج الوهاج: ٢٩٣

وفتح العزيز ١٢: ٣٣٣ و ٣٣٧، وبداية المجتهد ٢: ٢٢٤، والمغني لابن قدامة ٦: ١١، والشرح الكبير ٦: ٥٧.

(٢) المجموع ١٥: ١٩.

(٣) المجموع ١٤: ٤٠٥، و ١٥: ١٨، ومغني المحتاج ٢: ٣٤٩، والسراج الوهاج: ٢٩٣، وفتح العزيز ١٢: ٣٣٤ - ٣٣٥ و ٣٣٧، والمغني لابن قدامة ٦: ١١، والشرح الكبير ٦: ٥٧.

(٤) المجموع ١٤: ٤٠٦، والسراج الوهاج: ٢٨٦، ومغني المحتاج ٢: ٣٢٨.

(٥) القصص: ٢٧.

(٦) المجموع ١٥: ٥٨ - ٥٩ و ٦١، والوجيز ١: ٢٣٩، والمغني لابن قدامة ٦: ٦٢، والشرح الكبير ٦: ٥١،

والمبسوط ١٥: ١٣٠، والبحر الزخار ٥: ٣٦.

المكري (١) كما قلناه.
دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٢)، ولأن عند إحداث الحدث لا خلاف في جوازه، وقبل ذلك لم يقم دليل على صحته.
مسألة ١٢: الإجارة لا تخلو من أحد أمرين: إما أن تكون معينة أو في الذمة. فإن كانت معينة، مثل أن قال: استأجرت منك هذه الدار أو هذا العبد سنة، فإنه لا يمتنع دخول خيار الشرط فيها، وإن كانت في الذمة فكذلك. وبه قال أبو حنيفة، لأن عنده يجوز أن يستأجر أرضاً أو داراً بعد شهر (٣) وقال الشافعي: إن كانت الإجارة معينة لا يجوز أن يدخلها خيار الشرط، لأن من شرط الإجارة أن تكون المدة متصلة بالعقد، فيقول: آجرتك سنة من هذا اليوم، فإن شرط خيار الثلاث بطلت، لأن هذه المدة لا يمكن أن ينتفع بها المكثري، فلا يخلو أن تحتسب على المكثري أو على المكثري.
ولا يجوز أن تحتسب على المكثري، لأنه إنما آجر شهراً، فلو احتسبنا عليه هذه المدة لزدنا عليه، ولا يجوز أن تحتسب على المكثري، لأنه استأجر شهراً، فلا ينقص عن مدته، فدل ذلك على أنه لا يجوز (٤).

-
- (١) حاشية رد المحتار ٦: ٩١، والمجموع ١٥: ٦٠ - ٦١، والمغني لابن قدامة ٦: ٦٢، والشرح الكبير ٦: ٥١، والبحر الزخار ٥: ٣٦.
- (٢) الكافي ٥: ٢٧٢ حديث ٤: ٨، والتهذيب ٧: ٢٠٤ و ٢٢٣ حديث ٨٩٩ و ٩٧٩.
- (٣) اللباب ٢: ٥٣، والهداية المطبوع في هامش شرح فتح القدير ٧: ٢٢١، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٧: ٢٢١، وتبيين الحقائق ٥: ١٤٥ و ١٤٨، والمجموع ١٥: ٤١، وفتح العزيز ١٢: ٢٥٧ - ٢٥٨، والبحر الزخار ٥: ٣٦.
- (٤) المجموع ١٥: ٤١ و ٤٣، وفتح العزيز ١٢: ٢٥٧ - ٢٥٨، والهداية المطبوع في هامش شرح فتح القدير ٧: ٢٢١، وتبيين الحقائق ٥: ١٤٥، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٧: ٢٢١، والبحر الزخار ٥: ٣٧.

وأما خيار المجلس فهل يثبت أم لا؟ فيه وجهان (١).
وعندنا أنه لا يمتنع ذلك إذا شرط، وإن لم يشرط فلا خيار للمجلس.
دليلنا: قوله: "المؤمنون عند شروطهم" (٢).
وأيضاً الأصل جوازه، والمنع يحتاج إلى دليل.
مسألة ١٣: إذا قال: آجرتك هذه الدار شهراً، ولم يقل من هذا الوقت
وأطلق، فإنه لا يجوز.
وكذلك إذا آجره الدار في شهر مستقبل بعد ما دخل، فإنه لا يجوز. وبه قال
الشافعي (٣).
وقال أبو حنيفة: إذا أطلق الشهر جاز، ويرجع الإطلاق إلى الشهر الذي يلي
العقد ويتعقبه، وإذا آجره شهراً مستقبلاً جاز ذلك (٤).
دليلنا: أن عقد الإجارة حكم شرعي، ولا يثبت إلا بدلالة شرعية، وليس
على ثبوت ما قاله دليل، فوجب أن لا يكون صحيحاً.
مسألة ١٤: إذا آجره شهراً من وقت العقد، ولم يسلمها إليه حتى مضت
أيام، إنفسخت الإجارة في مقدار ما مضى، وتصح في الذي بقي.
وقال الشافعي: تنفسخ فيما مضى، وفيما بقي على طريقتين (٥).

- (١) المجموع ١٥: ٤١ و ٤٣، والبحر الزخار ٥: ٣٦.
(٢) التهذيب ٧: ٣٧١ حديث ١٥٠٣، والاستبصار ٣: ٢٣٢ حديث ٨٣٥، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٨٤،
والشرح الكبير ٤: ٣٨٦، وتلخيص الحبير ٣: ٢٣ و ٤٤، والمصنف لابن أبي شيبة ٦: ٥٦٨ حديث
٢٠٦٤.
(٣)
المجموع ١٥: ١٢ و ١٩ و ٣٦، وفتح العزيز ١٢: ٢٥٧ و ٣٤٢، والوجيز ١: ٢٣١، ومغني المحتاج
٢: ٣٣٨، والمغني لابن قدامة ٦: ١٠، وبداية المجتهد ٢: ٢٢٤، والمبسوط ١٥: ١٣١.
(٤) الباب ٢: ٤٦، والمبسوط ١٥: ١٣١، والهداية المطبوع في هامش شرح فتح القدير ٧: ١٧٦، وتبيين
الحقائق ٥: ١٢٢ - ١٢٣، والمغني لابن قدامة ٦: ١٠، وفتح العزيز ١٢: ٢٥٧ - ٢٥٨ و ٣٤٢.
(٥) مغني المحتاج ٢: ٣٥٩، والسراج الوهاج: ٢٩٦، والوجيز ١: ٢٣٩.

ومن أصحابه من قال: على قولين (١).
ومنهم من قال: تصح قولاً واحداً (٢) مثل ما قلناه.
دليلنا: إن انفساخها فيما مضى مجمع عليه، وفيما بعد يحتاج إلى دلالة، وليس
على ذلك دلالة.

مسألة ١٥: إذا اكرى دابة ليركبها إلى النهروان مثلاً، أو يقطع بها مسافة
معلومة، فسلمها المكربى إليه وأمسكها مدة يمكنه المسير إليها، فلم يفعل،
استقرت عليه الأجرة. وبه قال الشافعي (٣).

وقال أبو حنيفة: لا تستقر عليه الأجرة حتى يسيرها في بقاع تلك
المسافة (٤).

دليلنا: أنه عقد على بهيمة، وممكنه منها، فإذا لم يستوف المنفعة فقد ضيع
حقه، والأجرة لازمة له لأنها وجبت بالعقد، كما لو سيرها في بقاع السفر ولم
يركبها، فإنه يلزمه الأجرة بلا خلاف.

مسألة ١٦: إذا استأجر مرضعة مدة من الزمان بنفقتها وكسوتها، ولا يعين
المقدار، لم يصح العقد. وبه قال الشافعي (٥).
وقال أبو حنيفة: يصح (٦).

(١) المصادر السابقة.

(٢) مغني المحتاج ٢: ٣٥٩، والسراج الوهاج: ٢٩٦.

(٣) مختصر المزني: ١٢٨، والمجموع ١٥: ٣٣ - ٣٤، والسراج الوهاج: ٢٩٦، ومغني المحتاج ٢:
٣٥٨

والوجيز ١: ٢٣٧.

(٤) المبسوط ١٥: ١٧٦ - ١٧٧ و ١٨٤، وشرح فتح القدير ٧: ١٥٨، وشرح العناية على الهداية بهامش
شرح فتح القدير ٧: ١٥٨.

(٥) المجموع ١٥: ٢٩ - ٣٠، وفتح العزيز ١٢: ٢٠٠، وبداية المجتهد ٢: ٢٢٥، والمبسوط ١٥: ١١٩،
وتبيين

الحقائق ٥: ١٢٧، والمغني لابن قدامة ٦: ٧٨، والشرح الكبير ٦: ١٤ - ١٥، والبحر الزخار ٥: ٤٧.

(٦) الباب ٢: ٤٩، والمبسوط ١٥: ١١٩ و ١٦: ٣٤، والهداية المطبوع في هامش شرح فتح القدير ٧:
١٨٥

وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٧: ١٨٥، والفتاوى الهندية ٤: ٤٣١، وتبيين
الحقائق ٥: ١٢٧، وبداية المجتهد ٢: ٢٢٥، والمغني لابن قدامة ٦: ٧٧، والشرح الكبير ٦: ١٤، وفتح
العزيز ١٢: ٢٠٠، والبحر الزخار ٥: ٤٧.

دليلنا: أنه إذا عين مقدار الأجرة صحت الإجارة بلا خلاف، وليس على قول من قال بصحته من غير تعيين الأجرة دليل.
مسألة ١٧: إذا استأجر امرأة لترضع ولده، فمات واحد من الثلاثة، بطلت الإجارة.

وقال الشافعي: إن ماتت المرأة بطلت الإجارة، وإن مات الأب لا تبطل، وإن مات الصبي ففيه قولان (١).
دليلنا: عموم الأخبار التي وردت في أن الإجارة تبطل بالموت (٢)، وهي تناول هذا الموضوع.

مسألة ١٨: إذا آجرت نفسها للرضاع أو لغيره بإذن زوجها، صحت الإجارة بلا خلاف. وإن آجرتها بغير إذنه، لم تصح الإجارة. وللشافعي فيه جهان:

أحدهما: مثل ما قلناه (٣).
والثاني: تصح الإجارة، غير أنه يثبت له الخيار، فله أن يفسخ الذي عقده (٤).

دليلنا: أنه لا دليل على صحة هذه الإجارة. وأيضا فإن المرأة معقودة على منافعها لزوجها بعقد النكاح، فلا يجوز لها أن تعقد لغيرها، فيخل ذلك بحقوق زوجها.

(١) المجموع ١٥: ٨٠ و ٨٢، والوجيز ١: ٢٣٩، والمغني لابن قدامة ٦: ٨٧.
(٢) أنظر الكافي ٥: ٢٧٠ حديث ٢، والتهذيب ٧: ٢٠٧ حديث ٩١٢.
(٣) المجموع ١٥: ٢٩، ومغني المحتاج ٢: ٣٣٧، والسراج الوهاج: ٢٨٩، وفتح العزيز ١٢: ٢٧٣.
(٤) المجموع ١٥: ٢٩، والسراج الوهاج: ٢٨٩، وفتح العزيز ١٢: ٢٧٢ - ٢٧٣، ومغني المحتاج ٢: ٣٣٧.

مسألة ١٩: إذا وجد الأب من يرضع ولده بدون أجره المثل، أو وجد من تتطوع برضاعه، وأم الصبي لا ترضى إلا بأجرة المثل، كان له أن ينتزع الصبي منها ويسلمه إلى غيرها.

وللشافعي فيه قولان:

أحدهما: مثل ما قلناه (١).

والثاني: الأم أولى (٢).

دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٣)، ولأن كونها أولى مع زيادة الأجرة يحتاج إلى دليل، ولا دليل.

مسألة ٢٠: إذا باع الرقبة المستأجرة لم تبطل الإجارة، سواء باعها من المستأجر أو من غيره. ثم ينظر، فإن علم المشتري بالإجارة لم يكن له الخيار، وعليه أن يمسك حتى يمضي مدة الإجارة، وإن لم يعلم كان له الرد بالعيب، والخيار إليه.

وللشافعي فيه قولان:

أحدهما: إن البيع باطل (٤).

والثاني: صحيح (٥).

(١) المجموع ١٨: ٣١١ و ٣١٤، والوجيز ٢: ١١٦، والسراج الوهاج: ٤٧٢، ومغني المحتاج ٣: ٤٥٠،
والمغني

لابن قدامة ٩: ٣١٣ - ٣١٤.

(٢) نفس المصادر المتقدمة.

(٣) الكافي ٦: ٤٤ حديث ١، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ٢٧٤ حديث ١٣٠٢، والتهذيب ٨: ١٠٤ حديث ٣٥٢، والاستبصار ٣، ٣٢٠ حديث ١١٣٨.

(٤) المجموع ١٥: ٨٧ و ٨٩، والوجيز ١: ٢٣٩، ومغني المحتاج ٢: ٣٦٠، والسراج الوهاج: ٢٩٧،
والمغني

لابن قدامة ٦: ٥٣، والشرح الكبير ٦: ١٢٩.

(٥) المجموع ١٥: ٨٧ و ٨٩، والوجيز ١: ٢٣٩، والسراج الوهاج: ٢٩٧، ومغني المحتاج ٢: ٣٦٠،
والمحلى

٨: ١٨٦، والمغني لابن قدامة ٦: ٥٣، والشرح الكبير ٦: ١٢٩.

ويقول مثل ما قلناه إذا كان على أجنبي. فأما إذا باعها من المستأجر، فالبيع صحيح قولاً واحداً.

وقال أبو حنيفة: يكون البيع موقوفاً على رأي المستأجر، فإن رضي به بطلت إجارته وصح البيع، وإن لم يرض به ورده بطل البيع وبقيت الإجارة (١).
دليلنا: عموم الأخبار التي وردت في أن البيع لا يبطل الإجارة (٢)، وهي مجمع عليها عند الطائفة المحقة، ولأن كون البيع مبطلاً للإجارة التي ثبت صحتها يحتاج إلى دليل شرعي.

مسألة ٢١: إذا أجز الأب أو الوصي الصبي أو شيئاً من ماله مدة، صحت الإجارة بلا خلاف، فإن بلغ الصبي قبل انقضاء المدة، كان له ما بقي، ولم يكن للصبي فسخه.

وللشافعي فيه قولان:

أحدهما: مثل ما قلناه (٣).

والثاني: له ذلك (٤).

دليلنا: أن العقد على عين الصبي أو على ماله وقع صحيحاً بلا خلاف، فمن ادعى أن له الفسخ بعد بلوغه فعليه الدلالة.

مسألة ٢٢: إذا استأجر رجلاً لبيع له شيئاً بعينه، أو ليشتري له شيئاً موصوفاً، فإن ذلك يجوز عندنا. وقال الشافعي مثل ما قلناه (٥).

(١) المحلى ٨: ١٨٧، والشرح الكبير ٦: ١٢٩ - ١٣٠، والمغني لابن قدامة ٦: ٥٣ - ٥٤.

(٢) أنظر الكافي ٥: ٢٧١ حديث ٣، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٦٠ حديث ٧٠١، والتهذيب ٧: ٢٠٧ حديث ٩١٠.

(٣) المجموع ١٥: ٨٨ و ٩٣، والوجيز ١: ٢٣٩، والمغني لابن قدامة ٦: ٥١ - ٥٢، والشرح الكبير ٦: ٥٣ - ٥٤.

(٤) نفس المصادر المتقدمة.

(٥) الأم ٤: ٣٢، والمغني لابن قدامة ٦: ٤٧، والشرح الكبير ٦: ٧١، والبحر الزخار ٥: ٥٠.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز (١).
دليلنا: أن الأصل جواز ذلك، والمنع يحتاج إلى دليل، وليس في الشرع ما يدل على المنع منه، فوجب جوازه.
مسألة ٢٣: يجوز إجارة الدفاتر، سواء كان مصحفاً أو غيره ما لم يكن به كفر. وبه قال الشافعي (٢).
وقال أبو حنيفة: لا يجوز إجارة شيء من ذلك (٣).
دليلنا: أن الأصل جوازه، والمنع يحتاج إلى دلالة.
مسألة ٢٤: لا يجوز إجارة حائط مزوق أو محكم، للنظر إليه، والتفرج به، والتعلم منه. وبه قال أبو حنيفة (٤).
وقال الشافعي: يجوز ذلك إذا كان فيه غرض من الفرجة أو التعلم منه (٥).
دليلنا: أن ذلك عبث، والتعلم منه قبيح، وإذا لم يحز التعلم منه فإجارته قبيحة.
مسألة ٢٥: إذا انفرد الأجير بالعمل في غير ملك المستأجر، فتلّف الشيء الذي استؤجر فيه بتقصير منه، أو بشيء من أفعاله، أو بنقصان من صنعته، فإنه يلزمه ويكون ضامناً، سواء كان الأجير مشتركاً أو منفرداً.
وقال أبو حنيفة في الأجير المشترك مثل ما قلناه. وذلك مثل أن يدق القصار

-
- (١) المغني لابن قدامة ٦: ٤٧، والشرح الكبير ٦: ٧١، والبحر الزخار ٥: ٥٠.
(٢) المحلى ٨: ١٩٣ - ١٩٤، والمغني لابن قدامة ٦: ١٥٣، والشرح الكبير ٦: ٣٩، والبحر الزخار ٥: ٣٣.
(٣) المبسوط ١٦: ٣٦ - ٣٧، والفتاوى الهندية ٤: ٤٤٩، وتبيين الحقائق ٥: ١٢٥، وحاشية رد المحتار ٦: ٥٥، والمغني لابن قدامة ٦: ١٥٣، والشرح الكبير ٦: ٣٩، والبحر الزخار ٥: ٣٢.
(٤) الفتاوى الهندية ٤: ٤٤٩، والمغني لابن قدامة ٦: ١٥٣، والبحر الزخار ٥: ٣٢، والشرح الكبير ٦: ٣٩.
(٥) يستفاد ذلك أيضاً من قول السرخسي في المبسوط ١٦: ٣٧ فلاحظ.

الثوب فينحرق، أو يقصره فيتمزق، فيكون عليه الضمان. وبه قال أحمد، وإسحاق (١).

وقال أبو يوسف ومحمد: إن تلف بأمر ظاهر لا يمكن دفعه كالحريق المنتشر واللهب الغالبة، فإنه لا يضمنه. وإن تلف بأمر يمكنه دفعه ضمنه (٢).

وأما الأجير المنفرد فلا ضمان عليه عندهم (٣)، وللشافعي فيه قولان: أحدهما: أنه إذا انفرد بالعمل في غير ملك المستأجر فإنه يكون ضامنا متى

تلف، بأي شيء تلف، بالسرقة أو بالحريق، أو شيء من فعله أو غير فعله، وهو قول مالك، وابن أبي ليلى، والشعبي (٤).

والآخر: أنه لا ضمان عليه، سواء كان منفردا أو مشتركا، وقبضه قبض أمانة. وهو قول عطاء، وطاوس (٥).

وقال الربيع: كان الشافعي يعتقد أنه لا ضمان على الصناع بته (٦).

دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٧). وأيضا فإن الأصل براءة الذمة، وما

(١) اللباب ٢: ٤١ و ٤٣، والمبسوط ١٥: ٨٠ - ٨١، والهداية المطبوع في هامش شرح فتح القدير ٧: ٢٠١،

وتبيين الحقائق ٥: ١٣٥ و ١٣٨، والمغني لابن قدامة ٦: ١١٨، والشرح الكبير ٦: ١٣٥، وبداية المجتهد ٢: ٢٢٩.

(٢) اللباب ٢: ٤١ و ٤٣، والهداية ٧: ٢٠٧، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٧: ٢٠٧، والمبسوط ١٥: ٨٠ - ٨١، والفتاوى الهندية ٤: ٥٠٠، وتبيين الحقائق ٥: ١٣٤ و ١٣٨.

(٣) أنظر المصادر المتقدمة. (٤) مختصر المزني: ١٢٧، والمجموع ١٥: ٩٥، وبداية المجتهد ٢: ٢٢٩، والمغني لابن قدامة ٦: ١١٨ و ١٢٩،

والشرح الكبير ٦: ١٣٥. (٥) مختصر المزني: ١٢٧، والمجموع ١٥: ٩٥ و ١٠٠، والمغني لابن قدامة ٦: ١١٨، والشرح الكبير ٦: ١٣٦.

(٦) الأم ٤: ٤٠، والمجموع ١٥: ٩٦، والمغني لابن قدامة ٦: ١١٨، والشرح الكبير ٦: ١٣٦.

(٧) الكافي ٥: ٢٤١ باب ضمان الصناع، والتهديب ٧: ٢١٨ - ٢٢١ حديث ٩٥٢ و ٩٥٥ و ٩٥٧ و ٩٥٨

و ٩٦٠ و ٩٦٣ و ٩٦٧، والاستبصار ٣: ١٣١ - ١٣٣ حديث ٤٧٠ و ٤٧٢ و ٤٧٣ و ٤٧٥ و ٤٧٦ و ٤٨٠ و ٤٨١.

ذكرناه مجمع عليه.
وما روي عن علي عليه السلام أنه كان يضمن الأجير (١)، محمول على أنه إذا كان بفعله.
مسألة ٢٦: الختان، والبيطار، والحجام يضمنون ما يجنون بأفعالهم، ولم أجد أحدا من الفقهاء ضمنهم (٢)، بل حكى المزني أن أحدا لا يضمنهم (٣).
دليلنا: إجماع الفرقة المحقة.
مسألة ٢٧: إذا حبس حرا أو عبدا مسلما، فسرت ثيابه، لزمه ضمانها.
وقال الشافعي: إن حبس حرا فلا ضمان على حابسه إذا سرت ثيابه، وإن كان عبدا لزمه ضمانها (٤).
دليلنا: أن الحبس كان سبب السرقة، بدلالة أنه لو لم يحبسه لم تسرق، فوجب عليه الضمان.
مسألة ٢٨: الراعي إذا أطلق له الرعي حيث شاء، فلا ضمان على ما يتلف من الغنم، إلا إذا كان هو السبب فيه.
وللشافعي فيه قولان:
أحدهما: مثل ما قلناه (٥).
والآخر: عليه الضمان. مثل القول في الصناعات سواء (٦).

-
- (١) الكافي ٥: ٢٤٢ - ٢٤٣ حديث ٤ و ٥ و ٩، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٦٢ - ١٦٣ حديث ٧١٤ و ٧١٦، والتهذيب ٧: ٢١٦ - ٢٢٠ حديث ٩٤٥ و ٩٥٦ و ٩٥٩ و ٩٦١ و ٩٦٢.
(٢) أنظر مختصر المزني: ١٢٧، والمحلى ٨: ٢٠٢، والمغني لابن قدامة ٦: ١٣٣ - ١٣٤، والشرح الكبير ٨: ٢٠٢.
(٣) مختصر المزني: ١٢٧، والمحلى ٨: ٢٠٢.
(٤) أنظر المجموع ١٤: ٢٧٤.
(٥) الأم ٤: ٣٧ و ٤٠، ومختصر المزني: ١٢٧، والمجموع ١٥: ٥٠ و ٩٨ - ٩٩.
(٦) الأم ٤: ٣٧ و ٤٠، ومختصر المزني: ١٢٧، والمجموع ١٥: ٥٠ و ٩٨ - ٩٩.

دليلنا: أن الأصل براءة الذمة، فمن شغلها فعليه الدلالة.
مسألة ٢٩: إذا اكرى دابة فركبها أو حمل عليها، فضربها أو كبحها باللجام
على ما جرت به العادة في التسيير، فتلفت، فلا ضمان عليه، وإن كان ذلك
خارجا عن العادة لزمه الضمان. وهو قول الشافعي، وأبي يوسف، ومحمد (١).
وقال أبو حنيفة: عليه الضمان في الحالين (٣).
دليلنا: أن الأصل براءة الذمة، فعلى من شغلها بشئ الدلالة.
مسألة ٣٠: إذا سلم مملوكا إلى معلم، فمات حتف أنفه، أو وقع عليه شئ
من السقف فمات من غير تعد من المعلم، فلا ضمان عليه.
وللشافعي فيه قولان مثل ما قال في الوديعة (٣).
دليلنا: أن الأصل براءة الذمة، فمن علق عليها شيئا فعليه الدلالة.
مسألة ٣١: إذا عزر الإمام رجلا فأدى إلى تلفه، لم يجب عليه الضمان.
وبه قال أبو حنيفة (٤).
وقال الشافعي: يجب فيه الضمان (٥).
وأين يجب؟ فيه قولان: أحدهما في بيت المال. والآخر على عاقلته.

-
- (١) الأم ٤: ٣٧، ومختصر المزني: ١٢٧، والمجموع ١٥: ٥٤ - ٥٥ وكفاية الأخيار ١: ١٩٣، والسراج
الوهاب: ٢٩٤، ومغني المحتاج ٢: ٣٥٣، واللباب ٢: ٤٠، والمبسوط ١٥: ١٧٤، والهداية المطبوع
بهامش شرح فتح القدير ٧: ١٧٠، وتبيين الحقائق ٥: ١١٨.
(٢) اللباب ٢: ٤٠، والمبسوط ١٥: ١٧٤، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٧: ١٧٠، وشرح
فتح
القدير ٧: ١٧٠، والفتاوى الهندية ٤: ٤٩٣، وتبيين الحقائق ٥: ١١٨، وحاشية رد المحتار ٦: ٣٩،
والمجموع ١٥: ٥٥.
(٣) المجموع ١٤: ١٧٨ و ١٥: ٩٥، والوجيز ١: ٢٨٤ و ٢٨٦، والمغني لابن قدامة ٦: ١٣٠ - ١٣١.
(٤) الفتاوى البرازية في هامش الفتاوى الهندية ٦: ٤٣٠، ومختصر المزني: ١٢٨، والشرح الكبير
١٠: ١٣١، والبحر الزخار ٦: ٢١٢.
(٥) مختصر المزني: ١٢٨، والمجموع ٢٠: ١٢٢، والوجيز ٢: ١٨٣، والبحر الزخار ٦: ١٩٦، و ٢١٢.

وإذا قال: على عاقلته فالكفارة في ماله (١).
وإذا قال: في بيت المال فالكفارة على قولين: أحدهما: في بيت المال أيضا.
والثاني: في ماله (٢).
دليلنا: أن الأصل براءة الذمة، فلا يعلق عليها شيء إلا بدليل.
وأیضا فإنه فعل من التعزیز ما أمره الله به، فلا يلزمه الضمان، كما أن
الحدود إذا أقامها فتلف المحدود لم يلزمه الضمان بلا خلاف.
مسألة ٣٢: إذا أسلم الثوب إلى غسل، وقال له: إغسله. ولم يشرط
الأجرة، ولا عرض له بها، فغسله لزمته الأجرة. وإن لم يأمره بغسله، فغسله، لم تكن له
أجرة. وبه قال المزني (٣).
والذي نص الشافعي عليه: أنه إذا لم يشرط، ولم يعرض، لا أجرة له (٤).
وفي أصحابه من قال: إن كان الرجل معروفا بأخذ الأجرة على الغسل
وجبت له الأجرة، وإن لم يكن معروفا بأخذ الأجرة على الغسل، لم تجب له
الأجرة (٥).
ومنهم من قال: إن كان صاحب الثوب هو الذي سأله أن يغسله لزمته
الأجرة، وإن كان الغسال هو الذي طلب منه الثوب ليغسله فلا أجرة له،
ومذهبهم ما نص عليه الشافعي أنه لا أجرة له (٦).

-
- (١) مختصر المزني: ١٢٨، والوجيز ٢: ١٨٤، والبحر الزخار ٦: ١٩٦.
(٢) مختصر المزني: ١٢٨، والوجيز ٢: ١٨٤.
(٣) المجموع ١٥: ١١٠ - ١١١.
(٤) المجموع ١٥: ١١٠ - ١١١، والسراج الوهاج: ٢٩٤، والوجيز ١: ٢٣٧، ومغني المحتاج ٢: ٣٥٢،
والمغني
لابن قدامة ٦: ٥٦٢، والشرح الكبير ٦: ٢٢.
(٥) المجموع ١٥: ١١٠ - ١١١، والسراج الوهاج: ٢٩٤، ومغني المحتاج ٢: ٣٥٢، وفتح المعين: ٨٢ -
٨٣،
والوجيز ١: ٢٣٧.
(٦) المجموع ١٥: ١١٠ - ١١١، ومغني المحتاج ٢: ٣٥٢، والسراج الوهاج: ٢٩٤، وفتح العين: ٨٢ -
٨٣،
والمغني لابن قدامة ٦: ١٦٢، والشرح الكبير ٦: ٢٢.

دليلنا: طريقة الاحتياط، لأنه إذا أعطاه الأجرة برئت ذمته بلا خلاف،
وإذا لم يعطه لم تبرأ ذمته بذلك.
مسألة ٣٣: إجارة المشاع جائزة، وبه قال الشافعي (١).
وقال أبو حنيفة: لا تجوز (٢).
دليلنا: أن الأصل جواز ذلك، والمنع يحتاج إلى دليل.
مسألة ٣٤: إذا سلم إلى الخياط ثوبا، فقطعه الخياط قباء، ثم اختلفا، فقال
رب الثوب: أمرتك أن تقطعه قميصا فخالفت. وقال الخياط: بل قلت اقطع
قباء فقد فعلت ما أمرت، فالقول قول صاحب الثوب مع يمينه. وبه قال
أبو حنيفة (٣). وهو الذي اختاره الشافعي على ما حكاه أبو إسحاق والقاضي
أبو حامد ونقله المزني في جامعه عن الشافعي حكاية قوليهما - يعني أبا حنيفة وابن
أبي ليلى - وقال: وكلاهما مدخول (٤).
وقال أبو علي في الإفصاح: إن الشافعي ذكر في موضع من كتبه أنهما
يتحالفان (٥).

-
- (١) المجموع ١٥: ٧، وفتح العزيز ١٢: ٢٦٢، وبداية المجتهد ٢: ٢٢٥، والمحلى ٨: ٢٠٠، والشرح
الكبير ٤٦: ٦، والبحر الزخار ٥: ٣٥.
(٢) اللباب ٢: ٤٨، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٧: ١٨٠، وشرح العناية على الهداية
المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٧: ١٨٠، وتبيين الحقائق ٥: ١٢٥، وبداية المجتهد ٢: ٢٢٥، والمحلى
٨: ٢٠١، والشرح الكبير ٦: ٤٦، وفتح العزيز ١٢: ٢٦٢، والبحر الزخار ٥: ٣٥.
(٣) اللباب ٢: ٥٠ - ٥١، والهداية المطبوع بهامش شرح الفتح القدير ٧: ٢١٨، وشرح العناية على الهداية
٧: ٢١٨، والفتاوى الهندية ٤: ٤٧٩، وتبيين الحقائق ٥: ١٤٢، وحاشية رد المحتار ٦: ٧٥، والأم
٤: ٤٠، والمجموع ١٥: ١٠٥ و ١٠٩، ومختصر المزني: ١٢٨، والمغني لابن قدامة ٦: ١٢٥، والشرح
الكبير ٦: ١٤٨.
(٤) الأم ٤: ٤٠، ومختصر المزني: ١٢٨، والوجيز ١: ٢٣٧ - ٢٣٨، والمجموع ١٥: ١٠٥ - ١٠٦،
والسراج
الوهاج: ٢٩٥، ومغني المحتاج ٢: ٣٥٤، والمغني لابن قدامة ٦: ١٢٥، والشرح الكبير ٦: ١٤٨.
(٥) المجموع ١٥: ١٠٧.

واختلف أصحابه في ترتيبهما:
فمنهم من قال: المسألة على قولين:
أخذهما: القول قول الخياط.
والآخر: القول قول رب الثوب.
والثاني: أنهما يتحالفان (١).
ومنهم من قال: يتحالفان قولاً واحداً (٢).
دلينا: أن المالك رب الثوب، والخياط مدعي للإذن في قطع القباء فعليه
البينة، فإذا فقدتها فعلى المالك اليمين.
ولأنهما لو اختلفا في أصل القطع لكان القول قول رب الثوب، فكذلك في
صفة القطع.
وكنا قلنا فيما تقدم في هذه المسألة: أن القول قول الخياط، لأنه غارم، وأن رب
الثوب يدعي عليه قطعاً لم يأمره به، فيلزمه بذلك ضمان الثوب، فكان عليه
البينة، فإذا فقدتها وجب على الخياط اليمين وهذا أيضاً قوي.
مسألة ٣٥: إذا اكرى منه بهيمة ليقطع بها مسافة، فامسكها قدر قطع
المسافة ولم يسيرها فيها، استقرت عليه الأجرة. وبه قال الشافعي (٣).
وقال أبو حنيفة: لا تستقر عليه حتى يسيرها في بقاع تلك المسافة (٤).

-
- (١) المجموع ١٥: ١٠٦، ومغني المحتاج ٢: ٣٥٤ - ٣٥٥، والسراج الوهاج: ٢٩٥، والمغني لابن قدامة
٦: ١٢٥، والشرح الكبير ٦: ١٤٨، والوجيز ١: ٢٣٨.
(٢) المجموع ١٥: ١٠٦، والوجيز ١: ٢٣٨، والمغني لابن قدامة ٦: ١٢٥، والشرح الكبير ٦: ١٤٨.
(٣) مختصر المزني: ١٢٨، والسراج الوهاج: ٢٩٦، ومغني المحتاج ٢: ٣٥٨، والوجيز ١: ٢٣٧، والمغني
لابن
قدامة ٦: ٢٠.
(٤) المبسوط ١٥: ١٧٦ - ١٧٧ و ١٨٤، وشرح فتح القدير ٧: ١٥٨، وشرح العناية المطبوع في هامش
شرح
فتح القدير ٧: ١٥٨، والأشباه والنظائر لابن نجيم: ٢٦٧، والمغني لابن قدامة ٦: ٢٠ - ٢١.

دليلنا: ما دللنا عليه من أن مال الإجارة يلزم بنفس العقد، والتمكين من التسيير قد حصل، فوجب عليه الأجرة، فمن أسقطها فعليه الدلالة.

مسألة ٣٦: إذا استأجر دارا على أن يتخذها مسجدا يصلي فيه، صحت الإجارة. وبه قال الشافعي (١).

وقال أبو حنيفة: لا تصح (٢).

دليلنا: أن الأصل جوازه، والمنع يحتاج إلى دليل.

مسألة ٣٧: إذا استأجر دارا ليتخذها ماخورا (٣) يبيع فيها الخمر، أو ليتخذها كنيسة، أو بيت نار، فإن ذلك لا يجوز والعقد باطل.

وقال أبو حنيفة: العقد صحيح، ويعمل فيه غير ذلك من الأعمال المباحة دون ما استأجره له. وبه قال الشافعي (٤).

دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٥). وأيضا فهذه الأشياء محظورة بلا خلاف، فلا يجوز الاستيجار لها.

مسألة ٣٨: إذا استأجر رجلا لينقل له خمرا من موضع إلى موضع لم تصح الإجارة. وبه قال الشافعي (٦).

- (١) المجموع ١٥ : ٣٩، وفتح العزيز ١٢ : ٣٥٦، والشرح الكبير ٦ : ٤٢، والبحر الزخار ٥ : ٣١، والمغني لابن قدامة ٦ : ١٤٦.
- (٢) الفتاوى الهندية ٤ : ٤٥٠، والشرح الكبير ٦ : ٤٢، والبحر الزخار ٥ : ٣١، والمغني لابن قدامة ٦ : ١٤٦ - ١٤٧.
- (٣) قال ابن الأثير في النهاية ٤ : ٣٠٦ ما لفظه: ماخور، وهو مجلس الريبة، ومجمع أهل الفسق والفساد، وبيوت الخمارين.
- (٤) المبسوط ١٦ : ٣٨، والفتاوى الهندية ٤ : ٤٥٠، والمغني لابن قدامة ٦ : ١٥١، والشرح الكبير ٦ : ٣٥، والبحر الزخار ٥ : ٣٧.
- (٥) الكافي ٥ : ٢٢٧ حديث ٦ و ٨، والتهذيب ٦ : ٣٧١ - ٣٧٢ حديث ١٠٧٧ و ١٠٧٨، والاستبصار ٣ : ٥٥ حديث ١٧٩ و ١٨٠.
- (٦) كفاية الأختيار ١ : ١٩١، والمغني لابن قدامة ٦ : ١٥٩ - ١٥٠، والشرح الكبير ٦ : ٣٦، والبحر الزخار ٥ : ٣١.

وقال أبو حنيفة: تصح كما لو استأجره لينقل الخمر إلى الصحراء ليريقه (١).
دليلنا: ما قلناه في المسألة الأولى سواء.
مسألة ٣٩: إذا استأجره ليخيط له ثوبا بعينه، وقال: إن خطته اليوم فلك درهم، وإن خطته غدا فلك نصف درهم. صح العقد فيهما، فإن خاطه في اليوم الأول كان له الدرهم، وإن خاطه في الغد كان له نصف درهم.
وقال أبو حنيفة: إن خاطه في اليوم الأول بمثل ما قلناه، وإن خاطه في الغد له أجرة المثل، وهو ما بين النصف المسمى إلى الدرهم، فلا يبلغ درهما ولا ينقص عن نصف ودرهم (٢).
وقال الشافعي: هذا عقد باطل في اليوم والغد (٣).
دليلنا: أن الأصل جواز ذلك، والمنع يحتاج إلى دليل.
وقوله صلى الله عليه وآله: "المؤمنون عند شروطهم" (٤).
وفي أخبارهم ما يجري مثل هذه المسألة بعينها منصوصة، وهي أن يستأجر منه دابة على أن يوافي به يوما بعينه على أجرة معينة، فإن لم يواف به ذلك اليوم كان أجرتها أقل من ذلك، وإن هذا جائز (٥)، وهذه بعينها سواء.

-
- (١) التنف ٢: ٥٧٤، والمبسوط ١٦: ٣٨ - ٣٩، والفتاوى الهندية ٤: ٤٤٩، والبحر الزخار ٥: ٣١، والمغني لابن قدامة ٦: ١٥٠، والشرح الكبير ٦: ٣٦.
(٢) اللباب ٢: ٤٦، والمبسوط ١٥: ٩٩ - ١٠٠، والفتاوى الهندية ٤: ٤٢٣، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٧: ٢٠٨، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٧: ٢٠٨، وتبيين الحقائق ٥: ١٣٩، والمغني لابن قدامة ٦: ٩٨، والشرح الكبير ٦: ٢٧، وفتح العزيز ١٢: ٢٠٢.
(٣) الوجيز ١: ٢٣٢، وفتح العزيز ١٢: ٢٠٢، والمبسوط ١٥: ١٠٠، والمغني لابن قدامة ٦: ٩٨، والشرح الكبير ٦: ٢٦.
(٤) التهذيب ٧: ٣٧١ حديث ١٥٠٣، والاستبصار ٣: ٢٣٢ حديث ٨٣٥، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٨٤، والشرح الكبير ٤: ٣٨٦، وتلخيص الحبير ٣: ٢٣ و ٤٤، والمصنف لابن أبي شيبة ٦: ٥٦٨ حديث ٢٠٦٤.
(٥) الكافي ٥: ٢٩٠ حديث ٤ و ٥، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ٢١ - ٢٢ حديث ٥٧ و ٥٨، والتهذيب ٧: ٢١٤ حديث ٩٤٠ و ٩٤١.

مسألة ٤٠: إذا استأجره لخياطة ثوب، وقال: إن خطته روميا - وهو الذي يكون بدرزين - فلك درهم، وإن خطته فارسيا - وهو الذي يكون بدرز واحد - فلك نصف درهم، صح العقد. وبه قال أبو حنيفة (١).
وقال الشافعي: لا يصح (٢).
دليلنا: ما قلناه في المسألة الأولى سواء.
مسألة ٤١: يجوز إجارة الدراهم والدنانير.
وللشافعي فيه وجهان: أحدهما مثل ما قلناه (٣).
والآخر لا يجوز (٤).
دليلنا: أن الأصل جوازه، والمنع يحتاج إلى دليل. ولأنه ينتفع بها مع بقاء عينها، مثل أن ينثرها ويسترجمها، أو يضعها بين يديه ليتجمل بها وغير ذلك.
مسألة ٤٢: إذا استأجر دراهم أو دنانير، وعين جهة الانتفاع بها، كان على ما شرط، وصحت الإجارة. وإن لم يعين بطلت الإجارة، وكانت قرضا. وبه قال أبو حنيفة (٥).
وقال الشافعي: إن لم يعين جهة الانتفاع لم يصح العقد، ولا يكون

-
- (١) الباب ٢: ٤٥، والمبسوط ١٥: ١٠٠، والهداية بهامش شرح فتح القدير ٧: ٢٠٨، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٧: ٢٠٨، والفتاوى الهندية ٤: ٤٢٢، وتبيين الحقائق ٥: ١٣٨ و ١٤٠، والمغني لابن قدامة ٦: ٩٩، والشرح الكبير ٦: ٢٧، وفتح العزيز ١٢: ٢٠٢.
(٢) فتح العزيز ١٢: ٢٠٢، والمبسوط ١٥: ١٠٠.
(٣) المجموع ١٥: ٤ و ٦، وفتح العزيز ١٢: ٢٢٤، والمغني لابن قدامة ٦: ١٤٤، والشرح الكبير ٦: ٤٠.
(٤) المجموع ١٥: ٤ و ٦، والسراج الوهاج: ٢٨٨، وكفاية الأختيار ١: ١٩١، والوجيز ١: ٢٣٠، وفتح العزيز
العزيز
١٢: ٢٢٤، وفتح العين: ٨١، والمغني لابن قدامة ٦: ١٤٤، والشرح الكبير ٦: ٤٠.
(٥) المبسوط ١٦: ٣١ و ٣٢، والمغني لابن قدامة ٦: ١٤٤، والشرح الكبير ٦: ٤٠، وفتح العزيز ١٢:
- ٢٢٥
.٢٢٦

قرضا (١). دليلنا: أن العادة في دراهم الغير ودنانيره أن لا ينتفع بها إلا على وجه القرض، فإذا أطلق له الانتفاع رجع الإطلاق إلى ما يقتضيه العرف.
مسألة ٤٣: يصح إجارة كلب الصيد للصيد وحفظ الماشية والزرع.
وللشافعي فيه وجهان: أحدهما مثل ما قلناه (٢).
والآخر: أنه لا يجوز ذلك (٣).

دليلنا: أن الأصل جوازه، والمنع يحتاج إلى دليل. ولأن بيع هذه الكلاب يجوز عندنا، وما يصح بيعه يصح إجارته بلا خلاف.
مسألة ٤٤: إذا استأجره لينقل له ميتة على أن يكون له جلدها، لم يصح بلا خلاف. وإن استأجره ليسلخ له مذكى على أن يكون له جلده كان جائزا عندنا.

وقال الشافعي: لا يجوز ذلك، لأنه مجهول (٤).
دليلنا: أن الأصل جوازه، والمنع يحتاج إلى دليل. وأيضا فإنه ليس بمجهول.
لأنه مشاهد.

مسألة ٤٥: إذا استأجره ليطحن له دقيقا على أن يكون له صاعا منه صح.
وقال الشافعي: لا يصح، لأنه مجهول، لأنه لا يدري هل يكون ناعما أو

(١) كفاية الأختيار ١: ١٩١، وفتح العزيز ١٢: ٢٢٥، والمغني لابن قدامة ٦: ١٤٥، والشرح الكبير ٦: ٤٠.

(٢) المجموع ١٥: ٣، والوجيز ١: ٢٣، وفتح العزيز ١٢: ٢٢١ و ٢٣٢ والشرح الكبير ٦: ٣٨.
(٣) المجموع ١٥: ٣، ومغني المحتاج ٢: ٣٣٥، والسراج الوهاج: ٢٨٨، والوجيز ١: ٢٣٠، وفتح العزيز ١٢: ٢٣٢، والشرح الكبير ٦: ٣٨.

(٤) مغني المحتاج ٢: ٣٣٥، والسراج الوهاج: ٢٨٨، وكفاية الأختيار ١: ١٩٣ - ١٩٤، وفتح العزيز ١٢: ٢٠٣.

خشنا (١).

دليلنا: ما قلناه في المسألة الأولى سواء.

مسألة ٤٦: إذا استأجر رجلان جملة للعقبة، صحت الإجارة، سواء كان في الذمة أو معينا. وبه قال الشافعي (٢).

وقال المزني: إن كان معينا لم يجز، لأنه إذا سلم إلى أحدهما تأخر التسليم إلى الآخر، فيكون ذلك عقدا قد شرط فيه تأخير التسليم، وقد تناول عينا فلم يجز (٣).

دليلنا: هو أن الأصل جوازه، والمنع يحتاج إلى دليل، وليس فيه تأخر التسليم، لأنه يسلم الجمل إليهما معا، يتناوبان بعد التسليم على ما يتفقان عليه.

(١) السراج الوهاج: ٢٨٨ ومغني المحتاج ٢: ٣٣٥، وفتح العزيز ١٢: ٢١١.

(٢) المجموع ١٥: ٣٩ - ٤٠، ومغني المحتاج ٢: ٣٣٩، والسراج الوهاج: ٢٨٩، وفتح العزيز ١٢: ٢٦١،

والمغني لابن قدامة ٦: ١١٠ - ١١١، والشرح الكبير ٦: ١١٠.

(٣) المجموع ١٥: ٣٩، والوجيز ١: ٢٣١، وفتح العزيز ١٢: ٢٦٠ - ٢٦١.

كتاب المزارعة

(٥١٣)

مسألة ١: المزارعة بالثلث، والرابع، والنصف، أو أقل، أو أكثر بعد أن يكون بينهما مشاعاً جائزة. وبه قال في الصحابة علي عليه السلام، وعبد الله بن مسعود، وعمار بن ياسر، وسعد بن أبي وقاص، وخباب بن الأرت (١). وفي الفقهاء ابن أبي ليلى، وأبو يوسف، ومحمد، وأحمد، وإسحاق (٢). وقال قوم: أنها لا تجوز. ذهب إليه ابن عباس، وعبد الله بن عمر، وأبو هريرة. وبه قال أبو حنيفة، ومالك، والشافعي، وأبو ثور (٣).
دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٤)، فإنهم لا يختلفون في ذلك: وأيضا الأصل

(١) خباب بن الأرت بن جندلة بن سعد بن خزيمة التميمي، وقيل: خزاعي، عده جمع من المؤرخين في عداد الصحابة، مات سنة تسع وثلاثين بعد أن شهد صفين والنهروان مع أمير المؤمنين عليه السلام، وكان عمره ثلاثاً وسبعين سنة. وقف أمير المؤمنين عليه السلام على قبره وقال: رحم الله خباباً، أسلم راغباً وهاجر طائعاً، وعاش مجاهداً وابتلى في جسمه أحوالاً، ولن يضيع الله أجر من أحسن عملاً. انظر تنقيح المقال ١: ٣٩٥.

(٢) المبسوط ٢٣: ١٧، واللباب ٢: ١٧٧، وعمدة القاري ١٢: ١٦٧، وبدائع الصنائع ٦: ١٧٥، والمجموع

١٤: ٤٢١، وكفاية الأختيار ١: ١٩٥، والإقناع ٢: ٢٨٠، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٨٢ و ٥٩٨، والشرح الكبير ٥: ٥٨١ - ٥٨٢، ونيل الأوطار ٦: ١٠، والبحر الزخار ٥: ٦٤.

(٣) التنف ٢: ٥٤٨، والمبسوط ٢٣: ١٥ و ١٧، واللباب ٢: ١٧٧، وعمدة القاري ١٢: ١٦٤ و ١٦٧، وبدائع الصنائع ٦: ١٧٥، والفتاوى الهندية ٥: ٢٣٥، وتبيين الحقائق ٥: ٢٧٨، والأم ٤: ١٢ و ١٥، ومختصر المزني: ١٢٨، والمجموع ١٤: ٤٢٠ - ٤٢١، ومغني المحتاج ٢: ٣٢٣، وكفاية الأختيار ١: ١٩٤.

والمحلى ٨: ١٩٠، وفتح الرحيم ٣: ١٤، ونيل الأوطار ٦: ٨، والبحر الزخار ٥: ٦٤.
(٤) الكافي ٥: ٢٦٧ حديث ٣ والتهذيب ٧: ١٩٧ حديث ٨٧١، والاستبصار ٣: ١٢٨ حديث ٤٥٨ و ٤٥٩.

جوازه، والمنع يحتاج إلى دلالة.
وأيضاً روى ابن عمر: أن النبي صلى الله عليه وآله عامل أهل خيبر بشرط ما يخرج من ثمر أو زرع (١).
وروى مقسم، عن ابن عباس: أن النبي دفع خيبر أرضها ونخلها إلى أهلها مقاسمة على النصف (٢).

وروى عروة بن الزبير، عن زيد بن ثابت أنه قال: يغفر الله لرافع بن خديج (٣)، أنا والله أعلم بالحديث منه، إنما أتاه رجلاً من الأنصار اقتتلاً، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: إن كان هذا شأنكما فلا تكروا المزارع (٤). وهذا يدل على أن النهي ليس بنهي تحريم، لأنه قال على وجه المشورة وطلب الصلاح.

مسألة ٢: يجوز إجارة الأرضين للزراعة. وبه قال جميع الفقهاء (٥).

(١) صحيح البخاري ٣: ١٣٧ و ١٣٨، وصحيح مسلم ٣: ١١٨٦ حديث ١٥٥١، وسنن ابن ماجة ٢: ٨٢٤ حديث ٢٤٦٧، وسنن أبي داود ٣: ٢٦٢ حديث ٣٤٠٨، وسنن الترمذي ٣: ٦٦٦ حديث ١٣٨٣، وسنن الدارقطني ٣: ٣٧ حديث ١٥١، ومعجم الطبراني الصغير ١: ٢٨ و ٧٣ باختلاف يسير في بعض ألفاظه.

(٢) سنن الدارقطني ٣: ٣٧ حديث ١٤٩، وسنن ابن ماجة ٢: ٨٢٤ حديث ٢٤٦٨ باختلاف يسير في لفظ الحديث.

(٣) رافع بن خديج بن رافع بن عدي الخزرجي الأنصاري الحارثي، أبو عبد الله ويقال: أبو رافع، شهد أحداً والخندق، وروى عن النبي صلى الله عليه وآله مات سنة ٧٣، وقيل إنه مات سنة ٧٤ هجرية تهذيب التهذيب ٣: ٢٢٩.

(٤) سنن أبي داود ٣: ٢٥٧ حديث ٣٣٩٠، والدرية في تخريج أحاديث الهداية ٢: ٢٠٤ ذيل الحديث ٨٩٨.

(٥) التنف ٢: ٥٦٩، والمبسوط ٢٣: ١٥ و ٤١، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٧: ١٦٦، وشرح فتح القدير

٧: ١٦٦، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٧: ١٦٦، والأم ٤: ١٢ و ١٣ ومختصر المزني:

١٢٨، وكفاية الأخيار ١: ١٩١ و ١٩٤، واللباب ٢: ٣٧، والإقناع ٢: ٢٨٥، والمغني لابن قدامة ٦: ٦٧، وتبيين الحقائق ٥: ١١٤.

وحكى عن الحسن وطاوس أنهما قالوا: لا يجوز ذلك (١).
 وحكى أبو بكر بن المنذر عنهما أنهما جوزا المزارعة (٢).
 دليلنا: إجماع الفرقة، بل إجماع المسلمين، لأن هذا الخلاف قد انقرض.
 ولأن الأصل جوازه، والمنع يحتاج إلى دليل.
 وروى سعد بن أبي وقاص قال: كنا نكري الأرض بما على السواقي فنهانا رسول الله صلى الله عليه وآله، وأمرنا أن نكريها بذهب أو فضة (٣).
 مسألة ٣: يجوز إجارة الأرض بكل ما يصح أن يكون ثمننا من ذهب، أو فضة، أو طعام. وبه قال الشافعي وغيره (٤).
 وقال مالك: لا يجوز إكراؤها بالطعام، وبكل ما يخرج منها (٥).
 دليلنا: إجماع الفرقة، فإنهم لا يختلفون فيه، إلا أن يشرط الطعام منها فإن ذلك لا يجوز، فأما بطعام في الذمة فإنه يجوز على كل حال.
 مسألة ٤: إذا أكره أرضا ليزرع فيها طعاما، صح العقد، ولا يجوز له أن يزرع

- (١) بداية المجتهد ٢: ٢١٩، والمحلى ٨: ١٩٠، وعمدة القاري ١٢: ١٦٤، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٩٦، والشرح الكبير ٥: ٥٩٥.
- (٢) أنظر المغني لابن قدامة ٥: ٥٩٦، والشرح الكبير ٥: ٥٩٥.
- (٣) روى أبو داود في سننه ٣: ٢٥٨ حديث ٣٣٩١ بإسناده عن سعد قال: كنا نكري الأرض بما على السواقي من الزرع وما سعد بالماء منها، فنهانا رسول الله صلى الله عليه وآله عن ذلك وأمرنا أن نكريها بذهب أو فضة، وروى نحوه الدارمي في سننه ٢: ٢٧١ باب الرخصة في كراء الأرض بالذهب والفضة.
- (٤) الأم ٤: ١٢ و ١٤ - ١٥، والمزني: ١٢٨، والمجموع ١٤: ٤٢٠، وكفاية الأختيار ١: ١٩٤ - ١٩٥، ونيل الأوطار ٦: ١٠، وبداية المجتهد ٢: ٢١٩، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٩٦ - ٥٩٧ و ٥٩٨، والشرح الكبير ٥: ٥٩٥ - ٥٩٦، وعمدة القاري ١٢: ١٦٤.
- (٥) بداية المجتهد ٢: ٢١٩، ونيل الأوطار ٦: ١٠، والمدونة الكبرى ٤: ٥٤٣ - ٥٤٤، والموطأ ٢: ٧١٢، وفتح الرحيم ٣: ١٠ - ١١ و ١٥، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٩٨، والشرح الكبير ٥: ٥٩٦ - ٥٩٧، وعمدة القاري ١٢: ١٦٤، والبحر الزخار ٥: ٣٨.

غيره. وبه قال داود (١).
وقال أبو حنيفة والشافعي وعامة الفقهاء: أنه إذا عين الطعام بطل الشرط
والعقد (٢).
وللشافعي في بطلان الشرط قول واحد، وفي بطلان العقد وجهان (٣).
دليلنا: قوله تعالى: "أوفوا بالعقود" (٤) والإيفاء بالعقد أن يزرع ما سمي
وما تناوله العقد.
وقوله "المؤمنون عند شروطهم" (٥) يدل عليه أيضا.
مسألة ٥: إذا أكرى أرضا للزراعة ولم يعين ما يزرع فيها، صح العقد، وله أن
يزرع ما شاء وإن كان أبلغ ضررا وعليه أكثر أصحاب الشافعي (٦).
وقال أبو العباس: لا يجوز ذلك، لأن أنواع الزرع تختلف وتباين، فلا بد من
التعيين (٧).
دليلنا: أن الأصل جوازه، والمنع يحتاج إلى دليل، ولأن الزراعة وإن اختلفت
فاختلافها متقارب، فيجري مجرى النوع الواحد.

-
- (١) المحلى ٨: ١٩٠، والمجموع ١٥: ٦٢، والمغني لابن قدامة ٦: ٦٨، والشرح الكبير ٦: ٨٨.
(٢) بدائع الصنائع ٦: ١٧٨، والمجموع ١٥: ٦٢ - ٦٣، والمغني لابن قدامة ٤: ١٦، ومختصر المزني:
١٢٩، والشرح الكبير ٦: ٨٩.
(٣) الأم ٤: ١٦، والمجموع ١٥: ٦٣، ومختصر المزني: ١٢٩.
(٤) المائدة: ١.
(٥) التهذيب ٧: ٣٧١ حديث ١٥٠٣، والاستبصار ٣: ٢٣٢ حديث ٨٣٥، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٨٤،
والشرح الكبير ٤: ٣٨٦.
(٦) الأم ٤: ١٧، والمجموع ١٥: ٧٩، ومغني المحتاج ٢: ٣٤٢، والسراج الوهاج ١: ٢٩٠، والمغني
لابن قدامة
٦: ٦٧، ومختصر المزني: ١٢٩، والوجيز ١٢: ٢٣٣، وفتح العزيز ١٢: ٣٥٧، والشرح الكبير ٦: ٨٧.
(٧) المغني لابن قدامة ٦: ٦٧، ومغني المحتاج ٢: ٣٤٣، والوجيز ١: ٢٣٣، وفتح العزيز ١٢: ٣٥٧،
والشرح
الكبير ٦: ٨٧.

مسألة ٦: إذا أكرى أرضاً للغراس وأطلق جاز. وبه قال أكثر أصحاب الشافعي (١).

وقال أبو العباس: لا يجوز ذلك، لأنه يختلف (٢).
دليلنا: ما قلناه في المسألة الأولى سواء.

مسألة ٧: إذا أكره أرضاً على أن يزرع فيها ويغرس، ولم يعين مقدار كل واحد منهما، لم يحز. وبه قال المزني وأكثر أصحاب الشافعي (٣).

وقال أبو الطيب بن سلمة: يجوز أن يزرع نصفه ويغرس نصفه (٤).
وقال الشافعي: نصاً أنه يجوز (٥).

وقال أصحابه: إنما أراد بذلك التخيير بين أن يزرع كلها أو يغرس كلها، فأما من النوعين بلا تعيين فلا يجوز (٦).

دليلنا: أن ذلك مجهول، وضررها مختلف، فإذا لم يعين بطل العقد.

مسألة ٨: إذا أكره أرضاً سنة للغراس، فغرس في مدة السنة، ثم خرجت السنة لم يكن للمكري المطالبة بقلع الغراس إلا بشرط أن يغرم قيمته، فإذا غرم قيمته أجبر على أخذه وصار الأرض بما فيها له، أو يجبره على القلع، ويلزمه ما بين

(١) السراج الوهاج ١: ٢٩٠، ومغني المحتاج ٢: ٣٤٢، والوجيز ١: ٢٣٥، وفتح العزيز ١٢: ٣٥٧،
والمغني لابن قدامة ٦: ٦٦.

(٢) أنظر الوجيز ١: ٢٣٥، وفتح العزيز ١٢: ٣٥٧، والمغني لابن قدامة ٦: ٦٦.

(٣) المجموع ١٥: ١٤ و ٧٠، والوجيز ١: ٢٣٣، وفتح العزيز ١٢: ٣٥٨ - ٣٥٩، والمغني لابن قدامة ٦: ٦٦، ومغني المحتاج ٢: ٣٤٢، ومختصر المزني: ١٢٩، والشرح الكبير ٦: ٨٧.

(٤) الوجيز ١: ٢٣٣، وفتح العزيز ١٢: ٣٥٨، والمغني لابن قدامة ٦: ٦٦.

(٥) الأم ٤: ١٨، والوجيز ١: ٢٣٣، وفتح العزيز ١٢: ٣٥٨، والمغني لابن قدامة ٦: ٦٦، ومختصر المزني:

١٢٩، والشرح الكبير ٦: ٨٧.

(٦) مغني المحتاج ٢: ٣٤٢، والسراج الوهاج ١: ٢٩٠، والوجيز ١: ٢٣٣، وفتح العزيز ١٢: ٣٥٨ - ٣٥٩،

والمغني لابن قدامة ٦: ٦٦، والشرح الكبير ٦: ٨٧.

قيمتها ثابتة ومقلوعة. وبه قال الشافعي وأصحابه (١).
وقال أبو حنيفة والمزني: له أن يجبره على القلع من غير أن يغرم له شيئاً (٢).
دليلنا: قوله عليه السلام: " ليس لعرق ظالم حق " (٣) فدل على أن العرق
إذا كان لغير ظالم له حق.

وروت عائشة أن النبي عليه السلام قال: " من غرس في رباغ قوم بإذنهم
فله القيمة " (٤). ومثل هذا رواه أصحابنا (٥)، وعليه إجماعهم.
مسألة ٩: إذا استأجر داراً أو أرضاً، إجارة صحيحة أو فاسدة مدة معلومة،
ومضت المدة، استقرت الأجرة على المستأجر، انتفع أو لم ينتفع. وبه قال
الشافعي (٦).

وقال أبو حنيفة: إن كانت الإجارة صحيحة مثل ما قلنا، وإن كانت فاسدة
لم تستقر الأجرة عليه حتى ينتفع بالمستأجر. فأما إذا مضت المدة ولم ينتفع به،
فإن الأجرة تستقر عليه (٧).

-
- (١) الأم ٤: ١٨، ومختصر المزني: ١٢٩، والمجموع ١٥: ٦٥ و ٧٠، والمغني لابن قدامة ٦: ٧٥،
والوجيز
- ١: ٢٣٥، والشرح الكبير ٦: ١٥٨ - ١٥٩.
- (٢) اللباب ٢: ٣٨، ومختصر المزني: ١٣٠، والهداية المطبوع شرح فتح القدير ٧: ١٦٧، وشرح فتح
القدير
- ٧: ١٦٧، والمجموع ١٥: ٦٩ و ٧١، والمغني لابن قدامة ٦: ٧٥، والشرح الكبير ٦: ١٥٩، وتبيين
الحقائق ٥: ١١٤.
- (٣) صحيح البخاري ٣: ١٤٠، وسنن الترمذي ٣: ٦٦٢ حديث ١٣٧٨، وسنن أبي داود حديث ٣٠٧٣.
- (٤) رواه البيهقي في سننه الكبرى ٦: ٩١ مع إبدال كلمة " غرس " بكلمة " بنى ".
- (٥) أنظر الكافي ٥: ٢٩٧ حديث ٢، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٥٦ حديث ٦٨٤، والتهذيب ٧: ٢٠٦
حديث ٩٠٧.
- (٦) الأم ٤: ١٨، والمجموع ١٥: ٣٣ - ٣٤، ومختصر المزني: ١٢٨، والوجيز ١: ٢٣٧، والسراج
الوهاب:
- ٢٩٦، ومغني المحتاج ٢: ٣٥٨، والمغني لابن قدامة ٦: ٢٠، والشرح الكبير ٦: ١٥٧.
- (٧) الهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٧: ١٥٢، ١٥٣ و ١٥٧، و ١٥٨، وشرح فتح القدير ٧:
١٥٢ و
- ١٥٣ و ١٥٧، والفتاوى الهندية ٤: ٤١٣، والمبسوط ١٥: ١٧٦ - ١٧٧ و ١٨٤، واللباب ٢: ٤٤ و
٥٢، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٧: ١٥٨، وتبيين الحقائق ٥: ١٠٩ و ١٢١،
والمغني لابن قدامة ٦: ٢٠ - ٢١، والشرح الكبير ٦: ١٥٧.

دليلنا: أن هذه المنافع تلفت في يده فلزمه ضمانها، وإن لم ينتفع كما لو انتفع بها.

مسألة ١٠: إذا اختلف المكتري والمكري في قدر المنفعة أو الأجرة. قال الشافعي: يتحالفان مثل المتبايعين إذا اختلفا في قدر الثمن أو المثمن، فإن كان لم يمض من المدة شيء، رجع كل واحد منهما إلى حقه، وإن كان بعد مضي المدة في يد المكتري لزمه أجرة المثل (١).

ويجئ على مذهب أبي حنيفة أنه إذا كان قبل مضي المدة يتحالفان، وإن كان بعد مضي المدة في يد المكتري لم يتحالفوا، وكان القول قول المكتري كما قال في البيع إن القول قول المشتري إذا كانت السلعة تالفة (٢) والذي يليق بمذهبنا أن يستعمل فيه القرعة، فمن خرج اسمه حلف، وحكم له به، لإجماع الفرقة على أن كل مشتبه يرد إلى القرعة.

مسألة ١١: إذا زرع أرض غيره، ثم اختلفا، فقال الزارع: أعرتنيها. وقال رب الأرض: بل أكرتتها. وليس مع واحد منهما بينة، حكم بالقرعة. وللشافعي فيه قولان:

أحدهما وعليه أكثر أصحابه أن القول قول الزارع. وكذلك في الراكب إذا ادعى أن صاحب الدابة أعاره إياها (٣) وهو الذي يقوى في نفسي.

(١) الأم ٤: ٣٢ و ٣٩، والمجموع ١٥: ١٠٥ و ١٠٨، وفتح العين في شرح قرة العين: ٨٣، والمغني لابن

قدامة ٦: ١٦٠ والشرح الكبير ٦: ١٥٢.

(٢) الأم ٤: ٣٩، والمجموع ١٥: ١٠٧ - ١٠٨، والمغني لابن قدامة ٦: ١٦٠، والشرح الكبير ٦: ١٥٢.

(٣) المجموع ١٤: ٢٢٠ و ٢٢٢ - ٢٢٣، والأم ٣: ٢٤٥، ومختصر المزني: ١١٦، والسراج الوهاج: ٢٦٦،

ومغني المحتاج ٢: ٢٧٣ - ٢٧٤، والوجيز ١: ٢٠٥، وفتح العزيز ١١: ٢٣٢ - ٢٣٣ وفتح المعين في شرح

قرة العين: ٨٤، والمغني لابن قدامة ٥: ٣٧١، والشرح الكبير ٥: ٣٧١.

والقول الثاني: أن القول قول رب الأرض، ورب الدابة (١).
وحكى أبو علي الطبري أن في أصحابه من حمل المسألتين على ظاهرهما،
وفرق بينهما بأن العادة جرت بإعارة الدواب، وفي الأرض بالإجارة دون
العارية (٢).
دليلنا على ما قلناه أولاً: إجماع الفرقة على أن كل مجهول مشتبه فيه القرعة،
وهذا مثل ذلك.
وأما على ما قلناه ثانياً: هو أن الأصل براءة الذمة، وصاحب الدابة
والأرض يدعي الأجرة، فعليه البينة، فإذا عدمها كان على الراكب والزارع
اليمين.

(١) الأم ٤: ٢١ - ٢٢، ومختصر المزني: ١٣٠، والمجموع و ٢٢٢ - ٢٢٣، والسراج الوهاج: ٢٦٦،
ومغني
المحتاج ٢: ٢٧٣ - ٢٧٤، والوجيز ١: ٢٠٥، وفتح العزيز ١١: ٢٣٢ - ٢٣٣.
(٢) أنظر المجموع ١٤: ٢٢٠ و ٢٢٢ - ٢٢٣.

كتاب إحياء الموات

(٥٢٣)

مسألة ١: الأرضون العامرة في بلاد الإسلام التي لا يعرف لها صاحب معين للإمام خاصة.

وقال أبو حنيفة: أنها تملك بالإحياء إذا أذن الإمام في ذلك (١).

وقال الشافعي: لا تملك (٢).

دليلنا: إجماع الفرقة على أن أرض الموات للإمام خاصة، فإنها من جملة الأنفال، ولم يفصلوا بين ما يكون في دار الإسلام وبين ما يكون في دار الحرب.

مسألة ٢: الأرضون العامرة في بلد الشرك التي لم يجر عليها ملك أحد، للإمام خاصة.

وقال الشافعي: كل من أحيها من مشرك ومسلم، فإنه يملك بذلك (٣).

دليلنا: ما قلناه في المسألة الأولى سواء.

مسألة ٣: الأرضون الموات للإمام خاصة، لا يملكها أحد بالإحياء، إلا أن يأذن له الإمام.

(١) اللباب ٢: ١٦٨، وفتاوى قاضيخان ٣: ٢١٩، والفتاوى الهندية ٥: ٣٨٦، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٨: ١٣٦، وتبيين الحقائق ٦: ٣٥، وحاشية رد المحتار ٦: ٤٣٢، والمجموع ١٥: ٢١٠، والمغني لابن قدامة ٦: ١٦٦، والشرح الكبير ٦: ١٦٦.
(٢) الأم ٤: ٤٦ و ٧: ٢٣٠، ومختصر المزني: ١٣٠، والمجموع ١٥: ٢٠٤ و ٢١٠، والوجيز ١: ٢٤١.
(٣) المجموع ١٥: ٢٠٤، والوجيز ١: ٢٤١، والسراج الوهاج: ٢٩٧، ومغني المحتاج ٢: ٣٦٢ - ٣٦٣، وكفاية الأختيار ١: ١٩٦.

وقال الشافعي: من أحيها ملكها، أذن له الإمام أو لم يأذن (١).
وقال أبو حنيفة: لا يملك إلا بإذن (٢). وهو قول مالك (٣) وهذا مثل
ما قلناه، إلا أنه لا يحفظ عنهم أنهم قالوا: هي للإمام خاصة، بل الظاهر أنهم
يقولون لا مالك لها.

دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم وهي كثيرة (٤).
وروي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: " ليس للمرء إلا ما طابت به
نفس إمامه " (٥) وإنما تطيب نفسه إذا أذن فيه.
مسألة ٤: إذا أذن الإمام للذمي في إحياء أرض الموات في بلاد الإسلام
فإنه يملك بالإذن. وبه قال أبو حنيفة (٦).

-
- (١) الأم ٤: ٤٥، و ٧: ٢٣٠، ومختصر المزني: ١٣٠، والمجموع ٨: ٢٣٣، والوجيز ١: ٢٤١، وكفاية
الأخبار
- ١: ١٩٥، والسراج الوهاج: ٢٩٧، ومغني المحتاج ٢: ٣٦٢، والمغني لابن قدامة ٦: ١٦٤ و ٢٠٤،
والمحلى ٨: ٢٣٣.
- (٢) اللباب ٢: ١٦٨، وفتاوى قاضيخان ٣: ٢١٩، والفتاوى الهندية ٥: ٣٨٦، وتبيين الحقائق ٣٥٦،
والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٨: ١٣٦، وحاشية رد المحتار ٦: ٤٣٢، والمغني لابن قدامة
٦: ٢٠٤، والمبسوط ٢٣: ١٦٧، والمحلى ٨: ٢٣٣.
- (٣) أسهل المدارك ٣: ٥٢ - ٥٣، وجواهر الإكليل ٢: ٢٠٢، والشرح الصغير في هامش بلغة السالك
٢: ٢٩٦، والخرشي ٧: ٧٠، والمحلى ٨: ٢٣٣.
- (٤) انظرها في الكافي ٥: ٢٧٩ باب إحياء الموات حديث ١ - ٦، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٥١ باب
إحياء الموات والأرضين حديث ٦٦٥ وما بعده، والتهذيب ٧: ١٥٢ حديث ٦٧١ - ٦٧٤، والاستبصار
٣: ١٠٧ حديث ٣٧٩ - ٣٨٣.
- (٥) الدراية ٢: ٢٤٤، ومجمع الزوائد ٥: ٣٣١، وفيه رواه الطبراني في الكبير والأوسط، والمحلى ٨:
٢٣٤،
وفيه: " إنما للمرء " بدلا من " ليس للمرء ".
- (٦) اللباب ٢: ١٦٩، وتبيين الحقائق ٦: ٣٥، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٨: ١٣٨،
والفتاوى الهندية ٥: ٣٨٦، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٨: ١٣٨، والمجموع
١٥: ٢٠٨.

وقال الشافعي: لا يجوز للإمام أن يأذن له فيه فإن أذن له فأحيائها لم يملك (١).

دليلنا قوله عليه السلام: " من أحبب ميتة فهي له " (٢).
وقوله " من أحاط حائطا على الأرض فهي له " (٣) وهذا عام في الجميع.
مسألة ٥: إذا أحبب أرضا مواتا بقرب العامر الذي هو لغيره، بإذن الإمام، ملك بالإحياء. وبه قال الشافعي، غير أنه لم يعتبر إذن الإمام (٤).
وقال مالك: لا يملكه، لأن في ذلك ضررا على هذه العامر (٥).
دليلنا: قوله عليه السلام: " من أحبب أرضا ميتة فهي له " (٦).
وكذلك الأخبار الأخر تدل على ما قلناه لعمومها (٧).
وروي أن النبي عليه السلام أقطع الدور بالمدينة، فقال: حي من بني زهرة

- (١) المجموع ١٥: ٢٠٥ و ٢٠٨، والوجيز ١: ٢٤١، وكفاية الأحيار ١: ١٩٥.
(٢) السنن الكبرى ٦: ١٤٣، و سنن الترمذي ٣: ٦٦٢ حديث ١٣٧٨ - ١٣٧٩، و سنن أبي داود ٣: ١٧٨ حديث ٣٠٧٣ - ٣٠٧٤، وترتيب مسند الشافعي ٢: ١٣٤ حديث ٤٣٩. ورواه الشيخ الطوسي قدس سره في التهذيب ٧: ١٥٢ حديث ٦٧٣ بلفظ: من أحبب أرضا مواتا فهي له.
(٣) مسند أحمد بن حنبل ٥: ١٢ و ٢١، و سنن أبي داود: ٣: ١٧٩ حديث ٣٠٧٧، والسنن الكبرى ٦: ١٤٨.
(٤) الأم ٤: ٤١، ومختصر المزني: ١٣٠، والمجموع ١٥: ٢٠٤، ومغني المحتاج ٢: ٣٦١، والسراج الوهاج:
٢٩٧، والمحلى ٨: ٢٣٢، والمغني لابن قدامة ٦: ١٦٩ و ٢٠٤، والشرح الكبير ٦: ١٦٨ و ١٧٠.
(٥) بلغة السالك ٢: ٢٩٦، وجواهر الإكليل ٢: ٢٠٢، والخرشي ٧: ٦٧، وأسهل المدارك ٣: ٥٢ - ٥٣، والمحلى ٨: ٢٣٣.
(٦) سنن الترمذي ٣: ٦٦٢ حديث ١٣٧٨ - ١٣٧٩، و سنن أبي داود ٣: ١٧٨ حديث ٣٠٧٣ - ٣٠٧٤، وترتيب مسند الشافعي ٢: ١٣٤ حديث ٤٣٩، والسنن الكبرى ٦: ١٤٣، ورواه المصنف قدس سره في التهذيب ٧: ١٥٢ حديث ٦٧٣ بلفظ: من أحبب أرضا مواتا فهي له.
(٧) انظرها في التهذيب ٧: ١٥٢ حديث ٦٧١ و ٦٧٤، والاستبصار ٣: ١٠٧ حديث ٣٠٨ و ٣٨٣.

يقال لهم بنو عبد بن زهرة: نكب عنا ابن أم عبد، فقال النبي عليه السلام: " فلم ابتعني الله إذا، إن الله لا يقدر أمة لا يؤخذ للضعيف منهم حقه " (١).
 مسألة ٦: للإمام المعصوم الذي نذهب إلى إمامته أن يحمي الكلاء لنفسه ولعامة المسلمين.
 وقال الشافعي: إن أراد لنفسه لم يكن له ذلك، وإن حماه لعامة المسلمين فيه قولان: أحدهما ليس له ذلك (٢).
 والثاني أن له ذلك (٣). وهو الصحيح عند أصحابه، وبه قال أبو حنيفة (٤).
 دليلنا: أنه قامت الدلالة على عصمته، فإذا ثبت ذلك، فكل ما يفعله المعصوم يكون صوابا وحجة.
 ولأننا قد بينا أن الموات ملك للإمام وإذا ثبت أنها ملك له فله أن يحميها، لأن كل من له ملك له أن يحمي ما فيه بلا خلاف.
 وروي أيضا أنه قال عليه السلام: " لا حمى إلا لله، ولرسوله، ولأئمة المسلمين " (٥).
 مسألة ٧: للإمام أن يحمي للنخيل المعدة في سبيل الله، ونعم الجزية، ونعم

 (١) السنن الكبرى ٦: ١٤٥، ورواه الشافعي في أمه ٤: ٥٠، والمزني في مختصره: ١٣٠.
 (٢) الأم ٤: ٤٧، ومختصر المزني: ١٣١، والمجموع ١٥: ٢٣٤ و ٣٣٦، والسراج الوهاج: ٢٩٩، ومغني المحتاج ٢: ٣٦٩.
 (٣) الأم ٤: ٤٧، ومختصر المزني: ١٣١، والمجموع ١٥: ٢٣٤ و ٣٣٦، ومغني المحتاج ٢: ٣٦٨ - ٣٦٩.
 والسراج الوهاج: ٢٩٩، ونيل الأوطار ٦: ٥٣.
 (٤) عمدة القاري ١٢: ٢١٣ و ٢٢٠، والفتاوى الهندية ٥: ٣٨٦.
 (٥) البحر الزخار ٥: ٧٧، وروي في مسند أحمد ٤: ٣٨ و ٧١ و ٧٣، وسنن الدارقطني ٤: ٢٣٨ حديث ١٢٠ و ١٢٢، والسنن الكبرى ٦: ١٤٦، وحكاية الهيثمي في مجمع الزوائد ٤: ١٥٨ عن الطبراني في الأوسط ولفظه: لا حمى إلا لله ولرسوله.

الصدقة، والضوال. وبه قال الشافعي، إذ قال: له أن يحمي (١).
وقال مالك: لا يحمي إلا للخيل التي للمجاهدين (٢).
دليلنا: أنا قد بينا أن الموات ملك له، وإذا كان ملكه فله أن يحمي لما
يشاء.
ولأن ما ذكرناه مصلحة عامة للمسلمين، فيجب أن يجوز له الحمى.
مسألة ٨: ما حماه رسول الله صلى الله عليه وآله فإنه لا يجوز حله، ولا نقضه
لأحد بعده.
وقال الشافعي: ينظر، فإن كان السبب الذي حماه له باقيا لم يجرز نقضه،
وإن كان السبب قد زال فيه وجهان:
أحدهما يجوز، لأن المعنى الذي له حمى قد زال (٣).
والثاني: - وهو الصحيح عندهم - أنه لا يجوز (٤).
دليلنا: هو أنه قد ثبت أن فعل النبي صلى الله عليه وآله حجة في الشرع
يجب الاقتداء به فيها، فلا يجوز خلافه، مثل قوله.
ومقطوع أيضا أنه لمصلحة المسلمين، وما قطع بأنه لمصلحة المسلمين لا يجوز
نقضه.
مسألة ٩: ما حماه الإمام يجري عندنا مجرى ما حماه النبي عليه السلام، فإن
غيره هو، أو غيره من الأئمة القائمين مقامه، أو غيره غير الإمام بإذنه جاز ذلك،
فأما غيرهم فلا يجوز له ذلك بحال.

-
- (١) الأم ٤: ٤٧، ومختصر المزني: ١٣٠ - ١٣١، والمجموع ١٥: ٢٣٤ و ٢٣٦، والسراج الوهاج:
٢٩٩،
ومغني المحتاج ٢: ٣٦٨، والوجيز ١: ٢٤٢.
(٢) جواهر الإكليل ٢: ٢٠٢، والخرشي ٧: ٦٩، والشرح الصغير في هامش بلغة السالك ٢: ٢٩٥.
(٣) المجموع ١٥: ٢٣٥، والوجيز ١: ٢٤٢.
(٤) المجموع ١٥: ٢٣٥، والوجيز ١: ٢٤٢، ومغني المحتاج ٢: ٣٦٩.

وقال الشافعي: ينظر، فإن غير ذلك هو أو غيره من الأئمة، أو أحياء رجل من الرعية بإذن الإمام، صح ذلك، وملكه بالإحياء (١). فأما إذا أحياء رجل من الرعية بغير إذنه، فهل يملك؟ فيه قولان. وقيل وجهان: أحدهما: لا يملك (٢). والثاني: يملك (٣). دليلنا: أنه قد ثبت أن فعله حجة. ومقطوع على صحته، وما كان كذلك فلا يجوز خلافه. مسألة ١٠: حريم البئر أربعون ذراعاً، وحريم العين خمسمائة ذراع. وبه قال أبو حنيفة (٤). وقال الشافعي: على قدر الحاجة إليه، ولم يحده، بل قال: على ما جرت به العادة (٥). دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم، وقد ذكرناها في الكتاب الكبير (٦). وأيضاً روي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: "حريم البئر أربعون ذراعاً" (٧).

-
- (١) المجموع ١٥: ٢٣١، ومغني المحتاج ٢: ٣٦٨ - ٣٦٩.
(٢) مختصر المزني: ١٣١، والمجموع ١٥: ٢٣٥ و ٢٣٩، والوجيز ١: ٢٤٢، ومغني المحتاج ٢: ٣٦٩.
(٣) المجموع ١٥: ٢٣٥، والوجيز ١: ٢٤٢، ومغني المحتاج ٢: ٣٦١.
(٤) المبسوط ٢٣: ١٦٢، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٨: ١٤٠، وشرح فتح القدير ٨: ١٤٠.
والفتاوى الهندية ٥: ٣٧٨، وتبيين الحقائق ٦: ٣٦، واللباب ٢: ١٧٠، والمحلى ٨: ٢٣٩.
(٥) المجموع ١٥: ٢١٨، والوجيز ١: ٢٤٢، ومغني المحتاج ٢: ٣٦٣، والسراج الوهاج: ٢٩٧ - ٢٩٨.
(٦) التهذيب ٧: ١٤٤ و ١٤٦ حديث ٦٤٢ و ٦٤٦. وانظرها في الكافي ٥: ٢٩٥ - ٢٩٦ حديث ٢ و ٥ و ٦ و ٨.
(٧) مسند أحمد بن حنبل ٢: ٤٩٤، والسنن الكبرى ٦: ١٥٥، والدراية في تخريج أحاديث الهداية ٢: ٢٤٥ حديث ٩٨٥.

ومن قال أن ذلك ليس على جهة التحديد، فعليه الدلالة، لأن ظاهره التحديد.
مسألة ١١: إذا سق نفسان إلى المعادن الظاهرة، أقرع بينهما الإمام، فمن
خرج اسمه قدمه ليأخذ حاجته.

وللشافعي فيه ثلاثة أقوال:

أحدها: مثل ما قلناه، وهو الصحيح عندهم (١).

والثاني: أنه مخير، يقدم من شاء منهما (٢).

والثالث يقيم غيرهما في أخذ ما فيه، ويقسمه بينهما (٣).

دليلنا: إجماع الفرقة على أن كل أمر مجهول فيه القرعة، وهذا من المشتبه،
فوجب الرجوع فيه إليها.

مسألة ١٢: لا يجوز للإمام أن يقطع أحدا شيئا من الشوارع، والطرقات،
ولا رحاب الجوامع.

وقال الشافعي: للسلطان أن يقطع ذلك (٤).

دليلنا: أن هذه المواضع لا يملكها أحد بعينه، بل الناس فيها مشتركون، وإذا
لم يملكها أحد فمن أثبت للسلطان أقطاعها فعليه الدلالة.

مسألة ١٣: إذا ملك البئر بالإحياء، وخرج ماؤها فهو أحق بمائها من غيره
بقدر حاجته وحاجة ماشيته، وما يفضل عن ذلك يجب عليه بذله لغيره، لحاجته
إليه للشرب له ولما شيته، ولا يجب عليه بذله لسقي زرعه، بل يستحب له ذلك.
وبه قال الشافعي (٥).

-
- (١) المجموع ١٥: ٢٢٠ و ٢٢٣، والوجيز ١: ٢٤٣، والسراج الوهاج: ٣٠١، ومغني المحتاج ٢: ٣٧٢.
(٢) نفس المصادر المتقدمة.
(٣) المجموع ١٥: ٢٢٠ و ٢٢٣، ومغني المحتاج ٢: ٣٧٢.
(٤) المجموع ١٥: ٢٢٨، ومغني المحتاج ٢: ٣٦٩.
(٥) الأم ٤: ٤٩، ومختصر المزني: ١٣٢، والمجموع ١٥: ٢٤١، والوجيز: ٢٤٤، وفتح الباري ٥: ٣٢،
والسراج الوهاج: ٣٠١، وكفاية الأختيار ١: ١٩٦، ومغني المحتاج ٢: ٣٧٥.

وقال أبو عبيدة بن حربويه (١): يستحب له ذلك لسقي غيره، وسقي مواشيه، وسقي زرعه، ولا يجب على حال (٢).
وفي الناس من قال: يجب عليه بذله بال عوض لشرب الماشية، ولسقي الزرع (٣).
ومنهم من قال: يجب عليه بالعوض، وأما بلا عوض فلا (٤).
دليلنا: ما رواه أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وآله قال: " من منع فضل الماء ليمنع به الكلاء منعه الله فضل رحمته يوم القيامة " (٥).
وفيه أدلة:
أحدها: أنه توعد على المنع، فدل على وجوب البذل.
والثاني: أنه يجب عليه البذل بلا عوض.
والثالث: دل على أن الفاضل هو الذي يجب بذله دون ما يحتاج إليه لنفسه وماشيته وزرعه.
والرابع: أنه دل على أنه إنما يجب ذلك للماشية دون غيرها.

(١) أبو عبيد علي بن الحسين بن حرب بن عيسى البغدادي المعروف بابن حربويه وقيل: جويرية، تفقه على أبي ثور، وولي قضاء واسط ثم إقليم مصر، مات سنة تسع عشرة وقيل: سبع عشرة وثلاثمائة. انظر تاريخ بغداد ١١: ٣٩٥ و ٣٩٨، وشذرات الذهب ٢: ٢٨٢، وطبقات الشافعية لابن هداية الله: ١٥.

(٢) المجموع ١٥: ٢٣٩.

(٣) قاله أبو إسحاق كما في المجموع ١٥: ٢٣٩، وهو قول أهل الظاهر كما في المحلى ٨: ٢٤٣.

(٤) وبه قال مالك كما في جواهر الإكليل ٢: ٢٠٤، وأسهل المدارك ٣: ٥٤، والخرشي ٧: ٧٣.

(٥) رواه الشافعي في أمه ٤: ٤٩، ورواه أحمد بن حنبل ٢: ٢٢١، والنووي في المجموع ١٥: ٢٣٩، وابن حجر والعسقلاني في تلخيص الحبير ٣: ٦٦ حديث ١٢٠٨ عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن رسول الله صلى الله عليه وآله.

وروى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وآله قال: " الناس شركاء في ثلاث: الماء، والنار، والكلاء " (١).
وروى جابر بن عبد الله أن النبي عليه السلام نهى عن بيع فضل الماء (٢)،
ولا يمكن حمل ذلك إلا على هذا الموضع.

(١) تلخيص الحبير ٣: ٦٥، ودرر اللآلي لابن جمهور الأحسائي ٢: ٩٦ كما في المستدرک للنووي ١٧:

١١٤

والدراية في تخريج أحاديث الهداية ٢: ٢٤٦ حديث ٩٨٧ وفيه أخرجه الطبراني عن ابن عمر. وروي
بلفظ المسلمون بدل الناس في سنن ابن ماجه ٢: ٨٢٦ حديث ٢٤٧٢.

(٢) صحيح مسلم ٣: ١١٩٧ حديث ١٥٦٥، وسنن ابن ماجه ٢: ٨٢٨ حديث ٢٤٧٧، والسنن الكبرى
٦: ١٥، والجامع الصغير للسيوطي ٢: ٦٨٤ حديث ٩٣٤٩.

كتاب الوقف

(٥٣٥)

مسألة ١: إذا تلفظ بالوقف، فقال: وقفت، أو حبست، أو تصدقت، أو سبلت وقبض الموقوف عليه أو من يتولى عنهم، لزم الوقف. وبه قال جميع الفقهاء الشافعي وغيره (١)، وهو قول أبي يوسف ومحمد (٢)، غير أنه لم يعتبر منهم أحد القبض غيرنا وغير محمد (٣).
وروى عيسى بن أبان (٤) أن أبا يوسف لما قدم بغداد كان على قول أبي حنيفة في بيع الوقف، فحدثه إسماعيل بن إبراهيم بن عليّة (٥)، عن ابن

- (١) المجموع ١٥: ٣٤٠ و ٣٤٣، والوجيز ١: ٢٤٧، والسراج الوهاج: ٣٠٣، ومغني المحتاج ٢: ٣٨٣، وكفاية الأحيار ١: ١٩٩.
- (٢) اللباب ٢: ١٢٩، والمبسوط ١٢: ٢٧ - ٢٨، وشرح فتح القدير ٥: ٤٥، وفتاوى قاضيخان في هامش الفتاوى الهندية ٣: ٢٨٥، وفتاوى الهندية ٢: ٣٥١، وتبيين الحقائق ٣: ٣٢٦، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٥: ٤٥.
- (٣) المبسوط ١٢: ٣٧، وعمدة القاري ١٤: ٥٢، وبدائع الصنائع ٦: ٢١٩ - ٢٢٠، واللباب ٢: ١٢٩ و ١٣٠، وشرح فتح القدير ٥: ٤٥، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٥: ٤٥، وفتاوى الهندية ٢: ٢٨٥، وفتاوى قاضيخان في هامش الفتاوى الهندية ٣: ٣٢٥ - ٣٢٦.
- (٤) أبو موسى، عيسى بن أبان بن صدقة، كان من أصحاب الحديث، ثم غلب عليه الرأي، تفقه على محمد بن الحسن. تولى القضاء بالبصرة سنة (٢١١ هـ) حتى مات سنة إحدى وعشرين ومائتين (٢٢٠ هـ) تاريخ بغداد ١١: ١٥٧ - ١٦٠، وطبقات الفقهاء لأبي إسحاق الشيرازي: ١١٥.
- (٥) إسماعيل بن إبراهيم بن مقسم الأسدي، مولاهم أبو بشر البصري المعروف بابن عليّة، روى عن عبد العزيز بن صهيب وسليمان التيمي وحميد الطويل وابن عون، وروى عنه شعبة وابن جريح وحماد بن زيد وغيرهم ولد سنة (١١٠ هـ) ومات سنة (١٩٣ هـ) انظر تهذيب التهذيب ١: ٢٧٥.

عون (١)، عن نافع، عن ابن عمر فقال: هذا لا يسع أحد خلافة، ولو تناهى إلى أبي حنيفة لقال به، ومنع حينئذ من بيعه (٢).

وقال أبو حنيفة: إن حكم الحاكم بالوقف لزم، وإن لم يحكم لم يلزم وكان الوقف بالخيار إن شاء باعه وإن شاء وهبه، وإن مات ورثه، وإن أوصى بالوقف لزم في الثلث (٣).

فناقض لأنه جعل الوقف لازما في ثلثه إذا أوصى به، ولم يجعله لازما في حال مرضه المخوف إذا نجزه ولم يؤجره، ولا لازما في جميع ماله في حال صحته. دليلنا: إجماع الفرقة فإنهم لا يختلفون فيه وإجماعهم حجة.

وروى نافع، عن ابن عمر، أن عمر بن الخطاب ملك مائة سهم من خبير اشتراها، فلما استجمعها قال: يا رسول الله إني أصبت مالا لم أصب قط مثله، وقد أردت أن أتقرب به إلى الله، فقال النبي عليه السلام: " حبس الأصل وسبل الثمرة " (٤).

ويدل على ذلك إجماع الصحابة، لأن عليا عليه السلام، وأبا بكر، وعمر، وعثمان، وطلحة، والزبير، وأنس بن مالك، وأبا الدرداء (٥)، وعبد الرحمن

(١) في النسخ المعتمدة: ابن عوف، والصواب ما أثبتناه، وهو: عبد الله بن عون بن اربطبان المزني مولاهم أبو عون الخزاز البصري الفقيه روى عن ثمامة بن عبد الله بن أنس ونافع مولى عبد الله بن عمر ومحمد ابن سيرين وغيرهم وروى عنه ابن علي والأعمش والثوري وجمع غفير. مات ابن عون سنة إحدى وخمسين ومائة (١٥١ هـ) تهذيب التهذيب ٥: ٢٤٦، وطبقات الفقهاء لأبي إسحاق الشيرازي: ٧٣.

(٢) رواه في فتح الباري ٥: ٤٠٣، وأشار إليها في فتح المعين بشرح قرّة العين: ٨٧.

(٣) اللباب ٢: ١٢٩، وعمدة القاري ١٤: ٢٤، وبدائع الصنائع ٦: ٢١٨، والمبسوط ١٢: ٢٧ وشرح معاني الآثار ٤: ٩٧، وفتاوى قاضيخان ٣: ٢٨٦، والفتاوى الهندية ٢: ٣٥٠، وتبيين الحقائق ٣: ٣٢٦، والمغني لابن قدامة ٦: ٢٠٧.

(٤) السنن الكبرى ٦: ١٦٢، ومختصر المزني: ١٣٣، وروى في مسند أحمد بن حنبل ٢: ١١٤، وسنن ابن ماجة ٢: ٨٠١ حديث ٢٣٩٧، وسنن النسائي ٦: ٢٣٢ باختلاف يسير في اللفظ.

(٥) أبو الدرداء، وقيل: أبو الدرداء بن الدرداء الأنصاري، مذكور في الصحابة قال أبو عمر: لا أقف على اسمه ولا نسبه أكثر من أنه من الأنصار، حليف لهم. أسد الغابة ٥: ١٨٥، وتاريخ الصحابة لابن حبان: ٢٧١.

بن عوف (١)، وفاطمة عليها السلام وغيرهم وقفوا دورا وآبارا وبساتين (٢)، ولم ينقل عن أحد أنه رجع في وقفه فباع منه شيئا، ولا عن أحد من ورثتهم مع اختلاف همهم، فلو كان ذلك جائزا لنقل عن أحد منهم الرجوع فيه. مسألة ٢: من شرط لزوم الوقف عندنا القبض. وبه قال محمد بن الحسن (٣).

وقال الشافعي والباقون: ليس من شرط لزومه القبض (٤). دليلنا: إجماع الفرقة، وأيضا فإذا قبضه فلا خلاف في لزوم الوقف، وليس في لزومه قبل القبض دليل. مسألة ٣: إذا وقف دارا، أو أرضا، أو غيرهما، فإنه يزول ملك الواقف، وعليه أكثر أصحاب الشافعي (٥).

- (١) أبو محمد عبد الرحمن بن عوف بن عبد عوف بن عبد بن الحارث الزهري، ولد بعد الفيل بعشر سنين، روى عن النبي صلى الله عليه وآله وعن عمر، وروى عنه أولاده وابن عباس وابن عمر وغيرهم مات سنة اثنتين وثلاثين وقيل سنة إحدى وقيل سنة ثلاثة. تهذيب التهذيب ٦: ٢٤٤.
- (٢) السنن الكبرى ٦: ١٦٠ و ١٦٤، ومختصر المزني: ١٣٣، والمحلى ٩: ١٨٠، والمبسوط ١٢: ٢٨، وبدائع الصنائع ٦: ٢١٩.
- (٣) المبسوط ١٢: ٣٧، وبدائع الصنائع ٦: ٢٢٠، والنتف ١: ٥١٣، وعمدة القاري ١٤: ٥٠ و ٥٢، وفتاوى قاضيخان في هامش الفتاوى الهندية ٣: ٢٨٥، والفتاوى الهندية ٢: ٣٥١، وتبيين الحقائق ٣: ٣٢٦، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٥: ٤٥، وشرح فتح القدير ٥: ٤٥، والمجموع ١٥: ٣٢٧، والمغني لابن قدامة ٦: ٢٠٩، والشرح الكبير ٦: ٢١٠.
- (٤) مختصر المزني ١٣٣، والمجموع ١٥: ٣٢٤ و ٣٢٧، والوجيز ١: ٢٤٧، والسراج الوهاج: ٣٠٥، وكفاية
- الأخبار ١: ١٩٨، وبدائع الصنائع ٦: ٢٢٠، وعمدة القاري ١٤: ٥٠ و ٥٢، وشرح فتح القدير ٥: ٤٥، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٥: ٤٥، والمغني لابن قدامة ٦: ٣١٠.
- (٥) المجموع ١٥: ٣٢٤، وكفاية الأخبار ١: ١٩٩، والوجيز ١: ٢٤٧، والسراج الوهاج: ٣٠٥ - ٣٠٦، ومغني المحتاج ٢: ٣٨٩.

وخرج ابن سريج قولاً آخر: أنه لا يزول ملكه، لقول النبي عليه السلام: "حبس الأصل وسبل الثمرة" (١) وتحبب الأصل يدل على بقاء الملك (٢).
دليلنا: إجماع الفرقة، ولأنه لا خلاف أنه يقطع تصرف الواقف في الرقبة والمنفعة، وهو المعنى بزوال الملك مثل: البيع، والعتق، ومعنى التحبب الذي ذكره عمر في خبره هو: أنها صدقة، لا تباع ولا توهب ولا تورث، فرجع معنى التحبب إلى ذلك دون ما ذكره ابن سريج.

مسألة ٤: تحرم الصدقة المفروضة على بني هاشم من ولد أبي طالب العقيليين (٣)، والجعافرة (٤)، والعلويين (٥)، وولد العباس بن عبد المطلب، وولد أبي لهب، وولد الحارث بن عبد المطلب، ولا عقب لهاشم إلا من هؤلاء، ولا يحرم على ولد المطلب، ونوفل، وعبد شمس بن عبد مناف.
وقال الشافعي: تحرم الصدقة المفروضة على هؤلاء كلهم، وهم جميع ولد عبد مناف (٦).

دليلنا: إجماع الفرقة المحقة، ولأن ما قلناه مجمع عليه، وما ذكره ليس عليه دليل.

مسألة ٥: لا تحرم صدقة بني هاشم بعضهم على بعض، وإنما تحرم صدقة

-
- (١) السنن الكبرى ٦: ١٦٢، ومختصر المزني: ١٣٣، وروى في سنن النسائي ٦: ٢٣٢، وسنن ابن ماجه ٢: ٨٠١ حديث ٢٣٩٧، ومسند أحمد بن حنبل ٢: ١١٤ باختلاف يسير في اللفظ فلاحظ.
(٢) المجموع ١٥: ٣٢٤ و ٣٤٠ - ٣٤١، ومغني المحتاج ٢: ٣٨٩.
(٣) أي: ولد عقيل بن أبي طالب.
(٤) يعني: ولد جعفر بن أبي طالب.
(٥) أي: ولد أمير المؤمنين علي بن أبي طالب عليه السلام.
(٦) الأم ٢: ٨١، ومختصر المزني: ١٥٩، وكفاية الأختار ١: ١٢٤، والمجموع ٦: ٢٢٦ - ٢٢٧، والسراج الوهاج: ٣٥٦، ومغني المحتاج ٣: ١١٢.

غيرهم عليهم.
وأطلق الشافعي تحريم الصدقة المفروضة عليهم من غير تفصيل (١).
فأما صدقة التطوع فلا خلاف أنها تحل لهم (٢).
دليلنا: إجماع الفرقة، وقوله تعالى: "إنما الصدقات للفقراء والمساكين" (٣) وذلك عام في جميع الناس، وإنما أخرجنا من أخرجناه بدليل، وبقي الباقي على عمومته.
مسألة ٦: يجوز وقف الأرض، والعقار، والدور، والرقيق، والسلاح، وكل شئ يبقى بقاء متصلا ويمكن الانتفاع به. وبه قال الشافعي (٤).
وقال أبو يوسف: لا يجوز إلا في الأراضي، والدور، والكراع، والسلاح، والغلمان تبعا للضيعة الموقوفة، فأما على الانفراد فلا (٥).
دليلنا: عموم الأخبار في جواز الوقوف من قولهم عليهم السلام: "الوقف على حسب ما يشرط الواقف" (٦) وذلك على عمومته، فمن خصصه فعليه الدلالة. وأيضاً روي أن أم معقل (٧) جاءت إلى النبي صلى الله عليه وآله فقالت:

-
- (١) الأم ٢: ٨١، ومختصر المزني: ١٣٣، والمجموع ٦: ٢٢٧، وكفاية الأخيار ١: ١٢٤، والسراج الوهاج ٣٥٦، ومغني المحتاج ٣: ١١٢، وعمدة القاري ٩: ٨١.
(٢) الأم ٢: ٨١، ومختصر المزني: ١٥٩، ومغني المحتاج ٣: ١١٢، والسراج الوهاج: ٣٥٦، وعمدة القاري ٩: ٨١.
(٣) التوبة: ٦٠.
(٤) مختصر المزني: ١٣٣، والوجيز ١: ٢٤٤، وكفاية الأخيار ١: ١٩٧، والمجموع ١٥: ٣٢٠، والسراج الوهاج:
٣٠٢، ومغني المحتاج ٢: ٣٧٧.
(٥) اللباب ٢: ١٣١، وبدائع الصنائع ٦: ٢٢٠، وشرح فتح القدير ٥: ٤٩ - ٥٠، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٥: ٤٩، وتبيين الحقائق ٣: ٣٢٧.
(٦) يدل عليه عموم الأخبار المذكورة في الكافي ٧: ٣٣٧، ومن لا يحضره الفقيه ٤: ١٧٦، والتهذيب ٩: ١٢٩. وقد ورد عنهم عليهم السلام أنهم قالوا: "الوقف على حسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله".
(٧) أم معقل الأسدية، ويقال: الأشجعية، ويقال الأنصارية، زوجة أبي معقل، روت عن النبي صلى الله عليه وآله عمرة في رمضان تعدل حجه، وعنهما الأسود بن يزيد، وأبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث ويوسف بن عبد الله بن سلام. قاله ابن حجر في تهذيب التهذيب ١٢: ٤٨٠.

يا رسول الله إن أبا معقل جعل ناضحته في سبيل الله، وإنني أريد الحج أفار كبه؟ فقال النبي عليه السلام: إركبيه، فإن الحج والعمرة من سبيل الله (١).
 مسألة ٧: يجوز وقف المشاع. وبه قال الشافعي (٢).
 وقال محمد: لا يجوز، لأن من شرط لزوم القبض، والمشاع لا يصح قبضه (٣).
 دليلنا: إجماع الفرقة، وأيضا فإنه يصح قبض المشاع كما يصح قبضه في البيع، لأن القبض هو التمكين من التصرف فيه.
 ولأن النبي عليه السلام قال: لعمر: "حبس الأصل، وسبل الثمرة" (٤)، وكان ذلك مشاعا، لأنه ملكه.
 كذلك لأن النبي عليه السلام ما قسم خبير، وإنما عدل السهام.
 مسألة ٨: ألفاظ الوقف التي يحكم بصريحها، قوله: "وقفت، وحبست، وسبلت" وما عداها يعلم بدليل أو بإقراره أنه أراد به الوقف، وذلك مثل قوله: "تصدقت، وحرمت، وأبدت"، ولا بد في جميع ذلك من اعتبار القصد والنية.
 وقال الشافعي: ألفاظ الوقف ستة:

-
- (١) السنن الكبرى ٦: ٢٧٤، وفيه "فإن الحج من سبيل الله".
 (٢) المجموع ١٥: ٣٢٣ و ٣٢٧، وكفاية الأختيار ١: ١٩٧، والوجيز ١: ٢٤٤، والسراج الوهاج: ٣٠٢، ومغني المحتاج: ٣٧٧، وعمدة القاري ١٤: ٥٢، والمغني لابن قدامة ٦: ٢٦٦.
 (٣) التنف ١: ٥٢٨، واللباب ٢: ١٣٠، وعمدة القاري ١٤: ٥٢، والمبسوط ١٢: ٣٧، وبدائع الصنائع ٦: ٢٢٠، والفتاوى الهندية ٢: ٣٦٥، وفتاوى قاضيخان المطبوع بهامش الفتاوى الهندية ٣: ٣٠٢، والمغني لابن قدامة ٦: ٢٦٦، وتبيين الحقائق ٣: ٣٢٦، والمجموع ١٥: ٣٢٧.
 (٤) السنن الكبرى ٦: ١٦٢، ومختصر المزني: ١٣٣، وروي في سنن النسائي ٦: ٢٣٢، وسنن ابن ماجه ٢: ٨٠١ حديث ٢٣٩٧، ومسند أحمد بن حنبل ٢: ١١٤ بفارق يسير في بعض الألفاظ فلاحظ.

"وقفت، وتصدقت، وسبلت، وحبست، وحرمت، وأبدت". فالوقف صريح، وتصدقت مشترك، وحبست صريحان. وحرمت وأبدت فيه وجهان:

أحدهما: أنهما صريحان. والآخر: أنهما كنايةان (١).
دليلنا: أن ما ذكرناه مجمع على أنه صريح، ينعقد به الوقف، وما ذكره ليس عليه دليل، ولأن هذه الألفاظ محتملة للوقف ولغيره، فلا يحمل على بعض ما يحتمله إلا بدليل.

مسألة ٩: إذا وقف على من يصح انقراضه في العادة، مثل أن يقف على ولده وسكت على ذلك:

فمن أصحابنا من قال: لا يصح الوقف (٢).
ومنهم من قال: يصح، فإذا انقضى الموقوف عليه رجع إلى الواقف إن كان حيا، وإن كان ميتا رجع إلى ورثته (٣). وبه قال أبو يوسف (٤).
وللشافعي فيه قولان. أحدهما: لا يصح (٥).
والآخر: يصح، فإذا انقضوا رجع إلى أبواب البر، ولا يعود إليه، ولا إلى

-
- (١) المجموع ١٥: ٣٤٠ و ٣٤٣، والوجيز ١: ٢٤٥، والسراج الوهاج: ٣٠٣، ومغني المحتاج ٢: ٣٨٢.
(٢) قال العملي في مفتاح الكرامة ٩: ١٨ ما لفظه: وأما القول بالبطالان، فقد حكاه في الخلاف والمبسوط عن بعض أصحابنا ولم نجده، ويظهر من التذكرة أنه لم يظفر به أيضا، وليعلم أن جماعة قالوا إن في المسألة قولين الصحة والبطالان... إلى آخره فلاحظ.
(٣) ممن قال فيه ابن البراج في جواهر الفقه المطبوع ضمن الجوامع الفقيه: ٥٠١، وابن حمزة في الوسيلة: ٣٧٠، وسنار في المراسم: ١٩٨، والعلامة في المختلف: ٣٤.
(٤) المبسوط ١٢: ٤٧، والمغني لابن قدامة ٦: ٢٣٩، والبحر الزخار ٥: ١٥٨.
(٥) المجموع ١٥: ٣٣٤ و ٣٣٧، والسراج الوهاج: ٣٠٤، وكفاية الأخيار ١: ١٩٧ - ١٩٨، والوجيز ١: ٢٤٦، ومغني المحتاج ٢: ٣٨٤، والوجيز ١: ٢٤٦، وفتح العين: ٨٩، والبحر الزخار ٥: ١٥٨.

ورثته (١).

دليلنا: أن عوده إلى البر بعد انقراض الموقوف عليهم يحتاج إلى دليل، وليس في الشرع ما يدل عليه، والأصل بقاء الملك عليه أو على ولده.
مسألة ١٠: إذا وقف على من لا يصح الوقف عليه مثل العبد، أو حمل لم يوجد، أو رجل مجهول وما أشبه ذلك، ثم بعد ذلك على أولاده الموجودين في الحال، وبعدهم على الفقراء والمساكين، بطل الوقف فيما بدأ بذكره، لأنه لا يصح الوقف عليهم، وصح في حيز الباقيين، لأنه يصح الوقف عليهم. وللشافعي فيه قولان بناء على تفريق الصفقة، فإذا قال بتفريق الصفقة قال مثل ما قلناه (٢)، وإذا لم يقل بذلك أبطل الوقف في الجميع (٣).
دليلنا: أنه ذكر نوعين: أحدهما: لا يصح الوقف عليه. والآخر: يصح، فإذا بطل في حيز من لا يصح الوقف عليه، صح في حيز من يصح الوقف عليه، لأنه لا دليل على إبطاله، ولا مانع يمنع منه فيه.
مسألة ١١: إذا وقف مطلقاً ولم يذكر الموقوف عليه، مثل أن يقول: وقفت هذه الدار، أو هذه الضيعة، ثم يسكت ولا يبين على من وقفها عليه، لا يصح الوقف.
وللشافعي فيه قولان: أحدهما: مثل ما قلناه (٤).

- (١) المجموع ١٥: ٣٣٧ و ٣٣٩، والوجيز ١: ٢٤٦، ومغني المحتاج ٢: ٣٨٤، والسراج الوهاج: ٣٠٤، وكفاية الأخيار ١: ١٩٧ - ١٩٨، وفتح المعين بشرح قرّة العين: ٨٩، والمغني لابن قدامة ٦: ٢٣٩، والبحر الزخار ٥: ١٥٨.
(٢) المجموع ١٥: ٣٢٧ و ٣٣٢، والوجيز ١: ٢٤٥، وكفاية الأخيار ١: ١٩٧، والمغني لابن قدامة ٦: ٢٤٣.
(٣) السراج الوهاج: ٣٠٢ - ٣٠٣، ومغني المحتاج ٢: ٣٧٩، وكفاية الأخيار ١: ١٩٧، والمجموع ١٥: ٣٢٧ و ٣٣٢، والمغني لابن قدامة ٦: ٢٤٣.
(٤) المجموع ١٥: ٣٣٦، والوجيز ١: ٢٤٦، وكفاية الأخيار ١: ١٩٩، وفتح الباري ٥: ٣٨٥، وعمدة القاري ١٤: ٥١، والبحر الزخار ٥: ١٥٢.

والثاني: أنه يصح، ويصرفه إلى الفقراء والمساكين، ويبدأ بفقراء أقاربه، لأنه أولى (١).
دليلنا: إن صحة الوقف يحتاج إلى دليل شرعي، ولا دليل يدل على صحة هذا الوقف.
ولأنه أيضا مجهول، ولو وقف على مجهول كان باطلا، فهذا أكد.
مسألة ١٢: إذا وقف وقفا، وشرط أن يصرف منفعته في سبيل الله، جعل بعضه للغزاة المطوعة دون العسكر المقاتل على باب السلطان، وبعضه في الحج والعمرة لأنهما من سبيل الله، وبه قال أحمد بن حنبل (٢).
وقال الشافعي: يصرف جميعه إلى الغزاة الذين ذكرناهم (٣).
دليلنا: إجماع الفرقة، وأيضا فإن سبيل الله عام في جميع ذلك، فوجب صرفه إليهم، بدلالة ما قدمناه من خبر أم معقل، وأن رسول الله صلى الله عليه وآله قال لها: " اركبيه فإن الحج والعمرة من سبيل الله " (٤).
مسألة ١٣: يجوز الوقف على أهل الذمة إذا كانوا أقاربه.
وقال الشافعي: يجوز ذلك مطلقا، ولم يخص (٥).
دليلنا: إجماع الفرقة، وأيضا فإن ما قلناه مجمع على جوازه، وما ذكرناه لا دليل عليه.

-
- (١) المجموع ١٥: ٣٣٩ - ٣٤٠، والوجيز ١: ٢٤٦، وكفاية الأختيار ١: ١٩٩، والمغني لابن قدامة ٦: ٢٤٢، والشرح الكبير ٦: ٢٢٧، وفتح الباري ٥: ٣٨٥، وعمدة القاري ١٤: ٥١، والبحر الزخار ٥: ١٥٢.
(٢) المغني لابن قدامة ٦: ٢٣٧.
(٣) المصدر السابق ٦: ٢٣٧ - ٢٣٨.
(٤) تقدم في المسألة " ٦ " من هذا الكتاب من السنن الكبرى ٦: ٢٧٤ وما فيه من القصة الكاملة لهذا الحديث فلاحظ.
(٥) المجموع ١٥: ٣٢٦ و ٣٢٩، والوجيز ١: ٢٤٥، وكفاية الأختيار ١: ١٩٨، والبحر الزخار ٥: ١٥٣، والسراج الوهاج: ٣٠٣، ومغني المحتاج ٢: ٣٧٩.

مسألة ١٤: إذا وقف على مولاة، وله موليان، مولى من فوق، ومولى من أسفل، ولم يبين، انصرف إليهما. وللشافعي فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: مثل ما قلناه. وهو الصحيح عندهم (١).
والثاني: ينصرف إلى المولى من فوق لأنه أكد، لأنه يرث (٢).
والثالث: يبطل الوقف لأنه وقف على مجهول (٣).
دليلنا: إن اسم المولى يتناولهما، فوجب صرفه إليهما، كما لو أطلق الوقف على الأخوة انصرف إليهم وإن كانوا متفرقين، وليس ذلك بمجهول، كما أن الوقف على الأخوة ليس بمجهول.

مسألة ١٥: إذا وقف على أولاده وأولاد أولاده، دخل أولاد البنات فيه، ويشتركون فيه مع أولاد البنين، الذكر والأنثى فيه سواء كلهم. وبه قال الشافعي (٤).

وقال أصحاب أبي حنيفة: لا يدخل أولاد البنات فيه (٥).
وحكي أن عيسى بن أبان قاضي البصرة، فأخرج من الوقف أولاد البنات، وبلغ ذلك أبا خازم (٦) وكان قاضيا ببغداد، فقال: أصاب في ذلك.

(١) المجموع ١٥: ٣٥٥، والوجيز ١: ٢٤٧، والشرح الكبير ٦: ٢٦١، ومغني المحتاج ٢: ٣٨٨، والسراج

الوهاب: ٣٠٥.

(٢) الوجيز ١: ٢٤٧، والمجموع ١٥: ٣٥٥، والشرح الكبير ٦: ٢٦١.

(٣) المجموع ١٥: ٣٥٥، والوجيز ١: ٢٤٧، ومغني المحتاج ٢: ٣٨٨، والسراج الوهاب: ٣٠٥، والشرح الكبير ٦: ٢٦١.

(٤) المجموع ١٥: ٣٤٨ و ٣٥٢، والوجيز ١: ٢٤٧، والسراج الوهاب: ٣٠٥، ومغني المحتاج ٢: ٣٨٨، وعمدة

القاري ١٥: ٤٨، والمغني لابن قدامة ٦: ٢٢٩، والشرح الكبير ٦: ٢٤٦.

(٥) المغني لابن قدامة ٦: ٢٢٩، والشرح الكبير ٦: ٢٤٦.

(٦) أبو خازم - بالخاء - المعجمة، عبد الحميد بن عبد العزيز القاضي، أصله من البصرة وأخذ العلم عن بكر

العمي من العم، ولي القضاء بالشام والكوفة والكرخ من مدينة السلام، تفقه عليه أبو جعفر الطحاوي وأبو طاهر الدباس ولقيه أبو الحسن الكرخي مات سنة اثنتين وتسعين ومائتين. الجواهر المضية ٢٩٦، والإكمال ٢: ٢٨٦.

وقد نص محمد بن الحسن على أنه إذا عقد الأمان لولده وولد ولده خل فيه ولد ابنه دون ولد بنته (١).
(ومنهم من يقول) (٢): إن أصحابنا يختلفون: منهم من يقول: يدخل فيه أولاد البنات (٣). ومنهم من يقول: لا يدخل فيه (٤).
دليلنا: إجماع المسلمين على أن عيسى بن مريم من ولد آدم (٥)، وهو ولد بنته، لأنه ولد من غير أب (٦).
وأیضا دعا رسول الله عليه وآله الحسن ابنه، وهو ولد بنته، فقال: " لا ترموا ابني " (٧) أي لا تقطعوا عليه بوله. وكان قد بال في حجره، فهموا بأخذه، فقال لهم ذلك.
فأما استشهادهم بقول الشاعر (٨):

-
- (١) المجموع ١٥ : ٣٥٢.
(٢) ما بين المعقوفين زيادة من بعض النسخ المعتمدة.
(٣) وهو قول أبي يوسف كما أشار إليه ابن قدامة في المغني ٦ : ٢٢٩، والشرح الكبير ٦ : ٢٤٦.
(٤) وهو قول محمد بن الحسن كما حكاه عنه ابن قدامة في المغني ٦ : ٢٢٩، والشرح الكبير ٦ : ٢٤٦.
(٥) كما نطق به القرآن الكريم في سورة الأنعام: ٨٣ - ٨٦.
(٦) إشارة إلى قوله تعالى في سورة آل عمران: ٥٩ " إن مثل عيسى عند الله كمثل آدم خلقه من تراب ثم قال له كن فيكون ".
(٧) حكاه ابن الأثير في النهاية ٢ : ٣٠١ مادة " زرم ".
(٨) الشاعر مجهول، وإن نسبه الكرمانی في شرحه لشواهد شرح الكافية قائلا: لأبي فارس همام الفرزدق ابن غالب إلا أن هذه النسبة أيضا غير ثابتة لخلو ديوانه منه، ولتوقف الآخرين من هذه النسبة له، والله أعلم بحقائق الأمور.

بنونا بنو أبنائنا وبناتا بنوهن أبناء الرجال الأبعد (١)
فإنه مخالف لقول النبي عليه السلام، وإجماع الأمة، والمعقول، فوجب رده،
على أنه إنما أراد الشاعر بذلك الانتساب، لأن أولاد البنت لا ينتسبون إلى أمهم
وإنما ينتسبون إلى أبيهم، وكلامنا في غير الانتساب.
وأما قولهم: إن ولد الهاشمي من العامة هاشمي.
فالجواب عنه: أن ذلك في الانتساب، وليس كلامنا فيه، بل كلامنا في
الولادة، وهي متحققة من جهة الأم.
مسألة ١٦: إذا قال: وقفت على فلان سنة، بطل الوقف.
وللشافعي فيه قولان: أحدهما مثل ما قلناه (٢).
والثاني: يصح فإذا مضت سنة صرف إلى الفقراء والمساكين، ويبدأ
بقرباته لأنهم أولى بصدقته (٣).
دليلنا: أن من شرط صحة الوقف التأييد، فإذا وقف سنة لم يجعله مؤبداً،
فوجب أن يبطل، لأنه لم يعلقه بما لا ينقرض، وعلى المسألة إجماع الفرقة
وأخبارهم (٤).
مسألة ١٧: إذا وقف على بني تميم، أو بني هاشم صح التوقف.

-
- (١) أنظر خزنة الأدب ١: ٤٤٥. والمجموع ١٥: ٣٥٣، والمغني لابن قدامة ٦: ٢٣٠، علماً بأن بعض من
استشهد بهذا البيت أبدل كلمة "الأبعد" بكلمة "الأجانب".
- (٢) المجموع ١٥: ٣٣٣ - ٣٣٤، والسراج الوهاج: ٣٠٤، ومغني المحتاج ٢: ٣٨٣ - ٣٨٤، وكفاية
الأخبار
- ١: ١٩٨، والوجيز ١: ٢٤٦، وفتح المعين بشرح قرّة العين: ٨٨، والمغني لابن قدامة ٦: ٢٣٩.
- (٣) المجموع ١٥: ٣٣٤، والوجيز ١: ٢٤٦، وكفاية الأخبار ١: ١٩٨، ومغني المحتاج ٢: ٣٨٣ -
٣٨٤، والمغني
لابن قدامة ٦: ٢٣٩.
- (٤) أنظر الكافي ٧: ٣٦ حديث ٣١، ومن لا يحضره الفقيه ٤: ١٧٦ حديث ٦٢٠ - ٦٢٢، والتهذيب ٩:
١٣٢
حديث ٥٦١ - ٥٦٢.

وللشافعي فيه قولان: أحدهما مثل ما قلناه (١).
والثاني: لا يصح التوقف، لأنهم غير محصورين، فهو مجهول (٢).
دليلنا: أنهم معينون، مثل الفقراء والمساكين، ولا خلاف أن الوقف على
الفقراء والمساكين يصح وإن كانوا غير محصورين.
وما روي عنهم عليهم السلام من: أن الوقف بحسب ما يقفه الواقف، يدل
عليه (٣).
مسألة ١٨: إذا وقف على نفسه، ثم على أولاده، ثم على الفقراء والمساكين،
لم يصح الوقف على نفسه. وبه قال الشافعي (٤).
وقال أبو يوسف وابن أبي ليلى، وابن شبرمة: يصح وقفه على
نفسه (٥). وبه قال ابن سريج، والزييري (٦) (٧).
دليلنا: أن الوقف تمليك، ولا يصح أن يملك الإنسان نفسه ما هو ملك له

-
- (١) المجموع ١٥: ٣٣٩، والمغني لابن قدامة ٦: ٢٦١، وشرح الكبير ٦: ٢٦٣.
(٢) المجموع ١٥: ٣٢٧ و ٣٣٩، والمغني لابن قدامة ٦: ٢٦١، والشرح الكبير ٦: ٢٦٣.
(٣) أنظر من لا يحضره الفقيه ٤: ١٧٦ (باب ١٢٨) حديث ٦٢٠، والتهذيب ٩: ١٢٩ حديث ٥٥٥.
(٤) المجموع ١٥: ٣٢٧ و ٣٢٩ - ٣٣٠، والوجيز ١: ٢٤٥، والسراج الوهاج: ٣٠٣، ومغني المحتاج
٢: ٣٨٠،
والمغني لابن قدامة ٦: ٢١٩، وكفاية الأخيار ١: ١٩٩، والشرح الكبير ٦: ٢١٥، والهداية المطبوع في
هامش شرح فتح القدير ٥: ٥٦ والبحر الزخار ٥: ١٥٣.
(٥) التنف ١: ٥٢٤، واللباب ٢: ١٣٥، وفتح الباري ٥: ٤٠٣، والفتاوى الهندية ٢: ٣٧١، وتبيين
الحقائق ٣: ٣٢٨، والمبسوط ١٢: ٤١ و ٤٦، وشرح فتح القدير ٥: ٥٦، والهداية المطبوع بهامش شرح
فتح
القدير ٥: ٥٦، وحاشية الشلبي على تبين الحقائق ٣: ٣٢٨، والمجموع ١٥: ٣٣٠، والمغني لابن قدامة
٦: ٢١٩، والشرح الكبير ٦: ٢١٥، والبحر الزخار ٥: ١٥٣.
(٦) أبو عبد الله أحمد بن سليمان البصري المعروف بالزييري من أولاد الزبير بن العوام، ويعرف أيضا
بصاحب الكافي. مات قبل العشرين وثلاثمائة. انظر طبقات الشافعية لابن هداية الله: ١٥.
(٧) المجموع ١٥: ٣٢٧ و ٣٣٠، وكفاية الأخيار ١: ١٩٩، وشرح فتح القدير ٥: ٥٦، والبحر الزخار
٥: ١٥٣، وفتح الباري ٥: ٤٠٣.

كالبيع، لأنه لا خلاف أنه لا يصح أن يبيع من نفسه.
وأيضاً صحة الوقف، حكم شرعي، وليس في الشرع ما يدل على أن وقفه
على نفسه صحيح.
مسألة ١٩: إذا حكم الحاكم بصحة الوقف على نفسه، لم ينفذ الحكم،
ونقض حكمه.
وقال الشافعي: ينفذ حكمه، ولا يجوز نقضه، لأنها مسألة اجتهادية (١).
دليلنا: أن عندنا أن الحق في واحد، والاجتهاد باطل في الأحكام، فلا يصح
هذا الحكم بالاجتهاد الباطل، ووجب نقضه.
مسألة ٢٠: إذا بنى مسجداً، وأذن للناس، فصلوا فيه، أو عمل مقبرة وأذن
في الدفن فيها، فدفنوا فيه، ولم يقل أنه وقف، لم يزل ملكه. وبه قال
الشافعي (٢).
وقال أبو حنيفة: إذا صلوا فيه ودفنوا فيه زال ملكه (٣).
دليلنا: أن الأصل بقاء الملك، وزواله يحتاج إلى دليل.
مسألة ٢١: إذا وقف مسجداً، ثم أنه خرب وخربت المحلة أو القرية، لم يعد
إلى ملكه. وبه قال الشافعي (٤).

(١) لم أعر على هذا القول في مظانه من كتب الشافعية وغيرها.
(٢) المجموع ١٥: ٣٤٠، والوجيز ١: ٢٤٥، والسراج الوهاج: ٣٠٣، ومغني المحتاج ٢: ٣٨٣، وشرح
فتح
القدر ٥: ٦٢.
(٣) الباب ٢: ١٣٥ - ١٣٦، والمبسوط ١٢: ٣٤، وبدائع الصنائع ٦: ٢١٩، والنتف ١: ٥٢٤، وتبيين
الحقائق ٣: ٣٢٩، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٥: ٦٢ و ٦٦ وشرح فتح القدير ٥: ٦٢،
وشرح العناية على الهداية المطبوع في هامش شرح فتح القدير ٥: ٦٢.
(٤) المجموع ١٥: ٣٦٠ - ٣٦١، والسراج الوهاج: ٣٠٦، ومغني المحتاج ٢: ٣٩٢، وفتح المعين: ٩٠،
وشرح
فتح القدير ٥: ٦٤.

وقال محمد بن الحسن: يعود المسجد إلى ملكه كالكفن إذا ذهب الميت بالسييل أو أكله السبع (١).
دليلنا: إن ملكه زال بلا خلاف، وعوده إلى ملكه يحتاج إلى دليل، وليس في الشرع ما يدل عليه.
مسألة ٢٢: إذا خرب الوقف، ولا يرجى عوده، في أصحابنا من قال: يجوز بيعه، وإذا لم يختل لم يحز (٢). وبه قال أحمد بن حنبل (٣).
وقال الشافعي: لا يجوز بيعه على حال (٤).
دليلنا: الأخبار المروية عن الأئمة (٥).
مسألة ٢٣: إذا انقلعت نخلة من بستان وقف، أو انكسرت، جاز بيعها. وللشافعي فيه قولان:
أحدهما مثل ما قلناه (٦).
والثاني: لا يجوز، لأنه لو جاز بيعه بعد الاختلال لجاز قبل الاختلال، وذلك لا يجوز (٧).

-
- (١) المبسوط ١٢: ٤٢، وبدائع الصنائع ٦: ٢٢١، وشرح فتح القدير ٥: ٦٤، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٥: ٦٤، وشرح العناية على الهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٥: ٦٤، وتبيين الحقائق ٣: ٣٣١، والمجموع ١٥: ٣٦٢، والمغني لابن قدامة ٦: ٢٥١.
(٢) قاله الشيخ المفيد قدس سره في المقنعة: ٩٩، والسيد المرتضى قدس سره في الإنتصار: ٢٢٦.
(٣) المغني لابن قدامة ٦: ٢٥١، والشرح الكبير ٦: ٢٦٦ - ٢٦٧.
(٤) المجموع ١٥: ٣٦٠ - ٣٦١، ومغني المحتاج ٢: ٣٩٢، والسراج الوهاج: ٣٠٦، وكفاية الأخيار ١: ١٩٨، والوجيز ١: ٢٤٨ - ٢٤٩، وفتح المعين بشرح قرّة العين: ٩٠، والمغني لابن قدامة ٦: ٢٥١، والشرح الكبير ٦: ٢٦٧.
(٥) أنظر الإستبصار ٤: ٩٧ (كتاب الوقف والصدقات باب ٦١) حديث ٣٧٧ - ٣٨٢.
(٦) المجموع ١٥: ٣٤٧ و ٣٦٠، والسراج الوهاج: ٣٠٦، ومغني المحتاج ٢: ٣٩٢.
(٧) المجموع ١٥: ٣٤٧ و ٣٦٠، والسراج الوهاج: ٣٠٦، ومغني المحتاج ٢: ٣٩٢.

دليلنا: أنه لا يمكن الانتفاع بهذه النخلة إلا على هذا الوجه، لأن الوجه الذي شرطه الواقف قد بطل، ولا يرجى عوده.
مسألة ٢٤: إذا وقف على بطون، فأكرى البطن الأول الوقف عشر سنين، فانقرضوا لخمس سنين، فإن الإجارة تبطل في حق البطن الثاني، ولا تبطل في حق البطن الأول.
وللشافعي فيه قولان:
أحدهما مثل ما قلناه (١).
والثاني: لا تبطل، لأن الموت لا تبطل الإجارة (٢).
دليلنا: أنا قد دللنا أن الموت يبطل الإجارة. وأيضا فإننا نبين أنهم تصرفوا في حق الغير، فيجب أن يكون تصرفهم باطلا.

-
- (١) المجموع ١٥: ٨٨، ومغني المحتاج ٢: ٣٥٦، والسراج الوهاج: ٢٩٦، والمغني لابن قدامة ٦: ٥٠ - ٥١.
(٢) المجموع ١٥: ٨٨، والوجيز ١: ٢٣٨ - ٢٣٩، والسراج الوهاج: ٢٩٦، وكفاية الأختار ١: ١٩٢، ومغني المحتاج ٢: ٣٥٦، والمغني لابن قدامة ٦: ٥٠ - ٥١.

كتاب الهبة

(٥٥٣)

مسألة ١: الهبة لا تلزم إلا بالقبض، وقبل القبض للواهب الرجوع فيها، وكذلك الرهن عندهم، والعارية، وكذلك الدين الحال إذا أجله لا يتأجل، وله المطالبة به في الحال. وبه قال في الصحابة أبو بكر، وعمر، وعثمان، وابن عمر، وابن عباس، ومعاذ القاري (١)، وأنس، وعائشة (٢) ولا نعرف لهم مخالفا. وبه قال الشافعي (٣).

وقال مالك: يلزم ذلك كله بنفس العقد، ولا يفتقر إلى القبض، ويتأجل الحق بالتأجيل، ويلزم الأجل (٤).

وأما أبو حنيفة فقد وافقنا، إلا أنه قال: الأجل في الثمن يلزم ويلحق بالعقد (٥).

-
- (١) هو معاذ بن جبل، تقدمت ترجمته فلاحظ.
(٢) السنن الكبرى ٦: ١٧٠، والمغني لابن قدامة ٦: ٢٧٥، والشرح الكبير ٦: ٢٧٧، والمجموع ١٥: ٣٧٠ و ٣٨١، وبداية المجتهد ٢: ٣٢٤.
(٣) مختصر المزني: ١٣٤، والمجموع ١٥: ٣٧٠ و ٣٧٩، ومغني المحتاج ٢: ٤٠٠ - ٤٠١، والسراج الوهاج:
٣٠٨، وكفاية الأختار ١: ٢٠٠، وبداية المجتهد ٢: ٣٢٤، والمغني لابن قدامة ٦: ٢٧٤، والشرح الكبير ٦: ٢٧٦.
(٤) بداية المجتهد ٢: ٣٢٤، وجواهر الإكليل ٢: ٢١١، والخرشي ٧: ١٠٥، والمبسوط ١٢: ٤٨، والمجموع
١٥: ٣٧٠، والمغني لابن قدامة ٦: ٢٧٤، والشرح الكبير ٦: ٢٧٦، وبدائع الصنائع ٦: ١٢٣.
(٥) المبسوط ١٢: ٤٨، والنتف ١: ٥١٢، واللباب ٢: ١٢٠، وبدائع الصنائع ٦: ١٢٣، والفتاوى الهندية ٤: ٣٧٧، والهداية المطبوع بهامش شرح القدير ٧: ١١٣، وتبيين الحقائق ٥: ٩١، والمجموع ١٥: ٣٧٠، وبداية المجتهد ٢: ٣٢٤، والمغني لابن قدامة ٦: ٢٧٤، والشرح الكبير ٦: ٢٧٦.

دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (١). وأيضا فإن ما قلناه مجمع على لزومه، وما ذكره ليس على صحته دليل.

وروى موسى بن عقبة (٢)، عن أمه أم كلثوم (٣) أن النبي عليه السلام قال لأم سلمة: "إني أهديت إلى النجاشي أواقى من مسك وحلة، وإني لا رآه يموت قبل أن يصل إليه، وإني لا أرى الهدية إلا سترد إلي، فإن ردت على فهي لي". فكان كما قال عليه السلام، مات النجاشي قبل أن تصل إليه، فردت الهدية إليه، فأعطى كل امرأة من نسائه أوقية من ذلك المسك، وأعطى سائر أم سلمة، وأعطاهما الحلة (٤). وهذا نص.

مسألة ٢: إذا قبض الموهوب له الهبة بغير إذن الواهب، كان القبض فاسدا، ووجب عليه رده. وبه قال الشافعي (٥).

وقال أبو حنيفة: إن قبضه في المجلس صح، وإن كان بغير إذنه، وإن قام من مجلسه لم يكن له القبض، وإن قبض كان فاسدا ووجب عليه رده (٦).

(١) انظرها في التهذيب ٩: ١٥٢ (باب الهبة) من الحديث ٦٢٤ و ٦٥٤، والاستبصار ٤: ١٠٧ من الحديث ٤٠٧ و ٤٢٣.

(٢) موسى بن عقبة، لم أقف له على شرح حال في كتب السير المتوفرة لدي سوى ما رواه عن أمه في الخبر الآتي فلاحظ.

(٣) أم كلثوم بنت أبي سلمة بن عبد الأسد المخزومية، ربيبة رسول الله صلى الله عليه وآله، أمها أم سلمة. أسد الغابة ٥: ٦١٣.

(٤) مسند أحمد بن حنبل ٦: ٤٠٤، والمستدرک على الصحيحين ٢: ١٨٨، وتلخيص الحبير ٣: ٧٣ حديث

١٣٢٩، وتلخيص للذهبي في ذيل المستدرک ٢: ١٨٨، وأسد الغابة ٥: ٦١٣، وفتح الباري ٥: ٢٢٢ وفيه عن أحمد والطبراني.

(٥) المجموع ١٥: ٣٧٩، والوجيز ١: ٢٤٩، والسراج الوهاج: ٣٠٨، ومغني المحتاج ٢: ٤٠٠، وكفاية الأختيار

١: ٢٠١، والشرح الكبير ٦: ٢٧٨ - ٢٧٩.

(٦) اللباب ٢: ١٢٠، والمبسوط ١٢: ٥٧، والفتاوى الهندية ٤: ٣٧٧، وبدائع الصنائع ٦: ١٢٤، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٧: ١١٥، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٧: ١١٥، والمجموع

١٥: ٣٧٩.

دليلنا: أنه إذا قبض بإذنه صح القبض بلا خلاف، وليس على قول من قال بصحته بغير إذنه دليل.

مسألة ٣: هبة المشاع جائزة، سواء كان ذلك مما يمكن قسمته أو لا يمكن. وبه قال مالك، والشافعي، وأحمد، وإسحاق، وأبو ثور، وداود، وسائر الفقهاء (١).

وقال أبو حنيفة: هبة المشاع فيما لا يمكن قسمته مثل: الحيوان، والجواهر، والحمامات، والرحا، وغيرها يصح. فأما ما ينقسم فلا يجوز هبته (٢). والهبة بهذا التفصيل يختص على مذهبه، لأنه يسوي بين ما يقسم وما لا يقسم في المواضع التي يمنع فيها العقد من المشاع، مثل الرهن وغيره. دليلنا: عموم الأخبار الواردة في جواز الهبة (٣).

وأيضاً الأصل جوازه، والمنع يحتاج إلى دليل. وروي عن النبي عليه السلام أنه اشترى سراويل بأربعة دراهم، وقال للوزان: " زن وأرجح " (٤).

- (١) التنف ١: ٥١٢، والمحلى ٩: ١٤٩، وبداية المجتهد ٢: ٣٢٣، والمغني لابن قدامة ٦: ٢٨٥، والشرح الكبير ٦: ٢٨٤، والمجموع ١٥: ٣٧٤، والوجيز ١: ٢٤٩، وتبيين الحقائق ٥: ٩٣.
- (٢) التنف ١: ٥١٣، وشرح فتح القدير ٧: ١٢٢، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٧: ١٢١، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٧: ١٢١، وتبيين الحقائق ٥: ٩٣، وكنز الدقائق ٥: ٩٣، والمحلى ٩: ١٤٩، والمجموع ١٥: ٣٧٥، واللباب ٢: ١٢١، والمغني لابن قدامة ٦: ٢٨٥، والشرح الكبير ٦: ٢٨٤.
- (٣) الكافي ٧: ٣٠ حديث ٢٤، والتهذيب ٩: ١٥٢ حديث ٦٢٤ و ٦٥٤، والاستبصار ٤: ١٠٧ حديث ٤٠٧ و ٤٢٣.
- (٤) سنن أبي داود ٣: ٢٤٥ حديث ٣٣٣٦، وسنن النسائي ٧: ٢٨٤، وسنن الدارمي ٢: ٢٦٠، ومسند أحمد ٤: ٣٥٢، والسنن الكبرى ٦: ٣٢ - ٣٣، مع اختلاف يسير بينهما.

قوله عليه السلام: " وأرجح " هبة، وهو مشاع، فدل على صحة هبة المشاع.
وروى جابر أن النبي عليه السلام اشترى من رجل بعيرا، فوزن له
وأرجح (١).

وروي عن النبي عليه السلام أنه قال يوم خيبر: " ما لي مما أفاء الله عليكم
إلا الخمس، والخمس مردود فيكم، فردوا الخيط والمخيط، فإن الغلول يكون
على أهله عارا يوم القيامة، ونارا وشنارا "، فقام رجل في يده كبة من شعر،
فقال: أخذت هذه لأصلح بردعة بعيري، فقال: " أما ما كان لي ولبني
عبد المطلب فهو لك " فقال: أما إذا بلغت ما أرى فلا أرب لي فيها ونبذها (٢).
وكانت حصة النبي عليه السلام في الكبة مشاعا، فدل على جوازها مشاعا.
مسألة ٤: العمرى عندنا جائزة، ومعناها إذا قال الرجل لغيره: أعمرتك
هذه الدار مدة حياتك، أو مدة حياتي، أو أسكنتك، أو جعلت لك هذه الدار
في حياتك، فإن هذه الألفاظ إذا أتت بواحدة منها وأقبضه فقد لزم العمرى،
ولهذا سمي عمرى، وتسمى عندنا أيضا سكنى، وبه قال جميع الفقهاء (٣).
وحكي عن قوم أنهم قالوا: العمرى غير جائزة (٤).
دليلنا على ما ذكرناه: إجماع الفرقة وأخبارهم (٥).

- (١) السنن الكبرى ٦: ٣٢ وفيه اختلاف يسير في اللفظ.
(٢) مسند أحمد بن حنبل ٢: ١٨٤، ومجمع الزوائد ٦: ١٨٨.
(٣) الأم ٤: ٦٣، والمجموع ١٥: ٣٩٣ - ٣٩٤، وكفاية الأختيار ١: ٢٠٢، وبداية المجتهد ٢: ٣٢٩،
والمحلى ٩: ١٦٤، وبلغة السالك ٢: ٣٢٠، وعمدة القاري ١٣: ١٧٨، والمغني لابن قدامة ٦: ٣٣٦، والشرح
الكبير ٦: ٢٨٨، وفتح الباري ٥: ٢٣٨.
(٤) المجموع ١٥: ٣٩٣ - ٣٩٤، وفتح الباري ٥: ٢٣٨، وعمدة القاري ١٣: ١٧٨، والبحر الزخار
٥: ١٤٢.
(٥) التهذيب ٩: ١٣٩ - ١٤٠ حديث ٥٨٧ و ٥٩١، والاستبصار ٤: ١٠٣ حديث ٣٩٦ و ٤٠٠.

وروى أبو هريرة أن النبي عليه السلام قال: "العمري جائزة" (١).
وروى عبد الله بن محمد بن عقيل (٢)، عن محمد بن علي - ابن الحنفية -،
عن معاوية بن أبي سفيان، عن النبي عليه السلام أنه قال: "العمري جائزة
لأهلها" (٣).

وروى جابر أن النبي عليه السلام قال: "العمري لمن وهبت له" (٤).
وروى عروة، عن جابر أن النبي عليه السلام قال: "من أعمر عمري فهي
له ولعقبه يرثها من يرثه من عقبه" (٥)، وهذا نص.
مسألة ٥: إذا قال: أعمرتك ولعقبك. فإن هذه عمري صحيحة، ويملك
المعمر له المنفعة دون الرقبة.

فإن قال: أعمرتك. فإذا مات هو يعود إليه، وإن قال: ولعقبك. فإذا
مات عقبه عاد إليه. وبه قال مالك، والشافعي في القديم على قول
أبي إسحاق (٦)

(١) صحيح البخاري ٣: ٢١٦، وصحيح مسلم ٣: ١٢٤٨ حديث ٣٢ وسنن النسائي ٦: ٢٧٧، ومسنند
أحمد بن حنبل ٢: ٣٤٧، وسنن أبي داود ٣: ٢٩٣ حديث ٣٥٤٨، وشرح معاني الآثار ٤: ٩٢،
والسنن الكبرى ٦: ١٧٤.

(٢) أبو محمد عبد الله بن محمد بن عقيل بن أبي طالب الهاشمي المدني، أمه زينب الصغرى بنت
أمير المؤمنين عليه السلام، روى عن أبيه وخاله محمد بن الحنفية، وعبد الله بن جعفر وجابر وغيرهم.
عده الشيخ الطوسي في أصحاب الإمام الصادق عليه السلام. انظر رجال الشيخ الطوسي: ٢٦٥،
وتنقيح المقال ٢: ٢١٤، وتهذيب التهذيب ٦: ١٣.

(٣) سنن الترمذي ٣: ٦٣٢ حديث ١٣٤٩، وشرح معاني الآثار ٤: ٩١.

(٤) صحيح البخاري ٣: ٢١٦، وصحيح مسلم ٣: ١٢٤٦ حديث ٢٥، وسنن النسائي ٦: ٢٧٧، وسنن
أبي داود ٣: ٢٩٤ حديث ٣٥٥٠، وشرح معاني الآثار ٤: ٩٢.

(٥) صحيح مسلم ٣: ١٢٤٥، وسنن النسائي ٦: ٢٧٥، والسنن الكبرى ٦: ١٧٣، والمحلى ٩: ١٦٧.

(٦) بداية المجتهد ٢: ٣٢٦، والمدونة الكبرى ٦: ٩١، وبلغة السالك ٢: ٣٢٠، وأسهل المدارك ٣: ٩٧،
وجواهر الإكليل ٢: ٢١٤، والمجموع ١٥: ٣٩٥ - ٣٩٦، وكفاية الأخيار ١: ٢٠٢، والمغني لابن قدامة
٦: ٣٣٦ و ٣٣٨، وفتح الباري ٥: ٢٣٩، وعمدة القاري ١٣: ١٧٨.

وعندنا إن قال: أعمرتك مدة حياتي. فإنها له مدة حياته، فإن مات المعمر أولاً كان لورثته إلى أن يموت المعمر، فإذا مات عاد إلى ورثته، وإن مات المعمر أولاً بطل العمرى.

وقال الشافعي في الجديد: إذا جعلها عمري لا تعود إليه، ولا إلى ورثته بحال. وبه قال أبو حنيفة (١).

دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٢).

وقال أبو الطيب: قوله القديم أشبه بالنسبة. وقوله الجديد أقيس.

مسألة ٦: إذا قال: أعمرتك. وأطلق، لم تصح العمرى، وكان باطلاً.

وقال الشافعي في الجديد: يكون عمري صحيحة، ويكون له. فإذا مات يكون لورثته (٣).

وقال في القديم: أن العمرى تبطل. كما قلناه (٤). وبه قال أبو حنيفة (٥).

(١) مختصر المزني: ١٣٤، والمجموع ١٥: ٣٩٦، وكفاية الأختيار ١: ٢٠٢، ومغني المحتاج ٢: ٣٩٨، والسراج

الوهاج: ٣٠٨، وعمدة القاري ١٣: ١٧٨، وفتح الباري ٥: ٢٣٩، والوجيز ١: ٢٤٩، والمغني لابن

قدامة ٦: ٣٣٩، واللباب ٢: ١٢٧، وبدائع الصنائع ٦: ١١٦، والفتاوى الهندية ٤: ٣٧٥، وتبيين

الحقائق ٥: ١٠٤، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٧: ١٤٣، والبحر الزخار ٥: ١٤٤.

(٢) من لا يحضره الفقيه ٤: ١٨٦ (باب العمرى والسكنى) حديث ٦٥١ و ٦٥٣، والتهذيب ٩: ١٣٩ -

١٤٠، حديث ٥٨٧ و ٥٨٩، والاستبصار ٤: ١٠٣ حديث ٣٩٦ و ٣٩٨.

(٣) مختصر المزني: ١٣٤، والمجموع ١٥: ٣٩١ و ٣٩٦، وكفاية الأختيار ١: ٢٠٢، ومغني المحتاج ٢:

٣٩٨،

والسراج الوهاج: ٣٠٨، والوجيز ١: ٢٤٩، وعمدة القاري ١٣: ١٧٨، وفتح الباري ٥: ٢٣٩، والمغني

لابن قدامة ٦: ٣٣٩، والبحر الزخار ٥: ١٤٤.

(٤) المجموع ١٥: ٣٩١، والوجيز ١: ٢٤٩، والسراج الوهاج: ٣٠٨، ومغني المحتاج ٢: ٣٩٨، وعمدة

القاري

١٣: ١٧٨، وفتح الباري ٥: ٢٣٩.

(٥) يظهر من المصادر المشار إليها سابقاً ولما أشار إليه المصنف قدس سره في المسألة السابقة برقم " ٥ "

أن قوله بالصحة لا في البطلان فلا حظ.

وقال مالك: العمرى صحيحة، ويكون المنفعة له، فإذا مات رجع (١).
وقال أبو إسحاق في الشرح مثل قول مالك (٢).
فصارت المسألة على قولين:
أحدهما: تبطل كما قلناه. والآخر تصح.
دليلنا: أن هذه اللفظة مجملة، لأنه يجوز أن يراد بها تمليك الرقبة، ويجوز أن يراد بها مدة حياته، وإذا احتملت ولم يعلم المراد وجب بطلانها، لأن الأصل بقاء الملك.
مسألة ٧: إذا قال: أعمرتك على أنك إن أنت رجع إلي. كان هذا صحيحا عندنا، فإذا مات عاد إليه.
وللشافعي فيه قولان مثل المسألة الأولى سواء.
قال في الجديد: هي عمري صحيحة. وقوله: "على أنك إن مت أنت" يلغى هذا القول، ويكون كما لو أطلق.
والثاني: يبطل (٣).
دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٤).
وروي عن جابر أنه قال: إنما العمرى التي أجازها رسول الله أن يقول: هي

(١) بداية المجتهد ٢: ٣٢٦، والمدونة الكبرى ٦: ٩١، وأسهل المدارك ٣: ٩٧، وأقرب المسالك في هامش
بلغة السالك ٢: ٣٢٠، وجواهر الإكليل ٢: ٢١٤، والمجموع ١٥: ٣٩٥، وعمدة القاري ١٣: ١٧٨.
(٢) أشار في فتح الباري ٥: ٢٣٩، والمجموع ١٥: ٣٩٤ - ٣٩٥ إلى القول من دون نسبه.
(٣) أنظر القولين في المجموع ١٥: ٣٩١ - ٣٩٢ و ٣٩٦، والسراج الوهاج: ٣٠٨، ومغني المحتاج ٢: ٣٩٨، والوجيز
١: ٢٤٩، وعمدة القاري ١٣: ١٧٨ والمغني لابن قدامة ٦: ٣٣٨ - ٣٣٩، والشرح الكبير ٦: ٢٨٩ - ٢٩٠، وكفاية الأخيار ١: ٢٠٢.
(٤) الكافي ٧: ٣٣ حديث ٢١ و ٢٤ و ٣٨ و ٣٩، ومن لا يحضره الفقيه ٤: ١٨٥ - ١٨٦ حديث ٦٤٩
و
٦٥٢ - ٦٥٣، والتهذيب ٩: ١٢٩ حديث ٥٨٧ و ٥٩٤، والاستبصار ٤: ١٠٣ حديث ٣٩٦ و ٤٠٠.

لك ولعقبك. فأما إذا قال: هي لك ما عشت. فإنها ترجع إليه (١).
 ففسر جابر ما قال النبي عليه السلام، وتفسير الراوي للخبر أولى من تفسير
 غيره، لأنه أعرف بمراد النبي عليه السلام.
 مسألة ٨: الرقبى جائزة، وهي والعمرى سواء، وإنما تخالفها في اللفظ، فإنه
 يقول: أرقبتك هذه الدار مدة حياتك، أو مدة حياتي.
 وقال الشافعي: حكمها حكم العمرى، ومعناه إذا قال: أعمرتك على إن
 مت أنا فهي لك ولورثتك، وإن مت أنت رجع إلي (٢).
 قال المزني: الرقبى إذا جعل لمن يتأخر موته، ولهذا سمي رقبى، لأن كل
 واحد منهما يترقب موت صاحبه (٣).
 وقال أبو حنيفة: العمرى جائزة، والرقبى باطلة، لأن صورتها أن يقول:
 أرقبتك هذه الدار، فإن مت قبلك كانت الدار لك، وإن مت قبلي كانت
 راجعة إلي وباقية على ملكي كما كانت. وهذا تمليك بصفة، كما قال: إذا
 جاء رأس الشهر فقد وهبت لك داري. فإن ذلك لا يصح (٤).
 دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٥).

-
- (١) صحيح مسلم ٣: ١٢٤٦، والسنن الكبرى ٦: ١٧٢، وتلخيص الحبير ٣: ٧١ حديث ١٣٢٢.
 (٢) المجموع ١٥: ٣٩٢، وكفاية الأخيار ١: ١٠٢، والسراج الوهاج: ٣٠٨، ومغني المحتاج ٢: ٣٩٩
 والوجيز
 ١: ٢٤٩، وعمدة القاري ١٣: ١٧٩، وفتح الباري ٥: ٢٤٠، والنتف ١: ٥٢٣، والمحلى ٩: ١٦٤.
 (٣) مختصر المزني: ١٣٤، والمجموع ١٥: ٣٩٢.
 (٤) اللباب ٢: ١٢٧، والنتف ١: ٥٢٣، والمبسوط ١٢: ٨٩، وعمدة القاري ١٣: ١٧٨ - ١٧٩، وشرح
 فتح القدير ٧: ١٤٤، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٧: ١٤٣، وشرح العناية على الهداية
 بهامش شرح فتح القدير ٧: ١٤٣، وتبيين الحقائق ٥: ١٠٤، والمجموع ١٥: ٣٩٦، والمغني لابن قدامة
 ٦: ٣٤١.
 (٥) الكافي ٧: ٣٣ حديث ٢١ و ٢٤ و ٣٨ و ٣٩، والتهذيب ٩: ١٢٩ حديث ٦٨٧ إلى ٥٩٤،
 والاستبصار
 ٤: ١٠٣ حديث ٣٩٦ و ٤٠٠.

وأيضاً خبر جابر، فإنه روى أن النبي عليه السلام قال: " يا معشر الأنصار امسكوا عليكم أموالكم، لا تعمروها ولا ترقبوها، فمن أعمار شيئاً أو أرقبه فهو له ولورثته " (١). فجمع بين العمرى والرقبى وجوزهما معاً.

وروى جابر أن النبي عليه السلام قال: " العمرى جائزة لأهلها، والرقبى جائزة لأهلها " (٢).

وقولهم: إنه تمليك بصفة ليس كذلك، وإنما هو تمليك في الحال، لأنه يملك الدار في الحال على أنه إذا مات قبله رجعت إليه، وإن مات هو فهي للمرقب، وهذا تمليك في الحال.

مسألة ٩: إذا أعطى الإنسان ولده، يستحب له أن لا يفضل بعضهم على بعض، سواء كانوا ذكورا أو إناثا، وعلى كل حال. وبه قال أبو حنيفة، ومالك، والشافعي، وأبو يوسف (٣).

وقال أحمد بن حنبل، وإسحاق، ومحمد بن الحسن: يفضل الذكور على الإناث على حسب التفضيل في الميراث. وبه قال شريح (٤).
دليلنا: الأخبار المروية عن النبي صلى الله عليه وآله والأئمة

(١) سنن النسائي ٦: ٣٧٤، ومسند أحمد ٣: ٣٠٢ و ٣٧٤، والسنن الكبرى ٦: ١٧٣ باختلاف يسير في بعض ألفاظه.

(٢) سنن أبي داود ٣: ٢٩٥ حديث ٣٥٥٨، وسنن النسائي ٦: ٢٧٤، وسنن الترمذي ٣: ٦٣٤ حديث ١٣٥١.

(٣) المبسوط ١٢: ٥٦، وبداية المجتهد ٢: ٣٢٢، ومختصر المزني: ١٣٤، والمجموع ١٥: ٣٧١، والسراج

الوهاج: ٣٠٨، ومغني المحتاج ٢: ٤٠١، والمغني لابن قدامة ٦: ٣٠٢، والمحلى ٩: ١٤٣، ونيل الأوطار ٦: ١١٠ و ١١٢.

(٤) المغني لابن قدامة ٦: ٣٠١ - ٣٠٢، والمحلى ٩: ١٤٣، والمحلى ٩: ١٤٣، وعمدة القاري ١٣: ١٤٦، ونيل الأوطار ٦: ١١٢.

عليهم السلام (١).
وروى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وآله قال: " سووا بين أولادكم في العطية، ولو كنت مفضلاً أحداً لفضلت الإناث " (٢) وهذا نص.
وروى الشعبي، عن النعمان بن بشير، أنه قال: نحلني أبي نخلاً - وروي غلاماً - فقالت أُمِّي عمرة بنت رواحة (٣): إئت رسول الله صلى الله عليه وآله، فأتى النبي صلى الله عليه وآله، فذكر ذلك له، فقال: " ألك ولد سواه؟ " فقال: نعم. قال: " أفكلهم أعطيته مثل ما أعطيت النعمان؟ " فقال: لا، فقال: " هذا جور " (٤).
وروي: فاشهد على هذا غيري (٥).
وروي: " أليس يسرك أن يكونوا لك في البر واللطف سواء؟ " قال: نعم. قال: " فاشهد على هذا غيري (٦).
وروي: " أن لهم عليك من الحق أن تعدل بينهم، كما أن لك عليهم من الحق أن يبروك " (٧).
وفي رواية الشافعي أنه قال: " أليس يسرك أن يكونوا لك في البر إليك

-
- (١) تفسير العياشي ٢: ١٦٦ حديث ٢.
(٢) السنن الكبرى ٦: ١٧٧، ومجمع الزوائد ٤: ١٥٣.
(٣) عمرة بنت رواحة بن ثعلبة بن امرئ القيس الخزرجية، قال ابن الأثير: هي التي سألت زوجها بشير أن يهب ابنها النعمان هبة دون إخوته ففعل، فقالت له: أشهد على هذا رسول الله صلى الله عليه وآله (وآله) وسلم ففعل... إلى آخر القصة. أنظر أسد الغابة ٣: ٥٠٩.
(٤) سنن النسائي ٦: ٢٦٠، وسنن أبي داود ٣: ٢٩٢ حديث ٣٥٤٢، والسنن الكبرى ٦: ١٧٧، وفتح الباري ٥: ٢١٣، وفي بعضها اختلاف يسير في اللفظ.
(٥) صحيح مسلم ٣: ١٢٤٣ حديث ١٧، وسنن أبي داود ٣: ٢٩٢ حديث ٣٥٤٢.
(٦) سنن ابن ماجه ٢: ٧٩٥ حديث ٢٣٧٥، وسنن أبي داود ٣: ٢٩٢ حديث ٣٥٩٢.
(٧) سنن أبي داود ٢: ٢٩٢ حديث ٣٥٤٢.

سواء؟ " قال: نعم. قال: " فارجه " (١)، وروي " فارده " (٢).
 ووجه الدلالة من ذلك أن النبي عليه السلام أمره بالتسوية بين أولاده في
 العطية، فدل على أنه هو السنة.
 مسألة ١٠: إذا خالف المستحب، ففضل بعضهم على بعض، وقعت العطية
 موقعها، وجاز له أن يسترجهها ويسوي بينهم إذا كانوا كبارا.
 وقال الشافعي: يصح استرجاعها على كل حال، ولو لم يسترجهها فلا
 شئ عليه (٣).
 وقال طاوس، وإسحاق، ومجاهد: لا يصح تلك العطية، وتكون باطلة،
 فيكون ميراثا بينهم على فرائض الله تعالى إذا مات (٤).
 وقال أحمد بن حنبل، وداود بن علي: يجب عليه أن يسترجهها إذا خالف
 المستحب (٥).
 دليلنا: أنه لا دليل على وجوب استرجاعها، ولا على بطلان العطية، وإجماع
 الفرقة دليل يقطع به، وكذلك أخبارهم (٦).

-
- (١) رواه في مختصر المزني: ١٣٤.
 (٢) صحيح مسلم ٣: ١٢٤٢ حديث ١٠، وسنن أبي داود ٣: ٢٩٢ حديث ٣٥٤٣، وشرح معاني الآثار
 ٤: ٨٤، والسنن الكبرى ٦: ١٧٦.
 (٣) السراج الوهاج: ٣٠٨، ومغني المحتاج ٢: ٤٠١، والمغني لابن قدامة ٦: ٢٩٨، والشرح الكبير ٦:
 ٢٩٤، وعمدة القاري ١٣: ١٤٢ و ١٤٦.
 (٤) المجموع ١٥: ٣٧١، وعمدة القاري ١٣: ١٤٢ و ١٤٦، وفتح الباري ٥: ١٦٣، والمغني لابن قدامة
 ٦: ٢٩٨، والشرح الكبير ٦: ٢٩٤.
 (٥) المجموع ١٥: ٣٧١ و ٣٩٦، وعمدة القاري ١٣: ١٤٢ و ١٤٦، والمحلى ٩: ١٤٢، والمغني لابن
 قدامة
 ٦: ٢٩٨، والشرح الكبير ٦: ٢٩٤.
 (٦) الكافي ٧: ١٠ حديث ٦، ومن لا يحضره الفقيه ٤: ١٤٤ حديث ٤٩٥، والتهذيب ٩: ١٨٨ حديث
 ٧٩٥ و ٧٩٦.

مسألة ١١: إذا وهب الوالد لولده وإن علا الوالد، أو الأم لولدها وإن علت، وقبضوا إن كانوا كبارا، أو كانوا صغارا لم يكن لهما الرجوع فيه. وبه قال أبو حنيفة (١).

وقال أيضا مثل ذلك في كل ذي رحم محرم بالنسب، ليس له الرجوع فيما وهب له (٢). وكذلك في كل شخصين لو كان أحدهما ذكرا والآخر أنثى لم يجز لأحدهما أن يتزوج بالآخر. وذلك مثل عم الرجل، وخاله، وأخيه، وأبيه (٣). وهذا عندنا مستحب، والواجب للولد فقط.

وقال الشافعي: للوالد والوالدة أن يسترجعا هبتهما على كل حال من الولد وذي الرحم، ذكرا كان أو أنثى (٤).

وقال مالك: إن كان الولد قد انتفع بالهبة، مثل أن يكون قد زوج الرجل بالمال الذي وهب له، لم يجز له الرجوع فيه. وإن كان لم ينتفع بعد، كان له الرجوع فيه (٥).

(١) اللباب ٢: ١٢٢، والمبسوط ١٢: ٤٩ و ٥٤ - ٥٥، وعمدة القاري ١٣: ١٤٣، وتبيين الحقائق ٥: ٩٥، والمحلى ٩: ١٢٧.

(٢) اللباب ٢: ١٢٤، والمبسوط ١٢: ٤٩، وبدائع الصنائع ٦: ١٣٢، وعمدة القاري ١٣: ١٤٣، والهداية ٧: ١٣٤، وتبيين الحقائق ٥: ١٠١، والمجموع ١٥: ٣٨٣.

(٣) اللباب ٢: ١٢٤، والمبسوط ١٢: ٦٠، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٧: ١٣٤، وعمدة القاري ١٣: ١٤٣، والفتاوى الهندية ٤: ٣٨٦ - ٣٨٧، وتبيين الحقائق ٥: ١٠١.

(٤) مختصر المزني: ١٣٤، والوجيز ١: ٢٤٩ - ٢٥٠، وكفاية الأختيار ١: ٢٠١، والمجموع ١٥: ٣٨٢ و ٣٨٤.

والسراج الوهاج: ٣٠٨، ومغني المحتاج ٢: ٤٠١، وعمدة القاري ١٣: ١٤٣، وبدائع الصنائع ٦: ١٣٢، وفتح الباري ٥: ٢١٥.

(٥) بداية المجتهد ٢: ٣٢٧، وبلغة السالك ٢: ٣١٧، والمحلى ٩: ١٢٧، وأسهل المدارك ٣: ٨٩، وفتح الرحيم ٢: ١٥٧، والخرشي ٧: ١١٣ - ١١٤، وجواهر الإكليل ٢: ٢١٥، وعمدة القاري ١٣: ١٤٣، وفتح الباري ٥: ٢١٥.

دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (١).
 وأيضا قوله - عليه السلام - : " العائد في هبته كالعائد في قيئه " ((٢)) يدل عليه
 أيضا، لأن القى حراما بلا خلاف.
 مسألة ١٢: إذا وهب لأجنبي وقبضه، أو لذي رحم غير الولد، كان له
 الرجوع فيه، ويكره الرجوع في الهبة لذي رحم.
 وقال أبو حنيفة: يجوز له الرجوع فيما يهب لأجنبي، ولكل قريب إذا لم يك ذا
 رحم محرم منه بالنسب، - على ما مضى من تفسيره - وأجرى الزوجية مجرى
 الرحم المحرم بالنسب، وقال: إذا وهب أحد الزوجين للآخر، لم يكن للواهب
 الرجوع فيها (٣).
 وقد روى ذلك قوم من أصحابنا في الزوجين (٤).
 وقال الشافعي: إذا وهب لغير الولد وقبض لزم، ولا رجوع له بعد ذلك
 فيها (٥).
 دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٦).

-
- (١) التهذيب ٩: ١٥٧ حديث ٦٤٦، والاستبصار ٤: ١٠٦ حديث ٤٠٢ وغيرها مما يستفاد من عمومته في
 باب الهبة فلاحظ.
- (٢) صحيح مسلم ٣: ١٢٤١ حديث ٧، وصحيح البخاري ٣: ٢٠٧، وسنن النسائي ٦: ٢٦٦، وسنن أبي
 داود ٣: ٢٩١ حديث ٣٥٣٨، وسنن ابن ماجة ٢: ٧٩٧ حديث ٢٣٨٥، والسنن الكبرى ٦: ١٨٠.
- (٣) اللباب ٢: ١٢٤ - ١٢٥ وعمدة القاري ١٣: ١٤٣، وفتح الباري ٥: ٢١٦، وشرح فتح القدير
 ٧: ١٣٠، والفتاوى الهندية ٤: ٣٨٦ - ٣٨٧، والهداية ٧: ١٣٠ و ١٣٤، وشرح العناية على الهداية
 بهامش شرح فتح القدير ٧: ١٣٠، وتبيين الحقائق ٥: ٩٨ و ١٠١، والمحلى ٩: ١٢٧.
- (٤) الكافي ٧: ٣٠ حديث ٣، والتهذيب ٩: ١٥٢ حديث ٦٢٤ والاستبصار ٤: ١١٠ حديث ٤٢٣.
- (٥) المجموع ١٥: ٣٨١ - ٣٨٢، وكفاية الأختيار ١: ٢٠١، والوجيز ١: ٢٤٩، والسراج الوهاج: ٣٠٩،
 ومغني المحتاج ٢: ٤٠٤، والمغني لابن قدامة ٦: ٣٢٨.
- (٦) انظرها في التهذيب ٩: ١٥٢ (باب النحل والهبة) حديث ٦٣٥ و ٦٤٣ وغيرها، والاستبصار ٤: ١٠٧
 (باب الهبة المقبوضة) حديث ٤١٤ وغيرها.

وروي أبو هريرة، عن النبي عليه السلام أنه قال: " الوهاب أحق بهبته ما لم يثبت منها " (١).

وروي عن علي عليه السلام أنه قال: " الرجل أحق بهبته ما لم يثبت منها " (٢).

وروي مثل ذلك عن عمر (٣)، وفضالة بن عبيد (٤) (٥).

مسألة ١٣: الهبات على ثلاثة أضرب: هبة لمن فوقه، وهبة لمن دونه، وهبة لمن هو مثله. وكلها يقتضي عندنا الثواب.

وقال جميع الفقهاء: إنها إذا كانت لمن فوقه، أو لمن هو مثله لا تقتضي

الثواب (٦)، وإذا كانت لمن هو دونه اختلفوا، فقال أبو حنيفة: لا تقتضي

الثواب (٧)، وبه قال الشافعي في أحد قوليه في الجديد (٨)، ونص عليه في

الشفعة (٩)، وقال في القول الآخر - وهو قوله القديم - أنها تقتضي الثواب (١٠)

(١) سنن ابن ماجه ٢: ٧٩٨ حديث ٢٣٨٧، وسنن الدارقطني ٣: ٤٤ حديث ١٨١.

(٢) سنن الدارقطني ٣: ٤٤ حديث ١٨٣، وشرح معاني الآثار ٤: ٨٢، والمحلى ٩: ١٢٩.

(٣) شرح معاني الآثار ٤: ٨١ - ٨٢، والمحلى ٩: ١٢٩.

(٤) فضالة بن عبيد بن ناقد بن صهيب، أبو محمد الأنصاري وولاه معاوية الغزو وقضاء دمشق

واستخلفه على دمشق لما غاب عنها قيل مات سنة (٥٣)، وقيل: (٦٧). أنظر تهذيب التهذيب ٨: ٢٦٧ - ٢٦٨.

(٥) شرح معاني الآثار ٤: ٨٢، والمحلى ٩: ١٢٩.

(٦) المغني لابن قدامة ٦: ٣٣١، والسراج الوهاج: ٣٠٩، ومغني المحتاج ٢: ٤٠٤، والوجيز ١: ٢٥٠، وفتح

الباري ٥: ٢١٠، وعمدة القاري ١٣: ١٤١.

(٧) المبسوط ١٢: ٥٤، وعمدة القاري ١٣: ١٤١، وفتح الباري ٥: ٢١٠، والمغني لابن قدامة ٦: ٣٣١.

(٨) الوجيز ١: ٢٥٠، ومغني المحتاج ٢: ٤٠٤، والسراج الوهاج: ٣٠٩، والمغني لابن قدامة ٦: ٣٣١،

وعمدة القاري ١٣: ١٤١، وفتح الباري ٥: ٢١٠.

(٩) أنظر الأم ٤: ٣ و ٦٣.

(١٠) الوجيز ١: ٢٥٠، والسراج الوهاج: ٣٠٩، ومغني المحتاج ٢: ٤٠٤، والمغني لابن قدامة ٦: ٣٣١، وفتح

الباري ٥: ٢١٠، وعمدة القاري ١٣: ١٤١.

وبه قال مالك (١).
دليلنا: عموم الأخبار التي رواها أصحابنا " أن الهبة تقتضي الثواب " (٢)
ولم يخصصوا فيها نوعاً دون نوع، وقد ذكرناها في الكتاب الكبير.
وروى أبو هريرة، عن النبي عليه السلام، أنه قال: " الواهب أحق بهبته ما لم
يثبت منها " (٣)، فأثبت للواهب حق الرجوع قبل أن يثاب، وأسقط حقه من
الرجوع بالثواب، وجعله ثواباً على الحقيقة.
وروي عن عائشة، أنها قالت: كان رسول الله صلى الله عليه وآله يقبل
الهدية ويثيب عليها (٤).
وهو قول علي عليه السلام، وعمر، وفضالة بن عبيد.
فروي عن علي عليه السلام أنه قال: " من وهب هبة يرجوا ثوابها فهي رد
على صاحبها ما لم يثبت عليها " (٥).
وروي مثله عن عمر (٦).
وروي: أن رجلين اختصما إلى فضالة بن عبيد، فقال أحدهما: وهبت لهذا
بازي فلم يثني عليه. فقال: رد عليه بازه أو أثبه عنه (٧). ولا يعرف لهم مخالف.

-
- (١) الموطأ ٢: ٧٥٤، وفتح الرحيم ٢: ١٥٧، والخروشي ٧: ١١٧، والمغني لابن قدامة ٦: ٣٣١، وعمدة
القاري ١٣: ١٤١.
(٢) انظرها في التهذيب ٩: ١٥٢ (باب النحل والهبة).
(٣) سنن ابن ماجه ٢: ٧٩٨ حديث ٢٣٨٧، وسنن الدارقطني ٣: ٤٤ حديث ١٨١.
(٤) صحيح البخاري ٣: ٢٠٦، والسنن الكبرى ٦: ١٨٠.
(٥) أنظر بدائع الصنائع ٦: ١٢٨.
(٦) المصنف لعبد الرزاق ٩: ١٠٥ حديث ١٦٥١٩، والموطأ ٢: ٧٥٤ حديث ٤٢، وشرح معاني الآثار
٤: ٨١، والسنن الكبرى ٦: ١٨١ - ١٨٢، ورواه الشافعي في أمه ٤: ٦١، وابن قدامة في المغني
٦: ٣٣١، والكاساني في بدائع الصنائع ٦: ١٢٨.
(٧) شرح معاني الآثار ٤: ٨٢، وانظر المحلى ٩: ١٢٩، والمبسوط ١٢: ٥٢، وبدائع الصنائع ٦: ١٢٨.

مسألة ١٤: إذا ثبت أن الهبة تقتضي الثواب، فلا يخلو إما أن يطلق، أو يشترط الثواب، فإن أطلق فأى ثواب يقتضي منه، فإنه يعتبر ثواب مثله على ما جر به العادة.

وللشافعي فيه ثلاثة أقوال، على قوله أنها تقتضي الثواب. أحدهما: مثل ما قلناه (١)، والثاني يشبهه حتى يرضى الواهب (٢). والثالث: يشبهه بقدر قيمة الهبة أو مثلها (٣).
دليلنا: أن أصل الثواب إنما أثبتناه في الهبة بالعادة، فكذلك مقدارها وإن قلنا أنه لا مقدار فيها أصلا، وإنما هي ما يثاب عنها قليلا كان أو كثيرا كان قويا، لعموم الأخبار وإطلاقها (٤).

مسألة ١٥: إذا شرط الثواب، فإن كان مجهولا صح، لأنه وافق ما يقتضيه الإطلاق. وإن كان معلوما كان أيضا صحيحا، لأنه لا مانع يمنع منه. وللشافعي فيه قولان:
أحدهما: يصح، لأنه إذا صح مع الجهل، فمع العلم أولى.
والثاني: لا يصح (٥).

-
- (١) المجموع ١٥: ٣٨٩، والسراج الوهاج: ٣٠٩، ومغني المحتاج ٢: ٤٠٤، والوجيز ١: ٢٥٠.
(٢) المجموع ١٥: ٣٨٩، والوجيز ١: ٢٥٠.
(٣) المجموع ١٥: ٣٨٩ والوجيز ١: ٢٥٠، ومغني المحتاج ٢: ٤٠٤، والسراج الوهاج: ٣٠٩، وفتح الباري ٥: ٢١٠.
(٤) الكافي ٧: ٣٢ حديث ٣ و ١٣، والتهذيب ٩: ١٥٢ (باب النحل والهبة)، والاستبصار ٤: ١٠٧ (باب الهبة المقبوضة).
(٥) الأم ١٤: ١٠ و ٦٣، والمجموع ١٥: ٣٨٦ و ٣٨٩، والوجيز ١: ٢٥٠، والسراج الوهاج: ٣٠٩ - ٣١٠، ومغني المحتاج ٢: ٤٠٤ - ٤٠٥، والمغني لابن قدامة ٦: ٣٣٢ و ٣٣٣ و ٣٣٦، وفتح الباري ٥: ٢١٠ والمحلى ٩: ١١٩، وسبل السلام ٣: ٩٤٠.

دليلنا: قوله عليه السلام " المؤمنون عند شروطهم " (١) ولم يفصل.
وأيضاً الأصل جوازه، والمنع يحتاج إلى دليل.
مسألة ١٦: إذا تلف الموهوب في يد الموهوب له، بطل الثواب، ولا يرجع
عليه بمثله، ولا قيمته.
وللشافعي فيه وجهان:
أحدهما: مثل ما قلناه. والآخر: يرجع عليه بقيمته (٢).
دليلنا: أن التلف والنقصان وجداً في ملك الموهوب له، وما حصل في ملكه
لا يرجع به عليه.
وأيضاً: الأصل براءة الذمة، وإيجاب القيمة يحتاج إلى دليل.
مسألة ١٧: إذا وهب ثوباً خاماً لمن له الرجوع في هبته - كالأجنبي على
مذهبننا، والولد على مذهب الشافعي (٣) - فقصره الموهوب له، لم يكن للواهب
الرجوع فيه.
وللشافعي فيه قولان: إن قال القصار بمنزلة الزيادة المتميزة، كان الواهب
شريكاً للموهوب له بقدر القصار. وإن قال القصار بمنزلة الزيادة المتصلة،
فالثوب للواهب بقصارته، ولا حق للموهوب له فيه (٤).
دليلنا: إجماع الفرقة، وأخبارهم على أنه إذا تصرف الموهوب له في الهبة لم

-
- (١) التهذيب ٧: ٣٧١ حديث ١٥٠٣، والاستبصار ٣: ٢٣٢ حديث ٨٣٥، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٨٤،
والشرح الكبير ٤: ٣٨٦، وتلخيص الحبير ٣: ٢٣ و ٤٤، والمصنف لابن أبي شيبة ٦: ٥٦٨ حديث
٢٠٦٤.
- (٢) المجموع ١٥: ٣٨٦، والوجيز ١: ٢٥٠، ومغني المحتاج ٢: ٤٠٤، والمغني لابن قدامة ٦: ٣٣٢ -
٣٣٣.
- (٣) مختصر المزني: ١٣٤، والمجموع ١٥: ٣٨٢، وكفاية الأختيار ١: ٢٠١، ومغني المحتاج ٢: ٤٠١،
والسراج
الوهاج: ٣٠٨.
- (٤) المجموع ١٥: ٣٧٥، ومغني المحتاج ٢: ٤٠٣، والسراج الوهاج: ٣٠٩، والمغني لابن قدامة ٦:
٣١٢،
والشرح الكبير ٦: ٣٠٦.

يكن للواهب الرجوع فيها (١). وهذا قد تصرف. ولأن إثبات الرجوع في هذا يحتاج إلى دليل.

مسألة ١٨: الدار المستأجرة يصح هبتها وبيعها لغير المستأجر.

وللشافعي في صحة بيعها وهبتها قولان:

أحدهما: يصحان. والآخر: يبطلان (٢).

دليلنا: إجماع الفرقة على أن بيع المستأجر يصح، وكل من قال بصحة بيعها قال بصحة هبتها.

والشافعي بنى صحة الهبة وفسادها على صحة البيع وفساده. وقد بينا أن ذلك صحيح.

مسألة ١٩: إذا وهب له شيئاً من حلي ذهب أو فضة، فأثابه في المجلس قبل التفرق أو بعد التفرق بجنسه من النقود، أو بغيره بمثله، أو بما زاد عليه، أو نقص قبل التصرف أو بعده، كان ذلك جائزاً ولا يفسد.

وقال الشافعي: حكم ذلك حكم الصرف، فما صح في الصرف صح هاهنا، وما أفسده الصرف أفسدها هنا (٣).

دليلنا: أن أحكام الصرف مراعى في الصرف والبيع، وليس الهبة بيعاً ولا صرفاً، فمن قال: أنها لا حقة بالبيع فعليه الدلالة.

مسألة ٢٠: إذا كان له على غيره حق، جاز له بيعه، ويكون مضموناً.

(١) الكافي ٧: ٣٢ حديث ١١، والتهذيب ٩: ١٥٢ حديث ٤، والاستبصار ٤: ١٠٧ حديث ٤١٢، ويستفاد فيها أيضاً من عموم الأخبار المذكورة في هذا الباب فلاحظ.
(٢) المجموع ١٥: ٨٧ و ٨٩ و ٣٧٣، والوجيز ١: ٢٣٩ و ٢٤٩، ومغني المحتاج ٢: ٣٦٠، والسراج الوهاج:
٢٩٧ و ٣٠٨، وكفاية الأختيار ١: ٢٠٠، والمغني لابن قدامة ٦: ٥٣.
(٣) لم أعثر على هذا القول في مظانه من كتب الشافعية وغيرها.

ويجوز هبته ورهنه، ولا يلزمان إلا بالقبض.
وللشافعي فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: يصح بيعه من غيره، ويصح هبته وتلزم الهبة بنفس العقد،
ولا يشترط القبض في لزومها، ولا يصح رهنه، لأنه لا يزيل الملك (١).
والثاني: أنه يصح البيع والهبة ولا يلزم الهبة إلا بالقبض، ويصح
الرهن ولا يلزم إلا بالقبض (٢). وهذا مثل قولنا.
والثالث: لا يصح بيعه ولا هبته، ولا رهنه لأنه غير مقدور على
تسليمه، فهو كالطير في الهواء (٣).
دليلنا: إجماع الفرقة على جواز الديون، ولا مانع يمنع من هبته ولا رهنه،
وعموم الأخبار يقتضي جوازهما (٤).

مسألة ٢١: إذا وهب في مرضه المخوف شيئاً وأقبضه، ثم مات، فمن
أصحابنا من قال: لزم الهبة في جميع الموهوب، ولم يكن للورثة فيها شيء (٥).
ومنهم من قال: يلزم في الثلث، ويطل فيما زاد عليه (٦)، وبه قال جميع

-
- (١) المجموع ١٣: ٢٠٦، وكفاية الأختار ١: ٢٠١، والسراج الوهاج: ٢١٢ و ٣٠٨، ومغني المحتاج ٢:
٧١ و ٤٠٠، والمغني لابن قدامة ٦: ٢٩٠، وعمدة القاري ١٣: ١٦٠، وفتح الباري ٥: ٢٢٤.
(٢) المجموع ١٣: ٢٠٦ و ١٥: ٣٧٠ و ٣٨٠، وكفاية الأختار ١: ٢٠٠، والسراج الوهاج: ٣٠٨،
وعمدة
القاري ١٣: ١٦٠، وفتح الباري ٥: ٢٢٤، والمغني لابن قدامة ٦: ٢٩٠.
(٣) المجموع ١٣: ٢٠٥ - ٢٠٦، والسراج الوهاج: ٢١٢ و ٣٠٨، والوجيز ١: ١٥٩ و ٢٤٩، وكفاية
الأختار
١: ٢٠٠، وعمدة القاري ١٣: ١٦٠، فتح الباري ٥: ٢٢٤، والمغني لابن قدامة ٦: ٢٩٠.
(٤) أنظر الكافي ٧: ٣٧، والتهديب ٩: ١٥٢ (باب النحل والهبة).
(٥) ممن قال بهذه المقالة الشيخ المفيد في المقنعة: ١٠١، والسيد المرتضى علم الهدى في الإنتصار:
٢٢٤،
وابن زهرة في الغنية المطبوع ضمن الجوامع الفقهية: ٦٠٣، ومن المتأخرين عن عصر المؤلف ابن
إدريس الحلبي رضوان الله تعالى عليهم أجمعين في السرائر: ٣٨٢.
(٦) قاله ابن الجنيدي كما حكاه عنه العلامة الحلبي في المختلف: ٢٩ من كتاب الهبة فراجع.

الفقهاء (١).
دليلنا على الأول: أخبار الطائفة المروية في هذا الباب (٢)، والرجوع إليها
هو الحجة في هذه المسألة.

-
- (١) المجموع ١٥ : ٤٤١، وبداية المجتهد ٢ : ٣٢٢، والمغني لابن قدامة ٦ : ٥٢٤، والشرح الكبير ٦ :
٣١٥ -
٣١٦، والمبسوط ١٢ : ١٠٢.
(٢) انظرها في الكافي ٧ : ٧ " باب إن صاحب المال أحق بماله ما دام حيا "، ومن لا يحضره الفقيه ٤ :
١٣٨
حديث ٤٨١، والتهذيب ٩ : ١٩٠ حديث ٨٦٤، والاستبصار ٤ : ١٢١ حديث ٤٦١.

كتاب اللقطة

(٥٧٥)

مسألة ١: اللقطة على ضربين: لقطة الحرم، ولقطة غير الحرم. فلقطة الحرم سيحى الخلاف فيها، ولقطة غير الحرم يعرفها سنة، ثم هو مخير بعد السنة بين ثلاثة أشياء:

بين أن يحفظها على صاحبها. وبين أن يتصدق عنه، ويكون ضامنا إن لم يرض صاحبها. وبين أن يملكها، ويتصرف فيها، وعليه ضمانها إذا جاء صاحبها، سواء كان غنيا أو فقيرا، أو ممن تحل له الصدقة، أو ممن لا تحل له الصدقة. وقال الشافعي: إذا كان بعد السنة هو بالخيار بين أن يحفظها على صاحبها، وبين أن يملكها ويأكلها، ويضمن ثمنها بالمثل إن كان له مثل، أو القيمة إن لم يكن له مثل، سواء كان غنيا أو فقيرا، أو ممن تحل له الصدقة، أو ممن لا تحل له الصدقة (١).

وقال أبو حنيفة، في الفقير وقبل حول الحول مثل قول الشافعي. وإن كان بعد الحول، فإنه لا يخلو إما أن يكون فقيرا أو غنيا، فإن كان فقيرا، فهو مخير بين الثلاثة الأشياء التي ذكرناها نحن، سواء من الحفظ على صاحبها، أو أكلها، أو

(١) الأم ٤: ٦٥ - ٦٦ - ٦٧، ومختصر المزني: ١٣٥، و المجموع ١٥: ٢٦٣، والسراج الوهاج: ٣١٣، وكفاية
الأخيار ٢: ٤ - ٥، والمبسوط ١١: ٥ و ٧، والنتف ٢: ٥٨٥، وبدائع الصنائع ٦: ٢٠٢، والمغني لابن قدامة ٦: ٣٩٢، وبداية المجتهد ٢: ٣٠١.

التصدق بها مع شرط الضمان إن لم يرض. وإن كان غنيا فهو مخير بين شيئين: بين أن يحفظها على صاحبها، وبين أن يتصدق بها على صاحبه بشرط الضمان، وليس له أن يأكلها على كل حال (١).

وقال مالك: يجوز للغني أن يأكلها، ولا يجوز للفقير أكلها (٢)، بعكس ما قاله أبو حنيفة.

دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم، وهي أكثر من أن تحصى (٣). وروى أبو هريرة: أن النبي عليه السلام قال: " لا تحل اللقطة، فمن التقطها فليصدق بها " (٤).

وهذا أمر يدل على بطلان قوله: أن الصدقة لا تجوز.

وروى أبي بن كعب، قال: وجدت صرة فيها مائة دينار - وروي ثمانون - فأتيت النبي عليه السلام بها، فقال: " اعرف عددها ووكائها، ثم عرفها سنة ". قال فجئت إليه السنة الثانية فقال: " عرفها "، فجئت إليه السنة الثالثة، فقال: " استمتع بها " (٥).

(١) التنف ٢: ٥٨٦، واللباب ٢: ١٥٧ و ١٦٠، والميسوط ١١: ٦ - ٧، وعمدة القاري ١٢: ٢٦٧، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٤: ٤٣٢، وتبيين الحقائق ٣: ٣٠٧، وبداية المجتهد ٢: ٣٠١، والمجموع ١٥: ٢٦٣، والمغني لابن قدامة ٦: ٣٩٢.

(٢) بداية المجتهد ٢: ٣٠١، وفتح الرحيم ٢: ١٧٢، بلغة السالك ٢: ٣٢٥، وأسهل المدارك ٣: ٥٧، والمغني

لابن قدامة ٦: ٣٩٢، والتنف ٢: ٥٨٥.

(٣) انظرها في الكافي ٥: ١٣٧ (باب اللقطة والضالة)، والتهذيب ٦: ٣٨٩ (باب ٩٤ اللقطة والضالة)، والاستبصار ٣: ٦٧ (باب ٤١ اللقطة).

(٤) روى ابن الحزم في المحلى ٨: ٢٦٦ عن أبي هريرة قال: سئل رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن اللقطة فقال: " لا تحل اللقطة فمن التقط شيئا فليعرفه سنة فإن جاء صاحبه فليرده إليه وإن لم يأت فليصدق به فإن جاء فليخبره بين الأجير وبين الذي له ".

أقول: ولم نعر على ما حكاه الشيخ المصنف قدس سره بلفظ الحديث في الكتب المتوفرة لدينا.

(٥) صحيح البخاري ٣: ١٦٦، وصحيح مسلم ٣: ١٣٥٠، حديث ١٧٢٣، وسنن أبي داود ٢: ١٣٤

حديث ١٧٠١، وسنن ابن ماجه ٢: ٨٣٧، حديث ٢٥٠٦، ومصنف عبد الرزاق ١٠: ١٣٤، حديث ١٨٦١٥، وفي الجميع باختلاف يسير في اللفظ.

وهذا يدل على جواز الاستمتاع بالأكل والبيع والهبة، بخلاف ما يقول أبو حنيفة في الغني لأن أبا كان غنياً.
مسألة ٢: كلما يمتنع من الإبل، والبقر، والبغال، والحمير فليس لأحد أخذه. وبه قال الشافعي (١).
وقال أبو حنيفة: من وجد له أخذه، مثل سائر الضوال من الغنم (٢).
دليلنا: أن جواز ذلك يحتاج إلى دليل.
وأيضاً: روي عن النبي عليه السلام: أنه قال - حين سأله السائل عن الإبل الضوال - فقال: "مالك ولها؟ معها حداؤها وسقاؤها" (٣) يعني خفها وكرشها.
مسألة ٣: روى أصحابنا أن أخذ اللقطة مكروه (٤). وبه قال مالك (٥).

-
- (١) الأم ٤: ٦٨، ومختصر المزني: ١٣٥، والمجموع ١٥: ٢٧٤، والوجيز ١: ٢٥٢، وكفاية الأختار ٢: ٧،
والمحلى ٨: ٢٧٢، والمغني لابن قدامة ٦: ٣٩٦، والشرح الكبير ٦: ٣٤٩ - ٣٥٠، وعمدة القاري ١٢: ٢٧٠.
- (٢) المبسوط ١١: ١١، وعمدة القاري ١٢: ٢٧٠، وفتاوى قاضيخان في هامش الفتاوى الهندية ٣: ٣٨٩،
والفتاوى الهندية ٢: ٢٨٩، واللباب ٢: ١٥٨، وشرح فتح القدير ٤: ٤٢٨، والمغني لابن قدامة ٦: ٣٩٦،
والمحلى ٨: ٢٧٢، والشرح الكبير ٦: ٣٥٠.
- (٣) صحيح البخاري ٣: ١٦٦، وصحيح مسلم ٣: ١٣٤٨، حديث ٢، وموطأ مالك ٢: ٧٥٧، حديث ٤٦،
وسنن الترمذي ٣: ٦٥٦، حديث ١٣٧٢، والمصنف لعبد الرزاق ١٠: ١٢٩، حديث ١٨٦٠١ و ١٨٦٠٢،
والسنن الكبرى ٦: ١٨٩، والإحسان بترتيب صحيح ابن حبان ٧: ١٩٦، حديث ٤٨٦٩.
- (٤) التهذيب ٦: ٣٩٠، حديث ١١٦٥ و ١١٦٦، والاستبصار ٣: ٦٨، حديث ٢٢٩.
- (٥) بداية المجتهد ٢: ٢٩٩ - ٣٠٠، وجواهر الإكليل ٢: ٢١٨، وعمدة القاري ١٢: ١٨٠، والمحلى ٨: ٢٦١، والبحر الزخار ٥: ٢٧٨، وسبل السلام ٣: ٩٤٨ - ٩٤٩.

وللشافعي فيه قولان:
أحدهما: يجب عليه أخذها إذا كان أميناً، ويخاف ضياعها.
والآخر: لا يجب، غير أنه يستحب (١). وإن كان غير أمين لا يجوز له أخذها
على حال، لأنها أمانة، ولا يؤتمن غير أمين.
دليلنا: الأخبار التي رواها أصحابنا، فإنهم رووا: " أن الناس كلهم لو
تركوها لجاء صاحبها وأخذها " (٢).
وروي عن ابن عمر أنه قال: " دع خيرها بشرها " (٣).
وأيضاً فإنها ملك الغير، وأخذها لا يجوز إلا بإذن.
مسألة ٤: يستحب لمن وجد اللقطة أن يشهد عليها.
وللشافعي فيه قولان:
أحدهما: مثل ما قلناه.
والآخر: أنه يجب عليه الإشهاد (٤).
وقال أبو حنيفة: إن أشهد فإنه يكون أمانة، وإن لم يشهد يكون مضمونا
عليه في يده (٥).

-
- (١) المجموع ١٥: ٢٥٠ و ٢٦٥، ومختصر المزني: ١٣٥، والوجيز ١: ٢٥، ومغني المحتاج ٢: ٤٠٦ - ٤٠٧،
والسراج الوهاج: ٣١٠، وكفاية الأختار ٢: ٣، وكفاية الأختار ٢: ٣، وبداية المجتهد ٢: ٢٩٠، والمحلى
٨: ٢٦١، والمغني
لابن قدامة ٦: ٣٤٧، وعمدة القاري ١٢: ١٨٠، والبحر الزخار ٥: ٢٧٨، وسبل السلام ٣: ٩٤٨.
(٢) روى الشيخ المؤلف قدس سره في التهذيب ٦: ٣٩٠ الحديث ١١٦٦ بسنده عن الصادق عليه السلام
قال: لا تعرض لها فإن الناس لو تركوها لجاى صاحبها حتى يأخذها.
(٣) لم أقف على الحديث في الكتب المتوفرة لدينا.
(٤) مختصر المزني: ١٣٥، والمجموع ١٥: ٢٥٨، والوجيز ١: ٢٥١، ومغني المحتاج ٢: ٤٠٧، والسراج
الوهاج:
٣١٠، وكفاية الأختار ٢: ٣، وبداية المجتهد ٢: ٣٠٢، والشرح الكبير ٦: ٣٨٧، والبحر الزخار
٥: ٢٨٠، وسبل السلام ٣: ٩٥١.
(٥) الباب ١: ١٥٦، والمبسوط ١١: ١١ - ١٢، وعمدة القاري ١٢: ٢٦٨، وبدائع الصنائع ٦: ٢٠١،
وتبيين الحقائق ٣: ٣٠٢، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٤: ٤٢٣ - ٤٢٤، وبداية المجتهد
٢: ٣٠٣، والمجموع ١٥: ٢٥٨، والفتاوى الهندية ٢: ٢٩١، والشرح الكبير ٦: ٣٨٧.

دليلنا: أنه لا دليل على كونه مضمونا عليه، والأصل براءة الذمة، ولا دليل أيضا على وجوب الإشهاد، واستحبابه مجمع عليه.
مسألة ٥: إذا عرفها سنة، وأكلها بعد ذلك كان ضامنا، إن كان لها مثل يضمن مثلا، وإن لم يكن لها مثل فبالقيمة، وبه قال جميع الفقهاء، وأهل العلم (١).

وذهب قوم من أهل الظاهر: داود وغيره. إلى أنه إن أكلها بعد الحلول لا يضمن، ولا يلزمه رد المثل، ولا القيمة (٢).

دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٣).

وروى عطاء بن يسار، عن علي عليه السلام أنه وجد دينارا فأمره النبي عليه السلام أن يأكله، ثم جاء صاحبه فأمره أن يغرمه (٤)، وهذا نص.

وروى عمر بن شعيب عن أبيه أن النبي عليه السلام: " قال اعرف عفاصها (٥) ووكائها ثم عرفها سنة، فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك - ثم قال - : فإن جاء صاحبها يوما من الدهر فأدأها " (٦). وهذا نص.

(١) المجموع ١٥: ٢٦٦، وكفاية الأختيار ٢: ٥، وبداية المجتهد ٢: ٣٠١، واللباب ٢: ١٥٧، وفتح الباري

٥: ٨٤، وعمدة القاري ١٢: ٢٧٢ - ٢٧٣ والمغني لابن قدامة ٦: ٣٦٧، والشرح الكبير ٦: ٣٩١.
(٢) المحلى ٨: ٢٥٧، والمجموع ١٥: ٢٦٦ و ٢٧٥، والمغني لابن قدامة ٦: ٣٦٧، والشرح الكبير ٦: ٣٩١

وعمدة القاري ١٢: ٢٧٣، وفتح الباري ٥: ٨٤، وبداية المجتهد ٢: ٣٠١.

(٣) التهذيب ٦: ٣٩٦ حديث ١١٩٠ و ١١٩١ و ١١٩٤.

(٤) السنن الكبرى ٦: ١٨٧، وذكر عبد الرزاق الحديث بطوله في المصنف ١٠: ١٤٢ برقم ١٨٦٣٧.
(٥) العفاص: الوعاء الذي يكون فيه النفقة، من جلد كان أو غيره. والعفاص أيضا الجلد الذي يكون على رأس القارورة.

(٦) صحيح البخاري ٣: ١٦٣، والسنن الكبرى ٦: ١٩٢، وصحيح مسلم ٣: ١٣٤٧ و ١٣٤٩ حديث ١٧٢٢ وحديث ٥، والإحسان بترتيب صحيح ابن حبان ٧: ١٩٦ حديث ٤٨٦٩ وفي البعض اختلاف يسير في اللفظ فلاحظ.

مسألة ٦: إذا وجد كلبا للصيد، وجب أن يعرفه سنة، فإذا مضت سنة، جاز له يصطاد به، فإن تلف كان ضامنا.

وقال الشافعي: لا يضمن بناء منه على قوله أن الكلب لا قيمة له (١).
وعندنا أن كلب الصيد له قيمة، وقد مضت هذه المسألة.

مسألة ٧: اللقطة إذا كان قيمتها درهما فصاعدا وجب تعريفها، وإن كان دون ذلك لا يجب تعريفها.

وقال الشافعي: يجب تعريفها قليلا كان أو كثيرا، إلا ما لا يهبه الناس (٢).
وقال الطبري: سمعت الماسرجسي يقول: من أصحابنا من قدر ذلك بدينار.

وقال أبو حنيفة: إن كان قيمتها ما يقطع فيه وجب تعريفها، وإن كان دون ذلك لا يجب تعريفها. وبه قال مالك (٣)، غير أن أبا حنيفة قال: لا يجب القطع إلا في عشرة دراهم قيمتها دينار (٤).
وعند مالك يجب في ربع دينار (٥).

(١) المجموع ٩: ٢٢٨، والوجيز ١: ١٣٣، والسراج الوهاج: ١٧٣، ومغني المحتاج ٢: ١١، وفتح العزيز ٨: ١١٢ - ١١٣.

(٢) المجموع ١٥: ٢٦٢ و ٢٦٨، والوجيز ١: ٢٥٣، وكفاية الأحيار ٢: ٤، وعمدة القاري ١٢: ٢٦٦، وفتح

الباري ٥: ٨٥، وتبيين الحقائق ٣: ٣٠٣، والمغني لابن قدامة ٦: ٣٥١ - ٣٥٢، والشرح الكبير ٦: ٣٤٨.
(٣) المدونة الكبرى ٦: ١٧٣ و ٢٦٦، وبداية المجتهد ٢: ٣٠٣، والخرشي ٧: ١٢٤، والمغني لابن قدامة ٦: ٣٥١.

(٤) المبسوط ١١: ٣، واللباب ٢: ١٥٧، والنتف ٢: ٥٨٦، وبدائع الصنائع ٦: ٢٠٢، وعمدة القاري ١٢: ٢٦٦، وفتح الباري ٥: ٩٢، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٤: ٤٢٥، وتبيين الحقائق ٣: ٣٠٢ - ٣٠٣، والمحلى ٨: ٢٦٤، والمغني لابن قدامة ٦: ٣٥١، والشرح الكبير ٦: ٣٤٨.
(٥) موطأ مالك ٢: ٨٣٢ حديث ٢٤، وبداية المجتهد ٢: ٤٣٧.

ومالك يقول: لا يعرفها أصلا (١).
وأبو حنيفة يقول: يعرفها أقل من سنة (٢).
دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٣).
وروى جابر بن عبد الله: أن النبي عليه السلام رخص في العصا، والسوط،
والحبل وأشباهاها يلتقطها وينتفع بها (٤).
وروي: أن ابن عمر رأى كسرة في الطريق، وكان معه غلام، فأخذها
ومسحها وأكلها، فقال: ما صنعت بها؟ فأخبره بما صنع، فقال: أنت حر، إني
أستحي أن أستعبد من هو مغفور له، لأنني سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله
يقول: من رأى كسرة فأخذها، وأكرمها ومسحها، وأكلها غفر الله له ما تقدم
من ذنبه (٥).
وروي عن عائشة أنها قالت: لا بأس بما دون الدرهم أن ينتفع به (٦).
مسألة ٨: العبد إذا وجد لقطة، جاز له أن يلتقطها.
وللشافعي فيه قولان:

-
- (١) بداية المجتهد ٢: ٣٠٣، والمدونة الكبرى ٦: ٢٦٦، والحرشي ٧: ١٢٤، والمغني لابن قدامة ٦: ٣٥١، والشرح الكبير ٦: ٣٤٨.
- (٢) التنف ٢: ٥٨٦، واللباب ٢: ١٥٧، والمبسوط ١١: ٣، وبدائع الصنائع ٦: ٢٠٢، وعمدة القاري ١٢: ٢٦٦، وتبيين الحقائق ٣: ٣٠٢ - ٣٠٣، وفتح الباري ٥: ٩٢، والمحلى ٨: ٢٦٤، والمغني لابن قدامة ج ٦: ٣٥١، والشرح الكبير ٦: ٣٤٨، والمجموع ١٥: ٢٦٢.
- (٣) انظرها في التهذيب ٦: ٣٨٩ حديث ١١٦٢، والاستبصار ٣: ٦٨ حديث ٢٢٦، ويدل عليه عموم أكثر أحاديث باب اللقطة فلاحظ.
- (٤) سنن أبي داود ٢: ١٣٨ حديث ١٧١٧، والسنن الكبرى ٦: ١٩٥.
- (٥) لم أقف على هذا الحديث في الكتب المتوفرة.
- (٦) رواه العيني في عمدة القاري ١٢: ٢٧٢، ولم أعثر عليه في الكتب الحديثية المتوفرة.

أحدهما مثل ما قلناه (١).
والثاني ليس له أن يلتقطها (٢).
دليلنا: عموم الأخبار الواردة في هذا الباب (٣)، وتخصيصها بالأحرار يحتاج إلى دليل.
مسألة ٩: من أخذ لقطه ثم ردها إلى مكانها، لم يجز له، وكان ضامنا. وبه قال الشافعي (٤).
وقال أبو حنيفة: يزول ضمانه (٥).
دليلنا: أنه ضمن بلا خلاف، فمن ادعى زواله فعليه الدلالة.
مسألة ١٠: إذا عرفها سنة، لا تدخل في ملكه إلا باختياره، بأن يقول: هذا قد اخترت ملكها.
وللشافعي فيه أربعة أوجه:
أحدها: وهو أصحها مثل ما قلناه.
والثاني: أنه بمضي السنة يملكها بغير اختياره.
والثالث: بمجرد القصد دون التصرف.

-
- (١) الأم ٤: ٦٨، والمجموع ١٥: ٢٧٨، ومغني المحتاج ٢: ٤٠٨، والسراج الوهاج: ٣١١، والوجيز ١: ٢٥١، وكفاية الأختار ٢: ٣.
- (٢) المجموع ١٥: ٢٧٨، والسراج الوهاج: ٣١١، ومغني المحتاج ٢: ٤٠٨، والوجيز ١: ٢٥١، والمغني لابن قدامة ٦: ٣٨٧، والشرح الكبير ٦: ٤٠٠، والبحر الزخار ٥: ٢٧٩.
- (٣) انظرها في الكافي ٥: ١٣٧ (باب اللقطة والضالة)، والتهذيب ٦: ٣٨٩، والاستبصار ٣: ٦٧ بنفس الباب المذكور.
- (٤) الأم ٤: ٦٦ و ٦٨، ومختصر المزني: ١٣٦، والمجموع ١٥: ٢٧٤، والمغني لابن قدامة ٦: ٣٦٨، والشرح الكبير ٦: ٣٦٠ - ٣٦١.
- (٥) المبسوط ١١: ١٣، والفتاوى الهندية ٢: ٢٩٢، وتبيين الحقائق ٣: ٣٠٢، والمجموع ١٥: ٢٧٤.

والرابع: بالقول والتصرف (١).
دليلنا: أنه قد ثبت أنه ملك الغير، وما قلناه مجمع على تملكه به، وما قاله
ليس عليه دليل.

مسألة ١١: يكره للفاسق أخذ اللقطة، فإن أخذها فعل ما يفعله الأمين،
وللشافعي فيه قولان:

أحدهما: ينتزع من يده ويدفع إلى أمين الحاكم.
والثاني: تضام إلى يده يد أخرى (٢).

دليلنا عموم الأخبار الواردة في أحكام اللقطة (٣)، فمن خصصها بأمين دون
فاسق فعليه الدلالة، وكراهة أخذها له مجمع عليه، ووجوب انتزاعها من يده
يحتاج إلى دليل.

مسألة ١٢: لقطة الحرم يجوز أخذها، ويجب تعريفها سنة، ثم بعد ذلك
يكون مخيرا إذا لم يجرئ صاحبها بين أن يتصدق بها بشرط الضمان، أو يحفظها
على صاحبها وليس له أن يملكها.

وقال الشافعي: من وجد بمكة لقطة، فلا يخلو إما أن يكون أخذها ليعرفها
ويحفظها على صاحبها، أو أخذها ليملكها. فإن أخذها ليعرفها ويحفظ على
صاحبها كان جائزا بلا خلاف في هذا.
وإن أخذها ليملكها، فعنده أنه ليس له أن يلتقطها ليملك لقطة مكة.

- (١) المجموع ١٥: ٢٦٢ و ٢٦٧، والسراج الوهاج: ٣١٢، ومغني المحتاج ٢: ٤١٥، والوجيز ١: ٢٥٣،
وكفاية
الأخبار ٢: ٤، وعمدة القاري ١٢: ٢٦٨، وفتح الباري ٥: ٨٤، والبحر الزخار ٥: ٢٨٥.
(٢) مختصر المزني: ١٣٥، والمجموع ١٥: ٢٨١، والسراج الوهاج: ٣١٠، ومغني المحتاج ٢: ٤٠٧،
والوجيز
١: ٢٥٤، وكفاية الأخبار ٢: ٦، والمغني لابن قدامة ٦: ٣٩٠، والشرح الكبير ٦: ٣٩٨.
(٣) انظرها في الكافي ٥: ١٣٧، والتهذيب ٦: ٣٨٩، والاستبصار ٣: ٦٧ (باب اللقطة والضالة).

وإليه ذهب عامة أهل العلم (١).
 وذهب بعض الناس: إلى أنه يجوز التقاط لقطة مكة وإليه ذهب بعض
 أصحاب الشافعي (٢).
 وقال أبو حنيفة: لقطة الحرم حكمها حكم لقطة غير الحرم (٣).
 دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٤).
 وأيضا روي عن النبي عليه السلام أنه قال - في مكة - : " لا ينفر صيدها،
 ولا يعضد شجرها، ولا يختلى خلاها، ولا يحل لقطتها إلا لمنشد " (٥). يعني
 لمعرفة.
 وروي عنه عليه السلام أنه نهى عن لقطة الحاج (٦).
 وأيضا قوله تعالى " أو لم يروا أنا جعلنا حرما آمنا ويتخطف الناس من
 حولهم أفبالباطل يؤمنون " (٧). فإذا وصفه تعالى بأنه حرم فلا يجوز التقاط
 ما يسقط فيه.

-
- (١) المجموع ١٥: ٢٥٣، والوجيز ١: ٢٥٣، والمغني لابن قدامة ٦: ٣٦٠، والشرح الكبير ٦: ٣٨٥،
 وشرح
 فتح القدير ٤: ٤٣٠، وفتح الباري ٥: ٨٨، وعمدة القاري ١٢: ٢٧٥، وبلغة السالك ٢: ٣٢٤، ونيل
 الأوطار ٦: ٩٧.
 (٢) المجموع ١٥: ٢٥٣، والوجيز ١: ٢٥٣، وشرح فتح القدير ٤: ٤٣٠، وعمدة القاري ١٢: ٢٧٥،
 وفتح
 الباري ٥: ٨٨، والمغني لابن قدامة ٦: ٣٦٠، والشرح الكبير ٦: ٣٨٥، ونيل الأوطار ٦: ٩٧.
 (٣) اللباب ٢: ١٥٩، وشرح فتح القدير ٤: ٤٣٠، وعمدة القاري ١٢: ٢٧٥، والفتاوى الهندية ٢: ٢٨٩،
 والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٤: ٤٣٠، والمغني لابن قدامة ٦: ٣٦٠، والشرح الكبير
 ٦: ٣٨٥، ونيل الأوطار ٦: ٩٧.
 (٤) دعائم الإسلام ٢: ٤٩٥ حديث ١٧٦٦، والتهديب ٦: ٣٩٥ حديث ١١٩٠.
 (٥) سنن أبي داود ٢: ٢١٢ حديث ٢٠١٧ و ٢٠١٨، وصحيح البخاري ٣: ١٨، والسنن الكبرى
 ٥: ١٩٥، ومجموع الزوائد ٣: ٢٨٣، وفي البعض منها اختلاف يسير في اللفظ.
 (٦) صحيح مسلم ٣: ١٣٥١ حديث ١٧٢٤، وسنن أبي داود ٢: ١٣٩ حديث ١٧١٩، وشرح معاني
 الآثار ٤: ١٤٠، والإحسان بترتيب صحيح ابن حبان ٧: ١٩٦.
 (٧) العنكبوت: ٦٧.

مسألة ١٣: يجوز للمكاتب أخذ اللقطة.

وللشافعي فيه قولان:

أحدهما: مثل ما قلناه.

والثاني: أنه مثل العبد (١)، وله في العبد قولان (٢).

دليلنا: عموم الأخبار (٣)، وقد بينا أن العبد أيضا يجوز له أخذها بمثل

ذلك (٤).

مسألة ١٤: العبد إذا كان نصفه حرا ونصفه مملوكا جاز له أخذ اللقطة.

وللشافعي فيه قولان:

أحدهما - وهو الذي نص عليه - مثل ما قلناه.

وقال بعض أصحابه تخريجا. ليس له أخذه (٥).

دليلنا عموم الأخبار (٦)، وتخصيصها يحتاج إلى دليل.

مسألة ١٥: من وجد لقطة، فجاء رجل آخر فوصف عقاصها ووكائها،

ووزنها وعددها، وجنسها وحليتها، وغلب في ظنه أنه صادق، جاز له أن

يعطيها، ولا يجب عليه ذلك إلا بينة، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه،

(١) الأم ٤: ٦٨، ومختصر المزني: ١٣٦، والوجيز ١: ٢٥١، والمجموع ١٥: ٢٨٠، والسراج الوهاج: ٣١١

ومغني المحتاج ٢: ٤٠٨.

(٢) الأم ٤: ٦٨، ومختصر المزني: ١٣٥، والمجموع ١٥: ٢٧٨، والوجيز ١: ٢٥١، والسراج الوهاج: ٣١١

ومغني المحتاج ٢: ٤٠٨، وكفاية الأختار ٢: ٣، والمغني لابن قدامة ٦: ٣٨٧، والشرح الكبير ٦: ٤٠٠.

(٣) الكافي ٥: ١٣٧، والتهديب ٦: ٣٨٩، والتهديب ٦: ٣٨٩، والاستبصار ٣: ٦٧ (باب اللقطة والضالة).

(٤) تقدم البيان فيه في المسألة " ٨ " فلاحظ.

(٥) الأم ٤: ٦٨، ومختصر المزني: ١٣٦، والمجموع ١٥: ٢٨٠، والوجيز ١: ٢٥١، والسراج الوهاج: ٣١١

مغني المحتاج ٢: ٤٠٩.

(٦) الكافي ٥: ١٣٧، والتهديب ٦: ٣٨٩، والاستبصار ٣: ٦٧ (باب اللقطة والضالة).

والشافعي (١).

وقال أحمد بن حنبل، وأهل الظاهر: أنه يجب عليه دفعها إليه (٢)، وبه قال مالك، على ما حكاه الأسفرايني، عن رواه من أصحاب مالك (٣)، يقول ذلك.

دليلنا: أنه ليس ها هنا ما يدل على وجوب الدفع إليه، والخبر المروي عن النبي عليه السلام أنه قال: " إن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها " (٤) يدل على ذلك، لأنه لا يعلم بوصفه أنه صاحبها.

مسألة ١٦: الذمي إذا وجد لقطة في دار الإسلام جاز له أخذها. وللشافعي فيه قولان:

أحدهما مثل ما قلناه (٥).

والثاني: ليس له ذلك. لأنه ليس بموضع أمانة (٦).

(١) المبسوط ١١ : ٨، وعمدة القاري ١٢ : ٢٦٧، والأم ٤ : ٦٧، والمجموع ١٥ : ٢٦٩، ومغني المحتاج ٢ : ٤١٦، والسراج الوهاج: ٣١٣، والمغني لابن قدامة ٦ : ٣٦٣، والشرح الكبير ٦ : ٣٨٨، والمحلى ٨ : ٢٦٤، وبداية المجتهد ٢ : ٣٠٢.

(٢) المغني لابن قدامة ٦ : ٣٦٣، والشرح الكبير ٦ : ٣٨٨، والمحلى ٨ : ٣٦٤، والمجموع ١٥ : ٢٦٩، وعمدة

القاري ١٢ : ٢٦٧، وسبل السلام ٣ : ٩٤٨.

(٣) بداية المجتهد ٢ : ٣٠٢، وأسهل المدارك ٣ : ٧٥، وفتح الرحيم ٢ : ١٧٢، وبلغة السالك ٢ : ٣٢٢، والمبسوط ١١ : ٨، وعمدة القاري ١٢ : ٢٦٧، والمجموع ١٥ : ٢٦٩، والمغني لابن قدامة ٦ : ٣٦٣، والشرح الكبير ٦ : ٣٨٨، وسبل السلام ٣ : ٩٤٨.

(٤) صحيح البخاري ٣ : ١٦٣، وصحيح مسلم ٣ : ١٣٤٧ حديث ١٧٢٢، موطأ مالك ٢ : ٧٥٧ حديث ٤٦، وسنن أبي داود ٢ : ١٣٥ حديث ١٧٠٥، وشرح معاني الآثار ٤ : ١٣٤، والإحسان بترتيب صحيح ابن حبان ٧ : ١٩٦، حديث ٤٨٦٩. وفي البعض منها اختلاف يسير في اللفظ.

(٥) المجموع ١٥ : ٢٨٣، ومغني المحتاج ٢ : ٤٠٧، والسراج الوهاج: ٣١٠.

(٦) المجموع ١٥ : ٢٨٣، والمغني لابن قدامة ٦ : ٣٨٩، والشرح الكبير ٦ : ٣٩٧.

دليلنا: عموم الأخبار (١)، والمنع يحتاج إلى دلالة.
 مسألة ١٧: لم ينص أصحابنا على شيء من جعل اللقط والضوال إلا على إباق العبد، فإنهم رَووا أنه إن رده من خارج البدل استحق الأجرة أربعين درهما، قيمتها أربعة دنانير، وإن كان من البدل عشرة دراهم قيمتها دينار، وما عدا ذلك يستحق الأجرة بحسب العادة (٢).
 وقال الشافعي: لا يستحق شيئا من الأجرة على شيء من ذلك، إلا أن يجعله له الجاعل، سواء كانت قيمته قليلا أو كثيرا، معروفا كان برد الضوال أو لم يكن، من بعيد رده أو من قريب (٣).
 وقال مالك: إن كان معروفا برد الضوال، وممن يستأجر لذلك، فإنه يستحق الجعل. وإن لم يكن معروفا، فلا يستحق الجعل (٤).
 وقال أبو حنيفة: إن كان ضوالا أو لقطه فإنه لا يستحق شيئا. وإن كان أبقا فرده من مسيرة ثلاثة أيام، وكان ثمنه أربعين درهما وزيادة استحق أربعين درهما، وإن نقص أحد الشرطين، فإن جاء به من مسيرة أقل من ثلاثة أيام فبحسابه، فإن كان من مسيرة يوم ثلث الأربعين، وإن كان من مسيرة يومين ثلثي الأربعين.
 وإن كان قيمته أقل من أربعين، فقال أبو حنيفة، ومحمد: ينقص من قيمته درهم ويستحق الباقي، إن كان قيمته أربعين، فيستحق تسعة وثلاثين، وإن

-
- (١) الكافي ٥: ١٣٧، والتهذيب ٦: ٣٨٩، والاستبصار ٣: ٦٧ (باب اللقطة والضالة).
 (٢) التهذيب ٦: ٣٩٨ حديث ١٢٠٣.
 (٣) الأم ٤: ٧١، والمجموع ١٥: ١١٤ و ١١٨، وكفاية الأختيار ١: ١٩٣، والوجيز ١: ٢٤٠، ومختصر المزني:
 ١٣٦، والسراج الوهاج: ٣١٨، ومغني المحتاج ٢: ٤٢٩، والمغني لابن قدامة ٦: ٣٨١.
 (٤) جواهر الإكليل ٢: ٢٠٠، والخرشي ٧: ٦٤، والشرح الصغير في هامش بلغة السالك ٢: ٢٩٢ - ٢٩٣، والمحلى ٨: ٢٠٦.

كان قيمته ثلاثين يستحق تسعة وعشرين (١).
وقال أبو يوسف: يستحق أربعين، وإن سوى عشرة دراهم، والقياس أنه
لا يستحق شيئاً، لكن أعطيناه استحساناً (٢)، هكذا حكاه الساجي.
دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٣).
وروى ابن أبي مليكة: أن النبي عليه السلام جعل في جعل الأبق يوجد
خارج الحرم عشرة دراهم (٤).
وروي عن عمر أنه قال: من رد أبقاً فله دينار (٥).
وروي عن ابن مسعود أنه سئل: هل يستحق من رد أبقاً الأجرة؟ فقال:
له من كل رأس أربعون درهماً (٦).
مسألة ١٨: إذا اختلفا، فقال صاحب العبد الأبق: شارطتك على رده
بنصف دينار. وقال الذي رد: شارطتني على دينار، فالقول قول الجاعل مع يمينه
إنه لم يجعل له ديناراً، ثم يستحق عليه أجرة المثل.
وقال الشافعي: يتحالفان، ويستحق أجرة المثل (٧).

-
- (١) المبسوط ١١: ٢١، والنتف ٢: ٥٩٤، واللباب ٢: ١٦٦ - ١٦٧، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح
القدر ٤: ٤٣٥، وشرح فتح القدير ٤: ٤٣٥، وبدائع الصنائع ٦: ٢٠٥، والفتاوى الهندية ٢: ٢٩٨،
وتبيين الحقائق ٣: ٣٠٨، والمغني لابن قدامة ٦: ٣٨٢، والمحلى ٨: ٢٠٦،
(٢) النتف ٢: ٥٩٤، والمبسوط ١١: ٣٢، وبدائع الصنائع ٦: ٢٠٥، والفتاوى الهندية ٢: ٢٩٦، وشرح
فتح القدير ٤: ٤٣٦، وتبيين الحقائق ٣: ٣٠٨، والمحلى ٨: ٢٠٦، والمغني لابن قدامة ٦: ٣٨٢ - ٣٨٣.
(٣) أنظر التهذيب ٦: ٣٩٨ حديث ١٢٠٣.
(٤) السنن الكبرى ٦: ٢٠٠.
(٥) أشار إلى هذا الحديث في شرح فتح القدير ٤: ٤٣٥، وتبيين الحقائق ٣: ٣٠٨.
(٦) المصنف لعبد الرزاق ٨: ٢٠٨، والسنن الكبرى ٦: ٢٠٠، والمغني لابن قدامة ٦: ٣٨٢، وبدائع
الصنائع ٦: ٢٠٤، والجواهر النقي في ذيل السنن الكبرى ٦: ٢٠٠ وفي البعض اختلاف يسير في اللفظ.
(٧) المجموع ١٥: ١٢٤، والوجيز ١: ٢٤١، والسراج الوهاج: ٣١٩، ومغني المحتاج ٢: ٤٣٤.

دليلنا: أنه مدعى عليه، فكان عليه اليمين، ولزمه أجره المثل لأنه رد عليه ما أبق منه.

مسألة ١٩: إذا أسلمت الأم وهي حبلى من مشرك، أو كان لها منه ولد غير بالغ، فإنه يحكم للولد والحمل بالإسلام ويتبعانها. وبه قال أهل العراق (١). والشافعي (٢).

وقال مالك: الحمل يتبعها، والولد لا يتبعها (٣).
دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٤).

وقوله تعالى: "والذين آمنوا واتبعتهم ذريتهم بإيمان ألحقنا بهم ذريتهم" (٥) فحكم بأن ذرية المؤمنين يلحقون بهم، والولد ذرية مثل الحمل سواء. وأيضا قول النبي عليه السلام: كل مولود يولد على الفطرة، فأبواه يهودانه وينصرانه، ويمجسانه (٦).

مسألة ٢٠: المراهق إذا أسلم، حكم بإسلامه، فإن ارتد بعد ذلك، حكم بارتداده، وإن لم يتب قتل، ولا يعتبر إسلامه بإسلام أبويه. وبه قال أبو حنيفة، وأبو يوسف، ومحمد غير أنه قال: لا يقتل إن ارتد، لأن هذا الوقت ليس بوقت

(١) التنف ٢: ٥٨٩، والمبسوط ١٠: ٢١٦، وبدائع الصنائع ٦: ١٩٩، وشرح فتح القدير ٤: ٤٢٠،
والفتاوى الهندية ٢: ٢٨٨، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٤: ٤٢٠، وتبيين الحقائق ٣: ٢٩٩.
(٢) المجموع ١٥: ٣١٦، والسراج الوهاج: ٣١٦، ومغني المحتاج ٢: ٤٢٣، والمغني لابن قدامة ١٠:
٩١،

وبداية المجتهد ٢: ٣٠٥.

(٣) بداية المجتهد ٢: ٣٠٥، والمغني لابن قدامة ١٠: ٩١.

(٤) التهذيب ١٠: ١٤٠ حديث ٥٥٣ و ٥٥٤ وأحاديث أخرى.

(٥) الطور: ٢١.

(٦) صحيح مسلم ٤: ٢٠٤٧ حديث ٢٦٥٨، والموطأ ١: ٢٤١ حديث ٥٢، ومسند أحمد بن حنبل ٢:
٢٣٣

و ٢٧٥ و ٢٨٢، والسنن الكبرى ٦: ٢٠٣، ومجمع الزوائد ٧: ٢١٨ وفي بعض المصادر " ما من مولود".

التعذيب حتى يبلغ (١).
 وقال الشافعي: لا يحكم بإسلامه ولا بارتداده، ويكون تبعا لأبويه، غير أنه
 يفرق بينه وبينها لكيلا يفتناه. وبه قال زفر (٢).
 وفي أصحابه من قال: يحكم بإسلامه ظاهرا، فإذا بلغ ووصف الإسلام
 يكون مسلما من هذا الوقت (٣).
 دليلنا: ما رواه أصحابنا " أن الصبي إذا بلغ عشر سنين أقيمت عليه الحدود
 التامة، واقتص منه، ونفذت وصيته وعتقه " (٤). وذلك عام في جميع الحدود.
 وأيضا قوله عليه السلام " كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه وينصرانه
 ويمجسانه، حتى يعرب عنه لسانه فأمأ شاكرا أو كفوورا " (٥). وهذا عام، إلا من
 أخرجه الدليل.
 واستدل أصحاب أبي حنيفة بإسلام علي عليه السلام وكان غير بالغ،

-
- (١) المبسوط ١٠: ١٢٠ و ١٢٢ و ١٢٤، وبدائع الصنائع ٧: ١٣٤ - ١٣٥، وشرح فتح القدير ٤: ٤٠٤،
 والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٤: ٤٠٤، وتبيين الحقائق ٣: ٢٩٢، وشرح العناية على
 الهداية بهامش شرح فتح القدير ٤: ٤٠٤، والمجموع ١٩: ٢٢٣، والمغني لابن قدامة ١٠: ٨٥ و ٨٨،
 والشرح الكبير ١٠: ٨١ و ٨٤.
- (٢) الأم ٦: ١٥٩، والمجموع ١٩: ٢٢٣، والوجيز ١: ٢٥٥، والسراج الوهاج: ٣١٦، ومغني المحتاج
 ٢: ٤٢٤، والمبسوط ١٠: ١٢٠، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٤: ٤٠٤، وتبيين الحقائق
 ٣: ٢٩٢، والمغني لابن قدامة ١٠: ٨٥ و ٨٨.
- (٣) المجموع ١٩: ٢٢٧، والسراج الوهاج: ٣١٦، ومغني المحتاج ٢: ٤٢٤، والوجيز ١: ٢٥٦، وشرح
 العناية
 على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٤: ٤٠٤.
- (٤) الكافي ٧: ٢٨ حديث ٣ (باب وصية الغلام) ومن لا يحضره الفقيه ٤: ١٤٥ حديث ٥٠١ (باب
 ٩٢)، والتهذيب ٩: ١٨١ حديث ٧٢٦ (باب وصية الصبي).
- (٥) صحيح مسلم ٣: ٢٠٤٧ حديث ٢٢، ومسند أحمد بن حنبل ٢: ٢٣٣، و ٣: ٣٥٣، ومجمع الزوائد
 ٧: ٢١٨ والسنن الكبرى ٦: ٢٠٢ - ٢٠٣، وفي البعض اختلاف يسير في اللفظ.

وحكم بإسلامه بلا خلاف (١).
وأجاب أصحاب الشافعي عن ذلك بأن قالوا: حكمنا بإسلامه لأنه يجوز
أن يكون بالغاً، لأن أقل البلوغ عند الشافعي تسع سنين (٢)، وعند أبي حنيفة
إحدى عشرة سنة.
واختلف الناس في إسلام علي عليه السلام، فمنهم من قال: أسلم وله عشر
سنين (٣)، ومنهم من قال: تسع سنين (٤)، ومنهم من قال: إحدى عشرة
سنة (٥).
وقال الواقدي (٦) وأصل ما قيل أنه ابن إحدى عشرة سنة.
وروي عن محمد بن الحنفية أنه قال: قتل علي عليه السلام في السابع
والعشرين من شهر رمضان، وكان له ثلاث وستون سنة (٧).
ولا خلاف أنه قتل سنة أربعين من الهجرة، فلما هاجر النبي عليه السلام إلى
المدينة كان لعلي عليه السلام ثلاث وعشرون سنة، وأقام النبي عليه السلام بمكة

- (١) شرح فتح القدير ٤: ٤٠٤، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٤: ٤٠٤، وشرح العناية على
الهداية بهامش شرح فتح القدير ٤: ٤٠٤، وتبيين الحقائق ٣: ٢٩٢.
(٢) مغني المحتاج ٢: ١٦٧، والسراج الوهاج: ٢٢٩.
(٣) رواه الحاكم في المستدرک ٣: ١١١، وابن أبي الحديد في شرح نهج البلاغة ٤: ١٢١.
(٤) ذكره ابن هشام في السيرة النبوية ١: ٤٣١، وابن الأثير في أسد الغابة ٤: ١٧، وابن أبي الحديد في
شرح نهج البلاغة ٤: ١٢١.
(٥) وهو قول الواقدي الآتي.
(٦) أبو عبد الله، محمد بن عمر بن واقد الواقدي. ولد سنة ١٣٠ هجرية في آخر خلافة مروان بن محمد،
وقيل قبل سنة ذلك بسنة. كما اختلفوا في وفاته فقيل: أنه توفي سنة ٢٠٦ هجرية، وقيل: أنه توفي في
ذي الحجة سنة ٢٠٧ هـ وقال الخطيب: أنه الواقدي توفي سنة ٢٠٩ هـ. تاريخ بغداد ٣: ٢٠، وفيات
الأعيان ١٢: ٦٤١.
(٧) رواه الحاكم في المستدرک ٣: ١٤٥، وابن عساكر في تاريخ دمشق ٣: ٣٨٧ - ٣٨٨، والطبري في
تاريخه ٤: ١١٧، وابن أبي الحديد في شرح نهج البلاغة ٤: ١٢٠.

دون ثلاث عشرة سنة، ثم هاجر إلى المدينة، فبان بهذا أنه كان لعلي عليه السلام إحدى عشرة سنة.

قال أبو الطيب الطبري: وجدت في فضائل الصحابة لأحمد بن حنبل أن قتادة روى عن الحسن أن عليا عليه السلام أسلم وله خمس عشرة سنة (١). قال: وأما البيت الذي ينسب إليه من قوله:

..... * غلاما ما بلغت أوان حلمي (٢)

فليس بثابت عنه، ويحتمل أن يكون قال: " غلاما قد بلغت أوان حلمي "

مسألة ٢١: إذا مات اللقيط ولم يخلف وارثا، فميراثه لبيت المال. وبه قال جميع الفقهاء (٣).

وقال قوم: ميراثه لملتقطه (٤).

دليلنا: إجماع الفرقة.

وأیضا قوله عليه السالم: " الولاء لمن أعتق " (٥). وهذا لم يعتق، ودليله أن من لم يعتق لا ولاء له.

(١) رواه أيضا الحاكم في مستدرکه ٣: ١١١.

(٢) سبقتكم إلى الإسلام طرا غلاما ما بلغت أوان حلمي

(٣) الأم ٤: ٧٠، ومختصر المزني: ١٣٧، والمجموع ١٥: ٢٨٦ و ٢٩١، والمغني لابن قدامة ٦: ٤١١، والشرح

الكبير ٦: ٤١٧، والمدونة الكبير ٣: ٣٦٨، وبداية المجتهد ٢: ٣٠٥، والمحلى ٨: ٢٧٤، والمبسوط

١٠: ٢١٠، وبدائع الصنائع ٦: ١٩٩، وتبيين الحقائق ٣: ٢٩٧، والخرشي ٧: ١٣٢.

(٤) منهم شريح وإسحاق حكاه عنهما ابن قدامة في المغني ٦: ٤١١، والشرح الكبير ٦: ٤١٧، وابن حزم

في

المحلى ٨: ٢٧٤.

(٥) صحيح البخاري ٣: ٩٦، والموطأ ٢: ٧٨٢ و ٨٧٠، وصحيح مسلم ٢: ١١٤١ حديث ١٥٠٤، وسنن أبي داود ٤: ٢١ حديث ٣٩٢٩ و ٣٩٣٠، ومسند أحمد بن حنبل ١: ٢٨١، والسنن الكبرى

١٠: ٣٣٨.

مسألة ٢٢: إذا ادعى أجنبيان بأنه ولدهما، وكان مع كل واحد منهما بينة، فتعارضتا، أو لا بينة معها أصلاً، أقرع بينهما، فمن خرج اسمه ألحق به. وللشافعي: إذا تعارضت بينتهما قولان. أحدهما: مثل ما قلناه من القرعة (١). والثاني: أنهما يسقطان، كأنه ليس هناك بينة وأري القافة، فإن قالت: هو ابن لأحدهما ألحق به، وإن لم يكن قافة، أو أشكل عليهم، أو قالوا: هو ابنهما أوليس بابن لهما، فالأربع مسائل واحدة، يوقف حتى يبلغ ويختار أيهما شاء (٢). دليلنا: إجماع الفرقة على أن كل مجهول فيه القرعة، وهذا داخل فيه. مسألة ٢٣: إذا ادعى نفسان لقيطا ويدهما عليه، وأقاما جميعا البينة، حكم بالقرعة. وقال الشافعي: تعارضت البيئتان، وقد مضى قوله فيهما (٣). وقال أبو حنيفة: إن وصفه أحدهما بشيء على بدله، فإنه يحكم له، لأنه إذا وصفه دل على يد سابقة (٤). دليلنا: ما قدمناه في المسألة الأولى سواء، والوصف لا يحكم به، لأنه يجوز أن يكون شاهده أو سمعه، ولأن من وصف لقطه لم يجب دفعها إليه، كذلك اللقيط.

-
- (١) المجموع ١٥: ٢٩٦ و ٢٩٨ و ٣٠٥ - ٣٠٦، والوجيز ١: ٢٥٨.
(٢) مختصر المزني: ١٣٦ - ١٣٧، والسراج الوهاج: ٣١٤ و ٣١٧، ومغني المحتاج ٢: ٤١٩ و ٤٢٨، والوجيز
١: ٢٥٧ - ٢٥٨، والمغني لابن قدامة ٦: ٤١٩ و ٤٢٥، والشرح الكبير ٦: ٤١٦ و ٤٣٢، والبحر
الزخار ٥: ٢٨٩، وبدائع الصنائع ٦: ١٩٩.
(٣) تقدم في المسألة " ٢٢ ".
(٤) بدائع الصنائع ٦: ١٩٩، وشرح فتح القدير ٤: ٤١٩، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير
٤: ٤١٩، والفتاوى الهندية ٢: ٢٨٦، وتبيين الحقائق ٣: ٢٩٩، والمغني لابن قدامة ٦: ٤١٩، والشرح
الكبير ٦: ٤١٦.

مسألة ٢٤: إذا ادعى ذمي لقيطا، وقال: هذا ولدي، قبل إقراره، فإن أقام بينة على قوله ألحق به، وحكم بكفره، وإن لم يقم بينة قبل دعواه وألحق به أيضا.

وللشافعي فيه قولان إذا أقام البينة.

أحدهما: يقبل قوله في النسب، ولا يحكم بكفره.

والثاني: يحكم بكفره، وإن لم يقم البينة ألحق النسب. وهل يحكم بكفره؟ على قولين (١).

دليلنا: قوله تعالى: "ألحقنا بهم ذريتهم" (٢) وإذا ثبت نسبه بلا خلاف حكمنا بكفره، لأن ولد الكافر يكون كافرا، والحكم بإسلامه يحتاج إلى شرع.

مسألة ٢٥: الحر، والعبد، والمسلم، والكافر في دعوى النسب سواء، لا مزية لأحدهم على الآخر. وبه قال الشافعي (٣).

وقال أبو حنيفة: الحر أولى من العبد، والمسلم أولى من الكافر (٤).

دليلنا: عموم الأخبار فيمن ادعى النسب (٥)، ولم يخصصوا كافرا من مسلم، ولا عبدا من حر.

(١) مختصر المزني: ١٣٧، والسراج الوهاج: ٣١٦، ومغني المحتاج ٢: ٤٢٢، والمجموع ١٥: ٣٠٢،

والوجيز

١: ٢٥٧.

(٢) الطور: ٢١.

(٣) مختصر المزني: ١٣٧، والوجيز ١: ٢٥٧، ومغني المحتاج ٢: ٤٢٨، والسراج الوهاج: ٣١٧،

والمجموع

١٥: ٣٠١، والمغني لابن قدامة: ٤٢٣، والشرح الكبير ٦: ٤٣١.

(٤) بدائع الصنائع ٦: ١٩٩، والفتاوى الهندية ٢: ٢٨٨، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير

٤: ٤٢١، وشرح فتح القدير ٤: ٤٢١، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٤: ٤٢١،

والمجموع ١٥: ٣٠١، والمغني لابن قدامة ٦: ٤٢٣ - ٤٢٤، والشرح الكبير ٦: ٤٣١.

(٥) دعائم الإسلام ٢: ٥١٨، والتهديب ٨: ١٦٦ (باب لحوق الأولاد بالآباء وثبوت الأنساب..)،

والاستبصار ٣: ٣٦٧ (باب ٢١٥).

مسألة ٢٦: إذا ادعت امرأة لقيطا بأنه ولدها، فأقامت بينة بذلك، ألحق بها وبالزوج بلا خلاف. وإن ادعته ولم تقم بينة، فإنه يقبل إقرارها عندنا على نفسها، سواء كان معها زوج أو لم يكن. وللشافعي فيه ثلاثة أوجه: أحدها: يرد قولها، ولا يقبل إلا ببينة. وبه قال أبو حنيفة، ومالك (١)، وسواء كان معها زوج أو لم يكن (٢). والثاني: أنه يقبل قولها، ويلحق بها، سواء كان معها زوج أو لم يكن ولا يلحق بالزوج إلا بالبينة، أو بإقراره (٣). والثالث: أنه إن كان لها زوج لا يقبل إقرارها، وإن لم يكن لها زوج يقبل إقرارها (٤). والخلاف في الأمة مثل الخلاف في الحرة سواء. دليلنا: الأخبار المروية في أن إقرار العاقل على نفسه جائز (٥). وهي على عمومها في الرجل، والمرأة، والعبد، والحر، والحرة، والكافر، والمسلم. وتخصيصها يحتاج إلى دليل.

- (١) شرح فتح القدير ٤: ٤١٩، وبدائع الصنائع ٦: ٢٠٠، والفتاوى الهندية ٢: ٢٨٦، وجواهر الإكليل ٢: ٢٢٠، والشرح الصغير في هامش بلغة السالك ٢: ٣٢٧، والمغني لابن قدامة ٦: ٤٢٣.
- (٢) مختصر المزني: ١٣٧، والسراج الوهاج: ٣١٧، ومغني المحتاج ٢: ٤٢٧، والوجيز ١: ٢٥٧، والمجموع ١٥: ٣٠٠ و ٣٠٣ - ٣٠٤، والمغني لابن قدامة ٦: ٤٢٢.
- (٣) المجموع ١٥: ٣٠٠ و ٣٠٣، والسراج الوهاج: ٣١٧، والوجيز ١: ٢٥٧، ومغني المحتاج ٢: ٤٢٧، والمغني لابن قدامة ٦: ٤٢٢.
- (٤) المجموع ١٥: ٣٠٠ و ٣٠٤ - ٣٠٥، ومغني المحتاج ٢: ٤٢٧، والوجيز ١: ٢٥٧، والمغني لابن قدامة ٦: ٤٢٢ - ٤٢٣.
- (٥) لم أعثر على هذا الحديث بهذا اللفظ في الكتب المتوفرة من الفريقين مع اشتهاؤه. ويمكن القول بأن الشيخ قدس سره انفرد بنقله في هذا الكتاب. نعم روى ابن أبي جمهور في ثلاث موارد من كتاب عوالي اللآلي بلفظ "إقرار العقلاء على أنفسهم جائز" من دون إشارة إلى مصدر للحديث فلاحظ عوالي اللآلي ٣: ٤٤٢ حديث ٥.