

البَيَانُ الشِّكَا فِي
الْمُنْتَرَعِ مِنَ الْبُرْهَانِ الْكَافِي

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

البيان الشكافي
المنتزح من البرهان الكافي

تأليف
الشيخ العلامة
عبدالله بن محمد بن أحمد بن مظفر

(ت ٨٧٥ هـ)

الجزء الثالث


مكتبة أهل البيت (ع)

صف وتحقيق وإخراج:



اليمن - صعدة - ت (٥٣١٥٨٠) سيار (٧١٣٨٤٢٩٨٩)

الطبعة الأولى

١٤٤٢ هـ - ٢٠٢١ م

جميع الحقوق محفوظة لمكتبة أهل البيت (ع)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب البيوع

قد يكون البيع والشراء واجبا و مندوبا ومحظورا ومكروها ومباحا، فالواجب عند خشية التلف أو الضرر أو انكشاف العورة إن لم يفعل، أو لقضاء الدين وغيره مما يجب^(١). والمندوب ما قصد به للطاعة والإنفاق فيها أو التقوي عليها. والمحظور ما تضمن الربا، وما قصد به الرياء والسمعة أو الاحتكار المنهي عنه، والفساد بغير الربا على قول القاسم^(٢) والناصر والشافعي. والمكروه هو الفساد بغير الربا على قول السيدين، وهو المذهب، وفي المسجد^(٣)، وحال الأذان^(٤). والمباح ما عدا ذلك.

مسألة: ولا يجب الإشهاد على البيع، إلا عند خشية ضياع المال فيجب قوي لحفظه^(٥)، ذكره القاسم وأبو العباس^(٦).

مسألة: والمبيع: هو ما يتعين^(٧)، ولا يصح كونه في الذمة، إلا في السلم، وفي

(١) نفقة من يجب إنفاقه. (قرن).

(٢) لأن أحد قوليه أنه محظور.

(*) لأنه عليه السلام كره الدخول في العقود الفاسدة.

(٣) وفي تعليق الفقيه حسن أنه محظور، وهو ظاهر النهي.

(*) حيث دخل تبعا للطاعة، وإلا حرم.

(٤) وبيع الشريك من غير إذن شريكه، والله أعلم.

(٥) والمذهب خلافه. (قرن).

(٦) وهو قول الهادي عليه السلام، ولعل وجه الوجوب أن البيع على هذه الحالة سبب في وقوع

القبیح، وهو التناكر مثلا، فيلزم دفعه بما أمكن، ولعل هذا حيث يجب البيع أو الشراء،

وإلا فلا وجه للتحتم. (شامي).

(٧) أي: يجب تسليمه بعينه.

بيع ما في الذمة^(١) ممن هو عليه بشرط أن يقبض الثمن قبل الافتراق، أو يكون^(٢) في ذمة البائع^(٣)، أو يكون معيناً^(٤) وهو مما يتعين، أو لا يتعين^(٥) وقبضه البائع قبل افتراقهما حتى يخرج عن الكالئ بالكالئ، وهو حيث يكون المبيع والثمن في ذمة واحدة، فلا يصح.

فَرَعٌ وأحكام المبيع أنه يتعين، ولا يجوز إبداله^(٦) ولو بأجود منه، ولو بان فيه عيب، ويبطل البيع بتلفه^(٧) قبل قبضه وباستحقاقه^(٨)، ولا يصح التصرف فيه قبل قبضه إلا بما هو استهلاك، كالتق ونحوه^(٩) والوقف ونحوه^(١٠).

مَسَائِلٌ والثمن: هو ما لا يتعين، بل يصح في الذمة، فإن عين فممه ما يتعين ويصير مبيعاً، وهو ذوات الأمثال غير النقدين، ومنه ما لا يتعين ولو عين، وهو الدراهم والدنانير، فيجوز إبدالها بمثلها لغير عيب فيها، ويجب إذا كان فيها عيب، ولا يبطل البيع بتلفها قبل قبضها ولا باستحقاقها، بل يجب مثلها، وإذا

(١) كالتقدين.

(٢) الثمن.

(٣) لأن ما في الذمة كالحاضر. اهـ بخلاف ما إذا كانا في ذمة واحدة، نحو أن يكون في ذمة رجل لآخر عشرة أصواع برافاشترها منه بعشرة دراهم مؤجلة - فهذا لا يصح. (قرئ).

(٤) وتسميته ثمناً مجاز.

(٥) هذا تكرار ولا فائدة تحته؛ لأن غير المعين هو الذي في الذمة، وقد تقدم قوله: «أو يكون الثمن في ذمة البائع». (مفتي). وفي حاشية ما لفظه: يعني وقد عينه حتى تكون هذه الصورة غير الصورة الأولى التي فيها شرط قبض الثمن.

(٦) أي: لا يلزم، وإلا فهو يجوز مع التراضي.

(٧) بغير فعل المشتري. (قرئ).

(٨) بل يكون موقوفاً. (قرئ).

(٩) وهو التدبير والكتابة.

(١٠) جعله مسجداً أو طريقاً أو مقبرة. (برهان).

عينت ثمناً ثم وهبها للبائع للمشتري^(١) أو قبضها بغير إذنه لم يصح وكان الثمن باقياً على المشتري، ذكره في الكافي^(٢) عن أبي العباس. وقال المؤيد بالله والشافعي: إنها إذا عينت تعينت وصارت كالمبيع إلا في جواز التصرف فيها قبل قبضها، وأنها إذا استحقت أو تلفت قبل قبضها فسد البيع^(٣) ولم يبطل، إلا أن يجيز مالكها الشراء بها صح وكان له ولو نواه المشتري لنفسه^(٤)، كما في بيع مال الغير.

فرع: فلو كان النقد ديناً في ذمة الغير واشترى به صاحبه شيئاً من غير من هو عليه فقال الفقيه يحیی البحيح: إنه يصح^(٥) ولا يتعين هنا وفاقاً^(٦). وقال في الكافي وشرح الإبانة: بل يتعين على قول المؤيد بالله ومن معه، فيكون الشراء به فاسداً، كما لو كان الذي في الذمة عرضاً أو مثلياً^(٧) واشترى به صاحبه شيئاً من غير من هو عليه - فإنه لا يصح وفاقاً.

فرع: ويتفقون أن النقد يتعين ولا يجوز إبداله في الهبة والصدقة والنذر

(١) يعني: وهبها بعينها، لا لو وهب له الثمن وأطلق فإنه يصح. (قرئ).

(٢) لأن الثمن باق في ملك المشتري حتى يقبضه البائع، فلا تصح الهبة ولا قبضه له إلا بإذن المشتري.

(٣) لعل هذا يستقيم على قول المؤيد بالله؛ لأن أصل الشافعي بطلان ما فسد وعدم صحة الموقوف، اللهم إلا أن يكون هذا قولاً آخر له.

(٤) المختار خلافه، وهو أنه لا بد للفضولي من الإضافة إلى من اشتراه له، بخلاف البيع.

(٥) ولا يقال: إنه اشترى بغير ثمن؛ لأن الثمن قد وجب ولم يستقر، وله أن يأخذ الرهن عليه والمطالبة به، وكأنه اشترى بمثله.

(٦) يعني بل يصح الشراء بمثله. (بستان).

(*) أما دعوى الوفاق ففيه نظر.

(٧) المثلي يكون في هذه الصورة ثمناً. (من إملاء المتوكل على الله).

(*) بل يصح على المذهب في المثلي، إلا أن يقابله نقد فلا يصح؛ لأنه مبيع، والمبيع يتعين.

والوصية والشركة والمضاربة^(١) والوكالة^(٢) والوديعة والغصب، فلو أبدله بغيره أثم ولم يلزمه رد العين حيث أخرجها عن يده، بل عند الهدوية مثلها. قال الفقيه محمد بن سليمان: وكذا في الثمن إذا شرط تسليمه بعينه وجب^(٣) وفاقا، وقال الفقيهان محمد بن يحيى ويحيى البحيح: لا يجب.

مسألة: ويصح أن يكون الثمن منفعة^(٤) كخدمة عبد أو حر أو سكنى دار أو نحو ذلك، فيثبت للمبيع حكمه وللمنفعة حكم الإجارة؛ لأن الإجارة تصح بلفظ البيع إذا وقع على المنفعة^(٥).

مسألة: ويصح التصرف في الثمن قبل قبضه، إلا في ثمن السلم والصرف؛ لأن من شرط صحتها القبض قبل التفرق.

فرع: وإذا بيع النقد بالنقد فله من أحكام المبيع أنه لا يصح التصرف فيه قبل قبضه، وباقي أحكامه من أحكام الثمن^(٦).

(١) والصلح والثمن، ويعني بتعيينها في الصلح أن الصلح بها لا يكون من بيع الكالئ بالكالئ إذا صولح بها عما في الذمة. ويعني بتعيينها في الثمن إذا كانت مغصوبة أنه يجب التصديق بربحها عند الهدوية، ولا شبهة أن الدراهم والدنانير والمكيلات والموزونات التي في الذمة لا تتعين وإن عينت^[١]، وأشير إليها. (دواري). وهذا مثل كلام الفقيه يحيى البحيح.

(٢) ظاهر ما سياتي في الوكالة في الأزهار وشرحه أنها لا تتعين إلا حيث نهاه عن الشراء بغيرها، وإلا فهي لا تتعين، والله أعلم.

(٣) لأجل الشرط لا لأجل التعيين، ذكره الفقيه يوسف. (صعيتري).

(٤) يقال: المنفعة قيمية وهي معدومة.

(٥) مثاله: بيعت منك هذه العين بمنافع دارك سنة أو نحو ذلك، فإذا قد ذكرت المدة والمنفعة معلومة صح، سواء كانت الأجرة معلومة أو مجهولة.

(٦) فلا يضر كونها معدومين حال العقد وإن عيننا على قول الهدوية. ويخالف الثمن في أنه لا بد من القبض قبل التفرق. (قرن).

[١] إذا اشترى بها. (قرن).

مسألة: ويصح كون الثمن في ذمة المشتري غير مقبوض قبل التفرق^(١)، لكن إن كان نقداً فمطلقاً^(٢) إلا في السلم والصرف، وإن كان مثلياً فبشرط أن يكون المبيع قيمياً أو مثلياً يجوز فيها النساء، كما قيل بموزون أو عكسه، لا مكيل بمكيل ولا موزون بموزون فلا يجوز نساء^(٣).

مسألة: والدراهم والدنانير لا تكون إلا ثمناً لما قابلها، وذوات القيم لا تكون إلا مبيعة مطلقاً، ولو قابل بعضها بعضها فلها حكم المبيع لا الثمن، ولا يصح أن تكون في الذمة إلا في السلم أو إذا هي دين على المشتري من قبل الشراء وكانت من غير السلم^(٤). فأما ذوات الأمثال: فإن كانت معينة فهي مبيعة مطلقاً^(٥)، وكذا ما في حكم المعين كمدِّ بئر^(٦) أو نحوه غير معين وهو موجود في ملكه فيتعين^(٧) فيه، وإن كانت في الذمة^(٨) فإن قابلها نقد فهي مبيعة أيضاً، ولا يصح ذلك إلا في السلم أو حيث هي دين من قبل الشراء^(٩). وإن قابلها قيمي فهي ثمن^(١٠)، وسواء باع القيمي بها أو باعها بالقيمي.

وإن قابلها مثلي فإن كان معيناً فهي ثمن وهذا المعين مبيع، لكنه لا يصح إلا حيث اختلفا في الجنس والصفة التي هي الكيل أو الوزن أو كان الذي في الذمة

-
- (١) وبعده؛ ليستقيم قوله: إلا في الصرف والسلم.
(٢) سواء كان المبيع مثلياً أو قيمياً، فيجوز النساء. (قررو).
(*) يعني: ما لم يكن المبيع في ذمة مشتريه كما تقدم.
(٣) إلا حيث ثبت في الذمة من قبل الشراء فيصح. (قررو).
(٤) فأما إذا كانت من السلم لم يصح أن يشتريها من المسلم قبل قبضه؛ لأنه تصرف في المسلم فيه قبل قبضه، والله أعلم.
(٥) سواء قابلها مثلي معين أو في الذمة أو قيمي. (بستان).
(٦) المذهب حيث أضاف إلى ملكه، لا لو لم يقل: من ملكه فلا يصح. (سماح هبل).
(٧) حيث قابله نقد أو مثلي من غير جنسه.
(٨) يعني ثبتت في الذمة بهذا العقد. (قررو).
(٩) وإلا فلا بد من وجودها في الملك وتمييزها كما يميزها للبيع. (شامي). و(قررو).
(١٠) إن لم تكن معينة. (قررو).

دينا من قبل الشراء، وإن كان في الذمة أيضا ففي ذمة واحدة لا يصح إن لم يقبض قبل التفرق، وفي ذمتين يصح إذا كانا دينين^(١) من قبل الشراء، وإن ثبتا بنفس الشراء فهو بيع معدوم لا يصح، إلا أن يكونا أو أحدهما موجودا في ملك بائعه صح^(٢) فيما يجوز فيه النسأ^(٣) وكان الذي في الذمة ثمننا، وكذا إذا كان أحدهما ثابتا من قبل الشراء والثاني ثبت بنفس الشراء فإنه يصح، ويكون الذي ثبت بالشراء ثمننا^(٤) إذا قبض^(٥) قبل افتراقهما؛ لأنه في ذمة واحدة.

مسألة: ولا تثبت ذوات القيم في الذمة بنفس^(٦) البيع أو الشراء أو الإجارة أو الهبة وفاقا، وكذا في الصدقة. وتثبت في الذمة في المهر وعوض الخلع والزكاة^(٧) والهدي والكفارة والفدية والجزاء والسلم والكتابة والنذر والوصية^(٨) والإقرار^(٩) والدية، ولا فرق بين الحيوانات وغيرها في ذلك إلا في السلم^(١٠).

- (١) فهما مبيعان وثمانان معا، ذكره في البرهان.
- (٢) قيل: حيث أضاف إلى ملكه كما مر. (سماح هبل).
- (٣) أو لا يجوز فيه النسأ ويتقابضان في المجلس فإنه يصح حيث لم يتفقا فيها، وهو ظاهر الأزهار في قوله: «فإن اتفقا فيها اشترط الملك... الخ».
- (٤) وإنما كان الذي في الذمة من قبل هو المبيع والذي قبض قبل الافتراق هو الثمن؛ لأن ما في الذمة تعين مبيعا لعدم تعين الثاني، وإن قبض قبل الافتراق فلم يتعين عند البيع.
- (٥) فإن لم يقبض كان من بيع الكالئ بالكالئ.
- (٦) يعني لو باع شيئا من ذوات القيم أو أجره أو وهبه أو تصدق به ولم يكن مالكا له في الحال فإنه لا يثبت ذلك في الذمة؛ لعدم الصحة، والله أعلم.
- (٧) زكاة المواشي.
- (٨) ومما يثبت في الذمة من القيمي نفقة الزوجة؛ إذ الواجب لها طعام مصنوع، والله أعلم.
- (٩) ويحمل على أي هذه^[١] الأشياء؛ لأن الإقرار نفسه لا يثبت به شيء في الذمة، وإنما يكون مستندا إلى أمر يوجب ذلك المال المقربه. (صعيتري).
- (١٠) يعني: فلا يصح في الحيوان. (قررو).

[١] لفظ صعيتري: الإقرار بالشيء من ذوات القيم يحمل على أنه في الذمة من أحد هذه الوجوه؛ لأن الإقرار... الخ.

فصل: [في شروط البيع]

وللبيع شروط^(١):

الأول: كون المتعاقدين بالغين عاقلين حرين أو في حكم الحرين، كالمكاتب^(٢) ومن عتق بعضه وبعضه^(٣) وقف، غير محجور عليهما، أو عبيد مآذونين، أو صغيرين مميزين^(٤) مآذونين، أو معتوهين^(٥) مميزين مآذونين، ومع عدم الإذن يكون موقوفا على إجازة الولي^(٦) والمولى، إلا فيما تصرفوا فيه للغير بإذنه أو إجازته فيصح ولا تعلق بهم الحقوق، وكذلك المحجورين في غير ما لهما، وأما في ما لهما فيكون موقوفا على إجازة حاكم^(٧) أو أهل الدين كلهم.

مسألة: ويجوز أن يعامل الصغير والعبد من لم يعلم الإذن لهما فيما اعتادا التصرف فيه، وهو بالخطر على ما يبان من بعد، لا فيما لا يبيعه مثلها^(٨) إلا أن يعرف^(٩) الإذن^(١٠)، وقال المؤيد بالله: يجوز في الكل. وقال الأمير الحسين: لا

(١) تسعة.

(٢) الصحيحة. (قررو).

(٣) وظاهر الكواكب أنه لا بد من الإذن له، وهذا على القول بأنه لا يسري كما بنى عليه في الأزهار في غالبا. (قررو).

(٤) وذلك لأن المميز الفطن الذي يعقل النفع والضرر كالعاقل. (بستان).

(٥) وهو الذي غلب عليه الغفلة وعدم الفطنة للأمر مع كمال تمييزه. (معيار) (قررو).

(*) وهو مختل العقل.

(٦) إلا في النفقة والكسوة وغيرها الحاجة الماسة قدر كفايته فينفذ. (شرح أثار).

(٧) الذي حجج أو غيره.

(٨) لعله يريد فلا يجوز له أن يتصرف فيما عاملها فيه لنفسه، لا مجرد العقد فالظاهر أنه يجوز، ولا يتصرف حتى يتبين الأمر، وظاهر العبارة الإطلاق. اهـ ولفظ حاشية: وعن سيدنا عامر ما لفظه: حيث تصرف بما أخذه منهما من غير إجازة الولي والسيد، وأما لو عاملها متوقفا على إجازة معاملة المميز والعبد من الولي والسيد جاز.

(٩) أو يظن.

(١٠) هذا ذكره الفقيه محمد بن يحيى، واختاره صاحب الكتاب للمذهب، وقال المؤيد بالله:

يجوز في الكل إلا أن يعرف الإذن.

مسألة: ومن لا يميز من الصغار والمجانين لا يصح تصرفه ولو أذن له^(١).

مسألة: والأعمى يصح بيعه وشراؤه، ويقوم مقام الرؤية منه الجس في الحيوانات، واللمس في الثياب ونحوها، والذوق في المطعومات، والوصف^(٢) له في الدور والأراضي والأشجار ونحوها، فيتضيق خياره عند حصول ذلك له^(٣)، وإذا عاد إليه بصره من بعد فلا خيار له. وقال الفقيه علي: بل يثبت له الخيار إذا كان عماء طارئاً^(٤) - لأن ذلك بدل عن بصره - لا إن كان أصلياً.

مسألة: ويصح بيع الأخرس^(٥) وشراؤه وسائر تصرفاته بالإشارة المفهمة، وكذلك المصمت عندنا، خلاف أبي حنيفة. فأما الصحيح فلا تصح منه الإشارة. ويصح تصرف المكاتب والكافر والسكران المميز، لا إن لم يميز.

الثاني: الإيجاب والقبول فيما زاد على المحقرات، ويكون القبول في مجلس الإيجاب^(٦) ولم يتخلل بينهما إعراض^(٧). ويصح رجوع الموجب قبل قبول

يجوز؛ لأن علياً عليه السلام اشترى ثوبا من مراهق ولم يسأل عن حاله. قال في البرهان: لكن له قولان هل يعتبر إقراره بكونه مأذونا أم لا. وحجة الأمير الحسين أن الأصل عدم الإذن، قال: وما حكى عن علي عليه السلام حكاية فعل، ولعله كان قد عرف الإذن. (بستان).

(*) بل المعتبر أن لا يظن حجرهما كما تقدم وإن لم يعرف الإذن ولا ظنه. (قرود).

(١) ولا ينفذ بالإجازة. (قرود).

(٢) في الطارئ، لا في الأصلي فلا معنى للوصف. وقيل: لا فرق، وهو ظاهر الأزهار. (قرود).

(٣) وحيث لم يحصل فله خيار الرؤية. (بستان).

(*) أما البائع فلا خيار له وفاقا، إلا لتدليس كما يأتي. و(قرود).

(٤) والطارئ ما كان بعد معرفة المبيع والمشتري، والأصلي عكسه. (زهور) (قرود).

(٥) إذا كان يفهم الخطاب؛ لثلا يناقض ما تقدم في أول كتاب الصلاة.

(٦) ولو حال سير سفينة أو بهيمة بهما معا، أي: كانا في السفينة أو على بهيمة فأوقعاها حال السير فإنه يصح. (شرح فتح). وإن كانا راكبين على بهيمتين أو سائرين لم يصح. (شرقي).

(٧) من أيهما. (حاشية سحولي) (قرود).

القابل^(١). ويكونان بلفظين ماضيين، ويضيف كل واحد إلى نفسه، كـ«بعت» و«اشتريت» أو نحوهما^(٢)، لا إن أضافهما إلى أحدهما، كـ«بعتَ مني» فقال: «بعتَ» أو «اشتريتَ مني» فقال: «اشتريتَ»^(٣) عند الهدوية، ذكره السيد يحيى بن الحسين والفقيه حسن، وقال الفقيه يحيى البحيح: بل يصح عندهم ذلك^(٤). فأما بهاض ومستقبل كـ«بع مني» فقال: «بعت» أو «اشتر مني» فقال: «اشتريت» فلا يصح عندهم. وقال الناصر والمؤيد بالله والمنصور بالله والشافعي: إنه يصح مسألته: والإيجاب هو بقوله: بعت أو اشتريت أو ملكت أو وهبت أو دفعت أو جعلت أو أعطيتك، وكذا في ناولتك^(٥) بكذا، أو هو لك بكذا^(٦)، أو خذه بكذا، ذكره في الكافي، يعني على قول من يميزه بهاض ومستقبل في قوله: «خذه». وكذا ما جرت به العادة في كل بلد يعرفها، مثل قوله: شطت أو كلت في الحبوب، أو بلفظ القضاء^(٧) عما في الذمة، أو بلفظ الصلح^(٨) عما في الذمة أو

(١) فإن اتفق القبول والرجوع رجع الرجوع؛ لأنه قبل استقراره، والله أعلم. فإن التبس من الأصل فالأصل عدم الصحة، فإن علم ثم التبس فالصحة. وقيل: الرجوع؛ لأنه حصل قبل نفوذ البيع. (مفتي). و(قررو).

(٢) وعليه الأزهاري بقوله: «أو ما في حكمهما».

(٣) إلا أن يجري عرف بفتح التاء صح ذلك.

(٤) قال مولانا عليه السلام: والأقرب عندنا ما ذكره الفقيه يحيى البحيح من أنها وفاقية، فعلى هذا يكفي قول المشتري: بعت مني هذا بكذا، فقال البائع: بعت، فلا يحتاج المشتري أن يقول بعد ذلك: اشتريت، بل قد انعقد البيع باللفظين الأولين. وعند السيد يحيى بن الحسين لا بد عند الهدوية من أن يقول بعد ذلك: اشتريت؛ ليكونا جميعاً مضافين إلى النفس. (شرح أزهاري بلفظه).

(*) وقرره في الغيث للمذهب.

(٥) حيث جرى به العرف. (قررو).

(٦) ويكون إقراراً حيث لم يذكر عوضاً. (قررو).

(٧) إذا قضى من غير جنسه، لا من جنسه فلا يحتاج إلى لفظ القضاء. اهـ والمختار لا بد من لفظ القضاء والاقتضاء سواء اتفق الجنس أو اختلف. (قررو).

(٨) بشرط أن يتقدم الصلح مخاصمة أو في حكم المخاصمة، كأن يكون بينهما شراكة أو رابطة. (شرح أثمار معني) وظاهر الأزهاري عدم اشتراط ذلك. والله أعلم.

تحت اليد^(١).

مسألة: والقبول هو بقوله: اشترت^(٢) أو شريت أو ابتعت أو تملكيت أو قبلت أو أخذت أو قبضت أو تناولت^(٣) أو أجزت، ذكره أبو طالب^(٤)، أو «رضيت» كما يأتي^(٥) في قوله: «رضيت»، لا بقوله: أحسنت. وسواء تقدم لفظ البائع^(٦) أو المشتري، أو تشابها^(٧) كقوله: «بعث منك» فقال: «ابتعت»، أو «شريت منك»^(٨) فقال: «اشترت أو شريت»، أو اختلفا كقوله: «بعث منك» فقال: «اشترت أو قبلت» أو نحوه. لا بالاستفهام كقوله: تبيع مني؟ فقال: بعث، أو تشتري مني؟ فقال: اشترت - فلا يصح وفاقا، بل يكون كالمعاطاة^(٩).

مسألة: وإذا قال: «بعث مني أو اشترت مني» فقال: «نعم أو رضيت أو فعلت» صح على قول الناصر والمؤيد بالله والمنصور بالله، وفي صحته على قول الهدوية الخلاف الذي مر^(١٠) في قوله: «بعث مني» فقال: «بعث». فأما في قوله:

(١) كالوديعة.

(٢) بضم التاء، فلو فتحها لم يصح، إلا أن تكون لغته الفتح أو تكون لثغة في لسانه فلا يضر. وحكم غير البيع حكمه من النكاح وسائر الإنشاءات.

(٣) حيث جرى به عرف. (قرئ).

(٤) يعني أجزت، هذا لأبي طالب، رواه عنه في التقرير.

(٥) في المسألة الثانية.

(٦) فيما كان يصلح لذلك، نحو: بعث منك أو بعث مني، فأما في قوله: قبضت أو أجزت أو رضيت فهو لا يصلح إلا جواباً.

(٧) مضروب على الألف في نسخة المصنف، ولعله الصواب.

(٨) بمعنى: بعث. (سلوك).

(٩) بل بيع فاسد على ما يأتي؛ لوجود اللفظ في هذه الأشياء، بخلاف المعاطاة، وهو ظاهر

الأزهار في قوله: «وفاسده: ما اختل فيه شرط غير ذلك»، والله أعلم. (قرئ).

(١٠) فيصح عند الفقيه يحيى البحيح، لا عند السيد يحيى بن الحسين والفقيه حسن.

«بعت منك أو اشتريت منك» فقال: «نعم» فلا يصح وفاقاً^(١). وفي صحته بالكتابة^(٢) قولان لأبي طالب: أحدهما: يصح^(٣) ويكون صريحاً؛ إذ لا كناية في المعاملات، بل في الطلاق والعتاق والظهار والإيلاء والأيمان، فله نيته فيها. **فَرَعٌ**؛ ولا يصح بلفظ الإباحة وما كانت الجاهلية تفعله من المنابذة^(٤) والملامسة، ولا بلفظ الوصية، إلا إذا أضيفت إلى بعد الموت فيصح ويكون بيعاً، ذكره الفقيه علي^(٥)، ولعل مراده أنه يكون وصية بالبيع^(٦)، ويكون قبوله كما في

(١) لأنه لم يحصل قبول؛ لأنه كأنه قال: نعم بعت مني أو نعم اشتريت، فهذا لما لم يصف إليه فلا يصح.

(٢) وكذا بالرسالة. (قرور).

(*) ويقبل في مجلس قراءة الكتاب. (قرور).

(٣) ظاهره ولو اختلف المجلس. (مفتي، وذماري). وهو ظاهر الأزهار، والله أعلم.

(٤) لفظ تخريج البحر: عن أبي هريرة أن النبي ﷺ نهى عن بيع الملامسة والمنابذة. وفي رواية نهى عن بيعتين: الملامسة والمنابذة. أما الملامسة فأن يلمس كل واحد منهما ثوب صاحبه بغير تأمل. والمنابذة: أن ينبذ كل واحد منهما ثوبه إلى الآخر ولم ينظر أحدهما إلى ثوب صاحبه. أخرجه البخاري ومسلم وغيرهما. (تخريج بحر لابن بهران بلفظه). وفي البستان ما لفظه: وذلك لأن الجاهلية كانت إذا ثبت المتبايعان على البيع والشراء نبذ البائع بالمبيع إلى المشتري أو لمس المشتري وتم البيع بينهم بذلك عرفاً لهم في أحد التأويلات، وقد نهى عنه ﷺ. (بلفظه).

(٥) الذي ذكره الفقيه علي ما لفظه: هذا إذا لم يصف ذلك إلى بعد الموت، فأما لو أضافه إلى بعد الموت، كأن يقول: «أوصيت لفلان بعد موتي بأرض كذا عن الدين الذي عليّ له» وقبل الفلان بعد الموت - فإنه يكون بيعاً. قال القاضي عبد الله الدواري: وهذا كلام غير مستقيم؛ لأن من حق الإيجاب للمبيع والقبول أن يكونا في المجلس، وإيجاب الموصي إن كان في حال الإيضاء فلا قبول، وبعد الموت إذا قبل الموصي له فلا إيجاب. (من تعليق الدواري على اللمع بلفظه).

(٦) هذا تأويل لكلام الفقيه علي لما كان ظاهره أن البيع قد انعقد بالقبول عند الوصية أو عند الموت وكان مخالفاً لقواعد البيع، فتأوله على أن مراده يكون وصية بالمبيع ويتولاه وصيه أو وارثه بعده، وهو تأويل جيد لا غبار عليه. (حديث).

الوصية على الخلاف هل في المجلس أو بعد موته.

مسألة: والمحقرات^(١) - وهي قدر درهمين فما دون، ذكره أبو طالب، وقال أبو مضر وابن الخليل: دون ربع مثقال^(٢)، وقال القاضي زيد: قدر قيراط المثقال فما دون^(٣) - يكفي فيها الماضي والمستقبل وفاقاً، أو ما وقع به التراضي من قول أو فعل، أو ما جرت به العادة، نحو قوله: كيف تبيع؟ فقال: كذا بكذا، فقال: زن أو كل أو هات، فحيث صح البيع^(٤) ولزمهما معاً، ونحو قوله: زن لي أو أعطني كذا بكذا، فما وزن له أو أعطاه فقد تم فيه البيع والشراء. فإن قال: «زن لي» أو «أعطني بهذا الدرهم» ولم يبين كم يعطيه به فلا يتم البيع بالوزن حتى يتراضياً على قدر المبيع. وكذا إذا قال: «زن لي رطلا» فوزن له فلا يتم البيع حتى يتراضياً على قدر الثمن. وهذا الحكم في المحقرات في البيع وفي الإجارة أيضاً، ذكره في الشرح.

مسألة: وحيث لم يذكر العوض^(٥) بل قال: «زن لي كذا» أو «أعطني كذا» فأعطاه لا يكون بيعاً، بل قرضاً^(٦).

(١) أو في حكم المحقرات، وهي المنقولات، واختاره الإمام شرف الدين عليه السلام، فيكفي فيه المعاطاة. (مفتي). والمختار خلافه.

(٢) وقال أبو جعفر: داتق، وهو قيراطان. (صعيتري).

(*) والصحيح أن ربع المثقال ثمن ونصف ثمن قرش وبقشة لإربع، فما دون ذلك محقر. و(قررو).

(*) يأتي ثمان زلط وربع بقشة من بقش أهل الزمان هذا تحقيقاً. (قررو).

(٣) وعن سيدي الحسين بن القاسم عادت بركاته: الأولى في حد المحقر أن يقال: هو ما جرت عادة المسلمين أنهم لا يعقدون عليه عقداً؛ لحقارته، لا للتساهل فيه.

(٤) يعني فيتم البيع قبل الوزن على قول الفقيه علي: إنه يلزم البيع بقوله: زن. وفي التذكرة والغيث أنه لا يلزم البيع إلا بالوزن. والمختار ما في البيان. و(قررو).

(٥) هذا في غير المحقرات. (قررو).

(٦) حيث لا عرف بالبيع، أو تصادقا على أنه لم يرد البيع^[١]. (قررو).

[١] لفظ الحاشية في نسخة: حيث لا عرف بالبيع، ولم يتقدم ما يشعر بالبيع كجري عرف. (قررو).

مسألة: ولا يصح أن يتولى طرفي العقد واحد في البيع والشراء والإجارة والهبة على عوض مشروط وفاقا في غير الأب والجد والوصي، ولا فيهم على الأصح، ذكره المؤيد بالله وأبو طالب، وعلى أحد قولي أبي طالب وأحد قولي أبي العباس: يصح في الأب فقط، وقال الشافعي: في الأب والجد وإن علا، وقال أبو حنيفة: في الأب والوصي.

فرع: وإذا أراد الأب أو الجد^(١) أو الوصي بيع ماله من الصغير أو شراء مال الصغير لنفسه فإنه يبيعه من الغير ثم يشتريه لنفسه أو للصغير بعد ما قبضه المشتري^(٢)، قال الفقيه علي: أو يشتريه من الحاكم أو يبيعه منه للصغير؛ إذ له الولاية فيما كان لا يصح من الولي. وقال الناصر والمنصور بالله: يقدر قيمته ويأخذه بها معاطاة لنفسه أو للصغير^(٣).

فرع: ولا يصح أن يوكل ولي الصغير وكيلا يبيع منه أو يشتري منه؛ لأن وكيله قائم مقامه، قال الفقيه يحيى البحيح: وكذا لو باع أو اشترى من ابنه المميز شيئا لم يصح؛ لأنه قائم مقامه كالوكيل. وقال الفقيه محمد بن سليمان: بل يصح^(٤) كما إذا كاتب عبده الصغير المميز^(٥).

مسألة: ويصح أن يتولى طرفي العقد واحد فيما ليس بعقد معاوضة، كالهبة

(١) أو الإمام أو الحاكم.

(٢) فلو امتنع الغير من رده فقال الفقيه حسن: قد ملكه، وقال الفقيه يوسف: لم يملكه، ويثبت له الخيار؛ لأنه على غرض ولم يحصل، وقرره الشامي. (قررو). وهو قياس ما في الهبة في قولهم: «ومضمر أو غرض فيرجع لتعذرهما» إن صح هذا الأصل في البيع كالهبة. (سيدنا حسن).

(٣) لأنها توجب الملك عندهم.

(٤) ومثل كلام الفقيه محمد بن سليمان في التذكرة والغيث، قال في شرح الأثمار: وهو الأصح؛ لأن الدخول معه تكميل لولايته. (غاية).

(٥) قلنا: الكتابة يصح أن يتولى طرفيها واحد، بخلاف البيع.

بغير عوض^(١) مشروط والنكاح والخلع والبراء^(٢) والرهن والعارية^(٣) والقرض والمضاربة والشركة.

مسألة: وإذا قال: «بعت منك هذين الشيئين بألفين» أو «كل واحد بألف» فقال المشتري: «اشتريت هذا بألف» لم يصح؛ لأنه تبعض للعقد الواحد. فإن قال: «بعت منك هذا بألف وبعت منك هذا بألف» فقال: «اشتريت هذا بألف» فإنه يصح^(٤)؛ لأنها عقدان ولو كان جوابها واحدا، ذكره في الشرح. وكذا لو كان الطالب المشتري، نحو قوله: «اشتريت منك هذين بألفين» أو «كل واحد بألف» فقال: «بعت منك هذا» فإنه لا يصح. وكذا لو باع شيئا واحدا أو شيئين من اثنين بلفظ واحد فقبل أحدهما نصف الشيء أو أحد الشيئين فإنه لا يصح، وكذا لو قبل الكل؛ لأن الإيجاب في نصف حصل لغيره فلا يصح منه قبوله لنفسه^(٥). وقال في الانتصار والبحر حيث باع أو وهب من اثنين ثم قبل أحدهما: إنه يصح. ومثله في التذكرة والوافي، ذكره في الخلع^(٦).

فرع^(٧): فأما حيث البائع اثنان باعا شيئا واحدا كل واحد نصفه، أو باعا

(١) مال، لا غرض فيصح.

(٢) بغير عوض مال.

(٣) ليس في العارية عقد.

(٤) فلو قال: «قبلتها بألفين» لم يصح؛ لأنها غير متطابقين. والقياس الصحة؛ لأنه متطابق من جهة المعنى.

(٥) إلا أن يقبل الثاني في المجلس أو يجيزه مطلقا بعد قبول صاحبه لها معا. و(قررو).

(٦) قد تقدم^[١] أن المذهب خلافه. وقد يفرق بينهما بأن البيع يدخله الفساد، بخلاف الخلع، فقد يصح هناك لا هنا.

(٧) الفرع نسخة في (أ، ب)، وفي (ج، د) لا يوجد فرع بل الكلام تابع للمسألة السابقة.

[١] في الخلع قبل قوله: فصل: «والطلاق لا يتجزأ» بإحدى وعشرين مسألة، في قوله: مسألة: وإذا قال: «طلقتكما على ألف فقبلتا... الخ، والله أعلم.

شيئين كل واحد شيئاً - من واحد فقبل بيع أحدهما فإنه يصح؛ لأن بيعهما عقدان. وكذا لو باعا من اثنين شيئاً واحداً أو شيئين وبيع كل واحد من واحد من المشتريين فقبل أحدهما فإنه يصح، لا إن باعا من المشتريين معاً. وإن باع أحد الشريكين كل المشترك فقبل المشتري نصيبه لم يصح؛ لأنه تبعض لعقده.

فرع: وإذا قال: «بعت منك هذا بألفين» فقال: «اشتريت نصفه بألف ونصفه بألف» فإنه يصح^(١). وإن قال: «بعت منك هذين الشيئين بألفين» فقال: «قبلت هذا بألف وهذا بألف» فإنه لا يصح^(٢)؛ لأن جوابه غير مطابق لإيجاب البائع في الثمن، إلا إذا قال البائع: كل واحد بألف^(٣).

فرع: قال الفقيه يوسف: وهكذا في البيع الموقوف والشراء الموقوف إذا باع فضولي عن واحد ثم أجاز بعض المبيع - لم يصح، وإن باع عن اثنين وأجاز أحدهما صح في نصيبه، وإن اشترى من واحد لواحد فأجاز المشتري له بعضه، أو لاثنتين فأجاز أحدهما - لم يصح، وهذا ذكره الفقيه يوسف، وجعل الإجازة للعقد مثل قبوله لا تصح في بعضه. والأقرب أن ذلك يصح في الإجازة، وقد ذكره في النكاح حيث تزوج العبد باثنتين في عقد واحد بغير إذن ثم أجاز سيده إحداهما دون الثانية أنه يصح نكاحها^(٤).

الثالث: أن يكون البيع والشراء عن اختيار منهما^(٥)، فلو كان أحدهما مكرهاً بغير حق فالبيع باطل^(٦)، سواء باع من المكره له أو من غيره، ولو بقيمة المبيع أو بأكثر، ولو

(١) وذلك لأن جوابه مطابق ولو فرق قبوله لكل نصف بألف. (بستان).

(٢) وذلك لأن البائع لم يميز ثمن كل واحد، بل جعل ثمنها واحداً. (بستان).

(٣) فإنه يصح. (قرير).

(٤) المذهب أنه يصح التبعض في النكاح لا في البيع، ذكر ذلك في الصعيتري، كمن تزوج من تحل وتحرم فيصح من تحل، بخلاف البيع فقد قالوا: متى انضم إلى جائز البيع غيره فسد.

(٥) ولو هازلين. (قرير).

(٦) إجمالاً.

أجاز بيعه من بعد مختاراً فلا يصح^(١)؛ لأن عقده كالا عقد، إلا إذا نوى الصحة^(٢) عند عقده فإنه يصح، خلاف الفقيه يحمي البحيح^(٣). وحد الإكراه: ما أخرجه عن حد الاختيار^(٤)، وفيه الخلاف المتقدم في الطلاق.

فَرَعٌ؛ فأما حيث الإكراه بحق، نحو الحاكم يكرهه على البيع لقضاء الدين أو لنفقة زوجته ونحوها فإنه يصح؛ لأن الحاكم مخير^(٥) في ذلك بين أن يبيعه هو أو يأمر غيره ببيعه أو يجبر مالكة على البيع.

مَسَائِلٌ؛ فإن كان أحدهما مضطراً إلى البيع أو الشراء: فإن كانت الضرورة خوف التلف^(٦) من الجوع^(٧) أو العطش^(٨) حينئذ على نفسه أو غيره ممن هو محترم^(٩) لم يصح البيع ولا الشراء إذا كان فيه غبن كثير حيث لم يمكنه إلا به، فأما بالقيمة أو مع الغبن الذي يتغابن الناس بمثله^(١٠) فيصح، وكذا حيث كان يمكنه البيع أو الشراء^(١١) بغير غبن كثير من هذا الذي عامله أو من غيره لكن لم

(١) ذكره السيد يحيى بن الحسين في أحد احتماليه، ذكره في الغيث.

(٢) والقول قوله؛ لأنه لا يعرف إلا من جهته. (قرئ). إذا صادقه المشتري. (قرئ).

(٣) قال: لأن الإكراه صير اللفظ كالا لفظ [كما تقدم له في الطلاق]. قلنا: مع النية صار كالمختار. (بستان).

(٤) بل الضرر. (قرئ).

(٥) بعد أن أمر صاحبه ببيعه فامتنع.

(٦) أو الضرر. وقيل: لا الضرر. (قرئ).

(*) للنفس أو العضو. (قرئ).

(٧) والحيلة في بيع المضطر أن يشبعه هو وأولاده وزوجته ثم يشتري منه. وقرره الشامي.

لأنه غير مضطر. (قرئ).

(٨) في الحال. (قرئ).

(*) أو الحر أو البرد. (قرئ). أو الركوب في مفازة. (شرح أثار). (قرئ).

(٩) الدم.

(١٠) وهو نصف العشر. (قرئ).

(١١) قيل: في الميل. وقيل: في مجلس العقد.

يفعل فإنه يصح، وكذا حيث الضرورة مخوفة في المستقبل فلا تمنع الصحة.
فرع: والغبن الكثير: هو ما زاد على نصف عشر القيمة، إما زيادة في حق المشتري^(١) أو نقصان في حق البائع^(٢). وقال في الوافي: إنه ما زاد على العشر. ويعتبر بالقيمة في ذلك الزمان^(٣) والمكان. وكذا من باع شيئاً تقيه عند الخوف بغبن كثير فإنه لا يصح^(٤).

فرع: فإن كانت الضرورة هي المصادرة على مال ظلماً، نحو من يعاقبه الظالم بهال ولم يمكنه الخلاص منه إلا ببيع ماله - فإن باعه بقيمته أو بغبن قليل صح^(٥)، خلاف قاضي القضاة، وإن باعه بغبن كثير صح أيضاً^(٦) عند القاسمية والفقهاء^(٧)، خلاف الناصر والمنصور بالله والإمام يحيى والفقهاء علي. قال في التقرير: فإن باعه من المصادر له أو من وكيله لم يصح بيعه^(٨).

فرع: وإن كانت الضرورة قضاء الدين الواجب^(٩) ونحوه فإنه يصح البيع

(١) حيث هو مضطر إلى الشراء. (قررو).

(٢) حيث هو مضطر إلى البيع.

(٣) يعود إلى أول الفرع، ويؤخذ منه أن المعتبر في الغبن بحال العقد.

(٤) وظاهر الأزهار الصحة، فينظر في كلام البيان. ويؤيد البيان قوله في الأزهار: وكالإكراه خشية الغرق ونحوه.

(٥) ما لم يكن غرض الظالم أخذ ماله بالمصادرة لم يصح البيع، والله أعلم. (شامي). وظاهر الأزهار خلافه.

(٦) وعليه الأزهار.

(٧) وذلك لأنه ليس بمكره على نفس البيع؛ لأنه قد قصد بيعه ورجب فيه ليخلص نفسه، وإنما أكره على أمر غيره. وحجة الآخرين أنه في حكم المكره لما أُلجئ إليه، قالوا: ولأنه ﷺ عن النبي عن بيع المضطر. قلنا: يعني المكره على البيع؛ لأن الخبر ليس على عمومه، وإلا لزم فيمن حبس ليقضي دينه أن لا يصح بيعه، وليس كذلك. (بستان).

(٨) المذهب الصحة. (قررو).

(٩) يعني قضاءه واجب في الحال كالذي حل أجله، وإلا فكل دين قضاؤه واجب. (مفتي).

مطلقاً^(١)، وكذا من احتاج إلى بيع شيء ليشتري بثمنه غيره.

فرع: وإن كانت الضرورة عدم تمكنه مما باعه نحو من طرد من بلده بحيث لا يتمكن من ماله فباعه، أو من يكون له مال في يد غيره وهو يقر به سرا ويحده عند الناس ولم يتمكن منه فباعه منه - ففي ذلك قولان للمؤيد بالله والمنصور بالله^(٢).

مسألة: وإذا باع المضطر بالجوع أو العطش طعامه أو ماءه فإنه يصح ويأثم. وكذا من باع ثوبه ولا يجد ما يصلي فيه سواه، أو باع ماءه ولا يجد ما يتوضأ به سواه - فإنه يأثم ويصح البيع^(٣)؛ لأن النهي هنا لأمر آخر غير المبيع.

الرابع: أن يكون البيع والشراء مطلقين غير مقيدين بشرط ولا مؤقتين بوقت، إلا في شرط الخيار لهما أو لأحدهما أو لغيرهما معين مدة معلومة فيتم

(١) يعني ولو غبن فاحشاً. (بستان بلفظه).

(٢) ظاهر إطلاق أهل المذهب الصحة^[١]. وقال بعض المحققين: لا يصح في الطرف الأخير.

(*) قال في الغيث ما معناه: إن هذه الصورة ليست من باب الاضطرار، وإنما هي من باب الإكراه؛ لأن الجاحد لها بمنزلة من يقول: إما بعثها مني وإلا غصبتها عليك، وهذا إكراه بلا إشكال. (شرح بهران بلفظه).

(*) هكذا للمنصور بالله فيمن طرد من بلده قولان: أحدهما: لا يصح البيع. قال في حواشي المذهب: ومثله في المرشد لمذهب الناصر. والثاني: يصح. قال في حواشي المذهب: وهو الصحيح، وهو قول سائر أصحابنا. وأما صورة الجحود فقال المؤيد بالله في الزيادات في باب الصلح: إنه لا يصح؛ لأنه لم يكن عن اختيار. وقد ذكره المؤيد بالله في الوقف خوفاً من الظالم أنه يصح. قال في البرهان: فيكون له قولان فيما فعل حالة الإلجاء بغير اختيار. (بستان).

(٣) لعله حيث قد تضيق وقت الصلاة، وأما قبل التضيق فلعله على الخلاف بين الإمام المهدي عليه السلام وابن الحاجب فيمن خشي الموت قبل خروج وقت الصلاة هل تجب عليه الصلاة^[٢].

[١] وهو ظاهر إطلاق الأزهار في قوله: «ومن ذي اليد»، ويؤيده أيضاً ما في الصلح. (سيدنا حسن بن أحمد

الشيبي رحمته الله).

[٢] لا تجب.

البيع بمضيها قبل الفسخ أو باختيار التمام أو بإبطال الخيار. فإن شرط البائع على المشتري في العقد أنه يسلم الثمن لوقت معلوم وإلا فلا بيع فقال أبو طالب: يصح العقد والشرط، وقال في الوافي: يفسد العقد^(١).

الخامس: أن يقع البيع أو الإجازة له بعد عقد الفضولي ممن له ولاية البيع: إما بالملك ولو جهل ملكه له عند العقد^(٢) أو الإجازة، ولو غبن كثيرا حيث تولى العقد بنفسه أو أجازة؛ فلا خيار له^(٣). وقال الناصر والمنصور بالله: إذا كان قليل الخبرة بما باعه فله الخيار. وإما بولاية له على ذلك أو وكالة^(٤) أو وصاية، وسواء كانت الولاية عامة - كولاية الإمام والحاكم ومن ولياه - أو خاصة، كالولاية على الصغير وعلى ماله، وهي إلى أبيه ثم وصيه^(٥) ثم جده^(٦) ثم وصيه.

فَرَعٌ؛ والجد كالأب في حق الصغير، إلا في أنه لا يكون الصغير مسلماً بإسلامه، ولا غنيا بغناه، ولا يصح إقرار الجد به، ولا يجزى ولاؤه إلا إذا كان الأب

(١) إذ نقض آخر ما أثبتته أولاً، واختاره المؤلف، ولأن في ذلك تعليقا للبيع بمستقبل، وهو لا يصح، ولا يخصص لهذه الصورة. (وابل). يقال: المخصص: خبر ابن عمر من أنه قال: من اشترى عبدا واشترط أنه إن لم ينقد له الثمن ثلاثة أيام فلا بيع بينهما صح البيع، وهو قول أبي حنيفة وصاحبيه، وعند زفر والشافعي لا يصح.

(٢) وذلك نحو أن يبيع مال مورثه وهو يظن أنه حي فبان أنه قد مات، أو يبيع شيئا وهو يظن أنه لغيره ثم بان أنه له، كمن طلق امرأته وهو يظن أنها امرأة غيره، وكمن أعتق عبده وهو يظن أنه عبد غيره، أو زوج ابنته وهو يظن أنها ابنة غيره. (بستان).

(٣) أما حيث تولى العقد بنفسه فمستقيم، وأما حيث أجازة فالصحيح قول ابن أبي الفوارس في أنه يخير لغبن فاحش جهله قبلها، خلاف ما ذكره في الكتاب.

(٤) أما العقد من الوكيل فمستقيم، وأما الإجازة فقد تقدم للمصنف في النكاح أنه لا يصح. (قررد) في قوله: الثاني: قبول الزوج أو وكيله.

(٥) ووصي الوصي قائم مقام الوصي، وأما أم الصغير فلا ولاية لها في ماله. (قررد).

(٦) ما علا. (قررد).

حرا أصلا، لا إن كان عتيقا أو مملوكا، وأنها لا تلزمه نفقته^(١) مع كونه^(٢) غنيا، وأنه إذا زوج بنت ابنه الصغيرة فلها الخيار إذا بلغت على الخلاف.

مسألة: وليس لولي الصغير بيع ماله إلا لحاجته^(٣) أو لمصلحته، فيقدم بيع ما يخشى فسادَه، ثم المنقول، ثم العقار^(٤)، وهذا بناء على الأغلب، وإلا فقد تكون المصلحة خلافه في بعض الأوقات^(٥)، فيعمل بالأصلح ويتحرى جهده.

فرع: وإذا بلغ الصغير وأنكر البيع فالبينة على المشتري واليمين على الصغير ما يعلم^(٦)، وإن أقر بالبيع وأنكر كونه حاجة ولا مصلحة فالبينة على المشتري، وإلا حلف الصغير ما يعلم^(٧) الحاجة^(٨) والمصلحة عند الهادي؛ لأن الظاهر عدم الصلاح عنده^(٩). وقال المؤيد بالله: البينة على الصغير أنه باع لغير حاجة ولا مصلحة، أو بأنه أقر البائع قبل بيعه بعدم المصلحة في بيعه له؛ لأن الظاهر

(١) وفطرته. (قررو).

(٢) أي: الصبي.

(٣) يريد بالحاجة ما تدعو إليه الضرورة من النفقة والكسوة وغيرهما. ويريد بالمصلحة أن يكون للصبي سهم في ضيعة فيطلب الشريك فيها أنه يشتريه بثمن زائد، فيبيعه منه الولي ويشتري به مفردا ليكون أنفع وأكثر غلة. (بستان بلفظه).

(٤) والعقار بفتح العين، قال في الضياء: هو النخل. والعقار أيضا متاع البيت، يقال: بيت كثير العقار، والعقار: الضيعة، يقال: ما له دار ولا عقار. (زهور).

(٥) وذلك كالطعام في وقت الحاجة والمجاعة أو خشية القحط، فتركه أولى ولو بيع العقار، ذكره الوالد رحمته الله. (بستان). (قررو).

(٦) ولا يظن. (قررو).

(٧) ولا يظن. (قررو).

(٨) أما الحاجة فالقول قول الوصي، فينظر.

(٩) وظاهر قول الهادي عليه السلام أن الظاهر في الأولياء عدم الصلاح من غير فرق بين ما يتسارع إليه الفساد أو غيره. اهـ وظاهر الأزهار خلافه في بيع سريع الفساد. (قررو).

الصالح^(١) عنده في الكل. وقال أبو طالب والمنصور بالله: الظاهر الصالح فيما فعله الأب، وفي غيره عدم الصالح، قيل^(٢): أما ما يتسارع إليه الفساد فالظاهر في بيعه الصالح. قال الفقيه محمد بن يحيى^(٣): وكذا في المنقولات. وأما فيما اشتراه له الولي إذا أنكر الصالح بعد بلوغه فقال الفقيه حسن: الظاهر فيه الصالح^(٤) وفاقا، وقيل: بل هو على الخلاف في البيع.

مسألة: ومن أراد شراء حق الصغير من وليه فإن عرف^(٥) المصلحة في بيعه جاز له الشراء، وإن عرف^(٦) عدمها لم يجز له، وإن التبس عليه الحال فقال الفقيه علي: إنه يكون على هذا الخلاف هل الظاهر الصالح أو عدمه^(٧)، وقال الفقيه حسن: بل يجوز له الشراء وهو على خطر الخصومة من الصغير بعد بلوغه، فإذا بان له عدم الصالح من بعد لزمه رد المبيع على الصغير، سواء أمكنه الرجوع بالثمن على البائع أو لم يمكنه. قال الفقيه يوسف: وهكذا يكون في ولاية المساجد والأوقاف إذا باعوا شيئا من غلاتها.

(١) فيما فعله الولي.

(٢) وعليه الأزهار.

(*) الأمير علي بن الحسين.

(٣) وعليه الأزهار.

(٤) وعليه الأزهار.

(*) إذا كان الثمن من المنقولات. و(قرئ).

(٥) أو ظن. (قرئ).

(٦) أو ظن. (قرئ).

(٧) الأولى مع اللبس أن يرجع إلى نفس المبيع والمشتري حيث كان مما يتسارع إليه الفساد أو من المنقولات أو شري له شيئا مطلقاً^[١] فالظاهر الصالح، فيجوز له الشراء مع اللبس، وفي غيره لا يجوز. (قرئ).

[١] أما إذا شري للصبى ما يتسارع إليه الفساد فالعبرة بالمصلحة، فإذا كان للصبى مصلحة قبل قوله. (قرئ).

مسألة: وإذا ادعى الوصي أنه أنفق مال الصبي عليه في حال صغره^(١) أو أنه سلمه إليه بعد بلوغه وأنكر فالقول قول الوصي^(٢) مع يمينه؛ لأنه أمين، إلا إذا كان بأجرة فعليه البينة؛ لأنه ضمين. وقال الشافعي ومالك: عليه البينة حيث ادعى تسليمه إليه. قلنا: وإن ادعى أنه أنفق على الصغير منه بنية القرض له: فإن كانت دعواه لذلك بعد بلوغ الصغير^(٣) فعليه البينة^(٤)، وإن كانت قبل بلوغه فالقول قوله مع يمينه^(٥)؛ لأنه يصح منه فعل ذلك في الحال فيصح منه دعواه.

مسألة: وإذا باع الوصي أو الحاكم أو منصوبه مال الميت لقضاء دينه كان لوارثه أن يأخذه بغير لفظ، بل بحق الأولوية^(٦)، ويدفع قيمته لقضاء الدين، ولو دفع فيه أكثر من قيمته فلا يلزمه الزائد إلا إذا كان الدين أكثر من تركة

(١) في مدة ممكنة معتادة. (قررو). وإلا فالقول قول الصبي. (قررو).

(٢) في القدر والصفة مما تحتمله العادة. (شرح فتح).

(٣) أو موته أو بطلان ولايته. (قررو).

(٤) ولو بغير أجرة. (قررو).

(٥) حيث كان بغير أجرة^[١]. اهـ ينظر في هذا التقييد؛ فإن الظاهر عدم الفرق؛ لأن الوجه الذي لأجله قبل قوله كونه يصح منه فعل ذلك في الحال. (شامي).

(*) ينظر من المنازع له؟ ولعله الإمام أو الحاكم أو غيرهما من جهة الصلاحية حيث ادعى تيقن عدم المصلحة.

(*) ما يقال في وكيل التصرف حيث ادعى ديناً على المتصرف عليه هل يقبل قوله مطلقاً أو يفصل في بقاء التوكيل وعدمه عند الدعوى؟ سيأتي في شركة العنان أنه يرجع على شريكه إن صادقه أو يبين، لا بإقراره أو نكوله، وهو المختار، فيأتي هنا مثله، والله أعلم. (سيدنا حسن عليه السلام). و(قررو).

(٦) قال الفقيه يوسف: ولا يرجع الوارث على المشتري بشيء من الغلات عند نقضه للبيع؛ لأن البيع من الوصي صحيح.

[١] ولفظ البيان في الوصية: وإذا ادعى أنه أقرضهم من ماله أو أنفق عليهم منه قبل قوله إذا كان بغير أجرة في حق من كان صغيراً منهم، لا في حق من كان كبيراً. (بلفظه).

الميت. فإن كان الورثة جماعة أخذوه على قدر حصصهم، فلو ترك بعضهم حصته كان الآخر مخيرا بين أخذ الكل أو قدر حصته، وقال الفقيه يحيى البحيح: لا يأخذ إلا قدر حصته^(١).

فَرَعٌ؛ وحق الورثة هذا على التراخي ما لم يأذنوا^(٢) بالبيع قبل وقوعه أو يرضوا به^(٣) بعد وقوعه فيبطل حقهم منه. وإذا كان الوارث صغيرا أو كان فيهم صغير فله الطلب بعد بلوغه إذا كان له مال ومصلحة عند البيع، وبين بذلك^(٤) إن أنكره المشتري.

مسألة: وإذا باع الوارث^(٥) مال الميت المستغرق بالدين: فلقضاء الدين يصح بيعه^(٦)، ولنفسه يكون موقوفا^(٧) على سقوط الدين بقضاء أو إبراء، ومع بقائه لا يصح البيع ولو أجازته الغرماء؛ لأن المانع هو الدين، وهو باق. وقال القاضي زيد: لا يصح بيعه لغير القضاء مطلقا^(٨). وعلى أحد قولي المؤيد بالله وبعض الشافعية وبعض الحنفية: إن الوارث خليفة الميت يصح بيعه مطلقا.

(١) والباقي بالشفعة^[١]. هذا صحيح إذا قلنا: إن العقد لم ينفذ، بل موقوف، ومن قال: إنه قد نفذ البيع وله حق الأولوية فلا شفعة.

(٢) فإذا أذنوا بالبيع ثم رجعوا عنه قبل البيع فالأقرب أنه يصح رجوعهم.

(٣) أي: يميزوا البيع. (شرح فتح من الوصايا).

(٤) فيبين بالمال، والقول له في المصلحة. (قرئ).

(٥) حيث لا وصي، وإلا فالولاية إليه. (قرئ).

(٦) حيث لا وصي. (قرئ).

(٧) بالنظر إلى تعلق حق الغير به، وإلا فهو نافذ؛ بدليل لو مات البائع قبل الإيفاء أو الإبراء لم يبطل البيع. (تعليق الفقيه حسن). ولفظ حاشية: ويكون موقوفا مجازا؛ بدليل أنه لو مات الوارث قبل الإيفاء أو الإبراء لم يبطل البيع. (تعليق ناجي).

(٨) إذ ليس لهم ملك قوي ولا ضعيف، فلا ينفذ تصرفهم ولو سلموا الدين. (غيث).

[١] إذا له سبب غير هذا، وقيل: أو بهذا فينظر، والله أعلم.

السادس^(١): أن يكون المبيع طاهرا أو متنجسا يطهر بالغسل^(٢)، وأن يكون مما ينتفع به ولو في المآل^(٣)، وأن يكون مما يصح تملكه للمشتري والبائع، وأن يكون موجودا في ملك البائع، إلا في السلم وفي بيع الدين ممن هو عليه، وفي الصرف ما لم يفترقا. وأن يكون له قيمة إن كان قيميا، أو لا يتسامح به إن كان مثليا. وقال المؤيد بالله: إن كان لكثيره قيمة صح بيعه ولو لم يكن له قيمة. وأن يكون معلوم الجنس والقدر جملة أو تفصيلا للبائع والمشتري معا، فإن جهلاه^(٤) أو البائع لم يصح، وإن جهله المشتري وحده فأطلق الهادي أنه يصح ويكون له الخيار متى علمه، وقال أبو طالب: لا يصح وفاقا، ذكره في الشرح.

السابع: أن يكون الثمن لا يتسامح به عند الهدوية، ويصح تملكه للبائع والمشتري معا، وأن يكون مما يثبت في الذمة إذا هو غير معين، وأن يكون معلوما جملة أو تفصيلا للبائع والمشتري معا، فإن جهلاه لم يصح، وإن جهله البائع لم يصح، وقال الفقيه علي: يصح إذا كان مما يعلمه من بعد^(٥)، وإن جهله المشتري وحده وكان مما يعلمه من بعد صح وله الخيار عند علمه به^(٦). وعلى أحد قولي المؤيد بالله وأحد قولي أبي طالب ومالك والشافعي: لا يصح.

(١) وهذا الشرط السادس قد انطوى على خمسة شروط ذكرها فيه كما ترى. (بستان).

(٢) إلا العبد الكافر فيجوز بيعه مع أنه نجس، والعلة فيه الإجماع.

(*) يعني: لا نجس الذات فلا يصح بيعه كما يأتي، ولا ما لا يطهر بالغسل كالمائعات المتنجسة كما يأتي. (بستان).

(٣) وذلك كالباز الصغير والحيوان الصغير، وأما ما لا نفع فيه مطلقا كالديدان والذباب ونحوها فلا يصح بيعها. (بستان).

(٤) ومن المجهول أن يشتري ملكه وملك غيره، فلا يصح. (قرود). بخلاف ما لو باع ملكه وملك غيره فيصح، والفرق أن الجهالة في الأول أصلية وفي الثاني طارئة. (قرود).

(٥) وهو ظاهر كلام اللمع في مسألة الرقم. (بستان).

(٦) كما ذكره في المراجعة.

فرع: فلو كان الثمن خمرا أو خنزيرا والمتبايعان مسلمان أو أحدهما فقال في التحرير^(١): يكون فاسدا، وقال المنصور بالله والقاضي جعفر: يكون باطلا^(٢). ولفق الفقيه حسن بأنه إن كان معينا فالبيع باطل، وإن كان في الذمة فهو فاسد^(٣).

مسألة: من باع من غيره صبرة حب خلفين^(٤) مدا بدرهمين ومدا بثلاثة؛ فإن كانت أمدادها شفعا صح البيع، وإن كانت وترا أو فيها كسر فسد البيع^(٥)؛ لأنه يؤدي إلى الشجار في المد الآخر أو في الكسر هل يكون من مد الدرهمين أو الثلاثة، وسواء عرفت أمدادها حال البيع أو بعده، وحيث يكون في البيع ما يؤدي إلى الشجار فهو فاسد ولو لم يتشاجرا.

فرع: فإن باعها خلفين على نصف مد بدرهم وثلث مد بدرهم: فإن وجد فيها نصفًا زائدا أو ثلثا زائدا أو دونهما فهو يؤدي إلى الشجار فيفسد^(٦) البيع، وإن لم يوجد فيها ذلك صح البيع، وللمشتري خيار معرفة مقدرا الثمن.

فرع: فإن اشترى عشرين مدًّا خلفين على مد بدرهمين ومدا بثلاثة فقال في التذكرة: يفسد البيع؛ لأنه يؤدي إلى الشجار، فيقول البائع: الثمن خمسون على

(١) وحجة التحرير: أنه يقوم في حال، وهو إذا أتلفه مسلم على ذمي. وحجة المنصور بالله: أنه لا يملكه المسلمون، فأشبهه الميتة. (بستان).

(٢) وهو ظاهر الأزهار.

(٣) وقال الفقيه يوسف: الظاهر أنها خلافية مطلقاً، قال: وهو مفهوم كلام الشرح أنه فاسد ولو كان ذلك معينا. (كواكب).

(٤) أي: نصفين، أي: ثمنها مختلف.

(٥) المذهب صحة هذه المسألة والفروع التي بعدها؛ لأن المد الزائد يكون نصفه من سعر الدرهمين ونصفه من سعر الثلاثة فلا شجار. (هبل). ولا عبرة بالتجوز. (مرر).

(٦) وذلك لأن البائع يقول للمشتري: لك ثلث مد بدرهم والباقي لي، والمشتري يقول: بل النصف لي كله بدرهم. (بستان بلفظه). يقال: العقد اشتمل على جميع الصبرة، فقد ملكها المشتري، فلا معنى لقوله: والباقي لي. (شامي).

ظاهر اعتبار الأمداد، ويقول المشتري: الثمن ثمانية وأربعون على اعتبار كل نصف بدرهم وكل ثلث بدرهم؛ لأن فيها أربعة وعشرين نصفاً^(١) وأربعة وعشرين ثلثاً^(٢). والأولى أنه يصح^(٣) ويعتبر بما لفظاً به، وهو الأمداد، فيكون الثمن خمسين.

مسألة: من اشترى شيئاً بدراهم وكان في البلد دراهم مختلفة: فإن كان اختلافها في مضيها لم يصح البيع إلا ببيانها أو حيث يكون فيها غالب فينصرف إليه، وإن كان اختلافها في الوزن أو الجودة وهي مستوية في المضي^(٤) على سعر واحد صح البيع وله الخيار في تسليم أيها شاء، ولو كانت تختلف في المضي في غير بلده فلا عبرة به، ذكر ذلك المؤيد بالله.

الثامن: أن لا يكون المبيع مما نهي عن بيعه في تلك الحال، نحو أن يشتري شيئاً ثم يبيعه قبل قبضه، أو قبل إعادة كيله أو وزنه حيث اشتراه كيلاً أو وزناً.

(١) لأن اثني عشر مداً بأربعة وعشرين نصفاً، وثمانية أمداد بأربعة وعشرين ثلثاً، كل مد ثلاثة أثلاث.

(٢) يعني حيث قالوا: مد بدرهمين ومد بثلاثة فإنه يصح البيع ويكون الثمن خمسين، وحيث قالوا: على نصف مد بدرهم وثلث مد بدرهم صح وكان الثمن ثمانية وأربعين، ذكره الفقيه يوسف.

(٣) هو الذي ذكره الفقيه يوسف في الكواكب.

(*) ومثله قرر الفقيه يوسف، قال: ويعتبر بما لفظاً به من الأمداد والأنصاف والأثلاث، فحيث قالوا: على نصف مد بدرهم وثلث مد بدرهم فإنه يصح البيع ويكون الثمن ثمانية وأربعين درهماً، وحيث قالوا: على مد بدرهمين ومد بثلاثة فإنه يصح البيع ويكون الثمن خمسين درهماً، ولا وجه للفساد. (كواكب).

(٤) يعني: أن بعضها أوزن من بعض وإن كان أقل منه في العدد، فإن كان باع منه مثلاً بعشر قفال وكان بعض الدراهم التي في البلد وزن كل درهم قفلة وبعضها وزن كل درهمين قفلة، وهي في المضي على سواء - فإنه يخير المشتري بين أن يسلم العشر القفال من البعض الذي وزن كل درهم قفلة أو من البعض الذي وزن كل درهمين قفلة.

التاسع: أن لا يكون المبيع والتمن مما لا يصح بيع أحدهما بالآخر، إمّا على الإطلاق، كبيع العنب بالزبيب وبيع الرطب بالتمر حيث هما جميعا يكالان^(١) أو يوزنان، فإن كانا مختلفين في ذلك فقال الفقيهان يحين البحيح وحسن: يصح البيع^(٢)، وقال الفقيه علي: لا يصح. وإمّا لأجل النسأ، كبيع مكييل بمكييل أو موزون بموزون مؤجلا. وإمّا المعنى آخر، كبيع لحم بحيوان يؤكل لحمه^(٣).

مسألة: والمبيع يخرج عن ملك البائع ويدخل في ملك المشتري بحصول اللفظين معا. وقالت الحنفية: إنه يخرج عن ملك البائع بقوله: بعت، ويدخل في ملك المشتري بقوله: اشتريت. ولعل هذا اختلاف عبارة ولا فائدة لها^(٤).

(١) لا فرق. (قرير).

(٢) وفي كلامهم ما يدل عليه، حيث قالوا: يجوز بيع البر بخبزه، وحيث قال المؤيد بالله:

يجوز بيع الرطب بالرطب، وكذا بيع العنب بالعنب، ذكره في الشرح. (كواكب).

(٣) المذهب لا يصح؛ للحديث.

(٤) يقال: بل الفائدة عندنا صحة الرجوع قبل القبول، بخلاف الحنفية. (سماع). وقيل: إن

الفائدة لو باع الحربي عبدا له مسلما في دار الحرب فإن يعتق بين اللفظين لمصيره في يد

نفسه بعد قول البائع: «بعت» وقبل قوله: «اشتريت». رواه في الشرح. قال الوالد رحمته الله:

ولعل فائدة قوله: «مسلما» لثلا يملكه المشتري من بعد بالقهر؛ لأنها دار إباحة. (بستان).

فصل: [في بيان من تجوز معاملته بيعاً وشراءً وما لا يجوز بيعه]

ويجوز البيع من الكفار ولو سلاحا وكرعا^(١) إذا كان لا يضر بالمسلمين، أو يبيع منهم بأجود منه^(٢)، وإن كان يضر بالمسلمين فقال الهادي: لا يجوز^(٣)، وقال المؤيد بالله وأبو طالب والقاضي جعفر والأمير الحسين: إن قصد به نفع نفسه فقط جاز وكره، وإن قصد بالبيع منهم نفعهم لم يجوز. ويصح البيع^(٤) على قول أبي طالب لا على قول المؤيد بالله كما في بيع العبد المسلم من الكافر. وهكذا يكون في البيع من الظلمة والبغاة وأهل الفساد^(٥) ما يستعينون به على المحذور.

مسألة: ويصح التبائع بين الكفار فيما يصح بين المسلمين ولو كانوا يملكون في دارهم بالقهر والغلبة، من قهر صاحبه على نفسه أو ماله ملكه، ويصح منا نشترى منهم ولو بعضهم يبيع بعضا ولو رحما له محرما، فيجوز لنا أخذه منهم بال عوض لا أنه بيع حقيقة؛ إذ لا يملكون أرحامهم. ويجوز لنا شراء بعضهم من بعض في حال الصلح أيضا إذا كانوا يعتادون ذلك^(٦)، لا إن لم يعتادوه.

(١) الكراع: الخيل والإبل والعييد، لا البقر والغنم. (ديباج).

(٢) من آلة الحرب، لا من غيرها. (قررو).

(٣) وينفذ.

(*) وذلك لأن فيه تقوية لهم على المسلمين ومعاونة لهم على المعصية، وقد قال تعالى: ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [المائدة: ٢]، وحجة الآخرين: أن الإعانة إنما تكون بالتمكين مع النية لذلك، والبائع ولو حصل منه التمكين فلم يحصل منه القصد للإعانة. (بستان بلفظه).

(٤) إلا أن يشترط انتفاعهم به على المسلمين لم يصح البيع.

(٥) قلت: وظاهر المذهب الجواز وإن كره. (بحر بلفظه). ما لم يكن فيه مضرة على المسلمين. (قررو).

(٦) قوله: «يعتادون ذلك» يعني فالصلح يقع على المعتاد. (بستان بلفظه). ولعله يريد -والله أعلم-

ما في الأزهار في المستأمن في قوله: «ويرد ما اشتراه ممن غنمه بعد الأمان» [١]،

فالمعتاد لا يرده، وغير المعتاد يرده، كالسلاح والكراع، فيرده وإن كان المختار بخلافه.

[١] والمذهب إنما ذلك على جهة الندب، فكذا هنا؛ إذ من ثبتت يده على غيره منهم ملكه ولنا شراؤه منه. (شامي).

والأقرب أن المراد في ذلك كله فيمن يجوز سبيهم^(١).
مسألة: ولا يصح^(٢) بيع الأمة المسلمة من كافر وفاقاً^(٣)، بل الكافرة. وأما العبد المسلم فقال الناصر والمؤيد بالله: لا يصح، وقال أبو العباس والمنصور بالله: يصح ثم يؤمر المشتري ببيعه، وإلا باعه عليه الحاكم، كما يصح أن يرثه^(٤) ثم يؤمر ببيعه.

مسألة: ويجوز ويكره^(٥) معاملة الظلمة وأهل الفسوق والربا إذا ظن أن ما يأخذه منهم حلال، وإن ظن أنه حرام لم يجوز^(٦)، وإن التبس عليه بعد أن علم أن في أيديهم حلالاً وحراماً جاز^(٧) عند الهدوية وأحد قولي المؤيد بالله، خلاف أحد قولي المؤيد بالله وابن أبي الفوارس، وعلى أحد قولي المؤيد بالله والفقهاء يجوز بشرط أن يقول البائع: هو حلال. وقال الناصر وأبو هاشم وقاضي القضاة: يجوز بشرط أن يكون الأكثر مما معهم حلالاً. وهذا حيث يلتبس ما في يد الشخص الواحد، فأما حيث يلتبس الشخصون الذين معهم الحلال بالذين معهم الحرام فإنه يجوز الشراء منهم^(٨) ما لم يظن أنه يشتري من ذي الحرام.

(١) يعني كفار العجم ومن له كتاب من كفار العجم، لا من ليس له كتاب منهم، إلا نساءهم وأطفالهم. (بستان).

(٢) في (ب): ولا يجوز.

(٣) ولا من كافرة.

(*) قوله: «وفاقاً» وذلك لأنه يؤدي إلى أنه يطأها، وهو محرم. (بستان).

(٤) وذلك بأن يسلم عبد الذمي ثم يموت سيده قبل أن يؤمر ببيعه، فإنهم يملكونه أعني ورثته بالإرث. (بستان).

(٥) تنزيه. (قرئ).

(٦) هذا إذا كان لملك معين، فأما إذا كان لغير معين والمشتري يجوز له الصرف من بيت المال فإنه يجوز له التوصل إليه بالشراء أو غيره. (دواري).

(٧) لأن الأصل الإباحة، والحرام طارئ، فيرجع إلى الأصل مع اللبس، لكنه يكره؛ لأنها تكره مخالطة الظلمة وإيناسهم. (بستان).

(٨) وفاقاً.

مسألة: وإذا كان في السوق قصابون مسلمون وكفار والتبسوا؛ فإن كانوا في دار الإسلام جاز الشراء منهم ما لم يظن أن البائع كافر، وإن كانوا في دار الكفر لم يميز الشراء منهم إلا أن يعلم أن البائع مسلم^(١)، قال الفقيه يحيى البحيح: أو يظن ذلك، فمن جهل حاله في الإسلام حكم له بحكم الدار التي هو فيها^(٢) في ظاهر الشريعة.

مسألة: ولا يجوز^(٣) بيع المصاحف وكتب الحديث^(٤) من الكفار^(٥)، ويجوز من المسلمين، ويقع البيع على الجلد والكاغد والمداد، لا على ما فيها فهو عرض لا يصح بيعه، لكنه صفة مقصودة، ما^(٦) وجد في كتابته من الخلل رده^(٧).

مسألة: ومن له شيء في يد غيره أمانة أو ضمانه صح أن يبيعه ممن هو^(٨) في يده، لكن ما كان في يد مشتريه بغير إذن مالكة كالمغصوب ونحوه^(٩) فلا بد فيه من تجديد القبض بغير التخلية وفاقاً^(١٠)، فلو تلف قبله بطل البيع، ولا يضمه

(١) هذا ذكره الفقيه محمد بن سليمان؛ لأنه انتقال من تحريم إلى تحليل^[١]. وقال الفقيه يحيى البحيح: إن الظن كالعلم هنا كما في الطرف الأول. (بستان).

(٢) وذلك في المناكحة والذبيحة والموارثة والرطوبة والقبر. (برهان).

(٣) ولا ينعقد. (صعيتري) (قررو).

(٤) وكتب الهداية. (قررو).

(٥) لأنهم يستخفون بحرمتها ولا يرون لها فضلاً. (بستان).

(٦) في (أ): وما.

(٧) فيرده بما يجد فيه من الغلط الزائد على المعتاد حيث كان ينقص القيمة. وهو ما قاله عدلان. (قررو).

(٨) في (أ): ممن هو معه.

(٩) المسروق والوديعة إذا جحدها؛ لأنها تنقلب غصباً. (قررو).

(١٠) وذلك لأن يد الغاصب يد عدوان فلا بد من تجديد القبض. فأما ما يمسكه بحق فإذا شراه كانت يده قبضاً؛ لأنه يمسكه بحق نفسه وهو غير متعد بإمساكه. فأما الأمانة المحضة فحجة أبي العباس والشافعي أن يد الأمين يد المالك، فهو كما لو كان في يد البائع. وحجة المؤيد بالله وأبي حنيفة أن يد الشراء أقوى من يد الإيداع؛ لقوله ﷺ: ((ابدأ بنفسك)) فأمر بتقديم نفسه على غيره. (بستان).

[١] فكان أغلظ من الانتقال إلى التحريم. (غيث).

المشتري^(١)، ذكره أبو مضر، وقال الإمام يحيى: لا يحتاج إلى قبض. وما كان في يده يمسكه بحق^(٢) كالرهون^(٣) والمؤجر^(٤) والعارية المضمنة فلا يحتاج إلى تجديد قبض، فلو تلف قبله كان من مال المشتري وفاقاً، ذكره الفقيه علي^(٥)، وقال أبو مضر: بل على الخلاف الذي يأتي. وما كان في يده أمانة بغير حق له فيه كالوديعة والعارية غير المضمنة فقال أبو العباس والشافعي: لا بد فيه من تجديد القبض كما مر، وقال المؤيد بالله وأبو حنيفة: لا يحتاج إلى ذلك، قال المؤيد بالله: ولو كان البيع فاسداً، ذكره في الزيادات.

فَرَعٌ: فمن قبض شيئاً مغصوباً ولم يمكنه رده على مالكة فالحيلة أنه يشتريه من مالكة فيبرأ من ضمانه، ثم يفسخ بيعه لتعذر تسليمه^(٦).

فَرَعٌ: ويصح بيع ذلك كله من غير من هو في يده، ويكون للبائع وللمشتري فيه الخيار مطلقاً^(٧) فيما كان تسليمه متعذراً^(٨) في الحال وليس له حد يعرف، كالأبق والمغصوب، والمرهون غير المؤقت، فلكل منهما الفسخ^(٩) حتى يمكن تسليم

(١) بل يضمن؛ لأن تلف المبيع قبل القبض نقض للعقد من أصله، ذكره الإمام عز الدين عليه السلام.

(٢) أو بغير حق كاللقيط. وقيل: لا بد في اللقيط من القبض كما يأتي في الأمانة. (مرر).

(٣) صحيحاً.

(٤) المضمن.

(٥) في (أ): يحيى البحيح.

(٦) يقال: الفسخ قبل القبض نقض للعقد من أصله، فلا تفيد هذه الحيلة، ذكره الإمام عز الدين عليه السلام، فيبقى الضمان بحاله، ولأن الغاصب لا يبرأ إلا بمصير العين المغصوبة إلى مالكها، وهي هنا لم تصر إليه. يقال: المختار قول أبي مضر: إنه يتلف من مال البائع ولا يضمن المشتري؛ إذ قد صار أمانة بنفس العقد، فلا يعود غضبا بعد الأمانة من غير موجب لذلك، هكذا قرره المتوكل على الله عليه السلام.

(٧) سواء علماً أو جهلاً. (مرر).

(٨) في (أ، د): غير ممكن.

(٩) ولو أبطل خياره فإنه يتجدد. (مرر).

المبيع، وبعد الإمكان لا خيار. وما كان من ذلك له أجل معروف - كالمؤجر والمرهون المؤقت^(١) - فالخيار فيه للمشتري وحده إذا جهل حاله عند شرائه، لا إن علم كما في العيب.

مسألة: ويصح بيع كل ما فيه نفع في الحال أو في المآل من الحيوانات المملوكة ولو بالتلذذ بصوته^(٢) أو لونه^(٣)، ومنه النحل يصح بيعها^(٤) وحدها، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: لا يصح إلا مع الكوارة أو مع عسل. وكذا دود القز وبيضه يجوز بيعه وحده، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: لا يصح إلا مع شيء من القز. قال الفقيه يوسف: لكن لا يصح أن يباع من النحل إلا ما هو مشاهد على قول الهدوية، وعلى قول المؤيد بالله يصح إذا ذكر حصره، نحو: ما أملك من النحل، أو ما يأوي إلى هذه الكوارة من النحل. ولا تدخل الكوارة وما فيها من العسل في بيع النحل، إلا أن يجري به العرف.

فرع: ويصح بيع الفيل والزرزور^(٥) - وهو طائر - والهرة الإنسي، لا الوحشي؛ لعدم النفع فيه. وأما الكلب فإن كان لا ينفع لم يصح بيعه، وإن كان

(١) وقيل: في هذا نظر، وهو أنه ثابت الخيار لهما للبائع والمشتري. وفي الكواكب: أنه وإن كان موقوفا فليس للبائع الفسخ، ولا للمشتري العالم أيضا. (إملاء السيد محمد بن عز الدين المفتي رحمته الله).

(٢) كالقمرى. (كواكب).

(٣) كالتاوس.

(٤) قال في حواشي الإفادة: والتسليم يكون بالليل، أو بالنهار في يوم غيم؛ لتكون في الكوارة. (صعيتري).

(٥) والقرد؛ لأنه يقبل التعليم. (قرى).

(*) وفي الصحاح: الزرزور بغير واو: طائر، ولعله من سباع الطير يصطاد به كالصقر والبازي. (صعيتري). وفي القاموس: بالواو وبغيره، وهو طائر يتفجع به، وسمي بذلك لزرزرتة بصوته. والله أعلم.

ينفع فقال زيد بن علي والقاسم والناصر وأبو طالب وأبو حنيفة: يصح بيعه، وقال في الأحكام والمؤيد بالله والشافعي ومالك: لا يصح بيعه، وتصح هبته والنذر به والوصية به واقتناؤه^(١).

فروع: وما لا نفع فيه في الحال ولا في المآل فلا يصح بيعه، كالحيات والعقارب والخنافس والديدان والخفاش، وهو طائر الليل أبو شطيف، وكذا الفأرة وسائر السباع التي لا نفع فيها قط.

مسائل: ويصح بيع الرقبة المؤجرة، لكن إن كان لعذر كدين أو نفقة أو كسوة له أو لمن تلزمه نفقته ولم يجدها إلا منها^(٢) انفسخت الإجارة بالبيع، خلاف الشافعي؛ فمع الشجار يحتاج إلى الحكم لرفع الخلاف. وإن كان لغير عذر فالإجارة باقية^(٣). وقال أبو حنيفة: يكون للمستأجر فسخ البيع^(٤). قلنا: وهي عيب؛ فيكون للمشتري الخيار إن جهلها عند الشراء، وإذا لم يفسخ فالأجرة له من بعد الشراء^(٥) بقدر ما بقي من المدة ولو قد قبضها البائع، ذكره المؤيد بالله، وقال في الوافي^(٦) والفقهاء يحیی البحيح: ما قد قبضه البائع منها فقد استحقه.

(١) ما لم يعقر.

(٢) أو من غيرها إذا كان مما يستثنى للمفلس.

(٣) ولو كانت فاسدة. (قرر).

(٤) قال: لأنه يرضى بمطالبة البائع ولا يرضى بمطالبة المشتري. وروي عنه أن بيع المؤجر لا يصح. (بستان).

(٥) في الصحيح من يوم العقد، وفي الفاسد من يوم القبض. وللشفيع من يوم الحكم أو التسليم طوعاً. (قرر).

(*) وذلك لأن البائع أسقط حقه منها بالبيع، بخلاف ما إذا أفلس المشتري وقد أجر المبيع ثم أخذ البائع فلا شيء له من الأجرة. نعم، وولاية قبض الأجرة إلى البائع؛ لأن الحقوق تعلق به. (بستان) (قرر).

(٦) وحجة الوافي أنه قبض ما يملك. لنا: ما مر. (بستان).

فَرَعٌ؛ فَإِنْ كَانَ الْمُسْتَأْجِرُ أَذِنَ لِلْبَائِعِ بِالْبَيْعِ أَوْ أَجَازَهُ^(١) بَعْدَ وَقُوعِهِ أَوْ سَلِمَ الْمُبِيعُ بَعْدَ الْبَيْعِ انْفُسَخَتْ إِجَارَتُهُ؛ لِأَنَّ الْإِذْنَ أَوْ الْإِجَازَةَ يُقْتَضِي التَّسْلِيمَ.

فَرَعٌ؛ وَإِذَا عَلِمَ الْمُشْتَرِي بِأَنَّ الْمُبِيعَ مُؤَجَّرٌ فَلَا خِيَارَ لَهُ إِنْ عَرَفَ مَدَّةَ الْإِجَارَةِ وَقَدَّرَ الْأَجْرَةَ^(٢)، وَإِنْ جَهِلَهَا أَوْ الْمَدَّةَ فَهُوَ عَلَى خِيَارِهِ، وَإِنْ عَرَفَ الْمَدَّةَ وَجَهِلَ قَدْرَ الْأَجْرَةِ فَعَلَى قَوْلِ الْمُؤَيَّدِ بِاللَّهِ لَا خِيَارَ لَهُ، وَعَلَى قَوْلِ الْمَنْصُورِ بِاللَّهِ خِيَارُهُ بَاقٍ، وَقَالَ الْأَمِيرُ عَلِيُّ وَابْنُ أَبِي الْفَوَارِسِ: لَا خِيَارَ لَهُ إِلَّا أَنْ يَجِدَ فِي الْأَجْرَةِ غَبْنًا^(٣) أَوْ تَكُونَ مِنْ غَيْرِ النَّقْدِينَ^(٤) فَهِيَ الْخِيَارُ.

فَرَعٌ؛ فَإِنْ كَانَ الْبَائِعُ عِنْدَ بَيْعِهِ اسْتَثْنَى مَنَافِعَ الْمُبِيعِ مَدَّةَ الْإِجَارَةِ لَمْ تَنْفَسَخِ الْإِجَارَةُ^(٥) فِي الْأَحْوَالِ كُلِّهَا، وَلَا يَسْتَحِقُّ الْمُشْتَرِي مِنَ الْأَجْرَةِ شَيْئًا، وَلَا خِيَارَ لَهُ إِنْ عَرَفَ مَدَّةَ الْإِجَارَةِ.

مَسْأَلَةٌ: وَيَجُوزُ بَيْعُ الْجُوزِ وَالْبَاقِلَاءِ^(٦) وَغَيْرَهُمَا مِمَّا لَهُ قَشْرٌ سَاتِرَةٌ لَهُ، خِلَافَ بَعْضِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ^(٧).

مَسْأَلَةٌ: وَيَجُوزُ^(٨) بَيْعُ الْحَيْوَانِ مَعَ اسْتِثْنَاءِ جِزْءٍ مِنْهُ مَشَاعٍ، أَوْ اسْتِثْنَاءِ الْحَمَلِ

(١) بقول أو فعل وإن جهل أن ذلك إجازة. (مقصد حسن) (قررو).

(٢) وجنسها.

(٣) فاحشا. (كواكب) (قررو).

(٤) ولم يجز به التعامل. (قررو).

(٥) فإذا قام شفع لم تنفسخ الإجازة مطلقا.

(٦) القلاء الأخضر.

(٧) حججنا أنه قد جرى بيعه في جميع الأمصار والأقاليم من غير نكير. وحجتهم أن المقصود مستور، ويشتمل على الصغار والكبار من الحب، وعلى الصحيح والفساد، وهذا غرر. قلنا: اغتفره المسلمون. (بستان بلفظه).

(٨) ويصح. (قررو).

(*) في (أ): ويصح.

الذي في بطنه، ثم على المشتري إرضاع الولد من أمه اللبأ من رضعة إلى ثلاث^(١) رضعات، ولا شيء على البائع فيه إن كان شرطه، وإن لم ضمن قيمته فيما يؤكل لحمه إذا كان له قيمة، خلاف أحد قولي المؤيد بالله وأحد قولي أبي طالب^(٢). وقال الشافعي والإمام يحيى: إن استثناء الحمل يفسد البيع.

فرع: فلو استثنى^(٣) ما يحدث منه من الأولاد في مدة معلومة^(٤) فقال الفقيه يوسف: إنه يفسد البيع^(٥)؛ لأنهما يتشاجران في الإنزاء^(٦).

مسائل: وإذا باع الأمة من زوجها واستثنى حملها: فإن ولدت لدون ستة أشهر^(٧) فهو ملك للبائع^(٨) وابن للمشتري^(٩)، وأم أم ولد للمشتري، وإن ولدت لسته أشهر فما فوقها فإن لم يدعه المشتري فكذا أيضاً^(١٠)، ذكره في البحر،

(١) وإن احتاج إلى أكثر من الثلاث لزم. وجعلوا اللبأ في الآدميين ثلاثة أيام، وهنا ثلاث رضعات؛ لقوة الحيوانات وضعف الآدميين. (بستان).

(٢) إذ هو كالمستثنى.

(٣) البائع.

(٤) أو بطون معلومة فإنه يحتمل الصحة. (قررو).

(٥) الأولى الصحة، ويكون الإنزاء في الوقت المعتاد، ذكر معناه في شرح الفتح، فإن اختلفت العادة ولا غالب فالقياس الفساد. (مفتي).

(٦) على الحيوان.

(٧) أو علم وجوده. (قررو).

(٨) قوله: «فهو ملك للبائع» وذلك لأنه يعلم أنه من قبل البيع، وهو ابن للمشتري لأنه من مائه. (بستان).

(٩) ولا يحتاج إلى دعوة؛ لأنه مستند إلى النكاح الأول. (مفتي).

(١٠) قوله: «فكذا أيضاً» يعني: أنه ملك للبائع ولو جوزنا حدوثه من بعد الشراء؛ لأن المشتري لم يثبت حرثه بالدعوة. وكلام التذكرة كما ترى؛ لأنه يجوز أنها حملت به بعد البيع، فقد انقطع حق البائع. (بستان).

وقال في التذكرة: لا حق للبائع فيه بعد الستة الأشهر^(١)، وإن ادعاه المشتري^(٢) لحق به^(٣) وصارت أم ولد له^(٤).

مسألة: ويصح أن يبيع الأرض والزرع الذي فيها مع استثناء بعضه، أو يبيع الأرض ويستثنى زرعها مدة معلومة، مع بيان جنس ما يزرع أو أنه يزرع^(٥) ما يشاء. أو يبيع الشجر والثمر ويستثنى بعضه، ولا يكون كاستئجار الشجر للثمر؛ لأنه يغتفر ذلك في الاستثناء لا في بيع الثمر على الشجر^(٦). وكذا إذا باع الأرض والشجر واستثنى ثمرها مدة معلومة^(٧)، ويكون إصلاح الأرض

(١) ولعل مراده حيث لم يصادقه المشتري.

(٢) يعني يدعي كونه من بعد الشراء. وقد صارت أم ولد في جميع الأطراف^[١]؛ لأن الفراش ثابت بالتزويج أولاً.

(*) القياس أنه لا يحتاج إلى دعوة؛ لتقدم ثبوت الفراش بالزوجية، فقد صارت أم ولد له بما وضعته. (قرئ).

(٣) ولعل المراد إذا لم يكن قد ظهر للحمل أمانة من قبل البيع. (كواكب).

(*) وهذا في أول بطن، وأما فيما بعده فهو استهلاك، فهل يبطل الاستثناء أو يعتقون [ويعتقون (نخ)] ويضمن المشتري قيمتهم؟ الأولى أن كل ما استثناه من الأولاد صح فيه الاستثناء، فيكون عبداً يعتق بعق أمه، ولا يكون وضع الأمة من مشتريها بعد ذلك استهلاكاً لأولادها، بل حكم الحادث بعد الأول حكمه. (قرئ). لعل هذا حيث استثنى حملها مدة معلومة. (سماح سيدنا حسن عليه السلام) (قرئ).

(٤) وإن لم يدعه بقي مملوكاً؛ إذ قد ارتفع فراش الزوجية.

(٥) وكذا إذا استوت مضرّة الزرع فلا يجب البيان، أو كانت الأرض لا تصلح إلا لنوع واحد فينصرف إليه، ويكون القيام بالزرع وبما يحتاج إليه على البائع. (بستان) و(قرئ).

(٦) مع شرط البقاء، وإلا صح وأمر بالقطع. (قرئ).

(٧) فإنه يصح.

[١] يريد حيث يلحق الولد. ولفظ شرح الأزهار: لأن ثبوت الأمة أم ولد فرع على حقوق الولد بمن علقته

منه. (بلفظه من شرح قوله: «فإن وطئ قبله المصدقة»).

والشجر فيما يحتاج إليه على المشتري^(١)؛ لأنه المالك لهما^(٢).

مسألة: ويصح بيع الشاة ونحوها مع استثناء لبنها مدة معلومة، وعلى قول الناصر وأبي حنيفة والشافعي يفسد البيع. قال الفقيه يحیی البحيح: وكذا مدة حياتها^(٣)؛ إذ لا يؤدي إلى شجار ولا يستغرق منافعتها. ثم على المشتري القيام بها فيما يحتاج إليه^(٤) على حسب العادة، وليس له ذبحها، فلو فعل فقال الفقيه حسن: لا يضمن؛ لأن حياتها لو لم تذبح غير معلومة، وقيل: بل يضمن^(٥) للبايع ما بين قيتها مستثناة اللبن وغير مستثناة. وهو الأولى، كما في الشجر المستثنى ثمرها إذا قطعها، وكما في المنزل المستثنى سكنه مدة معلومة^(٦) إذا هدمه فإنه يضمن قيمة منافعه^(٧) في تلك المدة.

مسألة: ويصح بيع العبد واستثناء منافعه مدة معلومة^(٨)، فإن أعتقه المشتري صح عتقه، وفي منافعه ثلاثة أقوال: قال في الانتصار ومهذب الشافعي:

(١) ولعل النذر والوصية بالثمر يكون مثل الاستثناء، فيحتمل أن يكون ما يحتاج إليه من ثماره. (شرح أثمار). إلا أن يجري عرف أن الإصلاح على صاحب الثمر كانت الغرامات عليه في الاستثناء والنذر والوصية، إلا أن يوجد فرق بينهم عمل عليه، وإلا فالظاهر أنهم سواء.

(٢) وللبايع حق فيها. (عامر).

(٣) وظاهر الأزهار خلافه. (قرر).

(٤) وأما ما يحتاج إليه وقت الحلب فعلى صاحب اللبن. (عامر) (قرر).

(٥) هذا لبعض المذاكرين، ورجحه صاحب الكتاب كما ترى، واختاره الإمام شرف الدين عليه السلام وضعف الفرق بين الشجرة والحيوان.

(٦) أو مجهولة؛ لأن السكنى حق، بخلاف المنافع؛ لأنها أعيان. المختار البيان.

(٧) وهي أجرة المثل. (هاجري) (قرر). وينظر لو أعاد عمارة الدار هل تعود له السكنى أم لا؟ الأقرب أنها لا تعود. وقيل: بل تعود.

(*) وإذا هدمه ثم أعاده عادت السكنى. (قرر).

(٨) وكذا مجهولة؛ لأنه من الحقوق.

تبقى للبائع^(١)، وقال الفقيه حسن: يضمونها بقيمتها، وهي أجرة المثل^(٢)، وقال في الحفيظ: يضمونها بما بين قيمته مستثنى وغير مستثنى. وإن قتله قاتل ضمن قيمته^(٣)، قيل: وتكون لمالك الرقبة^(٤)، وقيل: يشتري بها عبد يقوم مقام الأول.

مسألة: ويصح بيع الأمة مع استثناء حملها، ولا يكون ذلك من التفريق^(٥) المنهي عنه، فإن أعتقها المشتري عتق حملها، وضمن له قيمته يوم يولد^(٦) إن خرج حياً.

مسألة: ومن كان له جزء مشاع مجهول في مال مشترك عن إرث أو غيره^(٧) فإن باعه ممن هو في يده صح عند المؤيد بالله؛ إذ لا يحتاج إقباضاً، وهو قول زيد بن علي وأبي حنيفة كما ذكروه في الصلح، وعلى قول الهدوية^(٨) لا يصح، وهو قول القاسم

(١) وذلك لأن منافع الحر تملك. (بستان).

(٢) كما صرح به في الأزهار وشرحه في كتاب الوصايا، ويكون إلى موت الموصى له أو العبد كما ذكره هناك فراجع. وهنا تكون إلى تمام مدة الاستثناء أو موت العبد. (قررو).

(٣) غير مسلوب المنفعة.

(٤) كما صرح به في الأزهار في كتاب الوصايا.

(٥) تنبيه: يقال: كيف يصح استثناء الولد من الجارية وهو يؤدي إلى التفريق بين ذوي الأرحام المحارم في الملك؟ وجوابه أنا غير قاطعين بالولد عند الاستثناء، فلعل ما في بطنها ريح أو نحوه، فلو صح لم يفسد البيع؛ لأنه لا يفسد بالمفسد الطارئ. قال الفقيه محمد بن سليمان: لكن يحكم ببقائه مع أمه إلى وقت جواز التفريق، وهو بلوغ الصغير وإفاقة المجنون، وهذا هو المذهب. (غيث بلفظه).

(٦) وقوله: «يوم ولد» وذلك لأنه أول وقت يمكن تقويمه فيه إن خرج حياً، وإن خرج ميتاً فلا شيء على المعتق؛ لأنه لم يعلم ثبوت شيء عليه للبائع، بخلاف ما إذا خرج ميتاً بجناية جان على الأمة فإن الجاني يضمن العرة للبائع؛ لأن الجناية توجب الأرش، وأرش الحمل هو العرة، والظاهر أن خروجه لأجل الجناية. وهذا إذا وقعت الجناية قبل العتق. (بستان) (قررو). وإن وقعت الجناية بعد العتق ففيه تفصيل في العتق على قوله: «ومن أعتق أم حمل..» الخ.

(٧) نذر أو وصية.

(٨) في الصلح.

والناصر ومالك والشافعي. فإن باع جزءاً معلوماً^(١) كان أحوط^(٢)، فإن كان أقل من نصيبه نذر على المشتري بالزائد من نصيبه، وإن كان أكثر أبرأه المشتري^(٣) من زيادة الثمن على حصة نصيبه. قال الفقيه يحمي البحيح: وهذا يستقيم إذا كان الزائد على نصيبه لغير المشتري، فأما إذا كان له فإنه لا يصح البيع؛ لأنه اشترى ملكه وملك غيره^(٤).

وإن باعه من غير من هو في يده فإن علماً أو ذكراً جنسه والنصيب كالربع أو السدس أو نحوه صح بيعه ولو جهلاً قدر كيله أو وزنه أو عدده، فلو علمه^(٥) البائع وجهله المشتري كان له الخيار كما في بيع الجزاف، وإن علماً النصيب دون الجنس لم يصح^(٦)، وكذا لو جهله البائع وحده^(٧)، وإن علماً الجنس دون النصيب^(٨) فقال أبو طالب وأبو العباس: لا يصح، وقال المؤيد بالله وأبو مضر والقاضي زيد: يصح ويكون للمشتري الخيار، وقال في التقرير والتذكرة: إن كان جهل النصيب لجهل عدد الورثة لم يصح البيع، وإن كان لجهل التوريث

(١) هذا تفريع على قول المؤيد بالله، وهو مستقيم على قول الجميع. حيث ذكر الجنس والنصيب. (قرئ).

(٢) وذلك ليقع البيع على جزء معلوم فيأخذ بالإجماع، ويفعل الحيلة التي ذكرت في الكتاب. (بستان).

(٣) هذا يستقيم على القول بأن البراء تملك، أو حيث قد استهلكه البائع. (صعيتري).
(٤) وقياس المذهب مع اللبس الصحة مطلقاً؛ لأن قاعدة أهل المذهب إذا احتل العقد وجهي صحة وفساد حمل على الصحة، فيأتي هنا مثله.

(*) فإن كان الشريك هو المشتري باع منه المتيقن بثمن الكل، ونذر عليه البائع بما علم الله أنه يملكه زائداً على ما انطوى عليه البيع؛ لثلاثي اشتري ملكه وملك غيره. (شامي) و(قرئ).
(٥) أي: علم القدر.

(٦) مثاله: أن يعلم أن الميت خلف مائة شيء أو مائة مد أو مائة حيوان وله منها الربع، فلا يصح بيعه قبل أن يعلم جنسها. (بستان).

(٧) فإن علم البائع وحده وجهل المشتري صح، وكان للمشتري الخيار.

(٨) نحو أن يعلم أن الميت خلف بقرأ ولم يعلم كم نصيبه منها. (بستان).

والحساب صح البيع^(١)؛ لأنه يعرف من بعد.

فرع: وأما إذا ذكر الحصر للمبيع -نحو: جميع ما يملكه، أو ما ورثه من فلان، أو ما في بيته- فمع معرفة الجنس يصح قولاً واحداً للمؤيد بالله، ومع جهله له قولان. وعلى قول أبي العباس وأبي طالب: لا يصح ذلك كله.

مسألة: وإذا باع صبرة مكيل أو موزون ففيها صور أربع:

الأولى: أن يبيع الصبرة جزافاً^(٢)، فمع علمها بقدرها أو جهلها أو علم المشتري وحده يصح ولا خيار^(٣)، ومع علم البائع وحده بقدرها يصح وللمشتري الخيار، إلا إن كان عالماً بعلم البائع فلا خيار له^(٤).

فرع: وإنما يصح بيع الجزاف إذا كانت الصبرة مشاهدة أو في حكم المشاهدة، نحو ما يكون في ظرف حاضر، فإن لم تكن مشاهدة ولا في حكمها نحو الحب الذي في مدفنه أو في بيته ولا يعلم^(٥) قدره فلا يصح بيعه عند أبي طالب وأبي العباس^(٦)، خلاف المؤيد بالله والقاضي زيد وأبي مضر إذا عرف جنسه، وإن جهله فخلاف أحد قولي المؤيد بالله^(٧).

(١) والمذهب عدم الصحة.

(٢) قال الإمام يحيى: لفظ الجزاف فارسي معرب، والجزاف والمجازفة: أخذ الشيء من غير تقدير. (بستان).

(٣) لأن مع علمها هو بيع معلوم قدره، ومع جهلها عينه معلومة محصورة وإن لم يكن كيده ووزنه محصورين، ومع جهل البائع لا غرر من جهته ولا خيانة، ومع علم البائع وحده يثبت للمشتري الخيار دفعا لخيانة البائع. (بستان).

(٤) لأنه لا غرر. (بستان). وظاهر الأزهار ثبوت الخيار كما في قوله: «وصبرة علم قدرها البيع فقط»؛ إذ العلة جهل المشتري، وهو حاصل، والله أعلم.

(*) وسيأتي الكلام في الخيارات في قوله: الرابع: الغرر.

(٥) البائع.

(٦) قال في الغيث: وهذا في غير العقار، فأما فيها فيصح وفاقاً. (غاية).

(٧) أنه يصح.

الثانية: أن يبيع هذه الصبرة كل مد منها أو كل رطل بدرهم، فيصح، وللمشتري خيار معرفة قدر الثمن^(١).

الثالثة: أن يبيع هذه الصبرة على أنها مائة مد أو رطل بكذا درهما.
الرابعة: أن يبيعها على أنها مائة مد أو رطل كل مد أو رطل بكذا، فيصح ذلك، لكن إذا زادت الصبرة في هاتين الصورتين رد الزائد^(٢) للبائع إذا كان أكثر مما يتسامح به في العادة؛ لأنه زيادة قدر، قال الفقيه علي: وإن شاء^(٣) أخذ الزائد بحصته من الثمن^(٤). وإن نقصت الصبرة خير المشتري^(٥) بين أخذها بحصتها

(١) فإن جاء والثمن يقصر عن الصبرة أو يزيد^[١] فله الخيار، ويثبت له أيضا خيار الرؤية فيما هو مختلف^[٢]؛ لأن رؤية بعض المختلف لا تكون رؤية لجميعة. قال الفقيه علي: وخيار معرفة مقدار المبيع^[٣] يثبت أيضا تبعا لمعرفة مقدار الثمن. واغتفر جهالة الثمن حالة البيع لأنه يعلم في الوقت الثاني بالكيل أو الوزن، هذا هو المذهب. (غيث).

(*) لأنه بيان بعد الإجمال؛ إذ لا يعرفه عند العقد، بل بعد الكيل ونحوه. (بستان).

(٢) وذلك لأن العقد لم يتضمن الزيادة، فهي باقية على ملك البائع. (بستان).

(*) هذا في المستوي، وأما في المختلف فيفسد مطلقا كما صرح به في الأزهار.

(٣) المشتري.

(٤) بعقد جديد. (قرن).

(*) ولعله مع تراضيها.

(*) المذهب خلافه؛ لأن الزائد لم ينطو عليه البيع.

(*) لأن كل جزء داخل في المبيع. قلت: وفيه نظر؛ لأنها إذا دخلت في المبيع لزم أن يستحقها المشتري، وإن لم تدخل فيه لم يكن له أخذها بحصتها إلا بعقد آخر، فينظر في ذلك. (غيث).

(٥) لأنه إنما شراها على ما وصف البائع من المقدار، فإذا بان خلافه فله الخيار؛ لمخالفة مراده. (بستان). بخلاف ما لو اشترى صبرة واستحق بعضها فإنه لا خيار إن لم يتعيب الباقي.

[١] أو يساوي. (عامر). وهو ظاهر الأزهار؛ لأنه دخل في بيعها والثمن مجهول من أول وهلة. (قرن).

[٢] وفي المستوي قبل رؤية بعضه.

[٣] قال في الصعيتري: الصحيح أن الخيار هنا لمعرفة قدر الثمن فقط، وأما المبيع فهو الجملة المشاهدة. اهـ ومثله عن القاضي عامر.

من الثمن أو الفسخ. قال الفقيه يحيى البحيبي: وإذا شرط في العقد أنه لا يرد الزيادة أو لا يخير مع النقصان فسد البيع؛ لأنه خلاف موجب العقد.

فرع: فلو باع الصبرة كل مد منها بدرهم على أن يزيد عليها مدا فإن كانت معلومة القدر صح، وإن كانت مجهولة القدر لم يصح^(١)؛ لأنه كأنه باع بكل درهم مدا وزيادة عليه مجهولة، ذكره في البسيط^(٢).

مسألة: وإذا باع بعض الصبرة ففيها صورتان: الأولى: أن يبيع منها جزءا معلوما مشاعا، فيصح بيعه، ويصح قبضه بالتخلية^(٣) بين المشتري والصبرة، خلاف أبي مضر وابن الخليل في التخلية. وتكون مؤنة القسمة عليهما معا^(٤) على قدر الحصص، وقال أبو مضر: على البائع. ويكون المشتري مشاركا في جميع الصبرة، ولو اختلفت جوانبها لم يضر، وله أخذ نصيبه منها مع غيبة البائع بعد دفع الثمن^(٥) على قولنا بأن القسمة إفراز، وما تلف منها بعد التخلية فعليهما معا. الثانية: أن يبيع منها قدرا معلوما، نحو مد أو رطل أو أكثر، فيصح، لكنه يخالف في الأحكام التي تقدمت في الصورة الأولى^(٦).

(١) المختار الصحة إذا كان المد موجودا في ملكه، يعني: وإلا فالبيع منطوق على موجود ومعدوم، وهو لا يصح. (قررو).

(*) لا وجه للفساد، وإنما ذلك على أصل الغزالي.

(٢) للغزالي.

(٣) وذلك لأن تسليم جملة الصبرة يكون تسليما للمبيع شائعا؛ لأن المشتري قد قبض حقه ولو كان مشاعا. وعن أبي مضر وابن الخليل وابن أبي الفوارس: لا يصح التسليم بالتخلية للصبرة كلها حتى يفرز المبيع ويعينه، فعلى هذا يخالفون في باقي الفوائد المذكورة. (بستان بلفظه).

(٤) لعله بعد القبض بالتخلية، وإلا فعلى البائع.

(٥) لا قبل تسليمه فلا يجوز إلا بإذن البائع. (كواكب).

(٦) فلا تكون التخلية قبضا^[١]، ومؤن القسمة على البائع، وما تلف منها فعلى البائع، وليس له أخذ المبيع بنفسه. (قررو).

[١] ويعطيه من أي جوانب الصبرة شاء إن كانت مستوية، وإن كانت مختلفة فسد البيع^[١٠] في هذه الصورة، لا في الأولى. (برهان). و(قررو).

[١٠] إن لم يميز قبل البيع ولم تعين جهته في مختلف المذروع ولا شرط الخيار مدة معلومة لأحدهما. (قررو).

مسألة: وإن باع صبرة المعدود كالرمان ونحوه فإن كان مستويا في القيمة فهو كالمكيل والموزون فيما تقدم^(١)، وإن كان مختلفا: فإن باع الصبرة كلها ففيه الصور الأربع المتقدمة، لكنه يثبت للمشتري خيار الرؤية في الصورة الأولى والثانية، وقد صح البيع، وفي الصورتين الأخرتين يصح البيع إن لم يكن فيه زيادة ولا نقصان، ويثبت خيار الرؤية، وإن وجد فيهما زيادة فالبيع فاسد؛ لأنها يتشاجران فيما يرد هل من الكبار أو من الصغار^(٢)، وإن وجد فيهما نقصان ففي الصورة الثالثة يفسد أيضاً، وأما في الصورة الرابعة فقال في اللمع: يفسد أيضاً^(٣). وفيه نظر؛ لأن حصة النقص من الثمن معلومة يرجع بها ولا تشاجر.

وإن باع بعض الصبرة فإن كان مشاعا صح كما تقدم في المكيل والموزون، إلا أنه لا ينفرد أحدهما بأخذ حقه وحده، بل يقسمانها بالتقويم.

وإن باع منها عددا معلوما غير مميز لم يصح، إلا بذكر الخيار لأحدهما فقط مدة معلومة فيصح، خلاف الشافعي^(٤).

مسألة: وإذا باع المذروع من الثياب ونحوها^(٥) أو المسوح من الأرض فإن باعه كله ففيه الصور الأربع المتقدمة، ففي الصورة الأولى يصح البيع ولا

(١) في الصور الأربع المتقدمة. اهـ هكذا أطلق في اللمع والتذكرة، وقال في الشرح: لا ترد زيادته؛ لأن البيع لا يتعلق بالعدد كما يتعلق بالكيل والوزن. (بستان).

(٢) وقال في المنتخب: يصح ويرد الزائد من الوسط، رواه في التقرير. (بستان).

(٣) قال الفقيه يحیی البحيح: لأنه يقول: كنت أظن أن الناقص من الصغار والآن قد وجدته من الكبار، واختاره المؤلف؛ لأنه لو وجد مثلاً خمساً وأربعين كبيرة ومثلها صغيرة قال: كنت أظن الصغار أربعين والكبار خمسين أو نحو ذلك، فلا نظر. (شرح فتح). قلت: فيلزم ولو تساوى. (مفتي).

(٤) لأنه يمنع بيع المجهول وإن ذكر الخيار.

(٥) الحبال والحصير والبسط.

خيار^(١)، وفي الثانية يصح وللمشتري خيار معرفة قدر الثمن^(٢)، وفي الثالثة يصح ولا خيار إن وجدته كما وصف في الذرع، وإن وجدته زائدا عليه أخذه الكل ولا شيء في الزائد؛ لأنه زيادة صفة^(٣) لا قدر^(٤)، وإن وجدته ناقصا خير بين أخذه بكل الثمن أو الفسخ. وقال ابن الخليل^(٥) وأبو مضر: يخير بين أخذه بحصته أو الفسخ^(٦). وفي الرابعة يصح البيع إن وجدته كما وصف، وإن وجدته ناقصا خير بين أخذه بحصته أو الفسخ، وإن وجدته زائدا خير بين أخذ الزيادة بحصتها^(٧) من الثمن وبين الفسخ؛ لأن ردها وحدها فيه ضرر^(٨).

(١) يعني خيار معرفة مقدار المبيع، وأما خيار الرؤية ونحوه فيثبت.

(*) في المستوي، لا في المختلف. (شرح أزهار) (قررو).

(٢) وخيار معرفة مقدار المبيع. (قررو).

(٣) كمن اشترى جارية على أنها عوراء فانكشفت سليمة، وفي التقرير عن علي خليل وأبي مضر: أن هذا إجماع، والفرق بين هذه الصورة والتي بعدها أنه في الثانية ذكر الخصوص بعد العموم، فكان الاعتماد عليه، ذكره في الغيث والزهور.

(*) لأنه يوصف المذروع بالكبر والصغر، فكانت الزيادة في ذلك زيادة صفة لا قدر، بخلاف الزيادة في المكيل والموزون والمعدود فإن الزيادة فيها زيادة قدر، فوجب رد الزيادة. (غيث).

(٤) بل زيادة قدر فينظر.

(٥) قوي. مفتي.

(٦) لنا: أن النقص من المذروع نقص صفة؛ لأن وصفه إنما هو بالكبر والصغر، وكبر الأرض ونحوها يزيد في قيمتها، بخلاف زيادة المكيل والموزون ونقصانه فإنه نقصان قدر وصفة كالحمرة ونحوها، ولأن الزيادة تؤخذ بغير شيء، فكما يأخذها بغير زيادة في الثمن كذلك مع النقصان لا ينقص لأجلها شيئاً كما لا يزيد لأجلها شيئاً. (غيث).

(٧) ولا يحتاج إلى تجديد عقد. (وشلي). ومثله في الفتح والوابل. والمختار أنه لا بد من عقد؛ لأنها باقية على ملك البائع؛ لأن العقد لم ينطو عليها.

(٨) فيما لا يباع أذرعاً مقطعة، وإلا فكالمكيل؛ إذ لا ضرر على البائع، وإن كان ظاهر الأزهار

وإن باع بعض المذروع أو الممسوح فإن كان جزءاً مشاعاً ولم يعينه في جانب صح، وإن عينه في جانب وعين كونه بالمساحة أو بالتقويم صح أيضاً^(١)، وإن أطلق^(٢) فمع استواء الجوانب في القيمة يصح، ومع اختلافها قال الفقيه يوسف: لا يصح؛ لأنهما يتشاجران هل يعتبر بالمساحة أو بالتقويم، فلو جرت العادة بأحدهما فقط فاعله يصح^(٣).

وإن كان قدراً معلوماً بالأذرع أو نحوها^(٤) ولم يريدوا به الشياخ: فمع الاستواء في القيمة يصح^(٥)، ويعطيه البائع من أي الجوانب شاء، ومع الاختلاف إن عينه في جانب صح، وإن لم يعينه لم يصح إلا بذكر الخيار لأحدهما مدة معلومة، لا إن جعل الخيار لهما معاً فلا يصح؛ لأنهما يتشاجران.

فخرج، ويعتبر في الذرع بذراع معروف^(٦) لا يختلف في العادة، فإن لم يكن فيه شيء معروف معتاد لم يصح البيع، سواء أطلق^(٧) أو عيّن ذراع رجل معين. وكذا في الكيل والوزن يعتبر فيهما بما هو معتاد ظاهر لا يختلف، فإن كان مختلفاً أو شرط فيه مكيالاً معيناً أو ميزاناً معيناً فسد البيع؛ لأنه يجوز تعذر ذلك المعين.

الإطلاق، وهو ظاهر الكتاب، وقرره سيدنا حسن دغفان.

(*) وإلا يكن ثم ضرر رد الزيادة ولا خيار. (كواكب). وهذا هو الفارق بين المذروع وغيره وإن كان ظاهر الأزهار الإطلاق.

(١) نحو أن يقول: الربع الشرقي بالمساحة أو الربع الغربي بالتقويم.

(٢) أي: لم يعين كونه بالمساحة أو بالتقويم، وعين ذلك في جانب منها.

(٣) في غير الأرض.

(٤) نحو عشرة أجزاء من مائة جزء. (مذحجي).

(٥) هذا في الثياب، وأما في الأرض فلا بد من تعيين الجهة؛ لأن الأغراض تختلف، ذكره

الفقيه حسن، وظاهر الأزهار خلافه. (قررو).

(٦) كذراع الحديد حيث يستعمل ونحوه.

(٧) الذراع.

فَرَعٌ؛ ويعتبر في الكيل بالرسل^(١) الذي لا يختلف؛ لأنه الكيل الشرعي، فإن شرط الرزم أو كان عرفاً ظاهراً فإنه يفسد البيع^(٢) حيث يكون التفاوت في الرزم لا يتسامح به؛ لأن الناس يختلفون في صنعة^(٣) الرزم، وحيث يكون التفاوت بين الصناعات في الرزم يتسامح به يصح البيع، ذكره الفقيه يوسف.

مَسْأَلَةٌ؛ ومن باع قدراً معلوماً من الذرع أو الكيل أو الوزن من جملة معينة وكانت الجملة أقل من ذلك القدر فسد البيع؛ لأنه باع ما ليس عنده، وهو الزائد، فانطوى البيع على موجود ومعدوم^(٤). وإن قال: «بعت منك من هذه الجملة كل ذراع أو مد أو رطل بكذا» لم يصح^(٥)؛ لأنه لم يبين قدر المبيع.

مَسْأَلَةٌ؛ وتصير الأرض معلومة بالإشارة، فإن لم فبالحدود التي لا يشاركها فيها غيرها في تلك الناحية إن لم يصفها إلى ملكه، وإن قال: «أرضي» اعتبر أن لا يشاركها فيها غيرها في ملكه، ولا عبرة بملك غيره، وسواء كثرت الحدود أو قلت. وإن لم تذكر الحدود أو لم تميز بها فبالاسم الذي لا يشاركها فيه غيرها كذلك. والحدود **أَقْوَى** من الاسم؛ فما دخل فيها دخل في المبيع إذا هو للبايع^(٦).

(١) بكسر الراء. (نهاية). ويفتح الراء والسين: التفريق، وبكسر الراء وسكون السين: اللين. (من مختصر النهاية للسيوطي).

(٢) قال في البرهان: إلا أن يتقدم الكيل على البيع **صَح** وكان كالجزاف، والله أعلم.

(٣) في (ب): صفة.

(٤) يعني: يفسد في الموجود؛ لأن حصته مجهولة جهالة مقارنة للعقد، وهذا بخلاف ما إذا قال: «بعتك هذا الشيء على أنه كذا» فوجده دون ذلك فالبيع صحيح وللمشتري الخيار؛ لأن البيع وقع على جملة ذلك ولكن وصفه بأنه كذا. (بستان).

(٥) وذلك لأن «من» هنا للتبعض؛ فلذلك صار المبيع مجهولاً. وهكذا لو قال: «بعتك بعض هذه الصبرة» فلا يصح؛ لأن البعض يقع على القليل والكثير. (بستان).

(٦) الأقرب أن الحد لا يدخل في المحدود؛ لجري العرف. (سماع).

(*) قلت: فيلزم إذا كان للغير أن يحط بحصته من الثمن. (مفتي). قلنا: ملتزم كما في المسألة الثالثة من البيع بعد هذه.

ولو خرج عن الاسم، ذكره المؤيد بالله، وما خرج عن الحدود خرج عن المبيع ولو دخل في الاسم.

فَرَعٌ؛ وإذا لم تميز^(١) بذكر الحدود فلا بد من زيادة وصف: إما في المبيعة كالعليا أو السفلى أو الشرقية أو الغربية حتى تميز عن غيرها، أو في الحدود في كل حد منها أو في بعضها بكونه شرقياً أو نحوه حتى يحصل التمييز للمبيعة.

فَرَعٌ؛ فإن قال: «بعت منك داري أو أرضي» وليس له سواها صح البيع ولو لم يذكر حدودها ولا اسمها.

مَسْأَلَةٌ؛ ومن اشترى شيئاً معلوماً وهو متصل بغيره فإن كان فصله عنه لا يجوز فالبيع فاسد، كبيع جلد أو رأس أو عضو معين من حيوان حي، وقال المنصور بالله: يصح فيما اشترى للذبح أو عزم على ذبحه. وإن كان فصله مباحاً فحيث لا يقع ضرر بالفصل يصح ولا خيار لأيهما، كبيع ذراع أو أكثر من ثوب معين لا ضرر في قطعه منه، أو ثمر طاب على شجرة. ويكون قطع الذراع ونحوه على البائع، وقطف الثمر على المشتري؛ للعرف الجاري بذلك. وحيث يحصل بفصله ضرر على المبيع، كبيع ثمر لم يطب على شجرة على قول من يميز بيعه كذلك^(٢)، أو يحصل بفصله ضرر على الجملة التي يفصل منها كبيع جذع في سقف، أو حجر في بناء، أو فص^(٣) على خاتم، أو ذراع من ثوب أو من خشبة يضرهما قطعه^(٤) - فإنه يصح البيع ولهما معا الخيار^(٥) في الفسخ حتى يفصل

(١) الأرض.

(٢) زيد بن علي والمؤيد بالله وأبو حنيفة والشافعي. (غيث).

(*) قبل طيبه. (برهان).

(٣) الفص: للخاتم، مثلثة، والكسر غير لحن، ووهم الجوهرى. (قاموس).

(٤) وذلك بأن يكون في طرفي الثوب طراز يخالف سائر بدنه، أو كانا معلمين، أو كانت الخشبة بعد قطع الذراع منها يبطل نفعها في المقصود بها. (بستان).

(٥) خيار تعذر التسليم. (وابل، وبهران). قلت: فيلزم وإن لم يتضرر. (مفتي). قلت: فيقال:

خيار ضرر.

المبيع، وبعد فصله لا خيار إلا لعيب^(١) أو رؤية. والفصل يكون على البائع إذا اختار تمام البيع.

مسألة: ومن باع جزءا مشاعا من زرع لم يستحصد فإن كان الزرع كله له صح البيع، ولهما معا الخيار قبل قسمته؛ لأن فيها ضررا^(٢). وإن كان الزرع له ولغيره فإن باع نصيبه من شريكه^(٣) صح^(٤)، ومن غيره إن شرط بقاءه مدة معلومة^(٥) يعلم أنه يستحصد فيها صح البيع، وإن لم يفسد؛ لأنه يضر الشريك بوجوب قلع المبيع، وقلعه لا يجب إلا بعد قسمته، والقسمة في الزرع لا تجب؛ لأن له حدا ينتهي إليه. قال الفقيه يوسف^{قوفي}: والمراد أن للشريك فسخ البيع، لا أنه فاسد من أصله^(٦).

مسألة: ومن باع ما يصح بيعه وما لا يصح^(٧) بعقد واحد فمع تمييز ثمن كل واحد منهما يصح البيع فيما يصح بيعه، ومع عدم التمييز يفسد البيع فيما يصح بيعه؛ لجهالة ثمنه حال العقد^(٨). بخلاف ما إذا باع ماله ومال غيره ولم يميز

(*) فإن هذا يكون كبيع الأبق في أنه يثبت الخيار لكل واحد من المشتري والبائع قبل الفصل؛ لأنه خيار تعذر التسليم، هكذا ذكره في التقرير بالمعنى. (غيث).

(١) ما لم يكن العيب بالفصل وكان الفاصل المشتري بغير أمر البائع، أو بأمره ولم يفصل بالمعتاد. (سيدنا حسن عليه السلام) (قررو).

(٢) لما كان لا يمكن قسمته إلا بقطع الجميع.

(*) على البائع كما في بيع فص على خاتم. (كواكب).

(٣) أو من غيره بإذنه. (قررو).

(٤) لأن الشريك قد رضي بإدخال المضرة على نفسه. (بستان).

(٥) أو جرى عرف بذلك. وقد ذكره في الغيث عن الفقيه علي.

(٦) وظاهر كلامهم أنه فاسد من أصله. (من خط سيدنا إبراهيم حثيث).

(٧) ليس على إطلاقه؛ لأنه لو باع الأرض بحقوقها^[١] صح، ولعل الوجه أن الحق يدخل تبعا، بخلاف ما لو كان الحق منفردا فلا يصح. (سيدنا حسن) (قررو).

(٨) والمفسد هنا مقارن. (غيث).

[١] وعليه الأزهار بقوله: «وما استثنى أو يبيع مع حقه بقي..» الخ. من خطه عليه السلام.

الغير فإنه يصح بيع ماله بحصته من الثمن ولو كانت مجهولة؛ لأن الجهالة فيها طارئة بعد العقد؛ لعدم الإجازة^(١). وقال الشافعي: لا يصح الكل مطلقاً.

مسألة: ومن باع أرضاً فيها قبر أو مسجد أو وقف أو طريق مسبلة فإن استثنى ذلك صح البيع، ويكون للمشتري الخيار^(٢) حيث لم يعرف موضعه^(٣)، وإن لم يستثنه فإن كان ظاهراً للأعيان فظهوره كاستثنائه^(٤)، وإن كان خفياً وهو^(٥) يعرف موضعه لم يصح البيع^(٦)؛ لأنه انطوى على ما يصح بيعه وما لا يصح، وإن كان ذلك ملتبساً في الأرض كلها صارت لبيت المال^(٧)، وإن التبس في جانب منها صار ذلك الجانب لبيت المال.

مسألة: ومن باع ما أدرك من الثمر وما لم يُدرك لم يصح البيع. بخلاف ما إذا باع الشجر مع ثمر لم يدرك، أو الأرض مع الجزر^(٨) الذي فيها، أو الأرض مع حقوقها-

(١) والمفسد طارئ. (غيث).

(٢) خيار تعذر التسليم. وقيل: خيار التعيين.

(٣) يعني فله الخيار بعد أن يطلع عليه؛ لأن الأغراض تختلف لاختلاف موضعه، وقد يكون كبيراً وقد يكون صغيراً. والمراد بالقبر حيث هو لغير حربي. (بستان).

(*) أو زاد على المعتاد. (قرو).

(٤) ويصح البيع، ويتناول العقد الخالي عن القبر.

(*) الظهور كالاستثناء فيما كان استهلاكاً كما ذكره في الكتاب، لا في غيره، كأن يبيع جداراً عليه أخشاب أو نحوها. وسيأتي في الشركة مسألة: من كان له جدار ووضع عليه خشباً.. الخ، في المسألة الثانية من شركة الجدارات.

(٥) أي: البائع.

(٦) هلا قيل: يكون علم البائع به كاستثنائه؟ لا يبعد أن يكون علمه كالاستثناء، ويكون للمشتري الخيار. وقيل: ليس العلم كالاستثناء؛ لأن الاستثناء قد أخرجه عن البيع.

(٧) للقبر فيها لا للزرع. (تعليق ابن مفتاح معنى). ولفظ حاشية: لكن حيث كان اللبس بالقبر فلا يجوز فيه إلا التقير. (نجري).

(*) المذهب التفصيل، وهو إن كان بتفريط ملكه المفرط، وإلا فكما لو التبس ملك بوقف. (عامر).

(٨) فعل بالفتح، وقد يقال أيضاً: جزر بكسر الجيم. (شمس علوم).

فإنه يصح^(١)، ولعل الفرق الإجماع.

مسألة: ولا يجوز ولا يصح بيع نجس الذات، كالدّم والميتة والبول والعدرة وفاقا، وكذا زبل ما لا يؤكل لحمه، خلاف الناصر وأبي حنيفة، وهو حق لمالك الحيوان، وتجوز هبته. قال الفقيه يحيى البحيح: ويجوز شراؤه توصلا إلى الانتفاع به في الاستهلاكات^(٢) على قول من أجاز^(٣)، ولا يحل ثمنه للبائع^(٤)، بل يردّه للمشتري.

فرع: ولا يجوز بيع الدهن المتنجس ولا الانتفاع به^(٥) عند الهادي. وقال الناصر والمؤيد بالله والمنصور بالله: يجوز بيعه مع بيان عيبه للانتفاع به في الاستهلاكات من غير ترطب. وقال أبو طالب: يجوز للمشتري شراؤه للانتفاع به في الاستهلاكات ولا يحل ثمنه للبائع، بل يردّه للمشتري.

(١) بل لا يصح إلا في بيع الأرض مع حقوقها كما سيأتي في بيع الشجرة بحقوقها في كلام المؤيد بالله عليه السلام. (إملاء سيدنا حسن عليه السلام).

(٢) قال الفقيه يوسف: وكلام الفقيه يحيى البحيح محتمل للتنظير؛ لأن ذلك يلزم في مواضع كثيرة أن يتوصل إلى المباح ولو بما صورته صورة المحظور. (زهور). وذلك كالربا في دار الحرب. (*). أما الانتفاع به في الاستهلاك فهو المذهب^[١]، وأما جواز الشراء فلا يجوز على المختار كما اختاره الفقيه يوسف. (قرر).

(٣) لفظ شرح الأزهار عن الفقيه يحيى البحيح. قال الفقيه يحيى البحيح: أما المشتري فله أن يشتري ما ينتفع به من هذه الأشياء كالزبل لإصلاح المال والكلب للصيد؛ لأنه يتوصل إلى المباح بالمباح، وهو دفع المال. (بلفظه).

(٤) ويكون مع القابض كالغصب إلا في الأربعة. (مفتي). مع علم المشتري، ومع جهله كالغصب في جميع وجوهه. (شامي). (قرر).

(٥) الأزهار: وبيعه والانتفاع به إلا في الاستهلاك. كطم البئر وتسجير التنور ووضعها في المرز، قال الفقيه يوسف: ويجوز أن يسقي أرضه بماء متنجس كإلقاء الزبل فيها. (شرح الأزهار بلفظه من الأيمان).

[١] وقد تقدم في كتاب الطهارة قبيل قوله: فصل: وما تنجس.. الخ.

فرع: ولا يجوز بيع الخمر، وكذا غيرها مما هو مسكر مطرب، خلاف أبي حنيفة^(١) فيه، وإن كان مسكراً طاهراً^(٢) جاز بيعه للاتفاف به فيما يباح^(٣)، لا فيما يحظر. ولا يجوز بيع الخنزير، خلاف الباقر والصادق، وقال الناصر وأبو حنيفة: يجوز بيع شعره.

ولا يصح أن يوكل مسلم ذمياً ببيع خمر من ذمي، خلاف أبي حنيفة. فرع: ولا يصح بيع طعام الكفار وسمومهم وألبانهم؛ لأنها نجسة، خلاف الصادق والمؤيد بالله والمنصور بالله وأبي حنيفة والشافعي، فهي طاهرة عندهم. وكذا في ذبائح أهل الكتاب لا يجوز، خلاف الصادق وأبي حنيفة والشافعي.

مسألة: ومن باع ما لا يصح بيعه لم يحل له ثمنه^(٤)، بل يرد للمشتري، ذكره في اللمع. وقال المنصور بالله: قد ملكه من وجه محذور فيتصدق به. وقال في الزوائد وابن الخليل والفقهاء محمد بن سليمان: قد أباحه له المشتري فيحل له، إلا أن يرجع فيه مع بقاءه. وكل ذلك مع علم المشتري ببطلان البيع، فأما مع جهله فيرد له مطلقاً^(٥)، ويضمنه البائع إذا تلف^(٦).

(١) عبارة الكواكب: وقال أبو حنيفة: يجوز ما عدا الخمر.

(٢) كالجوزة والأفيون ونحوهما^[١]. (تكميل).

(٣) كالتطيب به.

(٤) ويكون كالغصب إلا في الأربعة مع العلم كما يأتي، ومع الجهل كالغصب في جميع وجوهه. (مفتي، وشامي). و(قرر).

(*) وذلك لأن المبيع هنا لا يملك بالقبض، والإباحة تبطل ببطلان عوضها. وحجة المنصور بالله أنه قد سلطه عليه، ولكنه ملكه من وجه محذور فيتصدق به. وحجة الآخرين أن الإباحة لا تبطل ببطلان عوضها. (بستان بلفظه).

(٥) مع البقاء والتلف.

(*) يعني: وفاقاً.

(٦) وهذا يكون في المبيع مع المشتري.

[١] كأوراق الشجرة المرة.

مسألة: ولا يصح ممن يرى تحريم بيع شيء أن يأمر غيره ببيعه عنه أو بشرائه له. وإن أمر الهدوي ناصريا يطين له بيته بزبل ما لا يؤكل لحمه ففيه احتمالان، الأرجح الجواز^(١).

مسألة: ومن باع أم ولده مع علمه بالتحريم ثم حكم حاكم بصحة بيعها حل له ثمنها^(٢)، وإن لم يحكم به لم يحل له الثمن، فإن استولدها المشتري جاهلا لحق نسب الولد به، ولا تعتق الأمة إلا بموت الأول. وقال في الإفادة: تكون أم ولد لها معا.

مسألة: ومن اشترى شيئا مما هو مختلف فيه وهو يرى جوازه^(٣) فهل يحل لمن يرى تحريم بيعه أن يشتريه منه أو يأكل منه برضا المشتري؟ قال الفقيه يوسف: ما كانت علة المنع من بيعه متعلقة بعينه - كأم الولد، وزبل ما لا يؤكل لحمه، ومسكر الحنفي - فلا يحل له شراؤه ولا تناوله، وما كانت العلة فيه غير متعلقة بعينه، بل لأمر غيره - كبيع الشيء بأكثر من سعر يومه مؤجلا ونحوه من المعاملات المختلف فيها، وأخذ الجدد للميراث مع وجود الإخوة - فإن كان في ذلك مخاصم للمشتري لم يحل لغيره ولا له إلا بعد حكم الحاكم، وإن لم يكن فيه مخاصم فإنه يحل؛ لأن الامتناع منه يشق ويؤدي إلى تباعد المسلمين بعضهم من بعض، ولم تجر عاداتهم به من وقت الصحابة رضي الله عنهم، كما في الطهارات والنجاسات المختلف فيها. قال الفقيه يوسف:

(١) وذلك لأن الفاعل له يستجيزه. (بستان بلفظه). ويحتمل أن يقال: الوكيل يعمل بمذهب الموكل. (زهور). فالأرجح عدم الجواز.

(*) ولو ترطب بالنجاسة مع كراهة عند الناصر عليه السلام.

(٢) لأن الحكم قطع الخلاف. (بستان).

(*) وهذا عند من يقول: إن بيعها ظني، والمذهب أن تحريمها قطعي، قال السيد أحمد بن

علي الشامي رحمته الله: قرر جميع علماء ذمار أن تحريم بيع أم الولد قطعي. والله أعلم.

(*) المذهب لا يحل.

(٣) وكذا البائع أيضا كما يأتي قريبا للفقيه يوسف. (قرور).

والظاهر في العوام أن مذهبهم في كل جهة على مذهب شيعتهم^(١).

مسألة: ومن أخذ من أموال المجبرة وهو يرى في اجتهاده كفرهم وجواز أخذ أموالهم فلا يحل لغيره ممن لا يرى كفرهم أن يشتريه منه ولا يأخذ منه؛ لأن التكفير والتفسيق لا يجوز التقليد فيهما، فكذا فيما يترتب عليهما من أخذ أموالهم ونجاسة رطوباتهم. قال الفقيه يوسف: وكذا لا يجوز للناصرى أن يشتري أم ولد من الهدوي ونحو ذلك مما لا يستجيزه البائع ولو استجازه المشتري. وكذا إذا مات الميت وعليه حقوق لله تعالى يعتقد وجوبها وعند وارثه أنها لا تجب فإنه يلزمه إخراجها^(٢).

مسألة: ويجوز بيع لبن الأدميات المسلمات في حال الحياة^(٣)؛ لعظم نفعه وطهارته، وكما يصح الاستئجار عليه^(٤)، ذكره أبو العباس والشافعي^(٥)، خلاف

(١) لعل هذا حيث خلت عقيدتهم عن صحته أو فساده. (من خط سيدنا إبراهيم حثيث)^[١]. فلو فعلوا فعلاً معتقدين لصحته أو تحريمه جهلاً منهم كان ذلك تقليداً لمن يقول بذلك كما تقدم ولو من غير علماء جهته؛ لأن الجاهل كالمجتهد.

(*) مع التمييز. (قررو) فأما العوام الصرف فكمالمجتهدين. (قررو).

(*) هذا إذا كان له بعض تمييز يعرف به أن مذهبه مذهب أولئك، فأما إذا لم يكن كذلك فإنه يقر على ما طابق مذهبا صحيحا كما ذكره الإمام المهدي عليه السلام؛ إذ هو كالمجتهد حيثئذ. (قررو).

(٢) حيث كانت مالية أو أوصى بها. (قررو).

(٣) بعد الانفصال. (بهرا) (قررو).

(٤) أما الاستئجار عليه فلا يصح، وإنما يدخل تبعاً. (قررو).

(٥) وحجتهم ما ذكره في الكتاب، ولأنه لبن طاهر فجاز بيعه كلبن الأنعام، ومائع يحل شربه فجاز بيعه كسائر المائعات المشروبة. وحجة الآخرين أنه تولد من جهة الأدمي فأشبهه الدمع والريق والعرق، ولأنه لبن ما لا يذكى فأشبهه لبن الكلاب والخنائير. قلنا: قياسكم ما فيه أبلغ النفع على ما لا نفع فيه لا يصح، والقياس الآخر معارض بأن نقول: لبن طاهر يتنفع به فأشبهه لبن الأنعام. (بستان).

[١] وسيأتي في المزارعة فرع: لو فعلوا المخابرة جاهلين لحكمها معتقدين لصحتها كانت صحيحة في حقهم؛ لاعتقادهم الصحة في مسائل الخلاف، فإذا تشاجروا تحاكموا، ذكره الفقيه يوسف. (بيان بلفظه). وعلق عليه ما لفظه: لكن يجعل هذا على الجاهل الصرف.. الخ. وسيأتي على الفرع السادس من هذه المسألة كلام الشامي منقولاً على الفرع، ولفظ الفرع: فلو اشتراه البائع جاهلاً لتحريمه.. الخ.

أبي طالب وأبي حنيفة، قالوا: كالدمع والريق والعرق. والأول أصح وأقوى.
مسألة: ولا يصح بيع الحقوق وحدها. وكذا أرض مكة^(١) والحرم^(٢) لا يصح بيعها ولا إجارتها، خلاف الشافعي وأبي يوسف ومحمد، وخلاف أبي حنيفة في إجارتها. قلنا: فلو بنى فيها بآلة من خارج الحرم جاز بيع البناء بقيمته دون قيمة العرصة، فلو بيع البناء بقيمتها معا صح البيع مع الإثم، ويطيب له الثمن على قول المؤيد بالله؛ لأن العقد ينصرف إلى اللفظ عنده، وعلى قول الهدوية^(٣) يتصدق بحصة العرصة من الثمن^(٤)؛ لأنه ملكها من وجه محذور

(١) **فائدة:** فإن حكم الحاكم بصحة بيع بعض بيوت مكة أو إجارتها صح إجارتها وبيعها؛ لأن الحكم يقطع الخلاف ويصح به الفاسد، فعلى هذا بيوت مكة في زماننا هذا قد صارت مملوكة، وإجارتها صحيحة إجماعاً؛ إذ المعلوم أن الأحكام قد صدرت فيها بالملك؛ لأن السلطان فيها للشافعية، وحكامهم يحكمون بذلك في شرائها وإجارتها. (تعليق دويري). يقال: مع عدم المشاجرة لا فائدة للحكم. (قرن).

(٢) يعني: ما حواه الحرم المحرم، لا المدينة فيجوز إجماعاً. (وابل) (قرن).

(٣) يقال: إذا كان المضمّر كالمظهر عند الهدوية في عقود الربا وغيرها فلم يصح بيع المصحف ونحوه عندهم، وقالوا: يتناول الجلد والكاغد دون المعاني مع أنها المقصودة، وقد ذكروا في الحاضنة أيضاً أنها تستأجر على خدمة الصبي ويدخل الرضاع تبعاً مع أنه المقصود في الحقيقة، وذكروا في الحيلة في شراء الماء ونحوه أن يبيع موضعه أو مجراه بحقوقه ثم يقبضه ويبيعه من البائع الأول أو يبيع المقر أو الممر والماء يدخل تبعاً ويستثنى حقوقه، فلم يكن المضمّر كالمظهر، وذكروا في بيع الكامن أن الحيلة أن يبيع الفرع بثمن الكل وينذر بالأصول، وذكروا في ولي مال الصغير أن الحيلة أن يبيعه من الغير ثم يشتريه منه، ظاهره ولو تواطئا قبل العقد على ذلك، فيصح العقد مع إضمار شرط رده، فلم يكن المضمّر كالمظهر في هذه المسائل، فينظر في الفرق، فإن قلنا بمثل كلام الفقيه يمين البحيح: إن المضمّر كالمظهر في عقود الربا فقط فقد صرحوا بأجرة البغية ونحوها ما يخالف ذلك، فينظر، وقد أفاد جميع معنى هذا في شرح الفتح فراجع. قال المفتي عليه السلام: قلت: إن كان الإضمار يستلزم وجه حظر حرم، كالربا وأجرة البغية ونحوها، وإلا فلا أثر للمضمير في الإفساد، وأما الصحة فلا أثر للإضمار مطلقاً، فافهم.

(٤) وعلى المختار من القيمة لا من الثمن.

مضمّر على ما ذكره الحقيني^(١)، وقال الفقيه يحيى البحيح: بل يطيب له؛ لأن المضمّر كالمظهر عندهم في الربا لا في غيره، وهذا قياس على ما ذكره في استئجار البغية على الخدمة وفي الضمير المحظور.

مسألة: ولا يجوز بيع ماء الفحل للضراب ولا أخذ العوض عليه، خلاف مالك. **مسألة:** ولا يجوز بيع الحر ولا أخذ العوض عليه، فإن باع نفسه أدّب هو والمشتري إن علم، ولزمه رد الثمن ولو تلف، إلا إن كان صبيّاً^(٢) أو أعجمياً^(٣) لا يعرف الشريعة أفزع^(٤) ولم يغرم الثمن بعد تلفه ولو أتلفه، خلاف الشافعي. وكذا في العبد الصغير إذا باع نفسه بغير إذن سيده لم يغرم الثمن لا هو ولا سيده.

وإن باع الحر غيره أدب البائع^(٥) والمشتري إن علم، والمبيع إن رضي، ورجع المشتري على البائع بالثمن، فإن غاب غيبة منقطعة^(٦) رجع المشتري به على المبيع^(٧) إن كان منه إيهام بأنه عبد، ثم له الرجوع بما دفع على البائع متى ظفر به.

﴿*﴾ والأولى أن البيع فاسد؛ لأنه إذا انضم إلى جائز البيع غيره فسد. (رياض). فعلى هذا يتصدق بزائد القيمة؛ إذ لا ثمن في الفاسد.

(١) من أن المضمّر كالمظهر في الربا وغيره.

(٢) غير مأذون، فإن كان مأذوناً فكالبالغ. قلت: الإذن فيما لا يجوز لا حكم له. (مفتي). وقرره الشامي.

﴿*﴾ إذا قبضه من المالك، لا ما قبضه من الولي أو الوكيل فإنه يرد. (قررو).

(٣) أما الأعجمي فيغرم عندنا، وهو قول الإمام عليه السلام في شرح الأزهاري. (بهران). وإلا لزم في العربي الجاهل، وليس كذلك. (قررو).

(٤) بالتهديد الشديد؛ لثلا يعود.

(٥) والكاتب والشاهد. (قررو).

(٦) يجوز فيها الحكم عليه.

(٧) لا غيره ولو حصل منه إيهام. (نجري) (قررو).

﴿*﴾ لقول علي عليه السلام: (فإن كان البائع في أفق من الآفاق استسعى المبيع). قال شيخنا: والاستسعاء مجاز، وإلا فحكمه حكم الدين. اهـ بل يسعني؛ لأنه يجب عليه السعاية؛ لأن الحر يسعني في مواضع وهذا منها كما سيأتي في باب المفلس.

وقال الشافعي: لا رجوع على المبيع.

مسألة: ولا يجوز بيع أم الولد، خلاف الباقر والصادق والناصر، وبيعها باطل عند القاسم والهادي، وفاسد عند المؤيد بالله وأبي طالب، قال أبو مضر: يعني مع الجهل بالتحريم، فأما مع العلم به فباطل^(١).

مسألة: من باع أمته ثم ادعى أنها أم ولده لم يفسخ بيعها إلا بأحد أمور أربعة: إما مصادقة المشتري له^(٢)، أو قيام شهادة حسبة^(٣) على كونها أم ولد له أو على إقراره بذلك قبل بيعه لها، أو بأن تضع مولودا حيا^(٤) لدون ستة أشهر من البيع ويدعيه أنه له، فيثبت نسبه منه^(٥)، وإذا ثبت بطل بيع أمه، فلو ادعى الولد بعد موته لم تصح دعواه له، إلا إن مات بقتل عمد فيستحق القصاص به^(٦) ويبطل البيع. وأما بعد ستة أشهر^(٧) فلا تصح دعواه له إلا أن يصادقه المشتري.

الرابع: أن يكون لها ولد لا يعرف له أب من قبل بيعها فيدعيه البائع، فإنه يثبت نسبه منه^(٨) ويبطل بيعها. وقال الإمام يحيى والفقهاء يحيى البحيح: لا يبطل بيعها في هذين الوجهين الأخيرين ولو ثبت نسب الولد **فرغ**؛ فلو كان المشتري قد أعتقها^(٩) لم يبطل العتق إلا بالبينة والحكم على

(١) وقيل: لا فرق عند السيدين. (كواكب).

(٢) أو نكوله. (قررو).

(٣) مع الحكم. (قررو).

(٤) لأنه لو ولد ميتا فهو يجوز أنه من المشتري.

(٥) ولا يحتاج إلى مصادقة هنا. (قررو).

(٦) على قول الفقيه علي كما تقدم في اللعان. اهـ والمذهب خلافه.

(٧) بل لستة أشهر. (قررو).

(٨) ولو لم يصادقه المشتري؛ حفظا للنسب. (قررو).

(٩) راجع إلى الوجوه الثلاثة.

القول بأن بيعها باطل، ولا تصح البيعة إلا من الأمة؛ لأن لها حق الفراش، لا من البائع؛ لأن بيعه يكذب دعواه^(١) وبيئته، ولا من باب الحسبة^(٢)؛ لأنها قد صارت حرة في الظاهر. وحيث لا بينة وولدت قبل العتق وادعاه البائع^(٣) رد له الولد، ورد حصته من الثمن^(٤) على قدر قيمته يوم ولد^(٥) وقيمتها يوم البيع غير حامل^(٦).

مسألة: ولا يجوز ولا يصح بيع الوقف إلا في حالات، منها: إذا انتهى إلى حال لا ينتفع به في الوجه الذي قصد بوقفه له فيجوز بيعه، خلاف الشافعي. ومنها: إذا خشي فساده أو تلفه إن لم يبع. ومنها: إذا خشي فساد الموقوف عليه

(١) وعن الدواري فيمن باع شيئاً ثم ادعى أنه وقف فإنها تصح دعواه وتسمع بيئته، فيأتي هنا مثله، والله أعلم. (قررو).

(٢) وفي الصعيتري أنها تصح حسبة؛ لأنها حق لله تعالى، ولأن السكوت يؤدي إلى أنها تزوج وتوطأ وفراش السيد ثابت، وهو منكر، فيجب إنكاره. (من خط سيدي الحسين بن القاسم عليه السلام).

(٣) يعني حيث جاءت به لدون ستة أشهر، أو لفوقها وصادقه المشتري قبل العتق كما تقدم، وأما بعد العتق فلا يرد له شيئاً؛ لأنه قد استهلكها بالعتق. (قررو).

(٤) أما رجوع الولد للبائع فلائنه ولده، وأما رد الحصة فلأن الثمن في مقابلة الأم والولد، والعتق إنما وقع عليها دونه. (بستان بلفظه).

(٥) يعني أنه يقوم يوم الوضع، وتقوم الأم يوم البيع غير حامل، ويقسم الثمن على قدر القيمتين. (قررو).

(٦) قال الفقيه يحيى البحيح: ويحتمل أن تقوم الأم حاملاً وغير حامل، فإذا عرفنا قيمته قسمنا الثمن على قيمته وقيمة الأم، فأما لو أعتقها وهي حامل عتق الولد^[١] ولم يرجع بحصته؛ لأنه لم يرد، ذكره الفقيه يحيى البحيح. وقيل: إنه يرجع؛ لأنه حر وإن لم يرد؛ لأنه لم يعتق بعثتها؛ لأن حرته سابقة على العتق. (ديباج).

[١] ينظر لمن يكون الولد إن صادقه المشتري؟ لعله يكون للبائع. (هامش تعليقه الفقيه يحيى البحيح). إن أراد ولاء الأمة فلا اعتراض، وإن أراد ولاء الابن فلا اعتراض واقع. (شامي). ويكون إقرار البائع به كمن أقر بصغير وسيأتي. (شامي).

كالمسجد أو نحوه^(١) ولم يمكن إصلاحه إلا ببيع الوقف الذي عليه. ومنها: إذا لم يمكن إصلاح الوقف في نفسه إلا ببيع بعضه لإصلاح البعض الآخر فيجوز^(٢)، ذكر ذلك كله المؤيد بالله.

مسألة: ولا يجوز بيع المدبر إلا عند الحاجة إلى ثمنه أو بعضه لنفقته أو نفقة من تلزمه نفقته أو لقضاء دين عليه لم يمكنه ذلك إلا من ثمن المدبر، وإلا حيث دبره وهو مؤمن^(٣) ثم فسق^(٤) فإنه يجوز بيعه قبل أن يتوب عند الهادي، خلاف المؤيد بالله. وقال زيد بن علي وأبو حنيفة: لا يجوز بحال. وقال الناصر والشافعي: يجوز بكل حال.

وأما جعله مهراً فيجوز مع الفقر وضرورة النكاح، لا مع الغنى. ومع الفقر وعدم الضرورة قال الفقيه يحيى البحيح: يجوز أيضاً، وقال الفقيه علي: لا يجوز العقد عليه، بل على مهر في الذمة ثم^(٥) يسلمه عنه.

(١) قال في شرح ابن بهران: أما إذا كان الموقوف عليه آدمياً وأشرف على الهلاك من الجوع ونحوه ولم يمكن سد خلته إلا ببيع ما هو موقوف عليه - فقد توهم بعض الناس جواز ذلك قياساً على المسجد إذا خرب ولم يمكن إصلاحه إلا ببيع ما هو موقوف عليه، وذلك قياس فاسد؛ لأن المقصود بالوقف على المسجد دوام إصلاحه للانتفاع به أبداً، وليس المقصود بالوقف على آدمي دوام حياته، بل للانتفاع به مدة حياته، وهو وإن لم يمت بالجوع ونحوه مات من غير ذلك، وهذا فرق واضح. (شرح بهران بلفظه من كتاب الوقف). وعن بعض المذاكرين: يصح بيعه لخشية الهلاك كالميتة. (شرح بهران). يعني كما أبيحت الميتة للمضطر إليها بياح الوقف، وبالإضرار ترك الواجب، وبه تبطل أحكام العقود. اهـ وقيل: إن جواز الميتة قد أبيع للمضطر إليها فقط، وفي جواز بيع الوقف إحلاله لمن لم يضطر إليه، وهو المشتري؛ لأن اضطرار البائع إلى الثمن فقط، فينظر.

(٢) إذا كان الواقف واحداً في صفقة واحدة، ذكره الفقيه يحيى البحيح. (كواكب) (قرئ).

(٣) لا فاسق أصلي فلا يجوز بيعه. وفي الأثر: لا فرق بين الطارئ والأصلي. (قرئ).

(٤) للفسق يجوز البيع وغيره، وللضرورة يجوز البيع فقط. (قرئ).

(٥) في (أ): وقال الفقيه علي: لا يجوز إلا في تسليمه عن المهر بعد وجوبه.

مسألة: ولا يجوز بيع ما يقتل كثيره وقليله؛ إذ لا نفع فيه. ويجوز بيع ما ينفع قليله ويقتل كثيره^(١). ولا يجوز بيع آلات الملاهي^(٢) إلا بعد رضاها^(٣) إذا لها نفع وقيمة.

مسألة: ولا يصح^(٤) بيع الطير والصيد والسمك قبل اصطيادها، إلا ما صار منها في موضع مملوك^(٥) بحيث يمكن أخذه باليد لو حضر مالكة من غير تصيد فقد ملكه. فإن اصطيدت ثم أرسلت بحيث لا يمكن اصطيادها لم يصح بيعها، وقال أبو مضر: يكون كبيع الآبق. وحيث يمكن أخذها بغير تصيد يصح بيعها، وللمشتري خيار الرؤية ولو رأى السمك بين الماء. وحيث لا يمكن أخذها إلا بتصيد يصح بيعها ويثبت لها الخيار كبيع الآبق.

مسألة: ولا يصح بيع الحمل ولا هبته ولا التصدق به ولا التكفير به^(٦) ولا جعله مهراً، ويصح النذر به والإقرار والوصية وجعله عوض خلع؛ لأن هذه الأشياء تقبل الجهالة.

مسألة: ولا يصح بيع الكبد^(٧) ونحوها من حيوان حي، وإن استثنى ذلك منه فسد البيع، وكذا في صوفه وشعره ووبره. ويجوز ذلك كله بعد ذبحه.

(١) كالسقمونيا، وهو دواء للبطن يسهله، فقليله ينفع وكثيره يقتل. (بستان). قيل: إنه حب الفيل، وقيل: شجر لا يوجد إلا في أنطاكية. (ضياء). ويسمى عند الأطباء الشجرة المحمودة. وقيل: هي شجرة الرميد بلغة صنعاء.

(٢) ومثلها الأصنام.

(٣) أي: كسرها.

(٤) في (د): ولا يجوز.

(٥) أو آلة مملوكة ولو نصبت في مباح على التفصيل الذي في كتاب الصيد في البيان، ولفظه: فرع: وما وقع من الصيد في الحضيرة أو الشبكة.. الخ.

(٦) إلا أن يقول: إن ولدت حياً فهو حر عن كفارتي كما هو معلق في الظهار. (قررد).

(٧) ولا شيء من التصرفات. (قررد).

مسألة: ولا يصح بيع المجهول كشاة من غنمه أو ثوب من ثيابه. وكذا لو باعها إلا واحدا منها غير عين فلا يصح ذلك كله إلا بذكر الخيار لأحدهما^(١) مدة معلومة. وهذا في ذوات القيم، وأما في ذوات الأمثال نحو بيع مد أو رطل من شيء معين فيصح، وإن باع الكل واستثنى منه مدا أو رطلا: فحيث الباقي يعرف قدره^(٢) يصح^(٣)، وحيث لا يعرف قدره^(٤) لا يصح؛ لأنه صار المبيع غير معلوم تفصيلا ولا جملة؛ لأنه قد استثنى بعضه. وقال الإمام يحيى وأبو مضر: يصح ولهما الخيار قبل التعيين.

مسألة: وإذا شرط في البيع إرجاع المبيع أو الثمن أو جرى به العرف فإن كان بشيء معلوم صح، وبمجهول لا يصح البيع.

مسألة: ولا يصح بيع الثمار قبل ظهورها، ولا بعد ظهورها وقبل نفعها، خلاف أبي مضر، ولا بعد نفعها وقبل إدراكها عند القاسم والهادي، وقال زيد بن علي والمؤيد بالله وأبو حنيفة والشافعي: يصح إذا شرط قطعها لا بقاؤها، قال المؤيد بالله وأبو حنيفة: وكذا مع الإطلاق يصح أيضا ثم يؤمر بقطعها، وقال المنصور بالله: يصح إذا شرط قطعها أو بقاؤها مدة معلومة. وأما بعد إدراكها - وهو طيب أكثرها بحيث تصلح للأكل، وحيث يشتد الحب في الزرع - فإن شرط قطعها صح وفاقاً، وإن شرط بقاؤها فقال المؤيد بالله وأبو طالب وأحد قولي أبي العباس: لا يصح البيع^(٥)، وقال زيد بن علي والشافعي وأحد قولي أبي العباس: يصح، ولفق الأستاذ بين القولين بالصحة حيث البقاء مدة معلومة،

(١) أو لغيرهما مدة معلومة.

(٢) قبل البيع. (مفتي) و(قرير).

(٣) وظاهر الأزهار خلافه.

(٤) قبل البيع.

(٥) وعليه الأزهار.

وبالفساد حيث المدة مجهولة، قال الفقيهان يحيى البحيح وعلي وأبو مضر: وهو المعمول عليه.

وإن أطلق بيعها من غير شرط صح ووجب قطعها، إلا أن يرضى البائع ببقائها. فلو كان عرفهم البقاء فإلى مدة مجهولة يفسد^(١)، وإلى معلومة يصح على الأصح^(٢)، وهو التلفيق.

مسألة: وإذا بيع ما هو كامن في الأرض من الجزر أو الثوم أو الفجل^(٣) أو البصل أو الفوه أو الزنجبيل فقال أبو حنيفة وأبو جعفر والمنصور بالله والقاضي زيد: يصح^(٤)، وقال أبو طالب والشافعي: لا يصح^(٥) إلا أن تباع الأرض وما فيها، وقال الناصر: يصح فيما قد خرجت ورقه. وحيث يصح البيع يكون القلع على البائع، إلا أن يجري العرف بخلافه، وللمشتري خيار الرؤية فيه ما لم يحصل فيه عيب بعد قلعه، كتكسير زائد على المعتاد من المشتري^(٦). وإن بيعت الأرض وما فيها ثم اشتراها البائع وحدها بعد قبضها صح وفاقا^(٧).

(١) وظاهر كلام الأئمة أنه يصح مطلقاً ويؤخذ بالقطع. (غيث). لأن العقد إذا احتمل وجهي صحة وفساد حمل على الصحة، وهو القطع. اهـ ولفظ التذكرة: ويصح بعده بشرط القطع أو سكت فيلزم. (قرر).

(٢) ويؤخذ بالقطع. (قرر).

(٣) قال في شمس العلوم: الفجل بضم الفاء وسكون الجيم، حار خبيث الجشاء، يهضم الطعام، وصغاره أصلح من كباره، وورقه خير من أصله. (بستان بلفظه).

(٤) كما في بيع الغائب والكبد ونحوها من حيوان مذكى، ولعمل المسلمين بذلك من غير تكبير خلفاً عن سلف. (بستان).

(٥) لأنه يبيع مجهول، وفيه غرر، كبيع الحوت في البحر، وقد نهى صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع الغرر. (بستان).

(٦) فلو كان القالع البائع لم يمنع الرد.

(٧) هذه حيلة في بيع ذلك على قول من منعه. وقال الفقيه يحيى البحيح: إن في هذه الحيلة نظراً؛

فَرَعٌ؛ وكذا في حق المسبل والاستطراق والبناء ونحوه^(١) لا يصح بيعه وحده، وإن باع الأرض وقبضها المشتري ثم باعها من البائع واستثنى الحق صح ذلك^(٢).

مسألة: وإذا اشترك جماعة في شراء شيء مشاع بينهم لم يصح من أحدهم بيع نصيبه قبل أن يراه الباقيون؛ لأنه يؤدي إلى بطلان خيارهم أو تفريق الصفقة على البائع. وقال المؤيد بالله: يصح ويكون المشتري منه قائماً مقامه: إن رد الباقيون أو بعضهم رد معهم، وإن رضوا الكل فلا رد له إلا على الذي باع منه. قال الفقيهان محمد بن يحيى وحسن: أما إذا باع من البائع فإنه يصح^(٣).

وبعد رؤيتهم الكل يصح بيعه ممن شاء، لكن يكره بيعه من غير الشريك حتى يعرض عليه^(٤) كما في غير هذا مما هو مشترك.

مسألة: ومن باع شيئاً بأكثر من سعر يومه فوق ما يتغابن الناس بمثله^(٥)

لأن إدخال الكامن في بيع الأرض يفسد العقد؛ لاشتماله على ما يصح وعلى ما لا يصح كبيع الحر والعبد. قلنا: الحر لا يصح بيعه بحال، بخلاف الكامن فلم يمنع من صحة بيعه إلا جهالته، ولهذا يصح متى قلع بالإجماع. (بستان بلفظه).

(١) حق التحميل عليه.

(٢) وعليه ما عليه من النظر في المسألة الأولى. اهـ لا نظر.

(٣) وقواه الفقيه يوسف، وصدوره في الأثمار، والأولى أنه لا يصح، ولا فرق بين البائع وغيره، وقد ذكر معناه في الصعيتري حيث قال فيه: لأنه إذا لم يرجع إليه جميع المبيع بسبب واحد - وهو الرد بخيار الرؤية - فقد فرقت عليه الصفقة، فيلزم أن لا يصح على تعليل أبي العباس وأبي طالب. اهـ وهو ظاهر الأزهار.

(*) لأنهم إن لم يردوا فقد رضي لنفسه بالتفريق، وإن ردوا فلا تفريق.

(٤) لقوله ﷺ: ((لا يبيع الشريك حتى يعلم شريكه))، وهذه الكراهة ضد الاستحباب. (بستان بلفظه).

(٥) لأنه ثمن له في حال. اهـ وفي الزهور: لأننا لا نقطع بأنه زيادة حتى يخرج عما يقع به التغابن.

مؤجلاً، سواء شرطاً الأجل أو أضمراه: فإن كان لا يبيعه معجلاً إلا بذلك القدر صح، وإن كان يبيعه بدونه أكثر مما يتغابن الناس بمثله فالزيادة هنا للأجل، وذلك ربا لا يجوز^(١) عند القاسم والهادي والناصر والمنصور بالله وزين العابدين، خلاف زيد بن علي والمؤيد بالله وأبي حنيفة والشافعي^(٢).

فرع: فلو باعه المشتري قبضه هو للبائع: إن أجازته صح، وإن لم فلا، وبعد قبضه بإذن البائع كذا أيضاً؛ لأن فاسد الربا لا يملك على الأصح، خلاف تخريج المؤيد بالله أنه يملك، وإذا ربح فيه تصدق بربحه^(٣).

فرع: فلو احتالاً في ذلك بأن يقرض البائع المشتري قدر الثمن ثم يبيعه منه ويعجل له الثمن الذي أقرضه ويبقى له عليه القرض - لم يصح^(٤) ذلك أيضاً على الخلاف.

مسألة: من باع شيئاً ثم اشتراه بدون الثمن الذي باعه به: فبعد قبضه لكل الثمن يجوز^(٥)، وقبل قبضه لكاه ولو قد قبض أكثره فإن كان النقصان من ثمنه لأجل عيب حدث فيه أو نقصان حصل فيه وكان قدر أرشه جاز، وكذا إذا كان النقصان لأجل ما قد أخذ المشتري من فوائد المبيع^(٦) الأصلية وكان قدرها أيضاً، وإن لم يكن كذلك لم يصح شراؤه له - خلاف الشافعي - ولو قد رخص

(١) فيكون باطلاً. و(قرئ).

(٢) واختاره الإمام المهدي والإمام شرف الدين والمفتي عليه السلام.

(*) وحجتهم قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، وهذا عام إلا ما خصته دلالة، ولأنه بيع بثمن معلوم من المالكين بتراضيها فوجب القضاء بصحته كالبيع بالنقد. (بستان).

(٣) هذا على تخريج المؤيد بالله، والذي يأتي على أصل المؤيد بالله أنه يملكه، والذي يأتي على أصلنا أنه باق على ملك مالكة، إلا أن يربح في ثمنه استقام الكلام. (شامي).

(٤) وهذه مسألة العينة؛ لأنه يعود إلى البائع عين ماله.

(٥) إذا لم يكن ثم حيلة.

(٦) التي شملها العقد. (قرئ).

سعره^(١) أو انتفع به المشتري، ولو اشتراه بغير جنس الثمن الأول، خلاف أبي حنيفة وأبي مضر. وهذا إذا قصد به الحيلة^(٢) فإنه لا يجوز، فلو لم يقصد بذلك الحيلة في الزيادة للسلف فقال في المنتخب وأبو العباس: يجوز، وقال أبو طالب: لا يجوز أيضاً.

فَرَعٌ: فلو خرج المبيع عن ملك المشتري إلى غيره واشتراه البائع بدون ثمنه الأول فإن فعلوا ذلك حيلة لم يجوز، وإن لم جاز.

فَرَعٌ: فلو اشتراه البائع جاهلاً بتحريمه ولا مذهب^(٣) له فيه: فإن ظن جوازه كان ظنه مذهباً له^(٤)، فإذا ترجح له التحريم من بعد كان كتغير الاجتهاد، فإن قلنا: «يعمل بالأول» جاز له الاستمرار على ملكه، وإن قلنا: «يعمل بالثاني» لم يحز له، بل يردده، فإن تشاجراً تحاكماً، وإن لم يظن جوازه ولا

(١) أما الرخص إذا باعه بسعر وقته من البائع فالقياس الصحة؛ لأنه باعه بقيمته واشتراه بقيمته، ذكره في السلوك عن الفقيه محمد بن يحيى. ولعل جوابه أن عموم الخبر اقتضى التعميم. (* وهو مفهوم الأزهار في قوله: «أو بقدر ما انتقص من عينه».

(٢) قوله: «وهذا إذا قصد الحيلة» يعني وهذا الممنوع منه حيث قصد الحيلة، لأنه راجع إلى الخلاف الأول فقط حيث اشترى بغير جنس الثمن الأول [فتلك صورة قد انقضت]. (بستان).

(* وصوره الحيلة أن يتفقا على أن يسلفه ثمانية دراهم بعشرة، فيتحيلان في ذلك بأن يبيع منه شيئاً بعشرة ثم يشتريه منه بثمانية ويدفعها له، ويكون الثمن الأول باقياً عليه، فهذا لا يجوز ولا يصح؛ للخبر الوارد فيه، وهو النهي عن سلف وبيع. (بستان).

(٣) وهو الجاهل المطلق، لا من مذهبه مذهب شيعته فهو كجاهل مذهبه، فيعذر وقت الجهل فقط. (شامي). (قررو).

(٤) وهذا في حق من لا مذهب له.

(* وقد تقدم نظير هذا في الطلاق^[١] والنكاح^[٢].

[١] في المسألة الرابعة من قبل العدة.

[٢] قبيل الرابع من شروط النكاح، والله أعلم.

تحريره عمل فيه بما يختاره من بعد. وهكذا في سائر المسائل الخلافية.

مسألة: ويجوز بيع الماء بعد ملكه^(١)، وقبله لا يجوز فيما لم يستحقه، وأما ما قد استحقه كماء الآبار والبرك والحفر المملوكة فكذا لا يصح، خلاف أحد قولي المؤيد بالله والقاضي زيد والوافي أنه ملك، وأما المناهل المحرزة في البيوت ونحوها^(٢) وما وقع في الأواني قبل نقله فقال الفقيهان يحيى البحيح وحسن: لا يصح أيضاً، وقال المنصور بالله^{قوي} والفقيه محمد بن يحيى والسيد يحيى: بل هو ملك^(٣)، فيجوز بيعه.

فرع: ويصير الماء معلوماً بالمشاهدة كالجزاف، أو بالكيل أو الوزن أو بذراع لا يختلف في ماجل معين، أو بمضي وقت معلوم^(٤) في حال خروجه من مجرى معلوم^(٥).

فرع: والحيلة في بيع الماء^(٦) الحق وحده أن يبيع موضعه أو مجراه بحقوقه ثم يشتريه وحده بعد قبضه^(٧).

(١) بالنقل والإحراز.

(٢) مواجل الحصون. (شرح أزهار).

(٣) وهو المذهب في المناهل ونحوها، لا في الأواني. (قررو). لكن يطلب الفرق. (من خط محمد أحمد الريمي رحمته الله).

(*) وهو يفهم من قوله في الأزهار: «أو ما في حكمهما»، والله أعلم.

(٤) ولفظ التذكرة: ولا يبيع ماء البئر والغيل كالسيل والوادي إلا بعد إحرازه ونقله ومعرفته بكيل أو وزن أو وقت. (باللفظ).

(٥) المذهب لا يصح في هذا المثال، إلا أن يكون الماء في محل لا ينقص ولا يزيد فإنه يصح؛ لعدم اختلاف الخارج حينئذ حيث أمكن ضبط الوقت. (إملاء شامي).

(٦) ولعل هذه الحيلة يفهمها الأزهار بقوله: «وما استثنى أو يبيع من حقه بقي»، فيفهم منه صحة البيع. (من خط سيدنا حسن رحمته الله).

(٧) هذه الحيلة ونحوها مما تقدم في مسألة الجزر والثمار ونحوها مما لا يصح بيعها فيها نظر؛ لأن

مسألة: ولا يصح بيع الحطب والحشيش قبل قطعه ولو نبت في ملكه، خلاف المؤيد بالله. وكذا ما تحجره لم يصح بيعه ولا إجارته، فمن احتطب أو احتش أو اصطاد من أرض غيره ملكه وكان آثماً بالدخول مع الضرر، وكذا مع عدم الضرر وكراهة المالك، خلاف المنصور بالله وأبي جعفر والإمام يحيى^(١).

مسألة: من باع عبداً معه مال فهو لبايعه ما لم يردده^(٢)، فإن رده صار لبيت المال، وإن ظهر المال معه بعد الشراء بوقت يجوز أنه قد كسبه فيه: فإن ادعاه المشتري فله^(٣)، وإن لم وادعاه البائع فله، وإن لم يدعيه فلبيت المال.

فروع: فإن باع العبد والمال الذي معه صح إذا كان معلوماً، لكن حيث هو مخالف للثمن في الجنس والصفة التي هي الكيل أو الوزن يجوز مطلقاً^(٤)، وحيث هو موافق له فيها معاً لا بد من كون الثمن أكثر من المال، وقبض المال وقبض مثله من الثمن قبل افتراقهما، وحيث هو موافق له في أحدهما فقط لا

البائع لم ينسلخ؛ ولأن المقصود الحق دون غيره.

(*) لفظ البرهان: ثم يشتري الموضع وحده بالزائد على ما كان تراضوا به ثمناً للماء ويستثني الماء. (قرر).

(*) وقيل: لا يصح، وهو المختار؛ إذ هو يؤدي إلى أخذ العوض في مقابلة الحق. ولعله يفهمه الأزهار بقوله: «ومتى انضم إلى جائز البيع غيره..» الخ مع قوله: «ولا في حق». (سيدنا حسن). إلا أن يفرق بين ما يدخل تبعاً للمبيع وما لا يدخل فهو الموافق لما في الكتاب. ولفظ البحر: مسألة: فإن قال: بعثك الشاة وفيها لبن دخل تبعاً فيصح، فإن قال: الشاة ولبنها فوجهان: يفسد؛ للجهالة، ولأ؛ لدخوله تبعاً، ويلغو ذكره، الإمام يحيى: وهو الأصح. (بلفظه من خط سيدنا حسن).

(١) حججهم قوله ﷺ: ((ما ضررنا بأرضك يا يهودي)). (بستان بلفظه).

(٢) أي: ينفه.

(٣) الأولى أنه لا يحتاج إلى دعوى؛ لأنه ملكه، فإن نفاه كان لبيت المال. (قرر).

(٤) سواء كان الثمن أكثر من المال أم لا، وسواء قبض المال ومثله من الثمن قبل الافتراق أم لا. (بستان بلفظه).

يشترط لإقبض المال وقبض حصته من الثمن قبل افتراقهما، وإن افترقا قبل قبضهما بطل البيع في المال فقط^(١)، كما لو باع مدا برا ورطلا سمنا بمدين شعيراً فلا بد من قبض البر وحصته من الشعير قبل الافتراق، وإلا بطل فيما لم يقبض منهما وصح في الباقي، ويكون تخصيص الثمن على قدر قيمة المبيع.

مسائل: والبيع الموقوف والشراء الموقوف على الإجازة يصحان، خلاف الناصر والشافعي، وأجاز أبو حنيفة البيع الموقوف لا الشراء الموقوف. وقال مالك عكسه.

فرع: ثم للموقوف شروط خمسة وأحكام خمسة، أما الشروط فالأول: أن يكون العقد صحيحاً^(٢)، فأما الفاسد فلا تلحقه الإجازة، ذكره المؤيد بالله والإمام يحيى، وقال الفقيه حسن: بل تلحقه، فتثبت له أحكام الفاسد. وهو ظاهر كلام الوافي.

والثاني: أن يضيف المشتري لغيره إلى من اشتراه له إما باللفظ وإما بالنية. وقال المنصور بالله: لا تكفي النية. وأما فيمن باع مال غيره فلا يحتاج إلى إضافة إليه^(٣)، بل لو أضاف البيع إلى نفسه أو نواه لنفسه فلا حكم له^(٤)، بل هو مال كونه

(١) لا في العبد؛ لأن المفسد طارئ، فيصح بالزائد من الثمن على المال قل المال أو كثر. (كواكب لفظاً) (قرئ).

(٢) وذلك لأن المستند في الموقوف خبر حكيم وكان عقده صحيحاً. (بستان بلفظه).

(*) والعبرة في صحة العقد بمذهب المجيز. (قرئ).

(٣) لأنه إسقاط. (قرئ).

(٤) حيث الثمن في الذمة أو نقداً، وإلا كان كمن اشتراه لنفسه بهال غيره فلا يصح. (بستان). وسيأتي مثل هذا في الإجازة الموقوفة. اهـ والمذهب الصحة هنا وفي الإجازة. ولفظ حاشية في إجازة المالك لما أجره الغاصب ما لفظه: المذهب أنه يصح؛ لأن المنفعة قيمية، كمن اشترى قيمياً للغير بقيمي فإنه يكون لصاحب القيمي وإن قصد عن نفسه. (سماح سلامي). وقد ذكره الإمام المهدي، وكأنه باع المنافع بالعرض.

إذا أجاز. قال المنصور بالله: ولو نوى المالك في إجازته أنه للبائع أيضا فلا حكم له. وقال الشيخ عطية: يفسد البيع حيث أضاف البائع إلى نفسه.

فَرَعٌ؛ وإذا لم يجز المشتري له رد المبيع لبائعه حيث أضاف المشتري إلى من اشتري له باللفظ، وحيث أضاف إليه بالنية إن صادقه البائع فكذا أيضا، وإن لم يصادقه بقي المبيع للمشتري، فيملكه ظاهرا لا باطنا^(١)، ذكره أبو العباس وأبو مضر، وقال الفقيه يحيى البحيح: بل ظاهراً وباطناً.

والثالث: أن يكون المجيز للمبيع مالكا للمبيع أو للتصرف فيه حال وقوع البيع، لا إن ملكه من بعد ثم أجاز فلا يصح، خلاف المنصور بالله في الوارث فقال: تصح منه الإجازة. وكذا فيمن حدثت له الولاية بعد البيع كالإمام والحاكم فلا تصح إجازته، خلاف المنصور بالله. فلو بيع مال صبي لا ولي له فالإجازة إليه بعد بلوغه، وإن كان له ولي: فإن أجاز قبل بلوغ الصبي صح، وإن لم يجز حتى بلغ الصبي فقال المؤيد بالله والمنصور بالله: تكون الإجازة إلى الصبي^(٢)، وقال الفقيه يحيى البحيح: إلى الولي.

(١) ويأمره الحاكم ببيعه أو يقضيه إياه عن الثمن الذي دفعه للبائع، وأما لو باعه ونقص عن الثمن أو زاد سل؟ أما النقصان فيستوفيه في ظاهر الشرع؛ لأنه قد لزمه، وأما الزيادة فتكون لبيت المال. (شامي). وقيل: الزائد للبائع، والناقص في ذمته. (عامر) (قرر). كما قالوا في الفاسد. ولفظ البيان: فرع: فلو كانت القيمة أكثر من الثمن لزم المشتري دفع زائد القيمة، وإن كانت أقل منه لزم البائع رد زائد الثمن للمشتري. (بلفظه). فيكون هنا مثله بجامع التسليط. (سيدنا حسن عليه السلام).

(*) يعني وأما في الباطن فلا يملكه، بل هو لمالكة الذي هو البائع، لكن قد أباحه له البائع يفعل فيه ما شاء، ذكر ذلك في المضاربة في هذا الكتاب وغيره.

(٢) فلو اشتري الفضولي للصبي أو باع عنه ومات الولي قبل الإجازة فبلغ الصبي لم تصح منه الإجازة؛ لأن العقد قد بطل بموت من كان موقوفا على إجازته كبطلانه بموت أحد المتعاقدين. (حاشية سحولي لفظا) و(قرر).

والرابع: أن يبقى المجيز إلى أن يجيز^(١)، فلو مات قبل أن يجيز لم تصح الإجازة من الوارث، خلاف المنصور بالله. وأما بقاء المبيع فلا يشترط بقاؤه^(٢)، ذكره أبو طالب وأحد قولي المؤيد بالله ورواية عن الهادي، خلاف أحد قولي المؤيد بالله ورواية عن الهادي. ولعل الخلاف^(٣) يكون فيما لا يحتاج إلى قبض المبيع، وهو حيث المبيع في يد المشتري أمانة^(٤) أو يمسكه بحق^(٥). وأما بقاء المتعاقدين فقال المنصور بالله والإمام يحيى والفقهاء يحيى البحيح: لا يشترط، وقال أبو حنيفة ورواه في التقرير عن السيدين: إنه يشترط.

(١) قلت: وزوال عقله كالموت، وكذا لحوقه بدار الحرب.
 (٢) وفائدة الخلاف فيما لو قبض الفضولي ما اشتراه ثم تلف في يده ثم أجاز المشتري له الشراء والقبض، فإن قلنا: إن الإجازة تلحق التالف فالواجب للبائع الثمن على المجيز، وللمجيز القيمة على الفضولي إذا تلف بسبب يوجب الضمان وإن تلف على وجه لا يوجب الضمان دفع المجيز الثمن ولا شيء له، وإن قلنا: إن الإجازة لا تلحق التالف فالواجب للبائع القيمة على الفضولي إن تلف بسبب يوجب الضمان، وإن لم يكن فلا شيء له، ولا شيء على المجيز^[١] بحال، وقد دل كلام أبي طالب بصحة إجازة المالك لإجازة الغاصب على صحة إجازة التالف. (صعيتري بلفظه).

(٣) قوله: «ولعل الخلاف.. إلخ» يعني فعلى القول الأول يتلف من مال المشتري، وعلى القول الآخر من مال البائع، قال الوالد: فأما إذا لم يكن في يد المشتري وتلف قبل قبضه فإنه يتلف من مال البائع. وقيل: فائدة الخلاف لو قبض المشتري المبيع بغير رضا مالكة وقبل إجازته وتلف معه ثم حصلت الإجازة، فعلى القول الأول يتم البيع ويسلم الثمن، وعلى القول الثاني يبطل البيع ويضمن قيمة المبيع لمالكة. (بستان). وفي الكواكب ما لفظه: والقول الأول إنما يستقيم حيث كان المبيع في يد المشتري وتلف معه حيث لا يحتاج إلى تجديد قبض. (باللفظ).

(٤) على قول المؤيد بالله وأبي حنيفة، وقد تقدم في المسألة السادسة من قوله: فصل: ويجوز البيع من الكفار. وأما عندنا فلا بد من القبض في الأمانة.

(٥) وهو المذهب حيث هو مضمون عليه، والله أعلم.

[١] لأنه مبيع تلف قبل قبضه. (هامش صعيتري).

والخامس: أن لا يتقدم على الإجازة فسخ للعقد الموقوف من المتعاقدين أو من أحدهما أو ما هو كالفسخ، نحو عقد آخر ينافي الأول، وأن لا يرد المجيز قبل إجازته، فلو قال: لا أجزى أو لا أرضى أو لا رغبة لي فيه أو لا حاجة لي فيه ثم أجازته لم يصح^(١)، ذكره المنصور بالله والفقير محمد بن سليمان. قال في الكافي والسيد يحيى: وكذا لو أنكر البيع ثم أجازته لم يصح^(٢).

وأما الأحكام فالأول: أن حقوق العقد الموقوف تعلق بالمالك لا بالعاقده، فليس له قبض ما اشترى ولا ثمن ما باع، ولا تسليم المبيع، فلو فعل ثم أجاز المجيز فمع علمه بالقبض^(٣) يكون إجازة له أيضا، ومع جهله له لا يصح. فإن تلف ما قبضه معه لم يضمه إلا أن يفرض في حفظه في الوجهين معا^(٤).

والثاني: أن الإجازة على التراخي ما لم يكن منه رد. والإجازة تصح بالقول أو الفعل، أما القول فنحو: أجزت أو رضيت أو قبلت أو ملكت^(٥) أو نعم ما فعلت، ذكره في التقرير، أو يطلب الثمن أو المبيع أو نحو ذلك. وأما الفعل فنحو تسليم المبيع^(٦) أو الثمن^(٧) أو قبض أيهما، أو التصرف فيه^(٨) بعد العلم بالبيع أو الشراء له وبأن هذا هو المبيع أو الثمن، ولو جهل كون ذلك إجازة فقد

(١) إذا جرى عرف أن الامتناع رد. (قرير).

(٢) القياس أنه يصح؛ لأن الإنكار ليس بفسخ. اهـ ولفظ حاشية: إذا جرى عرف بأنه فسخ، وإلا صح على المختار. (قرير).

(٣) وذلك لأن القبض تلحقه الإجازة. (بستان بلفظه).

(٤) العلم والجهل؛ لأنه في يده برضا مالكة كالوديع. (بستان بلفظه). لكن يقال: الضمان للبايع مع الجهل وللمشتري مع العلم. (قرير).

(٥) بالتخفيف والتشديد.

(٦) أو بعضه. (قرير).

(٧) أو بعضه. (قرير).

(٨) ولو لم يصح تصرفه، كالبيع قبل القبض. (قرير).

تمت في الظاهر، وأما في الباطن فقال الفقيه محمد بن يحيى: كذا أيضاً؛ لأنها إسقاط حق، وقال الفقيهان يحيى البحيح ويحيى بن أحمد: لا تصح.

والثالث: أن الإجازة إذا وقعت مع الجهل بقدر الثمن أو جنسه فقال المؤيد بالله: تصح، وقال المنصور بالله: لا تتم، بل يبقى له الخيار حتى يعلم ذلك. وهو ظاهر كلام أبي العباس في المهور. وقال القاضي زيد والأمر علي وابن أبي الفوارس والفقيه حسن: إن كان في الثمن غبن كثير أو كان من غير النقد المعتاد^(١) فله الخيار^(٢)، وإن لم فقد صحت.

والرابع: في فوائد المبيع التي تحصل بعد البيع وقبل الإجازة من المالك أو من المشتري له، فإن كانت مما لا يتميز عن المبيع كالسمن والكبر دخلت معه^(٣)، وإن كانت مما يمكن تمييزها عن المبيع كالصوف واللبن والحمل والتمر ونحو ذلك فقال المؤيد بالله: لا تدخل في المبيع مطلقاً، وقال المنصور بالله: إن كانت متصلة بالمبيع حال الإجازة دخلت معه، وإن كانت منفصلة عنه لم تدخل^(٤). وقال الأمير علي: إن أجاز المالك وهو عالم بالمتصلة دخلت، وإن لم فلا.

والخامس: أن الإجازة إذا وقعت لعقدين مختلفين فإن كانا من شخص واحد نحو أن يبيع مال زيد من عمرو ثم يبيعه من بكر صح العقد الثاني، لا الأول فقد بطل بالعقد الثاني على الأصح، ذكره المؤيد بالله وأبو العباس^(٥)، وإن كانا من

(١) ولم يجز التعامل به عرفاً. (قررو).

(٢) ولا بد مع ذلك من مراعاة حال البائع وغرضه، فإن كان غرضه الطعام كان له الخيار. (سماع عامر) (قررو).

(٣) وفاقاً.

(٤) والمذهب دخولها مطلقاً، متصلة أو منفصلة، موجودة عند العقد أم حدثت بعد العقد، علم بها أو لا، أصلية أو فرعية. (قررو).

(٥) هذا بناء على ما اختاره في الأثر وأفهمه البحر من أن الفسخ لا يشترط أن يكون في وجه العاقد. يقال: لم قد يستقر هنا البيع، بخلاف ما سيأتي، وسيأتي في البيان في كتاب الوكالة، فرع: وأما العقد الوقوف.. الخ.

شخصين فإن كان أحدهما أقوى كبيع العبد وعتقه على مال ثم أجازهما^(١) مالكة صح العتق^(٢)، وإن كانا سواء في القوة -نحو أن يبيع فضوليان مال زيد من عمرو وبكر ويجيزهما زيد- فإنه يقسم بينهما نصفين^(٣) ويثبت لهما الخيار، وقال المنصور بالله: بيطلان معاً^(٤).

مسألة: من باع ماله من زيد ثم باعه من عمرو فهو لزيد، فلو أجاز زيد البيع من عمرو فإن أجاز له لنفسه أو مطلقاً كان البيع له؛ فيصح إن كان بعد قبضه لا قبله، وإن أجاز البيع ونواه للبائع فإن كان البائع أراد بيعه من عمرو عن زيد أو لم يرد شيئاً فهو لزيد كما مر^(٥)، وإن كان أراد به عن نفسه انفسخ البيع الأول من زيد ولم يصح البيع الثاني من عمرو؛ لأنه قبل الفسخ على ما صححه المذاكرون^(٦)، وهو ظاهر كلام الزيادات، وعلى قول الهادي^(٧) وأبي مضر وابن أبي الفوارس يصح الثاني أيضاً.

(١) بلفظ واحد. (قررو).

(*) فأما لو أجاز الأول وحده أو الثاني وحده صح ما أجازته أولاً، وإنما الخلاف حيث أجازهما جميعاً. (غيث بلفظه) و(قررو).

(٢) قال المنصور بالله: إلا أن يكون البيع من ذي رحم للعبد فهو أولى؛ لأنه يتضمن العتق مع صحة البيع. (بستان). قد تقدم الكلام في النكاح في هذا الكتاب، واختير كلام الصعيتري^[١] أنه إذا كان البيع من ذي رحم لا يصح أيهما عند إجازتهما؛ لأنه لا مخصص لأيهما بالصحة؛ لأن كل واحد منهما قد حصل فيه العتق وال عوض. إلا أن يكون العتق معقوداً بغير مال فالبيع من ذي الرحم أولى؛ لأنه قد حصل فيه العوض مع العتق. (قررو).

(٣) قوي هبل.

(٤) لأنه يؤدي إلى ملك بين مالكين، وهو لا يصح؛ لأن كل واحد اشتراه من بائعه، والله أعلم. وذهب كلام المنصور بالله عن سيدي الحسين بن القاسم عليه السلام، والله أعلم.

(٥) يعني بعد القبض لا قبله. (قررو).

(٦) يعني في مسألة الهبة حيث وهب لشخص شيئاً ثم باعه فإن البيع يكون رجوعاً في الهبة ولا يصح. (بستان).

(٧) وعليه الأزهار في الهبة.

[١] المعلق على أول فرع من مسألة: وإذا زوجها وليان من زوج.

فَرَعٌ؛ فلو التبس أي العقدين المتقدم فأيهما بين حكم له^(١)، وإن لم فلنمن قبضه برضا البائع، وإن لم فلنمن أقر له البائع، وإن لم قسم بينهما^(٢) ولهما الخيار. **مسألة**: وإذا أجاز فضولي عقداً موقوفاً ثم أجاز المالك إجازته فقال الفقيه حسن: إنها تصح. ولعل مراده أنها تكون إجازة للعقد لا للإجازة^(٣)؛ لأن الإجازة ليست عقداً؛ لأنها تصح معلقة بالشروط، والعقود لا يصح تعليقها بالشروط.

مسألة: وإذا باع أحد الشركاء في أرض قدر نصيبه منها في جانب معين فإن قصد بيعه عنهم الكل أو لا قصد له كان موقوفاً على إجازتهم، فإن أجازوه صح واشتركوا في ثمنه وفي باقي الأرض، وإن لم يميزوه^(٤) بطل الزائد على حصته فيه، وفي حصته الخلاف الذي يأتي^(٥). وإن قصد بيعه عن نفسه ويكون ذلك نصيبه من الأرض فإن أجاز الشركاء^(٦) وصادقوه في قصده^(٧) صح البيع والقسمة، وإن أجازوا ولم يصادقوه في قصده فالقول قولهم في عدم القسمة، ويكون البيع لهم الكل. وإن لم يميزوا بيعه^(٨) بطل في الزائد على حصته من الذي باع، وأما قدر حصته منه فقال أبو مضر والفقهاء يحيى بن أحمد ويحيى البحيح: يصح بيعه لها وللمشتري الخيار إذا جهل ذلك، وقال الفقهاء محمد بن سليمان

(١) ولو كان في يد الذي يَبِّئ؛ لأنها خارجة مطلقاً.

(٢) بعد التحالف أو النكول. (بيان معنى من الإجازة). ولفظه: وإن حلفاً أو نكلاً اشتركا فيهما. (قرئ).

(٣) والصحيح أنها إجازة للإجازة لا للعقد. (قرئ).

(٤) بل ردوه. (قرئ).

(٥) لا يصح.

(٦) وإذا شفع سائر الشفعاء هل يكون إجازة للبيع وإن كانوا جاهلين؟ لا يبعد ذلك، وتصح القسمة والشفعة. (حديث) (قرئ).

(٧) أما البيع فلا يحتاج إلى قصد، بل ولو قصد عن نفسه، وإنما يحتاج إلى القصد في القسمة فقط كما ذكره في الأزهار في قوله: «أو قصد البائع عن نفسه». (قرئ).

(٨) بل ردوه.

وحسن ويوسف: لا يصح^(١)؛ لأنه لو صح لصح أن يبيع مثله في جانب ثان وفي جانب ثالث ورابع، فيكون نصيبه في الجوانب الأربعة من الأرض، وفي ذلك ضرر على الشركاء، فلا يصح إلا أن يرضوا به. وهو الأولى. قال الفقيه يوسف: وهكذا في الأراضي أو الدور^(٢) المشتركة بين جماعة إذا كانت المصلحة في قسمة بعضها في بعض ثم وقف أو باع أحدهم نصيبه في أحدها - فإنه لا يصح^(٣) إلا أن يرضوا به كلهم، وكذا إذا باع نصيبه فيها الكل من جماعة متفرقة^(٤)، وإن باعه من واحد صح وقام مقامه في قسمتها.

مسألة: من باع ماله ومال غيره ولم يجز الغير صح في ماله بحصته من الثمن^(٥)، خلاف أحد قولي الشافعي، وللمشتري الخيار إن جهل^(٦) وكان المبيع مشاعاً^(٧)، وإن كان المبيع واحداً من اثنين^(٨) كثوب من ثوبين أو أكثر فلا خيار له^(٩) إلا فيما يكون الانفراد فيه عيباً، كفردي الباب والتعلين والرحى، أو فيما كان للمشتري غرض في اجتماعهما - كثورين للحرث، أو عبد وأمة زوجين - فله الخيار، والقول قوله في غرضه مع يمينه.

(١) أي: العقد، وهو صورة «غالبا» في الأزهار.

(٢) في (ج، د): والدور.

(٣) يعني للشركاء نقضه.

(٤) يعني غير مشتركين في المبيع، بل باع من كل واحد نصيبه في دار أو أرض، فأما إذا باع

نصيبه في الدار ونحوها منهم جميعاً مشاعاً بينهم صح ذلك، وكان حكمهم حكم

الواحد، وقد ذكره الفقيه يوسف. (شرح بهران).

(٥) مقسوماً على قدر القيمة.

(٦) وكذا إذا علم وكان معتقداً أو ظاناً حصول الإجازة بحيث لو علم لما شراه، ويحلف على ذلك.

(٧) لأن الشباع عيب، وسيأتي أن مجرد ظهور الدعوى عيب. (قرو).

(٨) يعني باع الاثنين فانكشف له أحدهما ولم يجز مالك الآخر، وهذا مثل كلام الأزهار: فإن

تعيب به الباقي ثبت الخيار.

(٩) يقال: فهل يثبت له خيار معرفة قدر الثمن؛ لأنه يقسم على قدر القيمة، وكذا في نظائرها

كعبد من عبيدين أحدهما للغير؟ (حماطي). يقال: لا يبعد ثبوته.

فصل: في قبض المبيع

هو يكون بالنقل فيما ينقل، أو التصرف فيما لا ينقل^(١)، أو التخلية في الكل^(٢)، مع أحد عشر شرطاً في التخلية:
الأول: أن يكون البيع صحيحاً^(٣).
و[الثاني]: أن لا يكون المبيع ناقصاً قدرًا ولا صفة، إلا أن يرضى به المشتري، فلو قبضه جاهلاً ولو بالنقل كان له رده^(٤) حتى يسلم له كاملاً.
و[الثالث]: أن لا يكون معيباً^(٥)، إلا أن يرضى به المشتري.
و[الرابع]: أن لا يكون في يد مشتريه كما تقدم^(٦).
و[الخامس]: أن لا يكون القابض له البائع بوكالة المشتري^(٧).
و[السادس]: أن لا تكون في حال يخاف عليه من ظالم ونحوه، إلا أن يرضى المشتري^(٨).

-
- (١) ويكفي التصرف في البعض فيما لا ينقل. (كواكب وبيان من البيع الفاسد). وظاهره الإطلاق متصل أو منفصل. (قررو). ولفظه: فرع: ويكفي قبض بعض المبيع في الأرض.. الخ.
(*) كحرق بعض الأرض ودخولها. (قررو).
(٢) وظاهر كلام أهل المذهب أن التخلية قبض لتلف المبيع من مال المشتري ولصحة تصرفه. (بستان بلفظه).
(٣) في جميع المسألة. والعبرة بمذهب المشتري. (قررو). أو الوكيل.
(٤) يقال: لو تلف في يد المشتري قبل الرد فلا يبعد أن يقال: يتلف من مال المشتري؛ أخذاً من قوله في الأزهار: «وإذا تلف المبيع قبل التسليم النافذ في غير يد المشتري»، وقد ذكر ذلك في الغيث. و(قررو).
(٥) أما لو تقدم العلم على العقد فهو غير معيب في حق المشتري فتكفي التخلية؛ لأنه قد بطل خياره مع علمه. (قررو).
(٦) يعني حيث اشترى ما هو تحت يده أمانة أو ضمانه بغير إذن الشرع. و(قررو).
(٧) وعليه الأزهار بقوله: «ولا يقبض بالتخلية».
(٨) وله الرجوع قبل ذلك، كخيار تعذر التسليم. (قررو).

و[السابع]: أن تكون بعد تسليم الثمن، أو قبله برضا البائع، وسكوته لا يكفي، وتسليم بعض الثمن لا يبيح له قبض بعض المبيع.
و[الثامن]: أن لا يكون المبيع في يد الغير بحق أو بغير حق، إلا أن يرضى المشتري^(١).

و[التاسع]: أن لا يكون مشغولا بملك البائع، كزرعه أو ثمره أو متاعه، أو الفص بالخاتم أو عكسه، إلا أن يرضى المشتري^(٢).

و[العاشر]: أن يكون بالقرب منه بحيث يمكنه قبضه^(٣)، لا إن كان بعيدا عنه ولو مضت مدة يمكنه قبضه فيها، خلاف الفقيه يحیی البحيح^(٤).

الحادي عشر: أن يكون يمكنه قبضه بلا مانع له منه، نحو أن يسلم له مفتاح المغلق الذي يمكنه فتحه به^(٥)، أو يحوز الحيوان في موضع بحيث يمكنه قبضه بيده^(٦)، أو بأن يقبض رسن النَّقُور، والرسن على البائع، ويرد له بعد القبض، إلا أن يجري العرف بدخوله في المبيع.

وهكذا في الهبة والصدقة والرهن^(٧) والإجارة^(٨) فإن التخلية تكون قبضا

(١) وله الرجوع قبل ذلك، كخيار تعذر التسليم. (قررو).

(٢) وله الرجوع قبل الفصل كخيار تعذر التسليم. (قررو).

(٣) بيده أو عصاه، ولا فرق بين المنقول وغيره. (قررو).

(٤) فإنه يقول: إذا مضت مدة يمكن المشتري قبض المبيع فيها كانت التخلية صحيحة، والمختار خلافه.

(٥) مفهومه أنه لو كان الأغلب على الناس إمكان الفتح دونه لم يكن تسليما. وفيه احتمال آخر أنه يكون تسليما. (حاشية تذكرة). من غير غرامة ولا منة. (مفتي) (قررو).

(٦) أو العصا فيمل يعتاد قبضه بها. (قررو). [لفظ الحاشية في نسخة: أو العصا فيما يعتاد فيه قبض اللجام بها. (قررو)].

(٧) التخلية في الرهن لا تكفي على المختار، خلاف ما في الكتاب.

(٨) سيأتي كلام البيان في الإجارة في فصل: وإذا كانت الإجارة صحيحة.. الخ، فرع:

بهذه الشروط كما في البيع.

وقال الشافعي: إن التخلية لا تكون قبضا فيما ينقل^(١).

مسألة: ولا يجوز القبض بالنقل^(٢) ولا يصح بالتخلية في الموقوف إلا بعد الإجازة ورضا المالك أو قبضه للثمن.

مسألة: وإذا تلف المبيع قبل قبضه بطل البيع ووجب رد الثمن^(٣)، وقال مالك: القيمة^(٤). قلنا: وتطيب فوائد المبيع الحادثة بعد البيع وقبل تلفه للبائع خلاف الكني^(٥). وإذا سلم المبيع فالفوائد للمشتري، وإن تلفت مع البائع بغير تفريط منه لم يضمنها؛ لأنها ليست في مقابلة الثمن^(٦)، بخلاف فوائد الرهن فهي مضمونة؛ لأنها رهن معه في مقابلة الدين.

مسألة: وإذا انتفع البائع بالمبيع قبل تسليمه فعليه أجرته للمشتري متى قبضه، خلاف الوافي^(٧).

ويستحق المؤجر والأجير قبض الأجرة، إلى أن قال: ولو لم يكن بالقرب من المستأجر، بخلاف قبض المبيع. يعني فهو يخالف ما هنا في اشتراط أن يكون بالقرب منه، وما هنا يستقيم في المنقول المؤجر، وأما المؤجر غير المنقول فلا يشترط أن يكون بالقرب. (١) وقال في الانتصار: المختار أن التخلية في المنقول تكون قبضا لتلف المبيع من مال المشتري، لا لصحة تصرفه. (شرح أزهار).

(٢) فإن قبض على وجه العدوان قبل الإجازة كان كالغصب. (قرئ).

(٣) ينظر لو تلف قبل رده في يد البائع.

(٤) حجتنا أنه مبيع تلف قبل القبض فيبطل العقد بتلفه وتلف من مال البائع. وحجته: أنه ينتقل إلى ملك المشتري بالعقد فيتلف من ماله ويضمن البائع القيمة، إلا في المبيع كيلاً أو وزناً فيوافقنا. قلنا: مبيع تلف قبل القبض فبطل العقد كالمكيل والموزون. (بستان).

(٥) يعني فإنها تكون للمشتري؛ لأنها حدثت في ملكه. قلنا: بتلفه تبين بطلان العقد. (بستان).

(٦) وهل له حبس الفوائد؟ قيل: له ذلك.

(٧) وعليه الأزهار بقوله: قيل: وإن استعمله فلا خراج.

مسألة: ولا يجب تسليم الثمن الحال^(١) إلا بعد طلبه، وكذا في المؤجل بعد حلول أجله لا يجب^(٢) إلا بعد طلبه أو حيث قد قال له: متى حل الأجل فأنا مطالب به. وهكذا في كل دين يثبت بالرضا.

مسألة: والواجب عند التشاجر تسليم الثمن أولا حيث يكون تسليم المبيع عقيبه؛ وذلك ليتعين الثمن كما قد تعين المبيع^(٣). وقال المنصور بالله: عكس ذلك؛ حتى يستوي المبيع والثمن في صحة التصرف فيهما. وعلى قول المؤيد بالله يعدل الثمن ثم يسلم المبيع كما ذكره في المهر.

مسألة: ويصح توكيل المشتري للبائع بقبض المبيع، ثم يكون قبضه له بالكيل فيما يكال أو الوزن فيما يوزن أو النقل في سائر المنقولات، أو بأن يتصرف فيه بضرب من التصرف إن كان غير منقول ولا مكيل ولا موزون، هكذا في الشرح واللمع والتقرير والتذكرة، وقال الفقيه يوسف: إن النقل يكفي في المكيل والموزون. وقال الناصر والمؤيد بالله: لا يصح توكيل المشتري للبائع بالقبض، قال المؤيد بالله: إلا أن يدفع إليه ظرفا يقبضه فيه. وهكذا الخلاف في قبض الهبة والصدقة والرقبة المؤجرة والرهن^(٤) والدين إذا وكل من هو عليه بقبضه من نفسه، ذكره في التقرير.

فرع: وإذا تلف المبيع في يد البائع بعد توكيله بقبضه فادعى أنه قد كان قبضه وأنكر المشتري فالبينة على البائع؛ لأنه يدعي سقوط الضمان عنه^(٥). وإن تلف

(١) أي: لا يتضييق، وأما الوجوب فهو واجب. (سيدنا حسن رضي الله عنه).

(٢) أي: لا يتضييق.

(٣) ولأنه لو وجب تعجيل المبيع لبطل الحق الذي للبائع، وهو الحبس للمبيع إلى أن يسلم له الثمن. (ديباج).

(*) فلو كانا مبيعين أو ثمنين فمن بدأ بالطلب بدأ بالتسليم. وقيل: يحضران في المجلس وهاهما. (٤) لفظ البحر: قلت: إلا الراهن فقيه نظر. اهـ ولعل وجه النظر هو أن قبض الرهن كالجزم من القبول، والقبول لا يتبعض، فلم يكن ذلك كتوكيل البائع بقبض المبيع. (شرح بحر).

(٥) والأصل وجوب الضمان وعدم القبض. (بستان).

المبيع بجناية الغير فادعى المشتري أنه قد كان قبضه البائع فيكون الضمان له وأنكر البائع فالبيئنة على المشتري^(١).

فَرَعٌ؛ وطريق الشهود إلى معرفة القبض هي المشاهدة^(٢)، وإلى معرفة البيع هي السماع مع مشاهدة الشخصين^(٣).

فَرَعٌ؛ وإذا قال المشتري للبائع: أمسك المبيع^(٤) معك وقم به فيما يحتاجه حتى آتيك بالثمن كان ذلك توكيلا له بالقبض^(٥)، فيصح إذا فعل، ويرجع بما أنفق عليه مما هو معتاد. وعلى قول الناصر والمؤيد بالله: لا يصح ذلك؛ فلا يرجع بما أنفق عليه. وإن قال المشتري: «يبقى المبيع معك» لم يكن توكيلا للبائع بقبضه^(٦).

مَسْأَلَةٌ؛ وإذا باع الثمار بعد صلاحها للأكل وسلمها بالتخلية صح التسليم^(٧)،

(١) لأن الأصل عدم القبض. (بستان).

(٢) أما المشتري فواضح، وأما لو قبضه البائع بالوكالة فهل تكفي المشاهدة أو لا بد من قول أو نحوه يفهم الشهود أن القبض للمشتري؛ لجواز أنه نقله لحفظه أو لحاجته إذا كان حيوانا أو نحو ذلك؛ لأن حفظه ومؤنه عليه حتى يقبض؟ ينظر فيه. (مفتي). الظاهر أن لا بد من قرينة يفهم الشهود أنه قبض بنية المشتري. (سماع شامي). وظاهر الكتاب أنه لا يحتاج، والله أعلم.

(٣) بناء على أن الشهادة على الصوت لا تصح، والقياس أن يقال: أو ما في حكمها. ولفظ حاشية: أو ما في حكم المشاهدة كما يأتي. (قررو).

(٤) أو أدخله منزلك، ذكره في المعيار. (قررو). ولفظ المعيار: فرع: فإذا قال المشتري للبائع: «أمسك المبيع» أو «أدخله منزلك» أو «اجعله في بيتك» كان توكيلا بقبضه، لا إن قال: اتركه عندك أو احفظه؛ إذ لم يأمره بنقله. (معيار بلفظه) و(قررو).

(٥) وأمراله بالإفناق. (قررو).

(٦) ولعل الفارق العرف. (مفتي).

(٧) حيث [كان] العقد صحيحا.

(*) والوجه في ذلك أن تخلية الثمر على الشجر مع تعيين مقطفها كاف في التسليم؛ إذ لا مانع من أخذه، بخلاف الحجر من الجدار والخشبة من السقف فالمانع من الأخذ حاصل، وهو ما يتصل به من ملك البائع على وجه لا يمكن أخذ المبيع إلا بعلاج أو تنقيل ملك البائع وما أشبه ذلك، وذلك لا يكفي في التخلية.

ويكون قطعها على المشتري، وإن تلفت بعد ذلك فمن ماله. بخلاف من باع مدا من صبرة أو ذراعا من ثوب فلا تصح التخلية^(١) فيه، ويكون الكيل والقطع على البائع^(٢).

مسألة: وإذا قال المشتري للبائع: «ابعث بالمبيع إليّ مع فلان» أو نحو ذلك^(٣) ثم فعل وتلف المبيع مع فلان فهو من مال البائع، إلا أن يجري العرف بأنه يكون وكيلا للمشتري فمن ماله. وإن قال: «ادفعه إلى فلان» أو «سلمه إليه» أو «أعطه إياه» فذلك توكيل لفلان، فمتى سلمه البائع إليه برئ من ضمانه^(٤). ولعل هذا يستقيم إذا علم فلان بأمر المشتري^(٥) بالتسليم إليه، لا مع جهله؛ لأن علم الوكيل بالوكالة شرط في صحتها عندنا.

مسألة: ولكل واحد من الشريكين أن يبيع نصيبه ممن شاء ولو من ظالم، لكنه يأثم إن قصد مضاررة شريكه، قال الفقيه حسن: إلا حيث كان شريكه مضاررا له فلا يأثم^(٦). وحيث لم يقصد مضاررته ولكنه يعرف أن المشتري يضارره فلعله يكون كبيع السلاح ونحوه من الكفار ونحوهم إذا قصد به نفع

(١) قال الفقيه يوسف: وكذا النقل لا يكفي. (قرئ).

(٢) لأن المبيع غير معين.

(٣) أرسل به. (كواكب).

(٤) وإذا قيل: ما الفرق بين قوله: «ابعث» وبين قوله: «ادفع» فقال عليه السلام: الفرق تحكم. وقال المهدي: إن لهذا معنى لطيفا؛ لأن قوله: «ادفعه إلى فلان» أمانة ظاهرة في أنه قد واطأ فلان على دفعه إليه، وذلك توكيل صحيح، بخلاف قوله: «ابعث به» فلا أمانة فيه على مواطأة فلان، وذلك واضح بعد التأمل. وقيل: الفارق العرف. (بستان بلفظه). وقال الفقيه محمد بن يحيى: لأن البعث هو القول لا الفعل، قال تعالى: ﴿حَتَّى تَبْعَثَ رَسُولًا﴾ [الإسراء: ١٥] أي: يرسله، فكانه أمره بأن يرسل معه، وأما قوله: «ادفع» فهو فعل، فكان توكيلا للفلان بالقبض. (زهور).

(٥) وإذا لم يعلم كان توكيلا للبائع، ذكره في تذكرة علي بن زيد. (قرئ).

(٦) وذلك لقوله تعالى: ﴿وَجَزَاءٌ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا﴾ [الشورى: ٤٠]، وقال الفقيه يوسف: لا يجوز؛ لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((لا ضرر ولا ضرار في الإسلام))، ولقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((ولا تخن من خانتك)). (بستان).

نفسه^(١) لا إعانتهم. ثم ليس له تسليمه إلى المشتري إلا برضا شريكه^(٢) أو بمحضره^(٣) حيث لا يخاف عليه من ظالم^(٤)، أو بإذن الحاكم عند مغيب شريكه غيبة يجوز فيها الحكم عليه، قال الفقيه حسن: أو في نوبته^(٥). ولعله إذا كان المشتري في الناحية^(٦). ثم إذا تلف^(٧) فلا ضمان، إلا بتفريط المشتري فيضمنه. وإن سلمه بغير شيء من ذلك فهما متعديان، فإذا تلف كان للشريك مطالبة أيهما شاء، وقرار الضمان على المشتري إن علم بالشركة^(٨) أو جنى، وإن لم يعلم فعلى البائع^(٩).

مسألة: ومؤن المبيع قبل قبضه على البائع^(١٠)، وكذا أجرة الكيل أو الوزن فيما يباع مكايلة أو موازنة. وأجرة الصب من المكيال أو الميزان على المشتري، قال الفقيهان محمد بن يحيى ويحيى البحيح: إذا كان صبة واحدة أو آخر صبة، لا ما قبلها؛ لأنه لا يلزمه قبض بعض حقه، وقال الفقيه علي: لا فرق، بل الصب على المشتري مطلقاً؛ لأن ذلك تفريق مغتفر^(١١).

(١) لا فرق.

(*) يتعقد ويأثم. (قررو).

(٢) أو إذنه وإن رجع عن الإذن.

(٣) وإن كره.

(٤) في تلك الحال. (برهان). إذ لو كان يخاف عليه من ظالم فحضور شريكه لا يجوز تسليمه؛ لأن حضوره كعدمه.

(٥) والمذهب خلافه، وهو أنه لا يسلمه ولو في نوبته إلا بالشروط التي في الأزهار، والله أعلم.

(٦) أو كان أميناً.

(٧) بعد التسليم الجائز. (برهان).

(٨) وهذا تفسر به عبارة الغيث؛ لأنه قال: إن علم أن التسليم بغير إذن شريكه لا يجوز. (قررو).

(٩) فإن كان قبضه المشتري بغير إذن البائع فالضمان عليه وحده. و (قررو).

(١٠) ومؤن الثمن كوزنه ونقده ونحوهما على المشتري. (هداية) (قررو).

(١١) مع اتصال الكيل. (صعيتري) (قررو).

مسألة: من اشترى شيئاً غائباً عن موضع البيع فمؤنة إحصاره إليه على البائع إن جهل المشتري غيبته^(١)، قال الفقيه يحيى البحيح: وله الخيار^(٢) في الفسخ مهما لم يحضر المبيع^(٣). وإن علم بذلك فإن وقع شرط^(٤) عمل به^(٥)، وإن لم فعلى المشتري عند الهدوية^(٦)، وقال المؤيد بالله: على البائع.

مسألة: وإذا سلم المشتري بعض الثمن لم يكن له أن يقبض بقدره من المبيع، خلاف الإمام يحيى، فلو كان المشتري اثنين من واحد وسلم أحدهما حصته من الثمن هل يلزم البائع تسليم حصته من المبيع؟ قال الإمام يحيى والشافعي: نعم، وقال أبو حنيفة: لا^(٧). ولعل المراد^(٨) بالتسليم مشاعاً أو فيما قسمته إفرأز^(٩)، لا في

(١) المراد عن بلد العقد كما في البحر. والمختار ما له مؤنة ولو في البلد. (قررو).

(*) فإن علم غيبته ولم يعرف في أي موضع هو لم يلزم البائع إحصاره. (قررو).

(٢) لعله خيار تعذر التسليم في الحال، وقيل: خيار مستقل، ذكره السيد عبد الله المؤيدي؛ لأنه يلزم من الأول أن يكون لهما. ويلزم الأول أن يخير ولو كان عالماً. (من هامش شرح الأزهار).

(٣) لأنه إذا لم يذكر له موضعا فالظاهر وجوده في موضع العقد فيما يحتمل، وهذا حيث جرت العادة بأنه لا يغيب في مثل ذلك المكان، أما لو كانت العادة جارية أن مثل ذلك المكان لا يوجد فيه المبيع فلا خيار له. (عامر) (قررو).

(٤) أو عرف. (قررو).

(٥) ويكون عقد بيع وإجارة.

(*) وإذا امتنع البائع مع الشرط أو مع جري العرف أجبر إن أمكن، وإلا كان للمشتري الخيار، فإذا اختار تمام البيع نقص من الثمن.. الخ ما في البيان في قوله: فرع: وكذا لو اشترى منه نعلًا، الفرع الثالث قبل قوله: فصل: في أسباب الخيارات، فابحث ففيه تمام المراد. نقلت بعضه بالمعنى وقد استكمل فيه الحق.

(٦) لأن العقد لا يقتضي التسليم إلى موضع البيع إلا إذا جهل المشتري. وعند المؤيد بالله بل يقتضيه؛ لأنه من تمام التسليم. (بستان).

(٧) فيما لم تكن قسمته إفرأز. (قررو). ومثله في الأزهار في قوله: «ويعطي الطالب حصته مما قسمته إفرأز».

(٨) على أصلهم.

(٩) ينظر؛ فالأولى أن له الحبس مطلقاً حتى يستوفي الثمن؛ لأن العقد واحد، وإلا لزم أن

غيره فلا قسمة إلا برضا شريكه أو بالحاكم، فلو دفع أحدهما الثمن كله برئ شريكه من الذي عليه ولم يكن للبائع أن يسلم نصيبه من المبيع إلى الدافع، خلاف أبي حنيفة.

مسألة: من باع دارا وفيها متاع له أو حيوان ولم يمكن إخراجه منها إلا بهدم شيء منها فله الهدم وعليه أرشه^(١)، قال الفقيه يوسف: وذلك عيب في الدار، فيكون للمشتري الفسخ. ولعل هذا بعد الهدم، وأما قبله فيكون الخيار لهما معاً؛ لأجل الضرر.

مسألة: من باع جذعا في سقف أو حجرا في بناء أو جلدا أو صوفا أو كبدا من حيوان مذكى أو فصا في خاتم - ففصل ذلك على البائع^(٢). وكذا فيمن اشترى حبا أو حشيشا أو حطبا من السوق والعرف جار بأن البائع يحمله إلى بيت المشتري فعليه ذلك؛ لأن العرف الجاري كالمشروط في العقد^(٣) في المعاملات كلها.

مسألة: وكل ما ملك بغير قبول ولا هو يبطل بالرد فإنه يصح التصرف فيه قبل قبضه وفاقا^(٤)، وذلك كالدية والإرث والأرش والصيد حيث وقع في

يقبض بحصة ما سلم من الثمن لو اتحد المشتري. (شامي).

(١) لعله إذا كان بعد القبض، وإلا ثبت الخيار حيث تعينت بذلك. (شامي). وقيل: لا فرق؛ لأنه عن سبب متقدم من عند البائع. اهـ وقياس المذهب في هذه المسألة ثبوت الخيار ولا أرش على اختيار قول الفقيه علي الذي في شرح قوله في الأزهار: «ما لم يرد عليه بحكم». (٢) ومن ذلك قطع المذروع؛ للعرف. (مفتي). (قررو). وكذا المساحة للأرض، وإلا فالقياس أن تكون على المشتري، لكن العرف حاكم. اهـ وسيأتي مثله في القرض في البيان^[١]. (قررو).

(*) لأن تسليم المبيع واجب عليه، ولا تكفي التخلية، إلا أن يرضى المشتري. (بستان).

(٣) مطلب في العمل بما جرى به العرف في المعاملات كلها. (كواكب).

(٤) وذلك لأنه ملك قهري. (بستان).

الشبكة ونحوها، لكن المراد في الدية حيث باعها أو وهبها ممن هي عليه^(١).
 فرع: فلو مات المشتري قبل قبض المبيع ملكه وارثه، لكن هل يصح تصرفه
 فيه قبل قبضه؛ لكونه ملكه بالإرث؟ الأقرب أنه لا يصح^ص منه ذلك كما كان لا
 يصح من مورثه. وإن تلف مع البائع بطل البيع.

مسألة: وما ملك بغير قبول ولكنه يبطل بالرد كالنذر والوصية^(٢) فقال
 القاضي زيد: يصح التصرف فيه قبل قبضه. وأشار أبو طالب إلى أنه لا يصح.

مسألة: وما ملك بالقبول بغير عوض كالهبة والصدقة فقال أبو طالب: لا يصح^ص
 التصرف فيه قبل قبضه. وقال أبو مضر: يصح^(٣).

مسألة: وما ملك بالقبول بعوض غير مال كالمهر وعوض الخلع والصلح
 عن دم العمد^(٤) صح التصرف فيه قبل قبضه، خلاف المؤيد بالله والشافعي^(٥).

مسألة: وما ملك بالقبول بعوض هو مال فإن كان لا يتعين كالثمن
 والأجرة^(٦) صح التصرف فيه قبل قبضه؛ لأنه لا يبطل العقد بتلفه قبل قبضه،

(١) لا غيره فلا يصح.

(*) أما إذا قد عينت صح البيع والهبة ممن هي في يده وغيره. و(قرئ).

(٢) والمقر به.

(٣) وهو قوي، كالنذر والوصية. (مفتي).

(٤) على القول بصحته.

(*) لا عن الدية فممتنع. (مفتي).

(*) يعني وأما الصلح عن دية الخطأ كأن يأخذ الدار عن دراهم عن دية الخطأ فحكمه
 كالمبيع كما يأتي. (بستان).

(٥) حجتنا أنه لا دليل على التحريم؛ ولأن المهر أحد البدلين فجاز التصرف فيه قبل قبضه،
 كالبضع فإنه يجوز التصرف فيه قبل قبضه بالطلاق والإيلاء والظهار. وحجتهم أن ذلك
 مملوك بعقد معارضة كالمبيع. قلنا: بل كالميراث؛ إذ لا يبطل العقد بتلفه. (بستان).

(٦) حيث يتعينان.

وإن كان مما يتعين - كالمبيع والمؤجر، والهبة على عوض، والثلث والأجرة حيث يتعينان^(١) - فلا يصح التصرف فيه قبل قبضه^(٢) - لأن ملكه ضعيف يبطل بتلفه قبل قبضه - إلا ما كان استهلاكاً كالعتق ونحوه، وهو التدبير والكتابة^(٣)، وكالوقف ونحوه، وهو جعله مسجداً أو طريقاً أو مقبرة. وإن أتلفه المشتري كان من ماله. وقال أبو حنيفة: يصح التصرف فيه فيما لا ينقل، لا فيما ينقل. وقال الشافعي: تصح هبته ونحوها، لا بيعه إلا من البائع.

فَرَعٌ: وإذا تصرف فيه قبل قبضه ببيع أو إجارة أو زواجة كان فاسداً لا باطلاً.

فَرَعٌ: وإذا أعتق المشتري العبد قبل قبضه ولو بعوض صح وأمر بتسليم الثمن، فإن تعذر منه فللبائع أن يستسعي العبد في الثمن إلى قدر قيمته فقط^(٤)، كما كان له إمساكه، وللعبد أن يرجع على المشتري بما دفع إذا نوى الرجوع عليه، سواء كان موسراً أو معسراً؛ لأنه لم يلزمه بنفس العتق، بخلاف العبد المشترك. وكذا لو أعتقه عن كفارة فقد أجزأه ولو سعى العبد من بعد؛ لأنها لم تلزمه السعاية بنفس العتق. وهذا في غير العبد الأبق ونحوه^(٥)، فأما فيه فلا يصح

(١) إذا كانا مثليين معينين فهما كالمبيع. (كواكب).

(*) من غير النقدين.

(*) في العقد الصحيح. (قررو).

(٢) وأما الفوائد الحادثة بعد العقد فيصح التصرف فيها قبل قبضها؛ لأنه لا يبطل العقد بتلفها قبل قبضها. (حثيث).

(٣) والاستيلاء.

(٤) إن كانت أقل من الثمن، فيسعى بالأقل من القيمة أو الثمن، والزائد من الثمن على السيد يطالب به. (قررو).

(*) والزائد على المشتري. و(قررو).

(*) ويعتبر بالقيمة يوم السعاية. (قررو).

(٥) المغصوب والمسروق.

عتقه^(١)؛ لأنه يبطل خيار البائع، ذكره في الشرح.

مسألة: وإذا كاتب المشتري العبد أو دبره قبل قبضه ثم تعذر على البائع استيفاء الثمن من المشتري فله نقض الكتابة^(٢) والتدبير ما لم يقع العتق بهما؛ لأنه يجوز^(٣) فسخها للعدر، فإن سبق العتق بهما قبل الفسخ صح ووجبت السعاية كما تقدم.

مسألة: ولا يصح بيع الزكاة والخمس قبل قبضهما^(٤)؛ لأنهما لا يصيران زكاة ولا خمسا إلا بعد إخراجهما وقبضهما، ذكره في اللمع. وقال الفقيه يحى البحيح: إنه يصح من الإمام والمصدق بيعها قبل القبض. قلنا: وأما الفقير إذا صرفا إليه وقبل فقد ملكهما، لكن هل يصح تصرفه فيهما قبل القبض؟ الأقرب أنه يكون على الخلاف الذي في الهبة إذا بيعت قبل قبضها^(٥)، والله أعلم. قلنا: ويصح قبضهما بالتخلية^(٦) ولو في خرص الثمار على الأشجار، خلاف المنصور بالله فيها^(٧).

(١) ينظر فيه؛ لأنه إذا صح في الملك المشترك صح في الحق كمسألتنا. (عامر).

(٢) ويعود ملكا للمشتري ثم يؤمر ببيعه لتوفير الثمن. (شرح أثمار معنى). وعن سيدنا عامر: يرجع للبائع، وهو مفهوم الأزهار والغيث.

(*) فإن كان قد سلم بعض مال الكتابة فإن يجب على المشتري رده للبائع. (شرح أثمار معنى). هلا قيل: فوائد، وهي للمشتري المفلس كما يأتي. (سيدنا حسن عليه السلام).

(٣) هذا تعليل لقوله: «فله نقض الكتابة».

(٤) قوله: «قبل قبضهما» وذلك لما ذكره في الكتاب، ولما روى زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي عليه السلام أن الرسول صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الخمس قبل قبضه حتى يحاز ويقبض. وفي أصول الأحكام عن زيد بن علي أيضاً عن علي عليه السلام أنه قال: (نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الصدقة حتى تقبض، وعن بيع الخمس حتى يحاز). قال عليه السلام: وإطلاق اسم الصدقة عليها قبل قبضها توسع ومجاز، وإلا فهي من مال المزكي. (بستان بلفظه).

(٥) لا يصح. (قرئ).

(٦) من المصدق فقط، والفقير بعد القبول. (قرئ).

(*) لكنه يعتبر رضا الإمام والفقير بالتخلية، ولا يعتبر رضا المصدق؛ لأنه يجب عليه القبض. (قرئ).

(٧) يعني: في الثمار على الأشجار فقال: لا يصح قبضها بالتخلية.

مسألة: من اشترى عبداً^(١) ثم باعه قبل قبضه، ثم أعتقه المشتري الثاني - فقبل قبضه له لا يصح، وكذا بعد قبضه له بغير إذن البائع الأول والثاني، أو بإذن الأول فقط، وإن كان قبضه له بإذن الثاني فبعد تسليم الثاني^(٢) لثمنه^(٣) يصح إذنه، فيصح عتق المشتري الثاني وسائر تصرفاته إلا الوطء^(٤) في الأمة، وقبل تسليم المشتري الأول لثمنه لا يصح إذنه ولا يملكه المشتري الثاني، فلا يصح عتقه، خلاف أبي العباس في عتقه، وفيه نظر^(٥).

مسألة: من اشترى مكيلاً أو موزوناً جزافاً من غير ذكر كيل ولا وزن صح تصرفه فيه بعد قبضه بالتخلية من غير كيل ولا وزن، وكذا إذا ملكه بغير الشراء، وإن كان اشتراه مكيلاً أو موازنة - وهو حيث يذكر فيه الكيل أو الوزن - فلا يصح بيعه له حتى يحصل كيله أو وزنه بعد شرائه له، وسواء كاله هو أو غيره بإذنه ولو البائع حيث تقدم لفظ البيع على الكيل أو الوزن. فلو كان المبيع مداً من صبرة ثم كاله البائع^(٦) للمشتري فقال الأمير الحسين: قد كفاه كيله^(٧)، وقال الفقيه محمد بن سليمان: لا يكفي؛ لأنه لتمييز المبيع. وأما حيث تقدم الكيل على البيع فلا يكفي ولو كان في محضر المشتري. وكذا لا يربح فيه ولا

(١) بعقد صحيح. (قررو).

(٢) أي: المشتري الأول.

(٣) أو في حكمه، كالأجل - أي: التأجيل - والمأذون بالقبض. (قررو).

(٤) لأنه فاسد، وكذا الشفعة لا تثبت فيه. (قررو).

(٥) يعني: في قول أبي العباس، والمنظر المذاكرون، ووجه النظر هو أن شراء الثاني فاسد، والبيع الفاسد لا يملك إلا بالقبض، وقبض البائع منه لا يصح من غير رضا ولا تسليم الثمن، وإذا لم يصح منه القبض لم يصح الإذن بالقبض، وإذا لم يصح الإذن بالقبض لم يملك، وإذا لم يملك لم يصح العتق. (هامش تذكرة).

(٦) بعد البيع.

(٧) وعليه الأزهار.

يوالي ولا يقيل على القول بأن الإقالة بيع^(١)، وهذا بالنظر إلى صحة بيع المشتري له، وأما بالنظر إلى صحة قبضه له بحيث لو تلف بعد قبض المشتري له وقبل كيله أو وزنه فقد تم البيع، ذكره أبو جعفر للمذهب^(٢). وقال المهدي والمتوكل: لا يصح القبض إلا بالكيل أو الوزن، وإن تلف قبلهما بطل البيع.

فرع: قال أبو طالب: والمعدود كالمكيل والموزون في هذا الحكم سواء. وقال أبو العباس: إنه كالمذروع لا يعتبر فيه العدد بعد الشراء، كما لا يعتبر الذرع في المذروع. **مسألة:** من اشترى شيئاً وهو في يد الغير؛ فبعد تسليم ثمنه^(٣) أو إذن بائعه له بقبضه^(٤) يكون له قبضه ممن هو في يده ولو كره، إلا المستأجر والمرتهن^(٥) فلهما منعه واسترجاعه منه إن قبضه بغير إذنهما^(٦)، وإن قبضه بإذنهما فقد بطل حقهما. وإن لم يسلم الثمن ولا أذن له البائع بقبضه فلكل ممن هو في يده أن يمنعه منه وأن يسترجعه منه حتى الغاصب^(٧)؛ لأنه مضمون عليه للبائع. قال أبو العباس: إلا السارق الذي لزمه القطع فهو غير مضمون عليه فلا يسترجعه. قال الفقيه حسن: وفيه نظر؛ لأنه يلزمه رده للبائع ما دام باقياً.

- (١) وأما على القول بأن الإقالة فسخ فيصح قبل تجديد الكيل، ذكر ذلك كله في اللمع. (كواكب).
 (٢) وذلك لأن القبض الحقيقي قد حصل، ولكنه ممنوع من بيعه للخبر. (بستان).
 (*) قال القاضي عبد الله الدواري: ولعل هذا إجماع. (ديباج).
 (٣) في الصحيح. (قرود).
 (*) أو تأجيله. (قرود).
 (٤) مطلقاً. (أزهار). (قرود).
 (٥) حيث بيع للإيفاء أو لرهن الثمن ولم يكن قد سلم الثمن، وإلا فالبيع موقوف. (قرود).
 ومثله في حاشية السحولي.
 (٦) فلو تلف في يد المشتري قبل أن يسترجعه المرتهن ضمن المشتري قيمته، وتكون رهناً، ويرجع بها سلم من الثمن على البائع؛ لأن بيع الرهن موقوف.
 (٧) أما الغاصب فليس له إلا المطالبة برده إلى البائع^[١] حتى يبرأ منه، ولا يطالبه بتسليمه إليه؛ لأنه لا يبرأ برده إليه. (كواكب).

[١] أو الحاكم إن كان المالك غائباً. (قرود).

فصل في الربا

قال النبي ﷺ: ((لعن الله الربا وأكله ومؤكله وبائعه ومشتريه وكاتبه وشاهديه)). رواه في التقرير.

مسألة: إذا اتفق المبيع والتمن في الجنس والصفة - التي هي الكيل أو الوزن - وجب التساوي بينهما، والعلم به حال العقد، وعدم الخيار فيه بعد افتراق المتبايعين^(١)، والتقابض قبل افتراقها أيضاً، ذكره الشافعي والفقهاء محمد بن يحيى وعلي، وقال أبو حنيفة والسيد يحيى بن الحسين والفقهاء يحيى البحيح: لا يشترط التقابض، بل عدم التأجيل ولو لم يحضر. وقال الفقهاء يحيى البحيح: إذا حصل العلم بالتساوي بعد البيع وقبل الافتراق صح. وقال ابن عباس وابن الزبير والإمام يحيى^(٢) وأسامة بن زيد وزيد بن أرقم: إنما يحرم النساء، وأما التفاضل فيجوز إلا في القرض. وقال الشافعي: إن علة الربا هي الاتفاق في الجنس وفي الطعم، أي: كونها مطعومين. وقال مالك: الاتفاق في الجنس وفي الاقتيات، أي: كونها مما يقتات.

مسألة: وإن اختلفا في الجنس والصفة معا جاز التفاضل والنساء، وإن اتفقا في أحدهما واختلفا في الثاني جاز التفاضل وحرم النساء، وذلك كبيع البر أو دقيقه بخبزه أو عجينه، وكبيع البر بالشعير أو السمن بالسليط، ونحو ذلك. وكذا حيث اتفقا في الجنس وليسا مكيلين ولا موزونين فيجوز التفاضل ويحرم النساء. **فرع:** وأما الدراهم والدنانير فهما أثمان لكل شيء، فيجوز بيع سائر الموزونات غير جنسهما بهما نساء.

(١) وكذا قبله أيضاً، والمختار البيان.

(٢) حكاية الكتاب عن الإمام يحيى كما ترى، وكذلك البرهان والكواكب، وكلامه في هذا الموضوع من الانتصار كقول أصحابنا، واحتج لهم بحجج كثيرة. (بستان لفظاً).

فرع: وأما بيع القطن^(١) بغزله فلا يجوز إلا مثلاً بمثل يدا بيد، ذكره المؤيد بالله وأبو جعفر للمذهب. وقال المنصور بالله وأبو يوسف: يجوز التفاضل فيهما لا النسأ. وهو يأتي قول الحنفية وابن أبي الفوارس^(٢) ومالك والشافعي.

فرع: ويعتبر في كون الشيء مكيلاً أو موزوناً بعادة البلدان^(٣)، وكل بلد بعادتها. وقال المؤيد بالله والشافعي: بما يكال في المدينة وبما يوزن في مكة.

وما كان جنسه مكيلاً وهو لا يكال لقلته^(٤) جاز التفاضل فيه، كحبة بحبتين^(٥) ونحو ذلك، ذكره المؤيد بالله وأبو طالب. وقال في الوافي والشافعي: لا يجوز. ومثله يأتي في بيع الفلوس بعضها ببعض؛ لأن كثيرها يوزن^(٦).

مسألة: والبر والشعير جنسان، خلاف مالك^(٧)، وكذلك العنب والتمر والذرة والدخن والعدس والدجيرة والموز والبرقوق والفرسك والرمان والسفرجل والبلس أجناس مختلفة، والبقر كلها الأهلي والوحشي منها

(١) وهو العطب. (بستان).

(٢) إن ما غير عن صفته بحيث لا تمكن إعادته كما كان جاز فيه التفاضل. ويأتي قول مالك والشافعي؛ لأن علة الربا عندهما غير حاصلة، وهي الطعم والاحتيايات. قال في البرهان: فمن فعل ذلك جاهلاً بتحريمه معتقداً بجوازه كان تقليداً لمن أجازته. (بستان).

(٣) في غير الستة المنصوص عليها. وقيل: ولو فيها.

(٤) وهذا بخلاف قليل الموزون فلا يجوز فيه التفاضل، ذكره في البحر. ولفظ البحر: ولا تفاضل في قليل الموزون، بخلاف المكيل. اهـ وينظر ما الفرق؟ وجه الفرق أن الوزن أخص من الكيل وأضبط؛ فلا يوجد من الموزونات ما لا يتأتى فيه الوزن، بخلاف المكيلات ففيها ما لا يتأتى فيه الكيل، نحو الحبة والحبتين. (شرح بحر).

(٥) والمراد حيث يكون للحبة قيمة، كتمر في بعض الأماكن، وأما إذا لم يكن لها قيمة فبيعهها لا يصح. (بستان).

(٦) والمختار أن الفلوس قيميّة؛ فيجوز التفاضل^[١] فيها لا النسأ.

(٧) فيه نظر، والذي في البحر عن مالك أنه مقارب للبر، فيكمل به في الزكاة، لأنه من جنسه.

[١] حيث لا توزن. (قرو).

والجواميس جنس واحد في البيع^(١)، والغنم كلها الضأن والماعز والظباء والأوعال جنس واحد في البيع لا في غيره، والإبل جنس. ولحم كل جنس منها جنس واحد^(٢). وشحم البطن من كل جنس جنس وحده. والألية من جملة شحم البطن^(٣) في الغنم، ذكره في الشرح والتقرير^(٤). والكبد والكرش والمعاء والكلية^(٥) والرئة أجناس ولو من حيوان واحد. ويعتبر في اللبن والسمن باللحم، فلبن البقر جنس، وسمنها جنس، وكذلك في لبن الغنم والإبل وسمنها. والثياب سبعة أجناس^(٦): حرير^(٧) وكتان^(٨) وخز^(٩) وقطن وصوف^(١٠) وشعر^(١١) ووبر^(١٢). والمطبوعات ستة أجناس: الذهب والفضة والحديد والنحاس

(١) لا في الزكاة والهدي والفدية والأضحية. أهـ أما الجواميس فهي من جنس البقر في الزكاة كما تقدم. (قرئ). وكذلك المعز.

(٢) في (ب): وحده.

(٣) وفي شرح الأزهار أنها جنس برأسه.

(*) وأما شحم الظهر فهو من جنس اللحم. (قرئ).

(٤) في غير الألية.

(٥) بضم الكاف. (قاموس).

(*) والقلب كالكلية. (غيث). وقيل: جنس برأسه. (بحر). وقيل: كاللحم. (شرح أزهار).

(٦) والثامن: السمندل، وهو ثوب من ريش طائر لا تحرقه النار، بل إذا أريد إذهاب درنه أدخل في النار، وهذا الطير يوجد في جزيرة في البحر. (كشاف)^[١].

(٧) ومنه الديباج والإستبرق والسندس أيضاً.

(٨) شجر.

(٩) صوف دابة في البحر.

(١٠) للغنم.

(١١) المعز.

(١٢) وهو صوف الإبل والأرانب.

[١] لفظ الكشاف: وبر السمندل - وهو دويبة ببلاد الترك - تتخذ منه مناديل إذا اتسخت طرحت في النار

فذهب الوسخ وبقي المنديل سالماً لا تعمل فيه النار.

والرصاص والشبه، وهو ضرب من النحاس يشبه الذهب^(١). والهندوان من جملة الحديد^(٢).

مسألة: وإذا كان الجنس مما يحرم فيه التفاضل ولا يحصل فيه العلم بالتساوي لم يحل بيع بعضه ببعض، وذلك كالعنب بالزبيب والرطب بالتمر. قال الفقيهان يحیی البحيح وحسن: والمراد^(٣) به حيث كانا معا مكيلين أو موزونين، وإن لم حل التفاضل، وقال الفقيه علي: لا فرق^(٤). وكبيع الزبد بالسمن من جنس واحد فلا يحل، ولا يكون ما في الزبد من اللبن جريرة؛ لأنه لا قيمة له، ذكره في الشرح. وكبيع البر أو نحوه بدقيقه، أو بر بر مقلي أو مبلول إلا حيث علم تساويهما قبل ذلك^(٥)، ولا مقلي بمقلي ولا مبلول بمبلول، وكبيع حليب بحليب من جنسه فيه ماء^(٦) ولا يعلم قدره، إلا إذا علم تساويهما قبله^(٧).

مسألة: ويجوز بيع العنب بالعنب، والرطب بالرطب، والحليب بالحليب من جنس واحد، لكن حيث يكونان مكيلين أو موزونين يجب التساوي، وحيث لا يكالان ولا يوزنان يجوز التفاضل ويحرم النساء. وكذا في بيع الزيتون^(٨) بالزيتون

(١) بل أقمى منه حمرة وأحسن منه رونقا، وقد يتوهم أنه العالي من النحاس، وليس كذلك. (ديباج بلفظه). بل هو جنس مستقل، وهو أعلى من الفضة ودون الذهب. (هامش شرح أزهار).
(٢) نوع منه.
(٣) قوي هبل.

(٤) وعليه إطلاق الأزهار بقوله: «ويحرم بيع الرطب بالتمر».
(*) وقال الفقيه علي: لا فرق ولو اختلف تقديرهما في الحال؛ لأنها ولو اختلفا في الحال فهما يؤولان إلى الاتفاق في التقدير، كما ذكر أهل المذهب أنه لا يجوز بيع الزيتون بالزيت إلا أن يكون الزيت الخالص زائدا على ما في الزيتون؛ ليكون الزائد قيمة لخلل الزيتون. (صعيتري لفظاً).

(٥) في غير المقلي؛ لأنه لا يعلم كم أخذت النار منه ولو علم التساوي من قبل. (غيث).
(٦) وكان الماء لا قيمة له، وإلا كان جريرة. و(قررو).
(٧) أما المقلي بالمقلي ففيه نظر؛ لأنه لا يعلم أيهما أخذت النار منه أكثر. (قررو).
(٨) الزيتون: شجر الزيت، والمراد هنا بيع الحب بالحب.

والسمسم بالسمسم^(١)؛ [لأنه متفق في الجنس والصفة فلم يكن الغش الذي فيه جريرة^(٢)]. وأما بيع الحليب باللبن المخيض فيجب أن يكون اللبن أكثر من الحليب حتى يكون زائده في مقابلة الزبد الذي في الحليب، وكذلك في بيع الزيتون بالزيت أو السمسم بالسليط، ولعله حيث يكون للجريرة التي فيه قيمة، فأما حيث لا قيمة لها فلا يصح البيع^(٣)؛ لأنه لا يعلم تساويه^(٤)، وهذا يقوي قول الفقيه علي في مسألة بيع العنب بالزبيب^(٥).

ويجوز بيع الزبد بالزبد حيث لا يوزن^(٦)، وحيث يوزن لا يجوز؛ إذ لا يعلم تساويه، ولا حكم لما فيه من اللبن؛ لأنه لا قيمة له. وعلى قول المؤيد بالله يجوز حيث يكون لكثير الجريرة قيمة ولو لم يكن لها قيمة.

مسألة: ويجوز بيع دقيق البر بدقيقه^(٧) متساوياً يداً بيد، ذكره المؤيد بالله، خلاف الشافعي. ويجوز بيع لحم الغنم بشحم بطنها متفاضلاً، لا نساء؛ لأن ذلك ربا حيث يوزنان، وحيث لا يوزنان فهما قيميان لا يثبتان في الذمة^(٨). ولا يجوز

(١) حب الجلجلان والخشخاش.

(٢) ما بين المعقوفين في (أ).

(٣) ينظر؛ إذ ما لا قيمة له فوجوده كعدمه. (شرح أثمار) ومثله في البحر، وهو مفهوم شرح الأزهار، ولفظه: فأما لو لم يكن له قيمة فإنه لا يشترط تغليب المنفرد.

(٤) سيأتي الكلام أنه إن باع المثلي بمثله والجريرة من غير الجنس فحيث لا قيمة لها وجودها كعدمها، فيصح كما أفهمه الأزهار، والله أعلم. (إملاء سيدنا حسن عليه السلام) و(قرير).

(٥) بل بينهما فرق، وهو أن المقصود في بيع نحو السمسم ما هو كامن فيه، وهو موزون كمقابلته؛ بخلاف هذه، والله أعلم.

(*) لأن ظاهر إطلاقهم أنه لا يجوز التفاضل ولو كان الزيتون مكيلاً والزيت موزوناً؛ لأنه يؤول الزيتون إلى الوزن، والله أعلم. وللفقيهين أن يقولوا: حيث اتفقا فيها.

(٦) المختار اعتبار التساوي وزن أم لا؛ لأنه يؤول إلى الوزن.

(٧) إذا اتفقا نعومة وخشونة. (زهور) و(قرير).

(*) وفي البحر: لا يجوز؛ لاختلافها نعومة وخشونة.

(٨) فيجوز التفاضل لا النساء.

بشحم ظهرها إلا متساويا^(١) حيث يوزنان. وكذا في سائر الحيوانات.
ولا يجوز بيع الدقيق بجنسه سويقاً^(٢)، خلاف مالك وأبي يوسف ومحمد^(٣).
مسألة: ولا يجوز بيع الرطب على أشجاره بخرصه تمرأً - وهي رخصة
العرايا^(٤) - خلاف الشافعي^(٥)، فأجازه يباع من الفقير فيما دون النصاب؛ لأن
النبي ﷺ أجازها. وقيل: إنها حيث يهب لغيره رطب نخلة أو نخلتين في
أرضه ثم يكره دخوله لذلك، فيعطيه بخرصه تمرأً على وجه الهبة ويرجع في هبة
الرطب، وليس ببيع^(٦)، ذكره المؤيد بالله وأبو طالب.

(١) وذلك لأن شحم الظهر من جنس اللحم لكنه سمين. (كواكب). وسيأتي في الأيمان أنه
بعد انفصاله جنس برأسه.

(٢) قوله: «بجنسه سويقاً» السويق: ما يؤخذ من الزرع في سنبله من بر أو شعير أو ذرة ثم
يغلى عليه في الماء، فإذا صار دقيقاً فهو كالعيش الناضج يلت بالإدام ويؤكل، هكذا روى
لي من لبث في بلاد من يستعمله. (سيدنا حسن). وقيل: يقلى ثم يطحن.. الخ، ولعله
الأصح كما أفهمه تعليل عدم الجواز في بعض الحواشي، حيث قال: لأنه لا يعلم تساويه؛
لكونه مقلياً. (سماع سيدنا عبد الله ﷺ).

(*) لأنه لا يعلم التساوي؛ لكونه مقلياً.

(*) لعله حيث يوزنان، وأما حيث لا يوزنان فيجوز التفاضل، وأما الكيل فلا ينضبط به.

(٣) حجته أنهم كالجنسين. قلنا: لا نسلم، بل جنس واحد. (بستان).

(٤) هكذا نقله الفقيه يوسف للمذهب، واختاره في التذكرة والأزهار والبحر والأثمار، وفي
أصول الأحكام صحة بيع العرايا، وقواه وقرره في الغيث للمذهب، وشكك على رواية
الفقيه يوسف لمخالفتها رواية أصول الأحكام.

(٥) وعليه الأزهار.

(*) قال الشافعي: ولا بد من قبض التمر بالكيل والرطب بالتخلية قبل الافتراق. (من
الكواكب). قال في البحر: قلنا: هذا الخبر موافق لما ذكرناه، ولا دليل على اشتراط
التقباض. اهـ. ولم يذكر في البحر الجواز إلا عن الشافعي وأصحابه، قال فيه: ظاهر الآثار
الترخيص، ولا موجب للعدول عنه.

(٦) لعدم القبض.

فصل في مسائل الاعتبار (١)

وهي حيث يبيع جنسا ربويا بجنسه وغير جنسه، وهي تصح عندنا، خلاف الشافعي^(٢)، لكن يعتبر أن يكون الجنس المنفرد أكثر^(٣) من جنسه الذي معه غيره حتى يكون بمثله^(٤) والزائد في مقابلة الجنس الآخر، ويعتبر أن يكون الجنس الآخر له قيمة عند الهدوية^(٥)، وقال المؤيد بالله: لا يعتبر ذلك إذا كان لكثيره قيمة. وهل يعتبر أن يكون قيمة لما يقابله من الزيادة كما في الجريرة التي في الصرف على قول الهدوية؟ قال الفقيه يحيى البحيح: لا بد من ذلك، وقال السيد يحيى: لا يعتبر ذلك هنا؛ لأنه لم يقصد به الحيلة في الربا، بخلاف مسألة الجريرة فهم قصدوا بها الحيلة، فلا بد أن تكون تساوي ما يقابلها. وهذا هو الأصح.

(١) قال عليه السلام: ومعنى الاعتبار: أنه يعتبر أن يكون الربوي في أحد الجانبين أكثر من الآخر. (بستان).

(٢) حجتنا: عموم قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥]. وحجته: ما روى فضالة بن عبيد أن الرسول ﷺ أتى بقلادة فيها ذهب وخرز يباع بالذهب فأمر بنزع الذهب وقال: ((الذهب بالذهب وزناً بوزن)). وفي حديث آخر أنه أتى بخرز معلقة بالذهب تباع بالذهب فقال: ((لا، حتى تميز)). قلنا: محمول على أن المنفرد لم يكن غالباً؛ جمعاً بين الأدلة. (بستان).

(٣) فيشترط أن يعلم أن الزيد المنفرد أكثر مما في الرائب من الزيد؛ ليكون زائده قيمة للرائب، وأن يكون الزيت أكثر مما في الزيتون من الزيت، وأن يكون السليط أكثر من الذي في السمسم من السليط - والسمسم: هو الجلجلان - وأن يكون البر المحصود أكثر من البر الذي في سنبله. (صعيتري بلفظه). ولفظ البحر: فرع: الهادي: ولا يباع الزيد بالرائب إلا حيث زيد الرائب أقل. أبو حنيفة وأصحابه: وكذا مد عجوة ودرهم بمدين عجوة، الشافعي: لا. لنا: ما مر. أبو حنيفة: ولو باع قرطاسا فيه درهم بمائة درهم صح اعتبارا، وأما قرطاس فيه مائة درهم بمائة فلا؛ إذ يعرى القرطاس من الثمن أو يتفاضل الصرف. (بحر بلفظه).

(٤) يعني حتى يكون المنفرد مثله وزيادة. (إملاء سيدنا حسن).

(٥) أو ما لا يتسامح به. و(قررو).

فَرَعٌ؛ وصورة ذلك كبيع مُدين برا بمد بر ودرهم أو ثوب، وكبيع بر في سنبله^(١) ببر خالص، وكبيع زيتون بزيت، أو سمس بسليط، أو حليب أو رائب بزبد، أو أرض فيها زرع برا قد استحصد ببر، أو شاة^(٢) عليها صوف بصوف^(٣)، أو فيها لبن بلبن، أو عنب أو رطب بعصيره أو بخله، أو مصحف أو نحوه محلي بفضة بدراهم^(٤)، فأما بدنانير فيجوز متفاضلا، لكن يعتبر أن يقبض ما يخص الحلية من الدنانير قبل تفرقهما؛ لأن ذلك صرف، فإن افترقا قبل قبضه بطل البيع في الحلية فقط، ويثبت الخيار لهما معا؛ لأن فصل الحلية عن المبيع يضر. وكذا في بيع السيف أو الخنجر المحلى.

فَرَعٌ؛ فلو كانت حلية السيف ونحوه من الفضة، والثلث درهم فيها غش^(٥) من الصفر أو الحديد له قيمة - فالأقرب أنه يقابل كل جنس غير جنسه، فلا تشترط الزيادة في الدراهم، ولا التقابض في المجلس^(٦). وهكذا في سائر الأجناس إذا كان الجنس من كل جانب؛ لأن البيع إذا احتمل وجهين يصح في أحدهما ويفسد في الآخر حمل على الوجه الذي يصح فيه^(٧).

(١) وللسنبل قيمة، فلو لم يكن له قيمة لم يصح البيع. (كواكب لفظاً). بل يصح كما اختير فيما مر.

(٢) لعله يريد مذكاة.

(٣) حيث يوزن.

(٤) ويشترط التقابض في المجلس؛ لأنه بيع وصرف. (قررو).

(٥) بكسر الغين.

(*) يقال: الغش غير مقصود فلا يصح البيع، وقد ذكر مثل ذلك السيد أمير الدين^[١].

ومثله عن الفقيه يوسف.

(٦) لعل هذا يستقيم حيث كان الغش من النحاس والحديد غير موزون، وإلا فلا بد من

التقابض بقدر ما قابل حلية السيف. (شامي). مقرر عليه عند سيدي فخر الدين.

(*) إلا أن يتفقا في الوزن اشترط في التقابض في المجلس. (قررو).

(٧) ذكره في الشرح.

[١] اسمه أمير الدين بن عبدالله بن نهشل الحوثي، شيخ الإمام القاسم بن محمد.

مسألة: ولا يصح بيع الزبد قبل إخراجِه من الحليب أو الرائب، ولا بيع الزيت قبل إخراجِه من الزيتون، ولا بيع السليط قبل إخراجِه من السمسم؛ لأنه غير معلوم جملة ولا تفصيلاً، فهو كبيع المعدوم^(١).

مسألة: وإذا اتفق المبيع والثلث في الجنس^(٢) لا في الكيل ولا في الوزن، ومع أحدهما أو مع كل واحد منهما جنس آخر^(٣) - فإنه يجوز التفاضل فيهما، ويجب حضورهما^(٤) أو وجودهما في الملك على الخلاف الذي تقدم^(٥)، ويجوز مع عدم الجنس الآخر إن كان مثلياً، لا إن كان قيمياً^(٦)، وذلك كبيع فرس بفرس ودينار، أو فرسين بفرس ودينار، أو فرس ودينار بفرسين ورطل سمن أو مدبر أو نحو ذلك.

فروع: فلو اشترى ثوبا ودرهما بدينار جاز إن حضر الدرهم والدينار قبل تفرقهما، وإن افترقا قبل التقابض فيهما أو في أحدهما بطل بقدر الدرهم من الدينار^(٧) وصح بيع الثوب بباقي الدينار إن عرفا قدر صرفه منه حالة البيع،

(١) لو قيل: كبيع المضامين لم يبعد.

(٢) كفرس بفرسين.

(٣) ليس بقيد، بل لا فرق بين أن يكون معه جنس آخر أم لا. (رياض) (قرن).

(٤) أما الحضور فلا يشترط.

(*) قال في الكواكب: ومراده بالحضور يعني التعيين، يعتبر أن يكونا معينين، وسواء حضرا مجلس العقد أم لا. ومثله في الصعيتري، قال: أراد بالحضور أن لا يكونا معدومين.

(٥) يعني هل التقابض قبل افتراقهما شرط كما ذكره الشافعي والفقهاء محمد بن يحيى وعلي، أو لا يشترط إلا عدم التأجيل كما ذكره أبو حنيفة والفقهاء يحيى البحيح. (بستان).

(*) في أول فصل الربا.

(٦) لأنه مبيع، فيشترط الوجود في الملك؛ لأنه لا يثبت في الذمة. (مفتي).

(٧) فإن كان صرف الدينار بعشرة دراهم، والثوب لا يسوى إلا خمسة فإنه إذا لم يحصل قبض الدينار والدرهم فسد سدس الدينار لا عشره؛ لأن الثوب والدرهم يباعا بأكثر من قيمتهما، فيحصى الثمن - وهو الدينار - عليها معا. (تعليق الفقيه حسن). وقيل: يبطل عشر الدينار فقط. والأصح الأول؛ إذ الدينار ثمن للكل، فيقسط عليها كما ذكر.

وإن جهلاه صح أيضاً على الأصح؛ لأن هذه جهالة طارئة بعد العقد. وقال الشافعي والأمير الحسين وابن أبي الفوارس: لا يصح؛ لأن ثمن الثوب مجهول. وهكذا فيما أشبه ذلك.

مسألة: من باع ثوباً بدينار إلا درهماً أو إلا مداً برأً أو نحو ذلك احتتمل أن يكون الدرهم أو المد مستثنى من الدينار، واحتمل أن يكون زيادة مع الثوب، فإن أراد به الوجه الأول فسد البيع؛ لجهالة ثمن الثوب، إلا أن يكون صرف الدرهم أو قيمة المد من الدينار معلوماً لهما معاً حالة البيع^(١) صح بيع الثوب بباقي الدينار. وإن أراد به الوجه الثاني صح بيع الثوب والدرهم^(٢) أو المد بالدينار، لكن يشترط في المد أن يكون موجوداً في ملك بائعه، وفي الدرهم يشترط حضوره هو والدينار قبل التفرق كما في المسألة الأولى. وإن أطلق ذلك

(١) الأولى الصحة مطلقاً إذا كان يعلم من بعد كمسألة الرقم. ومعناه في الكواكب.

(٢) وكأنه قال: بعثك هذا الثوب والدرهم بدينار؛ لأن عقود المسلمين محمولة على الصحة مهما أمكن^[١]. نعم، لو قصد أن الدرهم أو المد يكون ثمناً مع الدينار وتكون «إلا»

بمعنى «مع» فإنه يصح البيع هنا؛ إذ لا جهالة في الثمن، ويجب تسليمها معاً. (بستان).

(*) بناء على أن «إلا» بمعنى الواو، وقد فسر به قوله تعالى: ﴿لَا يُحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلَّا مَنْ ظَلَمَ﴾ [النساء: ١٤٨]، أي: ومن ظلم في بعض الأقوال، وورد قول الشاعر:

وكل أخ مفارقه أخوه
لعمر أبيك إلا الفراقدان

أي: والفرقدان. فإن أطلق واختلفا ما أريد هل الاستثناء أو العطف فيحتمل أن يفسد البيع؛ لأن الثمن مجهول؛ من حيث إن اللفظ يحتمل وجهين كل واحد مجاز؛ لأن الاستثناء من غير الجنس مجاز، وجعل «إلا» بمعنى الواو مجاز. ويحتمل أن يحمل على العطف، وهو ظاهر كلام الشرح؛ لأن العقد إذا احتتمل وجهين حمل على ما يصح. (رياض).

[١] وتكون «إلا» للعطف، كقوله تعالى: ﴿لَا يَخَافُ الَّذِينَ يُرْسَلُونَ ۗ إِلَّا مَنْ ظَلَمَ﴾ [النمل]، أي: ولا من ظلم، ذكره في معني اللبيب؛ لأن «إلا» قد تجيء بمعنى الواو، مثل قوله تعالى: ﴿لِيَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَيْكُمْ حُجَّةٌ إِلَّا الَّذِينَ ظَلَمُوا﴾ [البقرة: ١٥٠]، وكقوله تعالى: ﴿إِنِّي لَا يَخَافُ الَّذِينَ يُرْسَلُونَ ۗ إِلَّا مَنْ ظَلَمَ ۗ ثُمَّ بَدَّلْ حِسَابًا بَعْدَ سُوءٍ﴾ [النمل].

ولم يريد به شيئاً صح البيع، وحمل على الوجه الذي يصح، وهو الثاني، ذكره في الشرح. وعند أبي حنيفة والشافعي أنه يحمل على الوجه الأول؛ لأنه أظهر في العرف، وهم يميزون استثناء الشيء من غير جنسه، فلا يصح البيع إلا إذا كانت حصة الدرهم أو المد من الدينار معلومة. قال الفقيه يوسف: وهو أقرب^(١). قلنا: وإن اختلفا فيما أراداه فسد البيع^(٢)؛ لجهالة ثمنه.

(١) وقواه الشامي.

(٢) هلا قيل: القول لمدعي الصحة فيصح؛ حملاً على الوجه الذي يصح. (مفتي).

فصل: [في وجوه من البيع ورد الشرع بتحريمها]

نهى النبي ﷺ عن المزابنة، وهي بيع الرطب على النخل بتمر مكيل أو غير مكيل، فلا يصح ذلك كما تقدم إلا في رخصة العرايا على الخلاف فيها وفي صفتها. وعن بيع الحاضر للبادي^(١) وشرائه له إذا كان فيه ضرر بأهل المصر، فلا يجوز ويصح البيع والشراء؛ لأن النهي فيه لأمر آخر غير المبيع والتمن، قال الفقيه محمد بن سليمان: وذلك في قوتنا وقوت البهائم^(٢) الذي يدخله الاحتكار المنهي عنه.

وعن الاحتكار في القوتين إذا كان زائدا على كفايته ومن يعوله إلى الدخل، أو السنة حيث لا دخل له، وكان يترقب به غلاء السعر^(٣) لبيعه فيه، لا إن كان ليستنفعه، وكان فيه أيضا ضرر بالمسلمين، بحيث لا يوجد^(٤) إلا معه أو مع محتكر مثله، وامتنع من بيعه حتى يقع الغلاء، فحينئذ يأثم ويؤمر ببيعه^(٥) ويجبر عليه^(٦)،

(١) قوله: «وعن بيع الحاضر للبادي» قال عليه السلام: وهو أن يقدم البدوي إلى القرية أو المصر بمتاع فيجيء إليه الحضري الذي في البلد فيقول له: لا تبعه فأنا أبيعك لك وأزيدك في الثمن، وقد قال عليه السلام: ((لا يبيعن حاضر لباد، دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض))، وقال عليه السلام: ((لا يبيعن حاضر لباد ولو كان أباه أو أخاه))، والقصد بهذا النهي هو اتقاء الإضرار بأهل الحضرة؛ لأن الأشياء عند أهل البادية أرخص وأيسر من أهل الحضرة، بل أكثرها عندهم تكون بغير ثمن، فإذا تولى الحضري ذلك ربما يشدد فيه ويعسر أو يحبسه تربصا للغلاء، فيلحق أهل الحضرة ضرر بذلك. فأما إذا طلبه البادي يبيعه له فلا كراهة؛ لقوله عليه السلام: ((إذا استنصح أحدكم فلينصح)). (بستان).

(٢) وقيل: عام في كل شيء، وهو الأصح.

(٣) وقيل: لا فرق.

(٤) في البريد أو دونه، بحيث لا يصل إلى عنده إلا وقد لحقه تلف أو ضرر. (قررو).

(٥) ولا يكلف البيع في غير القوتين. (قررو).

(٦) وهذا حكم من أحكام المحتكر؛ لأن له أحكاماً ثلاثة: هذا أحدها، والثاني: أنه يأثم ويستحق اللعنة. والثالث: أن للإمام تحريق طعامه أو رفعه إلى بيت المال عقوبة له؛ لأن

ويعزره الحاكم، ولا يسعر عليه ثمنه، خلاف مالك، وسواء كان من زرعه أو اشتراه، خلاف أبي حنيفة فيما كان من زرعه.

وعن تلقي الجلوبة^(١) إلى خارج المصر^(٢) ولو فوق البريد، لا من داخل المصر^(٣)، وهو عام في كل ما يجلب؛ لأن فيه إضرارا بأهل المصر وتغيرا للبائع، قال الفقيه يحيى البحيح: فلو باع خارج المصر ثم دخل وعرف أنه مغبون فله الخيار^(٤).

وعن السوم على السوم بعد التراضي ولو كان الأول ذميا، ولو بزيادة في الثمن أو في المبيع ممن يقول: أنا أبيع منك وأزيد لك في المبيع أو أرخص لك في الثمن، وسواء كان ذلك سرا أو جهرا.

وعن البيع على البيع، وهو حيث يقول لمن باع بخيار: استرد المبيع وأنا أزيد لك في الثمن، أو يقول لمن اشترى بخيار: رد المبيع وأنا أبيع منك وأزيد لك في

عليها صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أحرق طعام المحتكر، وقال المحتكر: لو ترك لي مالي لربحت مثل عطاء أهل الكوفة، وكان فيها مائة ألف مقاتل، إلى غير ذلك، ذكره في الشفاء. (صعيتري باختصار).

(١) ولا بد من قصد التلقي. (حاشية سحولي). وقيل: سواء قصد التلقي أم لا؛ لعموم النهي.

(*) لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لا تلقوا السلعة حتى تهبط الأسواق)). (بحر).

(*) هذا إذا قصد الجلاب البيع في المصر، لا إذا أراد البيع في أي موضع جاز. (مفتي). وظاهر الأزهار خلافه.

(*) لها أو بها. (قررد).

(٢) حيث لا يعتاد البيع فيه. (قررد).

(٣) حيث يعتاد البيع فيه. (قررد).

(*) فلو كان بيت المشتري خارج المصر ثم اشترى ممن يريد بيع سلعته بالمصر هل هذا يسمى تلقي الجلوبة؟ ظاهر كلامهم أنه يجوز؛ لأنهم قالوا: تلقي الجلوبة إلى خارج المصر، وليس هذا كذلك. (هامش تذكرة). وعن أحمد بن سعيد الهبل: أن ذلك تلق.

(*) هذا بناء على أن داخل المصر موضع لبيع المجلوب فيه، وإلا فالتحريم باق.

(٤) ولم يثبتوا للبائع الخيار إلا هنا.

(*) إذا حصل من المشتري تغير، وإلا فلا. وقيل: لا فرق؛ لأن الخروج تغير.

المبيع أو أنقص لك من الثمن.

وعن النجش^(١)، وهو من يبائع في الشيء ويدفع فيه أكثر من قيمته ولا يشتريه، بل يريد بذلك إما تحييره على البائع فلا يبيعه إلا بذلك، أو تغريه غيره ممن يريد شراءه فيشتريه بما قد دفع فيه. قال الإمام ص يحيى: فإن اشتراه الغير بذلك القدر كان له الخيار^(٢) إذا كان للبائع فيه عناية^(٣).

وعن بيع العربان^(٤)، وهو حيث يدفع بعض ثمن ما يريد شراءه - ويسمونه عربونا - فإن تم على الشراء فهو من جملة الثمن، وإن لم يتم عليه طاب ذلك للبائع^(٥). وإلى هنا يصح البيع مع الإثم، إلا في بيع الرطب بالتمر^(٦).

(١) وهو مشتق من نجش الصيد، وهو حوشه وسوقه إلى الشرك، يقال للصائد: ناجش. ونجش الإبل: جمعها بعد التفرق. وقيل: النجش: تنفير الناس عن الشيء، مشتق من تنفير الوحش من مكان إلى مكان. (صعيتري).

(٢) مع الغبن. (حاشية سحولي).

(٣) لأنه مغرور.

(٤) في شمس العلوم: بضم العين وفتحها. ولفظ البحر: ويقال: عربان بفتح العين وضمها، وأربان وأربون. اهـ بإبدال العين همزة. (شرح بهران).

(٥) فلا يجوز ذلك؛ لأنه أكل مال الغير بالباطل، وقد قال تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ [البقرة: ١٨٨]. (صعيتري).

(*) وهو محرم إن لم يرض بذلك المشتري.

(*) المذهب والفريقان: ولا ينعقد، وقال أحمد بن حنبل: ينعقد. قلنا: النهي يقتضي الفساد؛ إذ شرط شيئاً للبائع بغير عوض، فلا يصح كشرط الأجنبي. (بحر بلفظه). أي: كما لو شرط شيء من الثمن لأجنبي؛ لأنه بغير عوض. قلت: لم يكن عقداً ولا شرطاً فيه فيصح، وقد أهمله في الأزهار. لكن يقال: إذا جرى العرف به أو شرط عند العقد ففسد. (من خط المفتي). هذا فيه نظر؛ لأنه إن تم البيع فهو من جملة الثمن، وإن لم يتم فالتوقف على الشرط هي الهبة لا عقد البيع؛ إذ لم يتم، فينظر.

(٦) فباطل؛ لأنه ربا. (قرري).

وعن التفريق في الملك بين الكبير والصغير من الأرحام المحارم^(١) كما تقدم^(٢).

وعن بيعتين في بيعة، نحو: بعتك بكذا نقدا^(٣) أو بكذا نساء، أو بكذا إلى شهر أو بكذا إلى شهرين، فلا يصح البيع^(٤)؛ لجهالة الثمن^(٥). وكذا إذا خير في الأجل. وكذا: بعتك البقرة بكذا إن كانت حاملا وإن لم تكن حاملا فبكذا. وكذا: بعتك هذا بكذا على أن تعطيني بالثمن كذا^(٦)، فلا يصح؛ لأنه علق البيع بحصول شرط، وهو البيع الآخر، ذكره في الشرح. لكنه يقال: إن مثل ذلك في عقد النكاح لا يضر، وهو حيث قال: زوجتك ابنتي على أن تطلق زوجتك فلانة، فينظر في الفرق، ولعله يقال: إن هذا شرط فاسد^(٧) يفسد البيع ولا يفسد النكاح.

وعن بيع وشرط إذا كان الشرط يقتضي خلاف موجب العقد أو لا تعلق له به، نحو: بعتك هذا على أنك لا تبيعه أو لا تنتفع به أو لا تمهيه^(٨)، أو على أن تهب لي كذا أو تقرضني كذا، أو يبيع نصف أرض مشاعا على أنه يكون عند القسمة في جانب معين^(٩).

(١) ويكون البيع فاسداً. (قرئ).

(٢) في النكاح، في المسألة السابعة من فصل الاستبراء.

(٣) هذا مثال للشرطين في بيع.

(٤) إلا أن يجعل الخيار لأحدهما مدة معلومة وكان المبيع يسوى الأكثر. وكذا في النقد والنسيئة. (زهور معني). وظاهر الأزهار لا فرق.

(٥) لأنه لا يدرى أيها الذي وقع عليه العقد.

(٦) هذا مثال البيعتين في بيع.

(٧) بل لأن النكاح لا يشترط فيه ذكر العوض، بخلاف البيع. (شامي).

(٨) إلى هنا خلاف موجه.

(٩) بناء على أن القسمة بيع، وهو يستقيم في المختلف. وقيل: يفسد ولو مستويا.

وعن سلف وبيع، وهو حيث يريد بيع الشيء بأكثر من سعر يومه مؤجلاً، فيتحيلان في ذلك بأن يسلفه قدر ثمنه ثم يبيعه منه ويعطيه الثمن من الذي أقرضه إياه ويبقى القرض ديناً عليه. وحيث أراد البيع منه^(١) بطعام أكثر من قيمته مؤجلاً، فيتحيلان بأن باعه منه بدينار وقبض الدينار ثم أسلمه إلى المشتري في الحب الذي قد تراضيا به، فإنه لا يصح ذلك، ذكره في الشرح على مذهب الهادي والقاسم.

وعن سلم وبيع، وهو بيع المسلم فيه قبل قبضه من المسلم إليه أو من غيره. وعن بيع الملامسة وطرح الحصة، وهو بيع الجاهلية، كانوا إذا باع الرجل غيره في شيء ثم لمسه^(٢) أو طرح عليه حصة أو جباهاً للبيع، ذكره في الشرح. وقيل: هو حيث يبيع من الأرض إلى حيث تصل الحصة التي يرمي بها في الأرض.

وعن ربح ما لم يضمن، وهو أن يبيع ما اشتراه قبل قبضه بأكثر من قيمته، فبيعه له فاسد، فيرد زائد الثمن على القيمة للمشتري الأخير، فإن بقي معه شيء من القيمة زائداً على ثمنه الذي اشتراه به فقال الفقيه يوسف: إنه يتصدق به^(٣)؛ لأنه ملكه من وجه محذور. ولعله يستقيم على القول بأن البيع الفاسد محذور، لا على قولنا: إنه جائز. وصورة ذلك أن يشتري شيئاً بثمانية دراهم وهو يسوى تسعة، ثم باعه قبل قبضه بعشرة دراهم، فإنه يرد درهماً للمشتري، ويبقى معه درهم ربح^(٤).

وعن ربح ما لم يملك، وهو حيث باع مال غيره بأكثر من قيمته، فإنه يضمن لمالكة قيمته إذا عجز عن رده بعينه، ويتصدق بالزائد، ذكره في التذكرة وبيان السحامي. ولعله يستقيم على قول المنصور بالله: إن الثمن قد ملكه البائع من

(١) يعني أراد ببيع شيء منه، نحو ثوب.

(٢) أي: المشتري. وفي الديباج: أحدهما.

(٣) والمذهب أنه يطيب له. (قرر).

(٤) فيطيب له على المذهب. (قرر).

وجه محذور فيتصدق بالزائد منه على ما ضمن، وأما المذهب فيرد زائد الثمن على المشتري، وإنما يتصدق بربحه لو اشترى بالثمن شيئاً آخر ثم باعه وربح فيه، فيتصدق بربحه على قول الأحكام، خلاف المؤيد بالله والمنتخب. ولعل هذا حيث كان الذي اشترى منه مال الغير جاهلاً لغصبه، فأما حيث هو عالم به فلا يتصدق البائع بربح ثمنه؛ لأنه في يده برضا صاحبه كما ذكره ابن الخليل^(١).

وعن التسعير في القوتين^(٢)؛ لخبر ورد فيه، فلا يجوز، خلاف مالك. قلنا: ويصح البيع. وكذا في غيرهما^(٣).

(١) هذا كله نظر للمؤلف، والذي ذكره ابن الخليل هو في ثمن المبيع الباطل حيث علم المشتري، ذكره في مواضع شتى.

(*) هذا كله مبني على أن الإباحة لا تبطل ببطلان عوضها، وأما على القول بخلاف ذلك فالمختار خلاف ما ذكره ابن الخليل، فيجب عليه رده مع البقاء وعوضه مع التلف؛ لأنه في مقابلة عوض وقد بطل، والله أعلم. فيتصدق مطلقاً مع العلم والجهل؛ لأن الإباحة تبطل ببطلان عوضها كما ذكره الفقيه علي.

(٢) وذلك لأن الناس مسلطون على أملاكهم، فلا تؤخذ منهم إلا برضاهم، ولما روى أنس أنه غلا السعر على عهد رسول الله ﷺ فقالوا: يا رسول الله، غلا السعر فسعّر لنا، فقال ﷺ: ((إن الله هو المسعر القابض الباسط الرازق، وإني لأرجو أن ألقى الله وليس أحد يطلبني بمظلمة من دم أو مال)). وحجة مالك: أن ما هذا حاله مستنده المصالح، فيجوز للإمام إذا رأى فيه صلاحاً. قلنا: لا يجوز العمل بالمصالح مع النص على المنع من التسعير. قال عليّ: وصفته أن يأمر الإمام أو من يلي من قبله إلى أهل الأسواق أن لا تبيعوا إلا بسعر كذا، وسواء في ذلك الطعام وغيره من المكيلات والموزونات وسائر الأملاك. قال في الغيث: استصلح الأئمة المتأخرون جواز التسعير فيما عدا القوتين في بعض الأحوال. (بستان).

(٣) لعله يريد لا تسعير فيه، فإن أراد فليس كذلك، بل يجوز^[١] كما هو ظاهر الأزهار، وإن أراد عطفه على قوله: «فيصح البيع» فظاهر.

[١] وقد استصلحه الأئمة المتأخرون في اللحم والسليط ونحوهما.

وعن بيع الأرض العشرية وتأجيرها من أهل الذمة، فإن بيعت صح البيع وسقط العشر، قال الإمام يحيى: ثم يجبرون^(١) على بيعها، وإلا باعها الحاكم. وقال أبو العباس: لا يصح بيعها منهم. وقال زيد بن علي والناصر وأبو حنيفة والشافعي: يجوز بيعها منهم^(٢)، رواه في البحر.

مسألة: في بيع الرجاء^(٣) الذي استعمله أهل زماننا حيلة في تحليل الربا، والأقرب أنه على ضربين:

الأول: أن يقول: بعت منك بيع رجاء إلى أن آتيك بحقك، أو لم يلفظ بذلك، بل هو عرف لهم ظاهر أن البائع متى رد على المشتري مثل ما أعطاه استرجع المبيع هل رضي المشتري أو كرهه، ولا يراعون في ذلك فسحا ولا إقالة- فهذا باطل على المذهب؛ لأنه ربا^(٤). وعند المؤيد بالله أنه فاسد؛ لأنه كالمؤقت، لكنه لا

(١) على قولنا بصحة البيع منهم.

(٢) ويكره كما تقدم.

(٣) هذه المسألة ذكرها الوالد على أصول أئمتنا عليهم السلام، وهي كما ترى، وقد قيل: إن الضرب الثاني - وهو حيث تكمل شروط صحة البيع في الظاهر - ينقسم إلى قسمين: أحدهما: أن يكون قصد المشتري إنما هو التملك للمبيع، لا للتوصل بعقد البيع إلى طلب الغلة فقط، فهذا البيع صحيح بكل حال، وسواء كان الثمن قليلا أو كثيرا؛ لأن هذا ليس من عقود الربا. القسم الثاني: حيث يقصد بذلك التوصل إلى طلب الغلة فقط، فعند الهادي والقاسم والناصر والمنصور بالله أن المضمرة في عقود الربا كالمظهر فلا يصح هذا البيع ولا أي حيلة في ذلك. وعند المؤيد بالله أن العقد ينصرف إلى اللفظ لا إلى الضمير، فيملك المبيع ويصح تصرفه بما شاء، ولا يلزمه الزيادة على ثمنه ولا رده، إلا إذا فعل الحيلة التي ذكر في الكتاب. (بستان بلفظه).

(٤) لأنه متضمن لضمير الربا؛ لأن الثمن مع البائع على سبيل القرض وإن كان قد وقع العقد مع ضمير المشتري التوصل إلى الانتفاع بالغلة. (تعليق شرفية).

[١] وفي بعض نسخ البستان: «ولا إذا فعل الحيلة» بواو العطف.

يملكه بالقبض؛ لأن بائعه ولو سلمه للمشتري فلم ينسلخ عنه، ولم يسلب المشتري عليه يفعل فيه ما شاء، بل في نفسه أنه يسترده متى أمكنه، والفاقد إنما يملك بالقبض حيث سلمه البائع للمشتري يفعل فيه ما شاء وانسلخ عنه بالكلية، فيكون قد أباحه له من كل وجه، وليس كذلك في بيع الرجاء^(١). فلا يطيب للمشتري شيء من ثمار المبيع ولا من منافعه قط ولو أباحها له البائع أو وهبها له أو نذر بها عليه؛ لأن ذلك حيله في الربا، فلا حكم له، ويلزمه أجره المبيع^(٢)، ولو ضمن له البائع ما أتبع في ذلك فلا حكم لضمانه، وإذا تلف المبيع تحت يد المشتري ضمنه كما في البيع الباطل.

الثاني: أن لا يقع شرط ولا يكون ثم عرف برد المبيع من غير فسخ ولا إقالة^(٣)، ولا إجبار للمشتري على رده - فعلى قول المؤيد بالله يصح البيع؛ لأن العقود عنده تنصرف إلى اللفظ ولا حكم للضمير فيها، فيملك المبيع ويصح تصرفه فيه بما شاء، ولا يلزمه رده ولا زيادة على ثمنه ولو قل، إلا أن يقول بعد شرائه له: «متى رددت عليّ مثل الثمن أنت أو من يقوم مقامك بعدك فقد فسخت عليك البيع إن كنت حيا، وإلا فقد أوصيت لك بالفسخ بعدي^(٤)»، وإن علم الله أنه يخرج عن ملكي في^(٥) حياتي فقد فسخته عليك قبيل أن أريد إخراجه عن ملكي»، ويقبل ذلك البائع - فهذه حيلة في رجوعه للبائع وورثته^(٦).

(١) إلى هنا انتهى كلام المؤيد بالله.

(٢) إذا استعمله . وقيل: مطلقا فينظر.

(٣) وإنما يرد بالفسخ أو الإقالة إن شاء، وإن امتنع لم يجبر. (برهان).

(٤) يعني: أوصى بأنه قد فسخ قبل موته وأنجزه.

(٥) في (أ): وإن أردت إخراجه عن ملكي.. إلخ. وفي (ب): وإن أردت إخراجه عن ملكي في حياتي فقد فسخته عليك، وإن علم الله.. إلخ.

(٦) وكذا لو قال بعد البيع: فسخت عليك هذا البيع الآن فسحا مشروطا برد مثل الثمن منك أو من وارثك إليّ أو إلى وارثي بعدي والبراء من الغلات، فمتى حصل الشرط وقع

فإن شرط له الإقالة متى رد مثل الثمن لم تصح الإقالة؛ لأنها بيع عند المؤيد بالله لا يصح تعليقها على الشرط.

وأما على قول القاسم والهادي والمنصور بالله: إن المضمرة في الربا كالمظهر فلا يصح البيع إلا إذا وقع بقيمته التي يرضيان التفرق عليها فيصح^(١) ويفعلان فيه الفسخ الذي مر، وإن بيع بدون قيمته لم يصح، ولا يملكه المشتري، ولا يطيب له ثماره ولا منافعه كما مر.

فَرَعٌ؛ فلو سلمه البائع للمشتري حيث البيع فاسد^(٢) ثم باعه البائع من غيره صح بيعه؛ لأنه باق على ملكه، لكنه يكون لهما الخيار في فسخه حيث المشتري الأول ممتنع من تسليمه حتى يمكن تسليمه.

الفسخ، وهذا أليق وأحسن.

(*) فائدة: فلو كان في ورثة البائع صغير وكبير أو حاضر وغائب أو موسر ومعسر وطلب الكبير أو الحاضر أو الموسر الفسخ من المشتري في حصته من دون سائر من ذكر لم يكن له الفسخ؛ لأن الفسخ وقع من المشتري مشروطاً بتسليم جميع الثمن، ولم يحصل الشرط، فلا يقع الفسخ إلا برضا المشتري.

(١) وعلى الجملة أنه إن قصد طلب الغلة فقط فهو ربا؛ لأنه قرض جر منفعة، وإن قصد تملك العين أو قصدهما جميعاً أو لا قصد له فالبيع صحيح، قل ثمنه أو كثر، فهذا الذي نختاره في هذه المسألة، وكان يختاره شيخنا^[١]. (سباع شامي).

(٢) عند المؤيد بالله، وعندنا باطل.

فصل: [في الشروط في البيع]

الشروط في البيع على ثلاثة أضرب:

الأول: يفسد البيع، وهو كلُّ شرط اقتضى جهالة في نفس البيع، كخيار مدة مجهولة، سواء كان لهما أو لأحدهما أو لغيرهما، وكذا إذا كان الذي شرط له الخيار مجهولاً. وكلُّ شرط اقتضى جهالة في المبيع، كمن يبيع ثيابه أو عبيده أو غنمه إلا واحداً منها غير معين - فلا يصح، إلا أن يذكر الخيار لأحدهما مدة معلومة صح على الأصح^(١)، خلاف الشافعي والأزرقي. وكذا حيث باع واحداً منها غير معين، وكذا إذا باع سمناً أو نحوه في ظرف قد وزنه بظرفه ولا يعرف كم وزن الظرف، وشرط إسقاط أرتال معلومة من السمن لأجل الظرف، أي: شرط تركها عن البيع، فيكون المبيع مجهولاً^(٢)، وكذا إذا شرط إسقاط قدر وزن الظرف من السمن فيصير المبيع مجهولاً، وكذا إن شرط إسقاط قيمة رطل من السمن^(٣) فسد البيع؛ لجهالة الثمن؛ لأن قيمة الرطل مجهولة^(٤)، إلا إذا كانت معروفة عندهم صح^(٥). فأما إن شرط إسقاط حصة وزن الظرف من الثمن فإنه

(١) في المختلف، لا في المستوي فيفسد؛ إذ لا فائدة فيه ولو لمدة معلومة. قلت: وظاهر المذهب أنه يصح مع شرط الخيار مطلقاً، في المختلف والمستوي.

(٢) والمقرر الصحة في جميع الصور إلا الصورة الثالثة كما في الأزهار، وذلك حيث شرط إسقاط قيمة رطل من الثمن. وعبرة الأزهار في هذه المسائل قوله: «ومنه على حط قيمة كذا من الصبرة، لا كذا من الثمن»، وقد حكى في شرح الأزهار أربع صور فتأمل.

(*) وذلك لأنها دخلا فيه موازنة لا جزافاً. (بستان). الظاهر أنه لا يحتاج إلى هذا التعليل؛ لأن المبيع غير معلوم لا جملة ولا تفصيلاً، فيفسد وإن لم يدخلا فيه موازنة؛ لأنه كالاتثناء لقدر من الصبرة غير مشاع. (شامي).

(٣) في (ج، د): الثمن.

(٤) إذ لا تعرف قيمته إلا بالتقويم، والمقومون يختلفون.

(٥) أو كانوا يعبرون بالقيمة عن الثمن فيصح؛ إذ لا جهالة. (قرن).

يصح - ذكره ابن أبي الفوارس - ولو كانت حصته مجهولة في الحال فهي تعرف من بعد^(١)، ومثله في التذكرة والحفيظ^(٢)، وعلى ظاهر كلام الشرح لا يصح إلا أن يعلم وزن الظرف. وإن شرط طرح خمسة دراهم من الثمن لأجل الظرف فقال في اللمع والزهور: يفسد البيع لجهالة المبيع. وفيه نظر^(٣).

مسألة: وإذا باع البقرة على أنها لبين فسد البيع؛ لأن ذلك لكثرة اللبن، وهو مجهول. وإن قال: على أنها لبون^(٤) صح البيع؛ لأن ذلك وصف لها بأنها ذات لبن. فلو جرى العرف في اللفظين معا أنها سواء استوى حكمهما: إن كانا للمبالغة في كثرة اللبن فسد البيع، وإن كانا للوصف بأنها ذات لبن صح البيع.

مسألة: وإذا باع بقرة على أنها تحلب قدرا معلوما، أو باع أرضا على أنها تغل قدرا معلوما - فإن شرط ذلك للمستقبل فسد البيع مطلقا؛ لأنه علق البيع على حصوله، وإن جعل ذلك صفة للمبيع^(٥) في المدة الماضية^(٦) صح البيع، فإن

(١) كمسألة الرقم.

(٢) ولا يضر كون وزن الظرف مجهولا حالة العقد؛ لأنه يعلم قدره من بعد. (علي بن زيد).
(٣) وجه النظر أنه لم يقع استثناء في المبيع فيكون باقيه مجهولا. (بستان). والأصح ببقية ما ذكره أهل المذهب على ظاهره من أن وجه الفساد هو جهالة المبيع، صرح بذلك في الشرح، وإنما كان المبيع مجهولا لأنه باع السمن أو التمر الذي في الظرف على أن وزنه قدر معلوم مع ظرفه، والظرف غير مبيع، فلما جعل الظرف من جملة الموزونات الذي هو المبيع والمبيع على انفراده مجهول الوزن فسد البيع لجهالة المبيع، وقد تناول العقد الوزن. (صعيتري).

(٤) هذا الفرق بين لبين ولبون ذكره في اللمع والانتصار وضياء الحلوم. (بستان).

(٥) وإذا اختلفا هل جعله شرطا أو صفة فالقول قول مدعي الصفة؛ لأنه يدعي الصحة. (زهور). (قرير).

(٦) قال الفقيه حسن: وإذا عرف من شاهد حاله أنه أراد الوصف صح البيع ولو جاء بلفظ المستقبل، وإن عرف من شاهد حاله أنه أراد تعليق البيع بحصول ذلك في المستقبل فسد ولو جاء بلفظ الماضي. (بستان).

تبين خلافه كان للمشتري خيار فقد الصفه. وتعرف صحته إما بقيام بينة^(١) على صحته فيما مضى إن أمكن، وإلا فبأول المستقبل إذا تم للبقرة أو للأرض ما تحتاج إليه واندفع عنها ما يضرها^(٢)، فإذا لم يحصل منها ما وصف البائع ثبت للمشتري خيار فقد الصفه.

مسألة: من باع أرضاً خراجية فإن لم يذكر خراجها صح البيع، وهو على المشتري، فإن لم يعلم به عند الشراء^(٣) كان عيباً فيها، وإن شرط خراجها على المشتري ولم يذكر قدره صح البيع، وإن ذكر أن على المشتري قدر معلوماً خراجاً عليها فإن كان على وجه الإخبار له بقدر خراجها صح أيضاً، فإن وجده المشتري أكثر مما أخبره به فله الخيار، وإن وجده أقل لم يلزمه إلا هو، وإن ذكره له على وجه الشرط عليه أنه يسلم ذلك القدر في كل سنة: فإن شرط عليه تسليمه إلى الإمام صح البيع^(٤)؛ لأنه لم يشترط عليه تسليمه عنه، فليس هو من جملة الثمن، ذكره الفقيه يحمي البحيح^(٥). ولعله لا يلزم المشتري إلا الخراج الموضوع على الأرض. وإن شرط تسليمه إليه فإن كان خراجها مجهولاً لهما فسد

(١) قال عليه السلام: والأولى خلافه، فيعرف بأول المستقبل كما في الأزهار.

(٢) فإن اختلفا في الضرر وعدمه فالقول لمنكر الضرر، وإن اختلفا في حصول ما تحتاج إليه فالقول لمدعي حصول ما تحتاج إليه، وسيأتي مثل هذا لفظ البيان في الخيارات في الصورة الثانية في الفرع من صورتي خيار الغرر، فابحث. (سماح سيدنا عبدالرحمن بن حسن الأكوغ).

(٣) واستمر الجهل إلى القبض. (قررو).

(٤) المذهب لا يصح، ولا فرق بين أن يشترط عليه تسليمه إليه أو إلى الإمام، وعليه الأزهار. اهـ فإن ذكر مدة معلومة صح. (قررو).

(٥) وفي الغنيث نظره. ووجه النظر أنه شرط مع المبيع منفعة مجهولة القدر يصح أفرادها بالعقد فيفسد. (تكميل).

(*) والأولى أن العقد يفسد إلى آخر الحاشية.

البيع مطلقاً^(١)؛ لجهالة الثمن، وإن كان خراجها معلوماً لهما فإن كان الذي شرط على المشتري مثل الخراج صح البيع^(٢)؛ إذ ليس هو من جملة الثمن - ولعله لا يجب تسليمه إلى البائع - وإن كان أكثر منه فالزائد له من جملة الثمن، فإن شرط لذلك مدة معلومة صح البيع^(٣)، وإن لم يفسد؛ لجهالة الثمن، وإن كان أقل من الخراج فكأنه جعل زيادة الخراج عليه، ويكون ذلك كالحط من الثمن، فلا يصح البيع إلا بشرطين: أن يذكر له مدة معلومة، وأن لا يؤدي الحط إلى استغراق الثمن^(٤).

مسألة: من باع شجرة على أنها تبقى في الأرض ولا تقطع: فإن كان الشارط له البائع فسد البيع، قال الفقيه يوسف: إلا أن يكون لمنفعة له^(٥) في بقائها وذكر له مدة معلومة صح البيع والاستثناء. وإن كان الشارط له المشتري صح البيع إذا ذكر له مدة معلومة^(٦)، وإن كانت مجهولة فسد، وإن شرط مدة بقائها فقال أبو طالب: يفسد البيع^(٧)، وقال المؤيد بالله فيمن اشترى شجرة بحقوقها: إنه

(١) سواء كان الخراج مثل ما شرط أو أقل أو أكثر.

(*) هلا قيل: إذا انكشف الخراج مثل الذي شرط وعلمه من بعد كمسألة الرقوم يصح معه، فإن انكشف أكثر من الذي عليها فسد؛ لجهالة الثمن، ولا يبعد أخذ هذا من الأزهار؛ لأنه قال: «فخالف»، ومفهومه لو لم يخالف صح ولو جهله حال العقد.

(٢) حيث الخراج مما يثبت في الذمة. (قرئ).

(٣) حيث كان الخراج مما يثبت في الذمة، وإلا فسد العقد للجهالة؛ لأنه مبيع. (قرئ).

(٤) وأن لا يكون الخراج من جنس الثمن، وإلا فهو صرف يبطل لعدم كمال شروطه. اهـ وأما إذا جعل كالحط من الثمن فلا يعتبر هذا الشرط، والله أعلم. وإن جعل زيادة في المبيع - كما هو ظاهر الغيث - فلا بد من هذا الشرط. وعن الفتح مثل البيان أنه حط فيصح ما لم يستغرق الثمن. وعن السيد عبد الله بن أحمد المؤيدي: إن كان من جنس الثمن فحط، وإلا فزيادة.

(٥) لظلال أو غيره. (قرئ).

(٦) وإن كانت مجهولة فقال الفقيه يحيى البحيح: يفسد العقد. والقياس صحته على قولنا بصحة استثناء الحق مطلقاً مع كون المدة مجهولة. (بهران).

(٧) لأن ذلك بيع وإجارة مجهولة.

يصح، ويكون من جملة حقوقها البقاء مدة بقائها. فقال القاضي زيد: إن السيدين يختلفان في الصورتين معا، وقال ابن معرف: بل يفرق بين الصورتين^(١)، فحيث يشتريها بحقوقها يصح؛ لأن الحقوق تقبل الجهالة، وحيث يشترط بقاءها مدة بقائها يفسد البيع^(٢).

فروع: وإذا بيعت الشجرة ولم يذكر بقاؤها ولا قطعها فإنه يجب قطعها من سواء الأرض، إلا أن يجري العرف بدخول عروقها قلعها، وإن جرى العرف بأنها تشتري للبقاء كالأشجار التي تثمر أو تقطع أغصانها: فإن كان إلى مدة معلومة صح البيع^(٣)، وإن كان إلى مدة مجهولة ففسد^(٤)، وإن كان مدة بقائها

(١) وبنى عليه في الأزهار بقوله: وما استثنى أو بيع مع حقه بقي وعوض.

(٢) اتفقا بين السيدين.

(٣) هذا صريح بأنه إذا باع فروع الأثل وشرط المشتري بقاءها مدة معلومة صح. اهـ وفي بعض الحواشي أنه لا يصح بيع الشجرة إلا ببيع عروقها من جملتها وإلا ففسد؛ لأنه يؤدي إلى نناء ملك المشتري على ملك البائع، فينظر. وهلا كان هذا من استئجار الشجر للثمر أو يفرق بينهما؟ فإن الظاهر أن ورود النهي عن استئجار الشجر للثمر ورد على خلاف القياس. ومن جملة أسئلة وردت من الفقيه محمد بن حسن الأضرعي إلى السيد عز الدين محمد بن عز الدين المفتي ما لفظه: وعن رجل باع عودا من الأثل معيناً معلوما بشرط القطع، ثم إن المشتري غاب خمس سنين وطلب قطع ذلك العود، وقد علمتم قول الحقييني والمؤيد بالله وأبي مضر في مثل ذلك، أفوتونا ما الحكم في ذلك؟ انتهى بلفظه.

الجواب ما لفظه: وأما مسألة فروع الأثل فملك للمشتري، ويلزمه الأجرة لهذه المدة إن كان لمثلها أجرة في العرف، هذا إذا كان بعد القبض أو ما في حكمه، وإلا فالمؤنة^[١] على البائع، ولا يتأتى في هذه خلاف مسألة الغصن والورق؛ لأن هذه زيادة صفة غير متميزة أيضا. انتهى بلفظه من أجوبة قال في آخرها: الفقير إلى الله عز وجل محمد بن عز الدين المؤيدي المفتي وفقه الله.

(٤) هذا على قول الأستاذ، والأزهار خلافة.

(*) لأن مدة الإجارة مجهولة.

[١] في (أ): وأما في المؤن.

فعلن التفصيل والخلاف الأول^(١).

فرع: وإذا باع الشجرة بحقوقها صح البيع، ذكره المؤيد بالله، ثم يثبت لها حكمان: أحدهما: دخول عروقها، فما نبت عليها فللمشتري، وللبايع مطالبته بقطعه^(٢)، ذكره أبو مضر.

والثاني: حق لبث الشجرة ما دامت، فإن زالت كان له أن يغرس مثلها^(٣)، خلاف أبي مضر. وهكذا في الجدار إذا اشتراه بحقوقه، وكذا إذا باع الأرض واستثنى أشجارها بحقوقها أو جذراتها بحقوقها - فلها حق اللبث، ومتى زالت أبدلها على الخلاف، وإن استثنى مطلقا وجب قلع الشجر^(٤) ورفع الجدر، ذكره المؤيد بالله.

فرع: وحيث يكون للشجر حق اللبث إذا تفرعت طولا وعرضا فقال المؤيد بالله: يقطع الفرع، وقال الفقيهان محمد بن يحيى ويحيى البحيح: لا يقطع؛ لأنه من جملة حقوقها. وهو القوي.

مسألة: وإذا شرط في البيع أنه إذا قام فيه شفيح فلا يبيع أو فله فسخه فسد البيع^(٥)؛ لأن ذلك خلاف موجه.

مسألة: من باع من غريمه شيئا على أنه يقضيه إياه عن دينه فسد البيع^(٦).

(١) لا يصح على المذهب إلا أن تذكر الحقوق. (قرر).

(٢) لأن ما زاد فليس من الحقوق.

(*) وفي البحر: إذا امتدت الأغصان لم يؤمر بالقطع؛ للعرف.

(٣) أو دونها مضرة، وإذا التبس موضع الشجرة عينه الحاكم. و(قرر).

(٤) حيث لم يكن عليها ثمر، وإلا بقي إلى الصلاح. (قرر). بلا أجرة. (قرر).

(٥) ولا فرق بين أن يكون ثم شفيح أو لا، وهو ظاهر الأزهار. اهـ وقيل: أما لو كانا عالمين أنه لم يكن ثم شفيح وشرطا ذلك صح البيع؛ لأن الشرط مستقر.

(٦) وذلك لأنه معلق على شرط، فأما في قضاء الدين فهو مستحق له على غريمه، وليس ببيع؛ فلا حكم للشرط. (بستان بلفظه).

وكذا إذا قضى غريمه عرضاً عن دينه على أن يبيعه منه لم يصح القضاء؛ لأنه بيع، بخلاف ما لو قضاه دينه^(١) على أن يبيعه منه فإنه يصح القضاء دون الشرط؛ لأن ذلك ليس ببيع^(٢)، وسواء كان الدين مثلياً أو قيمياً كالمهر ونحوه.

مسألة: وكل ما اقتضى جهالة في الثمن أفسد البيع، وذلك كشرطين في بيعة أو بيعتين في بيعة كما تقدم^(٣)، وكشرط إرجاح الثمن، إلا أن يكون قدراً معلوماً^(٤)، وكشرط الرزم في الكيل فيما يكثر التفاوت فيه، وكذا حيث جرى به العرف ولو لم يشرط.

مسألة: إذا شرط البائع على المشتري حال العقد إطعام قوم معلومين عنه^(٥) فإن شرط ذلك مما يغله المبيع أو من أرض معينة^(٦) فسد البيع^(٧)، وإن أطلق ذلك صح وكان من جملة الثمن، إذا بين قدر الطعام وجنسه ونوعه^(٨) وقدر ما يدخل فيه من الملح إذا كان معتاداً^(٩).

(١) يعني من جنسه. (قررو).

(٢) بل تفريغ ذمة.

(*) لعله حيث سلمه عن دينه ولم يصرح بلفظ القضاء والاقتضاء، وإلا كان بيعاً كما يأتي في السلم، فلا يصح كما في الصورة الأولى. (شامي).

(٣) في مثال بيعتين في بيعة.

(٤) لفظاً أو عرفاً. (قررو).

(٥) لا فرق.

(٦) أو غير معينة. و(قررو).

(٧) لأنه مثلي صار معيناً فكان مبيعاً، وهو معدوم، فلا يصح. (غيث).

(٨) لا فرق. (قررو).

(٩) ويقدر الحطب بثمنه فيقول: وبدرهم حطب، كل ذلك لأنه ثمن، ولا بد أن يكون معلوماً يثبت في الذمة. (صعيتري).

مسألة: وإذا شرط في البيع خلاف موجه نحو أن لا ينتفع المشتري بالبيع^(١) أو لا يبيعه أو لا يهبه ولو في مدة معلومة فإنه يفسد البيع، ذكره في اللعق والقاسم والناصر وأبو حنيفة والشافعي، وقال المرتضى ومحمد والنخعي وأبو ثور: يصح ويبطل الشرط؛ لأنه قد يكون موجب العقد في بعض الأحوال، وهو حيث يشتري عبدا رحما له. وذكره الهادي في الأمة إذا شرط أن لا يطأها المشتري^(٢).

مسألة: ومن شري فرسا أو دابة وشرط عليه البائع أن لا يركبها إلى مدة معلومة: فإن كانت قبل صلاحها للركوب صح البيع، وإن كانت بعد صلاحها له لم يصح. وكذا لو شرط عليه أن لا ينتفع بشيء من ماله كداره أو أرضه^(٣) أو غيرها أو لا يدخلها فسد البيع^(٤)؛ لأنه بيع وشرط لا تعلق له بالبيع. وإن باع الأمة وشرط أن يمكنه من وطئها فسد البيع، ذكره في الشرح. وكذا يأتي لو

(١) وكذا على أن لا ينتفع بالثمن. (قررو).

(*) قال الفقيه يوسف: ولقائل أن يقول: ما رفع موجب العقد في المبيع يفسد فكذا في ثمنه، فلو قال المشتري لغيره: اشتريت منك هذه الدار بمائة دينار على أنك لا تهب الدنانير أو لا تبعها أو لا تتصرف فيها كان هذا مفسدا. (زهور) (قررو).

(٢) وهذه صورة غالباً في الأزهار، والفرق أنه قد يكون موجب العقد عدم الوطاء؛ بأن تكون رضية أو نحو ذلك.

(*) فإن البيع يصح ويلغو الشرط. (قررو).

(٣) وعليه الأزهار بقوله: «أو لا تعلق له به» إلى أن قال: «ونحوها».

(٤) قلت: فيلزم من هذا أن لو قال: على أن لا تنام أو لا تصوم ونحو ذلك أن يفسد به العقد، وفيه نظر، والقياس أنه يلغو الشرط ويصح العقد كما لو شرط وطء المبيعة أو عتقها فإنه يلغى الشرط ويصح العقد كما سيأتي. قلت: فأما لو قال: على أن تسكن دارك أو على أن تطلق فلانة فيحتمل أن يفسد العقد؛ لأنه علقه بمستقبل، كعلى أن تغل كذا، ويحتمل أن يصح ويلغو الشرط، كعلى أن يعتقها أو يطأها. ويحتمل أنه مما لا تعلق له بالعقد، ومسائل أصحابنا في هذه الشروط غير محصلة. (غيث بلفظه).

استثنى وطأها مدة معلومة^(١).

الضرب الثاني: يصح الشرط مع البيع، وهو كل ما كان صفة للبيع، نحو الخيار مدة معلومة، وما كان صفة للمبيع، نحو كون الأمة بكرًا أو طباحة أو تركية، أو كون البقرة تحلب قدرًا معلومًا فيما مضى، أو كون فيها لبن، أو أنها فتية^(٢)، أو سننها كذا، أو شرط تسليم المبيع قبل الثمن، أو كون البقرة حاملًا، وما أشبه ذلك من صفات الكمال. وكذا ما كان صفة للثمن، نحو التأجيل به^(٣) مدة معلومة^(٤).

مسألة^(٥): وإذا شرط البائع على المشتري حال البيع أن يرهنه رهنا في الثمن أو يقيم له كفيلا به، أو شرط المشتري على البائع رهنا أو كفيلا بالثمن إن استحق المبيع - فقال المؤيد بالله: لا يصح الشرط، وقال الشافعي والوافي: يصح^(٦)، وقال المنصور بالله: يصح إذا كان الرهن أو الكفيل معينًا، لا إن لم يعين. وحيث يصح هذا الشرط إن امتنع المشتري من الرهن أجبر عليه^(٧)، فإن لم يمكن أو امتنع الكفيل من الكفالة يكون للبائع الفسخ. قال الفقيه يوسف: وهكذا إذا شرط أن يرد المشتري المبيع بعد قبضه ليكون رهنا في الثمن^(٨). وأما إذا شرط بقاء المبيع

(١) والمجهولة بالأولى.

(٢) وكانت الفتوة عندهم سنًا معروفة.

(٣) يقال: هو تأخير مطالبة وليس بصفة.

(٤) فإن كانت مجهولة فسد.

(٥) هذه المسألة التنييه في شرح الأزهار.

(٦) لأن ذلك تعليق للفسخ لا للبيع.

(٧) بل يفسخ. (قررو).

(*) يقال: من شرط الرهن القبض بالتراضي، فالقياس أن له الفسخ، ولو قيل: له استرجاع المبيع وإمساكه حتى يسلم الثمن - كان أجلى. (مفتي).

(٨) يعني أنه يصح قولًا واحدًا، لا أنه على الخلاف. اهـ وعليه الأزهار بقوله: «لا رده»، والله أعلم.

عنده رهنا في الثمن فإنه يفسد البيع، ذكره في الكافي^(١) وفي التذكرة؛ لأن ضمان البيع والرهن يختلفان^(٢).

مسألة: ويصح أن يجمع في عقد واحد عقود مختلفة، كبيع وإجارة ونكاح أو غيره، خلاف الناصر والشافعي وأبي حنيفة^(٣). مثاله لو قال: بعت منك أرضي وأكرت منك أو من زيد داري سنة وزوجتك أو زيدا أمتي أو بتي بألف درهم، ثم يقع القبول لها جميعا^(٤)، فيكون الألف ثمنا وأجرة ومهرا، ويقسم بينها على قدر قيمة الأرض^(٥) وأجرة المثل في الدار سنة ومهر المثل في الأمة أو البنت. وكذا لو قال: بعت منك بكذا على بيعك مني هذا بكذا، أو قال: على زواجة ابنتك أو أمتك مني، وكذا على إجارة أرضك مني مدة كذا بكذا- فيصح الكل بالقبول أو بقوله: بعت أو زوجت^(٦) أو أجزت.

(١) وعليه الأزهار بقوله: «ومنه بقاء المبيع ولو رهنا».

(٢) والأولى أن يقال: لأنه رفع لموجب العقد. وفي حاشية ما لفظه: يقال: الرهن قبل القبض تصرف في المبيع قبل قبضه فلا يصح.

(٣) يعني فقالوا: لا يصح إلا إذا ذكر عوض كل عقد من ذلك وحده. قلنا: كل شيئين يصح إفراد كل واحد منهما بالعقد فإنه يصح جمعها في عقد واحد ولا مانع. (بستان بلفظه).

(٤) فرع: فأما تبعضها في الرجوع أو الرد أو القبول فإنه يوجب جهالة في عوض المقبول، فإن كان مما يمتثلها كالنكاح والخلع ونحوهما صح، وإلا كان العقد فيه^[١] فاسداً وفيما سواه باطلاً. فإن رجع عن الجميع وفيه خلع بقي حكمه بحصته؛ إذ لا يصح الرجوع عنه كما سيأتي. (معيار).

(٥) ولم يجعلوا لاختلاف المقومين هنا حكماً، ولعل الوجه - والله أعلم - أنهم إذا اختلفوا فلا يفسد العقد؛ لأن المفسد طارئ؛ لأن البيع وقع بالثمن، وإنما احتاج إلى التقويم لأجل التقييط. والله أعلم.

(٦) في انعقاد البيع بقوله: «زوجت أو أجزت» نظر. قال شيخنا المفتي: إن قوله: «زوجت» قبول للتوزيع، «وأجزت» قبول للتأجير، فأين القبول للبيع؟ (مفتي). يقال: قوله: «زوجت أو أجزت» إيجاب للإجارة والنكاح، وفي ضمنه قبول للبيع، كلو قال: «نعم»، ويشهد له «بعت منك بكذا على بيعك مني بكذا» فإنه ينعقد بقوله: «بعت»، فيكون قبولاً للعقد الأول وإيجاباً، والله أعلم. (شامي) (قررو).

[١] قوله: «فيه» لعله يريد في المقبول، أي يكون العقد فيها لا يقبل الجهالة فاسداً في المقبول وباطلاً في المردود والمرجوع عنه.

فَرَع^(١): وكذا لو اشترى منه نعلا وشرط عليه أن يحذوه أو يشركه^(٢) وكان الحذو أو الشراك من المشتري، وكذا لو كان من البائع وهو معين فيكون من جملة المبيع، ويكون ذلك بيعا وإجارة. وكذا من شري من غيره طعاما على أن يطحنه أو يحمله له إلى موضع معلوم، أو ثوبا على أن يخيظه له^(٣) - فذلك بيع وإجارة، وإذا لم يف البائع بما شرط عليه أجبر إن أمكن، وإلا كان للمشتري الخيار، فإن اختار تمام البيع نقص من الثمن حصة أجرة الطحن أو الحمل أو الخياطة، فيقسط الثمن على قيمة المبيع وعلى أجرة المثل^(٤). وكذا فيما أشبه ذلك من سائر العقود حيث يجمعها في عقد واحد، وسواء جعل عوضها واحداً أو جعل لكل واحد عوضا معلوماً. فإن لم يجمعها في عقد واحد، بل قال: بعثك هذا على أن تبيع مني كذا، أو على أن تكري مني كذا أو تكثري مني كذا، أو على أن تزوجني أو تزوج مني - ففي هذا كله لا يصح البيع^(٥)؛ لأنه جعل العقد الأول معلقاً بالعقد الثاني، وذلك لا يصح في البيع.

مسألة: ويصح أن يبيع عبدا ويستثني خدمته مدة معلومة^(٦)، أو جملا ويستثني ركوبه إلى موضع معلوم^(٧) أو مدة معلومة، أو دارا ويستثني سكنها

(١) هذا الفرع عليه الأزهار بقوله: «أو يصح إفراده بالعقد كيصال المنزل».

(٢) الحذوة: الطبقة. والشراك: السير.

(٣) ولا يقال: إنه مستقبل؛ لأن المستقبل يصح في الأعمال كمسألتنا. (مفتي). وسيأتي

الأزهار بقوله: «ولا يدخل عقد على عقد ونحوه إلا في الأعمال».

(٤) فإن استوت القيمة وأجرة المثل أخذه بنصف الثمن. (قررو).

(٥) وعليه الأزهار بقوله: «أو بيعتين في بيع».

(٦) وفي النجري: يصح الاستثناء لسكنى الدار وخدمة العبد ونحوهما ولو مدة مجهولة،

وذلك من استثناء الحق، وهو يقبل الجهالة، وذلك صريح شرح الأزهار. ومثل ما ذكره

صاحب الكتاب ذكره في البحر.

(٧) وذلك لأنه صلى الله عليه وسلم اشترى من جابر بغيراً واشترط جابر ظهره إلى المدينة. وحجة أبي

حنيفة والشافعي أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط. (بستان).

قيمته لأجل الشرط، فيرجع بما نقص. وقال المؤيد بالله والقاضي زيد: يعني حيث أبرأه بعد البيع أو حال البيع من بعض الثمن ^{قوي} على ذلك الشرط. وكلا القولين حسن^(١).

فرع: ويصح البراء حالة^(٢) العقد من بعض الثمن ولو لم قد يملكه البائع؛ لأن العقد^(٣) سبب ملكه له. ولا يصح من كل الثمن. وهذا بخلاف الطلاق حالة عقد النكاح^(٤) فلا يصح؛ للخبر: ((لا طلاق قبل نكاح^(٥))).

مسألة: من اشترى شيئاً^(٦) على أنه جنس موصوف ثم وجده غيره: فإن كان مخالفاً له في الجنس^(٧) كان البيع فاسداً^(٨)، ذكره في الشرح واللمع^(٩)، وقال في تعليق الإفادة وأبو العباس: يكون باطلاً، وقال الإمام يحيى والفقيه يحيى

(١) هذا لصاحب الكتاب. قال عليه السلام: وقول المؤيد بالله أوضح وأقيس، وكلام أبي طالب أدق وأنفس، وكلا المذهبين لا غبار عليه. (بستان بلفظه).

(٢) وظاهر كلام الإمام المهدي عليه السلام في آخر الحاصل في شرح الأزهار أنه لا يصح البراء قبل القبول؛ لأنه لا براء قبل الملك. اهـ وفي الخالدي في قوله: «على أنك بريء من مائة» يقال: هذا إبراء قبل استقرار المائة؛ لأنها لا تستقر حتى يقبل المشتري. نقله عن الرياض، وهو هكذا فيها. والله أعلم.

(٣) يقال: لم قد يتقدم إلا مجرد الإيجاب فقط.

(*) أي: القبول.

(٤) يعني الإيجاب.

(٥) يقال: فأما حاله فينظر. (مفتي).

(٦) مشاراً إليه.

(٧) نحو أن يشتري فصاً على أنه ياقوت فبان زجاجاً، أو حيواناً على أنه ثور فبان حماراً، أو حبا على أنه بر فبان شعيراً، أو العكس من ذلك. وحجة من أبطله: أنه باع ما ليس عنده. (بستان بلفظه).

(٨) لأنه لم يأت بالمبيع ولا بعضه.

(٩) وعليه الأزهار بقوله: «وفي الجنس فسد مطلقاً».

البحييح: يكون صحيحاً؛ لأن الإشارة أقوى من التسمية، لكن يثبت للمشتري الخيار إن وجدته أدنى، لا إن وجدته أعلى. وإن كان مخالفاً له في الصفة وجنسه واحد: فحيث يحصل بها مخالفة في معظم المقصود يفسد البيع^(١) أيضاً، خلاف الإمام يحيى والفقهاء يحيى البحييح، وذلك نحو أن يشتري مملوكاً على أنه أمة وقصده للوطء فوجده عبداً، أو على أنه عبد وقصده لخدمة الزراعة فوجدها أمة، وإن كان غير مخالف في معظم المقصود فالبيع صحيح، [نحو أن يشتري الحب ونحوه على أنه هاجر فوجده خفيفاً، أو العرض على أنه أبيض فوجده أسود، أو نحو ذلك]^(٢)، وللمشتري الخيار إن وجدته أدنى^(٣)، لا إن وجدته أعلى^(٤)، خلاف ابن أبي الفوارس، والقول قوله في مقصوده^(٥) مع يمينه.

(١) وعليه الأزهار بقوله: «ففي المقصود فسد».

(٢) ما بين المعقوفين حاشية في (د)، وفي (ج) مثبت هنا وفي الحاشية، وفي (أ، ب): مثبت هنا نخ.

(٣) مع الجهل. (قرئ).

(٤) ما لم يخالف غرضه. (قرئ).

(٥) إذا ادعى غرضاً من أغراض الناس.

فصل: [في أسباب الخيار في البيع]

أسباب الخيار في البيع ثلاثة عشر:

الأول: قوله ﷺ: ((البيعان بالخيار ما لم يتفرقا))، فعندنا وأبي حنيفة: أنه التفرق المجازي^(١)، وهو تفرق اللفظ بالبيع والشراء، فلهما الخيار في تمام اللفظ أو تركه مهما لم يتم منهما معاً، وبعده لا خيار^(٢). وقال الباقر والصادق والناصر والشافعي^(٣): إنه التفرق الحقيقي^(٤)، وهو تفرقهما عن مجلس البيع^(٥)، فلهما الخيار ما لم يتفرقا بحيث لا يسمع^(٦) أحدهما من الثاني كلام المخاطبة المعتاد^(٧)، أو يخرج من المنزل إن كانا في منزل.

الثاني: تعذر تسليم المبيع، فحيث له أمد معلوم كالمؤجر والمرهون^(٨) المؤقت والمحجور عليه المؤقت يكون الخيار فيه للمشتري إن جهل حاله عند الشراء، لا إن علم، وحيث ليس له أمد معلوم كالمغصوب والمسروق والآبق والضال

(١) في (أ، ب): المجاز.

(٢) ولو كان في المجلس. (قررد).

(٣) وزين العابدين وأحمد بن عيسى، رواه عنهما في التقرير.

(٤) قال في البحر: إن أجمع على صحة خبرهم فهو أقوى.

(٥) قال في البحر: إذا صح الخبر فكلامهم قوي في الصحاري. (برهان).

(٦) ولفظ البحر: فرع: لهم: والتفرق المبطل للخيار ما يسمى في العادة تفرقا، ففي المنزل الصغير بخروج أحدهما، وفي الكبير التحول من مجلسه إلى آخر بخطوتين أو ثلاث كفعل ابن عمر. (بلفظه).

(٧) في الصحاري. (بهران).

(٨) ينظر في ذلك، فإن كان بغير إذن المرتهن فهو موقوف ولكل فسخه ولو كان عالما، وإن كان بإذنه فإن كان لإيفاء الثمن أو رهنه فقد انفسخ الرهن كما يأتي، فما وجه الخيار؟ وفي الكواكب: أنه وإن كان موقوفا فليس للبائع الفسخ، ولا للمشتري العالم أيضا. (مفتي). و(قررد). بل لهما الفسخ. (شامي).

والمرهون المطلق والمحجور عليه المطلق فالخيار فيه للبائع والمشتري جميعاً^(١) مع العلم بذلك ومع الجهل حتى يمكن تسليم المبيع، وبعد الإمكان لا خيار. قال الفقيه يوسف: ومن رضي منهما قبل الإمكان لم يبطل خياره ما دام التعتذر. وإنما ثبت الخيار للبائع لأنه يتعذر عليه تسليم الثمن^(٢) لما تعذر تسليم المبيع.

الثالث: فقد الصفة^(٣) التي وصف البائع من أوصاف الكمال في المبيع، أو وصف المبيع بكيل معلوم أو وزن أو عدد فوجده المشتري أقل، إذا كان الشرط حالة العقد؛ لا إن شرطه قبل العقد فلا حكم له، إلا أن يجري العرف بأن المشروط قبل العقد كالمشروط حاله صح الشرط^(٤).

الرابع: الغرر من البائع للمشتري، وهو في صورتين: إحداهما: في بيع الجراف حيث علم البائع قدره وجهله المشتري وجهل^(٥) علم البائع به أيضاً عند البيع. والثانية: في بيع المصرة^(٦)، وهي من يشتري شاة أو بقرة فيها لبن ثم نقص لبنها^(٧) في ثلاثة أيام بعد الشراء لغير سبب عارض بعد الشراء، فيكون

(١) وذلك لأن العقد هذا لا ينبرم إلا بعد قبض المبيع أو إمكان قبضه، فأشبهه العقد الموقوف على الإجازة. (بستان بلفظه).

(٢) يؤخذ من هذا أنه إذا كان قد سلم له الثمن فلا خيار له، وظاهر المذهب الإطلاق؛ لأن للمشتري مطالبته برد الثمن مع تعذر تسليم المبيع؛ ولأنه غير مستقر إذا تلف المبيع.

(٣) ويكون القول للمشتري في فقدها. (شرح فتح) (قررو).

(٤) قال الدواري: وهو عرف أهل صعدة.

(٥) لأن مع علمه بعلم البائع لا غرر من البائع.

(*) وينظر في وجهه. (غيث).

(٦) إلا أن يعلم المشتري بالتصيرية أو يجري العرف بالتصيرية فلا خيار، وقد ذكر مثله عن القاضي عبد الله الدواري. وظاهر المذهب لا فرق؛ لأن الغرر حاصل؛ لاختلاف التصيرية.

(*) ولو صر اللبن ناسياً. (قررو). ولفظ حاشية: ولو صرت نفسها من غير قصد البائع. (قررو).

(٧) ينظر كم النقص. قيل: ما لا يتسامح به.

للمشتري الخيار ولو لم يشرط عدم التصرية على الأصح، خلاف التذكرة وحواشي الإفادة^(١). وإذا ردها رد لبنا إن كان باقيا، وإن لم فمثله، وإن لم يوجد المثل^(٢) فقيمته يوم الرد. وقال الشافعي ومالك: يرد معها^(٣) صاعا من بر أو تمر ولو بقي اللبن.

فرع: فإن أنكر البائع نقصان اللبن فالبينة على المشتري^(٤). وإن قال البائع: إنه نقص لقلة العلف مع المشتري فقال الفقيه حسن: القول قوله^(٥) أيضا، وقال الفقيه يوسف: بل عليه البينة^(٦).

الخامس: الخيانة في بيع التولية والمرا بحة على ما يأتي.

السادس: جهل المشتري لقدر الثمن حيث اشترى صبرة مجهولة القدر كل مد منها أو رطل أو عدد بكذا، فله خيار معرفة قدر الثمن. وحيث اشترى برأس مال البائع أو وزيادة ربح معلوم ولم يعلم قدر رأس ماله حالة البيع، والبائع عالم

(*) عن أول حلبة. (قررو). فإن حلبها بعد ثلاثة أيام بطل خياره، وإن حلبها في الثلاثة لم يكن رضا. (بيان من العيوب، من فرع المسألة الرابعة).

(١) فقالوا: إذا لم يشرط أنها غير مصرا فلا خيار له. قلنا: بل له الخيار وإن لم يشرط؛ لقوله ﷺ: ((لا تصروا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ثلاثاً، فإن رضيها أمسكها، وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر))، رواه أبو هريرة. (بستان لفظاً).

(٢) في البريد. (قررو).

(*) يعني: في الناحية.

(٣) بدلا عن اللبن.

(٤) وذلك لأن الأصل عدم النقصان. (بستان).

(*) وتكون الشهادة على إقرار البائع أو مشاهدة النقص إن أمكن. (دواري) (قررو).

(٥) لأن المشتري يريد الرد عليه، والأصل عدمه.

(*) حجة الفقيه حسن: أن الأصل عدم الخيار. (بستان).

(٦) لأن البائع قد أقر بالنقصان واعى أنه من فعل المشتري، فبيّن. (قررو).

به - فللمشتري الخيار إلى أن يعلم به^(١)، فلو جهله البائع فسد البيع^(٢). وقال أبو حنيفة والإمام يحيى: لا يفسد إذا علمه في مجلس البيع. وحيث اشترى صبرة معلومة القدر أو مجهولة على ما قد باع هو أو غيره، وكان قد باع بسعر واحد بثمن مثلي وجهل المشتري قدره - فله الخيار حتى يعلمه^(٣)، وكذا إن كان باع بأسعار مختلفة ولكن عين سعر مشتر بعينه، فإن لم يعينه فسد البيع. وكذا إن قال: بما أبيع في المستقبل أو بما باع الناس في المستقبل، وكذا بما باع في الماضي وهو باع بعرض قيمي - فلا يصح هذا البيع^(٤).

فَرَعٌ: وإذا اختلفا في قدر الثمن الذي باع به هو أو غيره في الماضي لم تقبل فيه شهادة المشتري الأول ولا البائع الأول؛ لأنه يشهد بفعله^(٥).

السابع: جهل المشتري لقدر المبيع حيث باع منه البائع بمائة درهم من صبرة معينة على ما قد باع هو أو غيره، وكان قد باع بسعر واحد أو بأسعار وعين أحد المشتريين^(٦). وقد يثبت له خيار معرفة قدر الثمن وخيار معرفة قدر المبيع معاً^(٧)، وهو حيث باع منه الصبرة كلها على ما قد باع من غيره^(٨).

(١) بل هو على التراخي. (قررو).

(*) وعليه الأزهار بقوله: «أو معرفتهما أو أحدهما إياها حالاً تفصيلاً»، فمراد البيان مع جهلهما معاً؛ ليوافق ما يأتي للفقهاء في المراجعة.

(٢) إلا أن يكون برقم صحيح يقرأ صح البيع. (قررو).

(٣) الصحيح أنه على التراخي. ولفظ حاشية: ظاهر الأزهار حتى يرضى.

(٤) لأن القيمي يختلف باختلاف المقومين وبالأوقات أيضاً.

(٥) فصار كشهادة المرضعة بأنها أرضعت الصبي.

(٦) أو لم يعين وفيها غالب انصرف إليه.

(٧) وفي الصعيتري: لا خيار له في هذه الصورة لمعرفة قدر الثمن.

(٨) يعني: وقد باع على سعر واحد لكن المشتري لم يعلم كيف باع فيما مضى، فخيار معرفة مقدار المبيع لجهالة مقدار الصبرة؛ لأنها وإن كانت في نفسها معلومة فتقديرها مجهول. وخيار معرفة مقدار الثمن لجهالة قدره في حق المشتري؛ لأن البائع أبهم عليه الثمن. (بستان بلقظه).

الثامن: تعيين المبيع، وهو حيث اشترى ثوبا من ثياب أو نحوه وجعل الخيار في تعيينه لأحدهما وحده - لا لهما معا^(١) - مدة معلومة، أو حيث اشتراها الكل كل ثوب منها بكذا على أنه بالخيار يرد ما شاء ويأخذ ما شاء مدة معلومة، ويكون الخيار له وحده، لا له ولغيره^(٢)؛ لأنهما يختلفان، ولا إن جعل ثمنها الكل واحدا فلا يصح^(٣) ذلك. وإن قال: بعتك هذا بكذا أو هذا بكذا ولك الخيار مدة معلومة في أيهما شئت - صح البيع.

فَرَعٌ، وإذا مضت مدة الخيار ولم يختَر من له الخيار شيئا: فحيث اشتراها الكل على أنه يرد ما شاء ويأخذ ما شاء يصح البيع في الكل، وإن مات من له الخيار^(٤) لم يورث^(٥) عنه. وحيث اشترى بعضها على أن له الخيار في تعيينه يجبر على التعيين فوراً^(٦)، وإن امتنع حبس، وقيل: يعين عنه الحاكم، وإن مات عين وارثه^(٧). وعند الشافعي والأزرقي: البيع فاسد في الكل^(٨).

التاسع: الوقف على الإجازة في بيع الفضولي أو شرائه، فلكل واحد من

(١) فيفسد.

(٢) من غير جهته كالبائع، لا إن كان من جهة المجهول له فيصح، ومن سبق صح ما عينه. (قررو).

(٣) القياس الصحة ويقسم الثمن على قدر القيمة. (شامي).

(٤) بل قد لزمه ولو مات قبل مضي المدة. (قررو).

(٥) في الصورة الأولى.

(٦) عقيب مضي مدة الخيار. (قررو).

(٧) يعني: في الصورة الأخيرة، لا الأولى فقد ثبت البيع في الجميع. (قررو).

(*) فإن تعددوا واختلّفوا في التعيين فلمن سبق^[١]؛ لأن لكل وارث ولاية كاملة.

(كواكب). وفي البيان في العتق ما لفظه: وفي غير العتق لا يصح التعيين إلا ما تراضوا به

الكل؛ لأنه حق لهم. (بيان).

(٨) قد تقدم الاحتجاج لنا ولهم. (بستان).

[١] فإن وقع في حالة واحدة أو التبس كان بنظر الحاكم.

المتعاقدين الخيار في الفسخ مهما لم تحصل الإجازة، وظاهر كلامهم (١) أن له الفسخ مطلقاً (٢)، وقال الفقيهان حسن ويوسف: إنه على الخلاف الذي في خيار الشرط هل يحتاج الفسخ أن يكون في وجه صاحبه المعاهد له أم لا (٣).

العاشر: الغبن الفاحش في بيع الصغير المميز المأذون له في ماله أو مال غيره، وفي شرائه كذلك، وفيمن تصرف لغيره بوكالة أو ولاية كالعبد المأذون والوكيل والشريك والمضارب والأب ووصيه والجد ووصيه والإمام والحاكم ومن ولياه، فيكون تصرفهم مع الغبن (٤) موقوفاً على إجازة من تصرفوا عنه (٥) حيث تمكن الإجازة، كالصبي بعد بلوغه، وسيد العبد والموكل والشريك ورب المال. وحيث لا تمكن الإجازة كمتولي المسجد والوقف (٦) وبيت المال إذا غبن فلا يصح تصرفه. والمراد في الوكيل ونحوه حيث تصرف في غير محضر الموكل (٧)، فأما في محضره فيصح الغبن عليه؛ لأنه كالمعبر عنه، ذكره أبو جعفر وأبو مضر (٨)، ودل عليه كلام أصحابنا في القسمة (٩) أن الغبن فيها يصح على من حضر ولو تولاها غيره.

(١) يعني: أهل المذهب.

(٢) ولو في غير محضر صاحبه.

(٣) لا يشترط؛ إذ لم قد ينبرم العقد. (قررو).

(٤) فلو التزم المشتري بزائد الثمن إلى تمام قيمة المبيع، أو أنقص البائع إلى قدر القيمة - كان الخيار باقياً، ذكره المنصور بالله؛ إذ العبرة بحال البيع. (هاجري). وذكر في الزوائد أن ذلك يمنع الفسخ، وقواه المفتي؛ إذ الاعتبار بحال الفسخ.

(٥) أما لو تصرف الولي بغبن ولا مصلحة حال العقد يباع أو شراء ثم بعد مدة حصلت المصلحة التي يصح معها التصرف - هل يصح من الولي إجازة ذلك العقد لارتفاع المانع من الإجازة؟ الأقرب صحة ذلك؛ إذ لا مانع، وهذا مستقيم حيث باع بغبن جاهلاً لذلك. (حاشية سحولي لفظاً). (قررو).

(٦) العام.

(٧) لا فرق. (قررو).

(٨) المذهب خلافه كما تقدم للفقيه حسن في النكاح.

(٩) والأولى أن خيار الموكل يثبت وإن كان حاضراً ولا يقاس على القسمة؛ لأن الحقوق هنا

فرع: والغبن الفاحش: هو ما اتفق عليه المقومون^(١)، ذكره القاضي جعفر. وقال القاضي زيد: هو ما زاد على نصف عشر القيمة. وقال في الوافي والشافعي: هو ما زاد على عشر القيمة. فإن اختلف المقومون في القيمة اعتبر بالأدنى من الثنتين^(٢)، وبالوسطى من الثلاث، وبالأدنى من الوسطين^(٣) من الأربع ونحوها. الحادي عشر: عدم رؤية المبيع، فمن البائع لا خيار له، خلاف الأستاذ^(٤) وأحد قولي الشافعي، ومن المشتري فله الخيار قبل ما يراه وبعد ما رآه رؤية مميزة، وهو على الفور، فإن سكت بطل خياره^(٥)، ذكره المؤيد بالله^(٦)، وقال أبو

متعلقة بالوكيل، ولا حكم للأصل معه البتة، فليس معبرا عنه، بخلاف القسمة فحقوقها متعلقة بالموكل، فيكون الوكيل مع حضور الموكل معبرا عنه، فإن أضاف الوكيل هنا استقام كلام البيان، والله أعلم. (عامر). والصحيح في القسمة أنه لا يصح عليه الغبن ولو حاضراً ما لم يباشر، فالكل سواء. (قررو).

(١) قوله: «ما اتفق عليه المقومون» وذلك لأن المرجع في تقويم المقومات إلى النخاسين والتجار وأهل المعرفة؛ لأجل الممارسة والخبرة، وكما يرجع إليهم في العيوب، قال عليه السلام: وهذا المختار. قال المهدي عليه السلام: وهو قوي؛ إذ لا دليل على تعيين القدر. قال الإمام يحيى: ومثال المسألة أن يشتري بعض الأمتعة بعشرين درهما فيقومه بعضهم ثمانية عشر وبعضهم تسعة عشر، فيكون الغبن درهماً؛ لأنه خرج عن تقويم المقومين، فأما لو قومه بعضهم عشرين لم يكن غبناً. (بستان بلفظه).

(٢) وقال الفقيه حسن في تعليقه على اللمع: إنه يؤخذ نصف كل واحد من القيمتين. والله أعلم.

(٣) وهذا حيث كان التقويم بنظر الحاكم ولم يذكر المغبون قدره، وإلا فالعبرة بما طابق دعوى المغبون. (هبل) (قررو). ومعناه في شرح الفتح، ومثله عن القاضي عامر.

(٤) إلا أن يحصل تدليس من المشتري [أو من غيره بعنايته. (قررو)]. بأن المبيع دون ما هو عليه من النفاسة أو القدر أو القيمة ثبت للبائع الخيار. (قررو).

(٥) وهذا حيث علم ثبوت خيار الرؤية، فإن جهله كان له الفسخ به متى علم ما لم يحصل تصرف مبطل، والقول قوله في الجهل. (حاشية سحولي لفظاً). أما لو جهل تأثير التراخي فلا يبعد أنه على خياره كما ذكروه في الشفيع على المذهب. ومثله عن سيدنا إبراهيم حثيث، وقواه المفتي.

(٦) وعليه الأزهار.

العباس: له المجلس ما لم يعرض، وقال ابن الخليل: لا خيار له إلا بعد الرؤية. قلنا: ولا يبطل خياره بوجوده على ما وصف البائع، خلاف المنتخب وأبي العباس والإبانة.

فرع: فلو أبطل خياره عند شرائه لم يبطل^(١)، ذكره في الشرح، وكذا بعد الشراء وقبل الرؤية؛ لأنه يتجدد، ذكره في التفريعات والتقارير والانتصار، وقال في التذكرة وأبو جعفر وأبو مضر: يبطل. ولا يبطل بالرؤية في المرأة^(٢) والماء^(٣)، ولا بين الماء^(٤)، ولا برؤية غير تأمل له، ولا برؤية متقدمة على الشراء بحيث يجوز أن يكون المبيع قد تغير عن حاله الذي رآه عليه ولو لم يتغير، ولا برخص سعره بعد الشراء، ولا بتلف فوائده الحادثة بعد الشراء، لكن يضمنها المشتري إذا رده وكان تلفها معه^(٥). ولا يبطل برضاه في قلبه^(٦) إذا فسخ بلسانه، وكذا في خيار الشرط.

فرع: ولا يبطل برؤية بعض المبيع المختلف، كإحدى قطعتي أرض أو بعض الحائط، أو بعض منازل الدار أو كلها دون أسافلها أو دون سطوحها^(٧) ولو تصرف فيما رآه^(٨) وانفع به.

(١) حيث الشارط المشتري، لا البائع فيفسد. (عامر) (قررو). لأنه رفع موجه.

(٢) والمبيع في الوراء.

(٣) والمبيع خارج.

(٤) مغموراً بالماء.

(٥) يعني الأصلية، وأما الفرعية فهي للمشتري بعد القبض. ولفظ حاشية: قال الإمام يحيى: وإذا تلفت الفوائد الأصلية لم يضمنها؛ إذ هي كالوديعة في يده. (بحر معني).

(٦) لأن أعمال القلوب لا تأثير لها في فساد المعاملات ولا في صحتها. (بستان).

(٧) وقال الفقيهان يحيى البحيح ومحمد بن يحيى: لا خيار له إلا إذا كانت السطوح مقضضة أو عليها حوائط. (بستان، وغيث). والمذهب لا فرق. (قررو).

(٨) يعني استعمالاً، وأما التصرف فيبطله. (قررو). ولفظ الكواكب: قوله: «كالتصرف»

ولا يعتبر في رؤية الدار رؤية داخل البئر^(١) والحش وموثر البناء وما تحت الخلب والجص من البناء والسقوف على الأصح، إلا أن يجد في ذلك عيبا رده^(٢) به. فرع؛ ولا يبطل برؤية بعض الثياب المختلفة، فأما المستوية^(٣) فقال المؤيد بالله: يكفي رؤية ظاهرها. قال الفقيه يحيى البحيح: يعني رؤية بعضها ولو ظاهره، وقيل: بل رؤية ظاهر كل ثوب^(٤) ولو وجد باطنها مخالفا لظاهرها إذا كان قدر المعتاد، وإن كان أكثر منه فله الخيار، قيل^(٥): خيار رؤية، وقيل^(٦): خيار عيب^(٧). وقال الناصر: لا بد من رؤيتها الكل ظاهرا وباطنا^(٨). وهو القوي. وقال مالك: لا يصح بيع الثياب إلا بعد نشرها. فرع؛ وما كان له وجهٌ وقفاء كالطنافس^(٩) ونحوها^(١٠) فالعبرة فيه برؤية

يعني الانتفاع ببعض لا يبطل خياره قبل رؤية البعض الآخر ولو قل. (* إن قلت: يحقق هذا، فقد صرح في التذكرة أن خروجه عن ملكه أو بعضه يبطل خياره، قلت: المراد الانتفاع كما في الكواكب على التذكرة، ففيها مثل ما في البيان. (من بيان المفتي وخطه).

- (١) لأنها غير مقصودة في الوسع والضيق^[١]. (عامر). بخلاف المدفن في الدار فلا بد من رؤيته.
 (٢) في (أ): ردها، وفي (ج، د): رد.
 (٣) يعني في النسج والصفة. (بستان).
 (٤) وهو ظاهر الأزهار في قوله: «بتأمل لجميع غير المثلي».
 (٥) القاضي يوسف.
 (٦) الأستاذ. وقواه حثيث.
 (٧) القياس خيار رؤية؛ لأنه لما خالف الظاهر تبين عدم الرؤية، فإذا بطل خيار الرؤية بوجه بعد ذلك نظر هل ذلك عيب ينقص القيمة أم لا. و(قررو).
 (٨) في المختلف.
 (٩) بسط رومية. (بستان).
 (١٠) الوسائد.

[١] يعني حيث اشترت مع الدار. (قررو).

الوجه. والأقرب في الزرابي^(١) أنه يعتبر فيها برؤية الوجه والقفاء معا إلا حيث هما خرقة واحدة. ولا يكفي رؤية ظاهر المنزل والرحى والمدقة والسفينة، وقال المؤيد بالله: يكفي ظاهر السفينة. قيل: يعني حيث هي بيت واحد. ولا برؤية بعض شبكة الصيد أو الرأس أو العلف^(٢)، ولا الرؤية في الليل من غير تحقيق، فأما من وراء زجاج فتكفي^(٣)، قال الفقيه محمد بن يحيى: إلا في اللون؛ لأنه يتلون بلون الزجاج.

فَرَعٌ، ولا يبطل بأخذه للشمار الحادثة. قال المؤيد بالله: ولا بالاستغلال، قال الفقيه علي: يعني ولو أكراه من غيره، وقال الفقيهان حسن ويوسف: بل يعني حيث أخذ كراهه من الغاصب أو ممن كان مستأجرا له من قبل البيع، فأما إذا أكراه هو فإنه يبطل خياره؛ لإخراجه منفعه عن ملكه، كما لو أخرج بعض المبيع عن ملكه. فأما إذا أعاره غيره أو رهنه من الغير فإنه لا يبطل خياره^(٤).

فَرَعٌ: ويبطل برؤية الوكيل بالرؤية^(٥)، وبرؤية الوكيل بالشراء، وبرؤية

(١) الزرابي، وهي الوسائد. (بستان).

(٢) شبكة العلف.

(٣) وقال الإمام المهدي عليه السلام: بل الظاهر أنها غير مميزة. (شرح أزهار). ما لم يكن لا ينظر إلا بها فيبطل خياره، وإذا رآه غيرها فالخيار ثابت حتى يراه بها. و(قرر).

(٤) بل يبطل؛ لأنه تصرف. (غيث) (قرر).

(٥) ظاهره ولو كان الوكيل البائع. اهـ وهل يبطل برؤيته المتقدمة؟ قيل: إنها تبطل، ظاهره ولو كان من قبل التوكيل، كذا نقل من خط سيدنا إبراهيم حثيث.

(*) أما الوكيل بالقبض فهو يقوم مقام الموكل في الرضا، لا في الرد. (تعليق شرفية). وإنما يفعل مجرد الرؤية فيبطل الخيار، ذكره في شرح الأثران. وفي شرح الأزهار: أن الوكيل بالقبض والوكيل بالرؤية لا يتعلق بهما فسخ ولا إمضاء، ولكن يبطل خيار الموكل بسكوته عقيب رؤيتها. اهـ وفي الوابل: يحقق النظر فيه. اهـ والمختار أن وكيل الرؤية له الفسخ والإمضاء. (هبل).

الوكيل بقبض المبيع؛ لأن الحقوق تعلق به، ذكره في الشرح. لا برؤية الرسول بالشراء أو بالقبض، وهو الذي يقول له: قل للبائع يبيع مني، أو يأمر لي بالمبيع^(١) معك، أو يعطيك المبيع.

فَرَعٌ: والوكيل بالشراء تعلق به الحقوق، فالخيار إليه في الرد والرضا، ولا عبرة برؤية الموكل ولا برده ولا برضاه، لكن إن رد الوكيل قبل قبضه للمبيع صح رده، وبعد قبضه قال الفقيه علي: لا يصح؛ لأنها قد بطلت وكالته بتمام ما أمر به، وقيل: بل يصح رده؛ لأن ذلك حق له يتعلق به. وعند الناصر والشافعي: أن الحقوق تعلق بالموكل مطلقاً^(٢)، فالخيار إليه.

مسألة: ويبطل خيار الرؤية بخروج المبيع^(٣) أو بعضه عن ملك المشتري، وبتزويج الأمة^(٤) أو العبد؛ لأنه عيب حدث فيهما بفعل المشتري، وهو يبطل خيار الرؤية بالعيب الحادث بعد قبض المشتري. ويبطل بتلف بعض المبيع ولو من ثمره أو صوفه الحاصل عند البيع، وأما بتلف لبنه الحاصل عند بيعه فقال الفقيهان يحيى البحيح وحسن: يبطل أيضاً^(٥)، وقال الفقيه محمد بن سليمان: لا يبطل؛ لأنه غير مقصود في العادة.

مسألة: ويعتبر في رؤية العبد والأمة برؤية الوجه، إلا السرية فلا بد من رؤية

(١) ينظر في لفظه ومعناه.

(٢) قبل القبض وبعده.

(٣) ظاهره ولو بغير اختياره. وقيل: إذا كان باختياره، لا بغير اختياره نحو أن يشفع فيه فيرده الشفيع برؤية أو عيب فله أن يرده على البائع. (قرر).

(٤) أما تزويج الأمة فظاهراً؛ لأنه إخراج لمنفعة بضعها عن ملكه، وأما تزويج العبد فكذا أيضاً، لكنه ليس من هذا الباب، بل من جهة أنه عيب حادث مع المشتري. (غاية).

(٥) في غير المصراة. اهـ بل وفيها أيضاً حيث أراد ردها بخيار الرؤية، فأما بخيار التصرية فتلف اللبن لا يمنع. (قرر).

كلها إلا العورة^(١) ما بين السرة والركبة. والأقرب أن رؤية الوجه لا تكفي؛ لأن الغرض يتعلق برؤية البدن كما يتعلق برؤية الوجه، والله أعلم. وفي الحيوانات ما كان مشترى للحم فالعبرة فيه بالجنس^(٢)، وما اشترى للبن فبرؤيته ورؤية ضرعه^(٣)، وما اشترى للحمل عليه فبرؤية مقدمه وموخره^(٤)، وما اشترى للقنية فبرؤية الكل. قال عطية: ويعتبر في الخيل بجريها^(٥)، وفي القياس بالرمي عليها^(٦).

مسألة: ويكفي رؤية بعض المستوي كصبرة الحب إذا رأى بعضا منها، قال الفقيه علي: ولو كفا من الحب منها أو من مثلها. وكذا الفاكهة المستوية.

مسألة: وإذا ادعى البائع على المشتري أنه قد رآه رؤية مثله وأنكر المشتري فالبينة على البائع^(٧)، وإذا ادعى المشتري أنه فسخ حين رآه وقال البائع: بل سكت - فالبينة على المشتري^(٨)، وقيل: على البائع.

(١) ينظر ما وجه استثناء العورة إن كان بعد الشراء؟ (حديث). لعله يجاب بأن المخصص العرف حيث كان كموثر البناء. (مفتي).

(٢) مع رؤية باقيه. اهـ وكذا رؤية السن حيث هي مقصودة.
(*) مع الرؤية، ذكره الفقيه يوسف. (كواكب). وظاهر الأزهار أن الجنس كاف ما لم يكن المقصود الرؤية كالهدايا.

(٣) وفي شرح الأزهار أن جس الضرع قائم مقام الرؤية، وهو ظاهر الأزهار. (قرئ).
(٤) مع رؤية باقيه. اهـ إذا كان ممن يعرف ذلك، وإلا فله الخيار. (قرئ). حتى يعرفه ذو معرفة. (قرئ).

(٥) والصحيح خلافه، وقد ذكر معناه الدواري حيث قال: إن ذلك غير معتبر؛ لأن ذلك أفعال وخواص، وإنما يعتبر رؤية الجرم. اهـ قال الذويد: ويعتبر في الكتب رؤية كل ورقة. اهـ وظاهر الأزهار في قوله: «ولبعض يدل على الباقي» أن البياض إذا كان سواء والخط سواء كفى.

(٦) المذهب خلافه في الطرفين. (قرئ).
(٧) وذلك لأن الأصل عدم الرؤية وعدم التمييز فيها. (بستان بلفظه).
(٨) وذلك لأن الأصل عدم الفسخ. وقيل: على البائع؛ لأنه يدعي الرضا، رواه في البرهان عن التفرجات. (بستان لفظاً).

مسألة: وإذا رده المشتري بالرؤية فعليه رد فوائده الأصلية^(١) الحادثة عنده كالشمر والولد والصوف واللبن ومهر الأمة البكر إذا وطئت عنده بشبهة أو زالت بكارتها^(٢) بجناية الغير، خلاف الشافعي في الكل. فأما الفوائد الفرعية كالكرء إذا غصبه غاصب عليه أو استعمله هو أو قبض أجرته ممن استأجره قبل البيع ومهر الأمه الثيب^(٣) - فقال المنصور بالله والقاضي زيد: يجب ردها كما في

(١) وقد جمع القاضي العلامة إسحاق بن محمد العبدى رحمته الله الفوائد الفرعية والأصلية وما يطيب للمشتري وما لا يطيب بقوله نظماً:

ألا فاحفظوا حكم الفوائد موجزا	وتعدادها نظماً فما النثر كالنظم
ففرعيها زرع كذا مهر ثيب	وكسب لعبد والكرء يا ذوي الفهم
ومهر لبكر حيث كان لزومه	لها لا بوطء قال هذا أولو العلم
وإن كان مهر البكر بالوطء لازماً	فأصلية كالصوف والدر في الحكم
ومثلها الأولاد أيضاً وهكذا	ثمار وأرش للجناية في الجسم
فما يبيع يبع فاسداً كان حكمه	إذا رد كالردود بالعيب والوصم
فللمشتري كل الفوائد إن جرى	تراض برد لا بحكم على خصم
ورد بحكم مثل رد برؤية	يطيب له فرعيها فافهموا رسمي
وفي الرد بالشرط الفوائد كلها	لبائعها عكس الإقالة في الحكم

(*) **فائدة:** الفوائد الأصلية والفرعية في خيار الشرط يجب ردها مطلقاً ولو بغير حكم، وفي العيب والرؤية^[١] وفساد العقد ترد الأصلية لا الفرعية مع الحكم، لا مع التراضي فلا يرد شيئاً، وفي الإقالة لا يرد شيئاً مطلقاً. (غاية بلفظها). و(قرر). ولم يذكر في السلم حيث فسخ، والمختار ترد الفوائد مطلقاً. وفي قيمة الحيلولة ترد مطلقاً على المختار.

(٢) ولا يقال: إنه عيب حدث عنده؛ لأننا نحمله على أنه قبل القبض^[٢]. (سماح سيدنا إبراهيم حثيث). ولو كانت أمانة عند المشتري؛ لأن اليد ليست قبضاً، فكأنه قبل القبض في الحقيقة، فلا يمنع الرد.

(٣) لشبهة. اهـ ولم تعلق؛ إذ لو علقت امتنع الرد أو وجب الحد. (هامش هداية).

[١] أما في خيار الرؤية فينظر؛ فمفهوم الأزهار في قوله: «وفرعية ما قبض» أنه يرد الأصلية مطلقاً سواء رد بالحكم أو بالتراضي، وهو ظاهر إطلاق البيان هنا. (قرر). [التقرير من هامش شرح الأزهار].

[٢] لأن قوله في الأزهار: «وبالعيب والنقص عما شمله العقد» مقيد عليه ببعد القبض. (سيدنا حسن). (قرر).

وقال زيد بن علي وأبو حنيفة والشافعي: إذا كانت أكثر من ثلاثة أيام فسد البيع. وإن لم يذكر له مدة فسد البيع^(١)، خلاف المنصور بالله، فقال: يثبت ثلاثة أيام. وإن ذكر له مدة مجهولة^(٢) فسد البيع.

مسألة: وحيث يكون الخيار للبائع أو لهما معا فالمبيع باق على ملكه في أنه إذا تلف في مدة الخيار فمن ماله ولو بعد قبض المشتري له^(٣)، وفي أنه إذا حدث به عيب كان للمشتري الرد به ولو بعد قبضه له^(٤)، وفي أنه إذا كان عبدا رحما للمشتري لم يعتق^(٥) حتى يستقر البيع فيبان عتقه من وقت الشراء.

وحيث الخيار للمشتري وحده يكون على ملكه فتعكس هذه الأحكام في التلف والعيب بعد القبض^(٦)، وفي العتق بنفس الشراء.

مسألة: ويعتبر في فوائد المبيع كلها الحادثة بعد البيع لمن استقر له الملك في المبيع، فتكون له، وكذا في مؤنه بعد قبض المشتري له؛ من استقر له الملك فهي عليه، وينفق عليه في الابتداء من له الخيار^(٧)، ثم القرار على من استقر له المبيع.

(١) إلا أن يكون الشرط بعد العقد لغى الشرط وصح العقد؛ لأن المفسد طارئ.

(٢) نحو أن يقال: متى شئت أو متى قدم زيد.

(٣) ولو بفعل المشتري. (قررو).

(٤) ولو بفعل المشتري، ويضمن ما نقص من قيمته للبائع. و(قررو).

(٥) حيث قارن الشرط العقد. اهـ ولفظ حاشية السحولي: والمراد بعدم حصول العتق حيث الخيار للبائع أو لهما والمبيع رحم للمشتري حيث قارن الشرط العقد، لا لو كان بعد العقد فلا يصح؛ إذ قد وقع العتق عقب اللفظ. (حاشية سحولي لفظاً).

(٦) ولو بفعل البائع. (قررو). ويضمن للمشتري. (قررو).

(٧) وفي شرح الأزهار: ينفق عليه في الابتداء من هو في يده^[١]. اهـ فإن كان في يد ثالث فحيث الخيار للمشتري فقط فيؤمر هو بالإنفاق، وحيث الخيار للبائع أو لهما يؤمر البائع بالإنفاق. و(قررو).

[١] فإن انكشف خروجه عن ملكه رجع بما أنفق^[٠] على من استقر في ملكه. (شرح أزهار).

[٠] إذا نوى الرجوع أو بإذن الحاكم. (قررو).

مسألة: ومن كان له الخيار فله أن يختار التمام أو الفسخ في أي وقت شاء من مدة خياره، إلا حيث شرط المشتري على البائع أنه لا خيار له أو لا فسخ له إلا بعد رد الثمن أو مثله فلا يصح فسخه إلا برد الثمن أو مثله^(١)، فمتى رده انفسخ البيع^(٢).

فرع: فلو اختلفا في قدر الثمن عند رده له فيحتمل أن البينه على المشتري؛ لأنه يدعي الزيادة، ويحتمل أنها على البائع؛ لأنه يدعي وقوع الفسخ بما رده. وهو الأرجح^(٣). فلو نسيا قدر الثمن بطل الفسخ.

مسألة: ويبطل خيار البائع بمضي مدة الخيار قبل فسخه، وبموته في مدة الخيار، فيتم البيع ولا يورث عنه، خلاف الناصر.

مسألة: ويبطل بيعه بعته للعبد في مدة خياره، وتبديره له، وبكتابته له، وبهبته للمشتري أو لغيره، وبرهنه، وتقبيل الأمة أو لمسها أو نظره إليها، كله مع الشهوة، ذكره في الوافي. وقال زيد بن علي: لا يبطل البيع بالتقبيل ونحوه. قال الفقيه علي: والمراد بذلك كله أنه يكون فسحا من جهته، لكنه لا يتم حتى يعلم به المشتري^(٤) كما يأتي^(٥).

(١) ينظر لو باعه البائع في مدة هذا الخيار ثم وقع الفسخ برد مثل الثمن هل يصح أو لا؟ وعلى ذهني لا يصح^[١]، وآخر المسألة الرابعة من هذا الفرع يدل على الصحة. (حيث). ويكون الفسخ كاشفا كما قيل، وهو المختار. (قررو).

(٢) ظاهره أنه يقع الفسخ برد الثمن، ويحتمل أنه يثبت الخيار برده، ذكرهما الفقيه يوسف. وقررو الاحتمال الأول حيث كان التعليق للفسخ، والثاني حيث كان التعليق للخيار. (قررو).

(٣) القول الأول.

(٤) فعلى هذا حيث كان الخيار للبائع أو لهما جميعا ثم تصرف البائع فإن تصرفه يكون فسحا، لكنه لا يتم الفسخ إلا متى علم به المشتري، فتبقى التصرفات موقوفة على علم المشتري بها، فمتى علم وقع الفسخ، فتنفذ تلك التصرفات، فلو لم يعلم المشتري بالفسخ أو بتصرف البائع إلا بعد مضي مدة الخيار بطل الفسخ والتصرف واستقر الملك للمشتري. (حاشية سحولي لفظا). وعن السيد أحمد الشامي: أنه يصح الفسخ ولو بعد المدة، ويكون علم المشتري كاشفا.

(٥) في قوله: مسألة: وإذا أراد من له الخيار تمام البيع لم يحتج إلى حضور الثاني، وهي المسألة الثانية عشرة بعد هذه.

[١] إذ الفسخ لم يحصل إلا برد مثل الثمن.

مسألة: وإذا وطئ المشتري الأمة في مدة خيار البائع أو وطئها البائع في مدة خيار المشتري فإنه يأثم^(١) ولا حد عليه ولا مهر إن استقر له الملك عليها، وإن لم فلا حد^(٢)، وأما المهر فيلزم المشتري للبائع، وأما البائع فيلزمه للمشتري^(٣) حيث وطئها جاهلاً بعد تسليمها إليه^(٤)، لا قبله، بل يثبت للمشتري الخيار؛ لأجل وطء البائع.

مسألة: وإذا أجر البائع المبيع في مدة خياره من المشتري أو من غيره بطل البيع، إلا إن كان استثنى منافعه عند بيعه مدة معلومة ثم أجره تلك المدة لم يبطل البيع. وكذا حيث شرط ألا فسخ له إلا برد الثمن أو مثله فلا يبطل البيع بإجارته، لكن إن تم البيع من بعد تبين بطلان الإجارة، وإن فسخ تبين صحتها^(٥).

مسألة: ولا يبطل البيع باستخدام المبيع والانتفاع به الذي يفعل في العادة^(٦) مع بقاء الخيار. ولا يبطل خيار البائع بقبضه للثمن من المشتري وإتلافه له، بل

(١) وذلك لأنه أقدم على ما لا يعلم جوازه ابتداءً. (بستان).

(٢) ينظر في وطء البائع في مدة خيار المشتري بعد قبضه لها؛ فإن ظاهر الأزهار لزوم الحد؛ إذ لا ملك ولا شبهة ملك. (مفتي). قد تقدم على الفرع الذي قبيل فصل الفرائش ما معناه أنه لا حد مطلقاً؛ لتجويز عودها إليه. (قرر).

(٣) لأنه لما سقط الحد وجب المهر، وقد استوفى منافع البضع، فلا بد من غرامة للبائع. (بستان بلفظه).

(٤) وذلك لأنها ملك للمشتري حينئذ فيجب المهر له، وإنما سقط الحد للشبهة، وهي الجهل. وهذا كله قد تقدم في آخر فصل وطء الإماء، ذكره الوالد هناك لنفسه، فحذه من هناك موقفاً إن شاء الله تعالى. (بستان).

(٥) قيل: هذا مبني على أن الفسخ كاشف، وإلا فهو مخالف لما سيأتي في الإقالة، فيحقق لعله يريد في قوله: «والباع قبله بعدها»، فمفهومه لا قبلها فلا يصح.

(٦) وذلك لأن كل ما جرى به العرف أنه يفعل مع بقاء الخيار - كركوب الدابة لسقيها واستخدام العبد اليسير - فإنه لا يبطل الخيار في حق البائع والمشتري. (بستان لفظاً).

بطلبه له^(١)، وحيث الخيار للمشتري فليس للبائع مطالبته بالثمن حتى يتم البيع.
مسألة: وكذا المشتري حيث الخيار له لا يبطل خياره بالاستخدام والانتفاع
 الذي يعتاد مع بقاء الخيار، ولا بحلب البقرة ونحوها وإتلاف اللبن؛ لجري
 العادة بذلك.

مسألة: وإذا فعل المشتري في مدة خياره^(٢) شيئا مما تقدم مما يدل على
 الرضا بطل خياره وتم البيع، وكذا لو غرس في الأرض أو بنى فيها.

مسألة: وإذا شفع المشتري بالمبيع في مدة خياره بطل خياره ولو فلج في
 شفيعته، وكذا البائع إذا شفع به في مدة خياره بطل البيع ولو لم تتم شفيعته.

مسألة: وإذا مضت مدة خيار المشتري قبل فسخه تم البيع ولو جهل
 مضيتها، ولو جهل بطلان خياره بمضيتها^(٣)، إلا إن مضت وهو مجنون فإنه
 ينوب عنه ولي ماله^(٤)، فإن ناب عنه برضا أو فسخ صح، وإن لم كان على خياره
 في مجلس عود عقله^(٥) ما لم يعرض عنه، إلا أن يجهل ثبوت خياره فله الفسخ
 متى علم به فوراً^(٦).

(١) قال الفقيه حسن: إلا أن يجري العرف بخلافه لم يبطل. (كواكب).

(*) وكذا تسليم المشتري للثمن من غير طلب إبطال خياره حيث هو له.

(٢) أو خيارهما، فيتم من جهته. (قرير).

(٣) وذلك لأن جهله لا يمنع من لزوم العقد وبطلان الخيار؛ لحصول موجب ذلك، وهو
 مضي المدة. (بستان).

(٤) يعني: كالأب ونحوه؛ لأنها تعود ولايته عليه، خلاف أحد قولي المؤيد بالله. فإن ناب
 عنه برضا أو فسخ صح، ويكون على الخلاف هل الظاهر فيما فعله الولي الصلاح أو
 عدمه إذا نازع فيه المشتري من بعد. (بستان).

(٥) هذا على أحد قولي المؤيد بالله، والمختار أنه فوراً، وهو أحد قوليه. (ذماري).

(٦) وقيل: ولو جهل ثبوت الخيار؛ إذ لا حكم للجهل في المعاملات.

مسألة: وإذا مضت مدة خياره وهو سكران فقيل: يبطل خياره^(١)؛ لأن السكر بفعله، وقال الفقيه حسن: بل يكون على الخلاف في طلاقه^(٢).

مسألة: وإذا ارتد من له الخيار في مدة خياره فخياره باق، فإن اختار التمام أو الفسخ كان موقوفاً^(٣): إن رجع إلى الإسلام صح ما اختاره، وإن مضت المدة تم البيع^(٤) ولم يكن لما اختاره حكم، وإن قتل^(٥) أو لحق بطل خياره وصار الخيار لورثته حيث لحق^(٦)؛ نيابة عنه لا إرثاً^(٧)، فمن سبق منهم برضا أو فسخ صح، وإن لم يختَر أحد منهم شيئاً حتى مضت المدة تم البيع.

مسألة: وإذا مات من له الخيار في مدته بطل خياره^(٨) وتم البيع، فإن كان الخيار لهما معاً كان الحي على خياره، وكذا إذا كان البائع اثنين أو المشتري اثنين

(١) وعن القاضي عامر: المختار أنه لا يبطل؛ لأنه من تمام العقد، وقد قال تعالى: ﴿تِجَارَةٌ عَنِ تَرَاضٍ﴾ [النساء: ٢٩]، ومثله للنجري. والله أعلم.

(٢) المختار يقع طلاقه. (قررو).

(٣) هكذا في البرهان، والذي في الشرح والانتصار والبحر أنه إذا أبطله بطل. (بستان).

(٤) وذلك لأنه كان يمكنه الإسلام فيها، بخلاف المجنون فالمدة مضت وهو لا يمكنه الفسخ؛ إذ لا حكم لكلامه؛ لأن المدة إذا مرت على من لكلامه حكم كان لها حكم، والعكس في العكس. (بستان بلفظه).

(٥) أما القتل فيبطل به الخيار؛ لأنه يبطل بالموت. و(قررو).

(٦) فإن قيل: أليس قد قلت: إن حوقه بمنزلة الموت، فكيف قلت: إن ورثته يقومون مقامه في نفي الخيار، وثبوته، والخيار عندكم لا يورث؟ قلنا: اللحوق ليس بمنزلة الموت في جميع الأحكام؛ ألا ترى أنه إذا عاد إلى الإسلام بعد اللحوق رجع له من ماله ما لم يستهلك، فكما يرجع له المال يرجع له الخيار وإنما يقوم الوارث مقامه نيابة لا إرثاً، كما ذكر في الكتاب. (بستان).

(٧) فإن رجع إلى الإسلام بعد اللحوق قبل انقضاء مدته ولم يتهياً من الورثة فسخ ولا إمضاء بقبلي على خياره. (شرح أزهار معني).

(٨) والوجه أنه لا يورث. (بستان).

والخيار لهما، فمن مات بطل خياره والحي^(١) على خياره^(٢). ولا يقال: إنه قد تم البيع من جهة الميت فيبطل خيار الحي كما إذا رضي أحدهما^(٣)؛ لأن الموت ليس برضا حقيقة، بل لما تعذر الفسخ من جهته شبهناه بالرضا.

مسألة: وإذا مات من شرط منهما الخيار لغيره فقال الفقيه محمد بن يحيى: إنه يبقى المشروط له على خياره؛ لأنه الأصل^(٤)، وقال الفقيه محمد بن سليمان: بل يبطل خياره؛ لأنه كالوكيل للشارط. فلو مات المشروط له فلعله يبطل خيار الشارط على القولين معا؛ لأنه تبع للأصل^(٥).

مسألة: وإذا أراد من له الخيار تمام البيع لم يحتاج إلى حضور الثاني ولا علمه به، وإن أراد الفسخ لم يتم فسخه إلا في محضر الثاني^(٦) أو بلوغه إليه^(٧) إن غاب كما في عزل الوكيل نفسه، خلاف الشافعي والإفادة، قالوا: كما لا يحتاج إلى قبول الثاني ولا رضاه وفاقا.

مسألة: ومن أمر غيره ببيع شيء مع شرط الخيار ففعل فإنه يكون الخيار للوكيل^(٨)، ذكره في الشرح.

-
- (١) وإذا رد الحي وجب أن يرد ورثة الميت؛ لثلاث تفرق الصفقة على البائع.
(٢) وذلك لأن الخيار إذا كان لهما جميعا فالحكم لمن فسخ منهما، والموت كالرضا، فيكون الحي على خياره؛ لأن له الفسخ، ولا يورث الخيار عن الميت. (صعيتري).
(٣) لأن كل واحد منهما وكيل للآخر.
(٤) أي: لأن الخيار له في الأصل، والجاعل دخل معه تبعاً له. (بستان بلفظه).
(٥) وقال المؤلف: لا يبطل على القولين معا، وهو القوي للمذهب؛ لأنه الأصل. وفي شرح الأزهار بناء على الخلاف في كونه أصلاً أم لا.
(٦) أي: لا يتم حتى يعلم الآخر. (كواكب). وإلا فقد تم الفسخ من جهته. اهـ فعلى هذا لو كانت أمة لم يجوز وطؤها بعد الفسخ قبل علم الآخر. (قرر). وهذه فائدة ذلك.
(٧) برسالة أو كتابة. (هذا في الفسخ بالقول، لا بالفعل فلا يحتاج إلى محضر الآخر. وظاهر الأزهار أنه لا فرق بين الفعل والقول حيث قال: عكس الفسخ.
(٨) لأنها تعلق به الحقوق ما لم يصف لفظاً. (مفتي).

مسألة: وإذا كان الخيار للبائع والمشتري معا فالقول قول من فسخ منهما تقدم أو تأخر؛ لأن ذلك حق له. وإن كان الخيار لبائعين أو لمشتريين أو للبائع ولمن شرط له أو للمشتري ولمن شرط له - فالقول^(١) قول من سبق منهما برضا أو فسخ، ولا حكم للثاني؛ لأنهما لما شرطا الخيار لهما معا فكأن كل واحد قد رضي بما فعله الثاني، فلو اتفق الرضا من أحدهما والفسخ من الثاني في حالة واحدة^(٢) فقال في الكافي والتذكرة^(٣): يكون الفسخ أولى، وقال مالك: التمام أولى، وقال الفقيه علي: لا يصح أيهما^(٤)، بل يبقى الخيار على حاله.

فرع: فلو علم تقدم أحدهما لكن التبس ولم تقم بينة به فلعله يقال: إن كانا مشتريين بقي نصف المبيع للذي اختار التمام، والنصف الثاني إن صادق البائع مدعي الفسخ رجع له، وإن ناكه استحق ثمنه وصار نصيبه لبيت المال^(٥) على الخلاف الذي في رد المقر له للإقرار بشيء معين^(٦). وإن كانا بائعين بقي نصف المبيع لمدعي الفسخ، والنصف الثاني إن صادق المشتري البائع الثاني أنه سبق بإتمام البيع أخذه، وإن ناكه بقي للبائع؛ لأنه لا يلزم المشتري قبول بعض البيع^(٧).

(١) أي: الحكم.

(٢) أو التبس. (حفيظ). يعني من الأصل. (قرئ).

(٣) وعليه الأزهار بقوله: فإن اتفقا فالفسخ.

(٤) لأنه ليس أحدهما أولى من الآخر.

(٥) لما يأتي في مسألة القصار والإقرار، وهو أن كلاً منهما ناف له، وعلى ما اختير من قول

الفقيه علي أنه لا يكون لبيت المال؛ لأنه إنما فسخ ليعود له الثمن، بل في هذه أولى؛ لأن

تلك لم يكن الشيء قد دخل في ملك القصار رأساً، بخلاف هذه فإنه كان في ملك البائع

ثم انتقل إلى المشتري. (شرح فتح).

(٦) يكون له لكن من الحاكم. (قرئ).

(٧) لثلا يفرق عليه، إلا أن يرضى به مفرقاً كذلك. ولقائل أن يقول: ولم لا يكون لبيت المال

مع إنكار المشتري؛ إذ هو ناف له، والبائع ناف له أيضاً فكان كالأول؟ وهلا قيل في

البائعين كما في المشتريين: ينفذ نصيب مختار التمام ويفصل في الفسخ كذلك؟ ولعله يقال:

مسألة: وإذا باع ولي مال الصغير عنه أو اشترى له بخيار ثم بلغ الصغير في مدته قبل يختار الولي شيئاً صار الخيار فيه للصغير^(١)، ذكره المؤيد بالله والمنصور بالله. وقال الفقيه يحيى البحيح: بل للولي. وقيل: لهما معا.

مسألة: من اشترى عبداً بأمة وجعل لنفسه الخيار^(٢) ثم أعتق العبد كان إتماماً للبيع، وإن أعتق الأمة كان فسخاً له، وإن أعتقها معا بلفظ واحد ففيه أربعة أقوال للشافعية: قول: يعتق العبد ويتم البيع. واختاره الإمام يحيى؛ لأنه لا يحتاج إلى حضور البائع. وقول^(٣): **عكسه؛ لأن الفسخ أقوى^(٤)**. وقول: لا يعتق أيها^(٥). وهو قول الفقيه علي. وقول: يعتقان معا^(٦). وهو قول أبي حنيفة. لكنه يقال: فماذا يلزمه لبائع العبد؟ ولعله يقال: إنه يضمن قيمة العبد لبائعه؛

فيه إلزام للمشتري ببعض المبيع، ولم يرض بذلك، فافهم هذا التفصيل فهو مأخوذ من مأخذه المعتبرة. (شرح فتح بلفظه). قلت: وفي المشتريين قد ألزمتنا البائع بقبض بعض الثمن فيحقق، حيث قلنا: نفذ نصيب مختار التمام. (مفتي).

(١) وينظر هل يأتي هذا في خيار الرؤية لو شري الولي للصبي وبلغ قبل الرؤية من الولي وخيارها باق؟ الأولى انتقاله إلى الصبي. (سيدنا يحيى بن جابر الله مشحوم رحمته). و(قررو).
(٢) فلو كان الخيار لهما كان العبد على ملك بائعه والجارية على ملك بائعها، فيصح تصرف كل واحد منهما فيما باعه لا فيما اشتراه. (قررو).
(٣) لابن الصباغ صاحب الشامل.

(٤) ولأنه لما كان الخيار لمالك الأمة فهي باقية في ملكه، وإذا كان كذلك فالعبد غير مملوك له؛ لأنه لا يملك البذل والمبدل معاً، فكأنه أعتق ملكه وملك غيره، فنفذ في ملكه، وهو الأمة. (سماع).
(*) ومثله في الحفيظ والبحر.

(*) أي: تعتق الأمة وينفسخ البيع؛ لأن الفسخ أولى من الإمضاء إذا اجتمع.
(*) وهو الذي يأتي على قياس ما ذكره في الكافي للمذهب والحنفية فيما لو اجتمع الفسخ والرضا من المَجْعول لهما الخيار في حالة واحدة. (صعيتري). وقواه عامر وحثيث.
(٥) واختاره في البحر؛ لعدم التخصيص، ولفظه: قلت: الأقرب للمذهب أن يتناحرا. اهـ ومثله في البستان.

(٦) وفيه نظر. وجه النظر أن عتق العبد يستلزم صحة البيع، وعتق الأمة يوجب بطلانه، وذلك متضاد.

لأنه استهلكه فتلف من ماله^(١)، واستهلك الأمة أيضا فبطل بيعها، ولزمه رد ثمنها، وهو العبد، وقد استهلكه، فيضمن قيمته لبائعه^(٢).

مسألة: ويصح ما تراضى به البائع والمشتري بعد العقد من زيادة^(٣) أو نقصان في المبيع^(٤) أو في الثمن، أو شرط خيار أو أجل، أو زيادة فيهما أو نقصان منهما، إذا كان ذلك معلوما^(٥)، فيلحق بالعقد، لا إن كان مجهولا فلا يلحق به، خلاف أبي حنيفة فقال: يلحق به فيفسده. وقال الناصر والشافعي: لا يلحق به ما كان بعد تفرقهما مطلقا.

مسألة: من باع شيئين بثمن واحد على أن يسلم له نصفه في شهر ونصفه في شهر آخر ثم استحق أحدهما أو تلف قبل قبضه صح بيع الثاني بحصته من الثمن^(٦) على قدر قيمتهما، ويكون^(٧) مقسوما نصفين في الشهرين^(٨).

(١) فيه نظر؛ إذ كان يلزم قيمة الجارية ويكون إمضاء، فلما لزمه قيمة العبد كان ترجيحها للفسخ، فقد استهلك مال غيره، فتأمل. (شامي).

(٢) وقيل: يلزمه قيمة الأمة؛ لثلا يكون حيفا على البائع.

(٣) وهو يؤيد قول المؤيد بالله: إن المعاطاة مملكة. (مفتي).

(*) ولو ذكرت للغير أيضا فإنها تلحق بالعقد كما في النكاح إن ذكرت مع العقد، وإلا فلا بد أن تذكر له. (قررو).

(٤) وسواء كان المبيع باقيا أم تالفا، وسواء كانت من جنس المبيع والثمن أم لا، وتلحقها الإجازة، ما لم تكن الزيادة تقتضي الربا فيصح العقد وتلغو الزيادة. (حاشية سحولي).

(*) وحكم الزيادة حكم المزيد في الرد بالخيارات والرجوع عند الاستحقاق. (زين).

(٥) قيل: وكان المتعاقدان باقين. (مفتي) و(قررو).

(*) ولا تقتقر الزيادة إلى قبول، بل يكفي في قبولها عدم الرد^[١]. (شرح أزهار).

(٦) فإن تعيب به الباقي ثبت الخيار.

(٧) ثمنه.

(٨) مثاله: لو كان التالف قيمته اثني عشر درهماً، والباقي ستة دراهم، والثمن أربعة وعشرون درهماً، كان حصة الثاني من الثمن ثمانية دراهم.

الثالث عشر: ظهور عيب في المبيع قبل^(١) تسليمه للمشتري ولو حدث بعد البيع، وهو ما أقر به البائع أنه عيب، أو ما شهد به عدلان^(٢) من أهل الخبرة بذلك المبيع أنه ينقص من قيمته^(٣)، لكن من ذلك ما يكون عاما لكل مشتري، كالبحر في العبد والأمة إذا كان عن داء^(٤)، وكالجنون فيهما مطلقا، وكالإباق^(٥) فيهما^(٦) والسرقة والبول في الفراش إذا كانت في حال الكبر، قال الفقيه محمد بن سليمان: بعد البلوغ^(٧)، وقال الفقيه يحيى البحيح: بعد التمييز، لا قبل ذلك؛ لأن فعل الصغير لا حكم له.

فَرَعٌ: وإنما يكون للمشتري الفسخ بذلك إذا عاد معه، لا قبل عوده ولو قد

(١) في (ب، ج): من قبل.

(٢) أو رجل وامرأتان، أو شاهد ويمين المدعي، أو إقرار البائع. (حاشية سحولي لفظا) (قررو). أو علم الحاكم، أو نكول البائع، أو رده لليمين. و(قررو).

(٣) ولو قل النقصان.

(٤) والبحر الذي هو عيب هو الناشئ من تغير المعدة، لا إذا كان من قلع الأسنان؛ لأنه يزول بالتنظيف، ذكره في روضة النووي.

(٥) وإنما يكون الإباق عيبا إذا كان هربا على وجه التغلب على نفسه لئلا يعود إلى سيده، لا لو فعله في المصر. (صعيتري). وقيل: لا فرق.

(٦) وإذا شره المشتري ولم يعلم بإباقه ثم علم بعد الشراء أو أبق العبد، والتمن باق على المشتري - فليس للمشتري أن يحبس الثمن معه إلا قدر أرش العيب، فإن عاد العبد من الإباق هل له أن يرد العبد بالعيب ويطلب البائع بما دفع إليه من الثمن؟ والبائع هل له مطالبة المشتري بتسليم ما حبس من الثمن ويقول للمشتري: ليس لك إلا أخذه بالثمن كله أو رده؟ أو يقال: قد انبرم ذلك على البائع والمشتري ويكون إباقه بمنزلة تلفه؟ والأولى أن يقال: للمشتري الرد لأنه أمسك الأرض لتعذر المبيع، ومع التمكّن من الرد يعود إلى الخيار الذي كان له، وفي البائع إن كان رضي إمساك الأرض فيحتمل أن ليس له مطالبة المشتري، وإن لم يرض بذلك فله الطلب بما ذكر. (ديباج باختصار).

(٧) لأنه أضببط وأقيس.

كان تكرر عند البائع؛ لجواز أنه قد زال. قال الفقيه علي: لكن إذا استعمله المشتري بعد علمه بذلك وقبل عوده معه فيحتمل أن يكون رضا بالعيب، كما لو قال: رضيت به، ويحتمل أنه لا يكون رضا؛ لأنه لا يمكنه الفسخ. ولعله أولى.

مسائل: والعور في العبد والأمة عيب، وكذا الجرب إذا كثرت، وكذا الحرت (١) في العينين، وهو ذهاب شعرهما، وكذا الحول (٢) فيهما، وكذا الخزر (٣) فيهما إذا كان خلقة (٤)، وهو ضيق العين. وكذا الشعر في جوف العين. وكذا الأثليل (٥) في وجه الأمة (٦)، قال الفقيه علي: إذا كانت للوطء (٧). وكذا انقطاع الحيض (٨) فيها بعد حصوله (٩). وكذا الاستحاضة فيها أيضا، قال الفقيه علي: إذا كانت

(١) بالحاء المهملة وآخره تاء مثناة من فوق. (شرح بهران بلفظه).

(٢) وهو الذي إذا نظرت فكأنه ينظر غيرك. (زهور).

(٣) بفتح الخاء المعجمة والزاي.

(٤) لا استعمالا. وفي كلام علي عليه السلام:

إذا تخازرت وما بي من خزر ثم خبات العين من غير عور
فظن بي ما شئت من خير وشر

(بستان).

(٥) ودواؤه ذرق الحمام يداف - أي: يخلط - بالماء ويضمده عليه. (شرح بحر).

(٦) أو البدن.

(*) لا العبد إلا أن يكون للخدمة اللطيفة.

(٧) بل لا فرق. (قرير).

(٨) قال عليه السلام: لأن الصحة والسلامة تقتضيان الحيض والحبل، فإذا انقطعا لم يكن إلا عن فقد الصحة والسلامة. قال: والاستحاضة؛ لأنها دليل على التغيير. قال: والحبل؛ لأنه يمنع من الوطء، ولأنها ربما ماتت عند الولادة. (بستان بلفظه).

(٩) المراد وقت الإمكان. ولفظ الصعيتري: قوله: «وانقطاع حيضها» هكذا أطلقوا، وحمله أبو جعفر على ما إذا انقطع وقت الإمكان، وهو لا يحتمل سواه؛ لأن وقت الامتناع لا حيض فيه. (صعيتري لفظا).

للوطن^(١). وكذا انقطاع حبلها. وكذا إذا وجدها حبلين وقصده بها الوطن أو الخدمة، والقول قوله في قصده مع يمينه^(٢). وكذا إذا وجدها مزوجة أو العبد مزوجاً^(٣) ولو قد طلقت رجعيًا ما دامت في العدة، لا إن طلقت بائناً إلا أن تطول عدتها، نحو أن ينقطع حيضها^(٤). وكذا إذا وجدها محرمة بإذن سيدها الأول وكانت مدة الإحرام طويلة^(٥). وكذا إذا تزني^(٦) أو ولد زناً^(٧)، لا في العبد إذا وجدته زانياً أو ولد زناً، وقال مالك: إن ذلك عيب فيه أيضاً^(٨). وهو العرف الآن. والتخنيث في العبد عيب، وهو عبارة عن فعل قوم لوط، وعن كثرة التكسر والتعطف في سيره، وكلاهما عيب. وكذا السن السوداء^(٩) أو الساقطة إذا نقصت من قيمته.

(*) لا فرق. (قرر).

(*) وفي الشرفية: ولو لم يحصل كالضحايا.

(١) بل لا فرق. (قرر).

(٢) في (ج، د): والقول قوله مع يمينه في قصده.

(٣) لأن الوطن يضعفه عن الخدمة.

(٤) أما انقطاع الحيض فهو عيب مطلقاً. (سماع).

(٥) زائدة على مدة الاستبراء.

(٦) أما إذا وجدها تزني فلأنها لا تحصن ماءه، وأما إذا كانت ولد زناً فلأن العرق دساس.

(بستان).

(٧) أي: بنت زنا.

(٨) قال الفقيه يوسف: وهو الأقرب إلى العرف؛ لأنه إذا كان يزني كان يسرق في الأغلب.

(كواكب). وصحح الوالد شرف الدين أن الزنا عيب في العبد أيضاً؛ لأنه ينقص قيمته

ويسرق ولا يؤتمن ويجب عليه الحد. (صعيتري معنى).

(٩) وكذا اسوداد اللسان؛ لأنه مجاب الدعوة عند الله تعالى. (من تعليق القاضي عبد الله

الدواري رحمته). لم يذكر هذا التعليل إلا في الديباج فقط، فاعلم ذلك، والظاهر - والله

أعلم - أن اسوداد اللسان فيه تشويه للخلقة كالسن السوداء.

مسألة: والحمل عيب في البهائم إذا كانت مشتراة للحم أو للحمل عليها، لا إن كانت للقنية، والقول قوله في قصده مع يمينه. والجدام عيب، وكذا البرص^(١) والقروح المتخبثة. والعنة في العبد، والعشى^(٢)، والسعال القديم، وصهوبة الشعر^(٣)، ونسيان القرآن أو الصنعة^(٤) بعدما كان مدركا لهما. وكذا إذا كان مشدوق الفم^(٥).

مسألة: وإذا وجد المشتري في الأمة خطأ أبيض فادعى أنه برص وأنكر البائع فالقول قول البائع مع يمينه، فلو أقام البينة^(٦) أنه ليس ببرص قبلت منه وأسقطت عنه اليمين، ولا يقال: إنها على النفي؛ لأنها صادرة عن علم ومشاهدة^(٧)، ذكره في الكافي.

مسألة: ووجوب القود أو القصاص^(٨) على العبد أو الأمة عيب فيهما، وكذا الردة^(٩)، وسواء كان باقيا عليها أو كانت مع البائع وقد تاب منها ثم عاد

(١) ولو قل.

(٢) بأن لا يبصر في الليل إلا اليسير.

(٣) لأنه يدل على عدم صحة الجسم.

(*) أي: حمرة.

(٤) ليس يعيب إلا أن يكون قد وصفه كان من باب فقد الصفة. (بحر) (قررو).

(٥) كاللقوة.

(*) وهو مخزوق الفم. اهـ وقيل: أعلم، وهو مشقوق الشفة العليا، ومشقوق الشفة السفلى أفلح.

(٦) تقام بأنه سليم.

(٧) وينظر هل يأتي هذا على أصل الهدوية أو على أصل المؤيد بالله فقط؟ وسيأتي في اختلاف المتبايعين في الظرف في المسألة الرابعة من فصل الاختلاف كلام الكافي واختياره حيث البينة صادرة عن علم، فقد بنى عليه صاحب الكتاب.

(٨) في عضو.

(٩) قال **عَلَيْهِ**: وكذا إذا كان يقطع الصلاة؛ لأنه نقص في القيمة، وعلى رأي بعض العلماء يوجب القتل. (بستان بلفظه).

إليها مع المشتري. وكذا إذا كان عليه دين متعلق برقبته ما لم يقضه البائع أو يتحمل به^(١) أو يبرئ الغرماء العبد^(٢).

مسألة: وإذا كان في المبيع دعوى من الغير يدعي أنه له أو بعضه فهي عيب فيه إن كانت من قبل تسليمه إلى المشتري، وإن كانت من بعده فقال أبو مضر: إنها كالعيب الحادث عنده، وقال الفقيه محمد بن يحيى: بل كالعيب الكامن فيه، فيرده بها ولو سكت المدعي عن دعواه ما لم يسقطها أو يبرئ منها أو يقر ببطلانها. وهذا كله ما لم يعرف أن الدعوى وقعت بعناية من المشتري حيلة في الرد، نحو أن يأمر من يدره.

مسألة: والأصعب الزائدة عيب، وكذا الناقصة، والسن المنعرج^(٣). وبل المخلاة بالريق في الخيل^(٤)، والنفرة عن الأكل في البهائم والعبيد، وكون العبد والأمة خنثى لبسة أو متميزاً. وكذا الخلل في الكتابة^(٥) بزيادة أو نقصان أو لحن

(١) هذا مع الجهل، وأما مع العلم فهو اختيار للدين. (تعليق تذكرة). و(قرئ). لأنه ضمان درك، وهو لا يبرأ إلا بالتسليم.

(٢) في بعض النسخ بألف التخيير: «أو يبرأ الغرماء العبد»، ومضروب عليه في نسخ صحيحة، ووجه كشط الألف أن تحمل السيد لا يبرأ العبد به إلا بإذن الغرماء. اهـ ولفظ البستان: قوله: «ويبرئ الغرماء العبد» وذلك ليكون حوالة، فأما مجرد تحمله للدين فلا يكفي؛ لأن بيعه للعبد تحمل للدين وهو باق على العبد. (بستان بلفظه).

(٣) يعني التي تخرج من موضعها.

(٤) والبغال والحمير. (شرح بهران).

(*) قال **عليه السلام**: لأنه لا يكون إلا من فقد الصحة ولأن ذلك يمنع من أكلها لما في المخلاة من الحب. (بستان بلفظه). قيل: المراد إذا كان البلب قبل أكلها للطعام؛ لأنه يمنعها من أكله، والمقصود أنه إذا كان ينقص من القيمة عند أهل البصر كان عيباً. وذكر في بعض نسخ الشرح أن الحران وقلع الرأس عن اللجام ومنع اللجام عيب في الدابة. (صعيتري).

(٥) يعني حيث اشتراه ليكون كاتباً؛ لأن قيمته تزداد بذلك، فإذا تبين خلل الكتابة نقص من قيمته كاتباً. (صعيتري لفظاً).

إذا كثر^(١)، وكذا الشيب^(٢) وسقوط الثدي في غير وقتها.

مسألة: ومن العيوب ما يكون مختصا بهذا المشتري، نحو أن تكون الأمة رضية له أو مظاهرا منها أو مطلقا لها ثلاثا، أو اشترى نعلا أو خاتما يلبسه فوجده صغيرا أو كبيرا على رجله أو يده، أو غير ذلك مما يكون مخالفا لغرض المشتري^(٣)، والقول قوله مع يمينه في غرضه بالمبيع.

مسألة: ومن اشترى عبدا أو أمة أو بقرة أو دابة ثم وجده طاعنا في السن^(٤) أو البقرة غير حامل أو ليس فيها لبن لم يكن له الرد بذلك^(٥)، إلا إن كان شرط له البائع الفداء أو الحمل أو اللبن فله خيار فقد الصفه. قال الفقيه علي: والعرف أن الكبر في السن عيب يرد به^(٦). وقال الفقيه يوسف: إن أسنان البهائم مما يعتبر النظر إليه في العادة، فله خيار الرؤية فيها. وأثبت المنصور بالله خيار الغرة إلى ثلاثة أيام^(٧).

مسألة: من باع شيئا فيه عيب فإن علم به المشتري وبأنه عيب أيضا^(٨)—ذكره

(١) وذلك لأنه ينقص قيمة المصحف. (بستان).

(٢) في دون الأربعين. (قررو).

(٣) إذا كان ما ذكر من غرضه مطابقا لحال المبيع. (ديباج).

(٤) يعني: كبر السن.

(٥) وذلك لأن البيع إذا وقع مطلقاً من غير شرط الفداء أو الحمل أو اللبن فليس هو يقتضي ذلك، فإذا لم يجده كتلك فهو عدم فضيلة لا غير، قال عليه السلام: وهذا فيه نظر؛ فإن الفداء في البهائم خصلة مقصودة وفضيلة يعول عليها كل من له رغبة في الشراء، وربما يغتفر بعض العيوب ولا يغتفر الكبر، فإن البهيمة الشابة إلى زيادة ونمو، والشيخة إلى نقصان وضعف، كما قال تعالى: ﴿وَمَنْ نُعَمِّرْهُ نُنَكِّسْهُ فِي الْخَلْقِ﴾ [يس: ٦٨]. (بستان بلفظه).

(٦) وقواه في البحر.

(٧) إذا وجدها تضعف عن أكل الأعلاف المعتادة.

(٨) وأنه ينقص القيمة.

المؤيد بالله - فلا خيار له^(١)، ومع جهله يلزم البائع إعلامه به، وكذا من حضر البيع وهو عالم بالعيب^(٢) فعليه أن يعلم المشتري به، فإذا لم يفعلوا أثموا^(٣)، ومتى علم به المشتري فإن رضي به بطل خياره، وكذا إذا جرى منه ما يجري مجرى الرضا به، نحو أن يقبض المبيع وهو عالم بعيبه ولو جهل كون ذلك يبطل خياره، قال الفقيه محمد بن يحيى: فيبطل خياره ظاهراً وباطناً، وقال الفقيهان يحيى بن أحمد ويحيى البحيح: ظاهراً لا باطناً. قلنا: إلا إذا كان قبضه له ليتعرف حاله لا على سبيل الرضا - فلا يبطل خياره، قال الفقيه يحيى البحيح: والقول قوله في ذلك. ونحو أن يطأ الأمة أو يقبلها لشهوة، أو يلمسها أو ينظر إليها لشهوة بعد علمه بعيبها^(٤). ونحو أن يستخدم العبد كثيراً، وهو ما لا يستخدم به عبد الغير.

(١) قوله: «فلا خيار له» وذلك لأنه قد رضي بالعيب. وقوله: «وكذا من حضر البيع» أما البائع فلقوله ﷺ: ((المسلم أخو المسلم، لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً يعلم به عيباً إلا بينه له))، ولقوله ﷺ: ((ملعون من خان مسلماً أو غره))، ولقوله ﷺ: ((من غشنا فليس منا)) أي: ليس تابعا لنا؛ لمخالفته النهي، أو في نصح المسلمين، أو في أخلاقنا؛ لا أنه أراد البراءة منه. وأما من حضر البيع فلما في البخاري^[١] عن أبي سباع، قال: اشتريت ناقة من دار وائلة بن الأسقع فأدركني وائلة فقال لي: أهم بينوا لك ما بها؟ فقلت: إنها لسمينة ظاهرة الصحة، فقال: أردت بها لحماً أم أردت بها سفراً؟ فقال: أردت عليها الحج، فقال: إن برجلها نقبا أو قال: بخفها نقباً^[٢]، فقال له صاحبها: أصلحك الله، لم أفسدت علي؟ فقال له وائلة: سمعت رسول الله ﷺ يقول: ((لا يحل لمسلم أن يبيع شيئاً إلا بين ما فيه، ولا يحل لمن يعلم ذلك إلا بينه)). (بستان بلفظه).

(٢) وأنه ينقص القيمة.

(٣) يعني: وينعقد البيع؛ لقوله ﷺ في خبر المصرة: ((إن شاء رضيها وأمسكها)). قال ﷺ: فدل على أن بيع العيب جائز؛ ولهذا قال: ((إن شاء رضيها وأمسكها)). (بستان لفظاً).

(٤) لا فرق؛ إذ هو عيب حادث عنده.

[١] هذا ليس في البخاري. [رواه الحاكم في المستدرک برقم ٢١٥٧].

[٢] النقب: رقة الخلف وضعفه ورخاوته، وهو عيب، ذكره في الانتصار والنهاية.

ونحو أن يأمره ببيع أو شراء، أو يعرضه للبيع، إلا إن كان قصده ليتعرف قيمته، فلو اختلفا في قصده فقال الفقيه حسن: القول قوله [مع يمينه]^(١)؛ لأنه لا يعرف إلا منه، وقال الفقيه يوسف: عليه البينة؛ لأن الظاهر أنه للبيع. ونحو أن يطلب من البائع الإقالة^(٢) في ذلك المعيب ولو جهل كون ذلك يبطل خياره، ذكره المؤيد بالله، وفيه الخلاف الأول هل ظاهرا فقط أو ظاهرا وباطنا^(٣).

مسألة: وإذا كان المشتري وكيلا أو وليا لغيره فإن رد بالعيب صح رده، وإن رضي به صح أيضا إذا كان قبل القبض^(٤) في الوكيل، لكنه ينظر في ثمنه: فإن لم يكن فيه غبن كثير صح شراؤه له، وإن كان فيه غبن كثير كان موقوفا على إجازة من اشتراه له. وعند الناصر والمؤيد بالله أن الخيار في العيب إلى الموكل دون الوكيل، رواه في التقرير. وقال عطية: إن رضا الوكيل بالعيب إنما يصح إذا كان حال الشراء، فأما بعده فلا يصح، بل يكون للموكل رده.

مسألة: وإذا ركب الدابة بعد علمه بعيبها لحاجته أو لحاجتها أيضا كان رضا، وإن كان لحاجتها فقط - نحو لسقيها الماء أو لرعيها أو لطلب علفها - لم يكن رضا إذا كان البائع غائبا^(٥)، قال الفقيه محمد بن سليمان: ولا حاكم هناك^(٦). وإن أكرها بعلفها فقال الفقيه علي: يكون رضا^(٧)، وقال الفقيه يحيى

(١) ما بين المعقوفين من (ج، د).

(٢) بعد العلم بالعيب. (شرح الأزهار).

(٣) فيها.

(٤) المذهب ولو بعد القبض؛ [لأن الحقوق تعلق به]، وهو الخلاف المتقدم في الحادي عشر من الخيارات في الفرع السابع قبيل المسألة. اهـ على المختار المذهب ما في الأزهار في قوله: «ويملك بها الوكيل القابض.. إلخ».

(٥) غيبة يتضرر بها الحيوان. (قرئ).

(٦) لا فرق؛ لأن له ولاية. (قرئ).

(٧) لأن العلف عليه، فكأنه أجرها لحاجة نفسه. (بستان).

البحييح: لا. وإن ردها إلى البائع ركباً عليها لم يكن رضا، بخلاف ما إذا ردَّ الثوب لابسا له فإنه يكون رضا، والفارق بينهما العرف والعادة.

مسألة: وإذا سكن الدار أو زرع الأرض كان رضا^(١)، إلا أن يأذن له البائع بذلك. وكذلك إذا أصلح العيب أو داواه^(٢) ولو لم يزل، إلا أن يأذن له البائع بذلك فهو كالوكيل له^(٣) به. فلو اطلع على عيب غير الذي أصلحه كان له الرد به ولو كان من جنس الأول.

فرع: فلو حدث معه عيب آخر فأصلحه لم يكن رضا بالأول، إلا أن يكون إصلاحه له على سبيل الرضا لا للرد فلا رد له.

مسألة: وإذا طحن الحب أو بعضه أو أكل من الطعام^(٤) أو لتَّ السويق أو بعضه أو طبخ اللحم أو بعضه كان ذلك رضا.

مسألة: وإذا حلب البقرة بعد علمه بالعيب: فلنفسه كان رضا، ولدفع الضرر عنها لم يكن رضا^(٥)، وإن نواه للبائع فمع غيبته^(٦) لا يكون رضا، ومع حضوره قال الفقيه حسن: يكون رضا، وقال الفقيه يحيى البحيح: لا. وإن حلبها بغير نية لا له ولا للبائع ولا لدفع ضررها فقال أبو مضر: يكون رضا،

(١) ولعل ذلك إذا كان بعد العلم بالعيب. (قرئ).

(٢) وكذا لو أمر المشتري من يعالجه ولم يفعل المأمور ما أمره به بطل خياره. (قرئ).

(٣) لكنه لا يرجع بما غرم، وتشبيهه بالوكيل يلزم منه أن يرجع عليه، فينظر. ونقل عن المفتي الرجوع على البائع.

(٤) بعد علمه بالعيب، وإلا استحق الأرش. و(قرئ).

(٥) المذهب أنه رضا مع حضرة البائع. (مفتي). ولفظ الصعيتري: فأما إذا حلب خشية الضرر على الشاة أو البقرة أو غيرها مما يحلب فإنه يجري مجرى ما تقدم من ركوبها لعلفها وسقيها. (بلفظه) (قرئ). فيكون مثل كلام المفتي.

(*) يعني لم يبطل خياره؛ لأنه يشبه مداواة عيب حادث معه. (رياض).

(٦) عن البلد وميلها. (قرئ).

وقال الفقيه يحيى البحيح: ^{قني} لا، قال: ولو شرب لبنها. وإن حلبها قبل أن يعلم بعيبها ثم انتفع باللبن بعد علمه به فقال فقهاء المؤيد بالله: ^ص يكون رضا^(١)، وقال الفقيه يحيى البحيح: لا^(٢).

^ص فرع: وهكذا في المصراة إذا حلبها بعد ثلاثة أيام فهو على هذا التفصيل، وإن حلبها في الثلاث لم يكن رضا. وهكذا إذا أخرج المبيع أو بعضه عن ملكه كان رضا^(٣).

^ص مسائل: وإذا كان المعيب بعض المبيع دون بعضه فإن فسخ المعيب وسكت كان فسخا للكل، وإن رضي بالسليم وفسخ المعيب كان رضا بالكل^(٤) ولو تقدم لفظ الفسخ^(٥) على لفظ الرضا، ما لم يكن قد قبله البائع أو حكم به حاكم فرضاه من بعد لا حكم له^(٦).

(١) هذا مسلم فيما كان موجودا عند وقوع العقد، لا ما حدث بعده فلا يكون رضا؛ لأن الفوائد له مطلقا، إلا حيث يفسخ بحكم. (إملاء شامي). يعني فيرد معه الفوائد الأصلية، لا الفرعية.

(*) حيث شمله العقد. (قرر)^[١].

(٢) حيث لم يشمل العقد. (قرر).

(٣) حيث كان بعد العلم، وأما لو أخرجه أو بعضه عن ملكه قبل العلم استحق الأرش ولو أخرجه بعوض، وهو الأزهار في الثالث من العيوب.

(٤) وذلك لثلاث تفرق الصفقة على البائع. (بستان).

(٥) وهكذا في الخالدي والكواكب، ولعله يستقيم حيث كان بعد القبض أو كان مختلفا فيه؛ لأنه لا يقع الفسخ إلا بالقبول، فيصح الرجوع قبل القبول كالعقد وقبل الحكم، وأما لو كان قبل القبض والعيب مجمع عليه فالحكم للمتقدم من فسخ أو رضا. (سماح شامي).

(٦) وذلك لأنه إذا قبله البائع فقد رضي بالتفريق، وإن حكم به حاكم فقد وافق قول العنبري وأحد قولي الشافعي: إن له أن يفرق الصفقة مطلقاً، ومع الحكم ينقطع الخلاف. (بستان بلفظه).

[١] هذا التقرير والذي بعده من شرح الأزهار.

فرع: وإنما يمتنع التفريق للمبيع حيث ثمنها واحد، فلو جعل لكل واحد ثمناً^(١) والعقد واحد كان له التفريق، فيرد المعيب دون السليم، ذكره في المنتخب وأبو جعفر، خلاف الحفيظ وبعض الناصرية.

فرع: وهذا حيث البائع واحد، فأما لو اشترى من اثنين في عقد واحد فله أن يرد على أحدهما دون الثاني^(٢)، ذكره في شرح الإبانة.

مسألة: وإذا زال العيب أو أزيل في يد البائع أو المشتري بطل الرد به، لكنه لا يجوز للبائع مداواة العيب^(٣) وإصلاحه بعد تسليم المبيع، قال الفقيه يحيى البحيح: ولا قبل تسليمه أيضاً؛ لأن فيه إبطالاً لخيار المشتري، فإن فعل أثم^(٤) وبطل خيار المشتري.

مسألة: وإذا أبق العبد ثم تاب، أو ارتد ثم تاب، أو زنت الأمة ثم تابت قبل البيع^(٥)، ثم عاد إلى ذلك بعد البيع - كان للمشتري الرد به؛ لأنه عيب كامن، والله أعلم.

(١) وصورته أن يقول: بعت منك هاتين الشاتين كل واحدة بعشرة، فوجد في إحداها عيباً، فهذا محل الخلاف. والمراد ببعض الناصرية هو جمال الدين الناصري. فأما حيث تميزت العقود فلا خلاف في جواز التفريق. (بستان لفظاً).

(٢) المذهب لا فرق، سواء اشترى من واحد أو من اثنين.

(٣) وإذا أراد البائع أن يعالج المبيع في يد المشتري فله المنع؛ لأن له حق الرد به. (تعليق لمع).

(٤) قال مولانا عليه السلام: لا وجه لذلك؛ لأن الواجب عليه تسليمه على موجب العقد. (شرح أزهار بلفظه). فلا يأثم.

(٥) ولو علم بذلك المشتري عند شرائه له. اهـ يتظر؛ فظاهر الأزهار أنه إذا علم لم يكن له الفسخ؛ لأنه علم بما يتكرر.

فصل: [في أحوال المبيع إذا لم يرض المشتري بالعيب ولا زال العيب]

وإذا لم يقع من المشتري رضا بالعيب ولا ما هو في حكم الرضا ولا زال العيب فللمبيع خمسة أحوال:

الأول: أن يكون باقيا مع المشتري على حاله، فليس له إلا الخيار بين الرد والرضا من غير شيء، إلا أن يتراضيا بأرث العيب وعدم الرد جاز، ذكره في الشرح^(١).
مسألة: ولا يصح الفسخ بالعيب إلا بتراضيهما أو بحكم حاكم^(٢)، وقال الناصر والمنصور بالله والشافعي: إنه يصح من غير تراض ولا حكم. قال الفقيه حسن: إذا كان الرد مجمعا عليه^(٣).

فرع: وإذا فسخ المبيع بالعيب رجع المشتري بما دفع من الثمن، لا بما أبرأه^(٤) منه^(٥) البائع أو وهبه له قبل قبضه، خلاف الفقيه يحيى البحيح^(٦)، كما في

(١) فإن قيل: كيف يجوز أخذ العوض على الحقوق وهو لا يجوز أخذ العوض عليها بانفرادها؛ لأنها أمور إضافية، والأعوض إنما تستحق على الأعيان؟ قال عليه السلام: أخذ الأرش هنا ليس على حق بانفراده، وإنما هو على نقصان جزء من المبيع، لا عوض عن الخيار. (بستان). قيل: فيكون تسليم الأرش هنا نقصاناً من الثمن إن كان من جنسه، وإن كان من غير جنسه فزيادة في المبيع.

(٢) يعني: مع عدم التراضي، ذكره المؤيد بالله، ووجهه أنه قد صار ملك المشتري، فلا يتقل عنه إلا بحكم أو تراض. (صعيتري).

(٣) يستقيم إذا كان قبل القبض كما في الأزهار.

(٤) هنا تدهيب ليس لسيدنا حسن.

(٥) سيأتي في الشفعة في الأزهار أن الحط والإبراء والإحلال من البعض قبل القبض يلحق العقد، فيلزم صحة كلام البيان هنا في الإبراء، فينظر. اهـ في الكواكب ما لفظه: فلو كان البائع أبرأه من بعض الثمن أو أسقطه عنه أو حطه عنه لم يرجع به؛ لأن ذلك يلحق بالعقد. اهـ فيحمل كلام الفقيه يحيى البحيح حيث أبرأه من الكل، فينظر. (إملاء شامي). يعني في كلام الفقيه يحيى البحيح، ففي قياسه هذه المسألة على مسألة المهر نظر؛ لأن البراء لا يكون كالقبض إلا حيث لا يلحق بالعقد، فالأولى أن تكون هذه المسألة كمسألة الشفعة كما صدره في البيان للمذهب وصرح به في البحر والكواكب^[١]. (سيدنا عبدالله بن أحمد رحمته الله) (مرور).

(٦) إلا أن يكون الفسخ بالحكم لم يرجع به عند الفقيه يحيى البحيح. (مرور).

[١] وهو ظاهر الأزهار في قوله: «ويلحق بالعقد الزيادة والنقص».

الزوجة إذا أبرأت زوجها من مهرها أو بعضه قبل قبضه ثم طلقها قبل الدخول. فرع: ولا يرجع المشتري على البائع بما أنفق على المبيع^(١) ولو كان البائع عالماً بالعيب^(٢)، خلاف الهادي مع علمه به.

الثاني: أن يكون المبيع تالفاً أو بعضه مع المشتري بفعله أو بفعل غيره، فليس له إلا أرش العيب ولو قد قبض الضمان من المتلف له، خلاف أبي العباس^(٣). وإن أخذ الأرش قبل الضمان جاز، ذكره في اللمع. وإن كان المبيع عبداً أو حيواناً وقد قتله المشتري^(٤) رجع بأرش العيب، خلاف أبي طالب، قال الفقيه يحیی البحيح: يعني حيث قتله عمداً^(٥). وقيل: لا فرق^(٦).

مسألة: من اشترى عبداً قد قتل غيره عمداً أو ارتد ثم قتل عند المشتري قصاصاً أو للردة - فإنه يرجع^(٧) بأرش العيب، وقال أبو حنيفة والشافعي

(١) ولو بحكم. (معيار). لأنه أنفق على ملكه. (وابل).

(٢) لأنه أنفق على ملكه؛ بدليل تلفه من ماله ما لم يقبضه البائع أو يقبل الفسخ^[١]، ولأن فوائده الفرعية تطيب له فيكون الخراج بالضمان، بخلاف خيار الشرط فهو يرد الفوائد، فيرجع بما أنفق، وفي خيار الرؤية يكون على الخلاف هل هو يشبه العيب أو الشرط. وحجة الهادي أنه غره مع العلم. (بستان).

(٣) حجتنا: أنه نقصان في المبيع لم يرض به المشتري، فيرجع بأرشه. وحجة أبي العباس: أن أخذه للعوض يدل على رضاه بالعيب، فلا رجوع له. قلنا: أخذ العوض قيمة عن الفأنت فلا يكون رضا ولا دالاً عليه. (بستان).

(٤) قبل العلم بالعيب، وإلا فلا أرش. (قرير).

(٥) والعلة أنه يجعل ذلك عقوبة. (شرح أزهار).

(٦) لأنه قرره في ملكه، فلا فرق بين العمد والخطأ. (شرح أزهار).

(٧) قال في التعليق: وهو المذهب؛ لأن له قيمة لو اشترى ليعتق.

(*) قرير في القصاص.

[١] وفي حاشية: ولو بعد الفسخ قبل القبض. (قرير). إلا أن يأمره الحاكم بالإفناق لغيبه البائع أو تمرده عن الحضور للتخليه فيرجع. (شامي) (قرير).

والوافي: يرجع بالثمن كله^(١).

فرع: فلو كان قد سرق أو قطع يد غيره^(٢) ثم قطعت يده عند المشتري فقال الفقيه علي: إنه يرجع بأرش العيب، ولا يرد العبد مقطوعاً^(٣). وقال الفقيه محمد بن سليمان: بل له رده بغير أرش للقطع^(٤)؛ لأن سببه من عند البائع، فكأنه اشتراه مقطوعاً.

الثالث: أن يكون باقياً مع المشتري وقد حدث فيه عيب، فإن كان مما لا يجب ضمانه^(٥) لم يمنع الرد، بل يخير بين رده مع أرش العيب الأخير وبين الرضا به وأخذ أرش العيب الأول. وقال المؤيد بالله وأبو حنيفة والشافعي: ليس له إلا أخذه مع أرش العيب الأول.

فرع: فلو اختلف البائع والمشتري فطلب كل واحد أخذ المبيع: فمع الأرش أو بغير أرش يكون المشتري أولى به^(٦)، وإن طلب أحدهما أخذه مع الأرش وطلب الثاني أخذه من غير أرش كان الطالب له بغير أرش أولى به^(٧)، وإن

(١) قَوِي فِي الرِّدَّةِ.

(*) إذ مباح الدم لا قيمة له. (بحر). قلت: الحق أنه حيث له قيمة مع إباحة دمه يرجع بالأرش، وإلا فبالثمن كله. (بحر بلفظه).

(٢) فائدة: لو سرق عند البائع ثم عند المشتري ثم قطع بهما فقال الفقيه يوسف: للمشتري الرد بالعيب؛ لأن هذا القطع في حكم الواقع عند البائع؛ لأن المشتري اشتراه وهو مباح الدم، فلا حكم لما فعله معه. اهـ وإذا سرق خمسة مع البائع وخمسة مع المشتري ثم بعد قطع بهما هل يرجع بالأرش؟ الظاهر - والله أعلم - أنه يلزم أرش العيب؛ لأن سببه من عند البائع كما يقول الفقيه محمد بن سليمان. (سيدنا حسن عليه السلام).

(٣) وذلك لأنه قد تلف جزء من المبيع، وهو يده. (بستان لفظاً).

(٤) وهو الموافق للأزهار في قوله: «إلا عن سبب قبل القبض فلا شيء».

(٥) كالألفة السماوية.

(٦) وذلك لأن الملك قد انتقل إليه، ويده مستولية عليه؛ فلهذا كانت جنبته أقوى. (بستان بلفظه).

(٧) وظاهر الأزهار أن الخيار للمشتري.

طلب المشتري رده مع الأرش وطلب البائع تسليم الأرش للمشتري ولا يرده كان للمشتري الرد.

مسألة: وإذا زال أحد العيين فادعى البائع أنه الأول حتى يبطل الرد والأرش، وادعى المشتري أنه الثاني حتى يستحق الرد بغير أرش - فأيهما يَبْنُ بدعواه حكم له، وإن بَيَّنَّا معا أو لم يبيننا فالأصل ثبوت الرد للمشتري ووجوب الأرش عليه^(١)، والأقرب أنه يحكم بذلك بعد أن يحلف المشتري ما زال العيب الأول حتى يستحق الرد به، ويحلف البائع ما زال العيب الآخر حتى يستحق أرشه. وعلى قول المؤيد بالله: الأصل عدم الرد^(٢) ووجوب أرش العيب الأول^(٣)، فيحكم به بعد أن يحلف المشتري ما زال العيب الأول ويحلف البائع ما زال العيب الثاني^(٤).

مسألة: فإن كان العيب الحادث عند المشتري يجب ضمانه: فإن كان من غير المشتري بطل الرد^(٥) ووجب أرش العيب الأول للمشتري، فلو تراضيا على الرد مع أرش الثاني أو بغير أرش جاز، خلاف أبي العباس. وإن كان العيب الآخر من فعل المشتري: فإن كان مما لا يمكن الاطلاع على العيب الأول إلا بعد فعله هذا - ككسر البيض أو الرمان أو الجوز المتغير، أو ذبح الحيوان الحامل

(١) وفاء بالحقين.

(٢) وعليه الأزهار: «فإن زال..» الخ.

(٣) قال في الزوائد: أرش العيب الأول. اهـ وقيل: الأقل؛ لأن الأصل براءة الذمة من الزائد. (مفتي).

(*) وهو ظاهر الأزهار.

(٤) والصحيح أنه لا يمين على أيها^[١]، بل يبطل الرد ويثبت الأرش. (قرئ).

(٥) والوجه أنه لو ثبت الرد فإن كان مع أرش الجناية كان قد وجب للبائع أرش ما جني عليه في غير ملكه، وإن كان بغير أرش وجب للمشتري أرش ما لم يستقر في ملكه. (كواكب).

[١] مع تصادقها على اللبس. (قرئ).

أو الطلب^(١) - لم يمنع الرد، بل يخير بين رده مع أرش الكسر أو الذبح وبين أخذه مع أرش العيب. وعند المؤيد بالله: ليس له إلا الرجوع بأرش العيب. قال أبو مضر: فإن كان ما فعله المشتري بإذن البائع لم يمنع الرد ولا يجب له أرش. **فرع**: فلو كان المبيع لا قيمة له بعد كسره كالبيض^(٢) رجع بأرش العيب، وهو أن ينظر كم التفاوت بين قيمته قبل الكسر سلبيا من العيب وقيمه معيبا، فإذا كان قدر نصف قيمته سلبيا رجع بنصف الثمن، وإن كان قدر ثلثها رجع بثالث الثمن، وكذا في أكثر أو أقل. وإن كان لا قيمة له مع العيب قبل كسره وبعده رجع بالثمن كله^(٣)؛ لأن بيعه غير صحيح.

فرع: وهكذا إذا كان المبيع مما لا يمكن الانتفاع به إلا بعد فعل المشتري هذا، وذلك كالأبراد^(٤) والثياب الطوال^(٥) التي لا يمكن لبسها إلا بعد قطعها^(٦) - فإن قطعها لا يمنع ردها^(٧) مع أرش القطع أو أخذها مع أرش

(١) الطلب: داء يلحق الكبد قاتل لا محالة.

(٢) يعني: المذر، والجوز الفاسد إذا كان له قيمة قبل الكسر للزينة أو ليلعب به الصبيان، وأما ما لا قيمة له قبل وبعد فبيعه غير صحيح؛ لأنه لا منفعة فيه، والمقصود منه باطل. (بستان لفظاً).

(٣) ولو شراه عالماً؛ لبطان البيع؛ فلا يطيب الثمن للبائع؛ لأنه في مقابلة عوض باطل، فتبطل إباحته له، ويكون في يده مضمونا عليه، هذا هو الظاهر من المذهب، ذكره في اللمع. وعلى قول الزوائد وابن الخليل لا تبطل الإباحة ببطان عوضها، ويكون للمشتري الرجوع فيه ما دام باقيا فقط. وقال المنصور بالله: بل قد ملكه، لكنه من وجه محذور فيتصدق به. وهكذا [الخلاف] في كل بيع باطل. (كواكب).

(٤) هي ثياب سود.

(٥) طيال وطوال، وبالواو أكثر. (قاموس).

(٦) عادة وعرفا، ولا حكم للنادر.

(٧) وهذا يستقيم إذا كان العيب لا يعرف إلا بعد قطعها، وإن كان يعرف من دون قطع امتنع الرد واستحق الأرش فقط. اهـ لعله إذا كان قبل العلم، وإلا بطل الرد والأرش جميعا. (قرير).

العيب، وفيه خلاف المؤيد بالله.

فرع: وهكذا إذا لبس الثوب ولم يقطع طرفه ثم اطلع على عيب فيه، أو زرع الأرض^(١) ثم اطلع على عيب فيها - فله الرد مع أرش اللبس أو أرش الزرع إن نقصت قيمة الأرض به. قال الفقيه محمد بن يحيى: يعني إذا كان العيب لا يطلع عليه إلا بعد اللبس أو الزرع، وقال الفقيه حسن: لا فرق^(٢)؛ لأن المقصود بالثوب اللباس وبالأرض الزراعة، ولم تجر العادة بترك ذلك حتى يعرف هل فيه عيب أم لا. وعند المؤيد بالله: ليس له إلا أرش العيب.

مسألة: وإذا كان المبيع مما يمكن الانتفاع به قبل فعل المشتري هذا، والعيب مما تمكن معرفته قبل ذلك الفعل، نحو قطعه لطرف الثوب أو جنائته على المبيع - فإنه يمنع رده على البائع، ويجب له أرش العيب^(٣)، إلا أن يتراضيا بالرد مع أرش الجناية أو بغير أرش جاز وفاقا^(٤)، وإلا أن يطلب البائع أخذ المبيع بغير أرش وامتنع المشتري من أخذه إلا مع الأرش كان البائع أولى به^(٥)، ذكره أبو العباس قويني قال الفقيه يوسف^(٦): وكذا يأتي على قول المؤيد بالله حيث يمنع الرد ويوجب الأرش إذا طلب البائع أخذ المبيع بغير أرش كان أولى به، إلا أن يرضى

(١) إذا كان من غير حرث، وإلا فهو زيادة تمنع الرد. و(قررو). إذا كان تزيد القيمة به.

(قررو). وإلا فلا يمنع الرد. و(قررو).

(٢) وعليه الأزهار وشرحه في قوله: «وعكسها».

(٣) ولعله قبل العلم، وإلا بطل الرد والأرش جميعا.

(٤) ينظر في ذلك على أصل أبي العباس الذي مر في المسألة التي قبل هذه، في قوله: «فإن كان العيب الحادث..» الخ. يقال: هنا بفعله وهناك بغير فعله، فافترقا.

(*) لأن الجناية من المشتري.

(٥) ظاهر هذا أنه يحكم على المشتري بالرد، وظاهر الأزهار في قوله: «وبتعيبه معه» أنه يستحق الأرش المشتري، وأنه الواجب عند التشاجر.

(٦) في (د): قال الإمام المهدي.

به المشتري بغير أرش فهو أولى.

مسألة: وإذا وطئ المشتري الأمة قبل علمه بعيبها امتنع ردها^(١)، وله أرش عيبها، سواء علقت منه أم لا، وسواء كانت بكرًا أو ثيبًا. وقال الشافعي: له رد الثيب بغير شيء عليه. قال أبو طالب: وإن تراضيا على ردها مع المهر أو بغير مهر جاز^(٢)، خلاف أبي العباس^(٣). قال في الشرح: وكذا إذا كان قد قبلها لشهوة فإنه يمنع ردها.

مسألة: وإذا وطئت الأمة عند المشتري بتزويج^(٤) بعد الشراء أو زنا أو غلط منع ردها، ذكره أبو العباس. قال الفقيهان يحيى البحيح ومحمد بن يحيى: يعني في الزنا إذا كانت بكرًا، لا إن كانت ثيبًا^(٥). قال أبو العباس: ولو تراضيا بالرد فلا يجوز. وأجازه

- (١) حيث كانت فارغة، فإن كانت مزوجة من عند البائع فكما لو وطئ الغير، والله أعلم.
- (٢) وهذا إذا لم تعلق؛ لأنها إذا علقت صارت أم ولد بشرط الدعوة. (قررو).
- (٣) ولفظ الغيث: تنبيه: قال أبو العباس في موضع: إن قال البائع للمشتري إن ظهر العيب في الجارية وقد وطئها: أنا أخذها وأرد الثمن لم يكن له ذلك، ولا يحل للمشتري ردها عليه بعد الوطء. قال أبو طالب: وفيه نظر. وذكر أبو بكر الرازي أن عليًا عليه السلام روي عنه أنه قال: يرجع المشتري عليه بأرش العيب، إلا أن يشاء البائع أن يقبلها ويرد جميع الثمن. وكذلك حكى في جناية المشتري عليها، وهو قول أبي حنيفة. قال أبو طالب: وإذا صح هذا عن علي عليه السلام لم يعتد بها حكيناها عن أبي العباس. قال الفقيه محمد بن سليمان: وإذا رضي بقبولها لم يستحق المهر على المشتري؛ لأنه قد رضي بإسقاطه كوطء البائع في المبيعة. (غيث بلفظه).
- (٤) ينظر؛ فإن العقد عيب وإن لم توطأ.
- (٥) إلا أن يجب الحد [أو تعلق فلا رد]، فهو عيب [إذا كان ينقص القيمة]. (شرح أثمار).
- قلت: الأقرب للمذهب أن وطئ غير المشتري معه إنما يمنع رد البكر لنقص عينها أو الثيب حيث وجب المهر^[١]؛ إذ هو جناية ضمنت، وحيث لا مهر -كالزنا بالثيب- لا يمنع الرد؛ إذ هي جناية غير مضمونة.

[١] وقد يقال: لا عبرة بوجوب المهر في منع الرد، بل العبرة بنقص القيمة: إما بذهاب بكاره أو علق أو وجوب حد، فإذا وطئت نائمة أو مكرهة أو عن غلط وهي ثيب ولم تعلق لم يمنع الرد. وقرر ذلك، والله أعلم. (غاية بلفظها) (قررو).

أبو طالب مع التراضي^(١).

مسألة: وإن وطئت عند المشتري بنكاح متقدم على البيع^(٢) لم يمنع ردها. وكذا إذا ولدت عنده من وطء متقدم على البيع لم يمنع ردها ولو نقصت قيمتها بذلك.

الرابع: أن يكون المبيع باقيا مع المشتري وقد زاد، فإن كانت الزيادة من فعل المشتري^(٣) امتنع الرد ورجع بأرش العيب^(٤) إذا كانت الزيادة لا يمكن فصلها عن المبيع، كصبغ الثوب وطحن الحب ودبغ الأديم، وإن كانت يمكن فصلها فهو مخير بين أخذ أرش العيب أو فصلها ورد المبيع مع أرش الفصل^(٥) إن حصل به ضرر. وقال الفقيه حسن: إنه يمتنع الرد بضرر الفصل^(٦) ويجب أرش العيب.

مسألة: فإن كانت الزيادة من غير فعل المشتري^(٧) فالمتصلة كالسمن والكبر والصبغ ونحوه من الغاصب لا حكم لها، بل يرده بزيادته من غير شيء له، وإلا رضي به ولا شيء له. وأما المنفصلة فالفرعية لا يجب ردها معه^(٨).

(١) وعن أمير المؤمنين عليه السلام: يجوز مع التراضي؛ إذ هو جنائية. (شرح أثمار بالمعنى).
(٢) صوابه «على القبض». اهـ ينظر؛ فالعقد من المشتري جنائية تمتع الرد ولو قبل القبض كما صرح به في شرح قوله في الأزهار: «وإن تعيب ثبت الخيار». (إملاء سيدنا حسن).
(٣) أو فعل غيره بأمره.

(٤) وذلك لأن الصبغ ملك للمشتري، وهو لا يمكن فصله، ولا يحل للبائع أخذه؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: ((لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيبة من نفسه)) قال عليه السلام: وسواء كان الصبغ من الأصباغ اللازمة نحو البقم والفوه والقرطى أو من غير اللازمة نحو الزعفران والورس والعصفر. واللازم: ما لا يزول بالغسل. (بستان بلفظه).

(٥) هذا مخالف للأصول، والقياس أن يأخذ بغير أرش، أو القلع ورده، مع عدم الضرر^[١]، ومع الضرر يمتنع الرد كما ذكره الفقيه حسن. (قرر).

(٦) وعليه الأزهار بقوله: «وإن تضرر بطل الرد لا الأرش».

(٧) وعليه الأزهار: «وأما بفعل غيره فيرده دون الفرعية».

(٨) ولو [حصلت] قبل قبض المبيع. (شرح حفيظ). وقيل: بعد القبض. (معيار).

[١] إلا أن الأزهار خلافاً؛ حيث قال: «وفي المنفصل يخير بين أخذ الأرش أو القلع والرد». وعليه ما ذكره المفتي.

وهي: الكراء، وكسب العبد، ومهر الأمة حيث وجب بغير وطء، كنصفه بالطلاق قبل الدخول، أو كله بالموت قبل الدخول، أو بالطلاق بعد الخلوة الصحيحة وقبل الدخول. وظاهر هذا أنه لا يبطل الرد بإجارة المشتري للمبيع قبل علمه بالعيب، ولا بزواجة الأمة^(١) إذا لم يدخل بها الزوج وبانت منه.

والأصلية يجب ردها إن كانت باقية، أو عوضها إن أتلفها، وإن تلفت بغير جناية منه لم يضمنها. وكذلك في البيع الفاسد وسائر الخيارات لا يضمن ما تلف من الفوائد^(٢). وقال أبو مضر: بل يضمنها^(٣) في الكل. وهي: الولد، والصوف، واللبن، والتمر. وهذا حيث يكون الرد بالحكم، فأما بالتراضي فلا يجب رد شيء من الفوائد كلها؛ لأنه فسخ من وقته عند الهادي، وعند القاسم والناصر وأبي طالب والشافعي أنه كالحكم أيضا، لكن الشافعي لا يوجب رد الفوائد في الكل. وهكذا الخلاف في الفسخ للفساد. قال المنصور بالله: وكذا الرد بفقد الصفة والخيانة فهو فسخ للعقد من أصله^(٤).

الخامس: أن يكون المبيع قد خرج عن ملك المشتري أو بعضه ولم يعد إليه،

(١) قال في شرح البحر: وهذا إذا كان التزويج بإذن البائع. اهـ بل ولو كان بإذن البائع فيبطل الرد، وإنما يستقيم المهر حيث كان بوطء شبهة ثيبا ولم تعلق. (قرئ).

(*) أما النكاح فهو عيب حادث عند المشتري فيمنع الرد. (قرئ).

(*) حيث زوجها المشتري بإذن البائع، وكذا التأجير، وإلا امتنع الرد بهما؛ لأنه تصرف يمنع الرد^[١]، ذكر معنى ذلك في شرح البحر.

(٢) بغير جناية ولا تفريط. (قرئ).

(٣) وهو ظاهر الأزهار في غير الفاسد.

(٤) قلت: والأولى أنه كالعيب فينظر هل كان بالحكم أو بالتراضي.

(*) فعلى هذا تكون الفوائد فيها مثل ما في خيار الرؤية: تطيب الفرعية مع القبض، وترد الأصلية ويضمن تألفها. اهـ وقيل: لمن استقر له الملك كخيار الشرط.

فيرجع بأرش العيب إن خرج عن ملكه بغير عوض، كالعتق والوقف والهبة والنذر^(١)، وإن كان على عوض هو مال فله الرجوع بالأرش أيضا، خلاف أبي طالب وأبي العباس^(٢). فلو اشترى شيئين بعقد واحد وباع أحدهما ثم ظهر فيهما عيب رجع بأرش عيب الباقي منهما، وفي أرش ما باعه الخلاف^(٣).

فَرَعٌ؛ فإن عاد المبيع إلى المشتري: فبملك جديد لا يرده، بل يطلب الأرش، وإن رد عليه ببيع: فبالحكم^(٤) له رده على الأول، وبالتراضي لا يرده على البائع ولو أذن له في استرجاعه^(٥) عند الهادي، وعند القاسم والناصر^(٦) أنه كالحكم، فيرده على الأول.

مَسْأَلَةٌ: من اشترى أمة حبلى ثم ولدت عنده وماتت بالولادة وقد ظهر بها عيب فإنه يرجع بأرشه فقط وفاقا، بخلاف ما إذا قتلت عنده بسبب متقدم على البيع فإنه يرجع بالثمن كله^(٧) على الخلاف الذي تقدم؛ لأن القتل يشبه استحقاق المبيع، والموت هنا بالولادة حصل بزيادة ألم حدث عند المشتري^(٨)، كما لو اشتراها مريضة أو مجروحة جاهلا لذلك ثم ماتت عنده فإنه يرجع

(١) وفاقاً.

(٢) إذ الاعتياض رضا. قلنا: إن كان قبل العلم فلا.

(٣) المذهب يرجع بأرشه. (قررو).

(٤) وخيار الشرط والرؤية. اهـ قلت: أو عجز المكاتب نفسه. (بحر). سيأتي في الكتابة: «ويستبد به الضامن إن عجز»، وهذا يدل على أنه نقض للعقد من حينه، فلا يرد.

(٥) إذ قد صار أجنبيا. (بحر).

(٦) والشافعي. (شرح أزهار).

(٧) على قول الوافي.

(*) والمذهب أنه يرجع بالأرش، إلا أن لا يبقى لها قيمة أصلا رجع بالثمن كله. (من خط سيدي الحسين بن القاسم عليه السلام كما تقدم).

(٨) وإلا فأصله من عند البائع.

بالأررش فقط؛ لأن الموت حصل بزيادة ألم حصل^(١) عنده، ذكره في الكافي والمؤيد بالله.

مسألة: وإذا باع المشتري المعيب قبل علمه بعيبه ثم رده عليه المشتري بعيبه فادعى عليه أنه قد رضي به ولم يبين بدعواه، بل حلف المشتري ورده عليه^(٢) - لم يكن له رده على الذي باعه منه، بل يرجع عليه بالأررش؛ لأن دعواه لرضا الثاني تقضي بأنه لا يستحق رده عليه^(٣).

مسألة: وكيفية اعتبار أررش العيب الذي يرجع به المشتري أنه ينظر في قيمة المبيع معييا وفي قيمته سليما من العيب، فما نقص من قيمته سليما^(٤) نسب من القيمة هل هو نصفها أو ربعها أو عشرها، ثم يرجع بمثل ذلك من الثمن، فلو كانت قيمته معييا أربعة وسليما ستة رجع بثالث الثمن هل قل أو كثر.

مسألة: من اشترى إناء فضة بدراهم قدر وزنه، ثم حدث فيه عيب عنده^(٥) نقص من قيمته خمسة دراهم، واطلع على عيب فيه من قبل الشراء ينقص من قيمته خمسة - كان مخيرا بين الرضا بلا شيء وبين الرد ولا شيء^(٦)؛ لأنه لو وجب

(١) في (ب): حصلت.

(٢) لا بحكم.

(٣) إلا أن يدعي البائع الثاني أن المشتري قد أقر بالعيب عند الشراء ولم يعلمه المدعي - فإنه يثبت له الرد. (مفتي).

(*) وأنه لا يستحق هو الرد على البائع منه، فيكون ذلك إقرارا بحق له وبحق عليه، فيصدق فيها هو عليه لا فيما هو له. (كواكب).

(٤) ولعل قيمته يوم البيع إن كان العيب قديما، وان حدث العيب بعد العقد قبل القبض فقيمته يوم القبض.

(٥) يعني بغير جنائية. (قررو). ولا نقص من وزنه شيء. (كواكب).

(٦) يقال: فهلا رده مع الأررش. اهـ وذكر في البحر أنه يرده مع أررش الحديد من الذهب، ذكره نظراً له عَلَيْهِ السَّلَامُ. (من خط سيدي الحسين بن القاسم عَلَيْهِ السَّلَامُ).

أرشد لكان ربا^(١). فلو كان العيب الحادث عنده بفعله كان مخيراً^(٢) بين الرضا به بلا شيء وبين رده مع أرش الجناية من الذهب، ولا تكون الجناية هنا مانعة من الرد؛ لأنها لو منعت لوجب أرش العيب، وهو ربا^(٣). وهكذا إذا اشترى إناء ذهب بذهب، فأما إذا اشتراه بغير جنسه فهو كسائر المبيعات.

مسألة: وإذا اشترط البائع حال بيعه البراءة من كل عيب في المبيع أو باعه بجميع عيوبه فإنه لا يبرأ عند الهادي^(٤) والقاسم. وخرج المؤيد بالله^(٥) من هذا أن البراءة من المجهول لا يصح كقول الناصر والشافعي. وقال زيد بن علي والمؤيد بالله وأبو حنيفة: بل يبرأ البائع.

وكذا لو تبرأ البائع من عيب سماه ومن كل عيب فإنه يبرأ مما سماه^(٦)، وفي باقي العيوب الخلاف^(٧). فإن تبرأ من عيب أو عييين ولم يسم شيئاً لم تصح

(١) وظاهر كلام البيان مخالف لكلام الأزهار في الرهن في مسألة «غالبا»، وقد قرر خلافه، فابحث تجد الكلام واحداً، وسيأتي تفصيل ذلك في الرهن، وهو مستوفى هناك.
(٢) لعله بالتراضي. (صعيتري)^[١]. أو يكون المراد جناية لا تمنع الرد. (من هامش السلوك).
والمقرر البيان.

(٣) فحول الأصل فيه بوجوب الرد مع العيب الحادث عنده لهذا المانع، وقد ذكره في الكواكب بعبارة أجلى من هذه. اهـ قد نقل كلام الكواكب بعد كلام صعيتري قريباً.

(٤) بل يلغو ويصح العقد ويثبت الخيار، وإنما لم يفسد العقد لأنها لا تقتضي جهالة في العقد ولا في المعقود عليه ولا في الثمن. (غيث).

(٥) وفي تخريج نظر؛ لأن الإبراء مما في الذمة إسقاط فيصح في المجهول، بخلاف الإبراء من العيوب فإنه تملك أرش في مقابل جزء من الثمن مجهول فلا يصح. (تعليق الفقيه علي).

(٦) وفاقاً.

(٧) لا يبرأ. (قرو).

[١] لفظ صعيتري: لكن الرد بعد الجناية لا يصح إلا مع التراضي كما تقدم. وفي الكواكب ما لفظه: فإن قيل: كيف أجزتم له الرد هنا وقد جنى على المبيع، والجناية تمنع الرد؟ قلنا: إنما تمنع حيث يجوز له أخذ أرش العيب، وهنا الأرش لا يجوز فأثبتنا له الرد؛ لئلا يجب له الأرش وهو ربا. (انتهى باللفظ). و(قرو).

البراءة وفاقا، وكذا لو ذكر أن الأمة عليلة ولم يبين علتها، ذكره المؤيد بالله. **فرع^(١)**: وإذا سمي جنس العيب الذي تبرأ منه صح البراء ولو لم يذكر قدره، إلا أن يحدث شيء من ذلك بعد العقد وقبل القبض فللمشتري الرد به. وإن تبرأ من جنس ثم ظهر غيره، أو من قدر معلوم ثم ظهر أكثر منه^(٢)، أو من عيب في موضع معين ثم ظهر شيء منه في غير ذلك الموضع - فللمشتري الرد به^(٣).

مسألة: وإذا شرط البائع البراءة مما يحدث بعد البيع وقبل القبض ففسد البيع^(٤)، ذكره أبو العباس، وعلله في الشرح واللمع بأنه وقع البيع على شرط مجهول^(٥).

مسألة: من اشترى عبدا وشرط أنه إذا أبق إلى وقت معلوم رجع بثمنه، وإن أبق بعده فلا شيء له - صح ذلك، ذكره الهادي^(٦). قال أبو طالب وأبو العباس:

(١) وعليه الأزهاري بقوله: «أو تبرأ البائع من جنس عينه».

(٢) ينقص القيمة. (قرئ).

(٣) وذلك لأن الحادث وإن كان من جنس الأول فإنه يقتضي من نقصان الثمن أكثر مما لو كان به الأول فقط، كالبرص إذا كان في موضع ثم حدث مثله في موضع آخر. قال **عليه السلام**: وهذا يقتضي أن الحادث يكون عيباً فلا يدخل فيما وقعت البراءة منه كما لو حدث من غير جنسه. (بستان).

(٤) إذا كان الشرط مقارنا للعقد، فإن تأخر عن العقد لم يفسد. (قرئ).

(٥) بل لأنه رفع موجه. (بحر). لكونه مضمونا عليه إلى القبض. (شرح فتح).

(٦) لا يقال: قد رضي بالعيب لعلمه به؛ لأنه شراه وهو زائل، ولعله لا يعود، وليس مما يتكرر حتى يكون علمه به ويتكرره رضا، والله أعلم. لكن تقوية كلام الفقيه يوسف في المسألة التي بعد هذه تنافي هذا، فينظر. والذي تجتمع فيه المسألتان وتصحان إذا حمل في الأولى على الجهل بالإباق، وشرطه إنما يكون احتياطا فلا يدل على العلم. (قرئ).

(*) اعلم أن ظاهر كلام الهادي **عليه السلام** مخالف لأصول أهل المذهب؛ من حيث إن المشتري إن كان عالما فقد رضي بالعيب، فلا يصح ما اشترطه، وإن كان جاهلا فله الرد والرجوع بالثمن من غير شرط؛ فلهذا تأوله السادة، واختلفوا في تأويله، فقال أبو طالب وأبو العباس: ما في الكتاب، ومعناه: أن الشرط في الحقيقة هو للبائع، وكأنه اشترط أن ما

يعني أنه أبرأ البائع من عيب الإباق إذا أبق معه بعد ذلك الوقت، وإن أبق قبله رجع بالثمن، لكن إنما يرجع بالثمن كله إذا رد العبد للبائع، فإن لم يرده رجع بأرش العيب فقط. فلو أمكنه رده من بعد هل له أن يرده ويرجع بباقي الثمن؟ قال أبو جعفر: نعم، وقال أبو مضر: لا، وقال الفقيه حسن^(١): إنه يحمل قول الهادي على أن البائع التزم للمشتري برد الثمن إذا أبق العبد في ذلك الوقت^(٢).

مسألة: وإذا كان المشتري قد علم بالإباق في العبد، وشرط على البائع رده به إن أبق إلى وقت معين أو مطلقاً - فقال الفقيه يوسف: إنه يفسد البيع؛ لأنه خلاف موجه. وقال الفقيه يحيى البحيح: بل يصح البيع والشرط كما ذكره في الصرف إذا شرط رد الرديء. قال الفقيه حسن: وإذا شرط رده بما يحدث من عيب بعد الشراء والقبض فسد البيع^(٣).

مسألة: وللمشتري الرد بالعيب على البائع أينما وجدته^(٤)؛ إذ لا يعتبر فيه موضع العقد، كالقصاص والكفالة^(٥) ورد الوديعة والشيء المستأجر عليه إذا

يحدث بعد وقت كذا أنه لا رد به. وقال المؤيد بالله: مراد الهادي عليه السلام أن البائع وصف العبد بأنه يأبق في وقت معين دون وقت فيما مضى، فإذا بان خلاف ذلك فله رده بخيار فقد الصفة. (بستان بلفظه).

(١) قروي، واختاره المؤلف.

(٢) فيرجع بكل الثمن وإن لم يرجع العبد.

(٣) وقيل: بل يصح ويلغى الشرط. (منقولة من نسخة جرت عليها أيدي مشايخ كثير، كالذماري وغيره). وهل ذلك مثل ما سيأتي عن الفقيه يوسف في الإجارة في قوله: «والتضمن غالباً».

(*) وذلك لأنه يؤدي إلى أن يرده بعيب حادث في ملك المشتري، ولا قائل به. (بستان بلفظه).

(٤) وكذا في سائر الخيارات. (قروي).

(٥) بالمال. (قروي).

رده الأجير على المالك. وكذا في الدين أيضا، ذكره القاضي زيد للمذهب^(١)، وقال أبو جعفر وأبو مضر وابن أبي الفوارس في القرض: إنه يعتبر فيه موضعه. وكذا في الثمن والأجرة والمهر أنه يعتبر فيها موضع العقد عندهم إذا لم يقع فيها شرط. وكذا الرهن والرقبة المؤجرة والمعاراة يجب الرد في موضع القبض^(٢)، ذكره في البيان والتذكرة^(٣). وكذا المغصوب عند أبي طالب، خلاف المؤيد بالله. قال الفقيه يوسف: وهذا كله بالنظر إلى وجوب القبول على المالك، فأما إذا طلب هو التسليم إليه فإنه يجب أينما طلب إذا كان الشيء حاضرا، لا إن كان غائبا فلا يجب إحضاره إلى حيث المالك.

مسألة: من جرح بقرة أو نحوها لغيره ثم باعها مالكةا ثم ماتت من الجراحة^(٤) عند المشتري: فحيث البائع والمشتري عالمان عند البيع بالجراحة^(٥) لا يرجع المشتري بشيء، ويرجع البائع على الجرح بأرث الجراحة وما سرى منها إلى وقت البيع فقط، خلاف الحقيني^(٦). وحيث علم البائع دون المشتري رجوع البائع بما تقدم، ورجع عليه المشتري بالأرث كما تقدم في أرث العيب. وحيث علم المشتري دون البائع لا يرجع المشتري بشيء، ويرجع البائع بأرث الجراحة إلى وقت البيع، وأما أرث ما سرى بعده فقال الفقيه حسن: لا يرجع به. وهو الأصح. وقال الفقيه علي: بل يرجع بقيمتها كلها^(٧). وحيث هما جاهلان كلاهما يرجع المشتري

(١) فيما لم يلزم بعقد. (قرر).

(٢) قيل: الميل. وقيل: المنزل.

(٣) وهذه مأخوذة من قوله ﷺ: ((على اليد ما أخذت حتى ترد)).

(٤) وقيل: مطلقا، بالسراية أو غيرها. ولفظ الحاشية: أو تعذر ردها بأي الأمور المتقدمة. و(قرر).

(٥) وبأنها تسري. (شرح أزهار).

(٦) فقال: لا يرجع بالأرث ولا بالسراية؛ لأنه أبطل حقه بالبائع. اهـ قلنا: الجناية حاصلة في ملكه فاستحق أرثها. (بستان).

(٧) على الجرح.

على البائع بالأرش، وأما البائع فقال الفقيه علي: يرجع على الجارح بقيمتها الكل؛ لأن الموت يستند إلى الجناية، وقال الفقيهان محمد بن سليمان وحسن وابن الخليل: يرجع بالأرش إلى وقت البيع وبما رجع به المشتري عليه^(١).

فَرَعٌ؛ فلو كانت البقرة باقية مع المشتري لم تمت: فمع علمه عند الشراء لا خيار له، ومع جهله له ردها على البائع، وما حدث بعد الرد^(٢) من سراية أو موت رجح به البائع على الجارح إن كان الرد بالحكم^(٣)، لا إن كان بالتراضي؛ لأنه ملك جديد عند الهادي، ويرجع بما قبل البيع مطلقاً^(٤).

(١) فأفهم أنه يرجع بشيئين. (سيدنا حسن عليه السلام) (قررو).

(*) حيث استوت القيمة والثلث أو زادت القيمة، فإن زاد الثمن لم يرجع عليه إلا بتقصان القيمة فقط، لا بجميع ما رجح به المشتري، فعلى هذا يرجع بالأقل مما رجح به المشتري أو الأرش، ويكون غير منسوب من الثمن. فلو كانت قيمته من غير سراية عشرة دراهم، ومع السراية تسعة، والثلث عشرين - فإنه لا يرجع إلا بدرهم، ودرهم لا رجوع له به؛ لأن المشتري يرجع بما نقص من القيمة منسوباً من الثمن، والجارح لا يضمن إلا ناقص القيمة، فيرجع البائع بتقصانها فقط. (سيدنا عيسى ذعفان، وحيث، ومجاهد). والمختار ما في البيان وشرح الأزهار.

(٢) ظاهر الأزهار حيث جهلا معاً، وكذا ظاهره أنه يرجع بأرش السراية الحادثة بعد العقد قبل الرد مع الجهل، ومثله في شرح الفتح صريحاً. و(قررو).

(٣) فيرجع البائع على الجارح بأرش السراية الحاصلة من بعد البيع إلى تمام قيمتها إن ماتت، لا إن لم تمت فما نقص من قيمتها. (زهور).

(*) وفي هامش شرح الأزهار على قوله: «أو أحدهما» ما لفظه: أما إذا كان المشتري هو العالم فذلك ظاهر؛ لأنه قد رضي، وأما إذا كان العالم هو البائع فيبعه مع علمه إسقاط لحقه من السراية، فهو بمنزلة الإبراء، ولو كان الفسخ بالحكم فلا يعود له أرش السراية مطلقاً؛ لأنه قد برئ منها قبل الحكم، ولو قلنا: الفسخ بالحكم نقض للعقد من أصله فقد أسقط الأرش قبله فلا يعود. هذا ظاهر الأزهار والتذكرة. (قررو).

(*) مع جهلهما. (قررو).

(٤) بالحكم أو بالتراضي. (قررو).

مسألة: من رمى عبد غيره أو قطع يده أو جرحه ثم أعتقه مولاه ثم مات العبد من ذلك: فإن كانت الجناية قاتلة له بالمباشرة فقد وجب ضمانه لسيده، ولم يسقط بالعتق منه شيء^(١)، لكن الشافعي والفقهاء يحرمان البحيح باعتباره حالة موته، وهو مات حرّاً، فتجب ديته، لسيده منها قدر قيمته، والباقي لورثته. وقال أبو حنيفة والفقهاء علي وحسن: يعتبر بحالة الجناية عليه^(٢)، فلا تجب إلا قيمته لسيده. ومثله في الكافي، قال: كما لو رمى كافراً ثم مات وقد أسلم فلا شيء على الرامي^(٣). فلو كان العكس: رماه وهو مسلم ثم مات وقد كفر؟ أما على قول المنصور بالله وأبي حنيفة^(٤) فتلزمه الدية^(٥)، وأما على قول الشافعي فالأقرب أنها إن كانت الجناية قاتلة له بالمباشرة فقد وجبت ديته لورثته المسلمين، وإن كانت قاتلة بالسراية فالسراية حصلت وهو مرتد، فلا يضمنها الجاني، بل يضمن أرش جنائته وما سرى منها إلى وقت الردة، والله أعلم. وإن كانت الجناية^(٦) قاتلة له بالسراية وجب للسيد أرش الجناية وما سرى منها إلى وقت العتق^(٧) فقط إن أعتقه عالماً بالجناية عليه^(٨)، وإن أعتقه جاهلاً فعلى قول

(١) القياس أنه لا يصح العتق؛ لأنه في حكم الميت، وعتقه لا يصح.

(٢) وعليه الأزهاري بقوله: «والعبرة في العبد والكافر بحال الفعل».

(٣) لأنه حربي مباح الدم، فإن كان ذمياً وجبت الدية ولا قود. (قرير).

(٤) الذي سيأتي في الجنايات إن شاء الله تعالى.

(٥) اعتباراً بحال الجناية.

(٦) هذا راجع إلى أول المسألة. (بستان).

(٧) وهو المذهب، وسواء كان عالماً بالجناية أم جاهلاً. (عامر).

(٨) لأنه بمثابة الإبراء.

(*) فعتقه مع العلم بأن الجراحة تسري يكون إبراء للجاني من السراية التي توجد بعد العتق، فلا يجب للسيد إلا الأرش للجراحة وسرايتها قبل العتق. (صعيتري).

الفقيه علي المتقدم^(١) يجب الزائد له أيضا إلى قدر قيمته، وعلى قول الفقيهين محمد بن سليمان وحسن^{قري} يكون الزائد لورثة العبد^(٢)، والزائد هو باقي الدية وفاقا^(٣).

فرع: فلو جرح عبد غيره أو بقرته جراحة قاتلة بالمباشرة ثم زادت قيمته لغلاء السعر ثم مات فالأقرب أنه يأتي الخلاف: هل تجب قيمته يوم الجناية عليه أو يوم موته^(٤). فأما لو رخص سعره يوم موته فلعلها قد وجبت القيمة^(٥)، والله أعلم.

مسألة: وإذا أراد المشتري رد المبيع بالعيب والبائع غائب فإن كانت الغيبة مما يجوز فيها الحكم عليه بين بالشراء وبالعيب^(٦) إلى الحاكم وفسخه^(٧)، ثم يأمر الحاكم من يحفظ المبيع للبائع، وإن خشي فساد^(٨) باعه وحفظ ثمنه، وإذا بين المشتري أنه قد سلم الثمن للبائع قضاه الحاكم من ماله أو من ثمن المبيع إن

(١) في مسألة: «من جرح بقرة..» الخ.

(٢) القياس أنها لا تجب إلا القيمة مطلقا، سواء أعتقه عالما أو جاهلا، وسواء كانت الجناية قاتلة بالمباشرة أو بالسراية، وهو ظاهر الأزهار في الجنائيات.

(٣) ينظر في دعوى الوفاق.

(٤) هذا غير مستقيم؛ لأنه قد صار ميتا.

(٥) يوم الجناية.

(٦) بينة واحدة غير مركبة. (قررد).

(٧) يعني بعد النصب عن البائع. (قررد).

(*) وإذا فسخه بأمر الحاكم ولم يقبضه ثم تلف فالأقرب أنه يكون أمانة. وعن الشامي: أنه يتلف من مال المشتري، وهو ظاهر الأزهار في الإجارة في قوله: «والضمان بحاله»؛ لأنه قال في شرح الأزهار: «أو المعيب».

(٨) أو الغرامة إن كانت تستغرق الثمن^[١] أو لا يجد ما ينفقه. (عامر) (قررد).

[١] وقيل: وإن لم تستغرق، وهو الأولى. وقررد حيث رأى صلاحا. (قررد).

رأى بيعه عنه. وإن كانت الغيبة لا يجوز الحكم فيها على الغائب أو لم يكن هناك حاكم^(١) لم يصح رده إلا على البائع متى وجدته^(٢) ولم يكن انتفع به بعد علمه بالعيب، فإن انتفع به بطل خياره. والأقرب أنه لا يرجع^(٣) بأرش العيب إن كان يمكنه إيصال المبيع إلى البائع ورده عليه^(٤)، وإن كان يخشى فساده قبل رده إلى البائع فذلك عذر له في طلب الأرش متى أمكنه^(٥). وعلى قول الناصر والمنصور بالله^(٦) والشافعي يصح فسخه من غير حكم ولا تراض إذا كان مجمعا عليه.

مسألة: وإذا وجد البائع عيبا في الثمن فإن كان على الذمة ثم دفع له المشتري ما فيه عيب وجب إبداله^(٧)، ولا يحتاج إلى حكم، وإن كان الثمن معيناً فإن كان من غير النقدين فهو مبيع، وإن كان من النقدين فكذا على قول المؤيد بالله: إنه يتعين^(٨). وعلى قول الهدوية: لا يتعين، بل يجب إبداله بالسليم، ولا يحتاج إلى حكم ولا تراض إلا لفصل الشجار لأجل الخلاف.

(١) قيل: يفسخه إلى من صلح. و(قررو).

(٢) إلا أن يتمرد ناب عنه الحاكم. و(قررو).

(٣) وظاهر الأزهار خلاف ذلك، وهو أنه إذا تلف قبل رده إلى البائع ولم يصدر منه رضا ولا ما يجري مجراه استحق الأرش؛ لأن خياره على التراخي.

(٤) ثم تلف.

(٥) الظاهر أن الانتفاع يبطل الأرش وإن كان لتعذر الرد.

(*) ظاهره ولو قد انتفع. ولفظ حاشية: فإن لم يكن ثم حاكم في الناحية وخشي تلفه أو فساده قبل وصول البائع فله أن يبيعه أو يذبحه إن خشي عليه التلف، ولا يكون ذلك مانعا من أخذ الأرش من البائع؛ لأنه قد تعذر عليه الرد. (برهان). قال المفتي: وفي هذا نظر؛ لأنه يخالف قواعد أهل المذهب؛ لأن مع انتفاعه واستهلاكه يبطل خياره.

(٦) الذي تقدم في أول الفصل.

(٧) لأن الواجب غير هذا المعيب. (بستان).

(٨) فيصير كالمبيع. (بيان معنى من أول كتاب البيع).

مسألة: من باع قممها بقمم أو ثوبا بثوب ثم جلا^(١) أو قصر ما شراه ثم رد عليه قممته أو ثوبه بعيب فيه رجع بما غرم في الجلاء أو القصاره عند الهادي^(٢)، لا عند المؤيد بالله؛ لأنه لا عين له يمكن تقويمها. فإن كان قد ركب على القمم الذي شراه حلية ورد عليه قممته بالعيب: فإن أمكن فصل الحيلة عن القمم الذي معه بغير ضرر فيه فصلها ورده، وإن لم يمكن إلا بضرر فيه تركها وأخذ قيمتها^(٣) من الذي رد عليه قممته؛ لأنه ملجأ إلى رد ما معه^(٤). فإن كان الضرر يحصل في الحلية بفصلها لا في القمم فقال الفقيه يحيى البحيح: إنه يكون مخيراً بين تركها وأخذ قيمتها^(٥) وبين فصلها وأخذ أرش الضرر. وقال الفقيه علي: لا أرش له، بل إما تركها وأخذ قيمتها^(٦) وإلا فصلها ولا أرش له. ولعله أولى.

مسألة: وإذا وجد المشتري عيباً في المبيع ثم قال: كنت علمت به قبل البيع،

(١) بالجيم. (كواكب).

(٢) وحجة الهادي عليه السلام أن المنافع مضمونة كالأعيان، وكما عنده يلزم الشفيع أن يغرم هذه الأمور للمشتري. وحجة المؤيد بالله ما في الكتاب، ولأنها غرامة على ملكه مستهلكة كالعلم. (بستان بلفظه).

(٣) غير مركبة؛ لأنه في حكم المتعدي. وتكون من غير جنسها؛ لثلاثاً يكون ربا. (قرور).

(٤) يعني: لأن الراد للمبيع غيره، فقد وجب عليه الرد لما معه، فلا يفصل ما يعرف أنه يضره بالفصل، بخلاف المعيب إذا أراد المشتري رده فله الخيار كما مر؛ لأنه الطالب هناك فكان مخيراً، وهاهنا هو ملجأ إلى الرد، وكلام الفقيه يحيى البحيح هنا قياس على المغارسة الفاسدة. قيل: وفيه نظر؛ لأنه الغار للمشتري هنا بالعيب، وفي المغارسة الغار مغرور. (بستان بلفظه).

(٥) ولعل وجه أخذ قيمتها أنه مسلط على تركيبها، فلا يلزمه فصلها إذا كانت تنقص بالفصل. (صعيتري بلفظه).

(٦) غير مركبة. (قرور).

(*) هلا قيل: يفصل ولا شيء له؛ لأنه في حكم المتعدي بتغيير مشتري المعيب، فينظر. (شامي).

لكني أخبرت أنه قد زال: فإن لم يبين بالخبر ولا صادقه البائع^(١) عليه فلا شيء له، وإن بين به أو صادقه البائع عليه فإن كان العيب مما لا يعود^(٢) بعد زواله في العادة فله الرد به؛ لأنه كامن^(٣)، وإن كان مما يزول ويعود كالصرع وحمى الرُّبْع^(٤) لم يستحق الرد به؛ لأنه إن عاد في وقته الأول فهو باق، وقد رضي به، وإن عاد في غير وقته الذي يعود فيه فهو حادث غير الأول، لكن هذا حيث علم بأنه مما يعود، فإن جهل ذلك لم يبطل خياره، والقول قوله في ذلك، إلا أن يكون العيب مما هو ظاهر حاله للناس في أنه يعود.

مسألة: وإذا باع الوصي شيئاً من مال الميت ثم استحق بالحكم أو رد عليه بعيب بالحكم^(٥) فإنه يرد الثمن للمشتري إن كان باقياً معه، وإن كان قد قضاه الغرماء أو أنفقه على أولاد الميت الصغار باع من تركة الميت لقضاء الثمن^(٦)؛ لأنه كأنه استقرضه له، فإن لم يكن للميت تركة رجع به على من دفعه إليه من الغرماء أو الفقراء^(٧) إن كان أخرجه عن حق لله على الميت، أو يرجع به على الأولاد حيث

(١) وحلف له على العلم. (قررو).

(٢) قيل: وذلك كالجدرى إذا قد خرج بعضه وبقي بعضه. (بستان بلفظه). إذا ذكر عند العقد أنه قد جاءه. (شرح أثار). لأنه من خيار فقد الصفه، وليس من خيار العيب. اهـ فأمالو سكت عن ذلك من الأصل ثم وجده بعد ذلك فلا يرد به. (عامر) (قررو).

(٣) بل لفقد الصفه التي أخبر بها. (قررو).

(٤) حمى الربيع: أن تأتيه يوماً وتدعه يومين ثم تأتيه اليوم الرابع. (ديوان).

(٥) أو رؤية أو شرط. و(قررو).

(٦) يعني حيث قد تلف الثمن، وأما إذا كان باقياً بعينه وجب على الغرماء والفقراء رده بعينه؛ لأنه انكشف أنه باق على ملك المشتري. (شرح أزار). ينظر، وقيل: لا فرق بين البقاء والتلف وأنه يجب الرد. (قررو).

(٧) وذلك لأنهم لا يستحقونه؛ لانكشاف الميت مفلساً. (بستان).

(*) يقال: ولم يجب استرجاعه من الغرماء وقد كان ما قبضوه كالقرض للميت، ذكره

أنفقه عليهم، فإن لم يمكنه الرجوع عليهم ضمن من ماله^(١)؛ لأن الحقوق تعلق به، خلاف الناصر. قال الفقيه يمين البحيح^(٢): وهذا إذا جهل هو والمشتري باستحقاق المبيع؛ إذ لو علما أو أحدهما لم يرجع على تركة الميت؛ إذ ليس بقرض له، بل في مقابلة محذور^(٣)، فيضمن من ماله، ويرجع على من دفعه إليه إذا أمكنه^(٤).

فرع: وهذا بخلاف الإمام والقاضي وأمورهما إذا فعلوا ذلك بحق الولاية أو استقرضوا شيئاً لبیت المال أو نحوه فإنهم لا يضمنون^(٥) شيئاً من أموالهم؛ لأن الحقوق لا تعلق بهم، وإنما يتصرفون بالولاية العامة^(٦)، ذكره في التقرير والتذكرة. **فرع:** وهذا^(٧) بخلاف ما إذا دفع الوصي شيئاً من مال الميت عن حق عليه

المؤيد بالله، وإذا كان كالقرض فقد اقتضاه الغرماء وهو على ملك الميت فلا يجب عليهم رده؟ والجواب عنه أنه كالقرض المشروط بأن يكون للميت مال يقضون منه. (صعيتري بلفظه). ومثله في الغيث.

(١) قال الفقيه يمين البحيح: فإن نوى إقراض الميت كان له أن يرجع إن ظهر له مال. (شرح أزهار بلفظه).

(٢) قوي على القواعد.

(٣) يعني بيع مال الغير وشراءه. (بستان).

(٤) وهذا بناء على أن الإباحة تبطل ببطلان عوضها، وهو المذهب.

(٥) ولو أنفقوه على أنفسهم حيث لهم ذلك.

(٦) وهذا هو الفارق بين الوصي والولي، والمخصص لذلك أن النبي ﷺ استلف بكراً وقضاها من إبل الصدقة.

(٧) ينظر في هذا الفرع والذي بعده؛ فإن الحاكم إذا حكم بسقوط الحق عن الميت تبين أن الإخراج لا عن حق، وهو مال الغير ولا يصح التقرب به، فيحقق. والقياس جواز الرجوع به على الفقراء، فإن تعذر فعلى تركة الميت^[١]؛ لأنه كالمغرور من جهته [بالوصية]. (إملاء شامي) (قرن).

[١] هذا في الفرع الأول، وأما الثاني فينظر فيه؛ إذ هو مبني على أن الوصي قضى التركة جميعها عن ديون الميت، فإذا تعذر عليه الرجوع على الغرماء هل يغرم من ماله؟

من حقوق الله تعالى إلى الفقراء ثم إن الوارث رافعه إلى حاكم حنفي، فحكم بعدم الوجوب على الوارث - فإنه يضمن من ماله، ولا يرجع على من أعطاه من الفقراء؛ لأن عنده أنه أعطاهم عن حق واجب، وحكم الحاكم عليه لا يكون حكماً عليهم^(١)، ذكره ابن الخليل.

فرع: وهكذا إذا قضى الوصي تركة الميت عن ديونه وكان عليه دية عن قتل عمد، وعند الميت^(٢) أنها لا تجب الدية في العمد كقول زيد بن علي وأبي حنيفة، ثم إنه رفع إلى حاكم حكم عليه بوجوبها - فإنه يضمن من ماله حصة الدية من التركة، ولا يرجع على الغرماء؛ لأنه أعطاهم معتقدا لاستحقاقهم، والحكم عليه من بعد لا يكون حكماً عليهم^(٣). وهذا بخلاف ما إذا قضى الوصي تركة الميت في ديون عليه ثم تبين عليه دين لغريم آخر ثبت بالبينة والحكم - فإنه يسترد منهم حصة هذا الدين؛ لأنه تبين وجوبه من الأصل، وإن تعذر عليه الرجوع على الغرماء ضمن من ماله.

مسألة: من باع سلعة بسلعة ثم رهن السلعة التي اشتراها أو أجرها أو باعها ثم ردت عليه سلعته بالعيب بحكم حاكم - فإنه فسخ للعقد من أصله^(٤)، فتبطل الإجارة والرهن^(٥)، وأما البيع فقال القاضي زيد: لا يبطل، بل يضمن قيمته، كما في البيع الفاسد إذا فسخ بعد بيعه، وقال المؤيد بالله والفقهاء يحیی البحيح:

(١) فعلى هذا لو حكم عليهم وجب الرد.

(٢) والوصي.

(٣) بل يرجع؛ لأن حكم الحاكم قد رفع الخلاف. (قررو).

(٤) فيبطل كل عقد ترتب عليه. (أزهار). إلا الشفعة بعد الطلب^[١]، والحوالة بعد قبض المحتال، حيث أحال البائع غريمه بالثمن. (قررو).

(٥) والعق والوقف. (قررو).

[١] حيث سلمت بالحكم أو طوعاً. (قررو).

بَلْ يَبْطُلُ^(١)، بخلاف ما تركب على البيع الفاسد من بيع أو إجارة أو غيرهما فإنه لا يبطل بفسخ البيع الفاسد^(٢)؛ لأنه متركب على التسليط من البائع، والفسخ لا يبطله على الأصح، خلاف أبي مضر. فإن كان الفسخ بالتراضي لم يبطل شيء من ذلك في الرد بالعيب على قول الهادي^(٣)، بل على قول القاسم.

مسألة: من باع بقرة أو نحوها قد عقرها كلبٌ كلب بعد التثام جرحها، ثم إنه انتقض مع المشتري وماتت منه - فإن كانت لا قيمة لها مع هذا الجرح فبيعها باطل، ويرجع المشتري بالثمن ولو علم على الأصح^(٤)، وإن كانت لها قيمة فمع علم المشتري بالجرح وبأنه ينتقض لا يرجع بشيء، ومع جهله بهما أو بكونه ينتقض يرجع بأرش ذلك العيب. وهكذا فيمن باع عبداً فيه نصل^(٥) كامن ثم انتقض عليه^(٦).

(١) وعليه الأزهار بقوله: «ويبطل كل عقد ترتب عليه».

(*) ما لم يقيم فيه شفيح. وعليه الأزهار في قوله: «ويمتنعان بعده».

(٢) قلت: ما لم يحكم حاكم بالبطلان. (مفتي) (قررو).

(٣) ويستحق العوض: قيمة القيمي ومثل المثلي حيث باعه. (قررو).

(٤) إشارة إلى قول ابن الخليل والفقهاء محمد بن سليمان: إن الإباحة لا تبطل ببطلان عوضها.

والمذهب بطلانها كما في البيان والأزهار في قوله: «وكل عيب.. الخ. (سيدنا حسن بن

أحمد رحمته) (قررو).

(٥) وهو السهم الذي يدخل في الجسم ثم يبقى فيه، وكذا الرصاصة.

(٦) وهكذا في السعر الذي يصيب الإبل فإنه نوعان: منه ما لا يزول في العادة فيكون كهذه

المسألة، ومنه ما يزول فيكون كسائر العيوب. (برق).

فصل: [في قسمته الخيارات باعتبار الفور والتراخي وما يورث]

وما تقدم من الخيارات مختلف، فمنه: ما هو من باب النظر والرأي، كخيار الرؤية والشرط، فهو على الفور -يعني: في آخر مدة خيار الشرط^(١)- ولا يورث.

ومنه: ما هو لأجل نقص في المبيع، كخيار العيب وفقد الصفة وتعذر التسليم والخيانة والغرر، فهذا على التراخي، ويورث. وكذا خيار تعيين المبيع في مدته^(٢) حيث المبيع ثوب من ثياب أو نحوه فإنه يورث لضرورة التعيين، لا حيث باع الكل على أنه بالخيار يرد ما شاء منها فهذا لا يورث، بل يصح الكل. قيل: وكذا خيار معرفة قدر المبيع^(٣) وقدر الثمن فإنه يورث، وقال الفقيهان محمد بن سليمان وعلي: لا يورث.

ومنه: ما هو على التراخي ولا يورث، وهو خيار الإجازة في الموقوف^(٤)، وفي خيار الغبن.

ومنه: ما يكون القول فيه^(٥) قول من رد هل تقدم أو تأخر، وهو في خيار الرؤية إذا كان المشتري اثنين أو أكثر.

ومنه: ما يكون القول فيه قول من سبق، وهو في خيار الشرط إذا كان الخيار من جهة واحدة، كمشتريين^(٦) أو بائعين، فإن كان من الجهتين معا للبايع

(١) وعقيب رؤية مميزة.

(٢) وبعدها أيضاً يكلف التعيين.

(٣) هذا لبعض المذاكرين لا يعرف من هو، رواه الفقيه محمد بن سليمان، قال: وفيه نظر؛ لأن فيهما شائبة النقص وشائبة التروي. (بستان).

(٤) ويبطل العقد بموت أيهما؛ لأنه موقوف.

(٥) أي: الحكم.

(٦) بلفظ واحد.

والمشتري فقول من رد ولو تأخر.

ومنه: ما يكون القول فيه قول من رضي هل تقدم أم تأخر، وهو في خيار العيب إذا كان من جهة واحدة، نحو أن يشتري جماعة شيئاً فوجدوه معيباً، فمن رضي منهم به دون غيره أخذ نصيب من لم يرض^(١) بثمنه^(٢)، ويرجع على البائع بأرش العيب فيه^(٣)، لا في نصيبه^(٤). وقال أبو حنيفة: إذا رضي بعضهم لزمهم الكل، لكن يرجع من لم يرض بأرش العيب في نصيبه. وقال الشافعي ومالك وأبو يوسف ومحمد: تفرق الصفقة على البائع، فيرضى من رضي ويرد من رد. وكلا القولين أقوى من قولنا. فأما حيث العيب من كلا الجهتين نحو من باع سلعة بسلعة وهما معيبتان معا- فإن القول قول من رد ولو رضي الثاني^(٥).

(١) وذلك لثلا يفرق الصفقة على البائع، ولأنه برضاه قد استهلك نصيب شريكه. (بستان).

(٢) يعني لا بقيمته؛ ولهذا فإنه يرجع بأرش نصيب الشريك، ولو أخذه بالقيمة لم يرجع بالأرش؛ لأن القيمة تستولي على جميع أجزاء المستهلك. وقيل: يأخذه بقيمته؛ لأنه لما رضي استهلكه فأشبهه الغاصب. (بستان لفظاً).

(٣) لأنه دخل في ملكه بغير اختياره.

(٤) لأنه دخل في ملكه برضاه.

(٥) وذلك لأن الرد حق لكل واحد منهما. (بستان بلفظه).

فصل: [فيما يدخل في المبيع]

ويدخل في البيع مع المبيع تبعاً له ما جرى العرف بدخوله فيه^(١) ولو لم يذكر، وكذا في الهبة والصدقة والنذر والوصية والإقرار والمهر وعوض الخلع والوقف^(٢)، وذلك نحو ثياب البذلة^(٣) في العبد^(٤) والأمة، لا ما زيد عليها لطلب النفاق والزينة. ونحو العذار^(٥) في الفرس، لا اللجام والسرج، فإن شرط دخول السرج دخل اللبد معه إن كان متصلاً به، لا إن كان منفصلاً عنه^(٦). ونحو طرق الدار والأرض إذا بيعت، لا حيث يبيع المنزل في الدار فلا يدخل ما

(١) قال عليه السلام: والمتبع في ذلك العرف العام لا الخاص، فالعام: هو الذي لا يختلف باختلاف المدن والأمصار والأقاليم. والخاص: هو الذي يختلف باختلاف المواضع. قال: فيحكم بالعرف العام على عمومته، وبالخاص في موضع ذلك التعارف. (بستان بلفظه).

(٢) قال الفقيه علي: والأقرب أن ثياب الموقوف وقف، وتصرف منافعها في العبد، ويسقط عن الموقوف عليه كسوته حتى تتلف. (هاجري). وقال في القمر المنير عن تعليق ابن أبي الفوارس: إنها تكون وقفاً، وظاهره على الموقوف عليه [وقواه الشامي] فيكون له لبسها. ويحتمل ما ذكره الفقيه علي.

(*) وأما ثياب المعتق فهل تدخل أم لا؟ أجاب المتوكل على الله أنها تدخل ويملكها المعتق، ويكون بينهما ترتب ذهني، وكأنه أعتقه ثم ملكه. (قررو).

(٣) التي تليق به دائماً.

(*) أي التي تلبس دائماً، كثوب العبد وقميص الجارية وسراويلها، وكذلك ما تعرف به أن البائع للعبد لا ينتزعه إذا أخرجه عن ملكه. (بستان بلفظه).

(٤) ولا يشترط أن تكون عليه حال العقد، ولا أن تكون معلومة؛ إذ هي من جملة الحقوق. و(قررو).

(٥) وهو الرسن. (صعيتري).

(*) يعني: الرسن الذي يجذب به الفرس؛ لأن به يحصل التمكن من سيره. (بستان بلفظه).

(٦) إلا لعرف. (شرح أزهار) (قررو).

فوقه^(١) وما تحته^(٢). ونحو ما يوضع في الدار للدوام لا للرفع، كالرحى والمدقة المتصلة والتنور ونحوه، والأبواب والسلم المسمور والوتد ونحوه^(٣)، والبئر والمدفن، لا ما فيه من الحب، ولا ما في الدار من الأمتعة والأثاث والآنية والدفائن. **مسألة:** ويدخل في بيع الأرض ما فيها من الأشجار التي أصلها نابت، وهو ما ييقى سنة^(٤) فما فوق، لا ما كان يقلع أو يقطع^(٥) في دون السنة، فيدخل أصول القضب والكراث لا فروعهما، ولا تدخل أوراق التوت والحناء والهدس وأغصانها التي تقطع في العادة في كل سنة؛ لأنها كالثمرة، وأما أغصان التوت فقال المؤيد بالله: لا تدخل فيه، وقال أبو طالب: إنها تدخل^(٦)، قال الأستاذ^(٧)

(١) قيل: يعني من الهواء. وهل يدخل السقف في بيع البيت؟ في شرح الإبانة: يحتل أن لا يدخل إلا أن يدخله أو عرفهم دخوله. (تعليق لمع للفقيه يوسف). ولفظ شرح ابن بهران: فأما المنزل الواحد فلا يدخل في بيعه أعلاه ولا طرقة. (بلفظه).

(*) من هواء أو منزل، ولا تدخل طرقة، ولعل الفارق بينهما العادة، فيعتبر بها. (برهان).
(٢) ولا الطريق إلا أن يقول: بحقوقه. اهـ مراده إذا كان المنزل داخل الدار. (رياض). ولعله يتبع العرف في الطريق ونحوها. اهـ والمختار دخولها. (مفتي). والذي قرر في المنزل أنه إن كان مجاورا للملك المشتري فلا تدخل الطريق، وإلا دخلت. (قرر).

(٣) السياع.

(*) وكذا يدخل ما حولها من حمام ومسجد وشجر، لا الحبال المربوطة لتعليق الثياب فلا تدخل. (مرغم).

(٤) قيد هنا وفي الحج بالسنة، ولا يظهر للتقييد بها ثمرة؛ لأن المراد ما كان يراد به البقاء، لا ما غرس للقلع ولو جرت العادة ببقائه سنة أو أكثر - كالفوه والزنجبيل ونحو ذلك - فإنه لا يدخل في بيع الأرض كالثمار. (حاشية سحولي لفظا) (قرر).

(٥) ظاهره أن الأخشاب لا تدخل؛ لأنها تقطع في العادة، وأما أصولها وما لا يقطع منها لعدم نفعه فيدخل، والله أعلم. (قرر).

(٦) قياساً على الصوف.

(٧) قوي، والأزهار خلافه.

والفقيه محمد بن سليمان: الخلاف إذا كانت مورقة، فأما غير المورقة فتدخل وفاقاً. وقال الفقيه حسن: عكسه^(١).

فرع: وإذا بقيت هذه الأغصان للبائع أو بيعت وحدها فالواجب قطعها^(٢)، فلو لم تقطع حتى نبت عليها أوراق فقال الحقيني: إنها لمالك الأغصان^(٣)، وقيل: لمالك الشجر، وقال المنصور بالله: لبيت المال. وقياس كلام المؤيد بالله أنها تكون لهما معا كما قال علي في زرع^(٤) نبت على تراب لرجل في أرض الغير: إنه إن تم الزرع بهما معا فهو لمالكيهما معاً، وإن تم بالتراب وحده فهو لمالكه^(٥)، وإن تم بالأرض وحدها والتراب لا حكم له فللمالك الأرض. وكذا يأتي فيمن باع أرضاً فيها قصب أو كراث قد طلع قليلاً ثم زاد بعد البيع^(٦).

مسألة: ولا تدخل الثمار التي على الأشجار في بيع الأرض^(٧) ولا في بيع الأشجار، ولا التمر ولو لم يؤبر، خلاف الناصر والشافعي ومالك وأبي جعفر فيما لم يؤبر فأدخلوه. ولا يدخل الزرع في بيع الأرض.

(١) يعني: أن الخلاف في غير المورقة، فأما المورقة فلا تدخل وفاقاً. (بستان).

(٢) بعد الصلاح. (قرور).

(*) والذي في الأزهار أنها تبقى إلى الصلاح، وهو المذهب. (قرور).

(٣) وعلى المشتري إصلاحها، وإلا ضمن للبائع ما فسد من الثمر بعدم الإصلاح.

(٤) في (ج، د): حيث قال.

(٥) مباح، وإلا كان لمالك البذر.

(٦) وقياس المذهب أنه لمالك التراب كما لك الأغصان^[١]. (مفتي). وسيأتي في البيان في

الإجارة في إجارة الأراضي مثل كلام الكتاب هنا.

(٧) فللبائع على المختار، وهو قول الحقيني.

(٨) ولا يدخل الزرع.

[١] ويمكن أن يفرق بين الأغصان والتراب بأن الزرع يتصل إلى أسفل الأرض والتراب المحمول، بخلاف الأوراق فإنها ليس لها اتصال بأصول الشجر، وإنما اتصلت بالأغصان. (شامي).

فروع: وإذا لم يدخل الزرع والثمر في البيع فقال المنصور بالله: يلزم البائع قلعه وقطع الثمار. وقال في الكافي والأمير الحسين: بل يترك إلى منتهاه بغير أجره^(١). وقال أبو مضر: يترك بالأجرة^(٢).

مسألة: والقوة والزنجيل وقصب السكر من جملة الزرع فلا يدخل في بيع الأرض، إلا أن يجري به العرف^(٣). والأقرب أن قصب السكر مثل القصب تدخل أصوله لا فروعه^(٤).

مسألة: ويدخل الفرجين^(٥) الذي لا يرفع في العادة، كفرجين الدور والبساتين، لا ما يرفع كفرجين المزارع. قال أبو جعفر: وتدخل كوارات النحل^(٦) في بيع الدار، قيل: إلا أن يجري عرف بخلافه.

مسألة: وتدخل الطرق^(٧) المعتادة في بيع الأرض والدار، وكذا سواقي

(١) وعليه الأزهار بقوله: «ويبقى للصالح بلا أجره».

(*) لأنه كالمستثنى.

(٢) في الزرع لا في الثمر.

(٣) وظاهره يدخل ولو قبل يوجد. اهـ ولفظ شرح الفتح: ولا يقال: إن بيع الطلع ونحوه قبل نفعه لا يصح، فكيف إذا شرط دخوله دخل وقد جمع بين ما يصح بيعه وما لا؟ فيكون القياس فساد العقد؛ إلا أن الإمام قد ذكر أنهم قد أجابوا بأن الاستثناء خصه قوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((إلا أن يشترطها المتباع))، وللإجماع، ذكره النجري. وأيضا فإنه يمكن الفرق بين ما يدخل

تبعاً وضمناً وما يدخل مستقلاً كالحقوق والعروق والصوف. (شرح فتح بلفظه).

(٤) إلا أنه يفسد البيع^[١] إذا دخل عرفاً، إلا أن يكون غير مقصود بالبيع والشراء.

(٥) وهو الزرب.

(٦) وهي الأجيح.

(٧) ونحوها من المفاسح.

(*) ولو كانت وقفاً على البائع، فيستحق منافع الطريق فقط، لا على مسجد أو نحوه. (مفتي).

[١] وفي حاشية: ولا يضر جهل العروق ومآثر البناء؛ لأنه من الحقوق، فلا يتوهم فساد.

الأرض - وهي مجاري الماء - ومساقيةها، وهي الأسباب المعتادة لها. **فَرَحٌ**؛ فلو بيعت دار أو أرض لا طريق لها معتادة^(١)؛ فإن كان للمشتري ملك مجاور لها فالطريق في ملكه، وإن لم يكن ففي ملك البائع^(٢) إن كان له ملك مجاور لها، وإن لم يكن فقال الفقيه حسن^(٣)؛ إن ذلك **عيبٌ** فيها، فيثبت للمشتري الخيار مع الجهل، وقال الفقيه يوسف^(٤)؛ إنه عيب^(٥) إن كان قد قبضها المشتري، وقبل قبضها لها الخيار مع العلم والجهل؛ لتعذر تسليمها.

مسألة؛ وإذا بيعت أشجار قد حدثت فيها ثمار ثم حدثت فيها ثمار أيضا بعد البيع فالأولى للبائع والأخرى للمشتري إن تميزت، وإن التبست فبعد قبض المشتري للمبيع يقتسمانها بالتراضي، وعلى مدعي الزيادة البينة، وقبل قبض المبيع يثبت لها الخيار في الفسخ؛ لتعذر التسليم^(٥) [فيها]^(٦).

- (١) قال في البحر: قلت: إن كانت، وإلا ففي ملك البائع إن كان؛ إذ عليه التسليم، وإلا ففي ملك المشتري إن كان، وإلا فعيب. (بحر).
- (٢) وينظر لو كان هناك مباح. اهـ في حاشية: ما لم يتصل بالمباح. (قرر). ولفظ الغيث: فإن لم يكن في أملاك المشتري ما يمكن التطرق منه إلى المبيع ولا ثمة طريق مباحة وجب على البائع أن يجعل له طريقا في ملكه. (بلفظه).
- (٣) وعليه الأزهار.
- (٤) يريد الفقيه يوسف أنه لو جعل خيار عيب فقد بطل بتقدم العلم، بخلاف خيار التعذر، ولو قيل بهما جميعا صح، فحيث لم يتقدم علم يفسخ بأيها شاء، وحيث بطل بخيار العيب يفسخ بخيار تعذر التسليم.
- (٥) ورد بأن المبيع متميز حال البيع، وإنما طرأت الجهالة لأمر حادث، والتسليم يمكن بالقسمة. (شرح أثمار).
- (*) المذهب أنه لا خيار، بل يقسم ويبين مدعي الزيادة والفضل، ولا فرق بين قبل القبض وبعده.
- (*) الأرجح لا خيار، بل تقسم بينهما نصفان. كبعد القبض، والتسليم ممكن؛ لإمكانه بالقسمة.
- (٦) ما بين المعقوفين من (ب).

مسألة: ولا يدخل المال المدفون^(١) في الدار أو الأرض^(٢)، وكذا المعدن في بيع الأرض^(٣)، خلاف الناصر وأبي حنيفة والشافعي والفقهاء علي؛ لأنه لمالكها عندهم. ولا درهم وجد في بطن شاة بيعت، بل هو للمشتري إن ادعاه^(٤) حيث قد مضى بعد الشراء وقت يمكن أنها ابتلعت من ماله، وإن لم فللبائع إن ادعاه^(٥)، وإن لم فللقة. وكذا درهم وجد في بطن سمكة بيعت: إن كان إسلامياً فهو لقة، وإن كان كفرةً^(٦) فهو لمن صادها^(٧)، وكذا لو وجد في بطنها درة أو لؤلؤة فهي لمن صادها^(٨)، وقيل^(٩): إذا كانت مثقوبة فهي لقة^(١٠). وإن وجد في بطنها سمكة أو عنبر فهو للمشتري؛ لأن ذلك مما تأكله، فهو يدخل في بيعها.

(١) ولا الأحجار المدفونة. (نواوي).

(٢) ولو أحجاراً غير الأساس. (قررو).

(٣) قال المنصور بالله عبد الله بن حمزة عليه السلام: ومن اشترى أرضاً فيها نهر مدفون أو بئر مدفون ثم أظهره المشتري فالبيع صحيح، ويكون ذلك كالتوابع في نفس المبيع بعد معرفة الجملة، كمن باع رمكة لا يظنها حاملاً أو عبداً له مهنة تزيد في ثمنه ولا يعلمها حين العقد، وكذا إذا باع فرساً على أنه حرون فوجده هملاً جاً، أو على أنه مقصر فوجده سابقاً، وكمن^[١] باع أرضاً فوجد فيها معدناً عظيماً.

(٤) الأولى: لم ينفه. (قررو).

(٥) الأولى: لم ينفه. (قررو).

(٦) ولم يتعامل به في دار الإسلام، وإلا فللقة. (قررو).

(٧) ما لم يمكن ازدراده مع أحدهما.

(٨) إلا أن يكون قد مضى عليها وقت عند المشتري يجوز أنها قد ازدرتته في ملكه فله، ذكره في الغيث. اهـ قال المفتي: إذا ادعاه فله، وإلا فللبائع. (قررو).

(٩) أبو جعفر.

(١٠) قلنا: لا فرق بين العجماء والمثقوبة؛ لجواز أن المثقوبة كفرة، فهي غنيمة. (بستان). مستقيم حيث كانت تختلف إلى دار الكفر، وإلا فللقة، وقد تقدم في الخمس.

[١] في المهذب: وكما لو.

مسألة: وإذا جرت العادة ببيع ماء البئر أو العين (١) منفرداً (٢) لم يدخل في بيع الأرض ما تستحقه من ذلك، إلا أن يشترط دخوله.

مسألة: وإذا بيع البناء أو الشجر لم يدخل قراره (٣) إلا أن يشترط، ويجب رفعه، إلا أن يقول: «بحقوقه» استحق البقاء (٤). وإن باع القرار دون البناء والشجر لزمه رفع البناء وقلع الشجر بعروقها، إلا أن يشترط بقاءهما أو يجري به العرف (٥).

(١) يعني مع قرار البئر والعين. (قرو).

(٢) قال عليه السلام: وذلك كبلاد الري وخراسان، فإن عادتهم ببيع الماء وحده أياماً وليالي، قال: فأما بلاد الديلم فإذا بيعت الأرض دخل شربها من النهر على جهة التبعية. (بستان بلغظه).
 (*) وهذا مبني على أنه باع حصته في البئر أو السواقي، وأما ببيع نفس الماء فلا يصح؛ لأنه حق عندنا. وعلى قول المؤيد بالله: ماء البئر ملك.

(٣) يعني حيث لم يشترط دخول قراره. (بستان لفظاً).

(٤) والتعويض.

(٥) إذا كان إلى مدة معلومة، لا مجهولة فيفسد كما في شرح الأزهار.

فصل: [في تلف المبيع]

وإذا تلف المبيع قبل تسليمه للمشتري بطل البيع^(١) ورد الثمن ولو تلف بجناية الغير، وقال أبو حنيفة وابن أبي الفوارس: إذا تلف بجناية الغير كان المشتري مخيراً بين ثمنه من البائع أو قيمته من الجاني^(٢). وإن تلف^(٣) بعض المبيع بطل البيع في التالف^(٤)، وخير المشتري في الباقي بين أخذه بحصته من الثمن أو رده إن كان انفراده عيباً^(٥) أو كان له غرض في اجتماعه.

فَرَعٌ: فلو كان تلف المبيع بجناية المشتري^(٦) تلف من ماله واستحق البائع الثمن، ذكره في الانتصار^(٧). وكذا يأتي^(٨) لو قبضه المشتري بغير إذن البائع قبل تسليم ثمنه ثم تلف معه فهو متعد، ويتلف من ماله^(٩)، فيسلم ثمنه. وقبل تلفه

(١) قوله: «بطل البيع» وذلك لقوله ﷺ: ((فإن بعث من أخيك ثمراً فأصابته جائحة فلا تأخذ منه شيئاً، ولم تأخذ مال أخيك بغير حق؟)). قلنا: ولو تلف بجناية الغير؛ لقوله ﷺ: ((ولم تأخذ مال أخيك بغير حق؟)). وحجة الآخرين أن كل واحد منهما قد توجه عليه الضمان، فالبائع لدلالة الخبر على ضمانه، والجاني لأجل جنائته؛ فلهذا كان المشتري بالخيار. قال ﷺ: وهذا هو الأقرب. (بستان بلفظه).

(٢) وإذا كان في القيمة زيادة على الثمن تصدق بالزائد. (من تعليق الزيادات).

(*) وسواء كان قبل طلب التسليم أو بعده.

(٣) هذا ابتداء كلام لأهل المذهب.

(٤) إذا كان التالف مما ينفرد بالعقد.

(٥) كثورين للحرث أو عبد وزوجته.

(٦) أو عبده أو حيوانه العقور. (قررو).

(٧) هكذا فيه، وقد نصوا أنه يصح تصرف المشتري بالاستهلاك، وتكون الجناية كالقبض. (بستان بلفظه).

(٨) هذا لصاحب الكتاب. (بستان).

(٩) إذا كان العقد صحيحاً. (قررو).

للبائع استرجاعه.

مسألة: إذا قبض المشتري المبيع ثم استرده البائع إلى يده أو إلى يد عدل غيره حتى يقبض ثمنه من المشتري فهو على وجوه ستة:

الأول: أن يكون قبضه المشتري بغير إذن البائع^(١)، فقبضه له لا حكم له، ويعود مع البائع كما كان^(٢).

الثاني: أن يكون قبضه المشتري بإذن البائع، لكن رده للبائع رهنا في الثمن، فهو رهن صحيح مضمون.

الثالث: أن يكون البائع سلمه للمشتري بغير شرط، فليس له استرجاعه، فإذا قبضه بغير إذن المشتري فهو غاصب^(٣).

الرابع: أن يكون البائع سلمه إليه بشرط تعجيل الثمن الذي في ذمة المشتري فلم يعجله، فللبائع استرجاع المبيع، ويكون تسليمه الأول كلا تسليم.

الخامس: أن يكون الثمن معينا وهو مما يتعين^(٤) وسلم البائع المبيع تسليما مطلقا، ثم طلب تسليم الثمن فامتنع المشتري - فله استرجاع المبيع^(٥)، ويعود كما كان قبل التسليم. قال الفقيه محمد بن سليمان: وكذا لو كان الثمن نقدا معينا وقد شرط البائع تسليمه له بعينه فإنه يجب، فإذا امتنع المشتري منه فله استرجاع المبيع. وقال الفقيهان محمد بن يحيى ويحيى البحيح: إن النقد لا يتعين ولو شرط تسليمه بعينه.

(١) وقبل تسليم الثمن في الصحيح. (قررو).

(٢) يعني إذا تلف بطل البيع، وإن تصرف فيه المشتري لم يصح تصرفه. (بستان بلفظه).

(٣) وإذا تلف ضمنه بقيمته. (برهان) (قررو).

(٤) يعني سائر الأموال غير النقدين؛ وذلك لأن تسليمه وإن كان مطلقا فهو كالمشروط بتسليم عوضه. (بستان بلفظه).

(٥) ولو قهرا؛ إذ تسليمه كالمشروط بتسليم عوضه. (بحر).

(*) وهو الذي قال الأمير المؤيد والفقيهان يحيى البحيح ومحمد بن يحيى: «بل مراد أبي العباس..» الخ في شرح الأزهار على قوله: فصل: وإذا تلف المبيع.. إلخ.

السادس: أن يكون البائع قد قبض الثمن ثم وجد فيه عيبا فرده على المشتري ليبدله واسترجع المبيع - فله ذلك^(١)، ويعود المبيع كما كان قبل التسليم؛ لأنه يجب إبدال الثمن المعيب إذا كان نقدا أو كان مثليا في الذمة غير معين^(٢).

مسألة: من باع أمة ثم وطئها قبل تسليمها خير المشتري بين ردها وبين الرضا بها، ولا حد^(٣) ولا مهر، كما لو أصابها كسر أو عور فليس له إلا الخيار^(٤). وقال في شرح الإبانة والفقيه علي: يجب مهرها إذا رضيها. وهو القوي. وقال أبو حنيفة: يجب ما نقص من قيمتها.

فرع: وإذا ردها المشتري وقد علقت من البائع لم تكن أم ولد له^(٥)، ولا يثبت نسب ولدها^(٦) منه، ويعتق عليه - لإقراره به - إن أقر أنه ابنه، وإن أقر أنه منه فعلى الخلاف في تحريم نكاح البنت من الزنا^(٧). وقال المنصور بالله: إذا علقت الأمة

(١) ولعله حيث امتنع من تسليم المبيع إلا بتسليم الثمن، فسلمه فانكشف فيه عيب، فتسليمه مشروط بتسليم الثمن الذي يصح التفرق عليه. اهـ وعن المفتي: لا فرق.

(٢) يعني فأما المعين غير النقد فهو مبيع، إما رضي به وإلا رده وفسخ البيع. (بستان بلفظه).

(٣) أما الحد فلقوة شبهته، وأما المهر فكما لو جنى عليها بكسر أو عور أو نحوه مما لا يقوم منفردا. فإن قيل: لم لا يلزم البائع المهر كما يلزم الزوج إذا وطئ الأمة المصدقة؟ قلنا: شبهة البائع أقوى، وملك المشتري ضعيف؛ ولهذا لا يصح تصرفه في المبيع، وشبهة الزوج هناك ضعيفة، وملك الزوجة قوي؛ ولهذا يصح تصرفها في المهر. فإن قيل: لم لا يلزم البائع المهر هنا كما يلزمه الكراء إذا انتفع بالمبيع على ما ذكره المؤيد بالله؟ قلنا: إنه هناك يلزم المشتري قبض المبيع فيلزم الكراء، وهو هنا لا يلزمه قبض الأمة، بل يثبت له الخيار، فهو كاف. (بستان بلفظه).

(٤) وعليه الأزهار في قوله: ولهن المهر إلا المبيعة.

(٥) مع أن الفسخ هنا نقض للعقد من أصله؛ لكونه قبل القبض، فكذا ما كان بالحكم.

(*) هذا إذا كان العقد صحيحا، فإن كان فاسدا ثبت الاستيلاء؛ لأنه لا يملك إلا بالقبض. (قرئ).

(٦) إن قيل: الرد بالعيب بالحكم نقض للعقد من أصله، فينكشف الوطاء في ملك البائع سل؟

(٧) تحرم كما في كتاب النكاح.

انفسخ بيعها، وصارت أم ولد للبائع، ويثبت نسب ولدها منه إن ادعاه.
مسألة: والآخذ للوسوم^(١) لا يضمن^(٢) ما تلف معه بغير تفريط، إلا أن
 يكون شرط عليه الضمان. وقال زيد بن علي وأبو حنيفة والشافعي: إنه يضمن.

(١) وهو الذي يأخذ البضاعة لترويبها ثم تتلف عليه في الطريق.

(٢) ويقبل قوله في الرد. (بستان معني). ولفظه: قال الوالد: فعلى هذا إذا ادعى الرد قبل
 قوله عندنا مع يمينه، لا عندهم فعليه البيئته. (بلفظه).

فصل: [في استحقاق المبيع]

وإذا استحق المبيع على المشتري وجب عليه رده لمستحقه^(١) ولو تعذر عليه الرجوع على البائع بالثمن^(٢)، ولا شيء له على من استحقه، لكن إن كان أقر^(٣) أنه يعلم أن المبيع للبائع لم يرجع عليه بشيء^(٤)، وإن لم يقر بذلك فإن كان تسليمه لمن استحقه بإقراره له أو بنكوله عن اليمين أو برده لليمين على المستحق أو بقيام شهادة بغير حكم حاكم - لم يرجع على البائع بشيء^(٥)، وإن سلمه بإذن البائع^(٦) أو بحكم حاكم^(٧) وكان الحكم بشهادة أو بعلم الحاكم فإنه يرجع على

(١) ولا يجوز له تأخير الرد حتى يحكم به إذا علم باستحقاقه له، بل يجب عليه. (هاجري).

وفي الغيب: له حبسه حتى يحكم له.

(*) وفوائده الأصلية والفرعية إن كان عالماً، وإن كان جاهلاً طابت له الفرعية^[١]؛ لأنه يملك مشتريها الجاهل غلتها، وعليه الأجرة كما يأتي. (قررو).

(٢) وذلك لما روي عن أمير المؤمنين علي عليه السلام أنه قال لمن استحق عليه ما اشتراه: (اتبع صاحبك حيث وجدته) وأمره برد المستحق على من استحقه. قال عليه السلام: ولأن الاستحقاق إذا تقرر صارت يده يد غاصب، فلا يجوز له حبسه عن صاحبه بحق على غيره، وهو الثمن. (بستان بلفظه).

(٣) أي: المشتري.

(٤) لأنه مقر بأن المستحق ظالم، فلا يرجع على البائع بالظلم، وأما مجرد الشراء من البائع فلا يكون إقراراً له بالملك؛ لأنه مستند إلى الظاهر، لا إلى باطن الحال، بخلاف ما إذا قال المشتري: «أعلم أنه لك» فإنه قد أقر بأنه يعرف أنه له في الحقيقة. (صعيتري).

(*) ولو انتزعه المدعي من يده بالبيينة والحكم؛ لأنه يدعي أن البائع مظلوم بما طوّل به ولو سلمه بإذن البائع. اهـ ولفظ التذكرة: ثم إن رده بإذن البائع أو بالحكم بالبيينة رجوع، إلا إن قال: أعلم أنه لك. (بلفظها) و(قررو).

(٥) وله تحليفه ما يعلم أو يظن أنه للغير؛ إذ لو نكل رجع عليه بالثمن. (قررو).

(٦) والمراد بالإذن الإقرار وإن لم يأمر بالتسليم. (قررو).

(*) الإمام يحيى: فإن أذن البائع بالرد ولم يأمره به لم يرجع عليه؛ إذ إذنه ليس إقراراً بالاستحقاق، بخلاف الأمر. (بحر بلفظه). بل يرجع مع الإذن على المقرز، وهو ظاهر الأزهار.

(٧) فإن قيل: ما الفرق بين هذا وبين المعيب، فجعل لأمر البائع هنا حكم، وفي استرداد المعيب لا حكم لأمر البائع الأول؟ والجواب أن بيع المعيب صحيح، فيملكه المشتري ويكون البائع كالأجنبي، وهاهنا البيع باطل، فإذا أذن البائع برده على المدعي فقد أقر ببطان البيع. (وشلي).

[١] يستقيم في الكراء فقط. (قررو).

البائع. فلو كان المبيع في يد الغير^(١) ثم حلف عليه أنه له بمحض الحاكم فلعله يرجع المشتري على البائع^(٢).

فرع: ورجوع المشتري على البائع هو بالثمن الذي دفع له ولو علم المشتري بأن المبيع للغير^(٣). وقال المنصور بالله: لا يرجع به مع علمه؛ لأنه قد سلط البائع عليه، لكنه ملكه من وجه محذور فيتصدق به. وقال في الزوائد وابن الخليل والفقهاء محمد بن سليمان: له الرجوع فيه ما دام باقيا فقط.

وهكذا الخلاف في كل بيع باطل^(٤) مع علم المشتري. وكذا يكون^(٥) في المبيع مع المشتري في الباطل^(٦) حيث البائع عالم بالبطان.

فرع: ويرجع عليه أيضا بما لحقه في المبيع من أرش نقصان إذا كان بغير فعله وكان جاهلا، خلاف الشافعي^(٧)، وبما أنفق على المبيع أيضا إذا كان جاهلا، خلاف ابن أبي الفوارس. وقال المؤيد بالله: يرجع به إن علم البائع بأن المبيع للغير، لا إن جهل.

(١) فأنكره من هو في يده ولم يجد المشتري بينة عليه وحلف من هو في يده. (كواكب).
 (*) فلو رد اليمين على المشتري فنكل فلعله لا يرجع بشيء؛ لأن نكوله كإقراره. (سماع سحولي) (قررو). ومعناه في الصعيتري.

(٢) يعني حيث قد سلم الثمن للبائع من غير شرط تسليم المبيع، وإلا ثبت الرجوع مطلقا. وهذا حيث لم يفسخ لتعذر التسليم، فإن فسخ لم يحتج إلى حكم. (قررو).

(*) لتعذر التسليم، ولا يكون^[١] كالإقرار؛ لأنه بالنظر إلى ظاهر الشرع.

(٣) لأن الإباحة تبطل ببطان عوضها.

(٤) في غير المعاطاة. (قررو).

(٥) الخلاف.

(٦) يعني: في غير المعاطاة، وكان البائع ممن تصح إباحته، لا مكره وصغير ونحوهما.

(*) أي: في البيع الباطل مع كونه ملكا لبائعه، كأن يكون الثمن خمرا أو ميتة أو نحو ذلك. (قررو).

(٧) لأنه فسخ للعقد من حينه. (بحر معني).

[١] لعله يعني الشراء.

فرع: ويرجع بما لزمه من أجرة المبيع إذا جهل ولم ينتفع به، لا إن علم أو انتفع به قدر الأجرة فلا يرجع بها، إلا إذا كان البائع ضمن له ما لحقه من درك في المبيع فإنه يرجع عليه لأجل ضمانه له، وذلك ضمان درك. وقال أبو مضر: له الرجوع حيث جهل ولو انتفع بالمبيع.

فرع: فلو علق الضامن ضمانه بشيء من ماله لم يصح الضمان؛ لأن محل الضمان هو الذمة^(١) لا المال، ذكره الفقيهان حسن ويوسف.

فرع: وإذا كان المبيع قد تلف مع المشتري ضمنه لمستحقه، ورجع على البائع بما ضمن إن جهل وكان تلفه بغير جناية منه، وإن شاء المستحق طالب البائع بالضمان، ولا يرجع به على المشتري إلا أن يعلم أو يكون تلفه بجنائته.

فرع: وكذا إذا استحق بعض المبيع، ويكون للمشتري الخيار في الباقي إن جهل وكان مشاعاً، أو منفرداً وكان انفراده عيباً^(٢) أو مخالفاً لغرض المشتري.

مسألة: وإذا كان المشتري قد مات ثم استحق المبيع من يد وارثه فهل يرجع على البائع بما لحقه من الغرم بعد موت المشتري؟ فيه تردد، والأقرب أنه يرجع؛ لأن تغيير مورثه يكون تغييراً له.

مسألة: من اشترى شيئاً بدراهم ثم سلم عنها دنانير ثم استحق المبيع رجع بالدنانير؛ لأنه بطل صرفها^(٣). وكذا لو قضاه عنها عرضاً رجع به؛ لأن القضاء فاسد^(٤).

(١) قال الفقيه يوسف: لكن الحيلة أن ينذر عليه بمثل ما علم الله أنه يستحق عليه من المبيع ومن غلاته، وبما يستحق على ورثته بعده، ذكر ذلك عنه في البرهان. (بستان بلفظه). فيقول: وقد نذرت عليك بكذا. اهـ ولا بد أن يقول: الآن. (عن القاضي عامر، وابن حابس). والالتزام الذي يفعله الناس لازم من طريق تعليق الذمة بما يتعلق بها من طريق الإيجاب على النفس على طريق ضمان التدرك. (من جوابات سيدنا أحمد بن يحيى حابس). وفيه نظر. (سماح مولانا المتوكل على الله ﷺ).

(٢) وذلك كإحدى فردي نعل أو باب أو رحا أو نحو ذلك. (بستان لفظاً).

(٣) يعني ببطان الثمن، وهو الدراهم، فبطل عقد الصرف ببطان أصله. (بستان).

(٤) وفي البرهان: باطل؛ لعدم المقضي عنه.

وإن باعه^(١) منه بالدرهم لم يبطل البيع الآخر^(٢)، فيطالبه بالدرهم^(٣). وهكذا إذا رد المبيع بالرؤية أو بخيار الشرط؛ لأنه فسخ للعقد من أصله، فيرجع بما دفع من الدنانير أو العرض، وكذا إن رده بالعيب بالحكم، خلاف القاضي زيد كما مر^(٤).

مسألة: وإذا وكل البائع غيره بقبض الثمن من المشتري أو أحال غريمه عليه فقبضه منه ثم استحق المبيع - رجع المشتري بالثمن على البائع، لا على الغريم مطلقاً^(٥)، ولا على الوكيل^(٦) إلا إذا هو باق معه لم يسلمه إلى البائع.

مسألة: وإذا ضمن البائع أو غيره للمشتري درك المبيع^(٧) فلعله يكون على وجوه ثلاثة:

الأول: أن يقول: أنا ضامن لك بما أتبعته، أو بما طولبت به، أو نحو ذلك، فهذا ضمان معلق بحصول الطلب بما يلزم المشتري من أجرة أو أرش^(٨)، فيصح

(١) أي: العرض.

(٢) وذلك لأنه كأنه اشتراه بمثلها، لكن إن كانت غير معينة فذلك وفاق، وإن كانت معينة فعلى الخلاف هل الدرهم تعين أم لا. (بستان بلفظه).

(٣) ذكره المؤيد بالله، وقد أخذ له من هذا أن الدرهم لا تتعين.

(٤) يعني: في مسألة من باع سلعة بسلعة، فعند القاضي زيد البيع الآخر صحيح، وعند المؤيد بالله والفقهاء يحیی البحيح: باطل. (بستان لفظاً).

(٥) سواء كان باقياً أو تالفاً.

(*) يعني ولو كان باقياً في يده؛ لأنه قبضه عن دينه ولو كانت الحوالة غير صحيحة؛ لأن الغريم يكون وكيلًا للبائع بالقبض، وإذا قبض الثمن وقع قضاء عن دينه الذي على البائع، فيكون كأنه قد قبضه البائع منه، فيرجع المشتري عليه لا على الغريم. (بستان بلفظه).

(٦) وهذا بناء على أن الحقوق لا تعلق بالوكيل. (مفتي). وهو صريح الكواكب أن الحقوق في وكيل القبض لا تعلق به، ومثله في شرح الأثرار. وسيأتي في الكواكب مثله في الحوالة.

(٧) وحقيقة ضمان الدرك: هو أن يضمن الضامن لمن عليه الحق بمثل الذي عليه. والضمان الحقيقي الشرعي: أن يضمن الضامن لمن له الحق بحقه على من هو عليه. اهـ قال في البرهان: وضمان الدرك يصح ولو كانا عالمين جميعاً بكون المبيع أو بعضه مستحقاً، قال فيه في آخر هذه المسألة: وهو الذي يظهر في هذه المسألة من طريق النظر على أصول المذهب. (بستان بلفظه).

(٨) أو غرامة، كما أحدثت.

رجوع الضامن قبل الطلب^(١). وتبطل الضمانة بموته أو بموت المضمون له قبل الطلب^(٢)، ولا يدخل الثمن في هذه الضمانة حيث الضامن غير البائع إلا أن يريدوه أو يكون عرفهم دخوله.

الثاني: أن يقول: «أنا ضامن لك بما لزمك من حق، أو بما وجب عليك»، فهذه ضمانة معلقة بوجوب الحق على المشتري، فمتى وجب^(٣) صحت، ويكون للمشتري أن يرجع عليه بما لزمه ولو لم يطلب منه^(٤)، ولا يدخل الثمن في ذلك أيضاً^(٥).

الثالث: أن يقول: «أنا ضامن لك بما اختل عليك في المبيع^(٦)»، فإن كان مرادهم أو عرفهم بذلك ما لحقه فيه من ضمان فهو كما مر، وإن كان مرادهم أو عرفهم بما اختل عليه في المبيع فهو ضامن له به يرده عليه لم يصح ذلك^(٧)، وإن كان مرادهم أو عرفهم أنه ضامن له بمثل ما اختل في المبيع أو بقيمته فهذا ضمانة

(١) أي: قبل وجوب الدرك على المشتري، وأما بعد وجوبه وقبل الطلب فعلى قول الفقيه علي يصح رجوعه أيضاً، وعلى قول الفقيه حسن لا يصح رجوعه. (بيان وكواكب من الكفالة).

ومثل قول الفقيه حسن في شرح الأزهار في الكفالة، في قوله: «وله الرجوع قبلها».

(*) وذكر في شرح الأزهار في الضمانة في قوله: «أو سيثبت فيها وله الرجوع» أنه يصح الرجوع في سائر الصور، إلا في قوله: «ما ثبت لك بدعواك على فلان فأنا ضامن به» فإنه ليس له الرجوع عن الضمانة قبل تمام البينة؛ لأن الحق ثابت قبل الضمانة، فهلا كان هنا كذلك، فراجعه.

(٢) المراد قبل الوجوب لما تدرك به. (قررو).

(٣) بالبينة والحكم أو علم الحاكم، لا بالنكول والإقرار أو رد اليمين. (غيث) (قررو).

(٤) ولو أبرأه. (قررو).

(٥) إلا أن يريدوه أو يكون عرفهم دخوله.

(٦) ويكون للضامن الرجوع قبل ثبوت الحق على المشتري. (كواكب) (قررو). وعليه الأزهار بقوله: أو سيثبت فيها، وله الرجوع قبله.

(*) أو بما بطل، أو بما استحق.

(٧) لأنه ضمن له بحق الغير^[١]. (بستان). لكن قد قالوا^[٢]: إنه يصح أن يضمن للغاصب برد المغصوب، فينظر فيه.

[١] ولعل الوجه أنه غير مقدور؛ لأنه لا حق له في ملك الغير. اهـ قال في البرهان: وضمان الدرك يصح ولو كانا عالمين جميعاً يكون المبيع أو بعضه مستحقاً. (بستان).

[٢] في الكفالة في أول فرع من قوله: فصل: وأما الكفالة بالمال.

تبرع^(١)، لا تصح على الظاهر من المذهب^(٢) حيث الضامن غير البائع، كما في تضمين الوديع والوكيل والمضارب والوصي أنه لا يصح. وعلى قول المنصور بالله والفقهاء حسن تصح ويلزمه ما ضمن به كما لو نذر عليه بذلك. وحيث الضامن البائع يصح ضمانه؛ لأنه في مقابلة عوض، وهو الثمن. وحيث مرادهم أو عرفهم أن الضمان بالثمن يصح ضمانه^(٣).

مسألة: من اشترى شيئاً موصوفاً^(٤) ثم وجده غير ما وصف البائع أو أعطاه غيره: فإن كان ما اشتراه مشاراً إليه فبيعه صحيح^(٥)، فإن وجده أعلى مما وصف البائع فلا خيار له^(٦)، وإن كان أدنى فللمشتري الخيار مع بقاءه، ومع تلفه يرجع بأرش نقصانه من الثمن. وإن كان ما اشتراه غير مشار إليه: فإن كان موجوداً في ملك البائع صح بيعه^(٧) واستحققه المشتري، وإن لم فهو غير صحيح. وأما الذي أعطاه البائع فإن كان مع علم البائع بحاله فهو إباحة، لكنها في مقابلة عوض باطل، وهو الثمن، وإن كان مع جهله فهو كالقرض الفاسد، ذكر ذلك كله الفقيه يحيى البحيح، ولا فرق عنده بين أن تكون المخالفة في الجنس أو النوع أو الصفة. وهو القوي. وقال الفقهاء محمد بن يحيى وحسن ويوسف: إن

(١) أراد بضمانه التبرع هنا الضمانة لمن لا دين له ولا عليه، بل يضمن له تبرعا بدين على ذمة الضامن، وقد صرح بهذا في الكفالة.

(٢) المذهب صحة ضمانه التبرع كما يأتي في قوله: ولو عن ميت معسر. فإن كانت الضمانة بأمر البائع فهو غير تبرع، بل ضمانه درك حيث لم يريدوا الثمن.

(٣) وفاقاً.

(٤) هذه المسألة تسمى مسألة بزر البصل، قال عليه السلام: لأن الهادي عليه السلام قال في الأحكام: ولو أن رجلاً اشترى من رجل بزرأ على أنه بزر بصل فنبت كراثاً. نعم، وقد بينها في الكتاب كما ترى. (بستان بلغة).

(٥) وذلك لأن البيع قد وقع على المشار إليه؛ لأنه موجود. (بستان لفظاً).

(٦) قال الإمام المهدي عليه السلام: العبرة بغرضه ولو كان أدنى. (شرح أزهار).

(٧) إلا في الصفة فلا يشترط الوجود في الملك. (شرح فتح بلغة). وظاهر الأزهار خلافه.

هذه المسألة^(١) على وجوه ثلاثة:

الأول: أن تكون المخالفة في الصفة ولم يناف معظم الغرض المقصود، فالبيع صحيح، سواء كان مشارا إليه أم لا، لكن إن وجدته أدنى فله الخيار مع بقاءه، ومع تلفه يرجع بأرش ما بين القيمتين^(٢)، ولعله كما في أرش العيب^(٣)، ولا خيار للبائع. وإن وجدته أعلى فلا خيار له^(٤)، خلاف ابن أبي الفوارس، ولا للبائع مع علمه، ومع جهله له الخيار^(٥) مع بقاءه، ومع تلفه فيه تردد^(٦).

الثاني: أن تكون المخالفة في الجنس، أو في الصفة وهي منافية لمعظم الغرض المقصود، ففيه صور ثلاث: الأولى: أن يقول: «بعت منك هذا على أنه كذا»

(١) من أولها.

(٢) وفي هذا سؤال: لم قال: «القيمتين» وهذا من ذوات الأمثال؟ ولم جزم بأن المشتري يرجع على البائع ولعل قيمة ما أتلّف قدر الثمن؟ ولم قال: «القيمتين» وليس إلا قيمة وثمان؟ والجواب: أن المثل عدم، وبناء على أن الثمن أكثر؛ لأن كل شيء يباع بقيمته في الغالب، وعبر بالقيمة عن الثمن. (زهور بلفظه).

(٣) منسوب.

(٤) بل يجيز كما اختاره الإمام المهدي مع مخالفة غرضه. (قررو).

(٥) وفي حاشية السحولي ما لفظه: ولا خيار للبائع ولو جهل^[١]، ما لم يحصل تغرير كما تقدم. (قررو). وفي حاشية ما لفظه: وأما البائع فإن كان جاهلا فله الخيار مع البقاء والأرش مع التلف، وإن كان عالما فلا شيء له؛ لأنه مشار إليه. (تعليق الفقيه حسن). وهذا في الصفة حيث كان المبيع مشارا إليه كما قرره الأزهار وشرحه، فإن لم يشر فحكمه ما تضمنه متن الأزهار وشرحه بقوله: «وفي النوع^[٢] خيرا في الباقي وترادا في التالف أرش الفضل مع الجهل». (قررو).

(٦) قال في الذويد: الأصح أنه لا يرجع مع الإشارة. اهـ وقال المهدي عليه السلام: والأقرب أنه يرجع^[٣] بما بين القيمتين. (شرح أثمار). يعني بزائد القيمة على الثمن. (قررو).

[١] وهذا مع الإشارة.

[٢] وقد جعلوا حكم الصفة حكم النوع.

[٣] مع عدم الإشارة.

فالببيع فاسد^(١)، وقال في تعليق الإفادة وأبو العباس: إنه باطل؛ لأنه كبيع المعدوم، وقال الإمام يحيى والفقيه يحيى البحيح: إنه صحيح، لكن له الخيار في الأدنى مع بقاءه، ومع تلفه يرجع بأرش ما بين القيمتين.

الثانية: أن يقول: «بعت منك هذا البر» فوجده شعيراً، أو عكسه - فالبيع صحيح، ولا خيار للمشتري إن وجده أعلى^(٢)، وفي الأدنى له الخيار مع بقاءه إن جهل، وأما مع تلفه: فإن أتلّفه عالماً فلا شيء له، وجاهلاً له الرجوع بأرش ما بين القيمتين^(٣).

الثالثة: أن يكون المبيع غير مشار إليه: فإن كان ما باعه موجوداً في ملكه فالبيع صحيح، وإن كان غير موجود فغير صحيح^(٤)، وأما الذي أعطاه: فإن كان عالماً به فهو متبرع به، يرجع فيه مع بقاءه، لا مع تلفه أو استهلاكه حكماً، وقال الفقيه يحيى بن أحمد: بل يرجع به؛ لأنه في مقابلة عوض^(٥)، وإن أعطاه جاهلاً رجوع به أو بمثله أو قيمته إن تلف^(٦).

(١) وذلك لأنه بطل الشرط، وهو شرط لازم؛ لأنه حالي، وإذا بطل الشرط بطل المشروط، لكن حكم بالفساد لأجل الخلاف، فثبت له أحكام الفاسد، وسواء كان أعلى أو أدنى، مع العلم أو الجهل. وحجة القول الثاني: أنه يبيع معدوم؛ لأنه باع ما ليس عنده. وحجة القول الثالث: أن الإشارة أقوى من التسمية. قال عليه السلام: لأن العقد واقع عليه بالإشارة ولا عبرة بما وقع من الصفة بقوله: على أنه كذا؛ لأن الإشارة حسية والصفة لفظية، فكان التعويل على الحسي دون اللفظي. (بستان بلفظه).

(٢) ما لم يخالف غرضه كما اختاره الإمام المهدي عليه السلام في شرح الأزهار. (قررو).

(٣) ولم يذكر حكم البائع، ولعله يثبت له الخيار إذا جهل. (كواكب). وظاهر الأزهار خلافه. اهـ. إلا مع الغرر. (قررو).

(٤) إذا قابله نقد؛ لأنه يكون مبيعاً محققاً، وإلا كان ثمناً وصح العقد. (قررو).

(٥) ويكون كالغصب إلا في الأربعة وسقوط الإثم. (قررو).

(٦) ويكون كالغصب في جميع وجوهه، إلا في سقوط الإثم مع جهل القابض. و(قررو).

الوجه الثالث: أن تكون المخالفة في النوع، وفيه صور ثلاث:
الأولى: أن يقول: «بعتك هذا على أنه كذا» ثم وجده نوعا آخر من ذلك الجنس - ففيه الثلاثة الأقوال المتقدمة، لكن المذهب أنه فاسد^(١) مع جهل البائع، ومع علمه صحيح؛ لأنه قد قصد بيع ما أشار إليه، وهو بعض المبيع، بخلاف الجنس الآخر فليس هو بعض المبيع، فيفسد فيه، ثم إنه هنا^(٢) لا خيار للبائع، وللمشتري الخيار^(٣) في الأدنى^(٤) مع البقاء، وأما مع التلف: فإن أتلفه عالما فلا شيء له، وجاهلا يرجع بأرش ما بين القيمتين^(٥).

الثانية: أن يقول: «بعتك هذا النوع» ثم وجده نوعا آخر فالبيع صحيح^(٦)، وللمشتري الخيار في الأدنى^(٧) مع بقاءه، وأما مع تلفه فإن أتلفه عالما فلا شيء له، وجاهلا يرجع بأرش ما بين القيمتين^(٨).

الثالثة: أن يكون المبيع غير مشار إليه: فإن كان موجودا في ملكه فبيعه صحيح، وإن لم فغير صحيح، وأما الذي سلمه للمشتري فإن كان باقيا فله

(١) وعليه الأزهار بقوله: «وفي النوع إن جهل البائع».

(٢) يعني حيث علم.

(٣) مع الجهل. اهـ وظاهر الأزهار خلافه.

(٤) وكذا في الأعلى. (أزهار وشرحه). حيث خالف غرضه. (قرر).

(٥) منسوباً.

(٦) لأن الإشارة أقوى من العبارة، ولم يأت هنا بـ«على». (بستان).

(٧) وفي الأعلى حيث له غرض وخالفه. (قرر).

(٨) المراد ما بين قيمة ما استهلك والتمن، لكن عبر بالقيمة عن الثمن، وكذا فيما تقدم من الصور. في حاشية: منسوباً من الثمن، وهو المختار الجاري على القياس.

(*) وأما البائع إذا جهل في هذه الصورة فإن كان المبيع باقيا خيرا، وإن كان تالفا قال عليه السلام: الأقوى أنه يرجع بما بين القيمتين، وإن كان عالما فلا خيار له. اهـ وفي حاشية ما لفظه: ولا خيار للبائع ولو جهل، ما لم يحصل تغيير. (وابل).

استرجاعه سواء علم أو جهل، ويسلم للمشتري ما باعه منه. وإن كان تالفا فمع جهله يرجع على المشتري بأرش ما بين القيمتين^(١) حيث سلم الأعلى، ومع علمه إن سلم أعلى فهو متبرع به عن المبيع، وإن سلم أدنى رجع عليه المشتري بأرش ما بين القيمتين^(٢).

(١) يعني زيادة قيمته على الثمن، لكن عبر بالقيمة عن الثمن في قوله: «بين القيمتين»، وإلا فليس إلا ثمن وقيمة. (زهور).

(٢) منسوباً من الثمن. (قرود).

(*) مع الجهل. (قرود).

(*) وهذا محمول على أن المثل عدم في الناحية، وإلا فالواجب مثل المثلي، ويسلم البائع ما باع إن كان موجوداً في ملكه. وفي الغيث ما لفظه: فإن قلت: إن هذا لم يوجد له نظير؛ لأن من استهلك على غيره شيئاً من ذوات الأمثال سلم مثله أو قيمته إن عدم المثل، قلت: قد ذكروا عن ذلك جوابين: أحدهما: أن الهادي عليه السلام بناه على الصلح والتراضي لا على طريق الحكم، ذكر ذلك ابن أبي الفوارس. وقيل: بل على طريق الحكم؛ لأنه بذر بإذنه وهو غار له.

فصل: [في البيع غير الصحيح]

وإذا لم يصح البيع فهو ينقسم إلى فاسد وباطل، وقال الناصر والشافعي (١):
باطل فقط. أما الباطل فهو في ثلاث صور:

الأولى: إذا كان أحد المتعاقدين مجنوناً أو مكرهاً، أو صبيّاً أو عبداً غير مأذونين (٢)،
لكن ما وقع من مكره أو صبي أو مجنون غير مميزين (٣) فلا تلحقه الإجازة (٤). وهذا
حكمه في يد المشتري حكم المغصوب (٥) سواء. وأما بيع الهازل فقال في الشرح
والوافي: لا يصح. وقال أبو جعفر: يصح. ورجحه كثير من المذاكرين.

الثانية: إذا كان المبيع بغير ثمن، أو بثمن لا يملك في حال (٦)، كالحر والميتة
والدم والبول والغائط، وكذا الخمر والخنزير إذا عينا (٧)، ولو كان بعض الثمن من
ذلك وبعضه ما لا (٨)، فيكون حكم المبيع في يد المشتري في هذا كله

(١) وأحد قولي الهادي، وقواه المؤيد بالله محمد بن القاسم والده المنصور بالله القاسم بن محمد عليه السلام.
(٢) صوابه: «غير مميزين».

(٣) أو سكران غير مميز. (قرر).

(٤) ولفظ الكواكب: إلا أن بيع العبد غير المأذون والصبي المميز والمجنون المميز تلحقه
الإجازة إذا حصلت فيصح، وإذا لم تحصل فهو كالغصب سواء، وأما عقد غير المميز
وعقد المكره فلا تلحقه الإجازة؛ لأنه غير صحيح. (كواكب) و(قرر).

(٥) وفوائده كفوائد المغصوب. (قرر).

(٦) صوابه: في الحال؛ ليدخل المدبر فإنه لا يصح بيعه، وكذا الصيد في حق المحرم، وكذا
الوقف، فالبيع باطل في هذه الأشياء. (قرر).

(٧) أو لم يعينا على الصحيح. (قرر).

(٨) والأقرب أنه يكون فاسداً حيث بعضه ما لا. (هبل). وهو ظاهر الأزهار في قوله:
«ومتى انضم إلى جائز البيع غيره.. الخ. اهـ وفي حاشية على البيان: ولكن ينظر ما الفرق
بين المبيع والتمن؟ وفي الكواكب: أو بعضه فهو باطل إجماعاً^[١]. وفي حاشية على شرح
الأزهار: جميعه، لا بعضه فيكون فاسداً فيما يصح، خلافاً لما في البيان.

[١] ولفظ الكواكب: وكذا إذا كان ثمنه أو بعضه ما لا يملك في حال من الأحوال - كالميتة والدم والبول
والغائط والحر - فهو باطل إجماعاً، وهو المراد بقوله في الكتاب: أو لا يملك. (بلفظها).

كالمغصوب^(١) في أنه مضمون عليه إن تلف أو غصب عليه، ذكره في الزيادات، وفي أنه لا يجوز له الانتفاع به. ويخالفه في أحكام^(٢)، وهي: أنه لا أجره عليه إلا أن يتتفع به^(٣)، وأنه لا يلزمه رده حتى يطلبه صاحبه^(٤)، وأن من غصبه عليه ثم رده إليه برئ، وله مطالبة غاصبه برده إليه وانتزاعه منه^(٥)، وإذا أتلّفه متلف فهل يبرأ برد قيمته إليه؟ قال الفقيه يحيى البحيح: يأتي على الخلاف في قيمة الوديعة إذا سلمها المتلف إلى الوديع، فعلى قول المؤيد بالله: لا يبرأ، وعلى قول القاضي زيد^(٦): يبرأ، وأنه إذا باعه ثم اشترى بثمنه شيئاً وباعه وربح فيه طاب له ربحه^(٧)؛ لأنه في يده برضا مالكة وتسليطه عليه، وهكذا يكون حكم ثمن المغصوب في يد بائعه إذا علم المشتري بغصبه^(٨)، وإن جهل فكالمغصوب سواء، وهكذا يكون حكم الربا في يد المرابي^(٩)، وهكذا في ثمن الصيد حيث بيع من المحرم؛ لأنه باطل.

(١) وفوائده كفوائد المغصوب على المختار. (قرّر).

(٢) وهذه الأحكام قبل المطالبة، وأما بعدها فكالمغصوب في جميع الأحكام. (قرّر).

(٣) وقت الاستعمال فقط، ومتى زال الاستعمال لم تجب الأجرة. (حاشية سحولي معني) (قرّر).

(٤) قال الإمام علي بن محمد: أو يموت. اهـ إذ قد بطل الإذن بالموت. (شامي). أو الردة مع اللحق. (سراجي). (قرّر).

(٥) وهذا حكم خامس.

(٦) كلام القاضي زيد قوي هنا لا في الوديعة. (ذماري). ولعله يفرق بينه وبين الوديعة أنه مسلط هنا على الإتلاف مأذون له، لا في الوديعة. والمختار قول القاضي زيد هنا، وفي الوديعة قول المؤيد بالله. اهـ ومعناه في حاشية السحولي، والله أعلم.

(٧) هذا مع العلم، وأما مع الجهل فلا يطيب له ربحه كما تقدم كلام الإمام عليه السلام في شرح قوله: «قرض فاسد مع الجهل».

(٨) بل يلزمه التصديق بربحه مطلقاً على قول الأحكام، وهو ظاهر الأزهار في قوله: «وربح ما اشترى بنقد غصب أو ثمنه..» الخ.

(٩) بل يتصدق بربحه مطلقاً.

الثالثة: إذا كان المبيع بغير ملافظة، وهو المعاطاة، فلا يملك عند الهدوية^(١)، بل للبائع استرجاعه، وعند المؤيد بالله مذهبه وتخرجه^(٢) والمنصور بالله والحنفية أنها توجب الملك بالثمن، ويتفقون أنه يجوز للمشتري التصرف فيه بما شاء^(٣) غير الوطاء في الأمة^(٤)، لكنه يضمنه المشتري إذا استهلكه ولو بالبيع أو نحوه^(٥) بمثله أو بقيمته يوم قبضه عند الهدوية، وأنه لا شفعة فيه^(٦)، وأنه لا يحث به من حلف لا باع. ولعل المراد^{قوي} حيث لم تجر به العادة^(٧).

فرع: وللمؤيد بالله قولان في معاطاة الإنسان لنفسه فيما له فيه ولاية أو وكالة من غيره. وأجازها الناصر والمنصور بالله. وللمؤيد بالله قولان أيضا في صحة المعاطاة في المنافع هل من نفسه أو من غيره.

فرع: والمعاطاة لا تكون إلا في المنقولات. وقال الفقيه يحيى البحيح: إنها

(١) وحكم فوائده كحكمه أصلية وفرعية. (قرر).

(٢) من الهدية.

(٣) ولو وقفا أو عتقا. بعد القبض. (قرر).

(٤) أي: فلا يتفقون عليه، فلا يجوز عند الهدوية، ويجوز عند المؤيد بالله.

(*) ومقدماته. (قرر).

(٥) زيادة لا تنفصل، كالسمن والكبر، فيمتنع الرد. (قرر).

(*) في (د): ونحوه.

(٦) لكنه يقال: ما الوجه فيه على قول المؤيد بالله إذا كان عنده أنه يملك بالثمن المذكور؟

(كواكب). لعل هذا على قول الفقيه حسن: إنه يوجب الملك عند المؤيد بالله، وليس

بيعا، وعلى قول الفقيه يحيى البحيح: إنه عنده بيع تصح الشفعة فيه وبه. وعن مولانا

شرف الدين أنها كالهدايا عند المؤيد بالله، ولا شفعة إلا بالبيع.

(*) وأما به فتصح عند المؤيد بالله، لا عند الهدوية. (قرر).

(٧) وفي حواشي شرح الأزهار: ولو جرت به العادة؛ لأن الحث يتعلق بالحكم لا بالاسم.

ومثله في حاشية السحولي.

(*) حيث علقه بالتسمية كما سيأتي. (شرح فتح).

تصح^(١) في غيرها أيضا. ويعتبر في المعاوضة بقبض المبيع مع ذكر قدر الثمن ولو لم يقبض الثمن، أشار إليه في الزيادات.

والفاسد: هو ما اختل فيه شرط أو أكثر من باقي شروط البيع أو دخل فيه شرط يفسده^(٢). وكذا بيع المدبر وأم الولد عند المؤيد بالله وأبي طالب، وعند الهادي أنه باطل. وكذا بيع المعدوم^(٣)، وقال الفقيه يحيى بن أحمد: إنه باطل، وهو قول أبي العباس^(٤). قال الفقيه حسن: وكذا بيع المضطر، وقال السيد يحيى بن الحسين والفقيه علي: إنه باطل^(٥).

مسألة: وما فسد لأجل الربا فهو محظور على العاقد والشاهد والكاتب، ولا يملك بالقبض^(٦)، ذكره أبو طالب وأحمد بن يحيى، خلاف تخريج المؤيد بالله في المختلف فيه، لا في المجمع عليه، وهو القرض مع الربا، وما كان الربا فيه لأجل النسأ المتفق عليه^(٧).

(١) وهو ظاهر الأزهار. ولا تفيد الملك عندنا.

(٢) كجهالة مدة الخيار أو المبيع أو الثمن، أو كون أحدهما مما لا يملكه البائع كالخمر^[١]. (بحر). أو يكون العقد بغير لفظ ماض، أو يتولى طرفي العقد واحد، أو يكون اللفظان غير متطابقين، أو غير مضافين إلى النفس، أو مقيدين بشرط مفسد. (شرح بحر). (قرر).

(٣) فاسد.

(٤) وهو قياس ما يأتي في السلم.

(٥) وهو يؤخذ من الأزهار من قوله: «ما اختل فيه العاقد... الخ، والله أعلم.

(*) حيث هو للجوع أو العطش أو العري أو البرد أو الركوب في مفازة وغبن غبنا فاحشا. (قرر). وهو صريح الأزهار في قوله: «ومن مضطر ولو غبن فاحشا، إلا للجوع».

(٦) ولا يطيب ربحه ولا خراجه^[٢]. (تذكرة). وفي البقية - وهي أنه يبرأ من رد إليه، ولا أجرة إن لم يستعمل، ولا يتضيق الرد إلا بالطلب - كالتالين. (قرر).

(٧) في الستة المنصوص عليها.

[١] بل هو باطل. (قرر).

[٢] فيكون قسما خامسا من أقسام الباطل؛ لأن ما تضمن الربا فإذن مالكة كلا إذن. (من جوابات الإمام المؤيد بالله محمد بن القاسم رضوان الله عليها).

مسألة: وما فسد لغير الربا فهو جائز، ويملك بالقبض، إلا في بيع المدبر وأم الولد فلا يجوز ولو كانا يملكان بالقبض عند المؤيد بالله وأبي طالب. وقال القاسم وأحد قولي المؤيد بالله: لا يجوز الفاسد ويملك^(١). وقال الناصر والشافعي: لا يجوز ولا يملك^(٢).

فرع: وإنما يملك بالقبض إذا كان القبض بغير التخلية وكان بإذن جديد من البائع بعد البيع، ولا يكفي قبضه للثمن، قال الفقيه يوسف: ولو كان المبيع في يد المشتري بإذن البائع من قبل البيع على قول أبي العباس: إنه يحتاج إلى تجديد قبض، لا على قول المؤيد بالله فلا يحتاج إلى تجديد قبض في البيع الصحيح والفاقد، ذكره في الزيادات.

فرع: ويكفي قبض بعض المبيع^(٣) في الأراضي ونحوها، وأما في المنقولات فقال الفقيه يحيى البحيح: يكفي قبض بعضها، وقال الفقيه علي: يحتمل أنه لا يكفي.

فرع: فلو اشترى أرضاً بأرض فاسداً وقبض ما اشتراه دون صاحبه فإنه يملكها بقيمتها، وكذا الثانية متى قبضها مشتريها^(٤).

فرع: وإذا اتجر المشتري في الفاسد بعد قبضه وربح فيه أو أكرهه فقال أبو حنيفة وأحد قولي أبي العباس وتخريج المؤيد بالله: إنه يتصدق بالربح والكره، وقال المؤيد بالله وأبو طالب وأحد قولي أبي العباس والقاضي زيد: لا يتصدق به. قال الفقيهان يحيى البحيح وعلي: وهذا الخلاف في الفاسد بغير الربا. وقال الفقيه حسن: ليس بينهم خلاف، بل القول الأول في الفاسد بالربا، والقول

(١) بالقبض. (برهان).

(٢) بالقبض.

(٣) وظاهره الإطلاق، متصلاً أو منفصلاً.

(٤) ويتراجمان بالزائد. (قرئ).

الثاني في الفاسد بغير الربا^(١).

مسألة: من باع نصف بقرته أو نحوها من غيره وأجله بالثمن على أنه يعلفها وشرطا ذلك^(٢) في العقد أو كان عرفا لهم ظاهرا أن العلف لأجل الإنظار بالثمن - فهذا بيع فاسد^(٣) ربا^(٤)، فإذا علفها المشتري كان له أن يرجع على البائع بقيمة العلف؛ لأنه ربا، ويغرم^(٥) له ما استهلك من فوائدها.

مسألة: من اشترى ثمارا قبل صلاحها^(٦) أو بعده شراء فاسدا وقبضها بالتخلية على أشجارها لم يملكها، فإذا أصابتها آفة أو سرقت قبل أن يقطف شيئا^(٧) منها فهي من مال البائع.

مسألة: ولا يصح في الفاسد قبل قبضه شيء من التصرفات إجماعا^(٨)، ويصح فيه - مع كراهة - بعد قبضه كل تصرف إلا وطاء الأمة^(٩)، ذكره أبو مضر، وقال

(١) ونظر هذا بأنه إذا فسد من جهة الربا لم يملك على ظاهر قول الهدوية، فكيف يتصدق بالأجرة؟ (زهور).

(٢) أو أضمره.

(٣) ينظر، بل هو باطل؛ لأن مقتضى الربا حرام باطل.

(٤) يعني: وفاسد الربا لا يملك كما مر، وإنما كان ربا لأنهم جعلوا العلف في مقابلة الإنظار بالدين، وقد قال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((كل قرض جر منفعة فهو ربا))، (بستان بلفظه).

(٥) لأن مقتضى الربا حرام باطل.

(٦) وأما بعد الصلاح فيصح القبض بالتخلية كما تقدم في البيان في فصل قبض المبيع.

(٧) يشير إلى قول الفقيه يحنن البحيح: إنه يكفي قبض بعضه. والمذهب قول الفقيه علي: إنه لا بد من قبض كله، وأما ما قد قبضه فقد نفذ فيه، ويقسط المبيع على قدر القيمة، والله أعلم.

(*) وفي الكواكب ما لفظه: إذا قطف بعضه فقال الفقيه يحنن البحيح: إنه يكفي، فيملك الكل، وكذا في سائر المنقولات كما في الأرض، فإن تصرف المشتري في بعضها يكفي.

وقال الفقيه علي: يَحْتَمَلُ أن المنقول يخالف الأرض، وأن نقل بعضه لا يكفي.

(٨) وذلك لأنه لا يملك إلا بالقبض. (بستان).

(٩) وكذا مقدماته. (قرر).

(*) يقال: ما الفرق بين هذا وبين فاسد النكاح أنه يصح الوطاء فيه بخلاف فاسد البيع؟

الفقيه يحيى البحيح: يجوز وطؤها أيضا. وهو القوي، كما في الأمة المهداة^(١). قلنا: ولو منع البائع المشتري من التصرف أو طلبه الفسخ فلا يمنع صحة تصرفه؛ لأنه لا يفسخ إلا بتراضيها أو بحكم حاكم.

مسألة: وما ترتب على الفاسد من العقود الصحيحة فهو صحيح، ولا يبطل بفسخه ولو بالحكم^(٢)، خلاف أبي مضر.

مسألة: وإذا فسخ بالحكم ردت فوائده الأصلية، لا الفرعية، وإن فسخ بالتراضي لم يرد منها شيء، خلاف القاسم^(٣).

مسألة: وما ملك بالقبض في الفاسد فإنه يملك بمثله إن كان مثليا أو بقيمته يوم قبضه إن كان قيمياً، لا بثمانه، وقال المرتضى والمؤيد بالله: إذا كان الثمن مسمى معلوما ملك به.

فرع: فلو كانت القيمة أكثر من الثمن لزم المشتري^(٤) دفع زائدها، وإن كانت أقل منه لزم البائع^(٥) رد زائد الثمن للمشتري^(٦)، وقال الإمام يحيى والفقيه يحيى

الجواب: أن الوطاء يستند إلى شبهة العقد؛ بدليل أن الوطاء من غير مؤاذنة ولا رضا من الزوجة، وتسليم نفسها كذلك، بخلاف بيع الأمة فالتصرف فيها مستند إلى القبض بالإذن للتصرف، وذلك إباحة، والمشتري أشبه بالوكيل بالتصرف بالإباحة، والوطء لا يجوز بالإباحة، والأمر واضح. (عامر).

(١) وأجيب بأن هذا غير مستقر؛ لأنه معرض للفسخ، والمهداة الملك فيها مستقر. (زهور). ولا ينتقض برجوع الواهب، فرجوعه ملك جديد، ولأن الموهوبة الفسخ جائز من جهة الواهب فقط، وهاهنا من جهتها معاً، والله أعلم.

(٢) وكذا لو كان الثاني فاسداً لم يفسخ بفسخ الأول. ومثله في الهداية والإمام شرف الدين عليه السلام.

(٣) لأنه عنده فسخ [للعقد] من أصله.

(٤) مع جهل البائع.

(٥) مع جهل المشتري.

(٦) وفي البحر: قلت: والزائد كالمباح. قال في شرحه: حيث ترك الزائد مع معرفته

البحييح: لا يجب دفع الزائد من القيمة ولا من الثمن إلا إذا طلبه^(١) من وجب له^(٢) أو إذا تفاسخا البيع بالتراضي بعد تلف المبيع، فأما حيث مضى عليه فلا يجب؛ لعادة المسلمين بذلك.

فرع: وإذا مات من له الزائد مع صاحبه صار حقاً لورثته، فيجب تسليمه لهم، أو الاستبراء منهم مع علمهم بوجوبه لهم، فإن أبرأوا مع جهلهم بوجوبه لهم أو مع جهلهم بقدر الواجب بحيث لو عرفوا قدره ما أبرأوا منه فعلى قول المؤيد بالله: يصح البراء، وعلى قول المنصور بالله والقاضي زيد: لا يصح^(٣).

مسألة: والتفاسخ يصح باللفظ المعتاد فيه، قال الفقيه يوسف^(٤): أو برد المبيع والثلث إذا جرت العادة به في التفاسخ^(٥).

مسألة: وإذا وقع الفسخ بالحكم وقد كان حصل في المبيع فوائد أصلية وتلفت لم يضمنها المشتري إلا إذا تلفت بجناية منه^(٦)، فلو كانت باقية والمبيع

باستحقاقه له، وتمكنه من المطالبة، وإلا فليس بمباح^[١]. (شرح بحر). وقرر أنه دين يتضيق بالطلب. (غاية). مع علم من له الزيادة، وإلا فكالغصب. (قررو).

(١) مع العلم. (قررو).

(٢) ولعل هذا يستقيم إذا سكت من له الحق مع علمه بوجوبه له، لا مع جهله^[٢]. (برهان). (قررو).

(٣) قلت: وهو قوي؛ لقوله ﷺ: ((لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيبة من نفسه)). (بحر). وقواه المتوكل على الله ﷻ.

(٤) قروي، والأزهار خلافه.

(٥) والمذهب أنه لا بد من إيجاب وقبول أو قبض؛ لأنه بمنزلة عقد جديد. ولفظ شرح الأزهار: قال ﷻ: والأقرب أن الفسخ مع التراضي يحتاج إلى لفظه كابتداء البيع.

(٦) أو تفريط.

[١] بل كالغصب، وهو الذي يأتي على قول الإمام ﷻ في شرح قوله: «قرض فاسد مع الجهل». (قررو).

[٢] فكالغصب. (قررو).

قد تلف^(١) فقد استقر البيع^(٢) بتلفه^(٣)، فلا يجب ردها، وقال الفقيهان محمد بن سليمان ومحمد بن يحيى: بل يجب ردها إن كانت باقية، أو ضمانها إن تلفت بجناية منه أو من غيره.

مسألة: وإذا كان المبيع قد زاد زيادة لا تنفصل^(٤) أو استهلك حكما امتنع رده بالحكم، وأما بالتراضي فيصح حيث يجوز، لا حيث يحرم، نحو أن يكون قد باعه أو وهبه^(٥) أو أعتقه أو وقفه.

فرع: والاستهلاك الحكمي هو الطحن أو الخبز أو الغزل أو النسج ونحو ذلك، والزيادة التي لا تنفصل كصبغ الثوب أو قطعه قميصا أو خياطته، أو غرس الفسيل^(٦)، أو حشو الجبة^(٧)، أو لتّ السويق^(٨)، أو البناء في الأرض أو

(*) فائدة: قال في الهداية للنجراي: إذا تلف الأصل وبقيت الفوائد الأصلية كانت للمشتري، ولو تلفت الفوائد وبقي الأصل فإن كان بجناية ضمنها، وإن كان بغير جناية لم يضمها، وإن كانا باقين ردهما، وإن كانا تالفين نظر هل تلف الأصل قبل الفوائد لم يضمها، أو بعدها ضمنها إن تلفت بجناية، لا بغير جناية. والفقيهان محمد بن سليمان ومحمد بن يحيى قالا: يضمّن الفوائد إن تلفت بجناية، لا إن تلفت بغير جناية، ولم يفصلا. (زهور).

(١) لا إذا تلفت قبله أو معاً فهي أمانة، وإن التبس أيها تلف أو لا فلعله لا يجب ضمان؛ لأن الأصل براءة الذمة.

(٢) وعبرة البرهان: فقد استقرت الفوائد للمشتري بتلف المبيع، وهو الصحيح.

(٣) إذ الواجب حينئذ قيمته فقط. (شرح بهران).

(٤) وكذا المعاطاة. (عن خط حثيث). وهو لفظ البيان في الثالثة من أول الفصل في قوله:

«بالبيع أو نحوه» فيما تقدم. و(قرر).

(٥) ولو كان يصح له الرجوع فيها. وينظر ما الوجه؟

(٦) وعرق أو فسد. و(قرر).

(*) وهو صغار النخل.

(٧) مع الدرز. (قرر). وهو الخياط.

(٨) بما له قيمة. وفي البحر: ولو بما لا قيمة له. (قرر).

الغرس فيها الكل، فأما في بعضها فقال في الكافي: يكون استهلاكها لها الكل أيضا، وقال الفقيه محمد بن سليمان^(١): يكون استهلاكها لما بنى فيه أو غرس دون باقيها^(٢).

فرع: وأما النقصان في المبيع كذبح الحيوان فقال في التذكرة والمذاكرة: إنه يمنع رده بالحكم، وكذا الجناية عليه^(٣)، والله أعلم، وقال في الحفيظ: لا يمنع، بل يرده مع أرش النقصان ولو كان بأفة سماوية. وأما بالتراضي فيصح الفسخ مع الزيادة والنقصان مع الأرش أو بغير أرش.

فرع: فأما النكاح والإجارة فلا يمنعان من الفسخ، بل يصح وهما باقيان على حالهما، والمهر للمشتري إن كانت الأمة ثيبا^(٤)، وإن كانت بكرًا^(٥) فللبائع إذا

(١) وفي البستان أسند هذا القول إلى الكافي.

(*) وإنما يكون استهلاكها لجميعها إذا أحاط عليها من جميع جوانبها، ذكره في الزهور. و(قرر). ومثله في الزهرة. اهـ ومنهم من قال: إذا قد بنى فيها ما يسمى بناء. (شرفية). قال في حاشية على الزهرة: ولا بد أن يكون محيطا على ما بنى، سواء كان على البعض أو على الكل، وأما إذا بنى مستطيلا أو محيطا على البعض وليس هو متلاق فليس باستهلاك. انتهى. أما لو كان المبيع محاطا عليه من الجهات الثلاث ثم إن المشتري أحاط عليه من الجهة الرابعة فلعله يمنع رد عينه. (سيدنا يحيى جار الله مشحوم رحمته).

(٢) وعبرة البيان في الهبة: وقال الفقيه محمد بن سليمان: إنه يمنع ما بنى فيه أو أحاط عليه دون غيره. (بلفظه).

(*) قيل: ليس له الفسخ في الباقي؛ لثلاث تفرق الصفقة، فيكون استهلاكها للجميع. وقيل: ولو فرق هنا؛ لأن الفاسد مأخوذ بالقيمة.

(٣) مضروب على «الجنائية» في بعض النسخ. والظاهر أنه لا يكون استهلاكها، بل يرد مع النقصان والأرش. (حديث).

(٤) أو بكرًا ولم يدخل بها.

(٥) ودخل بها.

(*) يقال: هلا كان وطء البكر جنائية في النكاح تمنع الرد كما سبق قريبا؟ لعله بنى على كلام الحفيظ، والمذهب خلافه.

فسخ بالحكم. ويكون للبائع فسخ الإجارة، ذكره في الشرح والتقرير؛ لأن له حقاً في الفسخ من قبل الإجارة، وقال الفقيه يحيى البحيح: ليس له فسخها، بل تكون الأجرة له بعد الفسخ، وسواء كان الفسخ بالحكم أو بالتراضي.

مسألة: وإذا جددا عقداً صحيحاً بعد القبض^(١) في الفاسد فقال الفقيه حسن: إنه يصح^(٢). [قال الفقيه يوسف: وهو يستقيم على قول الهادي عليه السلام: إنه يكون فسخاً للعقد الأول ودخولاً في العقد الثاني، وأما على قول المذاكرين فيكون فسخاً للأول ولا يصح الثاني إلا بعقد آخر^(٣)].

(١) وفي حاشية على الأزهار: سواء كان قبل القبض أو بعده. (قررو).

(٢) وهل يجب الاستبراء؟ قيل: لا يجب الاستبراء؛ لأنه تقرير للعقد الأول. وقيل: اكتفاء^[١] بالاستبراء الأول، فإن كان فساد العقد لأجل عدم الاستبراء وجب الاستبراء.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من (أ).

[١] في (ب): وقد اكتفى.

فصل: في المأذون

يصح من السيد الإذن لعبده المميز في التصرف إذا علم العبد بإذنه^(١)، فأما من عتق بعضه فلا يحتاج إلى إذن^(٢)، ذكره أبو العباس، قال الأمير الحسين: وهو حيث يكون بعضه وقفاً.

مسألة: وما اشتراه العبد المأذون لم يدخل في ملكه؛ لأنه لا يملك، بخلاف الوكيل^(٣)، فلو اشترى العبد رحماً له لم يعتق، خلاف الشافعي^(٤).

مسألة: وكذا في ولي مال الصبي يصح منه الإذن له بالتصرف حيث هو مميز، خلاف الشافعي، وسواء أذن له بالتصرف في مال نفسه^(٥) أو في مال غيره، ولا بد من علمه بالإذن كالوكيل.

فرع: وما لزم الصبي المأذون من دين فيما يتصرف فيه لنفسه فهو عليه لا على وليه، بخلاف الوكيل؛ لأن الصبي يتصرف عن نفسه^(٦) لا عن وليه.

مسألة: والإذن للصبي والعبد بشيء ولو مما يأكلانه يكون إذناً عاماً في التجارة والإجارة فيما اشترياه أو اكترياه. والإذن لهما في الإجارة^(٧) يكون إذناً

(١) لأنه وكيل، وعلم الوكيل شرط. (قرئ).

(٢) المذهب يحتاج إلى إذن؛ لتعلقه بجميع رقبته، فإن لم يأذن لم يتعلق بحصة الوقف.

(٣) الحر؛ لأنه يدخل في ملكه بعد العقد ثم ينتقل إلى ملك الموكل.

(٤) فقال: هو كالوكيل، فيعتق بدخوله في ملكه لحظة. قلنا: العبد لا يملك؛ لقوله تعالى:

﴿صَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ﴾ [النحل ٧].

(٥) حيث هو لمصلحة. (قرئ).

(٦) وعلى هذا يصح معاملة وليه له في البيع وغيره كما صرح به في شرح الأزهار والتذكرة في الوصايا. وظاهر الأزهار في البيع خلافه في قوله: ولا يتولى الطرفين واحد أو في حكمه.

(٧) ولفظ حاشية السحولي: وحكم الاستتجار في السكوت والإذن حكم الشراء، لا لو أذن له في البيع أو في التأجير فلا يكون مأذوناً إلا في ذلك الذي أذن فيه فقط. وفي البحر: ولو

لهما في التجارة، ما لم ينهيا عنها. وقال زيد بن علي والشافعي: إنه خاص فيما أذن لها فيه. قلنا: والمراد بالعموم هو أنهم يشتريان ما شاء أو يكتريان ما شاء أو يبيعان ما اشترياه^(١) أو يكرياه، ويبيعان ويشتريان للغير بإذنه، لا أن العبد يبيع شيئاً من مال سيده ولا يكريه إلا بإذن خاص، وكذا الصبي لا يبيع ولا يكري شيئاً من مال نفسه أو مال وليه إلا بإذن خاص.

مسألة: وإذا اشترى العبد أو الصبي لأنفسهما وعلم السيد والولي وسكتا^(٢) كان إذنا لهما عند الهدوية وأبي حنيفة^(٣)، خلاف الناصر والمؤيد بالله والشافعي^(٤)، فإن اشتريا لغيرهما^(٥) أو باعاً لم يكن السكوت إذناً؛ لأنهما تصرفا لغيرهما.

أمره ببيع شيء كان وكلا فيه مأذونا في غيره^[١]. (بلفظه). وسيأتي ما يؤيده في البيان في قوله: مسألة: «وإذا دفع العبد إلى غيره مالا لسيد..» إلى أن قال: «يبيع أو شراء أو إجارة». اهـ ولفظ الفتح وشرحه: قال المؤلف: لا العكس فلا يثبت، وهو أن يأذن له بالإجارة فلا يصح الشراء والبيع؛ إذ لا يصح قياس الشراء على التأجير؛ لضعفه. والذي في البيان أنه يصح.

(* أي: في الاستئجار، وهذا مناسب لقوله في الأزهار: «في شراء أي شيء»، مفهومه لا لو أذن ببيع شيء، فيحقق. وفي شرح الفتح: أنه إذا أذن له في الاستئجار لم يكن إذنا له في التجارة، فلا يقاس الشراء عليه؛ لضعفه.

(١) وفوائده. (فتح).

(٢) وعلم أن السكوت إجازة. (قررو).

(٣) وحجتهم: أنهم تصرفا لأنفسهما فيما لغيرهما فيه حق، فسكوت صاحب الحق يسقط حقه، كالشفيع إذا علم بالشراء وسكت. (بستان).

(٤) حجتهم: أن هذا تصرف يفتقر إلى الإذن، فلم يكن السكوت قائماً مقامه، كما لو باع الراهن الرهن والمرتهن ساكت. (بستان).

(٥) ولو للسيد.

[١] وظاهر الأزهار خلافه. (قررو).

[*] وعليه من خط المفتي: ذكر في الزوائد مثل هذا، وظاهر كلام أهل المذهب خلافه. (قررو).

مسألة: وللمأذون أن يبيع بالنقد والدين المعتاد، وأن يوكل غيره ويتوكل غيره، ويرهن ويرتهن، وأن يبيع من سيده^(١) ولو نفسه^(٢) حيث عليه دين يستغرق قيمته وما في يده، وإن كان الدين قدر نصف قيمته وما في يده صح أن يبيع منه قدر نصف ذلك، وكذا في الأكثر والأقل، ذكره الفقيه علي^(٣).

مسألة: وليس للعبد المأذون أن يبيع نفسه من غير سيده، وأما إجارة نفسه فقال الفقيه يحيى البحيح: لا تصح أيضا^(٤)، وقال الفقيه محمد بن سليمان: بل يصح^(٥). وليس له أن يهب ولا يعير ولا يضيف ولا يستودع، ذكره في الشرح^(٦)، وقال في التذكرة: له أن يستودع^(٧) إن لم يمنع. ولا يقرض ولا يسافر ولا يضمن بهال

(١) وليس يبيع حقيقي، وإنما هو استفداء. (مفتي). فلا تثبت فيه الشفعة. و(قررو).

(*) لأن دخول السيد معه في ذلك إذن. (رياض).

(٢) لأن الدين قد صار متعلقا برقبته. (رياض).

(٣) وفي البحر: القاسمية وأبو حنيفة وأصحابه: ودين المعاملة يتعلق بها في يده ثم في رقبته.

(٤) قال في النجري: وكلام الأزهار مجمل يحتمل القولين، والله أعلم. وفي شرح الفتح: واعلم أن دخول إجارة نفسه هو مفهوم الأزهار حيث قال: «أو عومل ببيعه»، وهو الذي ذكره أبو مضر والفقيه محمد بن سليمان، وحمل عليه كلام اللمع، واختاره المؤلف؛ لأنه لما صار مأذونا له باستهلاك منافع نفسه بغير عوض فأولى بعوض. (شرح فتح).

(٥) خاصاً ومشاركاً. وعن سيدنا عامر: أجيرا مشتركا، لا خاصا؛ لأنه يكون حجرا لنفسه بتمليك منفعه، وهو لا يصح. (ذماري).

(٦) قيل: فإن جرى العرف بمثلها جازت، ذكره في البحر، وذكر معناه في الزهور، واعتمده في الغيث. قال الإمام المهدي عليه السلام فيه: التحقيق في ذلك أنه لا خلاف، بل المرجع إلى ما حكيناه في الأزهار، وهو أن له أن يفعل ما جرت العادة لمثله بمثله، وقد جرت عادة أهل الأموال الجليلة أن عبيد تجارتهم يفعلون هذه الأشياء من الضيافات والكفالات، فلا خلاف، بل المتبع العرف. (شرح ابن مفتاح على الأزهار).

(٧) إذا جرى عرف.

(*) في (د): إنه يستودع.

ولا بدن، فإن ضمن كان في ذمته متى عتق. ولا يصح ذلك من الصبي المأذون إلا بإذن خاص فيهما معا^(١).

مسألة: ويجوز معاملة العبد في السفر، وهو على خطر الخصومة، فإذا أنكر سيده الإذن له في السفر لم يصح تصرفه في سفره^(٢)، وكان ما لزمه فيه من حق للغير في ذمته، إلا أن يوهم^(٣) أنه مأذون في السفر كان في رقبته دين جنائية.

مسألة: وإذا كانت رقبة العبد لشخص ومنافعه لشخص لم يصح الإذن له إلا منهما معا^(٤)، ذكره في التذكرة^(٥)، فلو كان^(٦) بين شريكين وأذن له أحدهما فيحتمل أن يكون كذلك فلا يصح، ويحتمل أن يصح، فيكون مأذونا في حقه، وما لزمه من دين تعلق بنصيبه وما في يده، لا بنصيب شريكه، إلا أن يوهم الإذن منه تعلق به ضمان جنائية لا معاملة. ولعل هذا أولى، والله أعلم.

مسألة: وإذا أقرض العبد المأذون غيره شيئا فعلى المستقرض رده^(٧) إلى سيده لا إليه^(٨)، قال الفقيه يوسف: إلا حيث عليه دين^(٩).

مسألة: ولا يصح الغبن على المأذون إلا أن يجيز السيد - والغرماء أيضا حيث عليه دين - وسيد المكاتب وولي الصغير، يعني حيث تصرف الصغير في

(١) يعني: العبد والصبي. (بستان). في ذلك كله. والمتبع العرف في جميع ذلك. (قررو).

(٢) ما لم تجر العادة بالسفر كما ذكره الإمام المهدي عليه السلام.

(٣) مع كونه مكلفا، لا لو لم يكن كذلك لم يصح منه التدليس.

(٤) وفي الكواكب في الوصايا: إذا أذن له صاحب الرقبة لم يصح إذنه، وإن أذن له صاحب المنفعة صح.

(٥) هكذا في كتاب الوصايا منها. (بستان).

(٦) هذا لصاحب الكتاب. (بستان).

(٧) يعني عين ما استقرضه؛ لأنه كالغاصب، إلا أن يجري عرف بالإقراض كان الرد إليه. (قررو).

(٨) هذا بناء على أنه منع من القرض أو جرى عرف أنه لا يقرض. (قررو).

(٩) أو جرى العرف بالقرض.

ماله عن وليه، لا حيث تصرف في مال نفسه فلا تصح إجازة وليه فيه^(١).
مسألة: وما لزم العبد المأذون من دين في معاملته فإنه يتعلق برقبته وما في يده^(٢) من المال، وقال أبو العباس^(٣): في كسبه فقط. قلنا: فإن شاء سيده سلمه وما في يده، وإن شاء فداه إلى قدر قيمته وقيمة ما في يده فقط، وما بقي ففي ذمته متى عتق.

مسألة: وإذا باعه سيده لقضاء الدين وهو أكثر من ثمنه ثم طلب الغرماء نقض بيعه ليستخدموه بالدين أو بالزائد منه على قيمته وينفقونه من كسبه - فقال الناصر وأبو العباس وأبو حنيفة: لهم ذلك، وقال في الشرح وأبو طالب: ليس لهم ذلك^(٤)، وقال في بيان السحامي: لهم ذلك^(٥) قبل بيعه لا بعده. وهو الأولى.

مسألة:^(٦): وما دفعه الغير من المال إلى العبد المأذون وديعة^(٧) فإن تلف معه بغير جنابة ولا تفريط لم يضمه، وما تلف بجنابته أو تفريطه كان ضمانه في رقبته

(١) إذا كان لغير مصلحة، فإن كان لمصلحة جاز. (قرئ).

(٢) والمراد بقوله: «وما في يده» ما كانت اليد الحكيمية له عليه ولو كان وديعة مع سيده أو غيره. (شرح أثمار). وفي حاشية على الأزهار: إلا الغصب والوديعة فلا يتعلق به حق وإن كان في يده. (قرئ).

(٣) قال ابن بهران: وهو الأرجح.

(٤) ومثله للإمام المهدي عليه السلام في شرح الأزهار، حيث قال: وفيه نظر؛ لأنه قد صرح أبو طالب أنه لا ينقض.

(٥) كلامه ليس من هذه المسألة؛ لأنها مفروضة مع حصول البيع، وكلامه قوي، ومثله في الأزهار في قوله: «ولهم استسعاؤه إن لم يفده».

(*) بإذن السيد أو الحاكم. (قرئ).

(٦) في وديعة التصرف.

(٧) وديعة تصرف، لا وديعة حفظ.

وما في يده دين معاملة^(١).

مسألة: وإذا باع السيد عبده المأذون أو وهبه أو أعتقه أو وقفه كان التزاما منه بما عليه من الدين^(٢) إلى قدر قيمته^(٣) وما في يده، ولعل المراد في العتق^(٤) والوقف والهبة حيث لسيد مال يقضي دينه منه، لا حيث هو مفلس فيكون كالعبد المرهون، والله أعلم.

مسألة: وإذا باع السيد عبده المأذون ثم امتنع من قضاء دينه الذي عليه كان للغرماء نقض بيعه، ولعله حيث لم يمكن إجباره على دفع الثمن^(٥). وإذا امتنع السيد من تسليم عبده وما في يده ومن يبيعه لقضاء دينه باعه الحاكم عنه لا الغرماء^(٦).

مسألة: وإذا مات العبد أو تلف ما في يده^(٧) قبل التزام سيده بدينه لم يضمه

(١) وقيل: دين جنائية.

(*) إذا هو مأذون بها أو جرى عرف. (شامي) (قررو).

(*) هذا يستقيم في ودیعة التصرف، لا في ودیعة الحفظ فيكون دين جنائية. اهـ القياس دين ذمة^[١]. (شامي).

(٢) دين معاملة.

(٣) وعليه الأزهار بقوله: «فبغير البيع لزمته القيمة».

(٤) وفي شرح الأزهار: قال عَلَيْهِ: وليس لهم نقض العتق والوقف، بل يستسعون العبد^[٢] إذا كان السيد معسرا. اهـ ويرجع على سيده بما سعى. وقيل: لا يرجع؛ لأن أصل الوجوب عليه.

(٥) صوابه: «الأوفى».

(٦) كسلع المفلس.

(٧) أو عتق بسبب متقدم^[٣] لم يضمه. (معيار). ويسعى بالأقل من قيمته أو الدين. (حاشية سحولي). وقيل: لا سعاية.

[١] حيث لم يأذن له سيده بالاستيداع ولا جرى عرف بذلك، وإلا فدين جنائية حيث جنى أو فرط، وإلا فلا شيء عليه ولا على سيده كما سيأتي في آخر المسألة السابعة. (سباع سيدنا عبد الله بن حسين دلالة).

[٢] إلى قدر القيمة فقط، والزائد دين ذمة. و(قررو).

[٣] نحو: إن دخلت الدار فأنت حر. (معيار).

سيده ولو كان بعد امتناعه^(١) من تسليمه ومن بيعه^(٢)، وقال القاضي زيد والسيد يحيى: إذا كان بعد امتناعه ضمنه للغرماء. وغرماء العبد أولى بالعبد^(٣) وما في يده من غرماء سيده^(٤).

مسألة: وإذا باع السيد عبده^(٥) حيث عليه دين بدون قيمته لزمه الزائد من قيمته للغرماء، فإن كان معسرا لم يصح بيعه^(٦)، وكذا إذا باعه لا لقضاء الدين وهو معسر لم يصح بيعه^(٧)، ذكره أبو العباس.

مسألة: وإذا اجتمع على العبد دين معاملة ودين جناية خير سيده بين تسليم ما في يد العبد لغرماء المعاملة وتسليم العبد للغرماء كلهم يشتركون فيه على قدر دين الجناية وما بقي من دين المعاملة، وبين أن يبيع العبد وما في يده أو يفديها منه إلى قدر قيمتهما، فيسلم ثمن ما في يده أو قيمته لغرماء المعاملة، وثمن العبد

(١) وعليه الأزهاري في قوله: «فإن هلك لم يضمه ولو بعد تمرده».

(٢) لأن التمرد لا يكون اختيارا للدين.

(٣) ينظر لو جنى عليه الغير من يستحق الأرش حيث لا يجب القصاص؟ القياس أنه يكون للغرماء كما يأتي. (حديث). وقيل: يكون للسيد. (قررو). فإن كان يجب القصاص فاقص السيد سل؟ القياس أنها تلزمه القيمة؛ لأنه قد استوفى. اهـ وقيل: لا ضمان مطلقا، أخذاً من قوله: «فإن هلك لم يضمه».

(*) في (ج، د): أولى به.

(٤) وذلك لأنه كالرهن. (بستان).

(*) ومن سيده. و(قررو).

(*) يعني: أولى بما في يده غرماء دين المعاملة. ولفظ حاشية من هامش شرح الأزهاري: وأما ما كان في يده يختص به دين المعاملة.

(٥) أو ما في يده. (قررو).

(٦) أي: لم ينفذ.

(*) بل يصح، ويكون لهم النقض. (قررو).

(٧) المختار ما تقدم أنه يصح بيعه ويكون لهم النقض. (قررو).

(*) أي: لم ينفذ.

أو قيمته للغرماء كلهم يقسط بينهم على قدر دين الجناية كله وما بقي من دين المعاملة، ثم ما بقي من دين الجناية يكون على سيده^(١)، وما بقي من دين المعاملة يكون في ذمة العبد، إلا حيث سلمه لهم فلا يبقى عليه لهم شيء في ذمته^(٢).

مسألة: ودين المعاملة: هو ما لزم العبد المميز المأذون له فيما صار إليه برضا أربابه^(٣) ولو أتلفه العبد عمدا. فإن كان غير مميز لم يضمه^(٤) ولو أتلفه^(٥).

ودين الجناية: هو ما لزمه فيما صار في يده بغير رضا أربابه^(٦) ولو كان مأذونا له في التجارة، ولو كان صغيرا غير مميز، وكذا فيما صار إليه برضا أربابه وقد أوهمهم^(٧) أنه حر أو أنه مأذون له، فهذا كله دين جناية.

مسألة: والذي يلزم العبد في ذمته متى عتق هو ما أتلفه مما صار إليه برضا أربابه ولم يكن مأذونا له ولا أوهم الحرية ولا الإذن له، وسواء علم الدافع إليه أنه عبد أو غير مأذون له أم لا، وكذا ما أتلفه أو جنى عليه العبد الآبق^(٨) أو

(١) إن كان السيد عالما. (قرئ).

(*) هذا قبل أن يمتنع^[١] المجني عليه من قبوله، كما ذكر معناه في البحر في كتاب الجنائيات، ومثله في التذكرة في كتاب الرهن.

(٢) أي: العبد؛ لأنهم قد ملكوه؛ إذ لا يثبت للسيد دين على عبده.

(٣) أو بإذن الشرع.

(٤) لأن الإذن له لا يصح.

(٥) على وجه يستباح. (قرئ).

(٦) بأن غصب مال الغير، أو جنى عليه في غير ما صار إليه برضا أربابه.

(٧) مع كونه مكلفا؛ لأن التدليس من باب الأخبار، وهو لا يقبل خبر الصبي. وظاهر ما هنا وما تقدم في البيان في سياق السفر أنه في رقبتة، ظاهره ولو صغيرا، فينظر.

(٨) لعله فيما صار إليه برضا أربابه ولم يوهم، فيكون دين ذمة، وإلا لزم أن يكون رابعا.

(*) ينظر؛ فإن القياس أن يكون دين جناية، فينظر في كلام الكتاب. اهـ ولعل المراد به أنه لا يطالب به السيد إلا إذا عاد، ويكون دين جناية [ذمة (نخ)] على بابها.

[١] إذ لو امتنع لم يلزمه إلا القيمة فقط. (قرئ).

العبد الممثول به قبل أن يعتق^(١). والذي لا يلزم العبد ولا سيده هو ما صار إليه برضا أربابه وتلف معه بغير تفريط منه وهو غير مأذون له أو في حال صغره وعدم الإذن له ولو أتلفه^(٢).

مسألة: ودين الجناية يخالف دين المعاملة في وجوه أربعة:

الأول: أنه لا يتعلق بما في يد العبد من المال.

الثاني: أنه إذا اختار سيده إمساكه فداه بأرش الجناية بالغما ما بلغ^(٣)، وإن باعه أو أعتقه فكذا بعد علمه بجنائته، وقبل علمه لا يلزمه إلا إلى قدر قيمته فقط^(٤). وكل ما لزم السيد من دين عبده لا يبرأ العبد منه^(٥) حتى يسلمه سيده أو غيره، فلو عتق العبد قبل قضاء السيد لدينه كان صاحب الدين مخيرا بين طلب السيد أو العبد^(٦)؛ لأن السيد كالضامن عنه^(٧).

الثالث: أن دين الجناية يثبت على الكبير والصغير^(٨)، ودين المعاملة لا يثبت إلا على المميز المأذون له.

(١) والأولى أنه يتعلق برقبته كالمدر. اهـ والقياس أنه يكون كأَم الولد. وقيل: أما الممثول به فيجب عليه إعتاقه ويسلم القيمة، فإن أعسر السيد سعى العبد كأَم الولد. (إملاء شامي). (قررو).

(٢) على وجه يستباح. (قررو).

(٣) المخالفة في اللازم، وأما المخالفة باختياره أو استهلاكه فهما سواء كما ذكره في الشرح^[١] في الوجه الرابع. (قررو).

(٤) وكذا إذا كان البيع بإذن الغرماء^[٢] أو باعه الحاكم. (شرح فتح) (قررو).

(*) بغير البيع، وأما بالبيع فيلزم الأوفى من القيمة أو الثمن كما في الحاصل عن المجاهد على شرح الأزهار.

(٥) وسواء في ذلك دين المعاملة والجنائية. (قررو).

(٦) ويبرأ ببراء العبد، لا العكس فيبرأ السيد وحده.

(٧) وأيهما سلم لم يرجع على الثاني، ذكره في الصفي كما يأتي في الجنائيات. (قررو).

(٨) حيث كان بالمباشرة. (قررو).

[١] يعني في شرح القاضي زيد في البيان هنا.

[٢] وأما لو باعه بغير إذن الغرماء فيلزم الأوفى من القيمة أو الثمن كما في الحاصل. (قررو).

الرابع: أن دين الجناية ينتقل إلى ذمة السيد إذا اختاره^(١)، وأما دين المعاملة فقال في الشرح: كذا أيضا، وقال في التذكرة وأبو حنيفة: لا ينتقل^(٢) إليه إلا بإخراجه إلى الغرماء^(٣).

مسائل: والإذن للعبد يبطل بأحد أمور ستة، منها: خروجه عن ملك سيده^(٤) ببيع أو نحوه أو عتق أو كتابة، لا بتدبيره واستيلاء الأمة وإجارتها^(٥). ومنها: موت سيده^(٦). ومنها: إباق العبد^(٧). ومنها: غصبه. وإذا عاد من الإباق أو الغصب عاد الإذن له^(٨)، خلاف الفقيه يحمي البحيح^(٩)، قال الفقيه محمد بن يحيى: إنما يبطل تعلق الضمان برقبتة، لا الإذن له، فإذا عاد رجع التعلق به، كما في الدار المؤجرة إذا غصبت أو انهدمت ثم أعيدت^(١٠). ومنها: حجر الحاكم

(١) أي: [اختار] العبد.

(٢) الدين.

(٣) وهو ظاهر الأزهار.

(٤) فإن باع بعضه بطل بقدر ما خرج عن ملكه. (سباع سحولي). وفي حاشية السحولي: جميعه، لا بعضه. (بلفظه). ولفظ حاشية: فلو أخرج بعضه ارتفع بقدره، فيكون كالعبد المشترك. (عامر).

(*) ولو عاد إلى ملكه بما هو نقض للعقد من أصله. (معيار). إذ مجرد البيع رجوع عن الإذن.

(٥) فلا يرتفع الإذن بها. (كواكب) (قررو).

(٦) وبلوغه.

(*) وجنونه وردته مع اللقوق. (حاشية سحولي) (قررو). وجنون العبد وردته مع اللقوق.

(شرح فتح) و(قررو).

(٧) لتعذر الإيفاء من رقبتة. (غيث).

(٨) وعليه الأزهار في هذا الباب.

(٩) وعليه الأزهار في الوكالة.

(*) لأن الولاية الاستفادة لا تعود إلا بتجديد. (بستان).

(١٠) قال في الغيث: قلت: وفيه نظر؛ لأنه يقتضي أن يثبت عليه دين فيما صار إليه برضا

على سيده^(١) حتى يرتفع. ومنها: منع السيد له من التصرف إذا كان شاهراً، لا إن كان سرا^(٢)، وحيث شهر منعه يصح في حق من علم به، وأما من لم يعلم به وعامله فهو مأذون في حقه^(٣)، ذكره أبو طالب^(٤)، خلاف أبي حنيفة، قال الفقيه يوسف: وكذا في منع الولي للصبي المأذون له يعتبر أن يكون شاهراً كما في العبد؛ لئلا يكون تغريراً لمن يعامله.

مسألة: ويبيع السيد لما في يد عبده لا يكون حجراً عليه^(٥). وحجره عليه في شيء لا يكون حجراً له في غيره، بخلاف الإذن له فهو يعم؛ للدليل عن علي عليه السلام^(٦).

مسألة: وإذا دفع العبد إلى غيره مالا لسيدة ليشتريه به من سيده فله أحكام

مولاه ورضا أربابه ولا يتعلق برقبته، بل بذمته، وقد نصوا على أن ما صار إليه برضا مولاه ورضا أربابه كان دين معاملة يتعلق برقبته وما في يده. (شرح بهران).

(١) ما لم يكن على العبد دين معاملة، فإن كان عليه دين معاملة فله قضاؤه، ولا يدخل في حجر السيد. (عامر) (قررو).

(٢) وذلك لئلا يكون تغريراً لمن يعامله. (بستان).

(*) مفهومه فلا يرتفع ولو في حق من قد علم، فينظر. وفي بعض الحواشي: ما لم يعلم، وهو مفهوم الأزهار. (قررو).

(٣) ما لم يكن الحجر بموت سيده أو انتقال ملكه^[١] فلا حكم للاستصحاب. (حاشية سحولي) (قررو).

(٤) وعليه الأزهار في قوله: «والجاهل يستصحب الحال».

(٥) لعله حيث لم يرد عزله كما في المضاربة.

(٦) وهو أن رجلين ارتفعا إليه فقال أحدهما: يا أمير المؤمنين، إن عبدي ابتاع من هذا شيئاً فرددته عليه فأبى أن يقبله، فقال له أمير المؤمنين: هل كنت تبعت عبدك بالدرهم يشتري لك بها اللحم؟ فقال: نعم، فقال عليه السلام: «أجزت عليك شراءه». (بستان). وبقي ما عداه على أصل الحجر، وهو التخصيص، ولأن الحجر ضد الإذن، فيثبت له نقيض ما ثبت للإذن. (شرح فتح).

[١] أو بحجر الحاكم على العبد. (قررو).

خمس: الأول: في صحة توكيله للغير، فإن كان مأذوناً له في شيء من المعاملة بيعاً أو شراءً أو إجازة فتوكيله له صحيح، وإن كان غير مأذون له فتوكيله غير صحيح، بل يكون الشراء للمشتري، إلا أن يضيفه إلى العبد لم يصح^(١).

الثاني: في حكم الشراء، فإن اشتراه بثمن على الذمة، أو بثمن معين غير الذي أعطاه العبد^(٢)، أو بالذي أعطاه وهو نقد لا يتعين على قول الهدوية - فالشراء صحيح، ويرد^(٣) على السيد ما أعطاه العبد، وإن اشتراه بعين المال الذي أعطاه وهو مما يتعين فالشراء فاسد^(٤).

الثالث: في عتق العبد، فحيث هو مأذون والشراء صحيح يعتق بنفس الشراء، وإن كان فاسداً عتق بقبض المشتري له^(٥) بإذن سيده، أو بأن يأمر العبد يتصرف في شيء^(٦) بعد إذن السيد له بقبضه، وحيث العبد غير مأذون له أو مأذون وخالفه

(١) القياس أنه يكون موقوفاً على إجازة العبد؛ لأن دخول السيد في البيع إذن للعبد. (هبل) هذا حيث ذكر العبد بالإضافة، لا حيث قال: «الموكلي» فلا يكون دخول السيد كالإذن. (مفتي). و(قرر).

(*) أي: لم ينفذ، فيكون موقوفاً على إجازة العبد، فإذا أجاز صح، كما إذا اشترى نفسه من سيده، فيكون دخول السيد معه إذناً له. (هبل). وسيأتي نظيره في المضاربة فيما لو باع المالك عن العامل.

(٢) وكان مفوضاً. (قرر).

(٣) يعني: المشتري. (كواكب).

(٤) بل باطل.

(*) وفي الغيث: إذا اشترى بما يتعين الأقرب أنه لا يصح العقد، ويحتمل أنه على الخلاف في الشراء بالعين المغصوبة هل فاسد أو باطل؟. وفي شرح الفتح ما لفظه: ولكنه جعل الشراء بما يتعين على خلاف الذي في الغصب أن بيعه باطل بالإجماع، فينظر في ذلك.

(٥) وتلزمه القيمة. (قرر).

(٦) وحده: ما يوجب الضمان في الغصب. (قرر).

المشتري فيما أمره به هل في عين الثمن^(١) أو في جنسه أو بزيادة عليه - فإنه يملكه المشتري^(٢)، ولا يعتق إلا بإعتاقه له.

الرابع: في الولاء على العبد، فحيث يعتق بإعتاق المشتري فولاًؤه له، وحيث يعتق بغير إعتاقه فولاًؤه للبائع، سواء عتق بنفس الشراء^(٣) أو بالقبض^(٤).

الخامس: في رجوع المشتري على العبد بما دفع^(٥) لسيدة من الثمن في الصحيح أو القيمة في الفاسد، فلا يبي طالب احتمالان: أحدهما: لا يرجع عليه. والثاني والقاضي زيد: أنه يرجع عليه^(٦). فقال الكني^(٧) والفقهاء يحیی البحيح: إن هذا في العبد المأذون، فأما غير المأذون فلا يرجع عليه؛ لأنه عبده. وقال الإمام يحيى والفقهاء محمد بن سليمان^(٨): إن هذا في غير المأذون إذا دفع^(٩) ثمنه بعد عتقه^(١٠)، لا قبله فلا يرجع عليه^(١١)، وأما في المأذون فإنه يرجع عليه^(١٢)؛

(١) حيث كان يتعين. (قررو).

(٢) حيث لم يضاف إلى المشتري له لفظاً، أو نية وصادقه البائع^[١]، وإلا فلا على ما يأتي في الوكالة، والله أعلم. في قوله: «وإذا نوى الوكيل لنفسه».

(٣) في الصحيح. (قررو).

(٤) في الفاسد. (قررو).

(٥) يعني المشتري. لا ما دفعه العبد إلى الوكيل من مال السيد فلم يتعرض لذكره في الكتاب.

(٦) وعليه الأزهار: ويغرم ما دفع.

(٧) ولعل كلام الكني هو الأزهار في قوله: «وإذا وكل المأذون من يشتريه..» إلى قوله: «ويغرم ما دفع».

(٨) وعليه الأزهار بقوله: «ويغرم ما دفع بعده».

(٩) المشتري.

(١٠) الأولى أنه لا رجوع بحال على غير المأذون؛ لأنه لا يصح منه التوكيل، ولا تغرير أيضاً؛ لأنه لم يعتق إلا بإعتاق المشتري. (صعيتري).

(١١) قولاً واحداً.

(١٢) قولاً واحداً لأبي طالب.

[١] فإن أضاف بقي موقوفاً على إجازة العبد، فإن لم يميز عاد المالكه. و(قررو).

لأنه وكيل له.

مسألة: ويصح بيع العبد من نفسه^(١) فيعتق بنفس الشراء^(٢)، ويصح توكيله ببيع نفسه من غيره^(٣).

(١) فلو وجد في نفسه عبياً لم يكن له رد نفسه على سيده، ولا أرش؛ لأن عتقه وقع بنفس الشراء؛ دليلاً على شراء أم الولد نفسها^[١]. (فتاوى سمهودي). ولفظ حاشية: يقال: وإذا لم يصح منه فسح نفسه بالعب فهل يرجع على سيده بأرش العيب؟ لعله يرجع. (سماح سيدنا علي بن أحمد).

(٢) يلزم الدور؛ إذ لا يملك حتى يعتق، ولا يعتق حتى يملك. ولعله يقال: هو عتق على مال فيكون كالكتابة. اهـ ولو قيل: إنه يدخل المال في ملكه لحظة مختطفة كما قيل في الهبة: إنها لسيد العبد بعد دخولها في ملك العبد لحظة مختطفة - لكان أولى.

(٣) ولعله لا تعلق به حقوق البيع؛ لأنه يبطل إذن سيده له بخروجه عن ملكه، ولأنه يؤدي إلى أنه يستحق ثمنه على سيده - وهو المشتري - يطالبه به. (كواكب بلفظه). هلا قيل: يكون كما ينزل الوكيل بفعله ما وليه، وقد ذكروا أنها تعلق به الحقوق. (قرر). مستقيم في الوكيل لا هنا. (سيدنا عبدالله المجاهد) (قرر).

[١] بناء على صحته، وقد مر على قوله: «ولا أم الولد» أنه لا يصح. (من هامش شرح الأزهار).

فصل: [في المراجعة]

والمراجعة جائزة^(١)، وهي بيع ما اشتراه بثمنه الأول وزيادة عليه من جنسه أو غير جنسه إذا كانت معلومة جملة أو تفصيلاً.

مسألة: وهي تصح بلفظ البيع أو بلفظ التولية أو بلفظ المراجعة إذا جرى به العرف. ولها شروط ثلاثة:

الأول: أن يكون رأس المال معلوماً تفصيلاً، أو جملة وعرف قدره قبل تلفه^(٢)، قال السيد يحيى^(٣): فلا تصح في الفاسد؛ لأنه يملك بقيمته، وهي مجهولة. ولعله يعني قبل دفعها، وأما بعده فتصح^(٤)، وكذا حيث جرى العرف بأنهم لا يعتبرون القيمة في الفاسد^(٥)، بل الثمن.

الثاني: أن يكون الثمن من ذوات الأمثال حتى يثبت في ذمة المشتري الآخر، أو من ذوات القيم وقد صار إلى المشتري الآخر فيشتري به وبزيادة ربح، ذكر ذلك في التذكرة والحفيظ. قال الفقيه يوسف: وهذا الشرط يستقيم^(٦) على قول أبي العباس وأبي حنيفة^(٧): إنها لا تصح المراجعة في بعض المبيع متميزاً غير مشاع، وأما على قول أبي طالب والشافعي: إنها تصح في ذلك ويقسم الثمن على

(١) لقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ التَّيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، وهذا عام إلا ما خصته دلالة، ولقوله

تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ [النساء: ٢٩]، وقد حصل. (بستان).

(٢) وفي التذكرة: ولو في المال، ولو قد تلف. اهـ وهو ظاهر الأزهار.

(٣) وعليه الأزهار.

(٤) وبني عليه الإمام شرف الدين في الأثمار، وجعله غالباً، والأزهار خلافه.

(٥) الصحيح خلافه. (قررو).

(٦) وظاهر المذهب خلاف ما ذكره الفقيه يوسف. اهـ ولعله يفرق بين الموضوعين بأن

المراجعة هنا بقيمة القيمي فلم تصح، بخلاف المراجعة في بعض المبيع متميزاً فهي بالحصّة من الثمن، والتقويم إنما هو توصل إلى معرفة الحصّة فقط. (سماح هبل) (قررو).

(٧) في المسألة الثانية.

قدر القيمة فكذا هنا تصح بقيمة القيمي. ولعل المراد بعد معرفة القيمة في الصورتين معا^(١).

الثالث: أن يكون شراء المشتري الأول من غير عبده وشريكه في المعاملة^(٢)، فإن كان من أحدهما وجب بيانه للمشتري^(٣) الأخير، وإن لم كان له الخيار في الفسخ. **مسألة:** ويصح أن يرابح بمثل ما رابح فلان إذا عرف البائع قدره^(٤).

مسألة: وإذا رابح في بعض المبيع: فإن كان جزءاً مشاعاً صح بحصته من الثمن من نصف أو ثلث أو نحوه، وإن كان متميزاً نحو ثوب من ثياب اشتراها: فإن كانت أثمانها متميزة صح أيضاً^(٥)، وإن كان ثمنها واحداً أو كان اشتراها هو وغيره بثمن واحد ثم اقتسماها^(٦) وأراد المرابحة في الذي خرج له بحصته من الثمن مع ذكر قدرها- فقال أبو العباس وأبو حنيفة: لا يجوز^(٧). وقال أبو طالب والشافعي: يجوز^(٨)، وقال الناصر ومالك: يجوز إذا بين المشتري أنه

(١) يعني: حيث رابح بقيمة القيمي، وحيث رابح في بعض المبيع متميزاً. (بستان).

(٢) كالمفاوضة والعنان.

(٣) والتبيين للجواز، لا للصحة. (قرئ).

(٤) ينظر لو عرفه المشتري دون البائع هل يصح كمسألة الرقوم الآتية، فما الفرق؟ والظاهر أن الحكم واحد ولا فرق. (شامي) (قرئ).

(٥) إلا أن يقصدوا الحيلة، كأن يشتري ثياباً كل ثوب منها بدينار، ثم يرابح في الأدنى- فذلك لا يجوز. (بستان، وشرح أزهار). ما لم يبين ذلك. (قرئ).

(٦) أو لم يقسماها. (كواكب). ولفظ حاشية السحولي: إذا كانت المرابحة في بعضه مشاعاً جاز وفاقاً.

(٧) وذلك لأنه لا يعلم حصته من الثمن إلا بالتقويم؛ فيكون مظنوناً لا معلوماً. وحجة أبي طالب والشافعي: أن الظن كاف؛ إذ لا دليل على اشتراط القطع. وحجة الناصر ومالك: أنه إذا بين زال الخداع والخيانة عند المشتري، فإن رضي به دخل، وإن لم يرض به ترك. (بستان).

(٨) وعليه الأزهار في قوله: «أو بعضه».

بعض المبيع. وهذا في ذوات القيم، لا في المكيل والموزون فيصاح في بعضه^(١).
فَرَحٌ؛ وهكذا يأتي إذا اشترى جارية حبلئ أو ناقة حاملا أو شجرة مثمرة ثم
ولدت وأخذ الثمر وأراد بعد ذلك بيع الأم أو الشجرة مرابحة مع إسقاط حصة
الولد أو الثمر من الثمن فهو على هذا الخلاف^(٢)، فأما أخذه لما حدث بعد
الشراء من حمل أو ثمر أو غيره من الفوائد فلا يمنع من بيع الأصل مرابحة.

مسألة: ويعتبر معرفتهما بقدر رأس المال، فإن جهلاه معا^(٣) لم يصح
البيع^(٤)، إلا عند أبي حنيفة والإمام يحيى إذا عرفاه في مجلس البيع. وإن جهله
البائع وعرفه المشتري لم يصح، ذكره في التقرير والبيان والتذكرة والحفيظ، وقال
الفقيه علي: **بل يصح**^(٥)، وهو ظاهر اللمع في مسألة الرقوم. وإن جهله المشتري
وعلمه البائع صح وللمشتري الخيار، وعلى أحد قولي المؤيد بالله وأحد قولي أبي
طالب والشافعي: لا يصح.

مسألة: من باع ثوبا برقم^(٦) مكتوب فيه ثمنه فإن عرفا صحته وقدره^(٧)

(١) اتفاقاً.

(٢) يصح.

(٣) جملة وتفصيلاً.

(*) الأولى الصحة إذا عرف بعد المجلس كما في مسألة الرقوم. اهدلعه مع جهل صحة الرقم.

(٤) قوله: «لم يصح البيع» حجتنا أن ذلك كما لو باع ما لم يملك ثم ملكه في المجلس، وهاهنا
الثنى مجهول عند العقد، ومعرفته في المجلس لا تنزىل فساد. وحجتهم أن الإيضاح في
المجلس بعد الجهالة يلحق بالعقد كالتقايض في الصرف. (بستان).

(٥) وعليه الأزهار في قوله: «أو أحدهما..» الخ.

(*) وقال: إنه وفاق.

(٦) نحو أن يقول: بعث هذا الثوب بهذا الرقم. (تقرير).

(٧) وذلك بأن يكون الرقيم له أحدهما أو غيره ممن يثقان به. (شرح بهران) (قرئ). وقيل: لا
بد أن يكون عدلا. والقياس الأول.

صح البيع به مساومة ومراوحة، وإن جهلا صحته وعرفا قدره جاز البيع به^(١) مساومة^(٢) لا مراوحة، يعني فيكون للمشتري الخيار إذا بان ثمنه أقل من الرقم. وإن جهلا قدره^(٣) لم يصح البيع به مطلقاً^(٤)، إلا على قول أبي حنيفة والإمام يحيى كما مر، وإن عرفه أحدهما دون الثاني ففيه الخلاف الذي مر^(٥).

فرع: فلو جهلا قدره حال البيع وغيرهما يعرفه أو هما يعرفانه بعد البيع - نحو أن يكون في باطن الثوب المطوي - لم يصح^(٦)، ذكره في الشرح واللمع، وقال في التذكرة: يصح، وهو يأتي قول ابن أبي الفوارس الذي تقدم في فصل الشروط.

مسألة: ومن اشترى شيئاً بأكثر من قيمته رغبة فيه لم يجز أن يبيعه مراوحة حتى يبينه للمشتري، فإن فعل أثم وصح البيع^(٧) وخير المشتري متى علم به مع

(١) قال في التقرير: لا يجوز بيعه مراوحة في هذه الصورة؛ لأنه لا يتعين رأس المال.

(٢) وذلك لأن معرفة رأس المال فيها غير مقصودة، بخلاف المراوحة. (بستان).

(*) المساومة: حيث لم يأت بلفظ المراوحة ولا بلفظ التولية.

(٣) لعله مع جهل الصحة أيضاً. (قرر).

(٤) يعني ولو عرفاه في المجلس. (بستان).

(٥) المذهب يصح.

(*) وكذا يأتي لو قال: اشتريت منك بما في كيسي من الدراهم - فهو على هذا التفصيل.

(٦) وذلك لجهالة الثمن. وحجة القول الثاني: أن الثمن مع ذلك كالمعلوم جزافاً. وقد حمل قول الشرح واللمع على أن المراد حيث يتعذر معرفة الرقم ولا ترتفع الجهالة في ثاني الحال. وقول ابن أبي الفوارس هو في مسألة الظرف حيث قال: ولو كانت حصة وزن الظرف مجهولة في الحال فهي تعرف من بعد. (بستان).

(٧) أما الإثم فبعدم البيان للمشتري، وأما الصحة فكما لو اشترى المعيب جاهلاً لعيبه. وحجة أبي العباس قوله صلى الله عليه وسلم في خبر حبان: ((قل: لا خلافة)). أي: لا غرر، والظاهر أن البيع مع الخداع والخيانة لا ينعقد. قلنا: بل الظاهر انعقاده؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: ((ولك الخيار ثلاثاً))، وقد تقدم خبر حبان فخذ من موضعه. (بستان).

بقاء المبيع، ولا شيء له بعد تلفه، وقال أبو العباس: لا يصح البيع. وهكذا الخلاف فيما اشتراه من شريكه في المعاملة أو من عبده أو من سيده ثم باعه مرابحة ولم يبينه للمشتري، لا ما اشتراه من ولده أو زوجته أو مكاتبه فلا يجب بيانه عندنا^(١)، خلاف أبي حنيفة في الزوجة والولد^(٢)، وخلاف صاحبيه في المكاتب. وقال مالك والإمام يحيى: يجوز فيما اشتراه من عبده.

مسألة: وإذا اشترى اثنان سلعة بخمسين فاسترخصاها ثم تقاوماها بستين واشترى أحدهما نصيب صاحبه بثلاثين وأراد المرابحة فيها لم يزد على ما دفع، وهو خمسة وخمسون^(٣).

مسألة: ومن اشترى نصف عبد بمائة ثم اشترى رجل نصفه الآخر بمائتين ثم باعه مرابحة بربح مائة كانت بينهما نصفين^(٤) على قدر ملكهما^(٥)، وقال في الكافي والحنفية: بل أثلاثاً على قدر رأس مالهما. فإن باعه مولاة برأس مالهما اقتسماه أثلاثاً، وإن باعه مساومة بثلاثمائة اقتسماهما نصفين على قدر الملك^(٦). فأما في رجلين^(٧) لكل واحد عبد ثم باعاهما معا بألف فإنهما يقتسمانه على قدر قيمة العبدین^(٨).

(١) بل يجب بيانه على الصحيح، وهو ظاهر الأزهار.

(٢) في الغيث: قلت: جعلوا ضابط ذلك: من لا تصح شهادته له لم يجوز بيع ما اشترى منه مرابحة حتى يُبين. (غيث).

(٣) والوجه أنها حصلت له بذلك. (شرح بهران).

(٤) قيل: هذا ما لم يتبعوا الربح الدراهم. (قررو).

(*) وهذا إذا لم يرابحه على كل قدر منه بكذا؛ إذ لو كان كذلك لزم على قدر الدفع.

(٥) الأزهار: «وهو بين الشركاء حسب الملك، لا الدفع».

(٦) فإن باعه مخاسرة جاز، ويكون على حسب الدفع؛ لئلا يؤدي إلى استغراق حصة أحد الشركاء. (حثيث).

(٧) القياس: فأما رجلين بحذف «في».

(٨) مثاله: لو كانت قيمة أحدهما أربعمائة وقيمة الآخر مائتين، فإنهما يقتسمان الثمن أثلاثاً. (بستان).

مسألة: ويجوز أن يضم المشتري إلى الثمن ما لحقه من المؤن في المبيع، كالكرء وأجرة الخياطة والقصارة^(١) إذا كانت بالمعتاد، وكالجباء^(٢) ونفقة المبيع^(٣) وكسوته، ويبيعه مرابحة على ذلك، لكن يقول: قام علي بكذا^(٤)، ولا يقول: اشتريته بكذا؛ لئلا يكذب.

فرع: ولا يضم إلى الثمن نفقة نفسه، ولا ما غرم على المبيع في جبر نقص حصل فيه بعد شرائه له كالدواء والفداء وما غرم في علاج الشجة^(٥)، إلا أن يبين ذلك للمشتري أو يكون النقص حاصلًا في المبيع من قبل الشراء.

مسألة: من اشترى شيئًا بعشرة ثم باعه باثني عشر وقبضها^(٦) ثم اشتراه بعشرة جاز أن يبيعه مرابحة بعشرة ولو لم يبين ذلك للمشتري، خلاف أبي العباس وأبي حنيفة^(٧).

(١) فإن جلاه بنفسه لم يجز الضم؛ إذ لا يستحق بعمل نفسه أجرة. (بحر). وقيل: لا فرق. (قرئ).

(٢) ولو زائدًا على المعتاد. (قرئ).

(٣) إذا كانت للنماء لا للبقاء. وقيل: لا فرق. (قرئ).

(٤) هذا مستقيم، فلو قال: «رأس مالي كذا» فيحتمل المنع؛ لأن رأس المال في العرف هو الثمن لا غير، ويحتمل الجواز؛ لأن رأس المال عبارة عن الثمن والمؤن التي يطلب بها الربح. (بستان). ويكون من باب التغليب.

(٥) وفيما علق عن السيد الهادي في مداواة الشجة: إن كانت الشجة حادثة لم يضم الدواء، وإن كانت حاصلة حال البيع ضم الدواء كالقصارة. وقد ذكر هذا الفقيه علي، وفي تعليل الشرح: لا يضم ما أنفق للبقاء، لا للنماء فيضم كالقصارة. (رياض).

(*) فلو كان أرش الجناية كقيمته كأن يقطع ذكره ونحو ذلك فليل: الأقرب في هذا أن ينقص ما بين قيمته مجنبا عليه وغير [منسوبًا من الثمن]، وكذا سائر الجنايات. وينظر لو لم تنقص القيمة بذلك. (زهور). من حاشية على شرح «غالبا» في الأزهار من المرابحة ما لفظه: فإن لم ينقص منه شيء بالجناية لم ينقص شيء من الثمن.

(٦) حتى لا يكون كمسألة العينة.

(*) أو لم يقبضها. (قرئ).

(٧) فقالا: لا يربح إلا بثانية.

مسألة: من اشترى شيئاً ثم حدث به عيب عنده أو نقص لبنه لم يبعه مرابحة حتى يبين ذلك للمشتري، وكذا إذا رخص سعره أو تقادم عهده^(١)، خلاف الفقيه يحنى البحيح في تقادم العهد.

مسألة: وإذا حط البائع عن المشتري بعض الثمن أو أبرأه منه لم يبعه مرابحة إلا مع حط ذلك القدر؛ لأنه يلحق بالعقد^(٢)، خلاف الناصر والشافعي فيما كان بعد مجلس البيع، وكذا عندنا لو وقع الحط بعد بيع المراجعة فإنه يجب حطه عن المشتري الأخير، قال في التقرير: وكذا إذا وهب له البائع^(٣) بعض الثمن قبل قبضه^(٤). ولعل الهبة تكون كما إذا قضى عن الثمن عرضاً قيمته أقل منه^(٥).

مسألة: ومن اشترى شيئاً بعشرة ثم قضاه عنها ذهباً أو عرضاً: فإن كان يساها رابح عليها^(٦)، وإن كان يسوى أقل منها رابح على قدر قيمته، ذكره في الحفيظ والقاضي زيد^(٧)، وهو يأتي قول التقرير الذي مر، وقال في الكافي والتذكرة والشرح: بل على العشرة^(٨)، قال الفقيه يوسف: ولعل المراد^(٩) حيث لم يفعل ذلك حيلة^(٩).

(١) ولتقادم العهد تأثير في انتقاص ثمنه. (قرر).

(٢) هذا إذا كان قبل قبض الثمن، لا بعده فذلك تمليك وليس بحط. (شرح فتح) (قرر).

(٣) ومفهوم الأزهار والتذكرة والأثمار أنه لا يجب الحط في التمليك. والهبة كما يأتي في الشفعة. (شرح فتح).

(٤) ووجهه أن الهبة قبل القبض إسقاط. قلنا: لا بد من قبولها، فهو إذا تمليك.

(٥) فيكون على الخلاف الآتي.

(٦) وفاقاً. (كواكب).

(٧) واختاره المتوكل على الله عادت بركاته فيما إذا سلم المشتري للبائع في الشفعة عرضاً فيسلم الشفع قيمة العرض.

(٨) ومثل هذا ذكر لأهل المذهب في الشفعة حيث دفع عرضاً عن النقد فإنه يشفع بالنقد، لا بقيمة العرض، ذكر معناه في البحر.

(٩) ليرابح على الدراهم، بحيث يعرف المراجيح أنه لو طلب منه بئعه النقد ما اشتراه كما يفعله كثير من الناس. (رياض).

(*) فأما إذا قصد به الحيلة فإنه يخير المشتري مع جهله كما مر فيما اشترى بزائد رغبة. (بستان).

مسألة: وإذا اشترى رجلان شيئاً بعشرة ثم دفع أحدهما عرضاً يسوى أربعة عنهما بستة من الثمن، ودفع الثاني أربعة عنهما - ففي بيعهما له مباحة الخلاف الأول: هل على عشرة أو ثمانية، والربح بينهما نصفان، ولا يرجع صاحب العرض على صاحبه بشيء إن دفعه بغير إذنه؛ لأنه متبرع، وإن دفعه بإذنه عنهما معارجع على صاحبه بنصف قيمة العرض درهمين، فيتقاصان، وإن دفعه عما عليه وعن درهم مما على صاحبه^(١) يرجع على صاحبه سدس قيمة العرض ثلثي درهم.

فرع^(٢): وهكذا فيمن عليه دين قدر مائة درهم فأمر غيره يقضيها عنه، فقضى ذلك الغير عنها عرضاً يسوى خمسين، فإنه يرجع عليه بقيمة العرض فقط. ولعل هذا يستقيم^(٣) حيث أمره بقضاء الدين مطلقاً أو فوضه فيه، فأما حيث أمره بدفع مائة درهم ثم صالح عنها بعرض فإنه يرجع عليه بالمائة؛ لأنه كأنه باع العرض بالمائة. وهكذا فيمن ضمن على غيره بدين وهو مائة فصالح عنها بعرض فإنه يرجع على الغريم بمائة.

مسألة: من اشترى شيئاً في بلد بدراهم معلومة^(٤) ثم باعه مرابحة في بلد آخر بزيادة دراهم معلومة فالعبرة في رأس المال بدراهم البلد الأول ووزنها، وفي الربح بدراهم البلد الآخر ووزنها، ويكون للمشتري الخيار إذا لم يعلم عند

(١) بإذنه.

(٢) هذا الفرع لصاحب الكتاب. (بستان معني).

(٣) هذا مضروب عليه في أكثر النسخ، وظاهر المذهب لا فرق، وأنه لا يرجع إلا بقيمة العرض مطلقاً. (عامر). بل المقرر ما في البيان كما يأتي في الكفالة^[١]. ووجهه أنه قد ملكه ولو كان ما صالح به يسيراً، وكما لو اتهمه. اهـ وهو قياس ما يأتي في الغصب في قوله: «وإذا صالح غيره المالك..» إلخ.

(٤) وأغفل ذكر وزنها.

[١] لعله في قوله: مسألة: وإذا صالح الضامن صاحب الدين عن دينه بمعنى البيع رجوع بالدين على الغريم ولو كان ما صالح به دون الدين. (بلفظه). وهي الحادية عشرة مسألة من فصل الكفالة بالمال. (من خط سيدنا حسن).

شرائه أن رأس المال من غير نقد البلد الآخر.
مسألة: ومن جعل الربح عن كل عشرة من رأس المال درهماً صح^(١)، فإن
كان فيه كسر ففيه حصته من الدرهم، عن الخمسة نصف درهم، وعن الأربعة
خمساً درهم، ونحو ذلك.

(١) ويكون الربح على حسب الدفع. (من هامش شرح الأزهار بالمعنى) و(قرو).

فصل: [في التولية]

والتولية جائزة، وهي بيع المبيع برأس ماله من غير زيادة ولا نقصان^(١). فتصح بلفظها^(٢) نحو قوله: «واليتك هذا» ويقبل المشتري، ولو لم يذكر الثمن؛ لأنه في حكم المنطوق به كما في الإقالة، ذكره في الشرح، والمراد مع معرفتها^(٣) لقدره. وتصح بألفاظ البيع مع ذكر الثمن^(٤). وحكمها حكم المراجعة في معرفة قدر الثمن وجهله وفي مسألة الرقم ونحوه مما تقدم.

مسألة: وإذا وقعت خيانة من البائع للمشتري في بيع التولية أو المراجعة: فإن كانت في العقد - نحو أن يشتري ذلك بأكثر من قيمته رغبة فيه، أو مؤجلا ثم باعه بمعجل، أو قد تعيب عنده أو نقص لبنه، أو كان شراؤه من عبده أو شريكه - فإنه يثبت للمشتري الخيار مع بقاء المبيع^(٥)، ولا شيء له مع تلفه، إلا في العيب فيرجع بأرشه^(٦)، سواء كان من قبل الشراء الأول أو من بعده^(٧).

(١) ويكون على حسب الدفع لا الملك (حاشية سحولي معني) (قرئ).

(٢) إذا جرى به عرف. (قرئ).

(٣) أو أحدهما على ما تقدم من الخلاف والتفصيل. (مفتي).

(*) مسألة: لو قال المشتري لغيره: «شريت هذه السلعة بكذا وقد أشركت في نصفها» فقبل المخاطب - ملك نصفها بنصف الثمن، فإن لم يعين في كم أشركه فوجهان: الإمام يحيى أصحهما يفسد؛ للجهالة. وقيل: يصح وينصف؛ إذ هو الظاهر. قلت: والأول أقرب كالبيع. (بحر بلفظه).

(٤) ليس يقيد لازم. وقرئ البيان.

(٥) فإن تلف البعض فظاهر الأزهار أنه يرد الباقي ولا أرش للتالف، وعن المفتي: يكون كالعيب، فتلف البعض يمنع الرد ويرجع بالأرش^[١]؛ لأنه يؤدي إلى تفريق الصفقة، فيبطل الرد.

(٦) مع جهله وجهل كونه من عند المشتري. (قرئ).

(*) وقال في شرح الأزهار: لا أرش للعيب في التالف. اهـ مع علمه بالعيب وعلمه بأنه من عند المشتري. (من هامش شرح أزهار).

(٧) مع الجهل بكونه من عند البائع.

[١] للمبيع كله. (قرئ).

وإن كانت الخيانة في الثمن أو في المبيع، نحو أن يقول: «بعت منك برأس مالي وهو عشرة» وكان أقل، أو يكون قد نقص من المبيع بعضه - فإن علم المشتري بذلك بعد تلف المبيع رجع على البائع بالخيانة، ويطيب الربح كله للبائع^(١)، وقال الناصر: يرد منه بقدر الخيانة في الثمن. وإن كان المبيع باقيا على حاله ففي التولية يرجع بالخيانة، وعلى أحد قولي المؤيد بالله: ليس له إلا الخيار^(٢)، وفي المراجعة يكون له الخيار فقط^(٣). وعند زيد بن علي وأحد قولي المؤيد بالله: أنه يرجع بالخيانة. وعند أبي العباس والوافي: أن الخيانة تفسد بيع المراجعة والتولية مطلقا^(٤).

مسألة: ومن اشترى شيئا بثمانية ثم قال لغيره: «إنه اشتراه بعشرة» وباعه منه، فإن قال: «بعت منك برأس مالي وهو عشرة» فهذه خيانة، وفيها التفصيل والخلاف المتقدم، وإن قال: «بعت منك برأس مالي وربح كذا» كان البيع بثمانية^(٥) مع الربح، وإن قال: «بعت منك بعشرة» فهو عاص بذلك؛ لأنه غرر وخيانة، والبيع صحيح، لكن هل يكون للمشتري الخيار متى علم بذلك؟ فيه تردد^(٦)، وكذا حيث قال البائع للمشتري: «الصبرة عشرة أمداد» وهي أقل، ثم باعها منه جزافا، وكذا حيث قال المشتري للبائع: «حقك هذا كذا» وهو أكثر، والبائع جاهل له، ثم باعه منه جزافا، وقد رجح الفقيه علي في ذلك كله ثبوت الخيار

(١) إلا أن يرابحه على قدر من الثمن قدرا من الربح سقط بحصة الخيانة. (مفتي).

(٢) ومثله عن زفر وأحد احتمالي القاضي زيد. قلنا: الخيانة في التولية تخرجها عن بابها.

(٣) بين الرضا ولا أرش والفسخ (حاشية سحولي لفظاً) و(قررو).

(*) في الباقي، والأرش في التالف. (قررو).

(٤) سواء كانت في العقد أو في الثمن أو في المبيع.

(٥) إذا بين المشتري أن الثمن ثمانية أو صادقه البائع فيه. و(قررو).

(٦) يثبت له الخيار. (زهور). في الباقي، والأرش في التالف. (قررو).

للمغرور مع بقاء المبيع^(١)، وهو يفهم من كلام أبي طالب، ورجح الفقيه حسن عدم الخيار، وهو يفهم من كلام المؤيد بالله^(٢).

(١) الأزهاري والأرش في التالف. و(قرئ). فيرجع بقيمة ما زاد المشتري حيث هو الغار، وبقيمة ما نقص البائع حيث هو الغار. (قرئ).

(٢) ما ذكره المؤيد بالله إذا كانت العادة جارية أن الجفان تصنع من عود مخصوص فبان من غيره فلا خيار يدل أنه لا خيار هنا. (زهور). والأصح ثبوت الخيار كما ذكره أبو طالب في بيع الجزاف أن البائع إذا علم ثبت للمشتري الخيار، وفي خبر تلقي الركبان دلالة على ثبوت الخيار. (رياض).

فصل: في الإقالة

لها شروط أربعة:

الأول: لفظها^(١)، نحو: «أقلتك» أو «قايلتك» أو «تقايلنا» أو «لك الإقالة» أو «لك القبلة»^(٢)، ذكره في التقرير، وكذا ما جرى به العرف، نحو: «أنت مقال». قال في الحفيظ: وكذا «أقالك الله». ولعله حيث جرى به العرف. وقال أبو العباس والإمام يحيى: إنها لا تحتاج إلى لفظها. وهذا إذا أراد الإقالة التي لها حكم مخصوص، فأما الفسخ فهو يصح بكل ما جرت به العادة، نحو: أبطلنا البيع، أو نقضناه، أو رفعناه، أو خذ حقلك، ويقبل الثاني أو يقبض^(٣).

الثاني: بقاء المبيع، فلا تصح الإقالة في التالف^(٤)، إلا أن يتراضيا على رد قيمته جاز^(٥). قال في الشرح: وكذا في الرد بالعيب وبخيار الشرط فلا يصح في التالف إلا بالتراضي على رد القيمة. وقال الشافعي: تصح الإقالة في التالف بالقيمة. قلنا: ولا تصح الإقالة في بعض المبيع مفرزا حيث لم يتميز ثمنه^(٦).

(١) هذا إذا كانت ممن يمكنه التلفظ، وإلا صحت بالإشارة. (قررو).

(٢) بكسر القاف وفتحها.

(٣) ولا تكون بيعا في حق الشفيع ولا في غيره. (قررو).

(*) الذي اختاره في الغيث أن القبض لا يكفي. (قررو) يحقق. بل يكفي القبض من الآخر ما هو له في مجلسه. (شرح فتح) (قررو).

(٤) حساً أو حكماً. (قررو).

(٥) كالفسخ بالتراضي، والمراد بالقيمة يوم العقد؛ إذ الثمن مقابل لأجزاء المبيع في وقته باعتبار القيمة. وقيل: يوم التلف؛ لأنها فسخ من حينه؛ لأنها بالتراضي. (شامي) (قررو).

(٦) المذهب أنه يصح، وتنسب القيمة من الثمن كالمرايحة، ذكره الإمام شرف الدين عليه السلام.

(*) وذلك لجهالة حصته، ولما فيه من تفريق الصفقة على البائع، فأما إذا تميز الثمن فيصح؛ لأن تميز الأثمان بمنزلة العقود. (بستان). والقياس الصحة مطلقاً كما هو ظاهر الأزهار. (شامي).

الثالث: أن لا يكون المبيع قد زاد زيادة لا يمكن فصلها عنه^(١)، كالسمن^(٢) والكبر وزيادة الثمر أو الشجر وصبغ الثوب وقصارته ودبغ الأديم ونحو ذلك؛ لأن الإقالة لا تقع إلا على ما انطوى عليه العقد، وكذا في الفسخ^(٣). فأما الزيادة التي يمكن فصلها فلا تمنع الإقالة، كالحمل والصوف والثمر، خلاف الفقيه محمد بن سليمان.

الرابع: أن تكون واقعة بين المتعاقدين^(٤)، فلا تصح من غيرهما، وقد ذكر المؤيد بالله أن الوصية بالإقالة تصح^(٥). ولعله لا يخالف هذا؛ لأنها تكون بين الموصي والذي باع منه أو اشترى.

فرع: فلو كان العاقد وكيلا لغيره بالبيع أو بالشراء فهل تصح الإقالة أو الفسخ من الموكل؟ يحتمل أن لا تصح؛ لأن العاقد غيره، ويحتمل أن تصح؛ لأنه المالك، ولأن ذلك لا يصح من الوكيل لو فعله. ولعل هذا أرجح.

(١) فإن زاد ثم عاد إلى حالته الأولى لم تصح الإقالة. فإن زاد بعضه دون بعض صحت الإقالة في الذي لم يزد، ويقسم الثمن على قدر القيمة. (من حواشي شرح الأزهار) (قررو).

(٢) إن قلت: المبيع مع زيادة غير متميزة كالسمن يصح فسخه بالتراضي أو الحكم مع أن الزيادة للمشتري؛ إذ هي نماء ملكه، وقد شملها الفسخ، فكذا الإقالة. (مفتي). ولو قيل: فسخ المعيب بالتراضي بمنزلة عقد جديد فتدخل فيه الفوائد الأصلية، بخلاف الإقالة فهي فسخ للعقد الأول في غير حق الشفيع، ومن حقه أن يرد المبيع على حاله وقد تعذر هنا فافترقا- لم يبعد ذلك. (شامي).

(٣) أما الفسخ فالقياس أنها لا تمنع في خيار الرؤية والشرط؛ لأن أهل المذهب لم يذكروا حكم الزيادة فيهما، وأما العيب فقد ذكر حيث الزيادة من فعله.

(٤) أي: المالكين. (قررو). أو الوليين لمصلحة، لا الفضوليين. (قررو). ولا الوكيلين. (قررو).

(*) وتصح الإقالة من صبي بلغ فيما باع وليه، لا من الوارث فلا تصح، وهو المذهب. (هاجري). (قررو).

(٥) وكذا الفسخ. (قررو). وإذا امتنع الوصي فسخه الحاكم. (غاية) (قررو).

مسألة: والإقالة في الصرف والسلم قبل قبضهما فسخ وفاقاً^(١)، وأما في البيع: ففي حق الشفيع بيع^(٢) يجدد له حق الشفعة إذا كان قد أبطلها، خلاف الشافعي، وفيما عداه^(٣) إن وقعت قبل قبض المبيع فقال أبو طالب: إنها فسخ وفاقاً، وقال في الكافي واللمع: لا تصح على القول بأنها بيع، وإن وقعت بعد القبض فهي فسخ عند أبي طالب وأبي العباس وأبي حنيفة والشافعي، وعند زيد بن علي والناصر والمؤيد بالله أنها بيع.

وفائدة الخلاف في أشياء، منها: أنه يصح قبولها من الغائب^(٤) في مجلس علمه بها. ومنها: أنه لا يصح الرجوع عنها قبل قبولها^(٥)، ذكره بعضهم، وقال الفقيه يوسف: بل يصح. ومنها: أنه يجوز أن يتولى طرفيها واحد^(٦). ومنها: أنها لا

(١) ظاهره ولو في حق الشفيع. (قرر). وعن الإمام عز الدين عليه السلام أنها بيع في حق الشفيع في الصرف والسلم كغيره.

(*) ينظر في ثمن السلم لو كان أرضاً ثم تقايلاً قبل القبض هل تصح الشفعة؛ لأنه بيع في حق الشفيع كما قال الإمام المهدي عليه السلام: إنها تصح الشفعة قبل القبض، أم لا تصح؛ لأنها قبل القبض فسخ؟ ينظر ويحقق.

(٢) وعلى قولنا: «إنها بيع» تفارق البيع في أربعة أحكام، وهي: لفظها، وترك تسمية الثمن، وفي صحة الزيادة والنقصان في الثمن في باب البيع لا هنا، وفي صحة الشروط في البيع من الأجل والخيار لا فيها. (زهور).

(*) من غير فرق بين قبل قبض المبيع أو بعده.

(*) ولو ما ملك السبب إلا بعد العقد للبيع. (قرر).

(*) في العقد الصحيح. (قرر).

(٣) أي: حق الشفيع.

(٤) وأما إذا كان حاضراً في المجلس حال الإقالة فقام من غير قبول كان هذا إعرافاً، فلا يصح ولو قلنا: إنها فسخ. (زهور، وشرح أزهار).

(٥) وعليه الأزهار.

(٦) من ولي أو وكيل.

تلحقها الإجازة^(١). ومنها: أنها تصح قبل قبض المبيع.
ومنها: أنه يصح تصرف البائع في المبيع بعدها وقبل قبضه^(٢). ومنها: أنه إذا شرط فيها زيادة على الثمن أو نقصان منه أو تأجيله أو رد غير جنسه لم يصح الشرط، وتصح الإقالة^(٣)؛ لأن الشروط الفاسدة لا تفسد الفسخ، وكذا في الرد بالعيب، إلا أن يقع التراضي بذلك بعد الإقالة أو الفسخ جاز.
ومنها: أنه يصح تعليقها بشرط أو وقت مستقبل^(٤)، سواء كان معلوماً أو مجهولاً على الأصح^(٥)، وقال الفقيه محمد بن سليمان: لا يصح الفسخ المعلق بشرط. وكل هذا على قولنا: إنها فسخ، وعلى القول بأنها بيع تنعكس هذه الأحكام. وتفسد الإقالة مع الشرط الفاسد.
مسألة: ولا يجب رد شيء من فوائد المبيع^(٦) قط؛ لأنها فسخ من حينها فقط. ولا تصح^(٧) قبل البيع ولو أضيفت إلى بعده كالطلاق، ذكره في الشرح.

(١) ما لم تكن عقداً. (قررو).

(٢) فلو تلف قبل قبضه في يد المشتري تلف من مال المشتري. (قررو).

(٣) إن جعله عقداً، لا شرطاً فلا تصح إلا بحصوله. اهـ ولا يلزمه إلا الثمن، فيرجع بالزائد. يقال:

إذا رجع فيه لم تقع الإقالة؛ لأن المقصود تملك الزائد. (من شرح الشامي) و(قررو).

(٤) ومن هنا يؤخذ صحة بيع الرجاء. (مفتي). ما لم يقتض الربا. (قررو).

(٥) في (د): في الأصح.

(٦) وتبقى للصالح بلا أجره وفاقاً. (زهرة) (قررو).

(٧) كان الأولى جعلها هنا مسألة.

فصل: في القرض (١)

هو من القرب العظيمة؛ لأنه يحصل به كشف كربة (٢)، وقد قال ﷺ: ((القرض أفضل من الصدقة))، وعنه ﷺ: ((أنه يحصل للمقرض بكل مثقال ذرة في كل يوم ألف حسنة (٣)، وفي حديث آخر: ((إن قرض درهم أفضل من صدقة درهم فوق درهم إلى السماء)). رواه في المنهاج (٤).

ويستحب للإنسان أن يستقرض ولو لم يحتج إليه؛ ليحصل له الثواب بالعزم على قضائه وبحملة إلى صاحبه؛ لما في الحديث أنه يكتب من المفلحين، وأنها تكتب له براءة من النار (٥).

مسألة: وإنما يصح القرض في ذوات الأمثال مع ضبطها بالوزن أو الكيل،

(١) مسألة: ولا بد أن يكون المقرض والمستقرض جامعين لشروط البيع، وإلا كان باطلاً، فحكمه ما مر.

(٢) قوله: «كشف كربة» يعني وقد قال ﷺ: ((من كشف عن مسلم كربة من كرب الدنيا كشف الله عنه كربة من كرب الآخرة))، وفي حديث: ((من كرب يوم القيامة)). وقوله: ((أفضل من الصدقة)) قال في الانتصار والزهور: لأن الصدقة قد تصادف الحاجة وقد لا تصادف، والإنسان لا يسأل القرض إلا إذا كان محتاجاً إليه. وفيه آثار كثيرة غير ما ذكره في الكتاب. (بستان).

(٣) مستمرّاً، وهو الظاهر. وقيل: حتى يقبضه.

(٤) شرح السيلقية للقاضي محمد بن حمزة بن مظفر، فإذا أطلق في هذا الكتاب فهو للمذكور. اهـ. ويسمى منهاج الأبرار الجامع بين الحديقة للمنصور بالله والأنوار للإمام يحيى، وكلاهما من شروح السيلقية.

(٥) قلت: والتعفف عن ذلك أفضل وأسلم من الخطر؛ لما ورد من التشديد في حق من مات وعليه دين لم يترك له قضاء، كحديث أبي موسى أن رسول الله ﷺ قال: ((إن من أعظم الذنوب عند الله بعد الكبائر التي نهى الله عنها أن يموت الرجل وعليه دين لا يدع له قضاء)). أخرجه أبو داود. (شرح بهران).

وفيهما يمكن ضبطه من ذوات القيم بالوزن^(١) والوصف معا، كالحبز والحطب والخشب والقصب والبقل والرياحين، فيملك بقبضه ولو لم يتصرف فيه، خلاف بعض أصحاب الشافعي، فيصير به غنياً، وتلزمه زكاته^(٢)، ويلزمه الحج حيث أمكنه بعد قبضه.

مسألة: ويلزم المستقرض رد مثله في القدر والجنس والنوع والصفة ولو رخص سعره أو غلا، إلا في الفلوس^(٣) ونحوها إذا كسدت بعد قرضها فعند أبي طالب والشافعي والفقهاء يحمي البحيح: أنها مثلية، فيرد مثلها، ويصح البيع بها على الذمة، ويدخلها الربا في بيع بعضها ببعض، ذكره في التذكرة. وعند أبي العباس والمنصور بالله والكافي وأبي حنيفة: أنها قيمية، فلا يدخلها الربا بالتفاضل^(٤)، ولا يصح البيع بها على الذمة^(٥)، وأما في الرد فقال أبو حنيفة: يرد مثلها^(٦)، وقال أصحابه والفقهاء محمد بن يحيى وعلي وحسن: يرد قيمتها يوم قبضها. وهذا حيث تكون نافقة على سواء في مضيها والتعامل بها، فأما حيث تكون غير نافقة

(١) ووزن. (هداية). وقيل: وإن لم يوزن، وهو ظاهر الكتاب، [إلا مع الشجار فلا بد من الوزن]. ومعناه عن المفتي.

(٢) بعد مضي حوله أو حول ما انضم إليه من مال. (برهان).

(٣) الدراهم المغشوشة، ذكره في الحفيظ. وفي حاشية: الفلوس هي غير المغشوشة؛ لذكرهم في المضاربة صحتها في المغشوشة.

(٤) حيث لا توزن. (قررو).

(٥) وكذا التأجير بها على الذمة لا يصح. (قررو).

(٦) ولعله القوي للمذهب إذا لم تكسد، فإن كسدت فالواجب قيمتها^[١] قبل كسادها؛ لأنه نقصان صفة، وهكذا النقود المغشوشة، وهكذا الخالص أيضاً إذا تغيرت ضربته للكساد أو أبطل؛ لأنه نقصان صفة، والواجب ردها كاملة الصفة. وقيل: أما الخالص فيجب رد مثلها؛ لأنها مثلية.

[١] وقال في الفتح ما لفظه: وأما في القرض فيجب أن يرد المقرض مثلها كاسدة؛ إذ هو الواجب في القرض. (قررو).

أو مختلفة في مضيها فهي قيمة وفاقاً، وإذا وقع البيع بها على الذمة لم يصح.
مسألة: ويجب رد القرض في موضعه^(١)، فمن طلب تسليمه في غير موضعه لم يجب له، ذكره أبو جعفر وأبو مضر وابن أبي الفوارس، وكذا عندهم في الثمن والأجرة والمهر حيث لم يقع فيها شرط، وقد تقدم قول الهدوية^(٢): إنه لا يعتبر في الدين موضع العقد. فقال الفقيه محمد بن سليمان: إن هذا هنا على أصل المؤيد بالله وإنهم يختلفون في الكل. قال الفقيه يحيى البحيح: والأصح قول الهدوية^(٣).
مسألة: وأجرة الكيال والوزان والنقاد على من عليه الحق^(٤) إن كان قبل قبض صاحب الحق له^(٥)، وللمؤيد بالله قولان في التخلية هل يبرأ بها من عليه

(١) وهو الميل. وقيل: المنزل. (قررد).

(*) إلا إذا طلبه المالك حيث كان موجوداً. اهـ ومعناه في الكواكب: وقد تقدم مثله في البيان في العيوب في قوله: مسألة: وللمشتري الرد بالعيب على المالك أينما وجده.. إلخ.
 (٢) يعني كلام القاضي زيد للمذهب. (بستان). في قوله: مسألة: وللمشتري الرد بالعيب على البائع أينما وجده.. إلى آخره، في فصل: وإذا لم يقع من المشتري رضا بالعيب، قبيل قوله: مسألة: من جرح بقرة.. إلخ.

(٣) فيما لم يلزم بعقد.

(٤) مسألة: العترة والفريقان: وأجرة نقاد القرض على المقرض؛ إذ عليه تمييزه من ماله، فإن طلب المقرض الإعادة فعليه. (بحر). حيث لم يتبين خلل الأول. اهـ وعند القضاء على المستقرض، والوجه ظاهر. (شرح أثمار).

(٥) قال في التقرير: فأما بعد قبضه له فهي عليه. قال الوالد: والمراد إذا قبضه على سبيل الرضا به، لا ليتعرف حاله بالانتقاد أو الوزن ونحوه. (بستان).

(*) قال سيدنا إبراهيم السحولي رحمته الله: ويأتي مثل هذا لو طلب إعادة الكيل أحد الشركاء وسائر التقديرات أن تكون الأجرة عليه للإعادة، وكذا فيما يفعله الحكام من الإرسال للمأمون من قبلهم للاطلاع على محل التشاجر فيما بين الخصمين لو طلب أحدهما الاطلاع لغرض يدعيه بعد تقدم ذلك، فعلى قياس ما ذكره أهل المذهب في القرض يلزم أن تكون الأجرة في الإعادة على الطالب. (سماعا منه رحمته الله). حيث لم يتحقق الخلل، وإلا كانت على الجميع؛ لأنه انكشف خلل الأول. (قررد).

الدين^(١) أو لا بد من القبول معها، وكذلك في تخلية الشيء المغصوب^(٢) أيضاً. وأما أجرة من يمسح الأرض أو يذرعه حيث باع منها قدراً معلوماً^(٣) بالذرع فإنها على البائع.

مسألة: والتأجيل بالقرض لا يصح؛ لأنه لا يستند إلى عقد، خلاف أحد قولي أبي طالب وأحد قولي أبي العباس ومالك. وهكذا في كل دين لا يستند إلى عقد^(٤)، كقيم المتلفات وأروش الجنائيات^(٥) والغصب، وما كان يستند إلى عقد^(٦) كالثمن والأجرة والمهر فإنه يصح التأجيل به إذا كان إلى وقت معلوم لا يختلف^(٧).

مسألة: والأجل الصحيح حق لمن عليه الدين، ولا يبطل بموته، خلاف الفريقين، ولا يصح رجوع المؤجل عنه^(٨)، وإن تبرع من عليه الدين بتعجيله صح ولزم صاحبه قبوله إذا كان مثل حقه قدراً ونوعاً وصفة، وكان يمكنه قبضه من غير مانع له، ولم يكن يخاف عليه من ظالم، ولا يخشى عليه الفساد إلى أجله، ولا له مؤنة إلى أجله، ولا له غرض في تأخيره إلى أجله.

مسألة: وما كان لا ينضبط بالوزن ويكثر التفاوت فيه^(٩) من ذوات القيم

(١) لا يبرأ. (قرئ).

(٢) يبرأ. وعليه الأزهار في الغصب بقوله: «وبالتخلية الصحيحة وإن لم يقبض».

(٣) غير مشاع، نحو ثلث أو ربع.

(٤) صحيح. (قرئ).

(٥) يعني بإنظار صاحب الحق، وأما ما هو مؤجل شرعاً—وذلك كما تحمله العاقلة وما يحمله الجاني—فذلك لازم كما سيأتي.

(٦) صحيح. (قرئ).

(٧) لا كالدياس ومجيء القافلة فذلك لا يصح.

(٨) أي: عن الأجل.

(٩) ما زاد على نصف العشر. (قرئ).

فلا يصح قرضه، وذلك كالحيوانات والحلية التي فيها صنعة لا تنضب، والآنية، وكذا الثياب، وقال الفقيه يحيى البحيح: إنه يصح قرضها كما يصح السلم فيها^(١). وقال الباقر والصادق والقاسم والشافعي: يصح قرض الحيوانات^(٢) إلا الأمة^(٣).

مسألة: ولا يصح قرض ما يتفاوت من الحب كالغليل^(٤) المخلوط من البر والشعير والذرة المختلفة، والتي فيها بلل أو ديل^(٥) أو حماط أو واقز إذا كان ذلك مما لا يتسامح به وتختلف القيمة باختلافه، فيكون ذلك الحب قيميا لا يصح قرضه؛ لتفاوته.

مسألة: والقرض الفاسد إذا كان فساده لأجل الربا لم يملك وفاقاً، وإن كان لأجل الجهالة فقال الفقيهان يحيى البحيح وحسن: إنه يملك بقيمته^(٦)، كما في البيع الفاسد. وقال المنصور بالله وابن أبي الفوارس: إنه يصح الرجوع فيه^(٧)، ويجب رده ما دام باقياً، وإن تصرف فيه المستقرض ببيع أو نحوه صح تصرفه؛ لأنه قد سلطه عليه المقرض، ويضمنه بقيمته. وقال القاضي زيد والقاضي جعفر

(١) يعني الثياب. قلنا: القرض يفتقر إلى الضبط أكثر من السلم. (بستان). (مر).

(٢) وحجتهم أنه ﷺ استقرض بكرًا ورد بكرًا أحسن منه، وقال: ((خياركم أوفاكم قضاء)). ذكر معناه في البستان، وحمله أهل المذهب أنه بالقيمة. ولفظ البستان: وحجتهم أن النبي ﷺ كان يستقرض إلى إبل الصدقة ويقضي منها، واستقرض بكرًا ورد بازلاً. وحجتنا أنها قيمة فلا يجوز قرضها كالجواهر والآلئ، وأما اقتراضه ﷺ إلى إبل الصدقة فهو جائز؛ لأنه لا يثبت على ذمته؛ لأنه إنما اقترضه للمساكين؛ ولهذا قضاه من إبل الصدقة. (بلفظه). يحقق. وفي البحر في الرد عليهم: قلت: قضاء عن القيمة بالتراضي.

(٣) وأجاز قرضها المزني وداود وابن حزم. (زهور).

(٤) وهذا مع عدم ظن الاستواء، وإلا فهو مثلي. (قر).

(٥) أي: الدفين.

(٦) وعليه الأزهار في قوله: «وفاسده كفساد البيع».

(*) يوم القبض.

(٧) من غير فسخ ولا مرضاة ولا حكم.

وأبو مضر: إنه لا يملكه ولا يصح تصرفه فيه، بل يجب رده لمالكه مطلقاً^(١).
مسألة: ومن قبض من غيره مالاً في بلد ثم كتب إليه من بعد كتاباً - وهو يسمى سفتجة^(٢) في لغة الحبش - ليأخذ عنه عوضاً في بلد آخر، فإن كان قبض المال وديعة أو نحوها^(٣) جاز ذلك إذا رضي به المكتوب إليه، وإن كان قبضه قرضاً فإن فعل ذلك تبرعاً منه أو بطلب المقرض له بعد القرض جاز، وإن كان بطلبه حال القرض لم يجوز^(٤)؛ لأنه ربا؛ لقوله ﷺ: ((كل قرض جر منفعة فهو ربا)).

مسألة: وإذا رد المستقرض أكثر مما عليه أو أفضل منه: فإن كان تبرعاً منه^(٥) ولم يشرطه المقرض ولا أضمره عند الإقراض جاز، وإن كان شرطه فهو ربا، وإن كان أضمره في نفسه أنه ما أقرضه حقه إلا ليرجع له خير منه فذلك ربا^(٦)، وإن أضمر أنه يأخذ ما أعطى هل مثل حقه أو أفضل جاز.

مسألة: من أقرض حبه عند الخوف عليه من البلبل أو الواقر إذا بقي فقال

(١) سواء كان باقياً أو قد أخرجه عن ملكه.

(٢) قال عليه السلام: وهو اسم فارسي جعل عبارة عن الورقة التي كتبها من قبض الدراهم. (بستان). وقال النووي: السفتجة بفتح السين المهملة والتاء المثناة من فوق بينهما فاء ساكنة وجيم: هي كتاب صاحب المال إلى وكيله في بلد آخر ليدفع إليه بدله. وفي القاموس: بضم السين وفتح التاء.

(٣) عارية أو إجارة.

(٤) إلا أن تستوي المنفعتان جاز ذلك. (حفيظ). وقواه السحولي؛ لأن العين تكون مقابلة للعين والمنفعة مقابلة للمنفعة. وقواه المفتي ومشائخ دمار، ومثله عن الإمام القاسم بن محمد عليه السلام. (قررو).

(٥) لكن يقال: إذ أتى بلفظ القضاء فقد تقدم أنه من ألفاظ البيع، فله حكمه. أو يقال: هنا حيث قضاه من غير لفظ، فينظر.

(٦) وظاهر الأزهار خلافه في قوله: «غير مشروط.. الخ، فمفهومه: لا مضمر.

الفقيه علي: لا يجوز؛ لأنه قرض جر منفعة، وقال أبو مضر: بل يجوز. ولعله أولى؛ لأن المنفعة هنا ليست من المستقرض، كما إذا قصد به لأجل الثواب.

مسألة: وإذا أهدى من عليه الدين لصاحبه هدية أو نحوها: فإن قصد بها المجازاة بالإحسان على إقراضه له أو على تأجيله بالدين في الماضي جاز ذلك، وإن قصد بها لينظره بالدين ويصبر عليه فهو ربا وفاقاً^(١).

مسألة: من أخذ من مال غريمه شيئاً عن دينه فمع عدم تمرده عن دينه لا يجوز وفاقاً، ومع تمرده يجوز بأمر الحاكم^(٢)، وأما بغير أمره فقال الهادي: لا يجوز مطلقاً^(٣)، وقال المنصور بالله والشافعي: يجوز مطلقاً، قال المنصور بالله: ولو من ودیعة له معه، وقال المؤيد بالله^(٤) وأبو حنيفة: يجوز من جنس دينه لا من غير جنسه.

(١) الذي يختار لمذهب الهادي عليه السلام أن المضمّر كالمظهر في العقود والتبرعات مطلقاً، والذي يختار لمذهب المؤيد بالله أنه لا حكم للضمير في العقود، لا في التبرعات فيوافق الهادي، ذكره الكني والفقيه يحيى البحيح.

(٢) فإن لم يكن ثمة حاكم استأذن من رجل يصلح حاكماً. (قررو).

(*) فإذا تعذرت عليه المحاكمة جاز من الجنس وغيره. (بحر).

(*) قال أبو مضر: بالإجماع، وأما بغير أمره فقال الهادي عليه السلام: لا يجوز مطلقاً لا من الجنس ولا من غيره؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ [البقرة: ١٨٨]، ولقوله صلى الله عليه وآله: ((لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيبة من نفسه))، ولقوله صلى الله عليه وآله: ((أد الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك)). وقال المنصور بالله والشافعي: يجوز مطلقاً من الجنس وغيره؛ لقوله تعالى: ﴿وَجَزَاءٌ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا﴾ [الشورى: ٤٠]، ولقوله صلى الله عليه وآله هندا: ((خذي ما يكفيك أنت وولدك)) ولم يفصل بين الجنس وغيره. وحجة المؤيد بالله وأبي حنيفة قوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ﴾ [النحل: ١٢٦]، وقوله تعالى: ﴿فَمَنْ اِعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اِعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤]. (بستان).

(٣) وهذا ما لم يكن الذي له عند خصمه هو عين حقه، فإن كان عين حقه كالغصب والوديعة جاز له أخذ ذلك من غير حكم ولا تراض، ولو لم يمكنه ذلك إلا بقتله جاز له، وهذا قول الهادي عليه السلام. (حاشية سحولي). (قررو).

(٤) وهذه الأقوال في المجمع عليه، لا في المختلف فيه فلا بد من الحكم وفاقاً. (ثمرات من تفسير قوله تعالى: ﴿فَمَنْ اِعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اِعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾). (قررو).

فرع: فلو كان مع صاحب الدين وديعة لغريمه أو شيء مشترك بينهما وأراد حبس ذلك عنه حتى يقضيه دينه فقال المؤيد بالله: لا يجوز^(١). وهو يأتي قول الهادي. وقال الحقيني: يجوز. وهو يأتي قول المنصور بالله.

مسألة: إذا ثبت لكل واحد من شخصين دين على صاحبه: فإن اختلف الدينان في الجنس أو النوع أو الصفة لم يتقاصا، إلا أن يتراضيا بذلك^(٢)، وإن اتفقا في ذلك كله فقال المؤيد بالله والأكثر: إنهما يتساقطان^(٣)، فإن كان أحدهما أكثر بقي الزائد لصاحبه. وقال الناصر: لا يقع القصاص إلا بالتراضي. وخرجه المؤيد بالله للهادي.

مسألة: وكل دين يثبت برضا مالكة فلا يجب قضاؤه حتى يطلبه صاحبه، وكذا إن كان مؤجلا وحل أجله لم يجب قضاؤه إلا بعد الطلب، قال الإمام المهدي أحمد بن يحيى: أو يغلب بظنه أن صاحبه لا يرضى بتأخيره فيجب^(٤). وكل دين ثبت بغير رضا مالكة ولا مالك التصرف عليه فقضاؤه واجب؛ لأنه مطالب فيه من جهة الله تعالى في كل وقت.

مسألة: ومن ثبت عليه دين ليتيم أو مسجد أو نحوه فإن كان ثبوته عليه على وجه التعدي فهو مطالب به في كل وقت، وإن كان ثبوته عليه على وجه يجوز له لم يجب قضاؤه^(٥) حتى يطلبه من له ولاية عليه أو يعرف أن مالكة محتاج إليه.

(١) قال الفقيه يوسف: ولعله أراد إذا كان من غير جنسه. (زهور). وقيل: بل مطلقا؛ لأنه معه أمانة، فلا يجوز [يخونه (نخ)] فيها إلا بأمر الحاكم. (تعليق).

(٢) وينظر هل لا بد من لفظ تملك أو قضاء أو صلح أو نحو ذلك؛ إذ المعاوضة غير مملكة؟ (مفتي). في حاشية: ولا بد من الإيجاب والقبول. هذا صحيح حيث أراد منع الرجوع عن المعاوضة. (سيدنا عبد الله بن حسين دلامة رحمته الله) و(قررو).

(٣) مع اتفاق المذهب، أو مع التراضي أو الحكم. (قررو).

(٤) وقيل: لا يتضيق إلا بالطلب لفظا؛ لأن الساكت أسقط حقه. (سماع سحولي).

(٥) أي: لم يتضيق.

مسألة: وعارية الدراهم والدنانير والحب إن كانت للعيار عليها أو للحك بالدنانير في العين^(١) أو لحك بعضها في بعض للاختبار فهي عارية صحيحة، وكذا للتجمل بها، وإن كانت للانتفاع بها مع إتلافها^(٢) أو إمضائها^(٣) فهي قرض^(٤). وعارية أواني الذهب والفضة لا تصح إلا للتجمل بها، ولا تكون قرضاً؛ إذ لا يصح قرضها^(٥).

(١) وهذا مع القطع بالشفاء، وإلا يجوز كما يأتي.

(*) الجارحة.

(٢) كالحب.

(٣) كالدراهم.

(٤) ويكون قرضاً صحيحاً. (معيار). وهو ظاهر الأزهار في العارية. وقيل: فاسد؛ لعدم الإيجاب.

(*) مع علم المالك أنه يريد إتلافه، وإلا فغصب. (مفتي).

(٥) حيث كان هناك صيغة بليغة تخرجها عن حد الضبط، وإلا فهي مثلية. (قررو). فيجب رد مثله. (قررو).

فصل: في الصرف

هو يصح بلفظه^(١) أو بسائر ألفاظ البيع، ويصح ولو لم يحضر النقدان عند العقد ولو لم يملك^(٢)، وقال الناصر وأبو جعفر: لا بد من حضورهما حال العقد. فلو باع ديناراً بعشرة دراهم وهما لا يملكان شيئاً من ذلك ثم استقرضاه أو اتبياه وتقابضا قبل افتراقهما صح عندنا.

وشروطه أربعة:

الأول: أن يكون عقده منبرماً لا خيار فيه بعد افتراقهما، فإن شرط فيه خيار فسد، إلا أن يبطل من له الخيار خياره قبل افتراقهما صح. ويثبت فيه خيار العيب، لا خيار الرؤية بعد افتراقهما^(٣). ولا يصح موقوفاً على الإجازة بعد افتراقهما^(٤)، خلاف أصحاب أبي حنيفة.

(١) في غير المحقر. (قرئ).

(٢) أما السبائك فهي مبيع، فلا بد من وجود أحدهما في الملك حيث المقابل لها نقد؛ لأنها مبيع. اهـ. وفي بعض الحواشي: وإن صرف سبائك بنقد اشترط ملك السبائك؛ لأنها مبيعة هنا، وأما سبيكة بسبيكة فلا يشترط الملك، وهذا خاص في الصرف، وإلا فهو بيع معدوم، ذكره الصعيتري.

(٣) وأما قبل افتراقهما فيصح. ولعل المراد حيث كانا من السبائك، لا من النقدين كما تقدم. ولعل الوجه كون النقدين ثمننا بكل حال، والثلث لا يثبت فيه خيار الرؤية، ذكره في الحفيظ. (كواكب). ولفظ الكواكب: قوله: «فصرف» أما بعد الافتراق فلأنه ينافي التقابض، وهو شرط، وأما قبل الافتراق فلعل الوجه كون النقدين ثمننا بكل حال، والثلث لا يثبت فيه خيار الرؤية، ذكره في الحفيظ، وأما غير النقدين من الذهب والفضة فلعله يثبت فيه خيار الرؤية قبل الافتراق، لا بعده. (كواكب لفظاً من آخر فصل خيار الرؤية).

(*) وأما قبله فيصح.

(٤) وفي البحر: تصح الإجازة بعد الافتراق إذا حصل التقابض بين المتعاقدين في المجلس قبل افتراقهما. (قرئ).

مسألة: ولا يجوز التصرف فيه قبل قبضه وفاقاً، ويجوز إبداله حيث هو نقد معين، وإن تلف أو استحق قبل قبضه لم يبطل الصرف، بل يبدل، خلاف المؤيد بالله في الكل.

الثاني: أن يتقابضاً قبل افتراقهما ولو طال اجتماعهما، ولو قاما عن مجلسهما وسارا معاً، خلاف مالك، ولو ناما أو أغمي عليهما ما دامتا مجتمعين، لا إن مات أحدهما فيبطل. وإن كانا وكيلين أو أحدهما فالعبرة بافتراقهما؛ لأن الحقوق تعلق بالوكيل^(١)، ولا عبرة بالموكل. وإن افترقا بعد قبض البعض صح فيما قبض وبطل الآخر. وقال الشافعي ومالك: يبطل الكل. وهذان الشرطان في الصرف عموماً، والشرطان الأخيران يختصان بصرف الجنس بجنسه، وهما: التساوي^(٢)، خلاف ابن عباس وابن الزبير والإمام يحيى وزيد بن أرقم وأسامة بن زيد. قلنا: ولو اختلفا في الصيغة، خلاف مالك.

الثاني^(٣): العلم بالتساوي حال العقد، ولا يكفي الظن، وقال مالك والفقهاء يحيى البحيح: إذا حصل العلم به في مجلس العقد صح.

مسألة: ولا يضر كونها مختلفين في الصحة والتكسير، وقال الشافعي: لا يصح الصرف. قلنا: ولا يجوز التفاضل في الجنس الواحد ولو اختلف في الجودة والرداءة، خلاف الشافعي.

(١) حيث لم يصف، فإن أضاف؟ قيل: العبرة بافتراق الموكلين. اهـ وظاهر كلامهم أن المعبر التفاضل الواقع بين البيعين^[١] ولا عبرة بالموكلين ولو مع الإضافة، والله أعلم. (سماح سيدنا حسن) (قررو).

(٢) هذا هو الشرط الثالث.

(٣) هذا هو الشرط الرابع.

[١] دليله: صحة التقابض بين الفضوليين على كلام البحر ولو تأخرت الإجازة، وهو المختار هنا؛ لعدم تعيين النقد بعد الخروج من اليد، فالقبض صحيح، بخلاف ما تقدم في الرويات فالقبض غير صحيح، وبالإجازة صار أمانة. (عع).

مسألة: وإذا أدخلت الجريرة من غير الجنس مع الأقل فلها صورتان: الأولى: أن يبيع الأقل والجريرة^(١) بالأكثر، فلا يصح عند الهدوية^(٢) إلا إذا كانت الجريرة قيمة للزائد بحيث يرضيان^(٣) التفرق على ذلك، وعند المؤيد بالله^(٤) لا يعتبر ذلك، بل يعتبر أن يكون لها قيمة، ذكره القاضي زيد للمؤيد بالله، وقال الفقيه يحيى البحيح: بل يعتبر عنده أن يكون لكثيرها قيمة ولو لم يكن لها قيمة، قال الفقيه يحيى البحيح: فلو كانت الجريرة في الجانبين معاً مع القليل ومع الكثير صح مطلقاً حيث يكون للجريرة قيمة، كما في مسائل الاعتبار. ولعل هذا يستقيم حيث لم يقصدوا بهما الخيلة^(٥)، فأما مع قصدها فلا بد أن يكون مما يرضيان التفرق عليه عند الهدوية، وعند الشافعي لا يصح ذلك كله.

الثانية: أن يبيع الأقل بعرض ثم يشتري الأكثر بذلك العرض أو العكس، فعند المؤيد بالله وأبي حنيفة يصح مطلقاً، وعند الهدوية لا يصح^(٦)، إلا إذا كانا يرضيان التفرق على العقدين معاً، نحو أن يكون العرض قدر قيمة الأقل لجودته وقدر قيمة الأكثر لرداءته.

مسألة: من صرف دنانير بدراهم على أنها جيدة أو مطلقاً ثم وجد فيها رديئاً: فإن أبدله قبل افتراقهما صح، سواء كان رديء جنس أو عين، وسواء قل أو كثر. وإن افترقا قبل إبداله ففي رديء العين يبطل بقدره^(٧)، وفي رديء

(١) ولا بد من لفظ البيع مع الجريرة، ولا يصح بلفظ الصرف إذا كانت الجريرة من غير الذهب والفضة، فأما إذا كانت من الذهب والفضة صح. (قرئ). يقال: أو من المحقرات. (قرئ).

(٢) وذلك لأن المضمرة عندهم كالمظهر. (بستان).

(٣) يعني كل متعاقدين.

(٤) وأبي حنيفة، حتى قال أبو حنيفة: يجوز بيع دينار في خريطة لها قيمة بأائة دينار. (زهور).

(٥) وفي البحر: ولو قصدوا.

(٦) في (أ): أنه لا يصح، وفي (ج، د): أن ذلك لا يصح.

(٧) وذلك لعدم التقابض في المجلس، ولا يبطل العقد في الجميع؛ لأن العقد هنا صحيح

الجنس إن رضي به أو كان عالماً به عند قبضه^(١) صح ولا شيء له، وإن لم فإن رده وقبض بدله في مجلس الرد^(٢) صح، وإن افترقا قبل أن يقبض بدله بطل فيه^(٣)، وكذا عند المؤيد بالله إذا كانت غير معينة، وإن عينت فكالمبيع المعيب سواء: إما رضي به، وإلا فسخ الكل.

مسألة: فإن شرط^(٤) رد ما يجد من الرديء: فإن أبدله قبل افتراقهما صح، وإن لم ففي رديء العين يبطل بقدره، وفي رديء الجنس إن افترقا قاطعين^(٥) بوجوده بطل بقدره^(٦)، ولا يصح إبداله، وإن رضي به قابضه قبل افتراقهما صح ولا إبدال، قال الفقيهان يحیی البحيح وحسن: وكذا لو افترقا مجوزين لوجوده، وإن افترقا غير مجوزين لوجوده ثم وجداه فقال أبو طالب وأبو العباس: يبطل بقدره أيضاً،

من أصله؛ إذ عقدا على متساويين في القدر، لكن طراً المفسد، وهو عدم التقابض بقدر رديء العين، فاخص به البطلان فقط، بخلاف ما لو باع تسعة بعشرة فالعقد غير صحيح من أصله؛ لأنه وقع على متفاضلين في القدر. (بستان).

(١) أو عند العقد أو عند التفرق أو عند التصرف. (قرئ).

(٢) وهو أول مجلس يتفقان فيه بعد التفرق والعلم بالرداءة. وقال الفقيه يوسف: بل مجلس الرد مطلقاً، سواء كان أول مجلس أو بعده.

(٣) الأزهار: فيلزم.

(*) وقيل: يلزم ولا خيار ولا بطلان. ومثل معناه في حاشية السحولي، وعليه الأزهار. وما في البيان مستقيم حيث رده في مجلس الرد ولم يأخذ بدله. (قرئ).

(٤) حال العقد. وقيل: قبل التفرق. (قرئ).

(٥) العبرة بقطع مشترية دون بئعه كما في الأزهار. (شامي) (قرئ).

(٦) يعني فسخ الدرهم ورد بدله، لا أنه يفسخ الجميع. وفي شرح الذويد: يفسخ العقد جميعه؛ لثلا يفرق العقد. اهـ يقال: لا تفريق؛ لأن العقد وقع على غير المعيب.

(*) وذلك لأنه قد خرج عن الصرف بالشرط، إلا أن يرضى به قابضه فيكون تجديداً لدخوله في الصرف. (بستان).

(*) وفي الأزهار: «يرضى به أو يفسخ». يعني بقدره. و(قرئ).

وقال المؤيد بالله: إذا رده^(١) وأخذ بدله قبل افتراقهما عند الرد صح. وقال الفقيه محمد بن يحيى^(٢): إن الخلاف حيث افترقا مجوزين لوجوده، فأما حيث افترقا قاطعين بعدمه فيصح إبداله في مجلس الرد وفاقاً. ومثله في التقرير.

فرع: وقد أخذ الفقيه يحيى البحيح من هذه المسألة إلى المعيب أنه إذا شرط رده مع العلم به صح، وقال الفقيه يوسف: إنه يفرق بينهما بأنه هنا مع الشرط قد أخرج المعيب عن الصرف وصار في الذمة في قدره، فإذا قبض بدله قبل تفرقهما صح، وليس كذلك في بيع المعيب.

مسألة: وإذا وجد بعض الدراهم أو كلها مكحلة بعد افتراقها بطل بقدر وزن الكحل، وينقصه صاحبه أو القابض له بإذن صاحبه، وبغير إذنه يضمن له قيمته إذا له قيمة ولم يرده^(٣).

مسألة: وإذا وجد فيها مزبقاً بطل بقدر المزبق؛ لأنه لا يمكن فصل الزئبق إلا بسبكها، وفيه ضرر عليهما^(٤)، بخلاف الكحل. وإن وقع الإبدال قبل الافتراق صح في الكل.

مسألة: ومن باع سبيكة ذهب وزنها خمسة مثاقيل بأربعة دنانير^(٥) فهو

(١) وعليه الأزهار بمفهوم قوله: «مجوز له أو قاطعا»، مفهومه فأما لو لم يجوز وجوده كان له طلب الإبدال، وهو صريح شرحه. (مفتي).

(٢) وعليه الأزهار.

(٣) بعينه، فإن رده بعينه ضمن له الأرش فقط، نحو أن تكون قيمته متصلاً درهين، وبعد انفصاله درهماً، ضمن درهماً، وهو الأرش، فإن لم يرده ضمن درهين، وإن رده ولا قيمة له بعد الفصل وجب على الراد قيمته قبل الفصل. (عامر) (قررو).

(٤) يعني على المزبق والزئبق.

(*) لفظ الديباج: وما ذكره من التعليل لانتقاض الصرف في المزبق بالضرر على البائع والمشتري فيه نظر؛ لأن الضرر عليهما لا يوجب فساد البيع، وإنما يثبت به الخيار كما قدمنا في بيع فص على خاتم أو ذراع من خشبة، فيحتمل أن مراده بالانتقاض أن لكل واحد منهما خيار ينتقض به البيع.

(٥) الدينار: المضروب. والمثقال: ما وزنه وزن ستين حبة ولو كان غير مضروب. (بستان).

فاسد^(١) ربا يجب رده، فإن أخرج الدينانير عن يده ببيع أو هبة أو غيرهما رد مثلها، ولا يلزمه رد عينها، ذكره الهادي، فخرج له المؤيد بالله من هنا أن فاسد الربا يملك بقبضه، وقال أبو طالب: إنما لم يجب استرجاعها لأن الدراهم والدينانير لا تتعين ولو كانت غصبا، فهو لا يجوز الانتفاع بها، لكن إذا فعل لم يلزمه ردها، بل مثلها، وتطيب لمن صارت إليه^(٢). ومثله ذكره أبو العباس والمرضى، وقد ذكره في التذكرة. وإنما جعل الصرف هنا فاسداً لأنه مختلف فيه^(٣).

فخرج؛ فإذا أراد تصحيح الصرف جدداً صرف الدينانير بوزنها من السبيكة، أو زاد ديناراً وجدداً^(٤) الصرف، ولا يحتاجان إلى المرادة^(٥) على الأصح^(٦)،

(١) أي: باطل. (قرئ).

(٢) ولعله بعد المراضاة. وقيل: لا فرق.

(٣) قوله: «لأنه مختلف فيه» الخلاف فيه من وجوه، منها: قول ابن عباس ومن معه: إنما الربا في النسبة. ومنها: قول مالك: إنه يجوز التفاضل لأجل الصيغة، والدينانير كالمصوغة. ومنها: قول أبي حنيفة: إنه يصح صرف أربعة من السبيكة بالأربعة الدينانير ويبطل الزائد. وتأويل السادة كما ترى، قال عليّ: وكلا التوجيهين لا غبار عليه. (بستان).

(*) ونظره الفقيه يوسف، وصحح أن الفساد والبطلان لا يرجعان إلى خلاف ولا إجماع؛ فإن البيع مع الجهل بالثمن فاسد ولم يصححه أحد. (شرح فتح).

(٤) أي: ابتدأه.

(٥) مع التلف.

(*) أما مع بقاء المالكين فالمختار وجوب المرادة والتقبض^[١]، ومثله في البحر بالمعنى. وظاهر الأزهار عدم اشتراط حضور المالكين هنا؛ لأن المراد ويقبض كل واحد ما صار إليه من الآخر قبل التفرق كما في السلم. (سماح سيدنا حسن).

(٦) الأزهار: «تراد الزيادة»، يعني ألتياها أو أحضرها «وجددا العقد». (فتح). ولا بد من إحضار المالكين إن كانا باقين أو أحدهما حتى يتقبضا في المجلس، لا إن كانا تالفين فيما في الذمة كالحاضر. اهـ وقيل: يجددان العقد وإن كانا باقين، ولعل اليد تكون قبضا. اهـ وقد يقال: لا تكون اليد قبضا؛ لاشتراط القبض المحقق كما في السلم أنه لا بد من قبض الوديعة، ولعله أولى.

[١] وأما قبض كل واحد لما له فلا يشترط. (قرئ).

خلاف ما في التذكرة^(١).

مسألة: ومن له دين على غيره من غير الصرف وهو من النقدين جاز أن يأخذ بدله نقداً آخر؛ لأن ما في الذمة كالحاضر، وكذا لو كان لكل واحد منهما على صاحبه دين من النقدين المختلفين في الجنس أو الصفة جاز أن يصرفا ذابداً.

مسألة: ويجوز بيع ذهب مع فضة بذهب أكثر منه أو العكس، وهي مسألة الجريرة التي تقدمت، فحيث يقصدون الحيلة لا بد أن تكون الجريرة قيمة لما يقابلها عند الهدوية، وحيث لم يقصدوا الحيلة فهو من مسائل الاعتبار التي تقدمت، ولا يشترط فيها ذلك على الأصح، والشافعي يخالف في الكل فلا يجيزه.

مسألة: ولا يجوز بيع تراب الذهب بالذهب ولا بترابه^(٢)، ولا بيع تراب الفضة بالفضة ولا بترابها عند الهادي؛ لأنه لا يعلم فيه التساوي، والتراب الذي فيه^(٣) لا قيمة له^(٤)، فلا يكون جريرة^(٥).

مسألة: وبيع تراب الذهب بالفضة أو بغيرها أو بيع تراب الفضة بالذهب أو بغيره يصح^(٦)، ذكره السادة والقاضي زيد، وقال الهادي وأبو حنيفة والشافعي: إنه

(١) مع البقاء.

(٢) ومثل تراب المعادن في الجواز والتحريم تراب حوانيت الصيغة. ولفظ البحر: مسألة: وتراب حوانيت الصياغة الذي تختلط به البرادة لا يباع بجنس ما يستعمل فيها، ويجوز بغير جنسه، فإن استعمل فيها الجنسان جاز بيع بعضه ببعض اعتباراً كما مر. قال فيه: فرع: وثمان هذا التراب لبيت المال؛ إذ لا مالك له معين. انتهى. قال في شرحه: ولعل المراد حيث لم يجر عرف ظاهر بإباحة ذلك للصائع أو لم يكن قد راضى المالكين.

(*) أي: تراب الذهب بتراب الذهب.

(٣) يعني خبثه.

(٤) بل لأنه غير مقصود في نفسه. (معيار).

(٥) أما تراب الذهب والفضة فلها قيمة، فيكون جريرة. ولفظ البستان: قال عَلَيْهِ السَّلَامُ. إلا أن يكون للتراب قيمة كالتراب الخراساني جاز ذلك على جهة الاعتبار.

(٦) ولا خيار.

فاسد لأجل الغرر، وجعل الهادي لهما الخيار عند التبين^(١)، وهو الإخلاص.
فَرَعٌ؛ فلو اختلط تراب الذهب بتراب الفضة صح بيعه على قول السادة
 بالعروض، وأما بذهب أو فضة فيصح إذا علم^(٢) أن الثمن أكثر مما فيه من
 جنسه. وعند الشافعي لا يصح.

مسألة؛ وإذا تصارف الشخصان ثم وهب أحدهما لصاحبه بعض الذي له
 عليه أو كله: فإن كان بعد قبضه جاز مطلقاً^(٣) ولو كان على وجه الحيلة^(٤)،
 وقبل قبضه لا يصح بلفظ الهبة أو التملك، وكذا بلفظ البراء على القول بأنه
 تملك، وعلى قولنا: إنه إسقاط أو جاء بلفظ الإسقاط أو الحط: ففي الجنس
 الواحد لا يصح^(٥)؛ لأنه يؤدي إلى الربا^(٦)، وفي الجنسين يصح من البعض، لا
 من الكل؛ لأنه يؤدي إلى بطلان الصرف بعدم^(٧) القبض.

مسألة؛ ومن غصب دنانير أو دراهم ثم اشترى بعينها^(٨) شيئاً ثم باعه
 وربح فيه تصدق بربحه؛ لأنه ملكه من وجه محذور، ذكره في الأحكام وأبو
 حنيفة، خلاف المنتخب والمؤيد بالله فيقولان: الخراج^(٩) بالضم. قال أبو
 جعفر: وهكذا لو اشتراه على الذمة ثم دفع الدراهم المغصوبة، وقال القاضي

(١) المذهب لا خيار لهما؛ إذ لا تغير كما ذكره السادة.

(٢) أو ظن.

(٣) سواء كان في مجلس الصرف أو في غيره.

(٤) يقال: لا يستقيم مع قصد الحيلة؛ إذ هو كالجريرة، وقد اشترط فيها عدم الحيلة.

(٥) إن قيل: البراء كالقبض، يقال: إن المشبه دون المشبه به. اهـ وقيل: إن ما تقدم بمنزلة

القبض وليس بقبض حقيقة، والمعتبر هنا هو القبض الحقيقي.

(٦) إذا كان الحط من جانب، فإن كان من الجانبين جاز بلفظ الحط أو الإسقاط، لا بلفظ التملك.

(٧) في (أ): لعدم.

(٨) ودفعها. (قرر).

(٩) وهو الربح.

زيد: لا يجب التصدق هنا وفاقاً^(١).

فرع: وقد ذكر المؤيد بالله فيمن سرق دراهم أنه يتصدق بربحها، فقيل^(٢):
إن له قولين في الكل، وقيل^(٣): إنه بناه على أن السارق قد وجب عليه القطع،
فهو غير ضامن، فلا يطيب له الربح^(٤).

مسألة: ولا يجوز التعامل بالربا في دار الحرب ولو مع حربي؛ لأنه يكون
توصلاً إلى المباح - وهو أخذ ماله - بالمحظور، وهو الربا، وأجازه الناصر وأبو
حنيفة في دار الحرب مطلقاً ولو بين مسلمين لم يهاجرا. قلنا: البيع بيننا وبينهم
يصح، فإذا دخله الربا فهو ربا حقيقة، بخلاف شرائنا للولد من والده فهو غير
صحيح، بل يكون جعالة على تسليم الولد إلينا.

مسألة: ولا يجوز الربا بين العبد وربه في حقوق الله تعالى، خلاف أحد قولي المؤيد
بالله والمنصور بالله. ولا بين السيد وعبد^(٥)، خلاف أحد قولي المؤيد بالله وأبي جعفر.

مسألة: ولا تصح التولية^(٦) ولا التشريك في الصرف قبل قبضه، وكذا
الحوالة لا يصح أن يحيل غريباً له على من صارفه^(٧)، ويصح أن يحيل صاحبه
الذي صارفه على غريم له إذا قبض منه قبل افتراق المتصارفين.

مسألة: من ثبت له على غيره دنائير أو دراهم بطريق الصرف وكان له عليه

(١) قال عليه السلام: وفي دعوى الإجماع نظر؛ لأنه حكى في شرح الإبانة عن يحيى عليه السلام وأبي
حنيفة ومحمد أنه يتصدق بالربح وإن لم يتعين. (شرح أزهار من الغصب).

(٢) ذكره الكني والفقهاء يحيى بن أحمد. (بستان).

(٣) ذكره أكثر فقهاء المؤيد بالله. (بستان).

(٤) قوي على أصل المؤيد بالله.

(٥) حيث كان على العبد دين مستغرق له ولما في يده، وإلا فالكل ملكه. (قررو).

(٦) وصورة التولية أن يقول: «قد أوليتك صرفي كله أو بعضه». وصورة الاشتراك أن يقول:
«أشركتك في نصف ما أستصرفه أو في ثلثه». وأما بعد القبض فلا مانع، ويكون بيعاً

جديداً. (بستان من السلم).

(٧) لأن ذلك تصرف فيه قبل قبضه، وهذا خاص في ثمن الصرف والسلم كما يأتي.

مثلها موافقة لها في الجنس والنوع والصفة فإنهما يتقابلان قصاصا ولو لم يتراضيا بذلك^(١)، وكذا لو ثبت الدين عليه لصاحبه بعد مصارفتها على أي وجه ثبت، ذكر ذلك كله الفقيهان يحيى البحيح وحسن، وقال الفقيه علي: إنه لا يقع القصاص في الكل ولو تراضيا به؛ لأن القبض شرط في الصرف^(٢).

فرع: وهكذا في السلم إذا ثبت على المسلم دين للمسلم إليه مثل المسلم فيه هل يقع القصاص أو لا^(٣)؟

مسألة: وإذا احتال أحد المتصارفين على الغير بما وجب له على صاحبه أو قبض فيه رهنا^(٤) أو ضمن له به ضمين أو قابله فيه وكيل لصاحبه - فإنه يصح بشرط حصول القبض قبل افتراق المتصارفين^(٥)، ولا عبرة بالمحال عليه والضمين والوكيل. وإن تلف الرهن قبل افتراقها وكانت قيمته موافقة لدين الصرف وقع القصاص وصح الصرف على الخلاف الذي مر^(٦).

(١) مع اتفاق المذهب. (قرر).

(*) إشارة إلى خلاف الناصر.

(٢) يقال: ما في الذمة كالمقبوض.

(*) فإن اختل القبض الحقيقي اختل عقد الصرف، وإذا اختل عقد الصرف لم يثبت ملك النقد، وإذا لم يثبت ملك النقد لم يقع التساقط؛ إذ هو فرع ثبوته في الذمة. (بستان).

(٣) يقع مع اتفاق المذهب. (قرر).

(٤) فإن قيل: كيف صح أخذ الرهن أو الكفيل بضمن الصرف والإحالة لمن وجب له وهو لا يتم إلا بالقبض؟ قلنا: لأنه قد صار لازما بالعقد وواجبا على كل واحد منهما للآخر، وبطلانه بالافتراق قبل حصول القبض لا يمنع من صحة ذلك، وتبطل هذه الأمور - التي هي الحوالة والرهن والكفالة - بالافتراق قبل القبض. (صعيتري بلفظه).

(٥) قوله: «قبل افتراق المتصارفين» وذلك لأن العبرة بالمتعاقدين، فإذا افتراقا قبل القبض بطل الصرف ولو بقي من يوفي، خلاف أبي جعفر فقال: إذا بقي معه من يوفيه صح ولو فارقه صاحبه. (بستان).

(٦) بين الفقيهين حسن ويحيى البحيح والفقيه علي.

فصل: في السلم^(١)

هو مخالف للقياس؛ لأنه بيع معدوم، لكن ورد به الدليل. وهو يصح بلفظه أو بلفظ السلف^(٢) أو بألفاظ البيع^(٣)، لا بلفظ الصرف، ولا الصرف به، ولا البيع بأيهما. وقال أبو مضر: لفظ السلم شرط فيه.

مسائل: ولا يصح السلم فيما لا يصح بيعه ولا فيما لا ينقل وفاقاً، ولا في الجواهر والآلئ والفصوص، ولا في الحيوانات وفاقاً، ذكره في الكافي، وروى في الانتصار الخلاف فيها عن الباقر والصادق والقاسم والشافعي ومالك. ولا في الجلود^(٤)، خلاف مالك والقاضي زيد، ولا في الدراهم والدنانير^(٥)، خلاف الشافعي والوافي^(٦)، ولا فيما يوافق رأس المال في علة النساء، وهي اتفاق الجنس

(١) **فائدة:** ذكر بعض المتأخرين أن للعالم ومن له الولاية منع الناس من السلم؛ لثلا يدخل الناس في باب الربا، كما أن للإمام أن يغلق باب المدينة، ولذي الولاية أن يغلق باب المسجد خشية تنجيسه وخوفاً من الدعار والفساق؛ لأن لذي الولاية المنع من المباح لضرب من الصلاح، كتقييد الداعر، وقال الفقيه يحيى البحيح: لا وجه لذلك. وقد منع الإمام عز الدين عليه السلام من السلم، قال: وقد أبطله بعض التابعين، يعني ابن المسيب، ذكره الذويد في شرحه على الأزهار. (مقصد حسن لفظاً).

(٢) نحو: «أسلفت إليك هذه الدراهم في كذا»، وهذا وفاق. (بستان).

(٣) على الأصح من الاحتمالين؛ لأن السلم نوع من البيوع كالصرف، بجامع أن كل واحد من السلم والصرف يشترط فيه قبض العوض في المجلس، ويحتمل أنه لا ينعقد بلفظ البيع؛ لأن السلم غير البيع في جميع أحكامه. (بستان).

(٤) وذلك لأنه لا يمكن ضبط صفاتها؛ لأن جلد الوركين غليظ قوي، وجلد الصدر ثخين رخو، وجلد الظهر رقيق ضعيف. ولا يمكن ذرع الجلد؛ لاختلاف أطرافه، ولا ضبطه بالوزن؛ لأن الجلدين قد يتفان في الوزن ويختلفان في القيمة؛ لسعة أحدهما بالخفة وضيق أحدهما بالثقل. (بستان).

(٥) وقواه المؤلف، وهو المختار، وبنى عليه في التذكرة، وقواه القاضي عامر، واختاره القاضي عبد القادر التهامي.

(٦) وهو الذي في الأزهار؛ لأنه لم يعدهما مع الجواهر. (شرح أزهار لفظاً). إذا كان الثمن من غير

أو الكيل أو الوزن.

مسألة: ويصح السلم فيما يمكن ضبطه بالكيل أو الوزن مع الوصف أو بالوصف^(١) الضابط، وذلك في ذوات الأمثال وفي الفواكه رطبة ويابسة، وفي المعدود بذكر العدد والوزن والوصف، وفي الخبز والدقيق والسويق مع ذكر الوزن في الخبز والكيل في الدقيق والسويق والوصف في الكل، وفي الثياب والبسط والأكسية^(٢) وفاقاً، ذكره في الشرح، ويعتبر فيها ذكر الوصف بالطول والعرض والرقعة أو الغلظ، ولا يعتبر فيها الوزن، ذكره في الشرح، خلاف ما في التذكرة^(٣)، فلو شرط فيها الوزن مع الوصف المعتبر فسد السلم^(٤)؛ لأن اتفاقه نادر؛ فيؤدي ذلك إلى تعذر المسلم فيه، ذكره في الشرح.

مسألة: ويصح في اللبن والدهن وسائر المائعات بالتقدير له والوصف، كمن بقر أو غنم^(٥)، وكون السمن حديثاً أو عتيقاً، مع بيان مدة العتق، وكون اللبن حليياً أو مخيضاً، خالصاً من الماء أو فيه قدر معلوم منه. ويصح في الخل مع بيان كونه خل خمر^(٦) أو تمر، حديثاً أو عتيقاً، مع بيان مدة العتق.

جنسها، طعام أو غيره^[١]، لا إذا كان من جنسها فلا يجوز؛ إذ هو يحرم فيه النسأ.
 (*) وحجة الشافعي والوافي قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((من أسلم فليسلم في كيل معلوم)) الخبر، ولم يفصل بين موزون وموزون. والمراد بالجواز إذا كان رأس المال من غير جنسها. (بستان).

(١) لا يكفي الوصف. (قرئ).

(٢) ما يلبس.

(٣) وعليه الأزهار.

(٤) المختار عدم الفساد؛ لأن الوزن شرط.

(٥) معلوفة أو غير.

(٦) يعني خل عنب. (بستان).

(*) قال في شمس العلوم: إن بعض العرب تسمى العنب خمرًا؛ لأنها تعصر منه، قال: وعلى هذا فسر بعض المفسرين قوله تعالى: ﴿إِنِّي أَرَأِي أَعْصِرُ خَمْرًا﴾ [يوسف ٣٦]، أي: عنبًا. (هامش بستان).

[١] وكان غير موزون. (قرئ).

مسألة: ويصح في اللحم والشواء^(١) مع بيان كونه من عضو مخصوص من جنس حيوان مخصوص، ومع بيان كونه سميناً أو لا، وكونه بعظمه أم لا^(٢)، وبيان كونه من ذكر أو أنثى، من فتي أو كبير، من خصي أو غيره، من معلوف أو رعي، ذكره في البحر، وكذا في الشحم. وفي لحم الصيد مع بيان الجنس والصفة كذلك، وبيان ما صيد به^(٣).

مسألة: ويصح في الرؤوس نيئة أو مشوية، وفي الحطب والخشب والقضب والقصب والبقول، مع بيان الجنس والطول والعرض والوزن واللون، خلاف القاضي زيد في وزن الخشب ونحوها^(٤).

مسألة: ويصح في الآجر واللبن^(٥) مع بيان نوع الطين والعدد والطول والعرض والرقعة أو الغلظ، وكونه نيئاً أو نضيجاً، ولا يحتاج إلى ذكر الوزن^(٦).

(١) بضم الشين والكسر. (قاموس).

(٢) وفي البحر: لا يشترط. (قرئ).

(٣) قال **عَلِيٌّ**: لأنها إذا صيدت بالحبائل والشرك فلحمها أطيب مما يصاد بالسهام؛ لأن السهم يغيره بعض تغيير. قال: وما صيد بالكلب أطيب مما صيد بالفهد؛ لأن أفواه الكلاب واسعة لا تزال مفتوحة، فنكهته أطيب إذا عض على الصيد، بخلاف الفهود فإن أفواهها مطبقة، فنكهتها كريهة. (بستان).

(*) فائدة: قال في روضة النووي: إن السلم يصح في المنافع كتعليم القرآن وغيره، ذكره الروياني. اهـ والأولى عدم الصحة؛ إذ لا يقاس على ما ورد على خلاف القياس، ولقوله **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ**: ((من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم)).

(٤) الحطب.

(٥) بكسر اللام وسكون الباء. (ضياء). وفي القاموس: لبن - ككتف -: المضروب من الطين مربعا للبناء، ويقال فيه بالكسر وبكسرتين كإبل لغة، ولبن تليناً: اتخذ. (قاموس من باب النون فصل اللام).

(٦) وقيل: يعتبر ذكر الوزن. (قرئ).

مسألة: ويصح في السلم الميت^(١) مع بيان صفته ونوعه، وكبره أو صغره، وطوله وعرضه ووزنه.

وشروط السلم سبعة^(٢):

الأول: أن يكون رأس ماله معلوما جملة أو تفصيلا، وقال الناصر وأبو حنيفة والشافعي: لا يصح أن يكون جزافا^(٣).

مسألة: ويصح أن يكون مثليا أو قيميا^(٤). وشرط الناصر أن يكون نقداً وأن يكون المسلم فيه مكيلا أو موزونا.

مسألة: ويجوز أن يسلم جنساً واحداً في أجناس أو عكسه من غير بيان^(٥).

(١) وأما الحي فلا يصح. (قرن).

(٢) وقد نظمها بعضهم في بيتين من الشعر فقال:

شروط السلم يطالب الحل سبعة فنحذا لتعرفها بأحسن معرفة
مكان ومقدار ونوع مؤجل وتعيين رأس المال والجنس والصفة
وأهمل ذكر القبض والتجوز فيقال:

وتعرف إمكان الحل لوقته كذا القبض والتجوز فافهم لتعرفه

(٣) حجتنا: أن السلم عقد معاوضة فجاز أن يكون رأس ماله جزافاً كالثمن في المبيعات.

وحجتهم: أنه مجهول، فوجب القضاء بفساده كالمسلم فيه. قلنا: المسلم فيه غير متعين،

وإنما هو ثابت الذمة؛ فلهذا بطل الجزاف فيه، بخلاف رأس المال فإنه إذا كان متعيناً فلا

فساد هناك، فافترقا، قال عليه السلام: ولقوله صلى الله عليه وسلم: ((من أسلم فليسلم)) الخبر، ولم يفصل

بين أن يكون رأس المال مقدراً أو غير مقدر. (بستان).

(٤) لا المنافع فلا يصح أن تكون رأس مال، وهو ظاهر الأزهار؛ لأنه لم يقل: أو ما في

حكمه، ومثله عن ابن بهران. (قرن). ينظر، قال الفقيه يوسف: لا يصح؛ لأنها لا تملك

إلا وقتاً فوقتاً؛ لأن من شرط السلم القبض الحقيقي، وهو غير حاصل في المنفعة، ولعدم

قبضها في المجلس. قلنا: قبض العين قبض لها. (إملاء شامي).

(٥) يعني: لحصة كل جنس. (سماع).

(* قيل: فلو أسلم عشرين درهماً في قفيز بر وقفيز شعير ولم يبين ثمن كل واحد منهما جاز

وقال أبو حنيفة: لا بد من بيان حصة كل جنس من المسلم فيه من رأس المال. قلنا: ولا بد من قبض رأس المال^(١) قبل افتراقهما، وإلا بطل، وكذا في سائر شروط السلم يعتبر حصولها قبل افتراقهما^(٢)؛ لأن عقده يكون موقوفاً على كمالها قبل الافتراق، ذكره في الشرح. وقال مالك: يجوز التأخير فيها يوماً أو يومين.

مسألة: وإذا وجد في رأس ماله رديئاً فإن أبدله قبل تفرقهما صح^(٣)، وإن لم ففي رديء العين يبطل بقدره^(٤)، وفي رديء الجنس إن رضيه صح، وإن لم فإن قبض بدله في مجلس الرد قبل تفرقهما صح، وإن لم يبطل بقدره^(٥).

عندنا. (شرح أزهار). ويكون الثمن بينهما نصفين^[١]. والفائدة لو عدم أحد الجنسين أو تفاسخا في أحدهما لم ينصف الثمن على قدر القيمة بحسبه. و(قرر).

(١) ولا تكفي التخلية. (قرر).

(٢) ما لم يكن من شروط العقد فيعتبر عند العقد^{قوي}. (وابل). وكذا تجوز الربح والخسران.

(*) ولو بعد العقد.

(٣) حيث كان نقداً أو مثلياً في الذمة ولم يقابله نقد، وأما إذا كان من غير ذلك فلا يستقيم؛ لأنه يكون مبيعاً، والمبيع إذا انكشف معيباً لم يبطل، بل يرد بالعيب، فيكون العقد حيتنذ باطلاً؛ لعدم قبض الثمن الصحيح. (حيث). ومثله في حاشية السحولي. ينظر ما وجه البطلان؟ إذ لا يشترط علم التساوي، فكان الأولى أن يرضى أو يفسخ. (مفتي) و(قرر).

(٤) ينظر ما وجه البطلان؛ إذ لا يشترط علم التساوي، وكان الأولى أن يكون من باب العيب فيرضى أو يفسخ. (مفتي). و(قرر).

(٥) ولعله يأتي عليه ما مر في الصرف من أنه يرضى به أو يفسخ بقدره حيث لم يرده في أول مجلس يتفقان فيه. اهـ الذي مر في الصرف أنه إذا لم يرده في أول مجلس يتفقان فيه لزم ولا خيار ولا بطلان. (قرر).

[١] لفظ الحاشية في هامش شرح الأزهار: ويقسم الثمن نصفين حيث عدم أحدهما. (مفتي). وقيل: على قدر القيمة.

مسألة: ويثبت فيه خيار الرؤية^(١)، ذكره في التقرير^(٢)، يعني: قبل افتراقهما، فإذا رده بخيار الرؤية بطل السلم، وإن رده بالعيب ففي غير النقيدين يبطل أيضاً، وفيها^(٣) إن أبدله قبل تفرقهما عن مجلس الرد صح، وإلا بطل بقدره. وأما في المسلم فيه فيثبت فيه خيار الرؤية والعيب، ذكره في الزوائد، خلاف التذكرة في الرؤية^(٤).

مسألة: وإذا استحق رأس ماله ففي غير النقيدين يبطل، وفيها كذا أيضاً على قول المؤيد بالله، وعلى قول الهدوية إن أبدله قبل يفتقان صح، وإن لم يبطل^(٥)، ذكره أبو طالب؛ لأنه وقع على ما لا يجوز أن يكون ثمناً. وكذا يأتي في الصرف.

مسألة: ولا يصح أن يكون ديناً في ذمة المسلم إليه؛ لأنه كالمالك بكالئ، إلا أن يقبضه منه أو يوكله بقبضه له من نفسه ثم يقبضه لنفسه قبل افتراقهما صح، ذكره في الشرح.

مسألة: ولا يصح أن يكون وديعة عند المسلم إليه، إلا أن تحضر وتقبض^(٦) قبل افتراقهما^(٧)، ذكره الهادي^(٨) والشافعي، وقال أبو العباس: يكفي حضورها

(١) حيث هو مما يتعين.

(٢) ولفظ الكواكب: قوله: «ولا في سلم» أما في رأس ماله إذا كان مما يتعين فلا يبعد أن يثبت فيه خيار الرؤية ما دام في المجلس فقط، لا بعده؛ لأنه ينافي التعجيل. (باللفظ).

(٣) أو في غيرهما حيث هو ثمن. (قرئ).

(٤) وقد سبق الخلاف هذا في الخيارات في قوله: مسألة: ولا يثبت خيار الرؤية، قبيل الثاني عشر.. الخ، والمذهب كلام الزوائد.

(٥) هذا إذا لم يكن قد قبضه، فإن كان قد قبضه لم يبطل؛ إذ لا يجب استفداء النقد بعد خروجه عن اليد. (عامر) (قرئ). فلو رده من هو في يده سل؟ لعله يقال: إن كان قد غرم العوض ملكه بما

سلم، وإن لم يكن قد دفع العوض وجب عليه رده بعينه. (سيدنا علي بن أحمد رحمته الله) (قرئ ع).

(٦) بعد قبض المالك لها.

(٧) وأما المضمون فيكون قبضاً كما تقدم، لكن قولهم: «تحقيقاً» يفهم أنها لا تكفي، فينظر.

(٨) وذلك لأن من شرط صحة السلم تعجيل رأس المال وقبض المسلم إليه إياه، ولن يكون الإقباض إلا بعد خروجها إلى المالك وقبضه لها، ثم يسلمها إلى المسلم إليه، وحصل القبض لا محالة. (بستان).

وتخليتها ولو لم يقبضها المسلم^(١). وقال الناصر والمؤيد بالله: لا يجب حضورها ولا قبضها.

مسألة: ومن أسلم إلى غيره عشرة دراهم حاضرة مع عشرة في ذمة المسلم إليه دينا له فإن حصل قبض المسلم لها قبل تفرقتها - ولو هذه العشرة الحاضرة ردها له قضاء ثم دفعها - صح الكل، وإن لم يطل في العشرة الدين وصرح في الحاضرة. وقال الشافعي: يبطل الكل^(٢).

مسألة: ويصح أن يحيل المسلم المسلم إليه على غريم له إذا قبض منه قبل افتراقهما، لا إن أحال المسلم إليه غريبا له على المسلم؛ لأن ذلك تصرف فيه قبل قبضه، وهو لا يصح^(٣).

مسألة: ويصح أخذ الرهن على رأس المال بشرط أن يحصل الوفاء قبل افتراقهما، فإن تلف الرهن قبل الوفاء والتفرق وقع القصاص بضمانه إذا وافق رأس المال، وصرح السلم والرهن، وإن لم يوافق ولا حصل الوفاء قبل التفرق بطل السلم والرهن، ولا يجب ضمانه. وعلى قول الفقيه علي^(٤) لا يقع القصاص مطلقا، لكن إذا حصل الوفاء قبل التفرق صح السلم والرهن وضمانه، وإن لم يحصل بطل السلم والرهن وضمانه.

مسألة: ويصح الرهن عن المسلم فيه والكفالة به، وتصح الإحالة به، لا عليه^(٥).

مسألة: ويصح أن يسلم مكيلا في موزون أو غيره أو عكسه^(٦) مع اختلافهما في

(١) أي: صاحبها.

(٢) لبطلان البعض.

(٣) وهذا خاص في ثمن الصرف والسلم. (قرر).

(٤) الذي تقدم له في آخر الصرف. (بستان).

(*) وكلام الفقيه علي أقيس؛ لاعتبارهم قبض رأس المال تحقيقا. ومثله للنجري. اهـ وقوله

في الأزهار: «كون الثمن مقبوضا في المجلس تحقيقا» يقضي به. (مفتي).

(٥) وذلك لأنه تصرف فيه قبل قبضه، وهو لا يصح. (بستان).

(٦) كأن يسلم موزوناً في مكيل أو غيره.

الجنس، لا حيث اتفقا في الجنس ولو اختلفا في الكيل والوزن، ولا حيث اتفقا في الكيل أو الوزن ولو اختلفا في الجنس؛ لأن ذلك ربا، إلا في النقدين فيصح أن يسلمها في سائر الموزونات غير الذهب والفضة؛ لأنها أثمان لكل شيء (١).

مسألة: وإذا أسلم مكيلا في موزون ومكيل أو عكسه أو جنسا في جنسه (٢) وغير جنسه بطل الكل (٣)، فلو أسلم مكيلا وموزونا في مكيل وموزون فلعله يصح، ويكون كل جنس في مقابلة الجنس الآخر إذا كان يصح أن يكون ثمنه له في بعض الأحوال.

مسألة: ولا بد أن يكون رأس المال مما يجوز أن يكون ثمنه للمسلم فيه في بعض الأحوال (٤)، فلو كان رخيصاً رخصاً لا يبلغه في بعض الأحوال (٥)

(١) قال عليه السلام: وكان القياس المنع، لكن خصصهما الإجماع؛ لكونهما أثمانا لكل شيء. (بستان).
(٢) صوابه «أو جنسا ربويا في ربوي وغير ربوي»؛ ليخرج لو أسلم ثوبا في ثوب وصاع. أما إذا اختلف الجنسان في الثوبين صح ولا كلام [١]، وإن اتفقا فهو يصح أيضاً عند من فسر النساء فيما تقدم في الثياب والحيوانات ونحوها بعدم الوجود في الملك، وأما من فسرهُ بعدم التقابض كما هو ظاهر الأخبار فلا يصح، والله أعلم. (شامي).

(٣) وذلك لأن حصة الذي يصح من رأس المال مجهولة جهالة مقارنة للعقد. (بستان).
(*) حيث لم يتميز الثمن، وإلا صح فيما يصح وفسد في غيره.

(٤) وفي البحر: من الجهتين؛ لأنه مع تيقن الريح كقرض جر منفعة. اهـ ينظر لو جوز المسلم الريح والخسران وقطع المسلم إليه بأنه خاسر وأن المسلم رابح - هل يمتنع أو يصح؟ ظاهر كلام الغيث المنع، حيث قال: أن يكون كل واحد من المتبايعين مجوزاً للريح ومجوزاً للخسران. وكذا عبارة البحر. والقياس الصحة؛ لأنه قال: كقرض جر منفعة، يعني للمقرض من المستقرض، والعبرة فيه بالمقرض وتجويزه، اللهم إلا أن يظن المسلم إليه كون المسلم قاطعا بالريح حرم عليه الدخول معه. (شامي).

(٥) قال الفقيه يحيى البحيح: ويعتبر بالماضي أو بالمستقبل؛ لأن ما ثبت في الماضي جاز حصوله في المستقبل. وقال الفقيه محمد بن سليمان: العبرة بالمستقبل، ورجحه في الغيث وغيره. (بستان).

[١] وعليه الأزهري بقوله في الرويات: «ونحو سفرجل برمان سلماً» وقوله: «والثياب سبعة».

لم يصح عند الهادي، كما في بيع الشيء بأكثر من سعر يومه مؤجلاً، وعند المؤيد بالله يصح ذلك.

الثاني والثالث والرابع: ذكر جنس المسلم فيه ونوعه وصفته كما تقدم في الوصف^(١)، قال في البحر: ولا يعتبر من الصفات إلا ما يكون مقصوداً للمنفعة وتختلف به القيمة، ويكفي عند تسليمه ما يقع عليه ذلك الاسم، فإذا شرط دقة الغزل اعتبر بما يسمى دقيقاً، وإن شرط سمن اللحم اعتبر بما يسمى سميناً^(٢).

الخامس: ذكر قدر المسلم فيه بكيل أو وزن مع الوصف، أو عدد مع الوزن كما مر، ولو كان معدوماً^(٣) عند العقد إذا كان يوجد عند حلول الأجل. وعند أبي حنيفة لا بد أن يكون موجوداً من يوم العقد إلى حلول الأجل، فلا يصح فيما يتسارع إليه الفساد عنده وأحد قولي الناصر.

مسألة: ولا يصح أن يشرط فيه ما يجوز تعذره^(٤)، نحو حب مزرعة معينة أو ثمرها، أو فاكهة بستان معين، أو سمن حيوان معين، أو نسج رجل معين أو محلة معينة إذا كانت صغيرة مما يجوز عليه الاجتياح في العادة أو إجلاء أهلها عنها في مدة الأجل، ولا مكيال رجل معين، إلا أن يكون عياره ظاهراً لا يختلف في بلد كبير. وكذا في الميزان.

(١) الجنس: ما كان عاماً لأنواع كثيرة، كالبر والتمر ونحو ذلك. فأنواع البر: العربي والميساني وغير ذلك، وصفته أحمراً أو أبيض. وأنواع التمر: العجوة والصيحاني والبرني والمعقلي واللازاذاني وغير ذلك، وصفته: أحمراً أو أسود. ومن الصفة الحدوث والعتق والطول والعرض والرقعة والغلظ وما أشبه ذلك. (بستان).

(٢) هذا مع الإطلاق، وأما مع ذكر سمنه فيلزمه تسليم ما شرط في عقده كما ذكره في الأزهار، فينظر في كلام الكتاب، فإن ظاهر الأزهار لا بد من تبيين قدر سمنه، فتأمل. (* وفي الأزهار: «سمنه كذا» صريح أنه لا بد من ذكر قدر السمن. (قرئ).

(٣) بل العدم شرط فيه.

(٤) هذا عام في عقود المعاوضات كلها، فإذا شرط فيها شيء معين يجوز عليه التعذر بموت أو غيبة أو عدم حصول فسد العقد. (كواكب).

مسألة: ولا يصح أن يشترط فيه ذراع رجل معين ولا ذراع مجهول، بل بذراع مشهور لا يختلف^(١) ولا يجوز عليه البطلان أو النسيان في مدة الأجل، وكذلك في المبيع والتمن.

مسألة: ولا يصح أن يشترط فيه أجود ما يوجد ولا أردأ؛ لأن ذلك لا ينضبط^(٢)، إلا أن يقول: أجود ما يوجد في بلد كبير لا يجوز عليه البطلان في العادة، قال الفقيه علي^(٣): أو يقول: من أجود ما يوجد أو من أردئه؛ لأن «من» للتبعض، فيصح^(٤).

مسألة: من أسلم في جنس معلوم إن وجد وإلا ففي جنس آخر لم يصح ذلك^(٥).

مسألة: وإذا حل أجل السلم ولم يوجد المسلم فيه مع المسلم إليه وهو يوجد مع غيره لزمه تحصيله ولو من المسلم بشراء أو غيره، فإن لم يمكنه تحصيله لفقره أو لعدم وجوده^(٦) حُيِّر المسلم^(٧) بين إنظاره إلى أن يجده أو فسخ السلم ويسترد رأس ماله^(٨) إن بقي، أو ضمانه إن تلف بمثله أو قيمته يوم قبضه، وليس له أن

(١) كذراع الهادي عليه السلام.

(*) وذلك كذراع الحديد حيث يستعمل، والذراع العمري ونحو ذلك. (بستان).

(٢) وذلك لأنه لا شيء إلا ويقال: غيره خير منه أو دون. (بستان).

(٣) وفيه نظر. (قرر).

(٤) وفيه نظر. (مرغم). ووجهه أن «من» وإن كانت للتبعض فهي داخلة على خير ما يوجد وأردأ ما يوجد، وبعض المجهول مجهول. اهـ ومثله عن الشامي، والله أعلم.

(٥) وذلك للتخير في المسلم فيه. (بستان).

(٦) مع غيره في البريد. (شرح فتح).

(٧) قيل: مع رضا المسلم إليه؛ لأن له الفسخ لتعذر التسليم. (قرر).

(٨) لا فوائده الفرعية فلا يردها مطلقاً، وكذا الأصلية^[١] لا يردها حيث كان الفسخ بالتراضي، وإن كان بالحكم طابت الفرعية فقط، وإن كان لبطلان السلم رد الأصلية والفرعية؛ لأنه ليس بسلم، فهو باق على ملك صاحبه، والله أعلم.

[١] والمقرر أنه يرد الأصلية والفرعية، وسواء كان الفسخ بالحكم أو بالتراضي، وقد ذكر معناه في المعيار؛ لقوله صلى الله عليه وآله: ((ليس لك إلا رأس مالك أو سلمك)).

يأخذ قيمة المسلم فيه؛ إذ لا يصح بيعه قبل قبضه، ولا أن يأخذ شيئاً آخر من المسلم إليه عوضاً عن رأس ماله؛ لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لا تأخذ غير سلمك أو رأس مالك)). وقال الشافعي: يجوز. وهكذا يكون لو تفسخ السلم.
فَرَعٌ: فلو كان السلم فاسداً فليس بسلم، فيجوز أن يأخذ منه ما شاء عوضاً عن رأس ماله^(١).

مسألة: وإذا عجل المسلم إليه ما عليه من المسلم فيه قبل حلول أجله لزم قبوله إذا حصلت الشروط التي تقدمت في القرض، فيجبر على قبوله، ذكره أبو العباس وأحد قولي المؤيد بالله وأبو جعفر، وعلى أحد قولي المؤيد بالله والفقهاء **يحيى البحيح**: تكفي التخلية.

مسألة: وإذا سلم المسلم إليه غير ما عليه فإن كان جنساً آخر لم يجوز ولو تراضيا به؛ لأنه بيع للمسلم فيه قبل قبضه، فلا يسوغ له ما قبضه، وإن كان من جنسه فإن كان أدنى منه جاز قبوله ولم يجب، وإن كان أعلى منه: ففي النوع يجوز ولا يجب قبوله^(٢)، وفي الصفة يجب قبوله^(٣).

مسألة: وإذا سلم المسلم إليه بعض الذي عليه فمع تمكنه من الباقي لا يجب قبوله، ومع تعذره يجب قبوله - **خلاف الفقهاء حسن**^(٤) - ويخير في الباقي بين

(١) بناء على أن فاسد السلم باطل لا يملك بالقبض. (شرح فتح) (قررو).

(٢) أما الجواز فلأنه قد أعطاه من جنس حقه ما هو أعلى، وأما عدم الوجوب عليه فلما فيه من الدخول تحت منة الغير، ويؤيده ما روى أبو هريرة أنه قال للنبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: أوصني، فقال: ((إذا سقط سوطك فانزل له)). وأما زيادة الصفة فهي تابعة للذات غير منفصلة عنها، فكان حكمها حكم الذات ولا حكم لها في نفسها. (بستان).

(٣) إذا لم يخالف غرضه. (قررو).

(٤) حجتنا: أن العجز عذر، فيجب عليه قبول الموجود. وحجته: أن تفريق الصفة فيه مضرة على المشتري فلا يجب إلا بالتراضي. (بستان بلفظه).

(*) وعن المفتي: إن تعيب به الباقي فكما ذكره الفقهاء حسن، وإن لم يتعيب وجب القبول، كما في استحقاق المبيع، وقد سبق.

الصبر حتى يجده أو الفسخ فيه ويسترد حصته من رأس المال إن بقيت، وإلا ضامها، لا عوضا عنها. وإن سلم أكثر من الذي عليه لزم قبول قدر حقه^(١)، وخير في الزائد بين قبوله^(٢) أو رده.

مسألة: وإذا تراضيا على تسليم أدنى من الذي عليه في النوع أو في الصفة^(٣) جاز. قال الإمام يحيى: ولا يجوز أن يتراضيا على دفع عوض عن نقصانه كما لا يجوز أن يتراضيا على عوض عنه^(٤)، قال: وكذا لو طلب المسلم إليه تسليمه في بلد غير البلد الذي شرط تسليمه فيه مع أجره من يحمله إلى البلد الذي شرط تسليمه فيه لم يجز أخذ الأجرة^(٥)، كما لا يجوز أخذ العوض عنه.

مسألة: وإذا عجل المسلم إليه بعض الذي عليه وأبرأه المسلم من بعضه فإن كان تبرعا جاز^(٦)، وإن كان شرطا - نحو أن يعجل بعضه على أن يرثه من باقيه، أو يرثه من بعضه على أن يعجل الباقي - فقال المؤيد بالله وأبو العباس

(١) حيث لم يكن لفصله مؤنة. (قرئ).

(٢) ويكون الزائد إباحة. (قرئ).

(٣) لأن الصفة لا يصح إفرادها بالعقد. (برهان) و(قرئ).

(٤) أي: عن المسلم فيه.

(٥) قيل: إذا أخذها له لا للغير. اهـ وقيل: له أخذها مطلقا. (قرئ).

(*) إذ لا يحل أخذ العوض عن المسلم فيه فكذا عن موضع تسليمه. (بحر). إن حلت لورود الدليل منه ولا يعلم وجهه فلا يصح القياس عليه، بل يرجع إلى الأصول المقررة في ذلك، ثم قوله: ليس لك.. إلخ وقد وقع. (نظرية مفتي).

(*) حيث أخذها المسلم لنفسه، لا لو أخذها الأجير جاز. وقيل: له أن يأخذ الأجرة لنفسه، وقرره السحولي، واختاره الشامي. و(قرئ).

(٦) وذلك لقوله ﷺ: ((لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيبة من نفسه))، وهذا قد طابت نفسه. (بستان).

والشافعي: يجوز^(١)، وقال أبو طالب وأبو حنيفة: لا يجوز ولا يصح. فلو تواطأ على ذلك قبل التعجيل والبراء فقال الفقيهان محمد بن يحيى وحسن: إنه يجوز وفاقاً، وقال الفقيه يوسف: إنه كالمشروط.

فَرَع: فإن زاد له في المسلم فيه لأجل التأجيل به بعد حلول أجله أو للزيادة في أجله لم يصح ولا يجوز وفاقاً، سواء شرطاه أو تواطئا عليه أو أضمراه^(٢)؛ لأنه ربا. السادس: أن يذكر المسلم أجلاً معلوماً، فلا يصح معجلاً، خلاف الشافعي. وإذا كان يعرف أنه لا يوجد المسلم فيه قط عند حلول أجله لم يصح السلم^(٣)، وكذا إذا قال: «إلى أجل كذا إن وجد فيه، وإلا فإلى أجل كذا» فإنه يفسد، ذكره في الشرح.

مسألة: وإذا أجله إلى يوم معين كان إلى آخره، وقال أصحاب الشافعي: إلى أوله. وهو القياس^(٤)، لكن تركناه لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لنا بقية يومنا)). قال في شرح النكت: وكذا إذا قال: إلى شهر كذا فإنه يكون إلى آخره، قياساً على اليوم. والأقرب في العرف أنه يكون إلى أوله.

مسألة: وأقل أجل السلم ثلاثة أيام^(٥)، وأكثره لا حد له. وقال المنصور

(١) ولعله يفيد الأزهار في القرض: ويصح بشرط حط البعض.

(٢) فإن أضمراه أحدهما فعلى ما تقدم من التفصيل في القرض، فخذ من هناك.

(٣) وعليه الأزهار بقوله: «الثاني: معرفة إمكانه للحلول».

(٤) وذلك لأن «إلى» للغاية، ولكن لا قياس مع النص. (بستان).

(٥) تحديداً من الوقت إلى الوقت. (عامر) (قرئ).

(*) هذا ذكره أبو جعفر، ورواه عن المؤيد بالله، ومثله في المذاكرة، ورواه ابن أبي عمران عن أصحاب أبي حنيفة؛ وذلك لأن الثلاث قد صارت معتبرة في كثير من المسائل، كأجل الشفيع ونحو ذلك. وحجة المنصور بالله: أن الأربعين أقل وقت يأتي فيه الزرع، وهو الطهف^[١]، وتقاس سائر الأشياء على هذه المدة. (بستان).

[١] قال في البحر: وبعض الشعير يأتي لأربعين يوماً، وهو السلست بضم السين. (بحر).

بالله: أقله أربعون يوماً. وقيل: يوم وليلة^(١). وإذا علقه برأس شهر معين أو سنة معينة فبعد دخوله يكون آخره، وقبل دخوله^(٢) يكون أوله، ولا تضيق المطالبة إلا من طلوع الشمس^(٣) في أول يوم منه. وإن جرى العرف بأن رأس الشهر آخره عمل به.

مسألة: وما علق من الآجال كلها بوقت غير معلوم كالصيف والجحر^(٤) والخريف والصراب والعلب^(٥) ومجيء القافلة ونحو ذلك فهو فاسد^(٦)، ويفسد البيع الذي شرط فيه.

السابع: أن يذكر موضع تسليم المسلم فيه^(٧)، فهو شرط عندنا، خلاف أحد قولي المؤيد بالله وأبي يوسف ومحمد، فقالوا: لا يجب، بل يسلم في موضع العقد.

(١) ذكره الأستاذ أبو يوسف. وعن الشيخ أبي طالب للهادي عليه السلام: أنه يجوز جزء من يوم، ومثله في الهداية والانتصار للناصر عليه السلام؛ قال: لأن المقصود بالأجل الإرفاق، وهو حاصل بساعة. (بستان).

(٢) حيث بقي ثلاثة أيام فصاعداً. (قررد).

(٣) كان القياس أن تكون المطالبة عند رؤية الهلال، لكن عفي عن الليلة لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((لنا بقية يومنا)) والليلة كالיום؛ لأنه يعبر عن أحدهما بالآخر. وأما من طلوع الفجر إلى طلوع الشمس فاستحسنه الهادي عليه السلام؛ لأن العادة جرت بأن تصرف الناس والتعامل يكون بعد طلوعها. (بستان).

(٤) وهو القياض.

(٥) وفي بعض حواشي شرح الأزهار: ويصح إلى علب وسهيل ونحوهما إن كان معلوماً لا يختلف كما هو مقرر في علم الفلك. (تكميل). والمذهب خلافه.

(٦) وذلك لأن هذه الأمور كلها مجهولة، ولقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((لا تبايعوا إلى الحصاد والدياس، ولا تبتاعوا إلا إلى أجل معلوم)). (بستان).

(٧) وإن عين السوق وجب إليه، وإن قال: إلى البلد وجب إلى خلف السور إن كان، وإلا فإلى أطرف دار منها. (بحر). والمختار أن المتبع العرف، وعرفنا الآن إلى بيته. (قررد).

فإذا تمت هذه الشروط قبل يفترقان صح السلم، وإن لم تتم بطل^ص (١).
فَرَعٌ؛ وإذا لم يصح السلم لم يملك المسلم إليه ما قبض من رأس المال (٢)،
 ولا يحل له، بل يجب رده، فإن تلف ضمنه بمثله أو بقيمته يوم قبضه، وقال
 المؤيد بالله والفقهاء يحیی البحيح: إنه يملكه (٣) بقبضه بمثله أو بقيمته. وهكذا
 الخلاف في المسلم فيه إذا قبضه المسلم.

مسألة: وإذا شرط الخيار في السلم أفسده (٤)، إلا أن يبطل صاحب الخيار
 خياره قبل تفرقهما صح. وقال أبو مضر: إنه يبطل الشرط ويصح السلم كما في
 النكاح والطلاق والعتق والوقف والهبة بغير عوض والصدقة والنذر والبراء،
 فإن شرط الخيار فيها يبطل ولا يبطلها (٥)، ذكره في التمهيد.

مسألة: ولكل واحد من المسلم والمسلم إليه أن يهب لصاحبه ما قبضه منه
 أو بعضه، وأما قبل قبضه فلا تصح الهبة ولا الصدقة ولا النذر ولا التملك،
 ولا البراء على القول بأنه تمليك، وأما على قولنا: «إنه إسقاط» أو إذا جاء بلفظ
 الإسقاط أو الحط: فمن المسلم فيه يصح مطلقاً (٦) على الأصح - وقال الفقيه

(١) بناء على أن فاسد السلم باطل؛ لأنه بيع معدوم، وقياس القواعد أنه فاسد، إلا أن
 يقتضي الربا فباطل، وقرره المفتي، أو يتفق فيه أحد وجوه البيع الباطل. اهـ حيث أتى
 بلفظ البيع، وإلا فباطل؛ لأنه يكون بيعاً بلفظ السلم. وقرر البطلان مطلقاً؛ لأنه وإن كان
 بلفظ البيع فقد قصد السلم.

(٢) وهذا يدل على أن فاسد السلم باطل. (قرئ).

(٣) ما لم يقتض الربا فباطل. أو حصل فيه أحد الأربعة الشروط التي في البيع الباطل.

(*) كفاسد البيع.

(٤) أي: يبطله. (قرئ). وعليه الأزهار.

(*) وذلك لأنه ينافي القبض الواجب قبل التفرق، وهو شرط كما مر. (بستان).

(٥) في غير السلم. (قرئ).

(٦) سواء كان من الكل أو من البعض.

حسن: لا يصح من كله^(١) - ومن رأس ماله لا يصح من كله، ويصح من بعضه مطلقاً على قول المؤيد بالله، وعلى قول الهادي بشرط أن يكون الباقي ثمناً للمسلم فيه في بعض الأوقات^(٢). وقال الناصر: لا يصح مطلقاً.

مسألة: وتصح الإقالة والفسخ في السلم أو في بعضه مشاعاً لعذر أو غيره، ثم لا يأخذ المسلم إلا رأس ماله^(٣) إن بقي، وإلا ضمانه بمثله أو بقيته يوم قبضه، ولا يجوز أخذ غيره عوضاً عنه، خلاف الشافعي. والإقالة في السلم^(٤) قبل قبضه فسخ^(٥) وفاقاً، وكذا عند المؤيد بالله في السلم الفاسد إذا قبض رأس المال ملكه، فإذا تفاسخا فيه كان كسائر الديون يأخذ به ما شاء^(٦).

مسألة: وللمسلم بعد قبضه للمسلم فيه أن يشرك غيره فيه^(٧) أو يواليه إياه

(١) لأنها دخلا فيه عقد معاوضة لا هبة لرأس المال. قلنا: فيلزم في البيع والإجارة أنه لو أبرأ من الثمن والأجرة قبل قبضهما لم يصح، وفيه بعد. (بستان). ولعله يقال - والله أعلم -: إن بين ثمن المبيع وثمر السلم فرق، وهو أنه في السلم يشترط قبض الثمن في المجلس، وإلا صار بيع كالي بكالي، وهو لا يصح، بخلاف الثمن في البيع فالمبيع متعين، فلا يؤدي إلى بيع كالي بكالي، وللناظر نظره، والله أعلم.

(٢) يعني أوقات الأجل. (قررو).

(*) لأن المفسد الطارئ لا يلحق بالعقد. (صعيتري). وقال القاضي عبدالله الدواري: إنما يشترط ذلك حال عقد السلم، لا بعده فلا يضر؛ إذ قد انعقد السلم على وجه الصحة، فإن وقع الخط حال العقد فهذا الشرط مسلم، وإلا فلا.

(٣) وفوائده. (قررو).

(٤) يعني في رأس المال.

(٥) وذلك لأن جعلها فيه بيعاً يستلزم بيع المعدوم، وذلك لا يصح. (بستان).

(*) في غير حق الشفيع. اهـ بل لا فرق كما تقدم في الإقالة. (قررو).

(٦) وأما عند الهادي فلا يملكه، بل يرده وفوائده.

(٧) وصورة الاشتراك أن يقول: قد أشركتك في نصف ما أسلمت فيه أو في ثلثه. وصورة التولية أن يقول: قد أوليتك سلمي كله أو نصفه. (بستان).

أو يرايح عليه، لا قبل قبضه، خلاف مالك في التثريك والتولية.

مسألة: وإذا قبض المسلم إليه رأس المال فله أن يسلمه أو بعضه إلى غيره^(١) ليكون له يقبضه ثم يدفعه للذي أسلم إليه، لا إن جعله للمسلم الأول^(٢) يكون له بدلا عما عليه له فلا يصح^(٣).

مسألة: وإذا كان على المسلم للمسلم إليه دين من جنس المسلم فيه ونوعه وصفته وقع قصاصاً عنه، خلاف الناصر، وهو يأتي قول الفقيه علي الذي تقدم في الصرف. وإن كان من غير جنسه لم يقع عنه ولو تراضيا به^(٤)؛ وإن كان من جنسه وهو مخالف له في النوع أو الصفة لم يقع عنه، إلا أن يتراضيا بذلك.

(١) قوله: «فله أن يسلمه أو بعضه إلى غيره» وذلك لأنه لما قبضه ملكه وجاز له التصرف فيه كيف شاء، وإذا أسلمه إلى غيره كان سلماً جديداً بينه وبين من أسلم إليه. (بستان).

(٢) عبارة البرهان: لا إن أسلمه إلى الغير ليكون عليه للمسلم الأول عما عليه له فلا يصح.

(٣) لأنه يكون فسخاً لعقد السلم، وهو لا يصح إلا بتراضيهما. (صعيتري) (قررو).

(٤) لأنه تصرف فيه قبل قبضه. (بستان بلفظه).

فصل: في اختلاف المتبايعين

هو يكون في ستة أشياء غالباً^(١):

الأول: في العقد هل هو صحيح أو فاسد، فإن كان مجملاً فالبينة على مدعي الفساد^(٢)، إلا أن يدعي مدعي الصحة^(٣) عقداً آخر فالبينة عليه^(٤) به، وإذا بيننا معاً فبينة الصحة أولى؛ حملاً على عقدين^(٥)، وإن كان مع بيان وجه الفساد فكذا أيضاً عند الهادي وأحد قولي المؤيد بالله^(٦)، وعلى أحد قولي المؤيد بالله: إن الاختلاف في الشرط كالاختلاف في الأصل فالبينة على مدعي الصحة. وقال أبو

(١) يحتز من الزيادة عليها؛ لأنه قد يقع الاختلاف في الرؤية والخيانة وغير ذلك؛ لأن صور اختلافهما كثيرة. (بستان).

(*) يعني في أغلب الأحوال، وإلا فقد يقع الشجار في غيرها، كفقد الصفة وكالرؤية والخيانة.

(٢) والظاهر من المذهب أنها تقبل بينته سواء ادعى الفساد متصلاً بقوله: «بعت» أو منفصلاً، ولا بين أن يقول: فاسداً بعت أو بعت فاسداً. وقال الفقيه يحيى البحيح: إذا قَدَّمَ ذكر البيع فقال: بعت فاسداً فقد أقر بالبيع، والإقرار بالبيع إقرار بشروطه، فيكون صحيحاً، وقوله من بعد: فاسداً أو صغيراً أو مكرهاً أو ما أشبه ذلك يكون رجوعاً فلا تقبل بينته. والظاهر خلافه. وإن قَدَّمَ ذكر الفساد فقال: فاسداً بعت، قبلت بينته، وعلى هذا حمل الفقيه يحيى البحيح قبول بينة الفساد. فإن قيل: فهلا قبل قوله: بعت فاسداً على قول المؤيد بالله كما قال المؤيد بالله فيمن قال: علي له عشرة دراهم زيوفاً: إنه يقبل قوله: إنها زيوف؟ قلنا: وجه الفرق بينهما أنه لو قبل قوله: إن البيع فاسد لبطل ما أقر به من البيع، بخلاف قوله: زيوف فهو لا يبطل ما أقر به من العشرة، فوصف البيع بالفساد يقتضي إبطاله، بخلاف وصف الدين بأنه زيوف فإنه لا يقتضي إبطاله. (صعيتري).

(٣) يعني بعد التصديق على الفساد. أو بعد البينة به.

(٤) أي: على مدعي الصحة.

(٥) وسواء تقدم الصحيح أم تأخر؛ لأنه إن تقدم الصحيح فلا حكم للفاقد، وإن تأخر كان تصحيحاً للفاقد. (لمعة).

(٦) أخير قولييه.

العباس والمنصور بالله والقاضي زيد: إن كانت دعوى الفساد لاختلال ركن^(١) - وهو ما يوجب بطلان البيع - فالقول قول مدعي البطلان، وإن كان لاختلال شرط^(٢) - وهو ما يوجب فساد البيع - فالبينة على مدعيه.

فَرَعٌ: وأيهما بيّن حكم له، فإن بيّنا جميعاً حكم بالصحة؛ حملاً على عقدين، فلو أضافت البيتان إلى وقت واحد أو تصادق الخصمان أنه لم يقع إلا عقد واحد بطلتاً، وكان كما لو لم يبيّنا^(٣)، ويأتي على قول أبي طالب وأحد قولي المؤيد بالله أنه يحكم بالأرجح منهما^(٤)، وهي بيّنة من عليه البيّنة في الأصل، ومثله في التقرير عن أبي العباس والقاضي زيد. فإن حلف من عليه اليمين حكم له، وإن نكل أو رد اليمين^(٥) وحلف خصمه حكم عليه.

الثاني: أن يختلفا في الأجل أو في الخيار، فالبيّنة على مدعيه^(٦) أو مدعي الزيادة فيه أو مضي مدته مع اتفاقهما على قدرها، وعلى من ادعى بعد مضي مدة الخيار أنه كان فسخ قبل مضيها.

مسألة: من ادعى على غيره أنه زوجه أمته أو رهنه إياها فقال مالكها: «بل بعثها منك بثمان كذا وأنا أطلبه» فكل واحد منهما مدعٍ ومدعى عليه، أيهما بيّن حكم

(١) كالصغر والإكراه.

(٢) كجهالة الثمن أو أجل أو نحو ذلك.

(٣) وحكم بالظاهر، وهو الصحة. (قررو).

(*) وهذا يستقيم على قول الناصر والشافعي: إنها يبطلان معاً مع التكاذب، وعلى أحد قولي المؤيد بالله: إنه يرجع إلى الأصل مع التكاذب، وأما على أحد قولي أبي طالب وأحد قولي المؤيد بالله: أنه يحكم بالأرجح منهما، وهي بيّنة من هي عليه في الأصل.

(٤) قوي، واختاره التهامي.

(٥) حيث لا بيّنة. (قررو).

(٦) فإن كان العرف جارياً بمدّة معلومة هل يكون القول لمدعيه؟ الجواب أن يقال: القول لمدعي ذلك؛ لأنه الظاهر. (مفتي) (قررو).

(*) في غير السلم والكتابة. (قررو).

له بما ادعى، وإن بين مدعي البيع حكم له بالثمن، قال في الحفيظ والفقهاء يوسف: وتكون الأمة لبيت المال^(١). وقيل^(٢): بل يُخْلِى بينها وبين المشتري، فإن أخذها^(٣) وإلا كانت لبيت المال. وهو أولى^(٤). وإن بين مدعي التزويج حكم له به، ثم إن كان المهر ديناً فلا حكم له^(٥)، وإن كان شيئاً معيناً^(٦) ففيه القولان^(٧): هل يصير لبيت المال أو يخلى بينه وبين السيد، فإن أخذه وإلا كان لبيت المال^(٨). وإن بيننا جميعاً وأطلقا حكم للبائع بالثمن ولمدعي التزويج به^(٩)، ذكره في التذكرة^(١٠) - وهو

(١) قال مولانا عَلَيْهِ السَّلَامُ: وهذا هو القياس، لكن لما حكمنا عليه بالثمن استحقتها عوضاً عنه. (شرح أزهار) (قررو). وهل له أن يطلب من الحاكم أن يعطيه الجارية عما سلمه من الثمن فيملكها ظاهراً وباطناً أم لا؟ وهل تطيب له في الباطن ويجوز له الوطء أم لا؟ فالجواب أنها تحل له؛ لأن قد ملكها بتمليك الحاكم^[١] بما سلمه من الثمن، ويحل له الوطء بالملك. (إملاء شامي) (قررو). وينفسخ النكاح. (قررو).

(٢) السيد الهادي بن يحيى، صاحب الياقوتة.

(٣) استحقتها عوضاً عن الثمن.

(٤) وعن سيدنا عامر: يكون كمن رغب عن ملكه، فتكون لمن سبق إليها. قال سيدنا زيد: وهو القياس.

(٥) وهذا أصل مستمر، أينما قلنا: «المهر لبيت المال» لا يصح إلا إذا كان معيناً.

(*) بل يكون لمالك الأمة. (قررو).

(٦) بل وغير المعين يسلمه مدعي التزويج بأمر الحاكم لتبرأ ذمته، ويخلى بينه وبين مالك الأمة، فإن قبله وإلا كان لبيت المال. اهـ بل يكون لمالك الأمة. (قررو).

(٧) بل يكون لمالك الأمة. (قررو).

(٨) المختار أنه يكون لمالكها؛ لأنه لما حكم عليه بالتزويج حكم له به. (قررو).

(٩) ووجه صحة النكاح والبيع ولزوم الثمن أن يقال: إنه يمكن ذلك بأن يحمل على تخلل ملك البائع لها بعد البيع ثم يزوجه من هذا، وصورته أن يبيعه ثم تعود إليه ببيع أو نحوه ثم يزوجه من هذا الذي قد كان اشتراها من أول، فيصح ما ذكره في التذكرة من لزوم الثمن وصحة النكاح، وبهذا التوجيه يظهر ضعف كلام الفقيه يوسف.

(١٠) وعليه إطلاق الأزهار.

[١] يعني فلا يحتاج إلى تمليك آخر، بل الحكم بالبينة كاف. (سأع سيدنا حسن).

[*] وقياس ما يأتي في المضاربة أنه لا بد من تمليك الحاكم. (سأع سيدنا زيد عَلَيْهِ السَّلَامُ).

القوي- وقال الفقيه يوسف: يبطل التزويج بالبيع، ومثله في الحفيظ. وفيه نظر؛ لأنه لم يحكم للزوج بملك الأمة. والكلام في الأمة وفي المهر^(١) كما مر. وإن أرخت البيعتان فبوقت واحد يبطلان، وبوقتين يحكم بالأول^(٢). وإن أرخت إحداهما فقط حكم بها^(٣). وإن لم يبين أيهما فمن حلف منهما قطع دعوى صاحبه، ومن نكل حكم عليه. فإن حلفا جميعا بطلت دعواهما، وإن نكلا فقال الفقيه علي: تبطل دعواهما أيضاً^(٤)، وقال الفقيه محمد بن سليمان: إنه يحكم بالثمن للملكها^(٥) وبالنكاح لمدعيه^(٦).

(١) وفي حاشية على شرح الأزهار: لا مهر مع الإطلاق؛ لأنه لا تحويل على من عليه الحق؛ إذ الأصل براءة الذمة. و(قرئ).

(* بل يكون ملكا للزوج. (مرر). وهو يأتي على كلام الإمام المهدي عليه السلام: إنه قد ملكها عوضاً عن تسليم الثمن. (قرئ).

(٢) إن كان البيع، وإلا حكم بهما وبطل النكاح. (قرئ).

(٣) يعني: فإن كانت بينة البيع صح وبطل التزويج^[١]، وإن كانت بينة التزويج صح وبطل البيع. (بستان). وفي شرح الأزهار: يصح البيع أيضاً كالمؤرختين، والثمن والنكاح والمهر مع الدخول. (قرئ).

(* لعله حيث أرخت بينة البيع فقط. (قرئ). وإلا حكم بهما. (قرئ).

(٤) وهو الذي في الأزهار في قوله: «وإن حلفا أو نحوه ثبتت للمالك».

(٥) وينظر لمن تكون الجارية على قول الفقيه محمد بن سليمان؟ قيل: تكون لبيت المال؛ لثلا يؤدي إلى تنافي الأحكام.

(٦) وذلك لأن كل واحد منهما كأنه قد أقر بها ادعاه الثاني. (بستان). وتكون الأمة لبيت المال على كلامهم، قال الإمام المهدي: وأما المهر ففيه نظر؛ لأن الإقرار به لم يصح؛ إذ المقر له راد له، وإنما لم يلزم كالثمن لأن عقد النكاح يصح بغير مهر، بخلاف البيع فتلزم شروطه، والثمن منه. (شرح بحر).

[١] ولا مهر. (مرر).

مسألة: فلو كانت الدعوى على العكس، قال مالك الأمة: «زوجتكها» وقال الآخر: «بل بعثتها مني» فأيهما يَبِّنُ حكم له، فإن بيَّن مدعي الشراء حكم له بها، ثم إن كان الثمن نقداً استحق سيدها منه إلى قدر قيمتها^(١)، لا أكثر؛ لأنها كالمستهلكة عليه، وإن كان شيئاً معيناً صار لبيت المال^(٢)، وإن كان حباً أو نحوه في الذمة فلا حكم له^(٣). وإن بيَّن مدعي التزويج حكم له بالمهر إن سماه وشهدوا به وبالدخول، وإن لم يشهدوا بالدخول فنصفه^(٤)، وإن لم يسموا مهراً ولا دخولا فقال ابن الخليل: لا يجب شيء، وقال الفقيه محمد بن يحيى: بل يجب له متعة^(٥). وإن بيَّنا معاً حكم بالشراء وبالمهر^(٦) كما مر. وإن لم يبين أيهما فكما مر.

مسألة: وإذا ادعى عبد على سيده عتقه وادعى آخر شراءه فأيهما يَبِّنُ حكم له، وإن بيَّنا معاً وأطلقا حكم بالعتق؛ لأنه لا يرد عليه الملك في الإسلام، إلا أن يكون

(١) بل الجميع، وهو الذي يأتي على كلام المهدي عليه السلام، وهو المختار.

(٢) ويأتي كلام الغيث المتقدم. (قررو).

(٣) بل يكون لمالك الأمة.

(*) لأنه ليس بقيمة للمقومات، بل يسقط. اهـ وقيل: أما السقوط فلا، بل يسلمه لمدعي التزويج؛ لتبرأ ذمته، ويخلو^[١] بينه وبين مالك الأمة، فإن قبله وإلا كان لبيت المال. اهـ بل لمالك الأمة.

(٤) المذهب لا شيء؛ لجواز الفسخ من جهتها، وقد تقدم في النكاح عقيب فصل اختلاف الزوجين.

(*) لأن إنكاره كالطلاق.

(٥) لجواز أنه طلق.

(٦) إن علم تقدم النكاح، وهو حيث أرختا وتقدم تأريخ النكاح، لا حيث تقدمت بينة البيع أو أطلقنا فلا شيء. (قررو).

(*) لا مهر، وعليه النقل الذي تقدم. (قررو).

[١] بأمر الحاكم.

مدعي الشراء قد قبض العبد مع سكوته^(١) فهو دلالة على تقدمه، فيحكم به، خلاف الإمام يحيى. وإن أرخا فبوقت بطلا، وبوقتين صح المتقدم. وإن أرخت إحداهما فقط حكم بها. وإن لم يبيّن أيهما فإن أقر المالك لأحدهما حكم له^(٢)، وإن أنكرهما وحلف لهما بطلا^(٣)، وإن نكل عن أحدهما حكم له، وإن نكل عنهما معا حكم بالعتق، ويسعى العبد في نصف قيمته لسيده^(٤)؛ لأنه كأنه تلف بالعتق قبل قبض المشتري له^(٥)، ذكره الفقيه علي.

مسألة: من اشترى شيئاً في ظرف وقبضه بظرفه ثم فرغه ورد الطرف فأنكر البائع كونه ظرفه فالقول قول المشتري؛ لأنه أمين في الظرف، والبينة على البائع بأنه غير ظرفه، ولا يقال: إنها بيينة على النفي؛ لأنها تستند إلى العلم، ذكر ذلك في الكافي^(٦).

(١) وهو عالم بالشراء. (زهور). وتمكنه من الإنكار. خلاف ما في الغيث والنجري من أنه لا فرق، وهو ظاهر الأزهار والصعيتري.

(٢) وحلف للثاني. (حديث) (قررو). فإن لم يحلف كان موقوفاً، فإن رجعت إليه عتقت. (قررو).

(*) قبل القبض أو بعده؛ لأنها قد أقر له باليد. (قررو).

(٣) وبقي له. (شرح أزهار معنى).

(٤) وإنما وجب عليه أن يسعى بنصف قيمته لأن بنكول السيد عن العتق أقر بنصفه أنه للعبد، فقد ملك نصف نفسه والمشتري نصفه، فقد عتق كله بالسراية، ولم يجب على المشتري شيء؛ لاستهلاك السيد العبد قبل التسليم، فيسلم العبد نصف قيمته لسيده، ويسلم السيد كل الثمن للمشتري. (عن الدواري) (قررو). والأولى أنه لا سعاية على العبد؛ إذ العتق لأجل إقرار البائع، كذا قرر، ولأنه لا تحويل على من عليه الحق؛ لأنها عتقت بإقرار البائع.

(٥) قال الفقيه علي: أو أقر لهما. وقال الفقيه يوسف: بل يحكم بنكول البائع المتقدم أو إقراره المتقدم من عتق أو بيع، فإن نطق بها معاً رجح العتق وسعى العبد في نصف قيمته للبائع. (بستان، وشرح أزهار معنى) (قررو).

(٦) وقد تقدم لصاحب الكتاب مثل هذا عن الكافي في الثالث عشر، وهو خيار العيب في أوله، في قوله: مسألة: وإذا وجد المشتري في الأمة خطأ أبيض.. الخ.

الثالث: أن يختلفا في المبيع، فإن اختلفا في قدره فالبينة على مدعي الزيادة، وإن بيّنا حكم بيئته^(١). وإن اختلفا في قبضه أو في إذن البائع بقبضه فالقول قول النافي. وإن ادعى البائع أنه سلم أكثر من المبيع فعليه البينة، وكذا في المشتري إذا ادعى أنه سلم أكثر من الثمن.

مسألة: وإذا قال المشتري: «قبضت المبيع ناقصاً، أو ثم وجدته ناقصاً» فعليه البينة^(٢)، وإن قال: «قبضت بعضه دون بعض» فالقول قوله. وكذلك في الثمن.

مسألة: وإذا قال المشتري: «اشتريت العبد والأمة بألف» وقال البائع: «بل العبد وحده بألف» وبيّنا معاً حكم للمشتري^(٣)، وقال في الوافي: للبائع. وفيه نظر^(٤).

الرابع: أن يختلفا في السلم، فإن اختلفا في قدر رأس ماله قبل افتراقهما فالبينة على مدعي الزيادة؛ لأن العقد قد صار لازماً لهما ولو كان موقوفاً على تمام الشروط قبل افتراقهما، وإن بيّنا معاً حكم للمسلم إليه بما ادعاه من رأس المال، وللمسلم بما ادعاه من المسلم فيه^(٥). وإن اختلفا في جنس رأس ماله فمن بيّن حكم له، وإن بيّنا حكم للمسلم إليه^(٦)، وإن لم يبيّنا تحالفاً وفسخ. وإن اختلفا في

(١) لأنها عليه في الأصل.

(٢) قلت: حيث كان عارفاً حكم ذلك اللفظ. (مفتي) (قررو).

(٣) لأن بيئته خارجة.

(*) ذكره أبو طالب؛ لأنه أشبه بالمدعي؛ من حيث إنه يدعي زيادة في المبيع. (تعليق لمع). وقيل: بل الوجه أنها قد اتفقا على أن الألف للبائع، واتفقا على أن العبد للمشتري، واختلفا في الجارية، فالمشتري يدعي أنها من المبيع، فشهادته تستند إلى علم، والبائع شهادته أنها ليست من المبيع على النفي فلم تصح. (زهور).

(٤) لعل وجه النظر أن بيئته البائع على النفي، والله أعلم.

(٥) يعني حملاً على عقدين، ووجهه أن رأس المال إذا كان مختلفاً في القدر فهما سلمان متغيران. (بستان).

(٦) وصورته أن يقول المسلم: «أسلمت إليك ديناراً في كره حنطة»، وقال المسلم إليه: «بل مائة درهم في كره حنطة»، وبيّنا معاً فإنه يحكم للمسلم إليه بما ادعاه؛ لأنه ناف للثمن الآخر. (بستان).

قدر المسلم فيه أو في قدر أجله فالبينة على مدعي الزيادة، وإن اختلفا في جنسه أو نوعه أو صفته أو في مكان التسليم أو جنس المبيع أو نوعه أو صفته - فأيهما يئن حكم له، وإن بينا معاً حكم للمشتري بما ادعاه، وإن لم يبين أيهما تحالفا وفسخ^(١)، وإن امتنعا من الحلف فسخ، وإن حلف أحدهما وامتنع الثاني حكم لمن حلف. والفسخ بعد الحلف هو إلى الحاكم^(٢) يفسخ العقد بينهما. وقيل: بل إليهما^(٣).

فَرَعٌ: ويحلف كل واحد منهما على النفي^(٤): ما بعث منك كذا، أو ما اشتريت منك كذا^(٥)، ويبدأ الحاكم بتحليف أيهما شاء^(٦).

(١) وذلك للحديث الذي قدمناه. (بستان). وهو قوله ﷺ: ((إذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا البيع))، وفي رواية: ((والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا البيع)). (بستان).
 (*) والفسخ إليهما مع التراضي، وإن تشاجرا فالحاكم. (سماح سيدنا حسن) (قررو).
 (٢) والأزهار خلافه، وهو أنه يفسخ من غير حكم. واختير البيان مع التقييد. و(قررو).
 (*) مع التشاجر. (قررو).
 (*) وذلك كما يعتبر الحاكم في سائر الفسوخ، ولقوله ﷺ: ((فإن اشتجروا فالسلطان)). (بستان).

(٣) مع التراضي. (قررو).

(٤) قوله: «على النفي» أي: ما بعث كذا أو ما اشتريت كذا. وقيل: يحلف على النفي والإثبات، فيقول: «ما بعث كذا ولقد بعث كذا»، أو «ما اشتريت كذا ولقد اشتريت كذا». وقيل: على النفي أو على الإثبات. وقيل: يحلف كل واحد منهما يمينين: يميناً على النفي ويميناً على الإثبات. (بستان).

(٥) قال الإمام يحيى: هذا هو الحق، أعني أن الواجب يمين واحدة جامعة، وتكون على نفي ما ادعاه الثاني كما صرح به في البيان. (من خط المفتي).

(*) وقيل: يحلف كل واحد منهما يميناً متضمنة للنفي والإثبات، فيقول: والله ما بعث منك برأ بل بعثك شعيراً. (قررو). ومعناه في البحر، ولفظ البحر: فرغ؛ والواجب على كل واحد يمين واحدة فيها نفي وإثبات، نحو: والله ما بعثها بألف ولقد بعثها بألفين. (قررو).

(٦) ويسمى هذا لعان البيع.

الخامس: في العيوب، فإذا ادعى المشتري عيباً في المبيع أو في المسلم فيه بعد قبضه فعليه البينة به، وكذا إذا ادعى أن هذا الشيء عيب، وكذا إذا ادعى أن العيب حاصل فيه من قبل قبضه له وأنكر ذلك البائع، وكان مما يجوز حصوله قبل القبض وبعده، لا إن كان مما يعلم حدوثه بعد القبض -كالجرح الطري- فلا يرد به^(١) مع تقادم القبض^(٢)، ولا إن كان مما يعلم حصوله قبل القبض كالأصبع الزائدة والداء العتيق^(٣) ونحو ذلك^(٤)، فيرد به من غير بينة^(٥).

فَرَعٌ: وإذا مات الحيوان المبيع عقيب قبض المشتري له فادعى المشتري أن موته بسبب كان حاصلًا فيه من قبل قبضه وأنكر البائع فالبينة على المشتري^(٦)، ولو كان الموت في الأغلب لا يكون إلا بعد علة طويلة فلا يمنع من ذلك، ذكره في الشرح.

مَسْأَلَةٌ: وإذا ادعى البائع أن المشتري قد رضي بالعيب أو قد جرى منه ما يجري مجرى الرضا فعليه البينة بذلك، وكذا إذا ادعى أنه قد حدث في المبيع عيب آخر عند المشتري فعليه البينة به^(٧)، وكذا إذا تقايلا أو تفاسخا البيع ثم ادعى البائع أنه قد

(١) ولا بينة ولا يمين. (قررو).

(٢) ولا يمين على البائع.

(٣) كل عيب تقادم مدته من طريق العادة كالطلب لدون الأربعين، وإن وجد لتمامها فهو من عند المشتري. (قررو). إلا أن تكون بلد المشتري لا يصيب دواها الطلب. (من فتاوى الإمام المطهر بن محمد بن سليمان عليه السلام) (قررو). وإن حلف البائع فيمينه على القطع مع عدم بينة المشتري، ويجوز له استناداً إلى الظاهر حيث البلد سليمة الطلب. (قررو).

(٤) وهو الجدري، والبخر في الفم، والطلب في الأربعين. اهـ بشرط أن يكون قد ذكر أن قد جاءه؛ لأنه يكون من خيار فقد الصفه، وأما لو سكت عن ذلك من الأصل ثم وجده بعد ذلك فإنه يبطل الرد. (عامر) و(قررو).

(٥) ولا يمين. (قررو).

(٦) لأن الأصل سلامة المبيع من العيوب. (بستان). ويثبت له الرجوع بالأرش فقط على المقرر. (قررو).

(٧) مطلب في رد المفسوخ بالعيب.

حدث في المبيع عيب عند المشتري يوجب له رده عليه فعليه البيئته به.
مسألة: وإذا رد المشتري المبيع بعيب فيه فقال البائع: «ما هذا الذي بعث منك» فالبيئته على المشتري أنه المبيع^(١).

السادس: في الثمن، فإن اختلفا فيه قبل قبض المبيع فالقول قول البائع، سواء اختلفا في قدره^(٢) أو جنسه أو نوعه أو صفته^(٣)؛ لأنه لا يلزمه تسليم المبيع إلا بما ادعاه أو بما صح عليه بالبيئته، ولكن هذا حيث يكون المشتري هو الطالب لتسليم المبيع، فأما حيث يكون البائع هو الطالب لتسليم الثمن فعليه البيئته؛ لأنه يدعي الزيادة، ذكره في الشرح^(٤) والفقهاء علي.

وإن اختلفا فيه بعد قبض المبيع^(٥): فإن كان المبيع تالفاً أو قد خرج عن ملك المشتري فالبيئته على البائع، وإن كان باقياً مع المشتري فكذا عند الهادي

(١) لأن الأصل صحة العقد وسلامة المبيع من العيب^[١]. (بستان). ويمين البائع على القطع.
 (٢) هذا إذا لم يدع ما فيه غبن ظاهر على المشتري، نحو: «بعث منك هذا الثوب بعشرين درهماً» وهو يسوئ خمسة دراهم، فإنه يدعي خلاف الظاهر، فيكون القول للمشتري. (عامر) وقواه الهبل. (قررو).

(٣) وهذا حيث في البلد نقدان، فأما لو ادعى أحدهما نقد البلد والثاني نقد غيره فالقول لمن ادعى نقد البلد مطلقاً، سواء كان المبيع في يده أم في يد الآخر، وسواء كان هو الطالب أو الآخر على الصحيح، خلاف الفقيه يمين البحيح.

(٤) هذا هو المختار. وقال الفقيه حسن: بل القول قول البائع. (بستان بلفظه). ومثله في شرح الأثر أن القول قول البائع مطلقاً، سواء طلب البائع أم لا.

(٥) فإن كان قد سلم بعض المبيع فلعله يكون القول قول البائع في ثمن ما لم يسلم، وقول المشتري فيما قد سلمه، والله أعلم. (مفتي). يقال: أما مع تميز الأثمان فهذا صحيح، وأما إذا كان الثمن جملة واختلفاً في قدره فالأقرب أن القول قول البائع؛ لأنه لا يلزمه تسليم ما بقي إلا بما ادعاه. (إملاء شامي). و(قررو).

[١] ويثبت له الرجوع بالأرض فقط على المقر. (قررو).

مطلقاً^(١)، وقال أبو العباس والفقهاء^(٢): إنهما يتحالفان ويفسخ البيع، وقال المؤيد بالله: إن اختلفا في جنسه أو نوعه أو صفته تحالفاً وفسخ البيع، وكذا إذا امتنعا من الحلف فإنه يفسخ، وإن اختلفا في قدره فله قولان: قول يتحالفان ويفسخ، وقول مع الهادي. وكذا إن بيّنا معاً فإنه يفسخ، إلا على قول الهادي فيحكم ببينة البائع. وإن بيّن أحدهما حكم له.

مسألة: وإذا ادعى المشتري أنه قد سلم الثمن فعليه البينة^(٣) ولو قد قبض المبيع بإذن البائع، خلاف الشافعي والإمام علي بن محمد بعد القبض.

مسألة: وإذا ادعى أحدهما ما يتعامل به في البلد وادعى الثاني ما يتعامل به في بلد آخر من نقد أو غيره فالبينة على الثاني مطلقاً^(٤)، وقال الفقيه يحيى البحيح: إذا كان قبل قبض المبيع فالقول قول البائع.

مسألة: وإذا أنكر المسلم إليه قبض رأس المال فقبل افتراقهما القول قوله، وبعد افتراقهما عليه البينة^(٥)؛ لأنه يدعي الفساد.

مسألة: من باع مال غيره ثم إن المشتري فسخ البيع قبل إجازة المالك ثم قال البائع: «إنه قد كان وكلني بالبيع» وصادقه المالك - فإنه لا يبطل فسخ المشتري

(١) من غير فرق بين الجنس والقدر وغيرهما. (بستان).

(*) قيل: هذا ما لم يدع ما فيه غبن على البائع فالقول للبائع. (قرئ). إذا كان زائداً على ما يتغابن الناس بمثله. (عامر). وقرره الشامي. (قرئ).

(٢) وهم فقهاء العراق من الحنفية في هذا الموضوع.

(٣) إلا أن يجري عرف أن البائع لا يسلم المبيع إلا بعد تسليم الثمن أو كان ثمة قرينة كالعقد بين من لا يجتمعان [يعترفان (نخ)] بعد الافتراق ولا رهن ولا كفيل ففي المجلس. ومثل معناه عن المفتي والمحيرسي والقاضي عامر. والأزهار خلافة؛ إذ الأصل بقاء الثمن، ولأنه لازم بيقين. (قرئ).

(٤) سواء كان قبل القبض أو بعده؛ لأن الظاهر ينصرف إلى نقد البلد. و(قرئ).

(٥) وكذا في الصرف وما يحرم فيه من النساء. (قرئ).

إلا أن يصح التوكيل^(١). فلو كان البائع قال عند بيعه: «إنه وكيل بالبيع» فاشتراه المشتري ولم يصادقه^(٢) في الوكالة ثم أراد المشتري فسخه وأنكر الوكالة فقال الفقيه حسن: لا يقبل فسخه؛ لأن شراءه منه كالتصديق له بالوكالة، وقال الفقيه علي: لا يكون تصديقا له، بل يكون للمشتري الفسخ ما لم تصح الوكالة.

مسألة: وإذا أنكر البائع الإذن منه بقبض المشتري للمبيع قبل تسليم الثمن فالقول قوله، إلا أن يقول: سلمته مكرها فعليه البينة بالإكراه.

مسألة: وإذا وقع الفسخ في البيع أو في السلم ثم اختلفا في قدر الثمن أو رأس المال الذي قد قبض فالبينة على المشتري والمسلم، وكذا إن اختلفا في قيمته^(٣) بعد تلفه^(٤).

مسألة: وإذا تباع رجلان في أرضين أو دارين ثم رد أحدهما ما صار إليه بعيب فيها وادعى أنه اشتراها بأرضه أو داره فترد له، وقال الثاني: بل بعثها منك بدراهم ثم اشتريت أرضك بالدراهم، فأرد عليك الدراهم لا الأرض - فأيهما بيّن حكم له، وإن لم فعلى قول المؤيد بالله: يتحالفان ويفسخ البيع؛ لأنهما اختلفا في جنس ثمنها، وعلى قول الهادي: إن لم تجر العادة^(٥) ببيع الأرض بالأرض أو الدار فالبينة على مدعي ذلك، وإن جرت العادة بذلك فالقول قول مدعيه إن كان قبل تسليمه لأرضه السليمة من العيب، وإن كان بعد تسليمها فعليه البينة^(٦).

(١) بالبينة أو بإقرار المشتري أو بعلم الحاكم. (قرئ).

(٢) لفظا.

(٣) أي: قيمة الثمن.

(٤) حسا أو حكما.

(*) وقد تفاسخا أو تقايلا.

(٥) أو الغالب.

(٦) هذا على أصله المتقدم، وظاهر الأزهاري أن القول قول مدعي ما يتعامل به في البلد أو الغالب، فالبينة على الآخر من غير فرق بين قبل القبض وبعده. و(قرئ).

مسألة: ومن قال في شيء في يده: «هذا اشتريته من فلان أو وهبه لي» جاز لغيره أن يشتريه منه، فإن أنكر فلان البيع أو الهبة فالقول قوله^(١) والبينة على المشتري^(٢) أو البائع منه، فإن أنكر فلان ما كان المبيع له صح البيع وسلم الثمن للبائع^(٣)، وقال أبو مضر^(٤): يكون المبيع لبيت المال^(٥).

-
- (١) قال المؤيد بالله: وإذا لم يطلبه رد المبيع فلا حكم لإنكاره. وقال الحقيني: بل يجب رده كما إذا طلب تسليمه، ذكره في البرهان. (بستان).
- (٢) الآخر أو البائع.
- (٣) هذا ذكره الفقيهان حسن ويوسف. (بستان).
- (*) الثاني. (قرير).
- (٤) في (ب): وقال المنصور بالله وأبو مضر.
- (٥) ولعل وجهه كون المشتري - وهو البائع الثاني - قد أبطل يده بإسناد الشراء إلى البائع الأول، والبائع الأول أنكر ملكه، فيكون لبيت المال. (شامي). إن قلت: هذا قياس ما يأتي للفقهاء يحين البحيح وغيره في الإقرار حيث رد الإقرار المقر له سل؟ (شامي).

كتاب الشفعة

هي واردة على خلاف القياس^(١)؛ لأنها أخذ مال الغير بغير رضاه. وهي تجب في كل عين^(٢) ملكت^(٣) بعقد صحيح بعوض معلوم مظهر هو مال، لا بالقسمة^(٤). ولو في منقول^(٥)، وما لا ينقسم، ومكيل وموزون^(٦). وقال زيد بن علي وأبو حنيفة والشافعي: لا شفعة في منقول. وقال الشافعي: لا شفعة فيما لا ينقسم^(٧). وقال المنصور بالله: لا شفعة في مكيل وموزون^(٨)، قال الأمير علي: إلا أن يكون في مدفن أو زق^(٩) أو نحوه.

(١) قال بعض المحققين: وهي ثابتة استحساناً بالقياس الخفي؛ إذ هي لدفع ضرر الخليط أو الجار، وهو مراد من قال: إنها موافقة للقياس، وهي مخالفة للقياس الجلي؛ إذ هي أخذ مال الغير بغير رضاه، وهو مراد من قال: إنها مخالفة للقياس. (شرح بهران). والقياس الجلي: ما قطع بنفي الفارق فيه، كالأمة والعبد في سرية العتق. والخفي نقيضه، كقياس الذرة على البر؛ للاختلاف في العلة. (معيار).

(*) وذلك لأن المشتري معها على غير ثقة من استقرار الملك، والأقيسة الأصولية حاكمة بأن ملك الإنسان لا يخرج عنه إلا برضاه؛ لقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ [النساء ٢٩]، ولقوله ﷺ: ((لا يحل ..)) الخبر. (بستان).

(٢) خرج الدين والحق والمنافع.

(٣) احتراز من العارية والإباحة.

(٤) والإقرار والميراث.

(*) ولو تماكلا على الأصح.

(٥) لعموم الدليل؛ إذ لم يفصل.

(٦) وذلك لقوله ﷺ: ((الشريك شفيح)) و((الشفعة في كل شيء)) ولم يفصل بين المنقول وغيره، وما يقسم وما لا، ومكيل وموزون، وعدم الفصل دلالة على تعميم الحكم. (بستان).

(٧) إذ لا ضرر فيما لا ينقسم.

(٨) إذ قسمته إفراز، فلا ضرر.

(٩) وذلك كأن يكونا مشتركين في أصل الطعام كالزرع ونحوه، لا لو أخذوا طعاماً ثم خلطاه

مسألة: ولا شفعة فيما ملك ببيع فاسد^(١)، خلاف أحد قولي الشافعي والإمام يحيى^(٢) فأثبتها بالقيمة^(٣). وهكذا في الصلح بمعلوم عن مجهول^(٤)، وهكذا حيث نسي الثمن، أو كان قيمياً وجهلت قيمته^(٥)، أو كان كله أو بعضه صبرة^(٦) من مكيل أو موزون لم يعلم قدرها - فهو على الخلاف^(٧).

فلا شفعة؛ لأنه كجوار الشجرة والبناء، وقرره السحوي. وظاهر كلام أهل المذهب أن الشفعة تثبت في الحبوب مطلقاً، سواء كانت الشركة بينهما في زرع حصده أو خلطاه، كالذي يجعله الرجلان في مدفن؛ لأنه قد حصل فيه حقيقة الشركة لغة وشرعاً وعرفاً، والحجة على ذلك قوله ﷺ: ((الشريك شفيح))، و((الشفعة في كل شيء))، رواه ابن عباس، وغير ذلك.

(١) ومنه المحقر. وقيل: تثبت فيه. (قررو).

(*) والعبرة بمذهب المتبايعين في الصحة والفساد. (قررو).

(٢) حجتنا أنه يملك بالقيمة، وهي مجهولة غير معلومة. وحجتهم أن جهالة القيمة مغتفرة كما في العقد الصحيح حيث الثمن قيمي. قال الوالد: ولعل هذا قول ثان خفي للشافعي: إن الفاسد يملك. (بستان).

(٣) ومثله في البحر، قال: قلت: وهو قوي؛ إذ لم يفصل قوله ﷺ: ((الشفعة في كل شيء))، وجهالة القيمة مغتفرة، كما في العقد الصحيح حيث الثمن قيمي. قال فيه: لكن بعد القبض؛ إذ لا يملكه المشتري قبله إجماعاً. انتهى. ومثله لإمامنا المنصور بالله وابنه المؤيد بالله، وعن المتوكل على الله ﷺ: تثبت فيه الشفعة إذا كان حيلة.

(٤) على القول بصحته، والمذهب أنه لا يصح؛ لأنه بيع، وبيع المجهول لا يصح، وعليه الأزهاري بقوله: «وعكسها فيما هو كالبيع».

(٥) حال العقد، ولو علمت قيمته من بعد العقد بأن يكون باقياً. اهـ إلا أن ينكشف أنها معلومة من حال العقد.

(*) أو كانت قد تلفت أو خلطت بغيرها. (قررو).

(٦) ومن هنا أخذت الحيلة.

(٧) لا تصح. (قررو).

مسألة: وتثبت الشفعة بما ملك بالبيع الفاسد^(١)، وقال الناصر والشافعي: لا شفعة به؛ لأنه باطل عندهما، وقال القاسم وأبو العباس: لا شفعة به؛ لأن ملكه غير مستقر.

فرع: وإذا فسخ الملك في المشفوع به فبعدهما ملك المشفوع فيه بالحكم أو بالتراضي لا يضر، وقبل ملكه تبطل الشفعة بأي وجه فسخ ولو بالتراضي^(٢)، وتعود الشفعة به لبائعه^(٣) إذا كان فسخته بالحكم^(٤)، ذكره المنصور بالله، خلاف أبي مضر^(٥).

فرع: فلو بيع المشفوع قبل قبض الفاسد فالشفعة فيه للبائع^(٦)، إلا أن يسلم الفاسد لمشتريه قبل ملكه للمشفوع بطلت شفעתه فيه، ولا تثبت للمشتري؛ لأن ملكه متأخر عن بيع المشفوع.

(١) يعني أنه يشفع به إذا بيع إلى جنبه شيء.

(٢) أو الحكم أو الشرط أو الرؤية.

(٣) إذا كان قد قيد بالطلب.

(٤) المختار أنها لا تعود الشفعة للبائع؛ لأن حالة البيع وهو في ملك غيره، وأيضا فإنه يؤدي إلى ملك بين مالكين.

(٥) والفقهاء.

(٦) وهكذا في البيع الموقوف إذا بيع شيء بجنبه قبل الإجازة فيه فالشفعة^[١] للملك، بشرط أن يقع الحكم أو التراضي قبل الإجازة^[٢]. (كواكب). ينظر هل بين العقد الفاسد والموقوف فرق؛ لأن الإجازة في الموقوف كاشفة لملك المشتري من يوم العقد، بخلاف الفاسد فلا يملك إلا بالقبض. وأما لو شفع المشتري قبل الإجازة فقبل: تصح، وتكون الإجازة كاشفة، وقيل: لا تصح؛ لقوله: في كل عين ملك^[٣]؛ إذ لا ملك قبل الإجازة، فيحقق. (إملاء تهامي وشامي).

[١] ولا يقال: إن الشفعة تبطل العقد الموقوف؛ لأنها تصرف؛ لأنه لا يبطل إلا بالرد كما هو حكم كل موقوف. اهـ وعن المفتي ما لفظه: إن قيل: تصرف فهلا يبطل العقد.

[٢] وفي حاشية ما لفظه: وقرر أنها لمن استقر له الملك؛ لأنها منعطفة من يوم الإجازة إلى يوم العقد. (قرير).

[٣] لعله يريد قوله: لكل شريك مالك؛ لأنها المشفوع بها لا فيها، والله أعلم.

مسألة: ولا شفعة فيما ملك بغير عوض، خلاف مالك في الهبة^(١)، ولا فيما عوضه غير مال^(٢)، خلاف الشافعي^(٣)، ولا في الأجرة^(٤)؛ لأن عوضها منفعة وليست بمال، ذكره في الشرح واللمع، وقال أبو طالب: بل هي ^{قوي} مال؛ ولهذا تصح مهراً، فتشفع الأجرة بقيمة المنفعة، وهي أجرة المثل. قال الفقيه يحيى البحيح: وهذا هو القوي.

مسألة: وثبتت الشفعة فيما صولح به عن الدية، قال الفقيه علي: فيسلم الشفيع أي أصناف الدية شاء^(٥)، وقال الفقيه حسن: بل الدراهم أو الدينارين فقط^(٦). وكذا فيما صولح به عن أرش جنائية معلوم^(٧)، فيأخذه الشفيع بالأرش ولو هو حكومة.

مسألة: فإذا نسي قدر ثمن المبيع فلا شفعة فيه، إلا أن يتراضى البائع

(١) يعني فإنه أثبتت الشفعة فيها لا في الصدقة. وابن أبي ليلين أثبتتها فيها. حججهم أنها عين ملكت فتثبتت فيها بالقيمة. قلنا: لا، كالميراث والإقرار. (بستان).

(٢) كالمهر وعوض الخلع والصلح عن دم العمد. اهـ إذا كان عن القود أو القتل أو الدم. (بحر معني). (قروي).

(٣) ويسلم مهر المثل.

(*) وحجة الشافعي أن ذلك معاوضة فأشبهه البيع. قلنا: ليس بمعاوضة محضة؛ بدليل صحتها من دون ذكر العوض. قالوا: منافع البضع تقوم بالمال؛ بدليل أخذ العوض عليها. قلنا: لا قيمة لها، وإلا لزم من حبس امرأة عن زوجها أو جارية عن مولاهما عوض البضع، وليس كذلك. (بستان).

(٤) وصورة ذلك أن تؤجر دار سنة بأرض معلومة فلا شفعة في الأرض عندنا، خلاف الشافعي، وخرجوه لأبي طالب من قوله: إن المنفعة مال ويصح أن تكون مهراً، لكن قال الفقيه يحيى البحيح: لا تثبت الشفعة فيها عنده إلا بعد مضي مدة الإجارة حتى تستقر. وقال الفقيه علي: بل تثبت بعقد الإجارة كقول الشافعي. (بستان).

(٥) يعني قيمتها؛ إذ هو يجب قيمة القيمي. (قروي).

(٦) قوي. (مفتي، وذماري)؛ لأن فيما عداهما جهالة.

(*) لأنها أقل جهالة. (سماع).

(٧) يعني: حيث عفا ولي الدم وصالح عن الدية، وكذا الحكم إذا كان القتل خطأ، فأما لو صالح عن نفس الدية فلا شفعة.

والمشتري على شيء معلوم ثبتت الشفعة به، ذكره في التقرير (١).
مسألة: والهبة على عوض معلوم (٢) تثبت فيها الشفعة ولو قبل قبضها عند الهادي، وأما عند المؤيد بالله فقال القاضي زيد: كذا أيضاً، وقال أبو مضر والفقهاء محمد بن سليمان: لا تثبت إلا بعد قبضها. قال الفقيه علي (٣): وسواء كان عوضها يملك بنفس عقدها أو يحتاج إلى تجديد هبه، نحو قوله: «وهبتك هذا على أن تهب لي كذا»، فمتى حصلت الهبة الثانية ثبتت الشفعة.

وأَسبابُ الشفعةِ أربعة:

أولها (٤): الشركة في أصل المبيع (٥)، ثم الشركة في الشرب لأجل الاشتراك في مجرى الماء أو في مقره (٦)، ثم الشركة في الطريق (٧)، ثم الجوار الملاصق في

(١) يقال: قد بطلت الشفعة، وتراضيهما على تسليم قدر معلوم عوضاً عن الثمن لا يجدها؛ لأنها بالثمن، لا بآراضيا به من بعد. (شامي).

(*) ولعل هذا قبل قبض البائع للثمن، وأما بعد القبض فلا يصح؛ لأنه يؤدي إلى ربح المشتري أو خسره.

(*) وظاهر المذهب أنه لا بد من لفظ يفيد التمليك.

(٢) وكذا النذر على عوض معلوم. (قرن).

(٣) وروى في شرح الأزهار عن الفقيه علي في باب الهبة: أنها لا تكون بيعاً تثبت فيه الشفعة إلا إذا ملك العوض بنفس العقد، وإلا فلا [١]، فينظر في أصح الروايتين عنه. ولعل الذي في شرح الأزهار مذهبه، والذي هنا على كلام المؤيد بالله.

(٤) وفي نسخة: «الأول».

(٥) وهو الخليط قبل القسمة، وأما بعدها فقد صار جاراً، ذكره النجري. (شرح هداية).

(*) اعلم أنها قدمت لقوتها وإجماع العلماء عليها، ولأن الشفعة موضوعة لدفع الضرر، والضرر فيها أكثر. (بستان).

(٦) يعني ولكل واحد من الشريكين في المقر مجرى ملك له، فإذا بيعت الأرض ثبتت الشفعة؛ للاشتراك في جزء متصل بالمبيع. اهـ وظاهر ما سيأتي في البيان أنه لا يشترط الاتصال، وهو المختار للمذهب.

(٧) والمراد بالطريق: المملوك قرارها، لا مجرد المرور كالسكك النافذة؛ إذ لا بد من الاشتراك بين الشفيع والمشتري في ملك جزء متصل بالمبيع. (بستان).

[١] والمذهب أنها لا تكون بيعاً إلا حيث يملك العوض بنفس العقد، نحو: على هبة كذا.

القرار؛ لأن بين الجارين في الأرض جزءاً مشتركاً لا ينقسم، ذكره في الشرح. وقال الشافعي: لا شفعة إلا للخليط.

فَرَعٌ؛ وإنما تثبت الشفعة للأبعد من هذه الأسباب إذا عدم من هو أقدم منه أو ترك شفعته أو بطلت لسبب. وقال الناصر: لا شفعة له إلا إذا عدم من هو أقدم منه.

مَسْأَلَةٌ: وتثبت الشفعة للمجنون والصغير، فيشفع لهما وليهما^(١) أو هما متى عقلاً^(٢). وتثبت للغائب متى علم بالبيع، وللفاسق على المؤمن. ولا تبطل برودة الشفيع^(٣) بعد البيع^(٤)، ذكره في البحر.

مَسْأَلَةٌ: ويشفع المسلمون أهل الذمة فيما اشتروه وفاقاً، فلو كان ثمنه خمراً أخذ بقيمة الخمر، وقال الشافعي: لا شفعة فيه.

(١) في (د): ولي مالهما.

(*) ويجب على الولي طلبها؛ لأن فيه دفع ضرر، بخلاف الشراء فلا يجب؛ لأنه لا يجب عليه طلب المصلحة للصبي، ذكره في البحر والبيان. اهـ وفي الديباج: لا يجب عليه، وإنما يجب عليه حفظ المال فقط.

(٢) إذا كان لهما وقت البيع مصلحة ومال، وإلا فلا. كما يأتي في البيان في المسألة التاسعة والثلاثين من هذه.

(*) ولم يكن قد سلم الولي لمصلحة.

(٣) ولعله حيث وقعت الردة بعد الطلب أو قبل العلم بالبيع، فإن لحق فلوارثه، وإن رجع إلى الإسلام فله، إلا أن يكون قد علم بالشفعة في حال الردة ولم يرجع إلى الإسلام على الفور ويطلب^[١] بطلت شفعته؛ لأنه أتى من قبل نفسه. (بستان). و(قررد).

(٤) فيكون طلبه لها موقوفاً، فإن أسلم ثبتت له، وإن لحق ورثت عنه. وأما إذا طلبها قبل رده فظاهر، وإن لم يطلب بل تراخى أو نحوه بطلت عليه، فإن طلبها الوارث فموقوف؛ فإن لحق ثبتت له، وإن أسلم بطلت. (هبل) (قررد). ينظر.

[١] وعن القاضي سعيد بن صلاح الهبل: تبطل؛ لأن إسلامه إعراض. اهـ وفي حاشية: فإن رجع إلى الإسلام لم تبطل، ولعله يفهمه الأزهار بقوله: «أو فرضاً تضيق لم تبطل». (قررد).

مسألة: ولا شفعة لأهل الذمة على المسلمين^(١)، ولا لبعضهم على بعض في خططنا إلا في المنقولات^(٢) وفي خططهم، وهي أيلة^(٣) وعمورية وفلسطين^(٤) ونجران. وقال زيد بن علي والمؤيد بالله وأبو حنيفة والشافعي: إن لهم الشفعة علينا وعلى بعضهم مطلقاً.

فرع: وشفعة الذمي في عبد مسلم على ذمي^(٥) كشرائه له على الخلاف فيه^(٦).

مسألة: ولا شفعة بوقف. وثبتت الشفعة فيما شري لبيت المال أو لمسجد أو نحوه، وأما الشفعة لهما بما هو ملك لهما فقال الإمام يحيى: تثبت لهما^(٧)، وقال الفقيه علي: لا تثبت لهما، وقال السيد يحيى: تثبت للمسجد لا لبيت المال.

(١) مطلقاً، أي: سواء كان في خططنا أم في خططهم. (الأزهار وشرحه).

(٢) قوي. (ذماري)، واختاره في البحر. وظاهر الأزهار والتذكرة أنه لا شفعة لهم في خططنا مطلقاً في المنقولات وغيرها.

(٣) بين مصر والشام.

(٤) بيت المقدس.

(٥) وصورة المسألة: ذميان اشتركا في عبد ذمي ثم أسلم، فباع أحدهما نصيبه إلى ذمي، فلآخر الشفعة عند أبي العباس وأبي طالب، وعند المؤيد بالله: البيع فاسد فلا تصح شفעתه كما لا يصح شراؤه. (زهور).

(٦) فعلى قول أبي طالب وأبي العباس يصح الشراء، فتصح الشفعة ثم يؤمر ببيعه، وعلى قول الناصر والمؤيد بالله لا تصح شفעתه كما لا يصح شراؤه له. (بستان). في خططنا لا تصح إلا على قول الفقيه علي: إنما تثبت لهم في المنقولات، وفي خططهم يصح ويؤمر ببيعه. ولفظ التذكرة: ولا بينهم في خططنا إلا عند هؤلاء، فيشفع الذمي في العبد المسلم ذمياً اشترى نصفه على قول أبي العباس ويكلف البيع. (تذكرة).

(٧) وذلك كما تثبت لغيرهما. وحجة الفقيه علي: أن المالك الله سبحانه وتعالى، وهو لا يتضرر. وحجة السيد يحيى: أن المصلحة في المسجد للمسلمين والضرر عليهم، وأما بيت المال فالمالك له الله تعالى ولا يختص به أحد. (بستان).

مسألة: وإذا كانت الشفعة لمسلم وذمي على ذمي ففهما فيها سواء^(١).
مسألة: ولا شفعة بحق^(٢) في ملك الغير، وقال الفقيهان محمد بن يحيى
 ومحمد بن سليمان: بل تثبت به^(٣).

مسألة: وتثبت الشفعة بين مالك العلو ومالك السفل بالطريق، وأما بالجوار
 فالأقرب أنه إن كان^(٤) ثبوته بالقسمة ثبتت الشفعة به^(٥)، وإن كان العلو محدثاً
 نحو أن يكون لمالكه حق البناء على السفل فبنى عليه فلا شفعة بينهما بالجوار؛ إذ
 لا يشتركان في شيء، وفيه خلاف الفقيهين محمد بن سليمان ومحمد بن يحيى
 الذي مر.

فرع: ولا شفعة بين مالك الأرض ومالك البناء أو الشجر الذي فيها حيث

(١) يعني في خططهم، أو في المنقولات على كلام الفقيه علي، واختاره القاضي عامر. وهو
 خلاف الأزهار. و(قررو).

(*) في (ب): على سواء.

(٢) وذلك لأنه لا ضرر على صاحب الحق، بخلاف الملك. (بستان).

(*) وقال الفقيه يحيى البحيح: إنها تثبت بالحق المستقل، لا المضاف. وقواه المتوكل على الله.
 ولفظ الكواكب: وقال الفقيه يحيى البحيح: إن كان الحق مضافاً إلى ملك الغير نحو أن
 يوهب له أو يوصى به له أو يبيع القرار ويستثنى الحق فلا شفعة به، وإن كان مستقلاً نحو
 أن يجري ماءه أو يستطرق في أرض مباحة ثم يحيى غيره باقي الأرض حوله فإنها تثبت له
 الشفعة بالموضع الذي له الحق فيه. (كواكب).

(٣) ورواه في المهذب عن السادة. (كواكب).

(٤) هذا تليفق من الوالد عليه السلام بين قول الكرخي: إنها تثبت الشفعة بين مالك العلو
 والسفل وقول أبي جعفر: إنها لا تثبت، فلفق بما ترى؛ لأنه إذا كان ثبوته بالقسمة فبينهما
 جزء مشترك لا ينقسم، لا في غير ذلك. (بستان).

(٥) وفي شرح يحيى حميد: لا شفعة. ومثله عن الإمام شرف الدين عليه السلام، قال: لأنه مجرد
 ارتباط، لا شركة ولا جوار.

(*) لأن بينهما جزء مشترك لا ينقسم فيما بين ملكيهما. (كواكب).

ليس له ملك في قراره^(١)، إلا على قول من أثبت الشفعة بالحق في الكل.
مسألة: ولا شفعة بالإرث^(٢)، خلاف الناصر والمؤيد بالله فأثبتنا الشفعة للوارث، قال أبو مضر: وهو أقدم من الخليلط عندهما. قال الفقيه علي: ولو باعه الموروث في حياته فلوارثه أن يشفعه، وقال الفقيه يوسف^(٣): بل المراد فيما باعه الوصي بعد موت الموروث فلوارثه الشفعة فيه، فيكون مخيرا بين أخذه بالشفعة أو بالأولوية^(٤). وهو ظاهر اللمع.

مسألة: ولا تأثير للاختصاص في سبب الملك في الشفعة، خلاف الهادي ومالك وأحد قولي الشافعي. وذلك يكون في صور، منها: الأرض أو نحوها إذا كانت مشاعة بين إخوة ثم مات كل واحد منهم عن ابنين، ثم باع أحد الابنين نصيبه فيها كان أخوه أولى بشفعته من بني عمه؛ لاختصاصهما بملك حقهما من أبيهما^(٥)، ذكره عن الهادي في اللمع والتقيرير. ولعله يكون كذا لو كانت الأرض مشتركة بين جماعة أجنب ثم مات أحدهم أو كل واحد منهم عن ابنين أو نحوهما ثم باع أحدهما نصيبه.

(١) ويكون لصاحب الأرض أخذ الشجرة والبناء بحق الأولوية. والمذهب خلافه، وهو أنه لا أولوية إلا بالميراث. و(قررو).

(٢) وذلك لأنها لا تستحق إلا بسبب من الأسباب التي تقدمت. وحجة الناصر والمؤيد بالله: أن الإرث سبب للشفعة لخصوصيته. قال عليه السلام: وهذه الحكاية حكاها أصحابنا عن الناصر، ولم أجدها في كتبه مع شدة بحثي عن مسائله، ولم يحكها أبو جعفر وهو من أعظم أصحابه. (بستان).

(٣) قوي على أصلهما.

(٤) عندنا.

(٥) والمختار أنهما سواء. (قررو).

(*) وهو متأول بأن نصيبهما قد تميز. (تذكرة معني). قال في الكواكب: الظاهر من كلام الهادي خلاف هذا التأويل.

ومنها: أرض أو نحوها مشاعة بين جماعة ثم باع أحدهم نصيبه^(١) فيها من اثنين ولم يشفع فيه الباقيون، ثم باع أحد هذين المشتريين نصيبه - فالشفعة فيه للكل عندنا، وعندهم لشريكه الذي اشترى معه؛ لاختصاصهما بالسبب، وهو الشراء من واحد.

ومنها: بئر بين جماعة يقتسمون ماءها بالأيام، وكل يوم بين جماعة، فإذا باع أحدهم نصيبه فيها فليل: إنه يكون على الخلاف هل لهم الجميع أو لمن يشاركه في يومه^(٢).

ومنها: فيمن مات عن ابنتين وأختين وخلف لهن أرضاً أو نحوها ثم باعت إحدى البنتين أو الأختين نصيبها، فليل: إنه يكون على هذا الخلاف، وقيل: بل هن سواء وفاقاً^(٣)؛ لأن ملكهن حصل في حالة واحدة.

مسألة: وما بيع بشرط الخيار ثم بيع المجاور له فإن شفع به من له الخيار صحت شفيعته، فإن كان هو المشتري تم البيع، وإن كان هو البائع بطل البيع، وإن لم يشفع به الذي له الخيار بطلت شفيعته إن استقر له الملك^(٤)، وإن استقر للثاني كان الثاني على شفيعته^(٥)، خلاف ما في البحر^(٦).

(١) لعل هذا على قول أبي مضر الذي تقدم: إنه ينفذ البيع.

(٢) وقوى الأخير المفتي وأفتى به، قال: لأن أهل اليوم أحق من غيرهم.

(٣) قوي على أصلهم.

(٤) مع العلم كما قيل في جهل تأثير التراخي. (قررو).

(٥) لأنه تبين بالاستقرار أنه ملكه. (بستان).

(٦) قوي؛ لأنه يؤدي إلى ملك بين مالكين كما تقدم، والله أعلم.

(*) فقال فيه: إنه لا شفعة للثاني.

(*) حجتنا: أنه تبين بالاستقرار أنه ملكه. وحجته: أن ملكه متأخر عن العقد. (بستان). قال

الفقيه يوسف: ينكشف كونه مالكا من يوم العقد، ولا يطلب إلا بعد الانبرام. ويؤيد ذلك

الأزهار في قوله: «والفوائد فيه لمن استقر له الملك». (شامي).

مسألة: وإذا باع الوصي مال الميت لقضاء دينه كان للورثة نقضه وأخذه بحق الأولوية^(١)، لا بحق الشفعة عندنا^(٢)، إلا أن يكون لهم سبب للشفعة فيه خيروا بين أخذه بالشفعة أو بالأولوية. وهكذا فيمن أوصى ببيع شيء من ماله ويحجج عنه بثمانه أو يتصدق عنه به فللوارث أخذه بحق الأولوية.

والفرق بين الأخذ بالأولوية وبين الأخذ بالشفعة من وجوه:

منها: أن الأخذ بالأولوية على التراخي^(٣).

ومنها: أن الأخذ بها أقدم من الأخذ بالشفعة مطلقاً^(٤).

ومنها: أن حقها يبطل بالإبطال قبل البيع. ومنها: أنها تثبت مع فساد البيع.

ومنها: أن حقها يبطل بالموت؛ فلا تورث، ذكره بعضهم، وقال الفقيه

يوسف: بل تورث^(٥).

ومنها: أنها تؤخذ بالقيمة لا بالثمن ولو دفع فيه أكثر، إلا حيث يكون الدين

أكثر من التركة^(٦) وجب الزائد، فلو لم يدفع فيه أكثر، بل طلب الغرماء أخذه

(*) الذي في البحر هو حيث باع نصيبه في أرض واستثنى لنفسه الخيار، فقال فيه: لا شفعة فيه للمشتري ولو بعد انبرام العقد؛ لأن ملكه حدث بعد العقد. اهـ. ولفظ البحر: فرع: ولو باع رجل نصيبه في أرض مع خيار له، ثم باع شريكه نصيبه لا بخيار في مدة خيار الأول - فلا شفعة للمشتري عند انبرام العقد؛ لتأخر ملكه عن العقد. (بلفظه).

(١) قال في شرح أبي مضر: أما لو باع الوصي شيئاً من ذلك لما يحتاج إليه صغار الورثة من نفقة ومؤنة فليس لهم الاسترجاع؛ إذ هم كالبائعين بأنفسهم. (ديباج).

(٢) يعني فأما عند الناصر والمؤيد بالله فلهم الخيار بين الأخذ بالشفعة أو بالأولوية. (بستان).

(٣) ما لم يأذن أو يرض. (قررو).

(٤) يعني: ولو كانت الشفعة للخليط. (بستان) (قررو).

(٥) قال في الغيث: تورث كالشفعة، بل هي أقوى.

(٦) أما لو كانت القيمة أكثر مما بذل فيه من الثمن وكان الوفاء يحصل بها لا بالثمن فهل

بأكثر من قيمته أو بالدين كله وطلب الوارث أخذه بقيمته فقيل^(١): إن الغرماء أولى^(٢)؛ لأن في أخذهم له كذلك حقاً للميت، وهو براؤه من الدين.

ومنها: أن حقها بين الورثة على قدر الأنصاء، لا على عدد الرؤوس إذا طلبها الكل، فإن طلبها بعضهم دون بعض فقال الفقيه يحيى البحيح: إنه لا يأخذ إلا حصته^(٣)، وقال أبو مضر^(٤): بل يخير بين أخذ حصته أو الكل. قيل: ومبنى الخلاف هل المال باق على ملك الميت فيأخذه الطالب كله أو قد ملكه الورثة^(٥) فلا يأخذ إلا حصته.

وفي الأخذ بالشفعة عكس هذه الأحكام^(٦). ويتفقان في أن المشتري إذا أخرج المبيع عن ملكه كان للوارث وللشفيع نقضه وأخذه^(٧).
مسألة: وإذا كانت الشفعة للشركاء فهي بينهم على عددهم^(٨)، لا على قدر

يكون الوارث أولى بالعين بالثمن؟ الأقرب أن له ذلك ما لم يرض الغريم بأخذها بالقيمة فيجبر الوارث حينئذ. (شرح بهران).

(١) في (ج، د): فقال الفقيه علي.
(٢) حيث لا تركة غيره أو تركة لا يمكن بيعها. (تذكرة معنى). أو حيث يحصل التراخي على الغرماء في بيع شيء من التركة. (قرير).

(٣) ويأخذ الباقي بالشفعة إن كان له سبب غير هذا، لا هو؛ لأنه ميراث فلا شفعة به. (قرير).
(*) لأنه لا ولاية له في أخذ حصة شريكه.

(٤) قوي. عامر ومفتي وسحولي، ومثله في الديباج.

(٥) هذا هو الذي بنى عليه في الأزهار وشرحه حيث قال: «ولا عقد فيها».

(٦) ومنها: أن الفوائد فيها لمن استقر له الملك. (هداية). وقال الفقيه يوسف: لا يرجع الوارث على المشتري بشيء منها؛ لأن البيع من ولي، ويثبت للوارث حق الأولوية برجوعه إليه فقط.

(٧) والفوائد للمشتري.

(٨) وجه قولنا: أن صاحب النصيب القليل يستحق الشفعة إذا انفرد، فوجب أن يكون في الشفعة هو وصاحب الكثير سواء؛ ألا ترى أن مدعي الشيء لو أتى بشاهدين وأتى

الأنصباء، خلاف مالك وأحد قولي الناصر وأحد قولي الشافعي.
مسألة: وإذا كانت الشفعة لاثنين أحدهما شريك في طريقين أو في نهريْن أو مجاور من جهتين والثاني في طريق أو نهر أو مجاور من جهة - فهما سواء في الشفعة، ذكره الناصر والمؤيد بالله والقاضي زيد^(١).

فرع: فإن كانا شريكين في الطريق وأحدهما مجاور فقال أبو طالب: إنه أولى^(٢)، وقال القاضي زيد: بل هما سواء^(٣). وهو القوي. قال في البحر والتمهيد: وكذا عند أبي طالب في المسألة الأولى مثل هذه.

مسألة: ويعتبر الاختصاص في الطريق وفي الشرب عند الهادي وأخير قولي المؤيد بالله^(٤)، فإذا بيعت الدار أو الأرض الأولى شفعها الشركاء كلهم، وإن بيعت الوسطى شفعها الأسفلون^(٥) والمسامت لها في الباب ونحوه^(٦)، وإن

الآخر بأربعة أنه يحكم لهما به نصفين، وكذلك من جرح جراحة واحدة والآخر جراحات عدة فمات المجروح أن الدية تلزمها على سواء، وكذلك من أعتق نصيبا في العبد قليلا وأعتق شريكه نصيبا أكثر ولهما شريك لم يعتق أنه يقوم عليهما على سواء، فوجب أن تكون الشفعة كذلك. (أصول أحكام).

(*) قياساً على زيادة الجراحة من أحد القتالين وزيادة أحد السبيين وضمان المعتقين للعبد لشريكهما. (أنهار). ووجه كلام مالك وأحد قولي الناصر وأحد قولي الشافعي: أن السبب في أخذه الملك، فاعتبر بقدره.

(١) وعليه الأزهار بقوله: «وكثرته».

(٢) لأنها شرعت لدفع الضرر، ومضرته أكثر، فأشبهه الخليط مع الجار. (بستان).

(٣) وعليه الأزهار بقوله: ولا فضل بتعدد السبب.

(*) حجتنا: أن كل واحد قد حصل معه السبب المؤثر في الشفعة، وتزايد الأسباب لا عبرة بها كتزايد الحصص في الخليطين. (بستان).

(٤) حجتهم أنه انقطع حقه فاستحقها من هو أخص منه. (بستان).

(٥) يعني: الداخلين.

(٦) وهو المنشر الذي يدخل منه الماء إلى الأرض، فمسامته المنشر كمسامته الباب في الدور، ذكره المصنف. (قرو).

بيعت القصوى^(١) شفعها الأقرب إليها باباً^(٢). وعند الناصر والمرضى وقديم قولي المؤيد بالله وأبي حنيفة أنهم على سواء في الكل^(٣).

مسألة: وإذا كانت الطريق في شارع نافذ فلا شفعة بها؛ لأن الناس فيها على سواء، وكذا لو كان منسداً وكان في أقصاه مسجد أو وقف عام^(٤) قديمان^(٥)، وإن كانا في وسطه ثبتت الشفعة بالطريق فيما بعدهما، لا فيما قبلهما^(٦). وإن كانا متأخرين فقال في البيان: يصحان أيضاً وتبطل الشفعة بالطريق، وقال السيد يحيى: لا يصحان إلا أن يرضى أهل الشارع كلهم.

مسألة: وإذا كانت^(٧) أرض بين شريكين لأحدهما المدغر^(٨) وللآخر الموقر

(١) في الأرض.

(٢) بالطريق على الصحيح. وقيل: بالجوار.

(٣) حجتهم: أنهم سواء في السبب، وهو ضرر المزامحة في الطريق والسواقي. قلنا: ضرر الأخص أكثر فأشبهه الخليط. (بستان).

(٤) هكذا في الحفيظ والتذكرة والبرهان، قال الفقيه يوسف: في اشتراط العام نظر؛ إذ قد صارت رقبة الوقف لله تعالى من غير فرق بين أن يقف على محصورين أو غيرهم، والمحصور حقه في المنافع. قال: وقد حشئ على هذه اللفظة في بعض نسخ التذكرة إذا كان على محصورين فهو بالإضافة إلى الشفعة كالمالك، قال: وهذا محتمل. (بستان). يقال: وإن كانت لله فإنها إذا كانت المنفعة لمحصورين فهو كالمالك المنحصر، ولا يضر تقدير انقراض الموقوف عليه أو وارثه أو الواقف ووارثه، وإلا لزم في المالك الحقيقي؛ إذ يجوز انقراضه ووارثه فيعود لبيت المال، فظهر أن التجويز لا مدخل له في ذلك، فتأمل. (شامي رحمته الله).

(٥) فلا شفعة بالطريق، بل بالجوار فقط. (قرر).

(*) في المخطوطات كلها: قديمين.

(٦) فلا شفعة إلا بالجوار. (قرر).

(٧) هذه المسألة ذكرها الفقيه يوسف في الزهور، وقال فيه: ولا يضر كون صاحب المدغر يتقدم بالشرب على صاحب الموقر؛ لأنه ليس له أن يعقم على نصيبه، ففارق أهل الصبابة. (زهور).

(٨) بالفاء والغين. (من بيان سيدنا حسن بن علي المجاهد رحمته الله).

ولها نهر يسقيها الكل فالشفعة ثابتة^(١) بينهما؛ لاشتراكهما في أصل النهر^(٢)، ولا يكون صاحب الموقر كصاحب الصبابة، إلا إذا كان الماء ينصب إليها من موضع حق لها ولا يجري في ساقية ملك لهما فلا شفعة به، إلا على قول من أثبت الشفعة بالحق فتثبت لصاحب الموقر في المدغر.

مسألة: وإذا ترك الأخص شفعته أو بطلت بسبب استحقتها من بعده^(٣)، خلاف الأستاذ وأحد قولي المؤيد بالله^(٤).

فرع: ويطلب الأبعد عند علمه بالبيع^(٥)، ذكره أبو حنيفة والفقهاء يحنئ البحيح^(٦)، وقال الإمام يحنئ والفقهاء محمد بن سليمان: لا يعتبر طلبه حتى يعلم

(١) ظاهر الكتاب في هذه المسألة والفرع الثالث أنه لا يشترط أن يكون المجرى ملكا متصلا بالمبيع في السيل والغيل، وهو القوي والظاهر من المذهب، واشترط في البحر والهداية ذلك مطلقا سيلا وغيلاً.

(٢) أو ساقية. (قرر).

(*) أما شفعة صاحب الموقر للمدغر إذا بيع فلا إشكال؛ لاتصال الملك بالنهر، وأما إذا بيع الموقر ولم تكن السائلة متصلة به وإنما يسقى الموقر موجاً من المدغر لم تثبت الشفعة لصاحب المدغر إلا بالجوار لا غير؛ لعدم اتصاله بالنهر، كذا قرر، والله أعلم. (زهرة). ولعل هذا على اشتراط الاتصال، لا على ظاهر الكتاب والتذكرة والأزهار فهما سواء؛ لاشتراكهما في أصل النهر.

(٣) يعني باقي الشفعاء جميعاً؛ إذ هم قبل البطلان على سواء، فكذا في الحال. اهـ وقيل: بل لمن يلي المبطل، ويكون المبطل كالمعدوم، كالشفعاء إذا بطلت شفعة الخليط استحقتها صاحب الشرب لا الجميع. (مفتي). و(قرر).

(٤) قلنا: بل يستحقها من بعده كلو عدم الأخص. (بستان بلفظه).

(٥) فلو تراخى بطلت شفعته، سواء طلبها الخليط أو لم يطلبها. (غيث). وإنما تبطل حيث علم أن له الشفعة وأن تراخيه مبطل.

(٦) الأزهار: ولا ترتيب في الطلب.

(*) حجتهم أن استحقاقه للشفعة وإن كان حاصلًا بحصول سببها فلا بد من تقييدها بالطلب ليصح انتقالها إليه إذا ترك الأقرب، كما لو كان المشتري غائباً فإنه يلزم الشفيع التقييد بالطلب. وحجة الآخرين أن الحق لغيره حينئذ، فلا ثمرة لطلبه ما لم يستحقه. (بستان).

بترك من هو أقرب منه. وهكذا في طلب الجار ونحوه حيث هناك من هو أولى منه ثم ترك، وكذا في الاختصاص عند من يقول به.

مسألة: وإذا كان الماء يسقى به صباية^(١) الأعلى ثم من تحته ثم كذلك فلا شفعة به^(٢)؛ لعدم الاشتراك في المجرى.

فرع: فإن كان أهل الضيعة العليا يقتسمونه^(٣) ثم يرسلون فضلته إلى الضيعة السفلى فالشفعة لأهل العليا في ذات بينهم^(٤) كما مر^(٥)، ولا شفعة بينهم وبين أهل السفلى^(٦). ثم أهل السفلى إن كانوا يسقون بها صباية فلا شفعة بينهم بالماء، إلا على قول من أثبتها بالحق، وإن كانوا يقتسمون الفضلة بينهم^(٧) فالشفعة بها ثابتة بينهم؛ لاشتراكهم في مجراها.

فرع:^(٨) فلو كان الكل مشتركين في أصل الساقية ويسقون بالماء صباية^(٩) الأقرب فالأقرب^(١٠) كانت الشفعة ثابتة بينهم؛ لاشتراكهم في أصل الساقية^(١١).

مسألة: وإذا كانت ضياع متفرقة تشرب من بئر أو غدير مشترك بينها الكل فما

(١) بالضم. (قاموس).

(٢) إلا بالجوار. (برهان) (قررو).

(٣) في موضع مملوك لهم. (قررو).

(٤) لأن لهم مجرى يشتركون فيه.

(٥) يعني من اعتبار الاختصاص وعدمه. (بستان).

(٦) إلا بالجوار. (قررو).

(٧) في موضع مملوك لهم. (قررو).

(٨) هذا الفرع مخالف لما تقدم في الكتاب ولما سيأتي من اشتراط اتصال المبيع بالمشترك، والله أعلم.

(٩) المراد بالصباية هنا أنه يسقي الأعلى فالأعلى مع أن الماء يجري إلى كل من الأسافل في مجاري مملوكة، وهذا الحمل على خلاف الظاهر، لكن لا بد منه. (شامي).

(١٠) ولعله بالتراضي، وإلا فلو طلبت القسمة فلهم ذلك. (ديباج بالمعنى).

(١١) بل لا شفعة إلا بالجوار فقط؛ لأن الملك لم يتصل، وهو شرط على المختار، وكلام الكتاب مبني على صحتها مع عدم اتصال الملك، والله أعلم.

بيع في أحد الضياع فالشفعة فيه لأهلها على حسب الاختصاص^(١) دون سائر الضياع، وأما نصيبها من البئر أو الغدير حيث يبيع معها^(٢) فالشفعة فيه لهم الكل؛ لأنهم شركاء فيه، وقال الفقيهان محمد بن سليمان ويحيى البحيح^(٣): بل يكون كالأرض^(٤). وأما على قول الناصر والمرضى وأحد قولي المؤيد بالله وأبي حنيفة فإنها لهم الكل^(٥) في الكل^(٦).

مسألة: وإذا كانت عين نابعة مشتركة بين أرضين متباعدتين فبيعت إحداهما بحقوقها ثبتت الشفعة فيها لمالك الأرض الثانية؛ لاشتراكها في قرار العين إذا كان مجرى الماء ملكاً؛ لأن المبيع متصل بالمشترك، وهو موضع العين، لا إن كان المجرى حقاً فلا شفعة إلا في العين^(٧).

مسألة: وإذا كانت أراضي بين نهرين^(٨) تشرب كلها منهما معاً فهم على سواء^(٩) في الشفعة بالشرب؛ لأن من هو أخص منهم في أحد النهرين فغيره أخص منه في النهر الثاني.

(١) سواء كانت المجاري ملكاً أو حقاً.

(٢) أو دخل تبعاً.

(٣) قوي. (عامر).

(٤) يعني يتبعها الاختصاص، ولعله الفرق.

(*) لأنه يؤدي إلى أن المبيع لا ينتفع به بحال من الأحوال وإبطال المبيع بالكلية، وكل ما كان يؤدي إلى البطلان فهو مردود لا يعمل به. (عامر). وهذا قول حسن وإن كان مخالفاً للأصول، مع أنه قد يمكن الانتفاع بأن يسقيها المطر. (شامي).

(٥) لأنهم لا يقولون بالاختصاص.

(٦) يعني: في الأرض المبيعة وفي نصيبها من البئر.

(*) وذلك لما مر من الاحتجاج لنا ولهم. (بستان).

(٧) وفي التذكرة ما يقرب من التصريح بعدم اشتراط الاتصال بمجرى الغيل والسيل، وهو ظاهر إطلاق الأزهار. قال سيدنا أحمد حابس: وهو الظاهر. (غاية).

(٨) رأس هذا عند سفلى هذا.

(٩) وكذا الشارع النافذ الذي يختص بمحصولين فالشفعة بينهم على سواء كما في حواشي شرح الأزهار مقرر عليه.

مسألة: وإذا كان بعض الشفعاء غائباً وطلبها الحاضر فإنه يطلبها في الكل؛ لأن المبيع لا يتبعض^(١)، وهو يجوز ترك الغائب لشفعته، ذكره في البحر. فإن قدم الغائب وطلب شفعته صح طلبه.

مسألة: وإذا كانت الدور متلاصقة وأبوابها على شارع مستدير وبابه واحد، أو كانت أبوابها إلى عرصة لها باب واحد - فالشفعة بينهم بالطريق على سواء؛ إذ لا اختصاص في ذلك. وعلى قول أبي طالب يكون المجاور للمبيعة أولى.

مسألة: وإذا كان لرجل أرض تسقى من نهر^(٢) وعلى النهر رحا لغيره في موضع ملك لصاحبها^(٣) فإنها تثبت الشفعة بين الأرض والرحا^(٤)؛ لمجاورة موضع الرحا لنهر الأرض، وكذا لو كان النهر ملكا لصاحب الرحا فهو مجاور

(١) قوله: «لأن المبيع لا يتبعض» يعني ولو عفا الغائب فلا تفرق الصفقة على المشتري؛ فلذلك قلنا: يطلب الحاضر الكل، ومتى حضر الغائب فإن عفا أخذ الحاضر الكل، وإن طلب القسمة قاسم؛ لأن غيبته لا تبطل حقه من الشفعة. (بستان بلفظه).

(٢) والمراد بالنهر هنا المجرى. (قرئ).

(*) ملك له.

(٣) يعني: موضع الرحا ملك لصاحب الرحا، دون باقي النهر فهو ملك لصاحب الأرض. قال في الديباج ما لفظه: ويعني بالنهر مجرى الماء لا الماء الجاري. والرحا: ما تطحن به الحبوب. ويعني بالمدقة: ما يطحن به غير الحبوب من القرظ ونحوه. وهذا على عرف تلك النواحي أن الطحن والدق في نواحيهم على المياه، وبجري الماء يتقل القطب الذي تدور به الرحا والمدقة.

(٤) المراد موضع الرحا لا الرحا نفسها.

(*) وحاصل مسألة الرحا: إن كان قرار موضع الرحا أو المدقة ملكا لصاحبها فلا يخلو: إما أن يتصل ملكه بطرف المبيع أم لا، إن اتصل وجبت له الشفعة بالجوار، وإن لم يتصل ملكه بالمبيع فلا شفعة، سواء بيع النهر أو الأرض أو كلاهما؛ إذا العلة في وجوب الشفعة هو الاتصال^[١]. وإن لم يكن قرار الرحا ملكا لصاحب الرحا، بل له فيه حق فقط فلا شفعة، بيعت الأرض أو النهر أو هما معاً. وظاهر كلام أبي طالب وأبي العباس أن الشفعة تستحق بالرحا لا بقرارها، وذلك غير مستقيم. (تعليق دويري).

[١] والمذهب عدم اشتراط الاتصال، فثبت الشفعة، والله أعلم.

بطرفه^(١) للأرض.

مسألة: وإذا كانت الشفعة لمال المضاربة فإن كانت المضاربة فاسدة أو صحيحة ولا ربح فيها فالشفعة لرب المال^(٢)، قال الفقيه حسن: وللمضارب^(٣) أن يطلبها لمال المضاربة؛ لأنه وكيل لرب المال^(٤) فيه إذا بقي معه من مالها ما يفي بالثمن^(٥). وقال الفقيه محمد بن سليمان: ليس له ذلك^(٦)، بل هي لرب المال.

وحيث المضاربة صحيحة وقد حصل فيها ربح فالشفعة لهما معاً على سواء^(٧) على قولنا: إنه يملك العامل نصيبه من الربح بظهوره^(٨)، فلو كان في مال (١) وثبوت الشفعة مبني على أصول ثلاثة: الأول: أن الشفعة تثبت بالجوار، خلاف الشافعي. الثاني: أن موضع الرحا ملك لصاحبها لاحق؛ إذ لا تثبت الشفعة به. الأصل الثالث: أن ملك صاحب الرحا مجاور للأرض المبيعة. (صعيتري).

(٢) وذلك لأنه لاحق للعامل فيها مع فساد المضاربة أو عدم الربح [في الصحيحة]. (بستان).

(٣) في الصحيحة فقط، وأما في الفاسدة فلا؛ لأنه أجير، ذكره في البحر.

(٤) ويكون مطلق المضاربة توكيلاً بالشفعة لمال المضاربة كما ذكره الفقيه محمد بن يحيى، وقد ذكر هذا الفقيه يحيى البحيح. (زهور).

(٥) أي: زائداً على أرض المضاربة المشفوع بها، فإن كان لم يشفع لها^[١] فلرب المال أن يشفع لنفسه. (برهان). (قرير).

(*) فإن لم يبق شيء كانت الشفعة لرب المال. (قرير).

(*) غير هذا الذي شفع به.

(٦) لأن ذلك لم تجر به العادة في المضاربة ولا أذن له المالك، لكن يشتره لمال المضاربة كما يشتره غيره. (زهور).

(٧) ويشفع كل واحد لنفسه، ولا يقال: إن العامل يشفع للمالك؛ لأن هذا لا وجه له. (زهور).

(٨) يعني فتكون بينهما نصفين عند الهادي عليه السلام؛ لأنها على عدد الرؤوس.

[١] في نسخة: فإن كان لم يبق شيء فلرب المال.. إلخ.

المضاربة فضلة قدر ثمن المشفوع^(١) كانت الشفعة فيه لمال المضاربة^(٢) يطلبها العامل، ذكره أبو العباس، وقال الفقيه محمد بن يحيى: إنها تكون أثلاثاً بين المالك والعامل ومال المضاربة^(٣).

فَرَعٌ؛ وهذا إذا استمر الربح إلى وقت قسمته؛ إذ لو بطل من بعد^(٤) بطلت شفعة العامل^(٥) إذا كان قبل الحكم بها أو التسليم بالتراضي.

مَسْأَلَةٌ: وإذا كان الثمن قيمياً سلمه الشفيع إن ملكه^(٦)، وإن لم فقيمه يوم البيع؛ لأنه لا^(٧) يؤدي إلى أن يريح المشتري من الشفيع، بخلاف ما إذا نسي

(١) زائداً على السبب.

(*) نحو أن يكون مال المضاربة مائة فيشتري نصف حيوان بخمسين، فإذا بيع نصف الحيوان الآخر شفعه بمال المضاربة، وهو خمسون.

(*) وللمالك أن يشفع لنفسه أيضاً.

(٢) ويكون من جملة مال المضاربة، فيدخل، ويكون للعامل حصته منها. (قرر).

(٣) وحاصل هذه الصور أن الشفعة لرب المال حيث تكون فاسدة أو صحيحة ولا يربح ولا مال للمضاربة أو كان لا يفي، وتكون للمال حيث بقي مال يفي، سواء كان ثمة ربح أم لا على الصحيح، والفقيه محمد بن يحيى يقول: مع الربح أثلاث، والفقيه محمد بن سليمان يقول: لا يشفع للمال، بل يشتري له، وللمالك أن يشفع، وتكون للمالك والعامل نصفين، ومن ترك شفيعته أخذها الثاني مع الصحة والربح ولا مال يفي. (زهور بلفظه) (قرر).

(*) ونظره الفقيه يوسف في الزهور، وقد يقوى قول الفقيه محمد بن يحيى؛ لأن مال المضاربة كالشريك الثالث؛ ولذا شفيع له حيث لا يربح، وقرره الشامي.

(٤) كأن يرخص المشتري بعد أخذ الشفعة للمالك والعامل فتبين أن العامل غير شريك. (زهور).

(٥) لأنه تبين أن العامل غير شريك، فيبطل ما أخذ، وتكون الشفعة لرب المال، والله أعلم. قال في الشرح: وإذا ترك أحدهما أخذ الشفعة كانت الشفعة جميعها للآخر. (زهور). (قرر).

(٦) لا تجب إلا القيمة ^{قوت} وإن ملكه على قول الأستاذ.

(*) لفظ الغيث: فإن كانت في ملكه قيل: لا يبعد أن يأتي على الخلاف بين المؤيد بالله والأستاذ في الخلع. وفي الكواكب: والفرق بين هذا وبين ما تقدم أن الزرع رضي هناك بذلك الشيء فلا يستحق إلا هو، وليس كذلك هنا.

(٧) صوابه: لثلاث يؤدي.

(*) في المطبوع: لثلاث يؤدي.

الثلث (١) فلا يأخذ المبيع بقيمته؛ لأنها قد تكون أكثر من الثلث أو أقل فيربح المشتري أو يخسر، وذلك خلاف الواجب في الشفعة.

مسألة: وإذا كان الثلث مثلياً وجب مثله ولو غلا أو رخص من بعد البيع.

مسألة: وإذا كان ثمن الأرض قيمياً أو مثلياً معيناً فهو مبيع، فإن تلف (٢)

قبل قبضه بطل البيع والشفعة (٣)، وإن رده البائع على المشتري بخيار الرؤية أو فقد الصفة أو بعيب بحكم حاكم فقال الفقيه حسن: إنه يبطل البيع والشفعة (٤)، بخلاف ما إذا رد المشتري المبيع بذلك، وقال الفقيه يوسف: لا

تبطل الشفعة (٥) كما في رد المشتري، وقال الإمام يحيى: يصح رد البائع للثلث ولا تبطل الشفعة في الأرض، بل يأخذها الشفيع بقيمة الثلث، ويلزم المشتري للبائع قيمة الأرض (٦). وهذا حيث قد قبض المشتري الأرض، فأما قبل قبضها

(١) أو جهل.

(٢) وكذا لو استحق. (شرح بحر).

(٣) ينظر لو كان قد حكم الحاكم للشفيع في هذا الثلث بالشفعة هل قد استقر ملكه ويتلف من ماله كما يفهمه قوله في الأزهار: «وإنما يؤخذ المبيع قسراً بعد الحكم فهو كالأمانة»، فيحقق؟ وظاهر إطلاق الكتاب عدم الفرق، ولعله أولى. (قررد). ولعله يفهمه الأزهار في شروط البيع في قوله: «ويبطل البيع بتلفه واستحقاقه». (سيدنا حسن).

(٤) واختاره الإمام شرف الدين عليه السلام.

(*) ما لم يحكم بها الحاكم.

(*) يعني أنه يصح الرد ويطلق؛ لأن الحق هنا للبائع، بخلاف ما إذا كان الرد من المشتري بذلك فلا تبطل الشفعة كما يأتي. وقال الفقيه يوسف: يحتمل أن لا يصح الرد، قال في البرهان: ولعله أقرب. وقول الإمام يحيى كما ترى، وحمله الوالد على أنه بعد قبض المشتري للمبيع. (بستان).

(٥) وهذا كله بعد الطلب. (قررد).

(٦) وهل يترادان التفاوت بين القيمتين؟ فيه وجهان.

(*) أو يسلم الشفيع قيمة المعيب؛ لأنه العوض على قياس ما قاله القاضي زيد في مسألة إذا

فإن الشفيع يسلم قيمة الثمن للبائع؛ لأنها فسخ وفاقاً.
مسألة: والشفعة تجب بالمبيع^(١)، فلا يصح قبله طلبها ولا إبطالها، وتستحق بالطلب، فيجوز للمشتري الانتفاع بالمبيع^(٢) قبل طلب الشفيع، لا بعده، ذكره الفقيه محمد بن سليمان^(٣) وأحد قولي المؤيد بالله، وعلى أحد قولي المؤيد بالله والفقيه علي: إنه يجوز له الانتفاع بالمبيع بعد الطلب أيضاً، لكنه يرفع بعد الحكم أو التسليم طوعاً ما بنى فيه أو غرس أو ركب عليه. ويملك المشفوع بالحكم أو التسليم بالتراضي^(٤)، فلا كراء على المشتري إن انتفع قبله ولا ضمان عليه إن أتلف المبيع قبله، ولا يصح تصرف الشفيع فيه قبله، وأما بعده وقبل القبض فإن ملكه بالحكم صح تصرفه فيه؛ لأنه ملك قوي، وإن ملكه بالتراضي لم يصح تصرفه فيه إلا بعد قبضه كما لو اشتراه.

مسألة: وتبطل الشفعة مع حضور الشفيع بأمر:
 منها: أن يكون هو البائع بالوكالة^(٥)، خلاف أبي حنيفة والشافعي^(٦)، قال

باع المشتري ما صار إليه ثم ردت السلعة الأخرى عليه بعيب، فإن البيع لا ينقض.
 (رياض معنى).

(*) ولو قال: «قيمة الثمن غير معيب» لكان أولى؛ لثلا يربح المشتري أو يخسر، لكنه نظر إلى أن الأرض مستهلكة على البائع بعد صحة الرد فيلزمه قيمتها. (شامي).

(١) إذ ثبتت بثباته وتنتفي بانتفائه، فهو سببها. (بحر) (قررو).

(٢) هذا مستقيم في غير المنقول وكان الشفيع جاراً، أو في المنقول وكانت قسمته إفرازا. (قررو).

(٣) وعليه الأزهار.

(٤) بإيجاب وقبول. (قررو).

(٥) ولو جاهلاً. (قررو).

(*) حيث لم يصف لفظاً، فإن أضاف لم تبطل شفته؛ لأن الحقوق لا تعلق به. (قررو).

(*) أو بالولاية. (قررو).

(٦) حجتنا: أن يلزمه تسليم المبيع؛ لتعلق الحقوق به، وفي تسليمه تسليم الشفعة. وحجتهم:

الفقيه محمد بن يحيى: وهو القوي. لا إن تولى الشراء بالوكالة فلا تبطل شفעתه، بل يطلبها عقيب شرائه. وكذا إذا ضمن^(١) للبائع بالثمن أو للمشتري بالدرك في المبيع أو شرط البائع^(٢) له الخيار فاختار تمام البيع - فإنها لا تبطل شفעתه، لا إن كان الشارط لخياره هو المشتري فإن شفيع صحت، وإن اختار تمام البيع كان إعراضاً عن الشفعة فتبطل^(٣) مع علمه بثبوتها قبل اختياره للتمام إذا كانت له، لا إن كان ولياً لغيره^(٤) أو وكيلاً له بطلبها فلا تبطل. ومنها: تركه لطلبها على الفور، وهو المجلس^(٥) ما لم يعرض عنها، ذكره أبو

أن أكثر ما في الوكالة أنه رضي بالمبيع، ورضاه لا يبطل شفעתه. قلنا: لا نسلم حجتكم أن ليس فيها إلا مجرد الرضا، بل تسليم المبيع، ولا يعقل أن يكون طالبا مطلوباً؛ للتناقض. قال الفقيه محمد بن يحيى: وفي تعليل أهل المذهب نظر؛ لأن التسليم لا يجب على البائع إذا طلب الشفعة. لا إذا تولى الشراء بالوكالة فلا تبطل شفעתه؛ لأنه لا يتضمن تسليمه المبيع، بخلاف البيع، فافترقا. (بستان بلفظه).

(١) قبل العقد أو حاله، لا بعده فقد تراخى فتبطل. (قرور).

(٢) أو هما. و(قرور).

(٣) المذهب عدم البطلان، وأنه يمضي ويشفع عقيبه^[١]. (مفتي). وهو ظاهر الأزهار في قوله: «لا إمضاء».

(٤) يعني ولياً بالطلب أو وكيلاً بالطلب، فلو كان بائعاً بالوكالة أو بالولاية بطلت.

(٥) وهو قياس على خيار القبول؛ لأن حق الشفعة يوجب التملك، فوجب أن يكون المجلس معتبراً فيه كخيار القبول. (بستان).

[١] لعدم ثبوتها إلا به. (مفتي)^[١]. يقال: هي ثابتة قبل الإمضاء، وهو الذي يدل عليه الأزهار بقوله: وإذا انفرد به المشتري عتق عليه وشفيع فيه. (سيدنا علي بن أحمد).

[٢] هنا تقرير في المخطوطات، وفي هامش النسخة (أ): ينظر في هذا التقرير. وفي هامش شرح الأزهار هذه الحاشية على قول المعيار: لكن يأتي بهما بلفظ واحد فيدخل الخيار في الشفعة اقتضاء؛ لأن ذلك ممكن وما سواه تراخ مبطل للشفعة، قال في هامش الشرح: قلنا: لا تراخي في حال الإمضاء؛ لعدم ثبوتها إلا به. (مفتي). والحاشية على قوله: لا إمضاء، وهو حيث شرط البائع أو هو المشتري الخيار للشفيع. وقد ذكر في التاج بطلانها بالإمضاء حيث الشارط لخياره هو المشتري كما في البيان هنا.

طالب وأبو العباس وأبو حنيفة. وقال المؤيد بالله والمنصور بالله: إنها على الفور، فتبطل بسكوته. وقال الناصر: له الطلب ما لم يفترقا. وعلى أحد قولي الشافعي: أن له الطلب ما لم يبطلها أبداً^(١).

ومنها: تركه لمرافعة المشتري مرة إلى الحاكم حيث ناكه المشتري، ذكره أبو طالب وأبو العباس وأبو حنيفة، وقال الهادي والناصر والمؤيد بالله: لا تجب المرافعة^(٢).

مسألة: وإذا ترك الطلب أو المرافعة عند من أوجبها خوفاً^(٣) لم تبطل شفيعته. وحد الخوف: قال الفقيه حسن: خشية الضرر^(٤)، وقال الفقيه علي: خشية الإجحاف عند الهدوية، وعند المؤيد بالله: ما أخرجه عن حد الاختيار.

مسألة: وإذا أبطل الشفيع شفيعته بطلت، ولا خيار له، وقال الشافعي: له الخيار ما دام في مجلس الإبطال.

مسألة: وإذا طلب الشفعة في بعض المبيع وتركها في بعضه بطلت في الكل على الأصح^(٥).

(١) وصح له أنها على الفور، ولفظ روضة النووي: الأظهر المنصوص في الكتب الجديدة أن الشفعة على الفور.

(٢) وحجتهم: أن ظواهر الأخبار دالة على اعتبار الطلب فقط. واختاره الإمام يحيى والإمام المهدي عليهما السلام. (بستان).

(٣) وعليه البينة بذلك، إلا أن تكون هناك أمانة الخوف ظاهرة. (ديباج) (قررو).

(٤) أو الإجحاف كما تقدم في التيمم. (سماع) (قررو).

(٥) إذا كان عالماً. (أثمار). وقيل: ولو جاهلاً. (قررو).

(*) فيه احتمالات ثلاثة: يحتمل أن تبطل في الكل، ورجحه صاحب الكتاب، كما لو عفا عن بعض حقه من القصاص. ويحتمل ألا يبطل شيء؛ إذ لا تتبعض. ويحتمل أن تبطل فيما ترك ويستحقها في الباقي، قال عليه السلام: وهذا هو المختار إذا رضي المشتري بتفريق الصفقة؛ لأن المانع الإضرار به بالتفريق. (بستان).

مسألة: وإذا جهل الشفيع بطلان شفيعته بالتراخي فقال المؤيد بالله وأبو حنيفة: لا حكم لجهله^(١)، بل تبطل، وعند الهدوية والشافعي: لا تبطل، لكنه لا يقبل قوله^(٢): إنه جهل ذلك إلا حيث هو محتمل له، نحو أن يكون قريب عهد بالإسلام أو من نشأ في ناحية لا يعرف فيها حكم الشريعة، وله أن ينكر العلم بالبيع ويحلف ما علم به وينوي علماً يبطل شفيعته^(٣). وكذا إذا جهل كون سببه هذا يوجب الشفعة فهو على الخلاف، فأما إذا جهل حصول سببها له^(٤) فلا تبطل شفيعته وفاقاً^(٥).

ومنها: أن يطلب شفيعته من البائع ويعدل عن المشتري بعد تسليم المبيع إليه مع حضوره^(٦) ومع علمه بأن الطلب إلى المشتري وبأنه قد قبض المبيع^(٧). وعند المؤيد بالله وأبي حنيفة والشافعي لا يعتبر علمه بأن الطلب إلى المشتري. وأما قبل تسليم المبيع فله طلب من شاء من البائع والمشتري. ومنها: أن يقول للمشتري ولو بعد طلبه^(٨): «بيع مني المبيع» أو «هب لي» أو

(١) الأزهار: قيل: وإن جهل استحقاتها.

(٢) والأولى أنه يقبل قوله مطلقاً.

(٣) وفائدة هذا إذا خاف الحكم عليه ممن لا يعتبر العلم بتأثير التراخي كالمؤيد بالله. لعله حيث لم يلزمه الحاكم، فإن ألزمه الحاكم مذهبه لم تفده النية؛ لأنه يقطع الخلاف. و(قرو).

(٤) أو اتصاله. (أزهار).

(٥) وفارق هذا جهله كون سببه يوجب الشفعة فإنه ليس بعذر عند المؤيد بالله؛ لأن الجهل بالحكم لا يكون عذراً عنده، بخلاف الجهل بسببه، كما إذا بلغت الصغيرة التي زوّجها غير الأب ولم تعلم بالتزويج فسكوتها لا يبطل خيارها، ولو علمته وجهلت هل لها الخيار بطل عند المؤيد بالله كما تقدم. (من خط مصنف البستان).

(٦) لا فرق مع حضوره أو غيبته.

(*) والحضور أن يكون المشتري في مسافة الثلاث فما دون.

(٧) وبأن طلب البائع يبطل شفيعته. (شرح أزهار معنى).

(٨) يقال: أما بعد طلبه فلا تبطل بما ذكر.

«أجره مني أو من غيري» أو «أعزني»؛ لأن ذلك كله تقرير لملكه^(١)، فلو جهل كون ذلك يبطل شفعته فقال أبو مضر: لا تبطل شفعته فيما بينه وبين الله^(٢)، وقال الفقيه محمد بن يحيى: بل تبطل.

ومنها: أن يبيع حقه في الشفعة^(٣) أو يهبه أو يصالح عنه^(٤) بعوض ولو من غير المشتري ولو جهل كون ذلك يبطل شفعته، ولا يملك العوض^(٥)، بل يكون معه إباحة بعد قبضه له، ولصاحبه الرجوع فيه مع بقاءه، لا بعد تلفه^(٦)، ولعل هذا^(٧) حيث قصد المعطي للعوض بطلان الشفعة فقط، فأما حيث قصد به استحقاقه للمبيع فتبطل الإباحة لبطلان عوضها.

ومنها: تركه الطلب لكون ما يشفع به مغصوباً، إلا أن يظن^(٨) أن ذلك يبطلها لم تبطل عند الهدوية، خلاف المؤيد بالله.

فرع: والطلب: هو أن يقول: «أنا شفيع لك في كذا»، أو «أنا مستشفع»، أو «أستشفع»، أو «أطلبك» أو «مطالب لك» أو «لا أترك^(٩) شفعتي»، لا إن قال:

(١) كما لو قال السيد لعبده: طلق.

(٢) المذهب لا تبطل لا ظاهراً ولا باطناً. (تهامي، وشامي). وعليه الأزهار.

(٣) وذلك لأنه قبل الطلب تراخ وإعراض، وبعده إبطال لها. (بستان).

(٤) ولو بعد الطلب، ولعله اتفاق في هذه.

(٥) لأنها حق، والأعراض على ترك الحقوق لا تملك. ويكون إباحة يصح الرجوع فيها مع البقاء لا مع التلف؛ لأنها في مقابلة غرض - وهو بطلان الشفعة - وقد حصل (بستان بلفظه). وفي حاشية السحولي ما لفظه: فيرجع بالعوض مع البقاء لا مع التلف. اهـ. ولفظ حاشية: ويكون مع الجهل من المسلم للعوض كالغصب في جميع وجوهه، ومع العلم كالغصب إلا في الأربعة. (مفتي، وعامر). وقد تقدم مثل هذا في قوله: «مسألة: ومن باع ما لا يصح بيعه لم يحل له ثمنه..» الخ في الثانية عشرة مسألة من بيع الصبر.

(٦) والمقرر أنه يرجع به مع البقاء وبالعوض مع التلف مطلقاً. (مفتي، وحيث) و(قرر).

(٧) وهذه نسخة قرئت على مشائخ ذمار، وضرب عليها في نسخة المصنف.

(٨) صوابه: «إلا أن يجهل»، كما في الغيث.

(٩) إذا جرى به عرف. اهـ. وهذا اللفظ ذكره المؤيد بالله، وأما عند الهدوية فيبطل. اهـ. وقول

«لي عندك شفعة» فقط فتبطل^(١) إلا أن يجهل عند الهداوية.

ومنها: أن يسلم شفخته ظناً منه أنه لم يقع البيع^(٢) أو أن المشتري اشتراه لنفسه وهو وكيل لغيره؛ لأن الطلب إلى الوكيل^(٣)، لا إن كان فضولياً^(٤)، وقال الفقيه يحيى البحيح: لا تبطل في الوكيل مع جهله بأنه وكيل. فإن شرط في تسليمه أن يكون الشراء له لم تبطل وفاقاً، وكذا لو قيل له: «الشراء لزيد» فترك^(٥) ثم بان لعمره وكان على شفخته.

ومنها: أن يخرج ما شفع به عن ملكه^(٦) قبل أن يحكم له بالشفعة أو يسلم له المشتري، وكذا إن اجترحه^(٧) السيل، ذكره في التمهيد، وفيه نظر^(٨). وكذا إن

المؤيد بالله قوي إذا جرى به العرف.

(*) وكذا إذا قال: «أنا شافع لك» إذا كان عرفهم أنه طلب وإن كان لفظه لفظ إخبار.

(تعليق القاضي عبد الله على اللمع).

(*) لأن ضد الترك الطلب. (شرح بهران).

(١) وذلك لأن هذه صيغة فاسدة لا تؤذن بالطلب، وكذا لو قال: «الشرع يوجب لي عليك الشفعة» أو نحو ذلك؛ لأنه إخبار لا طلب، إلا أن يجهل عند الهدوية فالجاهل معذور؛ لأنه في غاية الطلب للشفعة، ولكنه جهل صورة الإيراد في الطلب. (بستان).

(٢) وهو صريح الأزهار في أنها تبطل حيث سلمه بعد البيع ولو جهل تقدمه.

(*) وذلك لأنه قد أسقط حقه، وإسقاط الحق يصح مع الجهل به، كما إذا طلق امرأة معينة أو

أعتق عبداً معيناً وهو يظنه لغيره ثم بانت امرأته وعبده. (بستان).

(٣) لأنه قد سلم للمشتري ولو كان وكيلًا، فالتسليم للوكيل تسليم للموكل. (صعيتري).

(٤) أو وكيلًا مضيئاً.

(٥) أو سلم.

(٦) ولو عاد إليه بما هو نقض للعقد من أصله.

(٧) في (د): اجتحفه.

(*) أي: أخذ ظاهره.

(٨) لأن الأصل باق.

خرج عن ملكه بفسخ أو قسمة ولو بالحكم، خلاف أبي طالب^(١) فيما خرج عن ملكه بالحكم. فإن خرج بعضه عن ملكه لم يضر^(٢). وقال أبو حنيفة: لا يضر خروج السبب عن ملكه.

مسألة: وإذا طلب من الشفيع فسخ ما شفع به لأجل الفساد أو نحوه^(٣) فقال الفقيه محمد بن يحيى: ليس له أن يمتنع. ويحتمل أن له أن يتأجل^(٤) حتى يحكم له الحاكم بالشفعة، كما ذكره في الوافي أنه إذا شفعه غيره فيما شفع به كان له أن يتأجل حتى يحكم له [الحاكم]^(٥)؛ لئلا تبطل شفيعته.

ومنها: أن يدعي أن المبيع ملك له^(٦) ثم يطلب الشفعة فيه من بعد، فلا

(*) لا وجه للتنظير على قاعدة المذهب.

(*) ووجه التنظير لكلام التمهيد أنه يملك الأرض مطلقاً ولو زالت الطبقة العليا، قال الوالد رحمته الله: إلا أن يقال: ما بقي من الأرض تحت الذي شفع به حق له لا ملك له فيه استقام الكلام. (بستان بلفظه).

(*) وفي الكواكب مثل كلام التمهيد، ولعل هذا رجوع عما في الكواكب؛ لتأخر هذا الكتاب. قال في الكواكب: ولعل وجهه أن ما بقي من الأرض تحت أرضه التي شفع بها حق له لا ملك. (١) كلام القيل في الأزهار.

(٢) ما لم يكن البعض هو الملاصق فهو سبب الشفعة، فإذا أخرجه عن ملكه أو اجترحه السيل بطلت؛ لأنه يصدق عليه قوله: «وبخروج السبب عن ملكه».

(٣) وذلك نحو أن يشتري أرضاً ويشترط الخيار فيها لأجنبي دونه فلا خيار له، ثم بيعت أرض إلى جنبها فشفعها بها، ثم رد المجعول له الخيار الأرض المشفوع بها قبل الحكم بالشفعة أو التسليم.

(٤) ومثله في الغيث، ورجح هذا الاحتمال.

(*) وهل يجب على الحاكم تأجيله؟ في البحر احتمالان ولم يرجح أحدهما. اهـ العبرة بنظر الحاكم.

(٥) ما بين المعقوفين من (د).

(٦) عالماً بالبيع. (قرر).

يصح^(١)، إلا أن يقول في دعواه الملك: إنه من طريق الشفعة^(٢)، ذكره الأستاذ^(٣) وأبو مضر. وقال المؤيد بالله: إنه يصح طلبه للشفعة بعد دعواه الملك. قال الفقهاء يحمي البحيح وعلي ومحمد بن يحيى: وتحمل دعواه الملك الحاصل بالشفعة. فأما إذا طلبه الشفعة ثم ادعى في المجلس أنه يملكه فإنها لا تصح دعواه للملك^(٤).

مسألة: وإذا كان الشفيع غائباً عن المشتري^(٥) فإن كان فوق مسافة ثلاث مراحل^(٦) فقال في التفرجات: لا تبطل شفيعته بتراخيه^(٧)، وقال الفقيه علي: بل تبطل. وإن كان ثلاثاً فما دون^(٨) فقال أبو العباس وأبو طالب: يجب أن يطلب بلسانه ولو كان وحده^(٩)، ذكره أبو العباس، ويشهد على الطلب^(١٠) إن حضره

(١) لأن دعواه لملكه إقرار بأن البيع غير صحيح. وأما العكس - وهو طلب الشفعة ثم الملك - فلا تسمع دعوى الملك؛ لأن الطلب إقرار للمشتري بالملك، ذكره في التذكرة.

(٢) وقيل: إن فيه تقدم المشروط على شرطه، فلا بد من الطلب بعد دعواه الملك. (صعيتري).
وقيل: لا بد أن يكون قد تقدم طلب الشفعة قبل دعوى الملك. (سماع سحولي).

(٣) بعد الطلب.

(٤) لعلها لا تصح الدعوى في المجلس. (قررو).

(*) ولا تبطل شفيعته. وفي شرح الفتح: وتبطل شفيعته ولو بعد طلبها؛ لأنه إقرار ببطلان الشراء. اهـ قلت: ولو جاهلاً. (مفتي) (قررو).

(*) وذلك لأنه إذا طلب الشفعة فقد أقر بأنه ملك للغير، وإقراره يكذب دعواه. (بستان).

(٥) المراد عن الذي له طلبه.

(٦) المعتاد سير الإبل. (قررو).

(٧) وعليه الأزهار.

(٨) ظاهره ولو في البلد.

(٩) حيث علم من المشتري وصحة العقد وقدر الثمن وجنسه ونحو ذلك، والقول قوله مع يمينه. (قررو).

(*) وفي البحر: إذا كان وحده ولم يطلب لم تبطل، ذكره الإمام يحيى. قلت: وهو قوي.

(١٠) ندباً؛ لثلاثاً يناكر.

غيره، ويخرج للطلب بنفسه أو وكيله^(١). قال أبو طالب: ويشهد أن خروجه للطلب^(٢) إن حضره غيره، وقال أبو العباس: لا يجب الإشهاد على الخروج. وقال المؤيد بالله: لا يجب إلا الخروج لطلبها بنفسه أو وكيله ولو كان في الليل. فإن ترك الخروج للوحشة فقال المؤيد بالله: تبطل^(٣)، وقال المنصور بالله والفقهاء علي: لا تبطل^(٤). وقال أبو حنيفة: يجب الإشهاد على الطلب لا الخروج.

فَرَعٌ^(٥): فلو تركه لخوف من عدو أو سبع لم تبطل، ولعله يعتبر في حد الخوف كما مر على الخلاف^(٦).

فَرَعٌ: ويعتبر في خروجه وسيره لطلبها بالسير المعتاد بحيث لا يعد متراحياً، ولا يلزمه السعي ولا ركوب الخيل، ذكره في الانتصار.

(*) لم يشترط في الأزهار الإشهاد ولا المرافعة. (قرئ).

(*) لم يذكر في الأزهار الإشهاد، قال في النجدي: والعمدة على ما في الأزهار لا على ما في الشرح، كما قال عليه السلام حين سألته، وأمر بإصلاح الغيث حيث قال: الأزهار على ظاهره والشرح يحتاج إلى إصلاح، لا سيما الجزئين الأخيرين. (يحيى حميد).

(١) أو كتاب. و (قرئ).

(٢) لجواز أنه خرج لحاجة نفسه.

(٣) حيث جرت العادة بالمسير في الليل. (شكايزي). وقرره الشامي. واختاره المتوكل على الله عليه السلام، ومثله عن ابني رابع. (قرئ). وقال الحماطي: يسير في ابتداء الأمر إلى خارج الميل ويقف، ومن بعد يسير السير المعتاد.

(*) قال الفقهاء علي: المراد إذا لم تخرجه عن حد الاختيار عنده، وإلا لم تبطل. وحجة المنصور بالله: أن الوحشة كالخوف الكثير. قيل: ولعل المنصور بالله أراد لمن كان قلبه ضعيفاً يتولد منه الضرر، ويجعل هذا تليقاً. وحجة أبي حنيفة: أن القصد للطلب، وقد حصل. قلنا: القصد بالطلب الأخذ، فلا يكفي الطلب وحده. (بستان).

(٤) إذا كان يتولد معه ضرر. (قرئ).

(٥) هذا الفرع حاشية في (ج، د)، وفي هامش (أ، ب): صح.

(٦) الضرر.

فَرَعٌ؛ وإذا وكل غيره بالخروج والطلب ثم تراخى الوكيل أو ترك الشفعة لم تبطل؛ لأن الحق لغيره، إلا أن يكون الموكل وكله وهو يعرف منه التقصير والتراخي^(١) فتوكيله له كالا توكيل^(٢)، فتبطل شفعته، ذكره المؤيد بالله، وكذا لو جهل حاله ثم علم تقصيره فتراخى هو في الطلب.

فَرَعٌ؛ وإذا وكل الشفيع غيره بالطلب فطلب ثم أنكر المشتري توكيله فالبينة على الشفيع بالتوكيل^(٣).

مَسْأَلَةٌ؛ وإذا علم الشفيع بالبيع وهو في صلاة فرض أتمها بسننها^(٤)، وفي صلاة نفل سلم على ركعتين، فإن زاد عليها بطلت شفعته، وإن علم به في الركعة الثالثة فقال الفقيه علي: يسلم عليها، وقيل^(٥): يتمها أربعاً.

فَرَعٌ؛ فإن علم به ثم دخل في صلاة نفل بطلت شفعته، وفي صلاة فرض لا تبطل شفعته^(٦)، قال الفقيهان علي وحسن: المراد به في آخر وقتها^(٧)، لا حيث

(١) وتراخى.

(٢) حيث تراخى. (غيث).

(٣) وإلا حلف له المشتري ما يعلم ذلك منه، ذكره في البرهان.

(٤) لا نافلتها.

(*) الداخلة فيها. (قرر). وكذا سجود السهو. (قرر).

(*) وذلك لأن التمام قد لزمه بالدخول فيها؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُبْطَلُوا أَعْمَالَكُمْ﴾ [محمد ٣٣]، ويكون الإتمام بسننها كما قالوا: له أن يسلم في النفل على ركعتين. (بستان).

(٥) هذا القيل للسيد الهادي بن يحيى، وقيل: التفرجات. وهو قوي إذا كان نواها.

(٦) فإن كان مستمعا للخطبة وهو ممن لا يجوز له الانصراف لم تبطل بسكوته حين بلغه، إلا أن يجوز له الكلام عند سكوت الخطيب طلب بلسانه^[١]، ويعفى له انتظار تمام الخطبة والصلاة. (حاشية سحولي) و(قرر). وينظر لو بلغه الخبر وقت النداء للجمعة، فلعله يكون عذرا له؛ لأنه يجب عليه المضي. (حاشية سحولي) و(قرر).

(٧) الاضطرابي، أو كان مذهبه التوقيت فأخر الاختياري. (قرر).

(*) وعليه الأزهاري: «أو فرضاً تضيق».

[١] هذا على القول بأن الفصل ليس منها، إلا أن يكون خطيباً طلب.

الوقت متسع فتبطل^(١). وإن علم به وهو في عمل فآتمه^(٢) تبطل شفيعته.

مسألة: ويعتبر في علمه بالبيع فيما بينه وبين الله تعالى بما يغلب بظنه صدقه، فإذا تراخى بعده لم يحل له الطلب، إلا على أحد قولي المؤيد بالله والكني: إن له أن يرافع فيما لا يستجيزه، فإذا حكم له به حل، ولا يحل له أن يحلف ما تراخى. قال ابن أبي الفوارس: وللمشتري أن يحلفه ما تراخى بعد حصول الظن له بالبيع؛ لأنه إذا أقر بذلك بطل حقه، وأما في ظاهر الشرع فلا يبطل حقه بالتراخي إلا بعد خبر عدلين أو رجل وامرأتين.

مسألة: وإذا أخبر بالبيع على صفة فظنه فاسداً لجهله^(٣)، أو أخبر بأن الثمن عرض فظن أن لا شفعة فيه وتراخى - لم تبطل شفيعته عند الهدوية^(٤)؛ لأن الجهل^(٥) عذر، خلاف المؤيد بالله.

فرع: فلو وقع البيع فاسداً وتراخى الشفيع ثم إن الحاكم حكم بصحته بعد المرافعة إليه ثبتت الشفعة؛ لأن الحكم كتجديد العقد^(٦)، خلاف المؤيد بالله والفقهاء يحیی. فلو كان طلبها فوراً ثم حكم بالصحة ثبتت^(٧).

(*) الاختياري لمن لا عذر له، والاضطراري لمن له عذر. (قرئ).

(١) إذا كان يدرك الطلب والوقت باق، وإلا فلا. (قرئ).

(٢) أي استمر. (قرئ). وإن لم يتمه. (قرئ).

(٣) حيث جرت العادة بالعقد الفاسد. و(قرئ).

(*) والقول قوله أنه ظن ذلك؛ إذ لا يعرف إلا من جهته. و(قرئ).

(٤) والقول قوله في الطرفين معاً. و(قرئ).

(٥) في (ب): جهله.

(٦) فيطلبها ولو كان قد أبطلها قبل الحكم.

(*) هذا ذكره الفقيه محمد بن يحيى، قال: كنت أذكره نظراً ثم وجدته نصاً لابن أبي

الفوارس. وحجة الآخرين أنه قد تراخى فلا تعود شفيعته بعد تراخيه. (بستان).

(٧) فيعيد الطلب. وقيل: لا يحتاج؛ لأن الحكم كاشف. (قرئ).

مسألة: وإذا كانت الشفعة لصغير أو حمل أو مجنون طلبها وليُّ ماله^(١) إن كان له مال ومصلحة فيها، لا إن كان فقيراً فلا شفعة له^(٢) ولو طلبها الولي، خلاف تعليق الإفادة فقال: له طلبها ويستقرض له الثمن^(٣).

فرع: فلو سلمها وليه مع حصول ماله ومصلحته لم تبطل، بل له طلبها بعد إبطاله^(٤)، وإن لم يطلبها للصغير طلبها بعد بلوغه، إلا أن يتراخى^(٥) بطلت.

فرع: وإذا بلغ الصبي وادعى أنه كان له مال عند البيع وأنكره المشتري فالبينة عليه^(٦) به، وقال في التذكرة: القول قوله. وإذا ثبت المال فإن كان الولي

(*) فلو كان قد أبطلها سل؟ ظاهر الأزهار أنها لا تبطل في قوله: «إلا لأمر فارتفع». قلت: بل قبل وجوبها له. (مفتي).

(١) وذلك لعموم الدليل؛ فإنه لم يفصل بين ثبوتها للكبير والصغير. ويجب على الولي طلبها؛ لما فيها من دفع الضرر والأذى عن الصغير، بخلاف الشراء فهو كسب لا دفع ضرر فلم يلزم الولي. (بستان).

(٢) لأن الإعسار مبطل للشفعة بنفسه من غير حكم عند المؤيد بالله، وهو ظاهر قول الهادي عليه السلام وابن أبي الفوارس. وقال الإمام يحيى والقاضي زيد: لا بد من الحكم. اهـ وقيل: يحكم حكماً مشروطاً.

(٣) وقواه المتوكل على الله عليه السلام.

(٤) هلا قيل: قد بطل طلبه للخيانة بعدم الطلب سل؟ ولعله^[١] بعد التوبة حيث ولايته أصلية كالأب والجد. (شامي).

(٥) بعد العلم.

(٦) يعني على الصبي.

(*) إلا أن يكون الصبي ممن ظاهره اليسار^[٢]. (من المقصد الحسن) (قرود). لأن الأصل عدم المال، ومثله في الأولوية.

[١] ويحتمل أنه جاهل لوجوب الطلب عليه، فولايته باقية. (سيدنا علي).

[٢] فالظاهر معه والبينة على المشتري. (قرود).

سكت وادعى المشتري^(١) أنه لعدم المصلحة في الشفعة فالبينة عليه^(٢) وفاقاً، وإن ادعى أنه تركها^(٣) وأنكر الصبي فالبينة على المشتري وفاقاً أيضاً، وإن تصادقا على ترك الولي لها^(٤) واختلفا في المصلحة فالبينة على المشتري عند الهادي^(٥)، وإلا حلف الصبي ما يعلم المصلحة في تركه، وعند الناصر والمؤيد بالله أن البينة على الصبي في عدم المصلحة^(٦)، وإلا حلف المشتري ما يعلم أن الولي ضيع حقه، وقال أبو طالب والمنصور بالله: القول قول المشتري حيث الولي هو الأب^(٧)، لا حيث هو غيره فالقول قول الصبي^(٨).

مسألة: وإذا كانت الشفعة لمحجور عليه صح منه طلبها^(٩)، ويكون كالمعسر^(١٠). وإن كانت لمكاتب فأمرها إليه لا إلى سيده.

- (١) في هذه المسألة نظر، وإنما تكون المسألة إذا ادعى المشتري أن الولي قد سكت وقد تصادقا على علمه وقال الصبي إنه طلب - فالقول قول المشتري وفاقاً وبين الصبي. (دواري).
- (٢) أي: على المشتري؛ لأن الأصل عدم الصلاح.
- (٣) أي: سلمها.
- (٤) يعني تسليمها.
- (٥) لأن الظاهر عدم الصلاح عنده في جميع الأولياء. (بستان).
- (٦) لأن الأصل الصلاح في جميع الأولياء.
- (٧) لأن الظاهر الصلاح في الأب دون غيره كما تقدم في البيوع. (بستان).
- (٨) الخلاف في هذه المسألة كما تقدم في البيع على أن الظاهر في الأولياء عدم الصلاح عند الهادي، والصلاح عند الناصر والمؤيد بالله، والفرق بين الأب والجد وغيرها عند أبي طالب والمنصور بالله.
- (٩) وذلك لأن الديون التي عليه لا تمتع؛ إذ يتعلق الثمن بذمته، فلا ضرر على أهل الدين. (بستان).
- (١٠) الأولى أنه يمهل عشرًا كالشفيع، وأما الإعسار فهو مبطل.
- (*) ينظر في قياسه على المعسر؛ لأن الإعسار مبطل، بخلاف المحجور فهو يجوز فك الحجز في أي وقت. اهـ والأولى أن يمهل كما مهال الشفيع، وأما الإعسار فهو مبطل. (قرير).

فَرَعٌ: ويصح من العبد المأذون^(١) طلب الشفعة لسيده^(٢)، فإن لم يطلبها طلبها سيده متى علم بالبيع.

مَسْأَلَةٌ: وإذا كان الشفيع مريضاً وأمكنه الخروج للطلب أو التوكيل به ولم يفعل بطلت شفيعته، خلاف أحد قولي الشافعي.

مَسْأَلَةٌ: ويعفى للشفيع^(٣) بعد علمه مع غيبة المشتري عنه - عن إغلاق بابه لحفظ متاعه، وعن الشد على دابته للركوب في طلب الشفعة، ذكره في البحر، وعن التطهر للصلاة الفرض^(٤)، ولبس الثوب، والصلاة، ولبس الخف للسير، ذكر ذلك أبو طالب، وظاهره مطلقاً، وقال الفقيه علي: المراد به حيث كان التطهر والصلاة في آخر وقتها، لا في أوله.

مَسْأَلَةٌ: وتسليم الشفيع على المشتري^(٥) قبل طلبه لا يبطل شفيعته، خلاف المؤيد بالله والمرضى^(٦)، سواء كان ابتداءً أو رداً.

مَسْأَلَةٌ: وإذا طلب الشفيع شفيعته فقال له المشتري: «سلم الثمن^(٧)» ثم

(١) وكذا ولي التصرف للغير إذا فوض. (قررو).

(٢) وذلك كما يصح منه الشراء، فإن عفا لم يسقط حق السيد؛ إذ هو المستحق لها. (بستان).

(٣) أما لو كان معذوراً بما يجب عليه القيام به من تمرىض أو نحوه ولم يمكنه بنفسه ولا يمكنه البعث فهل يكون هذا من العذر المبيح للتراخي فلا تبطل به الشفعة؟ الظاهر أنه كذلك.

وعدم المحرم للمرأة عذر عن الطلب بنفسها، إلا أن تجد رسولاً. (حاشية سحولي) (قررو).

(٤) وكذا التطهر لخشية الترطب بالنجاسة. و(قررو).

(٥) التحية، لا المصافحة إذا كان عالماً أن التراخي يبطل.

(*) اللفظي لا العرفي. وقيل: لا فرق. (قررو).

(٦) والوجه أنه دعا له بالأمان. لنا: قوله ﷺ: ((السلام قبل الكلام))، وقوله ﷺ: ((من بدأ بالكلام قبل السلام فلا تحيروه)). قالوا: إنه إعراض. قلنا: لا نسلم. قالوا:

تراخ. قلنا: لا يعد متراخياً، كلبس الثوب والانتعال وإتهام غسل الجنابة. (بستان).

(٧) أو لم يقل.

غاب عنه زمانا وتراخى لم تبطل شفيعته، خلاف الفنون^(١)، قيل: إذا كان مغيبه شهراً فما فوق^(٢).

فرع: وللمشتري أن يرافع الشفيع إلى الحاكم ليقوم له كفيلاً بحضوره لوقت معلوم^(٣)، ثم إذا عجز الكفيل عن إحضاره لذلك الوقت كان للحاكم إبطال شفيعته^(٤)؛ لأن على المشتري مضرة في انتظاره، ذكر ذلك المؤيد بالله.

مسألة: ولا تبطل الشفعة بموت المشتري^(٥) وفاقا، ولا بخروج المبيع عن ملكه، وأما بموت الشفيع فلا تبطل أيضاً إذا كان الشفيع قد طلبها، أو لم يعلم بالمبيع، أو علم به ولم يتمكن من الطلب. وقال المؤيد بالله وأبو حنيفة: إنها تبطل^(٦).

فرع: وإذا مات الشفيع وورثت عنه الشفعة^(٧) ثم أبطلها^(٨) بعض الورثة

(١) حجتنا أن الشفعة قد تقررت بالطلب، وتأخير الثمن لا يبطلها كمطل المشتري بالثمن. وحجته أن في ذلك إضراراً بالمشتري؛ لأنه قد صار متعدداً بعد طلب الشفعة. قلنا: يمكن إزالة الضرر بالمرافعة إلى الحاكم. (بستان).

(٢) على كلام الفنون.

(٣) فلو أن الشفيع فر قبل أخذ الكفيل منه بذلك جاء الخلاف، فعلى قول المنتخب والأخوين: هو على شفيعته وإن لحق المشتري الضرر، وعلى قول الفنون: إنه إذا فرط في إحضار الثمن بطلت شفيعته. (انتهى بلفظه من المقصد الحسن).

(٤) الأزهار: «ولا تبطل المطل إلا لشرط». (مفتي).

(*) والمذهب أن الحاكم يبيع ماله ويسلم للمشفوع الثمن، ومن جملة ذلك المشفوع فيه.

(٥) وهل يكفي التسليم من أحد الورثة؟ ينظر. يكفي؛ إذ لكل وارث ولاية كاملة. و(قرير).

(٦) حجتنا أنها صارت حقاً مستحقاً كالتركة وكخيار العيب. وحجتهم أنها خيار شرع لاستجلاب مال كخيار القبول. قلنا: بل خيار شرع لدفع الضرر كخيار العيب. (بستان).

(٧) وهل يكفي الطلب من أحد الورثة؟ ينظر. قيل: يكفي؛ لأن لكل واحد ولاية كاملة. وفي الكواكب قريب من التصريح أنه لا بد من طلبهم الكل. (قرير). أو أحدهم بالوكالة. (قرير).

(٨) في (د): وإذا مات الشفيع ورثت عنه الشفعة ثم إذا أبطلها.. إلخ.

بطل حقه منها، وفي حق غيره وجهان للشافعية، الأرجح عندنا^(١): لا تبطل^(٢).
 مسألته: وإذا أخبر الشفيع بالبيع بألف فترك ثم علم أنه بأقل^(٣) فهو على
 شفيعته، وكذا إذا وقع حط أو إبراء أو إسقاط لبعض الثمن دفعة أو دفعات
 فيأخذه الشفيع بما بقي من الثمن، فإن وقع البراء من الثمن كله دفعة^(٤) واحدة
 أخذه الشفيع بكل الثمن، لكن الأقرب أنه إذا أخذ المبيع من المشتري فثمنه له،
 وإن أخذه من البائع فثمنه للبائع على قولنا: إن الأخذ بالشفعة فسخ للبيع، وعلى
 قولنا: إنه نقل^(٥) يكون للمشتري ولا شيء للبائع؛ لأن إبراءه من الثمن مثل
 قبضه له.

فرع: وما وهبه البائع للمشتري من الثمن فلا يلحق في حق الشفيع^(٦) ولو
 كان قبل قبض الثمن.

(١) في (د): والأصح عندنا.

(٢) ويأخذ الكل؛ لثلا يفرق الصفقة على المشتري. (تهامي).

(٣) لا عكسه. (تذكرة). وذلك لأن شاهد الحال أنه إذا سلمها مع كون الثمن أقل فبالأولى
 والأحرى مع الأكثر، إلا أن يعرف أن له غرضاً في الترك بالأقل، نحو أن يكون قد حلف
 لا شفع بدون كذا فأخبر أولاً بدونه^[١]. وعلى الجملة فأينما سلم شفيعته لغرض فتبين
 خلافه فهو على شفيعته، والقول قوله أن تسليمه لذلك الغرض^[٢] ما لم يكن الظاهر
 خلافه. (صعيتري). وعليه الأزهار بقوله: «إلا الأمر فارتفع».

(٤) وإن كان دفعات أخذه بالدفعة الأخيرة، فإن التبست الدفعة الأخيرة بين الدفعات الأولى
 واختلف القدر فيهن بطلت الشفعة؛ لجهل الثمن. (عامر). ومثله في البحر.

(٥) وهو المذهب؛ إذ البائع قد صار في حكم المستوفي. (قررو).

(٦) ولو حيلة^[٣]. (سيدنا عامر). وقيل: ما لم يكن حيلة، وإلا لزم المدفوع.

(*) فيشفع بالكل. (قررو).

[١] ثم بان الثمن أكثر فله الشفعة.

[٢] مع يمينه. (قررو).

[٣] بأن باع الشيء القليل بالثمن الكثير ووهب للمشتري الزائد على ثمن المبيع المعتاد.

فَرَعٌ؛ وما تراضى به البائع والمشتري بعد البيع من زيادة في الثمن أو إدخال صبرة مجهولة فيه أو تجديد بيع آخر^(١) مع حيلة في بطلان^(٢) الشفعة - فإنه لا يلحق في حق الشفيع ولا يمنع شفيعته.

مَسْأَلَةٌ؛ وإذا أخبر الشفيع بالبيع بدراهم أو غيرها فترك شفيعته ثم علم أنه جنس آخر كان على شفيعته^(٣) ولو كان أكثر من الجنس الأول، خلاف أبي حنيفة في الأكثر.

مَسْأَلَةٌ؛ وإذا أخبر ببيع النصف فترك شفيعته ثم بان الكل فهو على شفيعته، وإن أخبر ببيع الكل فترك ثم بان البعض فهو على شفيعته^(٤) أيضا، خلاف أبي حنيفة والقاضي زيد^(٥).

مَسْأَلَةٌ؛ ومن قال لغيره: «هب أرضك هذه من ابني حتى أهب أرضي هذه من ابنك» ففعلا فلا شفعة^(٦) فيها^(٦)؛ لأن العوض لغير الواهب^(٧). فإن قال:

(١) من غير فسخ. أو فسخ بعد الطلب. (قرئ).

(٢) في (ب): إبطال.

(٣) وذلك لأنه قد يتعذر عليه جنس دون جنس ولو كان أكثر من الجنس الأول؛ لأنه ربما يجده. وقال أبو حنيفة: لا تثبت شفيعته به إلا إذا كان أقل من الأول. (بستان).

(٤) فرع: فلو سلم الشفيع لكثرة الثمن ثم وقع الخط عادله حق الشفعة؛ لزوال المانع. (بحر).

(*) ينظر لو ترك شفيعته لكثرة الثمن فأنكشف أنه يستحق بعض المبيع، هل يكون ذلك عذرا له فيطلبها عقيب الاستحقاق؟ أجاب الإمام المتوكل على الله بأنه عذر فيشفع. (قرئ).

(٥) حجتنا: أنه قد يقدر على ثمن البعض لا ثمن الكل، والشفعة مبنية على اختلاف الأغراض والمقاصد. وحجتهم أن تسليمه للكل تسليم للبعض؛ إذ هو أخف، واختاره الإمام يحيى. لنا: ما مر. (بستان).

(٦) لأنه وهبها على غرض، والهبة على غرض لا شفعة فيها.

(٧) عبارة الصعيتري: فها هنا لا شفعة في الأرضين؛ لأنه لم يصر بدل إلى أي الواهين. ومثله في الكواكب.

«هب أرضك من ابني حتى أهب أرضي منك» وفعلاً^(١) ثبتت الشفعة فيهما معاً^(٢)، ذكره المؤيد بالله، قال الفقيه يحيى البحيح^(٣): وهو^(٤) يدل على أن لفظة «حتى» من ألفاظ العقد. وقال الفقيه محمد بن يحيى: إنها من ألفاظ الوعد، ولا شفعة بها^(٥)؛ لأن الوعد كالمضمر، ولكن يحمل كلام المؤيد بالله على أنه جاء بلفظ العقد.

(١) قال الفقيه يحيى البحيح: وتتم الهبتان معا في هذه الصورة بالهبة للابن إذا حصلت في المجلس، ولا يحتاجان قبولا، وهو يأتي على قول الإفادة. وقال الفقيه محمد بن سليمان: لا بد أن يهب الأب للذي وهب لابنه ويقبلها الموهوب له، وهو يأتي قول الزيادات والفقيهين حسن وعلي. (كواكب لفظاً).

(٢) لأن الواهب للابن ملك ما وهب له بعوض منه، وهي الهبة للابن، فثبتت الشفعة فيهما معاً، ذكره الفقيه يحيى البحيح أخيراً، وهو ظاهر قول المؤيد بالله. (برهان).

(٣) وقد قال الفقيه علي: إن الفقيه يحيى البحيح كان يتردد في «حتى» هل هي عقدية أو وعدية حتى وصل إلى هذه المسألة وقطع بأنها عقدية؛ للوجه الذي قدمناه. وقال الفقيه محمد بن يحيى: إنها وعدية، وحمل المسألة على أن المتعاقدين جاء بحرف العقد، ولو كانت على ظاهرها لم تثبت الشفعة. والكلام هاهنا في أمرين: أحدهما: قال الفقيه محمد بن سليمان: لا تتم الهبتان إلا بأن يهب الأجنبي للابن ثم الأب للأجنبي، وتكون هبة الأب للأجنبي كالقبول، ولا يكون سؤاله تاماً، هذا الذي رجع إليه الفقيه محمد بن سليمان، وكان يقول أولاً: إن سؤال الأب للأجنبي يكون قبولا تاماً، فتم الهبتان بهبة الأجنبي للابن، ذكره في الروضة. الأمر الثاني: أن الشفعة ثابتة في الموهوب للابن بلا إشكال؛ لأنه بعوض صار إلى الواهب، وأما الموهوب للأجنبي فكان الفقيه يحيى البحيح يقول: لا شفعة فيها؛ لأن عوضها لغير الواهب، وهو الابن، ثم رجع إلى ثبوت الشفعة فيها؛ لأن الأجنبي ملك ببدل. ولا رجوع في الهبتين. (صعيتري). ولفظ البحر: «فرع: ويشفع فيما وهب للابن اتفاقاً، وكذا فيما وهب الأب في الأصح؛ إذ ملك ببدل وإن لم يصر إلى الواهب. فإن قال: «هب من ابني لأهب من ابنك» فلا شفعة؛ إذ لم يملك أيها ببدل.

(٤) في (ب): وهذا.

(٥) والمختار أن «حتى» وعد. هنا وفي الخلع، لا عقد. في الطرفين معاً. (قرر).

مسألة: وإذا وهب البائع من المشتري جزءا من المبيع مشاعاً ثم باع منه الباقي فلا شفعة فيه^(١) لغير خليط، لكن من تمام الحيلة عند المؤيد بالله قبض الموهوب قبل بيع الباقي حتى يملكه^(٢).

فرع: والحيلة في إبطال الشفعة تصح وتبطلها عندنا، خلاف الناصر والمنصور بالله^(٣)، وهي جائزة عندنا حيث هي قبل البيع مثل هذه الصورة، ومثل أن يستثنى جزءا ملاصقا للجار، أو يبيع بثمان كثير لا يأخذه الشفيع به ثم يهب الزائد منه للمشتري أو يقضيه عنه عرضا^(٤) قيمته قدر ما تراضيا به^(٥) من الثمن. فإن كانت الحيلة متأخرة عن البيع^(٦) فإنها لا تجوز ولو صحت؛ لأن فيها

(١) وقال المنصور بالله: إن شري الباقي بقيمة الكل في مسألة الكتاب عرف أنه حيلة فيشفع، وإن اشتراه بقيمته عرف أنه ليس بحيلة. اهـ وظاهر المذهب لافرق.

(٢) المذهب لا يشترط.

(٣) واختاره المتوكل على الله عليه السلام، ولفظه في المسائل المرتضاة: والضابط أن كل حيلة يتوصل بها إلى إبطال حق ثابت لأدمي أو لله فهي باطلة، كحيلة أهل السبت. وكل حيلة اضطر إليها فاعلها للفرار أو فعلها ليتوصل بها إلى قرابة أو مباح فهي نافذة. (بلفظه).

(*) فقالا: كل حيلة في الشفعة وغيرها من المعاملات التي تجري بين الناس فإننا نبطلها ولا نجيزها؛ لقوله صلوات الله وسلامته عليه: ((لا يبطل حق في الإسلام)). (بحر معني). وفي الزوائد للناصر إبطال كل حيلة في الشفعة، وكذا عن المنصور بالله ومحمد بن الحسن. (زهور). [والإمام علي بن محمد].

(*) وحثنا أنه أبطل سبب الحق قبل ثبوته وتقرره. (بستان).

(٤) مصرحا بلفظ القضاء والاقتضاء. و(قرن). وإن سلم العرض بغير لفظ القضاء لزم الشفيع قيمة العرض؛ لأنه كالحط، وليس من باب البيع.

(٥) وعن الإمام عز الدين بن الحسن: لا يلزمه إلا قيمة العرض حيث كان حيلة كهذه الصورة. ومثله عن الإمام المتوكل على الله عليه السلام. وإن قضاه عن الدراهم، وقد تقدم في المرابحة والتولية [والتقوية (نخ)] على قول الحفيظ.

(٦) ينظر في مثالها.

إبطالا لحق قد وجب لغيره، ذكره المؤيد بالله^(١)، وذلك حيث يجعل الثمن أو بعضه صبرة^(٢) معلومة العين مجهولة القدر ثم يتلفها أحدهما أو يخلطها بغيرها قبل معرفة قدرها أو قيمتها إن كانت قيمية، فلا يجوز إتلافها^(٣) ولا خلطها^(٤) قبل معرفتها؛ لأن البطلان يحصل به.

مسألة: وإذا طلب الشفيع وعرف من قصده أنه لا رغبة له في الشفعة^(٥) وإنما هو يريد طلبها ويأخذ ثمنها من غيره ثم يعطيه المبيع عن الثمن فإن ذلك لا يمنع من شفيعته^(٦).

مسألة: وإذا تقايل البائع والمشتري في المبيع قبل طلب الشفيع^(٧) صحت الإقالة والشفعة ثابتة، بل لو كان قد أبطل شفيعته عادت له إذا كانت الإقالة بعد قبض المبيع^(٨)، وإن تقايل بعد طلب الشفيع لم تصح الإقالة^(٩)، وقال المؤيد بالله: تصح ولا تبطل الشفعة.

(١) وفي البحر خلافه. ولفظ البحر: قلت: الشفعة لا تستحق إلا بالطلب، ولا حرج في تجنب ما يلزم معه حق، كتجنب ملك النصاب لثلاث تجب الزكاة، ونحو ذلك. (بحر).
(٢) يعني: حال البيع، فأما بعده فينظر في مثاله. فعلى ما وقع العقد، فيحقق.
(٣) وقياس المذهب أنه يجوز له الإتلاف في الثمن، سواء كان مثلياً أو قيمياً قبل الطلب للشفعة، خلاف ما ذكره.
(٤) بغيرها.

(*) وقال القاضي عبدالله الدواري: يجوز له استهلاكها؛ لأنه تصرف في ملكه. قلت: كما يجوز له قبل الطلب ما شاء في نفس المبيع فكذا في ثمنه بإذن البائع، وللبيع أيضاً. (مفتي). ومثله في حاشية السحولي.

(٥) مع كونه متمكناً من الثمن، وإلا فالإعسار مبطل، وهو ظاهر البيان، حيث قال: «وعرف من قصده أنه لا رغبة..» الخ.
(٦) ذكره المؤيد بالله في الإفادة. (زهور).

(٧) في (د): الشفعة.

(٨) لا فرق على المختار، وهو ظاهر كلام الغيث وصریح شرح الأزهار عن الإمام.

(٩) المختار أنها موقوفة. (قرر).

مسألة: وإذا رد المشتري المبيع بالعيب أو بالرؤية أو بخيار الشرط فقال القاضي يوسف: إن كان قبل طلب الشفيع صح الرد وبطلت الشفعة^(١)، وإن كان بعده لم يصح^(٢)، إلا عند المؤيد بالله فيصح ولا تبطل الشفعة. وقال الفقيه يحيى البحيح^(٣): إنها تبطل في الرد بالرؤية مطلقا، وفي الرد بالعيب إذا كان بالحكم، لا بالتراضي، وفي الرد بالشرط إذا كان مجمعا عليه، أو مختلفا فيه ووقع الرد بالحكم، لا إن كان بالتراضي.

مسألة: وإذا أفلس المشتري قبل تسلم الثمن فطلب البائع أخذ المبيع كان الشفيع أولى به، ويكون ثمنه للبائع^(٤).

مسألة: وإذا وهب أرضه لغيره ثم بيعت أرض بجنيها فشفع فيها الواهب كان تشفعه بها رجوعا في هبتها، ولا تصح شفيعته على الأصح^(٥)؛ لأن الرجوع

(١) فإن قارن الفسخ الطلب رجح الفسخ، وإن علم ترتيبها ثم التبس صحت الشفعة؛ لأن الأصل بقاء العقد وصحة الشفعة. (شامي) و(قرر).

(٢) المختار أنه موقوف.

(*) غالباً؛ احترازاً من أن يكون الفسخ لغبن في عقد الوكيل أو الفضولي لم يمتنع، بل يثبت الفسخ وتبطل الشفعة. (قرر). يقال: لم ينفذ العقد حيث ثم غبن فليس بفسخ؛ لأنه راجع إلى خيار الإجارة، فهو موقوف.

(٣) هذا ذكره على قول الهدوية. (بستان).

(٤) وذلك ليكون وفاء بالحقين. (بستان). حق الشفيع بإعطائه المبيع، والبائع بإعطائه الثمن.

(*) وعليه الأزهاري بقوله: «وما قد شفع فيه استحق البائع ثمنه».

(٥) وهو ما ذكره المذاكرون، وعلى قول الهادي تصح شفيعته.

(*) قوله: «على الأصح» هذا ذكره في التذكرة؛ وذلك لأنه وقع البيع وسبب الشفعة في ملك الموهوب له، قال الوالد: وهو يستقيم على ما صححه المذاكرون في مسألة البيع إذا باع الواهب ما وهبه، وقال في الحفيظ: إنها تصح شفيعته^[١]، قال الوالد: وهو يستقيم على قول الهادي عليه السلام في مسألة البيع. (بستان). قلت: وكلامه حسن في الهبة والرجوع فيها وبيع الموهوب، وأما هنا فلا تتم شفيعته؛ لما ذكر^[٢]. (مفتي).

[١] واختاره مولانا المتوكل على الله إسماعيل عادت بركاته، والله أعلم.

[٢] وهو أنه غير مالك عند عقد البيع للسبب.

في الهبة ملك جديد من حينه^(١).

مسألة: وإذا كان المشتري واحداً لم يكن للشفيع إلا أخذ الكل أو تركه ولو اشترى من جماعة^(٢)، خلاف الشافعي، ولو اشترى لجماعة بالوكالة^(٣)، فلو طلب نصيب أحدهم وترك^(٤) نصيب غيره بطل الكل^(٥)، وإن سكت عن نصيب غيره فقال أبو العباس: يبطل الكل^(٦) أيضاً، وقال المؤيد بالله: يكون طلباً للكل.

فروع: وإن كان المشترون جماعة بعقد واحد فله أخذ نصيب من شاء منهم دون غيره ولو اشتروه من واحد أو لواحد بالوكالة^(٧).

مسألة: من اشترى شيئاً له فيه شفعة^(٨) ولغيره أيضاً كان شراؤه تشفعا في قدر نصيبه^(٩) ولا يحتاج طلباً، ولو خرج سببه عن ملكه، وأما الغير فيطلب

(١) وقيل: بل تصح شفيعته كما ذكره في الأزهار في الهبة أن البيع ونحوه ولو بعد التسليم رجوع وعقد.

(٢) بعقد واحد.

(٣) ولم يصف إليهم، وإلا أخذ بحق من شاء. (بحر). (قرر).

(*) فلا شفعة إلا في الجميع؛ لأن الحقوق تعلق بالوكيل، فهو كما لو اشترها واحد لنفسه.

(٤) أي: سلم.

(٥) حيث كان السبب عاماً. (قرر).

(٦) مع العلم. وقيل: لا فرق. (قرر).

(٧) إذا لم يضيفوا إليه. (نجري).

(٨) أو وهب له أو نذر عليه أو أوصى له به كان ذلك جميعاً تشفعا، فيشاركه باقي الشفعاء، وصورته أن يهب المشتري للشفيع المبيع، وكذلك سائرهما، ويكون الثمن للمشتري أو للورثة؛ لأنه لم يهب ولم يوص إلا بالعين. ومثله في البحر حيث قال ما لفظه: مسألة: ومن اشترى شقصاً فأوصى به لشخص ثم مات وحضر الشفيع فهو أولى به؛ لتقدم حقه على الوصية، والثمن للورثة، لا للموصى له؛ إذ لم يوص له إلا بالعين لا بشمنها. (بلفظه) (قرر).

(٩) حيث طلب سائر الشركاء، وإلا ففي الكل.

شفعته منه ويرافعه في نصيبه^(١).

فَرَعٌ؛ ومن اشترى شيئاً لغيره بوكالته وله فيه شفعة فإنه يطلب نفسه^(٢) عقيب الشراء ويشهد على طلبه^(٣)، ولا يملكه إلا بتسليم الموكل له أو بالحكم^(٤)، وإن اشتراه بغير وكالة طالب المجيز بعد إجازته.

مسألة: من اشترى شيئاً لغيره وقام فيه شفيع فإن كان المشتري فضولياً فالطلب إلى المشتري له بعد إجازته، وإن كان وكيلاً فالطلب إليه؛ لأن الحقوق تعلق به^(٥)، خلاف الناصر والشافعي. ولا يكون للوكيل أن يسلم المبيع إلى الشفيع^(٦) إلا برضا الموكل أو بحكم حاكم. فإن طالب الشفيع الموكل كان كما إذا طلب البائع على ما تقدم.

(*) بل في الكل. (قررو).

(*) ويكون كالتسليم بالتراضي، فلا يصح تصرفه فيه قبل قبضه. وقيل: كالتسليم بالحكم، ذكره في شرح الإبانة عن عامة الآل، فيصح أن يتصرف فيه قبل قبضه. ومثله في الصعيتري، يعني أن شراء كالحكم بالشفعة. ولفظ البستان: وذلك لأن شراء لنفسه كاف في الطلب، فلا يحتاج إلى طلب ولا حكم؛ لأن شراء كحكم الحاكم له بالشفعة^[١]؛ لأنه بالشراء قصد التملك من كل وجه، والشفعة وجه من وجوه التمليك. (بستان بلفظه).

(١) حيث كان في درجته.

(٢) حيث لم يصف، وإلا فالحقوق لا تعلق به، فيطلب الموكل. (قررو).

(٣) وقال الفقيه علي: القياس أنه لا يحتاج إلى إسهاد. (شرح أزهار). لأنه لا يناكر نفسه.

(٤) فإن لم يكن ثمة حاكم فله أن يستمر في قبضه للضرورة. (حثيث، ومفتي). ولو قيل: يرافعه نفسه إلى من يصلح لم يبعد. (قررو).

(٥) حيث لم يصف لفظاً، فإن أضاف فالطلب إلى الموكل. (قررو).

(٦) وقياس المذهب أنها تعلق به الحقوق طلباً وتسليماً. (سحولي).

[١] يقال: ليس كالحكم من كل وجه، فإذا كان الشراء فاسداً فلا شفعة، وإذا تلف قبل القبض بطل البيع وتلف من مال البائع. (وشلي).

مسألة: من باع نصف أرضه مشاعاً ولها شفيح بالجوار فشفعته ثابتة، ولا شفعة للبائع مطلقاً^(١).

مسألة: وليس للشفيح أخذ المبيع ولا تملكه إلا بتسليم المشتري^(٢) أو بحكم حاكم، وبغير ذلك يكون غاصباً وتلزمه الأجرة للمشتري. وقال الناصر والمنصور بالله والشافعي: إذا دفع الشفيح الثمن وامتنع المشتري من التسليم ومن المحاكمة كان للشفيح أخذ المبيع^(٣). قال أبو مضر: وله ذلك^(٤) حيث تكون الشفعة مجتمعا عليها^(٥)، أو مختلفا فيها واتفق مذهب المشتري والشفيح على ثبوتها.

(١) يعني ولا يمنع من ثبوت شفعة الجار كونه بقي للبائع نصيب مشاع. وهذه المسألة للمنصور بالله. (بستان).

(*) سواء تولاه بنفسه أو وكل غيره بالبيع. وفي حاشية: سواء كان فيها شفيح أم لا.

(٢) ظاهره أنه قد صح تسليم المشتري ولو كان المبيع في يد البائع، ولم يجعلوا ذلك من التصرف قبل القبض، فينظر. وقد وجد في شرح البحر على قوله: «ولو قبل القبض» ما لفظه: لأن الأخذ بالشفعة ملك قهري، فأشبهه الميراث بأن^[١] يبعه قبل القبض يصح.

(٣) بناء على أصلهم إذا تعذرت المحاكمة.

(٤) قال في الزهور: وكلامه يصلح أن يكون هملا لكلام الناصر والشافعي. (بستان). فأما المنصور بالله فإنه متأخر عن أبي مضر، فتأمل.

(٥) كأن يكون الشفيح خليطاً، وأن تكون فيها لا ينقل، وفيما يحتمل القسمة، وأن يكون مؤمناً، ولم يحصل تراخ، وأن يكون الثمن غير قيمي؛ لأن فيه خلاف الحسن.

[١] في (نخ): فإن، وفي هامش شرح الأزهار: في أن.

فصل: [في أحوال المبيع بعد الحكم بالشفعة]

وبعد الحكم بالشفعة^(١) للمبيع أربعة أحوال:

الأول: أن يكون باقياً على حاله، فيأخذه الشفيع ممن هو في يده هل المشتري أو البائع، فإن امتنع من تسليمه حتى يسلم له الشفيع الثمن فله ذلك، وإن كان بعد تسليم الشفيع الثمن كان كالغاصب سواء^(٢).

مسألة: وإذا وقعت المرافعة إلى الحاكم في الشفعة فإن عرف الحاكم إعسار^(٣) الشفيع لم يحكم له^(٤)، وإن رأى أنه يحكم له حكماً مشروطاً بتسليم الثمن لوقت معلوم جاز^(٥). وقال ابن أبي الفوارس والأستاذ وأحد قولي المؤيد بالله: إنها تبطل شفيعته بإعساره^(٦).

فرع: وإن التبس على الحاكم حال الشفيع حكم له حكماً مشروطاً بتسليم الثمن لوقت معلوم، فإذا لم يسلمه له بطل الحكم، ولا تبطل الشفعة^(٧) إلا أن يشرطها عليها الحاكم، أو يشرطها هو على نفسه، أو يشرطها عليه المشتري

(١) أو التسليم بالتراضي.

(٢) ظاهره أن بعد تسليم الشفيع للثمن إذا كان المبيع في يد البائع أنه يصير كالغاصب ولو لم يستوف الثمن من المشتري، وليس كذلك، وسيأتي في المسألة الثامنة من أول الفصل صريحاً.

(٣) وحد الموسر: الذي يملك ثمن المشفوع فيه من غير ذلك السبب الذي يشفع به، إلا أن يكون متسعاً بحيث يبقى جزء يشفع به. ولا يشترط أن يبقى له ما يبقى للمفلس بعد ثمن المشفوع.

(٤) هذا بناء على أن مجرد الإعسار لا يبطل الشفعة، والمختار خلافه.

(٥) هذ ذكره القاضي زيد وصاحب البيان، واختاره المتوكل على الله.

(٦) والعبرة بالإعسار حال العقد وإن أيسر حال الطلب، وكذا لو كان موسراً حال البيع ثم أعسر بطلت. (سباع). وقيل: المعتبر بالإيسار عند العقد وعند الطلب ولو أعسر بينهما.

وقرره سيدنا حسين ذعفان وسيدنا حسين المجاهد.

(٧) بل تبطل؛ إذ الظاهر حينئذ الإعسار، ذكر معناه في الغيث.

ويقبل الشفيع شرطه^(١). فلو حكم له الحاكم حكماً مطلقاً صح^(٢).
فَرَعٌ: فإن عرف الحاكم يساره حكم له حكماً مطلقاً، إلا أن يكون معروفاً
 بالمطل ولا يمكن إجباره حكم له حكماً مشروطاً بالتسليم.
فَرَعٌ: فإن طلب التأجيل بالثمن أجله الحاكم ثلاثة أيام^(٣) أو عشرة أو أقل
 أو أكثر على ما يراه الحاكم^(٤) صلاحاً، ذكره في الشرح، فإذا وفي الأجل ولم يسلم
 الثمن لم يبطل الحكم، بل يجسسه الحاكم حتى يسلم الثمن، فإن تمرد أو غاب غيبة
 يجوز فيها الحكم عليه^(٥) قضى الحاكم عنه من ماله، وإن احتاج إلى بيع شيء من
 ماله باعه حتى المشفوع^(٦) ويسلم ثمنه.

مسألة: وإذا حكم الحاكم للشفيع ثم ادعى المشتري أنه قد كان تراخى في
 الطلب لم تسمع دعواه ولو بين^(٧)؛ لأن التراخي مختلف فيه، فقد صح الحكم.
 وإن ادعى عليه أنه قد كان ترك^(٨) شفيعته فإن كان^(٩) ناكراً في الشفعة عند طلبه

(١) أي: شرط المشتري، وأما شرط الحاكم فلا يحتاج إلى قبول.

(٢) مع الجهل، وأما مع العلم فيكون قدحا في عدالته.

(*) وفي بعض النسخ: وقال الفقيه علي: لا يصح، والرواية عنه في شرح الأزهاري خلاف هذا.

(٣) وذلك لأنها لا تشق على أيهما، ومعتبرة في مواضع، كاستتابة المرتد، وكقوله تعالى: ﴿تَمَتَّعُوا فِي
 دَارِكُمْ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ﴾ [هود: ٦٥] في قصة ثمود، ولأنها أول الكثير وآخر القليل. (بستان).

(٤) وفي البحر: قلت: والأقرب أن ذلك موضع اجتهاد للحاكم متحرياً للتفيس غير المضر،
 وهو يختلف باختلاف الجهات والأشخاص والأثبان، وذلك مقتضى كلام الهادي في
 الأحكام. (منه باللفظ).

(٥) يريد.

(٦) ولو قبل قبضه إذا أخذه بالحكم؛ لأنه ملك قهري كالميراث. اهـ وإن كان بالتراضي أمر
 الحاكم بقبضه وباعه عنه^[١]. (عامر) (قررو).

(٧) بل ولو صادقه. (قررو).

(٨) أي: سلم.

(*) يعني: الشفيع.

(٩) يعني: المشتري.

[١] فإن تلف قبل قبضه بطل ملكه وكان من مال المشتري إن كان بعد قبضه، وإلا فمن مال البائع. (غاية) و(قررو).

أو سكت صحت دعواه وبينته إن بيّن، وإن لم^(١) فله تحليف الشفيع^(٢)، وإن كان صادقه في شفيعته عند طلبه لم تسمع بينته، وله تحليف الشفيع^(٣) -خلاف أحد قولي المؤيد بالله- كمن أقر لغيره بشيء^(٤) ثم ادعى عليه بطلانه^(٥).

مسألة: ويلزم الشفيع مثل الثمن الذي دفع المشتري في جميع صفاته إن كان هو الذي اشترى به، وإن كان غيره فإن كان عوضا عنه^(٦) دفع الذي اشترى به^(٧)، وإن كان من جنسه أعلى منه لزمه ما اشترى به، وإن كان أدنى منه لزمه ما دفع إليه؛ لأنه كالنقصان من الثمن.

فرع: فإن لم يوجد مثله في الناحية وجبت قيمته يوم دفعه المشتري ولو رخص من بعد أو غلا؛ لثلا يربح المشتري أو يخسر، وقال الفقيهان محمد بن يحيى وحسن: لا يحكم للشفيع حتى يوجد مثل الثمن^(٨). ويجوز للمشتري الانتفاع بالمبيع ولو بإتلافه^(٩) قبل الحكم؛ لثلا تلحقه المضرة بالانتظار.

(١) يبين.

(٢) فلو نكل هل ينقض به الحكم؛ لأن النكول مختلف فيه؟ لعله ينقض؛ لأن الحكم كالمشروط، وقد ذكره الفقيه يوسف في تعليقه.

(٣) بأن مصادفته حق. (قررو).

(٤) هذا تعليل لكلام الهدوية وأحد قولي المؤيد بالله: إنها تحب عليه اليمين.

(٥) فله تحليفه.

(٦) كأن يشتري بمائة درهم فسلم ثوبا، فإن كان على جهة القضاء والاقتضاء لزم الشفيع ما عقد عليه، وإن سلم السلعة بغير لفظ القضاء والاقتضاء لزم الشفيع قيمة السلعة إن كان

أقل من الثمن، لا إن كان أكثر فلا يلزم. هذا ما قيل في هذه المسألة، والله أعلم. (عامر).

(*) مصرحا بلفظ القضاء والاقتضاء. وإلا فالعرض باق على ملكه واللازم الثمن. (مفتي) (قررو).

(٧) وعن المتوكل^ق على الله عَلَيْهِ أنه لا يجب إلا قيمة العرض وإن قضاه عن الدراهم.

(٨) وعليه الأزهار.

(*) ظاهر هذا أنه إذا ترك الطلب مع عدم المثل أن لا تبطل، وهو كذلك؛ لأن العدم عذر، وإذا وجد طلب. (شرح بحر) (قررو).

(٩) وفي الرياض عن الفقيه يوسف: أما الإتلاف بعد المطالبة ففيه نظر.

مسألة: وإن كان الثمن قيمياً سلم الشفيع قيمته يوم البيع ولو غلا أو رخص من بعد، فإن جهلت بطلت الشفعة^(١).

فرع: فلو ملك الشفيع الثمن القيمي أو المثلي المعين فقليل: إنه يسلمه على قول المؤيد بالله، وعلى قول الأستاذ: يسلم قيمة القيمي ومثل المثلي، كما ذكره في المهر والخلع^(٢).

فرع: فلو بيعت أرض بأرض أو بدار أو ببعض عبد ثم قام في كل واحد منهما شفيع فإنه يسلم قيمة الثاني^(٣).

مسألة: وإذا كان الثمن مؤجلاً فعلى قول الناصر والفنون وأحد قولي المؤيد بالله: إن التأجيل صفة للدين فلا يلزم الشفيع تعجيله، وعلى قول أبي طالب والمنتخب وأحد قولي المؤيد بالله: إنه تأخير مطالبة لا صفة للثمن فيلزم الشفيع التعجيل^(٤).

فرع: وإذا أجل المشتري الشفيع بالثمن لم يصح تأجيله؛ لأنه لا يستند إلى عقد كما في القرض على الخلاف^(٥).

(١) حيث جهله الشفيع، لا المشتري فلا حكم لجهله؛ إذ القول قول الشفيع في قيمة الثمن العرض التالف.

(٢) ولعله يفرق بينهما بأن الزوج هناك قد كان رضي بذلك الشيء، فلا يستحق إلا هو عند المؤيد بالله، وليس كذلك هنا. (كواكب بلفظه). وقيل: لا فرق. (عامر).

(٣) فإن قيل: لم يلزم الشفيع القيمة والشفعة مأخوذة بالثمن؟ والجواب أن القيمة هاهنا قيمة العرض الذي قابل الثمن، لا أنها قيمة المبيع. (شرح مذاكرة).

(٤) للمشتري، وعلى البائع الصبر بثمنه حتى يحل الأجل ويسلمه المشتري. (صعيتري).
(*) وهل يلزم المشتري تعجيله للبائع قبل حلول أجله^[١]؟ جعله في التذكرة من فوائد الخلاف هل نقل أو فسخ.

(٥) أما إذا كان التسليم بالحكم فظاهر، وإن كان بالتراضي فهو بمثابة عقد جديد، فينظر. لفظ حاشية في البحر: إيجاب وقبول فأشبهه العقد. وقواه القاضي عامر. اهـ مستقيم حيث كان التسليم بالتراضي؛ لأنه عقد جديد. ولعله يقال والله أعلم: إن الشفعة مأخوذة بالعقد الأول، فليس التسليم بالتراضي كالبيع من كل وجه.

[١] لا يلزم إلا عند حلول الأجل. (سماع سيدنا حسن) (قررو).

مسألة: وتكون عهدة درك المبيع للشفيع على من قبضه منه هل البائع أو المشتري^(١)، ويكتب ذلك عليه^(٢)، فإذا استحق المبيع أو بعضه رجع عليه، وإن أراد رده بعيب أو رؤية رده عليه.

مسألة: وإذا ثبت البيع بإقرار البائع ثبتت الشفعة وحكم بها، ولا يحتاج إلى مصادقة المشتري ولا حضوره إذا كان المبيع في يد لبائع^(٣)، وإن كان في يد المشتري فلا بد من مصادقته^(٤) أو قيام البينة والحكم عليه.

فرض: وإن ثبت البيع بإقرار المشتري فإن أراد تسليم المبيع للشفيع بالتراضي لم يحتاج إلى حضور البائع^(٥) ولا مصادقته - ما لم يخاصم^(٦) - إذا كان المبيع في يد المشتري^(٧)، وإن كان في يد البائع فلا بد من مصادقته أو البينة والحكم. وإن

(١) بل على المشتري حيث هي نقل ولو أخذه من البائع إذا كان مستوفيا، وحيث هي فسخ - كقبض قبض الثمن - فعلى البائع، ذكر معناه في الغيث. (قررو). يعني بالعهد الرجوع عند الاستحقاق على من أخذه منه بائعا أو مشتريا.

(٢) يعني فيكتب: هذا ما شفع به فلان بن فلان على المشتري فلان أو على البائع فلان. (بستان بلفظه). وأما أجرة كتب الكتاب فعلى الطالب. وقيل: بل يتبع العرف. (قررو).

(٣) وذلك لأن حق الشفيع سابق لملك المشتري، فيثبت بإقرار البائع وحده. (بستان).
(*) لكن يقال: مع إنكار المشتري ما يلزم الشفيع؟ وإذا أقر البائع بقبض الثمن هل يكون ما سلمه الشفيع لبيت المال؟ القياس يكون لبيت المال. (قررو).

(٤) أي: مصادقته المشتري كون المبيع للبائع ولو ذكر سبب يده كونه للبائع وهو عنده رهن أو ودیعة أو عارية. (إفادة الوالد العلامة محسن بن حسين الشويطير) (قررو).

(٥) وإنما قلنا: يجوز من دون حضوره لأن قول المشتري مقبول فيما في يده كالدلال. (شرح بهران).

(٦) فإن خاصم وأنكر البيع فالقول قوله، والبينة على المشتري والشفيع.

(٧) إذ هو كالدلال.

(*) لأن قوله مقبول فيما في يده كالدلال. (بستان).

(*) هذا ضعيف، بل إذا أقر المشتري بأن المبيع من زيد فقد رفع يده بإقراره أن هذه العين

أراد أخذه بالحكم فلا بد من حضور البائع^(١) أو مصادقته^(٢).

فرع: وإذا ثبت البيع بعلم الحاكم لم يجب إحضار البائع ولا المشتري^(٣).

فرع: وإذا ثبت البيع بالبينة على إقرار المشتري فحيث المبيع في يد البائع لا بد من حضوره أو مصادقته، وحيث المبيع في يد المشتري فإن أراد تسليمه بالتراضي لم يجب إحضار البائع، بل يستحب^(٤)، وإن أراد تسليمه بالحكم فقال الفقيه يوسف: يجب حضور^(٥) البائع^(٦) أو تصديقه، وقال الفقيه محمد بن سليمان: لا يجب، بل يستحب.

مسألة: وللبيع أن يمتنع من تسليم المبيع للشفيع حتى يسلم ثمنه إليه؛ لأنه له إن لم يكن قد قبض ثمن المشتري، وإن كان قد قبضه فهو كالوكيل للمشتري بذلك^(٧).

مشترة من زيد. (تهامي). وهو لفظ التذكرة والكواكب. اهـ وليس كالدلال. اهـ قلت:

المراد يجوز المصادقة لا الحكم. (مفتي).

(١) لأن الحكم عليه لا على المشتري. (بهران).

(*) وكان في يد المشتري، ذكره الفقيهان حسن ويوسف. وهذا إذا أراد أخذه بالحكم، وأما بالتراضي فلا يجب وفاقاً.

(٢) حيث هو في يده. (قررو).

(*) بل حضور البائع من غير مصادقة لا يكفي، بل لا بد من المصادقة، فلا معنى للتخيير.

وما في الكتاب موافق لما يأتي للفقيه يوسف في الفرع الثاني، وهو المختار.

(٣) لفظة «ولا المشتري» غير المذكورة في البرهان، قال في الزهور: إذا كان ثبوت البيع بعلم

الحاكم بأن يشهد البيع أو سمع إقرار البائع لم يحتج إلى حضور البائع.

(*) المذهب أنه لا بد من الحضور أو النصب مع التمرد أو الغيبة على من كان المبيع في يده. (قررو).

(٤) بل يجب.

(٥) في (ب، د): إحضار.

(٦) لأن الحكم بالشفعة حكم بثبوت البيع، وفي نقضه مشقة.

(*) إلا أن يكون غائباً غيبة يجوز الحكم فيها عليه. (كواكب).

(٧) على قولنا: إن الشفعة نقل، وعلى القول بأنها فسخ فهو ممسك لنفسه. (بحر).

مسألة: وإذا طلب الشفيع الشفعة لم يكن للمشتري أن يمتنع من تسليم الثمن للبائع مطلقاً^(١)، وأما بعد الحكم للشفيع فإن كان المشتري قد قبض المبيع لم يمتنع أيضاً من تسليم الثمن للبائع؛ لأنه يستحقه، وللمشتري ثمن الشفيع، وقبل قبضه للمبيع له أن يمتنع من تسليم الثمن؛ لأن البائع هنا يستحق ثمن الشفيع، والأخذ بالشفعة فسخ وفاقاً^(٢).

فرع: فلو كان المبيع في يد البائع وقد قبض ثمنه^(٣) من المشتري فإن الشفيع يسلم ثمنه إلى البائع ثم يسلمه البائع إلى المشتري؛ لأن الأخذ بالشفعة هنا نقل للملك على الأصح^(٤). وعلى أحد قولي أبي العباس: إنه فسخ، فيستحق البائع ثمن الشفيع ويرد على المشتري ثمنه الذي أعطاه هل كان نقداً أو عرضاً.

فرع: فلو تلف ثمن الشفيع في يد البائع لم يضمه للمشتري^(٥) إلا أن يفرض في حفظه. وعلى أحد قولي أبي العباس إنه يتلف من مال البائع ويرد على المشتري ثمنه.

(١) قبل الحكم أو بعده. اهـ وقيل: سواء كان قد قبض المبيع أم لا، وهو أولى؛ إذ بعد الحكم فيه التفصيل الذي في الكتاب.

(٢) قال في المعيار: ومعنى كونها فسخاً بالنظر إلى الثمن^[١]، وإلا لزم بطلان العقد^[٢] فتبطل، ومثله في شرح الفتح.

(*) بين أهل المذهب، وإلا ففيه خلاف الشافعي وأبو يوسف أنها نقل على كل حال.

(٣) جميعه، فلو لم يقبضه الجميع كانت فسخاً ولو لم يبق إلا درهم. (عامر) (قررو).

(٤) وذلك لأن العقد قد انبرم بين البائع والمشتري، لكن لما قام الشفيع صار المشتري كالوكيل للشفيع. وحجة أبي العباس: أن تمام العقد موقوف على التسليم إلى المشتري، فإذا ارتفع وجوب التسليم ارتفع العقد؛ فلهذا كان فسخاً. وفائدة الخلاف قد ذكرها في الكتاب. (بستان).

(٥) لأنه أمين. (قررو).

[١] بمعنى أن البائع لا يطالب المشتري فيه، بل يملك ما قبضه من الشفيع. (معيار).

[٢] لفظ المعيار: وقد يقال: لو كانت فسخاً لعقد البيع لبطلت الشفعة؛ إذ لا بد من استنادها إلى عقد صحيح

فَرَعٌ: فلو كان الثمن عرضاً وقد قبضه البائع ثم تلف معه كان من ماله، ويسلم للمشتري قيمته التي دفع الشفيع. وعلى أحد قولي أبي العباس: إن ذلك فسخ يتلف من مال المشتري، ولا يضمنه له البائع^(١) إن لم يفرط فيه، وتكون قيمته التي دفع الشفيع للبائع.

مَسْأَلَةٌ: ويثبت للشفيع في المبيع خيار الرؤية والعيب^(٢)، فإذا رده بعيب حدث مع المشتري فلا شيء للمشتري، وإن رده بعيب حدث مع البائع فكذا إن كان قد علم به المشتري^(٣) قبل الحكم للشفيع، وإن لم يكن قد علم به فإن رده الشفيع بالحكم فللمشتري رده على البائع، وإن رده بالتراضي لم يردده المشتري، بل يرجع بالأرش على البائع. وعلى قول القاسم^(٤) له رده^(٥).

فَرَعٌ: فلو رضي الشفيع بالعيب هل يكون للمشتري أن يرجع على البائع بأرش العيب؟ فيه تردد، والأظهر أن له الرجوع^(٦)، لكن ما يرجع به من الأرش

(١) وفي الزهور والكواكب: أنه يضمنه، وكذا في الغيث؛ لأن الفسخ يوجب رد الثمن أو بدله إن كان تالفاً، ويكون ثمن الشفيع للبائع.

(٢) لكن هذا يحتاج إلى تفصيل، وهو أن يقال: أما خيار الرؤية فلا يثبت إلا حيث كان التسليم بالتراضي، لا بالحكم؛ لأنه ملك قهري، وهو لا يثبت في الأملاك القهرية. وأما خيار العيب فيثبت، لكن حيث يكون التسليم بالحكم يردده الشفيع إلى الحاكم، وهو يردده على المشتري. (عامر). وظاهر الأزهاري لا فرق، وقواه المتوكل على الله.

(٣) ورضي به أو جرى منه ما يجري مجرى الرضا، أو سلمه بالتراضي. (قررو).

(٤) الذي تقدم في العيوب في البيع في الفرع الأول من قوله: «الخامس: أن يكون المبيع قد خرج عن ملك المشتري..» الخ.

(٥) وذلك لأنه فسخ للعقد من أصله عنده. (بستان بلفظه).

(٦) حيث سلمه بالحكم، أو بالتراضي قبل العلم به. (قررو).

(*) لكن ينظر هل الشفعة نقل أو فسخ؟ فإن قلت: نقل فللمشتري الرجوع بالأرش حيث لم يبطل خياره، ويحط بحصته، وإن كانت فسحا فلا رجوع للمشتري. (حماطي). وعن المفتي: لا فرق.

رد مثله على الشفيع؛ لأنه كالحط من الثمن.

فرع: فإن كان الشفعاء جماعة فرد بعضهم بالعيب ورضي بعضهم كانوا كالمشتريين سواء^(١).

مسألة: وإذا شرط المشتري للشفيع الخيار فقال في البحر: يصح^(٢)، وقال الفقيهان علي ويوسف: لا يصح؛ لعدم العقد بينهما. وأما إذا كان الخيار للمشتري وحكم للشفيع فهل يكون له الخيار كما كان للمشتري؟ قيل^(٣): لا يثبت له^(٤)، وقال القاضي زيد: بل يكون له الخيار كالأجل في الثمن على الخلاف فيه^(٥).

مسألة: من اشترى نصيباً مشاعاً في أرض أو نحوها ثم قاسم شريكه فيه ثم شفع فيه شفيع وملكه فله نقض القسمة^(٦) وإعادة؛ لأن حقه سابق لملك

(*) حيث سلم بالحكم، لا لو سلمه بالتراضي فهو عقد جديد كما في الأزهار، حيث قال: «أو التسليم والقبول باللفظ فهو كالمبيع». اهـ قلت: ليس كالمبيع من كل وجه. (مفتي).
(١) في بعض الحواشي: إذا كان التسليم بالتراضي، لا بالحكم فلا يلزمه إلا أخذ حصته فقط، فينظر.

(*) قال الوالد عليه السلام: ويرجع من رضي بنصيبه بأرش العيب في نصيب من قد رد، وقد أشار إليه بقوله: «سواء». (بستان).

(*) ولعله في الرؤية كذلك، والفرق بينهم وبين المشتريين أن كلا منهما لا يستحق إلا بعضه، وهنا له أخذ الكل لولا شريكه، فإذا بطل حقه ثبت للذي رضي. (شامي) (قرود). اللهم إلا أن يكون الرد بعد القبض استحق نصيبه؛ إذ قد حصل الملك.

(*) ويكون لمن رضي، ويلزمه جميعاً، وله أرش حصة الشريك. (أزهار وشرحه).

(٢) وبني عليه في البحر واحتج له، ولعله مع التسليم بالتراضي.

(٣) الوافي.

(٤) لأنه تملك مبتدأ. (بستان).

(*) وعليه الأزهار.

(٥) لعل كلام القاضي زيد لنفسه، والذي في الغيث على أصل يحيى عليه السلام.

(٦) ولا يكون النقض إلا بحكم أو اتفاق مذهب. (مفتي). (قرود).

المشتري. وقال في الكافي وأبو حنيفة: ليس له نقضها. وقال الإمام يحيى والفقيه محمد بن سليمان: إن كانت بالحكم لم ينقضها، وإن كانت بالتراضي فله نقضها^(١).

مسألة: من اشترى دارين أو أرضين مفترقتين في صفقة واحدة^(٢) ولغيره شفعة في إحدهما فقط أخذ التي له فيها الشفعة دون الأخرى^(٣)، وقال الناصر: يأخذ الكل أو يتركه. قلنا: فإن كانتا متصلتين أخذ الكل^(٤) وإلا تركه^(٥)، وقال أبو حنيفة: يأخذ التي له فيها الشفعة دون الثانية. وكذلك لو كانت متفرقة لكنه

(*) أو تقريرها ويأخذ ما استقر للمشتري ولو متبايناً. اهـ. وصورته أن يكون الشفيع جاراً وقد أبطل الخليط شفيعته بالخلطة ثم تقاسم هو والمشتري، فإن للشفيع الجار نقض مقاسمته.

(١) ولعل هذا الخلاف حيث لم يقع غبن في القسمة على الشفيع، وأما حيث فيها غبن عليه فله نقضها وفاقاً. (كواكب).

(٢) وسواء تميزت الأثمان أم لا. (زهور).

(٣) وعليه الأزهار بقوله: «غالباً».

(٤) **وحاصل المسألة:** أن المشتري إن كان واحداً وكان المشتري شيئاً واحداً فليس له إلا أخذ الجميع ولو من جماعة، وإن كان المشتري أشياء فإما أن يكون للشفيع سبب مع كل واحد أو مع أحدها، إن كان مع كل واحد منها فليس له إلا أخذ الجميع أو ترك الجميع، وإن كان السبب مع أحدها فإن كانت متصلة بعضها ببعض فكذا عندنا ليس له إلا أخذ الجميع أو ترك الجميع، خلافاً لأبي حنيفة وابن أبي الفوارس، فقالا: يأخذ المتصل به. وإن كانت منفصلة أخذ ما له معه سبب، خلافاً للناصر، فقال: يأخذ الجميع. وإن كان المشتري جماعة أخذ نصيب من شاء. (زهور بلفظه).

(*) ينظر لو كان لأحدهما شرب فقط وشم شفيع فيه، والأخرى لها جار، ثم شفعا معا؟ يقال: يختص صاحب الشرب بالشرب ويقتسمان فيما لا شرب لها، والله أعلم. وظاهر البيان خلافاً.

(*) لأنهما مع الاتصال كالشيء الواحد. (صعيتري بلفظه).

(٥) حجتنا: أن المتلاصقتين كالدار الواحدة؛ لاتصال العرصه، فلا تفرق الصفقة. وحجة أبي حنيفة: أن الاعتبار بسبب الشفعة، ولا سبب له في الأخرى. لنا ما مر. (بستان).

مجاور لها الكل فإنه يأخذ الكل^(١) وإلا تركه. وهذا حيث المشتري واحد، سواء اشترى لنفسه أو لغيره، لو واحد أو لجماعة إذا كان وكيلاً^(٢) ولو تميزت الأثمان، لا إن كان فضولياً^(٣) فالعبرة بالمشتري له ولا عبءة بالبائع. وحيث المشترون جماعة للشفيع أن يأخذ نصيب من شاء منهم ولو اشتروا من واحد، وسواء اشتروا لأنفسهم أو لغيرهم، لو واحد أو لجماعة إذا كانوا وكلاء^(٤)، لا إن كانوا فضوليين^(٥) فالعبرة بالمشتري له.

الحال الثاني: أن يكون المبيع باقياً وقد زاد مع المشتري، فهو على ضربين:
الأول: أن تكون الزيادة من فعل المشتري^(٦)، فإن فعلها قبل طلب الشفيع فغير متعدد، فيسلم الشفيع قيمة ما لا نهاية له^(٧) كالشجر^(٨) والبناء ونحوه^(٩)،

(١) فإن أخرج أحد السببين الذي يستحق به الشفعة عن ملكه بطلت شفيعته في الكل؛ لثلا يفرق الصفقة. (زهور).

(*) فإن كان يستحق الشفعة فيهما جميعاً لكن لكل واحد منهما سبب يشفع به فأيهما شاء طلب فيها الشفعة؛ إذ لا تفريق. (عن القاضي سعيد الهبل). قال ابن حابس: وهو المحفوظ. اهـ والمختار خلافه. ولفظ حاشية: ولو كانت الأسباب مختلفة فإنه لا يفرق الصفقة. ومثله في البحر والتذكرة والفتح.

(٢) ولم يضيف. (قررو).

(٣) أو مضيفاً. (قررو).

(٤) ولم تحصل إضافة، وإلا فالعبرة بالمشتري له متعدداً أو متحدداً.

(٥) أو أضافوا. (قررو).

(٦) أو غيره بأمره. (قررو).

(٧) وإن لم تحصل زيادة قيمة، فعلى هذا يسلم الشفيع الغرامة.

(*) والمشتري مخير بين أخذ قيمة بنائه أو غرسه قائماً غير مستحق للبقاء وبين القلع وأخذ ما بين قيمته مقلوعاً وغير مقلوع. وقيل: غير مستحق. (من تعليق الفقيه علي، وتعليق الفقيه ناجي).

(٨) فإن غرس ما لا يقلع لم يرجع بشيء، ولعله يلزمه أرش النقص كما ذكره في البحر والصعيتري، ونظره في الغيث، ولا وجه له. (من خط المفتي).

(٩) يعني: القضاض في الدار، فيسلم الشفيع ما زاد في قيمتها، وإنما لزمه قيمة هذه الأشياء

فإن اختلفا في قيمته فالقول قول المشتري، ذكره الناصر^(١)، وكذا إذا اختلفا في الزيادة^(٢) فالقول قول المشتري^{قري} أنه قد زاد^(٣) في المبيع، ذكره في شرح الإبانة. وما كان له حد معلوم ينتهي إليه كالزراع ونحوه^(٤) بقي إلى نهايته^(٥)، وتجب الأجرة^(٦) على المشتري^(٧)، خلاف أبي حنيفة^(٨).

فَرَعٌ؛ فإن كانت الزيادة مما لا رسم له ظاهر كحرث الأرض أو سقيها وقصارة الثوب ونحوه غرم له الشفيع ما أنفق فيه عند الأهادي^(٩)، خلاف

لأن المشتري غير متعد فيما فعل. والقيمة تكون يوم الاستحقاق بالشفعة؛ لأنه وقت الاستحقاق للضمان. (بستان). وفي حاشية: يوم الحكم أو التسليم طوعاً. (مفتي).
(١) قوله: «ذكره الناصر» وذلك لأنه كالبائع قبل تسليم المبيع، فلا يلزمه تسليمه إلا بما ادعاه، وكذا إذا اختلفا في زيادة المبيع. (بستان بلفظه).

(٢) أي: في فعلها.

(٣) المذهب أن القول قول الشفيع في الطرفين معا؛ لأن المشتري يدعي الزيادة، وهو مما يمكن البينة عليه. (مفتي) (قرن).

(٤) يعني البقول والخضراوات. (بستان).

(٥) وفيه الخيارات الثلاثة كما في الأزهار.

(٦) من يوم الحكم.

(٧) وذلك لانتفاعه بملك الغير. (بستان).

(٨) حكاه عنه في شرح الإبانة أن المشتري إذا زرع بعد الشراء فالزراع له ويصبر الشفيع إلى الحصاد. (بستان).

(٩) يقال: فالغرامة التي للمشتري من غرس أو بناء أو نحوهما لو جهلت هل تبطل الشفعة كما تبطل بجهالة الثمن؟ القياس البطلان؛ لأن العلة أنه لا يجب على المشتري أن يقبل أقل من حقه أو أكثر، وذلك حاصل هنا، والله أعلم^[١]. اهـ وقيل: لا تبطل، بل تقوم الغرامة، وهو ظاهر الأزهار، وقواه القاضي محمد بن علي قيس. اهـ يقال: فلو لم يمكن التقويم؛ بأن تستوي قيمة المبيع قبل الزيادة وبعدها سل؟ يقال: لا يشترط زيادة المبيع بالغرامة، بل تقوم الغرامة نفسها من غير نظر إلى المبيع، فلا يرد ما ذكر. (سيدنا علي بن محمد الشجني).

[١] وسيأتي صريح البيان قبيل الوكالة في الفرع السابع في قوله: «فرع: فلو شهدوا على البيع بثمن معلوم..» الخ ما يؤيده.

الناصر والمؤيد بالله.

فَرَعٌ؛ وإن كانت الزيادة بالسمن في الحيوان لم يغرم له ما أنفق عليه^(١)، ذكره في الشرح واللمع^(٢)، وقال الفقيه محمد بن يحيى: إنه على الخلاف الأول. ولا يرجع بما أنفق على الحيوان^(٣) أو داواه به^(٤)؛ لأن ذلك يفعل للبقاء لا للزيادة.

مَسْأَلَةٌ: فإن فعل المشتري ما زاده في المبيع بعد طلب الشفيع^(٥) فهو متعد فيه، فيقلع الشجر والزرع ويرفع البناء ونحو ذلك بعد الحكم أو التسليم بالتراضي. وقال أبو طالب: يبقى الزرع إلى منتهاه بالأجرة. وقال الشافعي: لا يكون المشتري متعديا إلا فيما فعله بعد الحكم أو التسليم بالتراضي^(٦). وقال أبو حنيفة: يكون متعديا فيما فعله بعد الشراء مطلقا.

مَسْأَلَةٌ: وإذا انتفع المشتري بالمبيع بعد الحكم أو التسليم طوعا لزمته الأجرة، وإن لم ينتفع به لكن امتنع من تسليمه فبعد قبضه الثمن^(٧) يكون غاصبا وتلزمه الأجرة، وقبل قبضه لا شيء عليه.

(*) لأن المنافع مضمونة كالأعيان. (بستان).

(*) والقول قول المشتري في قدر ذلك وفي أنه منه. قلت: ما لم يخالف الظاهر. (مقصد حسن). وعن التهامي: أن البينة عليه؛ لأنه يدعي الزيادة، وهي مما يمكن البينة عليها.

(١) المعتاد، وأما إذا أطعمها زائدا على المعتاد رجع به.

(٢) وذلك لأنه يفعل للبقاء لا للزيادة. (بستان).

(٣) للبقاء، لا للنهاء فيرجع. (قررو).

(٤) حيث العلة من عند المشتري، وإن هي من عند البائع رجع؛ لأنها للنهاء. (قررو).

(٥) بعد علم المشتري بالطلب. (مرغم) (قررو).

(*) ولو الطلب الأول حيث كان وحده. وقيل: غير الأول. (قررو).

(*) فإن اختلفوا هل وقعت الزيادة بعد الطلب أو قبله فالقول للمشتري أنها وقعت قبل الطلب. (قررو).

(٦) وحينئذ أن ملك الشفيع لا يحصل إلا بالحكم أو بالتسليم طوعا. (بستان).

(٧) من الشفيع.

مسألة: وإذا تلف المبيع في يد المشتري بعد ما ملكه الشفيع فإن ملكه بالحكم لم يضمه له^(١)، إلا أن يكون قد طالبه بتسليمه بعد تسليم ثمنه فامتنع^(٢)، وإن ملكه بالتراضي فلا ضمان عليه، بل يرد ثمنه، كما إذا تلف المبيع في يد البائع.

مسألة: وإذا استحق المبيع في يد الشفيع وقد فعل فيه ما يوجب الأرش^(٣) وغرم عليه فلا يرجع على المشتري بالأرش وبما غرم إن كان ملكه بالحكم^(٤)؛ لأنه ليس بمغرور^(٥)، وإن ملكه بالتراضي رجع بذلك عليه، وإذا كان المشتري جاهلاً رجع بذلك على البائع.

مسألة: والتسليم من المشتري^(٦) الذي يوجب الملك للشفيع هو أن يقول: سلمت أو دفعت أو خذه أو نحو ذلك، ويقبل الشفيع أو يكون قد طلبه ذلك^(٧)، ثم لا يحتاج إلى قبض. فإن قال المشتري: «سلمت» ولم يقبل الشفيع بل

(١) قال المفتي: ويلزم في سائر الفسوخات كما ذكر هنا. اهـ والمختار في الفسوخات كلام السحولي. لكن ينظر ما الفرق؟

(٢) أو كان التلف بجناية أو تفريط من المشتري. (قرور).

(٣) من التصرفات مثل الهدم وذبح الحيوان وغير ذلك من التصرفات التي تستباح بالإذن، لا الجناية على الحيوان فلا يرجع بها ولو سلم بالتراضي. (قرور).

(٤) ولو كان المشتري عالماً.

(*) وهل يرجع على البائع؟ قيل: يرجع على البائع، كذا قرر^[١] كما يأتي في الغصب في قوله: «المغرور يغرم الغار». اهـ وقيل: لا يرجع؛ لأنه ليس بمغرور. (مفتي وسحولي).

(٥) ولأنه ملك قهري.

(٦) ومن البائع حيث أخذه منه.

(٧) يعني فإن السؤال يحل محل القبول؛ وذلك لأنها نقل ملك فاعتبر فيه الإيجاب والقبول [أو السؤال]. (بستان).

[١] وذهب على سيدنا عيسى، ذعفان.

قبض المبيع فإنه يملكه، ذكره في اللمع، خلاف ما في التذكرة^(١).

فرع: فإن طلب الشفيع شفעתه فقال المشتري: «سلمت» ولم يقبل الشفيع فإنه يملكه، خلاف قولي المؤيد بالله^(٢). فأما قبض المشتري للثمن من الشفيع فلا يوجب الملك للشفيع^(٣)، قيل^(٤): وكذا إذا دعا له بالبركة في المبيع، وقال الفقيه يوسف: إن العرف يقضي بأن الدعاء بالبركة كالتسليم.

الضرب الثاني: أن تكون الزيادة لا من فعل المشتري، فإن كانت لا من أصل المبيع كالكرء فهي للمشتري، قال الفقيه محمد بن يحيى: وكذا الولد، وقال الفقيه يحيى البحيح: إنه من الفوائد الأصلية^(٥) كالصوف واللبن والتمر، وحكمها أنها إن كانت حاصلة في المبيع عند البيع وعند الحكم أو التسليم طوعاً فهي للشفيع، وعليه للمشتري ما غرم فيها للزيادة كالسقي ونحوه^(٦) عند الهادي، خلاف الناصر والمؤيد بالله. وكذا إذا حصلت في المبيع بعد البيع ووقع الحكم أو التسليم وهي متصلة بالمبيع^(٧)، وإن حصلت بعد البيع وفصلت عن المبيع قبل

(١) ومثله في الغيث من أنه لا بد من إيجاب وقبول إذا كان التسليم بالتراضي، وهو ظاهر الأزهار في قوله: «والقبول باللفظ».

(*) وذلك لأن الإيجاب وحده لا يكفي. قلنا: القبض قائم مقام القبول. قال الفقيه يوسف: ولعله يحمل كلام الفقيه حسن على أن مراده إذا كان القبض في مجلس آخر. (بستان).

(٢) حجة المؤيد بالله: أنه لم يقبل. قلنا: طلبه للشفعة يغني عن قبوله. (بستان).

(٣) وذلك لاحتمال أن يكون القبض بشرط أن يحكم بها حاكم. (بستان).

(٤) هذا ذكره في اللمع عن الحنفية. (كواكب). وذكره ابن أبي الفوارس. (براهين). وفي نسخة سيدنا حسن منسوب إلى الفقيه حسن.

(٥) قال الفقيه يوسف: وهذا أظهر؛ لأن أهل المذهب كثيراً ما يفسرون الفوائد الأصلية بالولد والتمر.

(٦) كالحرث وقصارة الثوب.

(٧) فللشفيع.

يملكه الشفيع فهي للمشتري، وللشفيع نصيبه فيها إن كان خليطاً.
 فرع: فلو كانت هذه الفوائد حاصلة في المبيع عند البيع وفصلت عنه قبل أن يملكه الشفيع فهي للمشتري ولو كانت باقية في يده، ويحط عن الشفيع حصتها من الثمن على قدر قيمتها يوم البيع، قال الفقيه علي: ولو كان الشفيع خليطاً، وقال الفقيهان حسن ويوسف: أما في الخليط^(١) فيشفعها الشفيع^(٢) ما دامت باقية^(٣).
 فرع: في بيان تقسيط الثمن على المبيع وعلى ما تلف منه أنها تقوم الأرض^(٤) مزروعة وغير مزروعة، أو الشجرة مثمرة وغير مثمرة^(٥)، أو الشاة بصوفها وبغير صوف، ونحو ذلك، فما كان التفاوت بين القيمتين فهو قيمة التالف، فإذا كان ربع القيمة أو سدسها أسقط عن الشفيع ربع الثمن أو سدسه ونحو ذلك. ولا يقوم الزرع أو الثمر منفرداً؛ لأنه لا يباع منفرداً، إلا إذا كان قد أدرك عند البيع قوم منفرداً. وكذا في الأشجار التي في الأرض ما كان منها يباع منفرداً قوم منفرداً، وما كان منها لا يباع إلا مع الأرض قوم معها. وكذا إذا بيعت الأرض مبدورة ثم نبت الزرع وحصده المشتري فإنها تقوم مبدورة وغير مبدورة، فما

(١) وعليه الأزهار في قوله: «إلا مع الخليط».

(٢) الأصل بالأصل والفرع بالفرع.

(٣) قوله: «ما دامت باقية» مشتركة؛ إذ لو قد قسمت فلا شفعة فيها. اهـ لأنه إذا قاسم الشفيع المشتري فقد خرج سبب الشفعة، وهو الاشتراك، فتبطل في الثمار مثلاً، ويبقى النظر في الأصل هل تبطل أو لا تبطل؟ ينظر. المقرر تبطل الشفعة في الكل؛ لثلا يفرق؛ لأن الثمار جزء من المبيع. اهـ إلا أن يكون الشفيع لم يقاسم، بل المشتري أخذ حصته مما قسمته إفراف أو حيث ناب عنه الحاكم مع غيبته استقام. (شامي) و(قررو).

(*) وإن كانت تالفة أسقط عنه حصتها من الثمن. (قررو).

(٤) يوم العقد.

(٥) الصواب أن تقوم الأرض مع الأشجار مثمرة وغير مثمرة، وأما تقويم الأشجار مثمرة وغير مثمرة فلا يأتي إلا مع الشفيع الخليط، وهو لا يحط شيئاً.

كان التفاوت فهو قيمة البذر، فيسقط حصته من الثمن، لكن قال الفقيهان يحيى البحيح وعلي: هذا إذا كان البذر الذي في الأرض معلوماً^(١)، فأما إذا كان مجهول القدر^(٢) فالبيع فاسد، لا شفعة فيه إذا شرط دخوله في المبيع^(٣)، وقال ابن أبي الفوارس: إنه من جملة حقوق الأرض يدخل فيها تبعا ولو كان مجهولا. **فروع**؛ وما نبت من الزرع بغير فعل فهو كالثمر^(٤) إن كان بذره يسيراً يتسامح به، وإن كان كثيراً فالزرع لمالك البذر إن عرف^(٥)، وإن لم فليت المال^(٦).
الحال الثالث: أن يكون المبيع باقياً لكنه قد نقص نقصان بعض منه أو

(١) بأن يكون قد شاهده المشتري قبل إلقائه في الأرض.

(*) ولم يتسارع إليه الفساد. (قررو).

(٢) أو معلوماً وقد تسارع إليه الفساد؛ لأنه يصير قيمياً، والقيمة مجهولة؛ لأنه غير مشاهد. (عامر).

(٣) وقد ذكر في شرح الفتح في باب ما يدخل في المبيع أنه إذا شرط دخول الطلع والثمر قبل نفعه صح، ولا يقال: إنه قد انضم إلى جائز البيع غيره؛ لأنه قد أجاب الإمام المهدي عن ذلك بأنه خصه الخبر، وهو قوله^[١] صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((إلا أن يشرطها المتباع))، وكلام الفقيهين هنا ينبئ بخلاف ذلك، والمقرر أن البيع صحيح كما تقدم في البيع.

(*) حيث كان البذر مما يتسامح به؛ لأنه من جملة حقوق الأرض، وإن كان لا يتسامح به فالمسألة مستقيمة على قول ابن أبي الفوارس؛ لأنه يجعل البذر حقاً، وأما على المذهب فالبذر للبايع، فإذا أدخل في المبيع وكان مجهولاً أو معلوماً وقد تسارع إليه الفساد فسد البيع وامتنعت الشفعة، وإن كان معلوماً ولم يفسد كان للمشتري ويحط بحصته من الثمن. (قررو).

(٤) صوابه: «كالشجر»؛ لأنه يدخل من غير إدخال.

(٥) وكان منحصراً. (قررو).

(٦) وتلزم الأجرة كالشفيع.

[١] لعله يقال: فرق بين الموضوعين، وهو أن هناك الطلع معلوم مشاهد فيبعه قبل لا يصح، ومع شرط دخوله خصه الخبر، وأما هنا فالبذر مجهول، وهو علة الفساد؛ لأنه غير معلوم، ومن شرط البيع الصحيح أن يكون في مالين معلومين.

نقصان صفة^(١) كعور أو كسر أو نحوه، فإذا كان ذلك بأفة سماوية أو بفعل سبع لم يحط عن الشفيع من الثمن شيء، بل يأخذه بالثمن كله وإلا ترك، وإن كان بفعل المشتري حط عن الشفيع حصته من الثمن كما مر^(٢)، وإن اختلفا في قيمة التالف أو أرشه فالقول قول المشتري، ذكره الناصر^(٣).

فَرَعٌ: فلو اشترى أرضاً فيها زرع من البر قدر خمسة أمداد قد أدرك بعشرة أمداد برّاً ثم قام شفيع في الأرض بعد حصد الزرع فإنه يأخذها بخمسة أمداد^(٤)؛ لأنها ثمنها. وكذا لو اشتراها وسبيكة فضة وزنها عشرون درهما بأربعين درهما فإن الشفيع يأخذ الأرض بعشرين؛ لأنها ثمنها^(٥).

(١) أما نقصان الصفة فذكر الفقيه يوسف في تعليقه على اللمع أنه لا يسقط من الثمن لأجل ذلك شيء. (كواكب).

(٢) يعني في بيان تقسيط الثمن؛ وذلك لأن الثمن في مقابلة جميع المبيع، فالزامه كله ظلم، وإلزامه قيمته يؤدي إلى أن يربح المشتري من الشفيع حيث اشتراه بدون قيمته، أو يخسر حيث اشتراه بزائد على قيمته، فلم يبق إلا أنه يحط عن الشفيع حصة التالف من الثمن. (بستان).

(٣) وذلك لأنه لا يلزمه تسليم المبيع إلا بما ادعاه. (بستان).

(٤) حيث لا قيمة للثمن، وإلا قوم وسقط بقدره من الثمن. (مقرر).

(٥) ولفظ البحر: ولو اشترى أرضاً قيمتها عشرون مع سبيكة وزنها عشرة بخمسين درهما احتمل أن يأخذ الشفيع الأرض بأربعين؛ إذ لو أخذها بحصتها لزم الربا. اهـ قال الإمام عز الدين بن الحسن: وعندني أن الاحتمال الآخر الذي لم يذكره أقوى^[١]، وهو أن السبيكة إن كانت تساوي ثلاثين لصنعة فيها أخذ الأرض بعشرين، وإن كانت لا تساوي في القيمة إلا وزنها - وهو عشرة - أخذ الشفيع الأرض بثلاثي الخمسين؛ لأن هذا هو العدل، وكيف يأخذ الشفيع ما قيمته عشرون بأربعين ويأخذ المشتري ما قيمته ثلاثون بعشرة؟ وكيف ينفرد الشفيع بالغبن ويخرج عنه المشتري فيما بقي له من المبيع؟ وأما تعليقه في البحر بالربا فهو تعليل ضعيف؛ لأنه لا ربا في حق الشفيع، وهو ظاهر، ولا في حق المشتري للجريرة^[٢]، والشفعة ليست ناقضة لأصل العقد ولا مبطله له. (من فتاوى الإمام عز الدين عليه السلام).

[١] قال السيد أحمد بن علي الشامي: وهذا الاحتمال الذي عليه الاعتماد.

[٢] لعله يقال عليه: أما حيث قصدوا بالبيع الجريرة فالعقد غير صحيح، فحينئذ لا شفعة، فينظر في ذلك.

مسألة: فإن كان النقصان من فعل الغير وقد قبض المشتري أرشه من الجاني فإنه يحط حصته من الثمن عن الشفيع، وكذا إذا كان قد أبرأ الجاني من الأرش أو صالحه ببعضه أو بعوض عنه ولو قل إذا كان يمكنه أخذ الأرش كله، فإن كان لا يمكنه إلا الذي صالح به حط حصته فقط^(١).

فرع: فإن كان الأرش باقياً على الجاني فقليل^(٢): إن الشفيع يأخذه بكل الثمن ويطلب الجاني بالأرش^(٣)، وقال الفقيه علي: إن المشتري يطلب الأرش^(٤) ويحط عن الشفيع^(٥) حصته من الثمن^(٦). وهو أولى.

(١) والقول قول المشتري. (مقصد حسن).

(*) ولعل صاحب البيان يعتبر التمكن وعدمه، وقد مر له في المسألة الخامسة من كتاب الزكاة قبيل قوله: «فصل: وتجب الزكاة في كل مال التجارة» مثل هذا، ولعله هنا يخالف ظاهر الأزهار في قوله: «اعتراض»، إلا أن يقال: إن مع تمكنه ولم يقبضه كأنه اعتراض فلعله لا يخالف ظاهر الأزهار.

(٢) ابن معرف.

(٣) وفيه نظر؛ لأنه لا يطلب بما جنى عليه في غير ملكه. (بستان).

(٤) فإن لم يطلب الأرش فلعله يجب الحط كذلك. وقيل: لا يجب الحط، وهو ظاهر الأزهار^[١]. اهـ ولفظ حاشية: وعن المفتي: فإن لم يطلب المشتري خير الشفيع إما شفع وإلا ترك. (قرن).

(٥) عبارة البحر عن الفقيه علي: وقال الفقيه علي: والأولى أن المطالبة تكون للمشتري، وما سلم إليه أسقط بحصته من الثمن.

(٦) وقال الفقيه محمد بن يحيى: يحتمل أن يقال: المطالبة إلى المشتري ثم يسلمه للشفيع. (شرح أزهار). وقال في الانتصار والبحر: تكون المطالبة بالأرش إلى من كان المبيع في يده وقبضه وقت الجناية هل المشتري أو الشفيع، قال الإمام المهدي: فإن كان في يد البائع فعلى الخلاف في كونها فسخاً أو نقلاً. وقول الفقيه علي كما ترى، واختاره صاحب الكتاب. (بستان).

[١] ويغير الشفيع إن شاء أخذ وإن شاء ترك. (قرن).

فرع: فلو كان أرش الجناية على العبد المشفوع فيه مثل قيمته أو أكثر^(١)، فالأقرب أنه يسقط عن الشفيع بقدر ما نقصت الجناية من قيمته^(٢)، ولا يعتبر بأرشها المقدر^(٣).

فرع: فلو كانت الجناية من الشفيع قبل تملك المبيع فإن كان قد سلم الأرش للمشتري حط عنه حصته من الثمن، وإن كان أبرأه المشتري منه فهل يرجع عليه الشفيع بحصة الأرش من الثمن؟ يأتي على الخلاف بين أبي طالب والفقهاء يحمي البحيح، فعلى قول أبي طالب: لا يرجع عليه^(٤)، وعلى قول الفقهاء يحمي البحيح: إن البراء كالقبض، فيسقط عنه حصة الأرش من الثمن. وإن كان الأرش باقياً عليه فهل يأخذ المبيع بكل الثمن ولا يلزمه أرش، أو يسلم الأرش للمشتري^(٥) ويسقط عنه حصته من الثمن؟ فيه تردد، والثاني أظهر^(٦).

(١) كأرش قطع المذاكير شفع بنصف الثمن. (شرح فتح). قال فيه ما لفظه: وإلا لزم لو اشترى الدار بأبوابها بمائة ثم أخذ من أبوابها بمائة أن تثبت^[١] شفعتها ويأخذها بلا شيء، أو بالمائة ولا يحط شيئاً، فالقياس أن تقوم الدار بعد أخذ الأبواب على انفرادها والأبواب على انفرادها، فيسقط من الثمن قدر التفاوت بالنسبة.

(٢) قياس ما تقدم في المراجعة لابن رافع أن يضم الأرش إلى القيمة ثم تنسب من الثمن ويسقط عن الشفيع بقدر ذلك، ومثل معناه في تعليق الفقهاء حسن. يحقق.

(٣) وقيل: النصف كما تقدم في المراجعة. و(قررو).

(*) هذا نظر جيد، وقال الفقهاء يوسف: إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء تركه؛ لأن هذا لا يمكن تقسيط الثمن عليه. (بستان).

(٤) لأنه كالمستهلك.

(٥) يعني فيقوم المبيع مجنيا عليه وغير، فما نقص من القيمتين نقص من الثمن. وهذه فائدة الخلاف. لا يقال: إن القولين سواء، فقد يكون النقص خمسة بين القيمتين، فإذا نسب من الثمن كان أقل، فتأمل. و(قررو).

(٦) قال الوالد: وذلك على ما ذكره الفقهاء علي في جناية الغير، وأما على قول التذكرة والحفيظ فالأول أظهر. (بستان).

[١] لفظ شرح الفتح: «أن تبطل أو يأخذها..» الخ، فينظر.

الحال الرابع: أن يكون المبيع قد خرج عن ملك المشتري، فالشفعة باقية، وللشفيع إبطال ما فعله المشتري، فلو كان نذر به أو وهبه لغيره فللشفيع مطالبة أيهما شاء^(١)، وإذا سلم الثمن إلى الموهوب له رده على المشتري^(٢).

مسألة: فإن كان المشتري قد سبله مسجداً أو مقبرة فللشفيع إبطاله^(٣)، خلاف أبي حنيفة وأحد قولي المنصور بالله^(٤). وإن كان قد وقفه أبطل الشفيع وقفه، خلاف أبي يوسف وأحد قولي أبي حنيفة. فلو كان قد حصلت منه فوائد

(١) يعني بالمبيع فقط، وأما بالشفعة فلا يطلب إلا المشتري، لا الموهوب له والمندور عليه؛ إذ ليس معاوضاً، فهو كالأجنبي، ذكره المؤيد بالله وأبو حنيفة. وقال الأستاذ: يطلب المتهب؛ لأنه قد ملكه، فهو كالمشتري. (بستان معني). ومعناه في الكواكب.

(٢) لأن الهبة إنما وقعت على العين، دون الثمن فلا حق له فيه. (بستان).

(٣) قال في حواشي الإفادة عن القاضي زيد: إذا قبر في الأرض فالشفيع بالخيار إن شاء أزال القبر وإن شاء أخذ الباقي بحصته. قال الفقيه علي: الصحيح من المذهب أن موضع القبر قد استهلك. (زهور). ويسقط بحصة ما استهلك من الثمن بواسطة القيمة، وهل يكون كقيمة الحيلولة فيرده لو اجتحف السيل الميت أو سبع ويعود موضع القبر للشفيع ويرد ما أسقط من الثمن أم قد بطلت الشفعة في موضع القبر ولو سبع الميت أو نحوه؟ لعل الأقرب أنها **تجب** قيمة الحيلولة، فإذا زال الميت من موضع القبر عاد للشفيع ورد ما أخذ من قيمة الحيلولة. (مفتي). (قرور).

(*) وهذا قبل أن يقبر فيها، وأما بعد القبر فيأخذ الشفيع الباقي بحصته من الثمن. ولعل الشفعة تعود إذا سبع أو نحوه. فيكون موقوفاً حتى يسبع الميت أو يخدده السيل.

(*) أما المقبرة فالصحيح أنه لا ينقض إن كان الميت قد دفن فيه؛ لأنه استهلاك كالغصب.

(٤) حجتنا: أن حق الشفيع سابق على ملك المشتري، فكأنه سبل ما لم يملك. وحجتهم: أنه قد خرج بالتسبيل عن الملك. قلنا: لم يخرج؛ لتقدم حق الشفيع، ففعل المشتري غير نافذ. وكذلك الحجة لنا وللمخالف في الوقف. وكذلك له نقض عتقه لذلك. وحجة من أجاز عتقه: أنه قوي النفوذ، لأنه يتأبد مؤقتة، ويتمم تبعضه، ولا يطراً عليه رق. لنا: ما مر. قالوا: من قوة نفوذه ينفذ في حق الشريك. قلنا: الشريك خصه الدليل فافترقا، وأيضاً فالعتق في المشترك ينضاف إلى ملك مستقر، لا هنا فالملك غير مستقر. (بستان بلفظه).

بعد الوقف وقبل الحكم فهي للموقوف عليه^(١). وإن كان المشتري قد أعتق العبد أبطل الشفيع عتقه^(٢)، خلاف الشيخ أبي طالب^(٣) والفقير محمد بن سليمان. فلو كان المشتري لبعض العبد رحماً له فلعله يأتي على هذا الخلاف هل يعتق عليه عقيب الشراء أو لا يعتق حتى تبطل شفعة الشريك^(٤)؟

فرع: فلو رجع المشتري عن العتق ثم أبطل الشفيع شفيعته لم يبطل العتق؛ لأنه قد كان تم من جهة المشتري وكان المانع له حق الشفيع، فإذا سقط صح العتق، خلاف أبي مضر^(٥). قال الفقير يوسف: وكذا في سائر تصرفاته.

فرع: وحيث تمت الشفعة وبطل ما فعله المشتري يكون الثمن له، ولا

(١) وكذا في البيع والهبة. (قررو).

(٢) وما حصل من فوائد العبد الذي أعتقه المشتري قبل تمام الشفعة فللمشتري^[١] إن لم يبطل الشفيع شفيعته. (تهامي). فإن أبطل الشفيع شفيعته كان ما كسبه العبد له. (قررو). لنفوذ العتق. اهـ ولعل حكم الجناية عليه أن يقال: إن تمت الشفعة فأرشد عبد^[٢]، وإن بطلت فأرشد حر، والله أعلم. (سماح سيدنا حسن) (قررو).

(٣) والد الشيخ أبي جعفر صاحب الكافي.

(٤) بل يعتق عليه، لكنه موقوف على صحة الشفعة وبطلانها، فإن بطلت الشفعة نفذ العتق، وإذا مات أو قتل قبل الحكم أو التسليم طوعاً فله حكم الحر. (قررو).

(*) وكذا في انفساخ النكاح لو كانت زوجة للمشتري. اهـ ولا يعود النكاح مع ثبوت الشفعة إلا بتجديد.

(٥) حجتنا: ما ذكره في الكتاب، ولأنه عتق صدر من أهله وصادف محله فلا يجوز رده عن مجراه. وحجته: أن ذلك كما لو أعتق قبل الملك ثم ملك. قلنا: ملك هذا ثابت عند العتق، لكنه غير مستقر. قال: ذلك كالبيع الموقوف على الإجازة يصح الرجوع قبلها. قلنا: ولا سواء؛ فإن العتق له قوة لا البيع. (بستان).

[١] بقدر نصيبه؛ لأنها فرعية، وللشفيع بقدر نصيبه. (قررو).

[٢] وتكون للمشتري ولو كانت فائدة أصلية؛ إذ لم يشملها العقد ولا كانت متصلة. (سماح سيدنا حسن) (قررو).

شيء عليه^(١).

فرع: وحيث كان قد بناه المشتري مسجداً أو غيره^(٢) إن كان بعد طلب الشفيع نقضه المشتري ولا شيء له، وإن كان قبل الطلب خير المشتري بين نقضه ولا شيء له^(٣) وبين تركه وأخذ قيمته قائماً غير مستحق للبقاء إلا بأجرة.

فرع: وإن كان المشتري استولد الأمة المشفوع فيها فقال المنصور بالله وأبو جعفر: تبطل الشفعة ويضمن للشفيع قيمة نصيبه فيها وفي ولدها، وقال أبو مضر: لا تبطل^(٤)، بل يأخذها الشفيع، لكنه يحتاج إلى الحاكم^(٥) في مسائل الخلاف كلها، وأما ولدها فإنه حر نسيب^(٦) وفاقاً^(٧)، ويضمن المشتري للشفيع قيمة نصيبه فيه الذي يملكه، وأما باقيه الذي كان يستحقه بالشفعة فإن حكم

(١) وذلك لأن الشفيع يبطل تصرفات المشتري من أصلها، لا من الآن، فلا يقال: يصرف ثمن ما وقفه المشتري كما إذا أ تلف الوقف، فلا معنى لذلك. (بستان). لكن يقال: فيلزم أن لا يستحق الموقوف عليه شيئاً من الفوائد، بل يردّها، ولعل في ذلك دليلاً يخصه. (كواكب معني). أو يقال: الملك بالشفعة ملك جديد لا نقض للعقد من أصله، والله أعلم.

(٢) سقاية.

(٣) بل يستحق الأرض كما في الأزهار في قوله: وأرّش نقصانها إن رفعه.

(٤) لأن حق الشفيع سابق على ملك المشتري. (بستان).

(*) ظاهره ولو شفّع الابن أباه. (عامر). وهو الذي في الأزهار. وقيل: أما إذا كان الشفيع ابناً لم ينقض استيلاده؛ لأنه يستهلك ملك ابنه الخالص. (تهامي). لكن قد قالوا: لا يستهلك حيث له شركة كما تقدم؛ لأن ماءه محصن بسبب قوي، وهو الملك. (عامر).

(٥) إنما قيد الاستحقاق بالحكم لأنه لو سلم الشفعة بالتراضي لم يبطل الوقف؛ لأن قد تعلق برقبته حق الله تعالى وحق الموقوف عليه، وهو لا يلزم الغير اجتهاده [إلا بحكم]. (زهور).

(٦) يعني: حر أصل لا بالسراية.

(٧) وذلك لأنه وطنها المشتري بشبهة ملك لما كان مالكا لبعضها، وهو الذي اشتراه. (بستان).

للشفيع وهو في بطنها ضمنه المشتري له بقيمته يوم الولادة^(١)، وإن كان بعد الولادة لم يضمه له^(٢).

فرع: فلو كان الولد من المشتري من قبل البيع وكانت الأمة زوجة له^(٣) فإن حكم للشفيع قبل وضعه فهو له، وإن وضعته قبل الحكم فقال الفقيهان حسن ويوسف: يكون للشفيع أيضاً^(٤)، وقال الفقيه علي: إنها تبطل الشفعة فيه؛ للخبر: ((الشفعة فيما لم يقسم^(٥)))، فيعتق الولد ويضمن المشتري للشفيع قيمة نصيبه فيه يوم ولد.

فرع: وإن كان الولد من غير المشتري فإن كان حاصلًا في بطن الأمة حال البيع وحال الحكم فهو للشفيع، وإن كان حاصلًا بينهما فهو بين المشتري والشفيع على قدر ملك الأمة، وإن كان حاصلًا حال البيع فقط فعلى قول الفقيهين حسن ويوسف يكون للشفيع، وعلى قول الفقيه علي يكون بينهما، وإن كان حاصلًا حال الحكم فقط فهو للشفيع^(٦)، إلا على قول الفقيه محمد بن

(١) إن لم يكن الشفيع رحماً له في جميع الأطراف، وإلا فلا شيء. و(قررو). وعليه الأزهار في قوله: «إلا لأخيه ونحوه».

(*) قال الفقيه حسن: وإذا حكم بالولد للمشتري حيث يكون منه وكان في البطن حكم عليه بأجرة الجارية حتى تضع^[١]. (شرح أزهار).

(٢) لأنه حادث بعد الشراء.

(٣) والنكاح باق حتى تبطل الشفعة ولو طالّت المدة، ولو لم يطلب الشفيع، نحو أن يكون غائباً أو صغيراً. وفي حاشية السحولي: ولو اشترى حصة في زوجته بطل النكاح بملكه بعضها، فلو شفع فيها ملكها الشفيع ولم يعد النكاح إلا بتجديد. (قررو).

(٤) وذلك لأنه شريك فيه، فلا تبطل الشفعة بانفصاله عن المبيع. (بستان).

(*) وعليه الأزهار بقوله: «إلا مع الخليط».

(٥) أي: يفصل. لكنه قد عتق بانفصاله عن المبيع. (بستان).

(٦) إذا وقع الحكم وهو في بطن أمه، وإن كان بعد ولادته فهو بين المشتري والشفيع على قدر الملك في الأمة؛ لأن الحمل حصل بعد الشراء.

[١] والأجرة هي قدر ما نقص من منافعتها من يوم الحكم أو التسليم طوعاً. (قررو).

يحيى: إنه من الفوائد الفرعية.

مسألة: وإذا كان المشتري قد باع المبيع خير الشفيع بين أخذه بالبيع الأول أو بالثاني، وكذا لو تنسخ البيع وكثر، فإذا طلب الشفعة من أحدهم بعقده أو بعقد من قبله صح، وإن طلبها بعقد من بعده كان كما إذا طلب البائع كما مر، وإن أطلق طلبه كان بعقد من طلبه، وقال الهادي: بعقد الأول منهم^(١).

فرع: فإن شفع بعقودهم الكل^(٢) صح طلبه^(٣)، ثم له الخيار يأخذ بأي الأثمان شاء، وكذا لو التبس عليه الأقل من الأثمان فقال: «أنا شافع بالأقل» صح. وإن أخذه بالشراء الأول وقد استثمره الآخرون فلا شيء عليهم فيما حدث بعد الشراء الأول.

فرع: فإن اشتراه الأول بألف ثم باعه بألف ومائة، ثم باعه الثاني بألف ومائتين، ثم باعه الثالث بألف وثلاثمائة، ثم شفع الشفيع بالبيع الأول وأخذه من الرابع وسلم إليه الألف فإنه يرجع الرابع على الثالث بثلاثمائة، ويرجع الثالث على الثاني بمائتين، ويرجع الثاني على الأول بمائة. وكذا لو كان في المبيع ثمرة^(٤) وجذها^(٥) الأول فإنه يسقط عن الشفيع حصتها من الثمن، ويتراجعون فيها كما مر حتى يصل الأول^(٦).

(١) وحجة الهادي عليه السلام: أن الموجب للشفعة هو الأول، فيتعين ثمنه. (بستان).

(*) فإن كان الأول عقدا فاسدا فلعله يأخذ بالذي بعده. (معيار معني) (قرر).
(٢) بأحدها.

(٣) نحو: «أنا شافع لشرائكم الكل».

(٤) وقت البيع. (قرر).

(٥) بالدال المهملة في النخل خاصة. (غاية). وفي غيره بالذال معجمة.

(٦) فإن اختلف جنس ما دفعوا وشفع بالعقد الأول فالذي سلمه الشفيع يسلم للأول، ويرجع كل منهم بما دفع أو مثله أو قيمته، فلو سلم الشفيع إلى المشتري الآخر رده على من باع منه وقبض منه ما اشتراه به حتى ينتهي إلى البائع الأول، فلو تلف في يد أحدهم

فرع: فإن كان المشتري الأول باعه بأقل من ثمنه لا لنقصان حدث فيه وشفع الشفيع بالبيع الأول وسلم ثمنه إلى المشتري الآخر فإنه يرد زيادة الثمن إلى المشتري الأول، ذكره المؤيد بالله، خلاف الأستاذ.

فرع: فلو باع المشتري نصف المبيع ثم شفّع (١) الشفيع في هذا النصف بعقده (٢) بطلت شفيعته في النصف الآخر (٣)؛ لأنه قد قرر (٤) بيع المشتري.

مسألة: وإذا طلب الشفيع الشفعة وكان هناك من هو أقدم منه بالشفعة لكنه غائب (٥) أو لم يعلم بالبيع فإن الحاكم يحكم له (٦)، ويكون الحكم كالمشروط بأن لا يطلب الآخر، وقال الحقييني: لا يحكم له مع علمه بمن هو أولى منه. قلنا: فلو شفّع (٧) الثاني بعد الحكم للأول صحت شفيعته وحكم له الحاكم ويطلب الأول، فلو كان قد أخذ الأول ثمرة حدثت عنده فإنها تطيب له؛ لأنه كالمشتري (٨) مع الشفيع.

هل يضمنه لأنه تسليم معاوضة أو لا يضمنه لكونه أمانة؟ المختار أنه يضمنه مطلقاً [١]، وقد تقدم الكلام عليه في مسألة هل هي نقل أو فسخ، وإن كان صاحب الكتاب بنى على عدم الضمان إلا بجناية أو تفريط، لكن المختار خلافه. (قررو).

- (١) في (ب، د): أشفع.
 (٢) وأما لو شفّع النصف بالعقد الأول فلعلها تبطل شفيعته في الكل. (من خط حثيث رحمته الله).
 (٣) يعني الذي لم يبعه، وصحت في هذا الذي باع بعقده. (بستان بلفظه).
 (٤) ومعنى تقريره أنه كأنه أعرض عن شراء المشتري الأول لطلب [٢] غيره مع علمه فتبطل. (قررو).
 (٥) عن مجلس الحكم. اهـ وكذا مع حضوره قبل طلبه. (قررو).
 (٦) الأزهار: وللحاضر في غيبة الأولى.
 (٧) في (أ، ب، د): أشفع.

(٨) إلا في الطلب فليس له أن يطلب الجار، وإنما يطلب المشتري؛ ولهذا إذا تنوسخ لم تكن العقود هنا موجبة للشفعة. (عامر). وقال المفتي: أقول اجتهاداً: إن المشتري كالبائع والشفيع كالمشتري. وهو ظاهر الأزهار في قوله: وهو معه كالمشتري مع الشفيع.

[١] لأنه عقد معاوضة. (مفتي).

[٢] في المطبوع: بطلب.

فصل: في اختلاف المشتري والشفيع

إذا أنكر المشتري الشراء فالبينة على الشفيع^(١)، وكذا إذا أنكر ملك الشفيع للسبب الذي شفع به فالبينة على الشفيع^(٢) بأنه يملكه ولو كان الظاهر معه فهو يريد إلزام المشتري حق الشفعة، كما إذا ادعى القاذف على المقذوف المجهول أنه عبد أو كافر فعلى المقذوف البينة بالحرية والإسلام^(٣) ولو كان الظاهر معه؛ لأنه يريد إلزام القاذف الحد.

فرع: وكذا لو قام في المبيع شفعا ثم ادعى بعضهم على بعض أنه لا يملك سببه فالبينة على مدعي الملك.

فرع: وإذا بين الشفيع بأنه يستحق الشفعة ولم يذكروا سببه الذي شفع به لم يحكم له حتى يبينوا السبب؛ لجواز أنه لا يستحق به عند الحاكم^(٤)، ذكره المؤيد بالله. قال الفقيه حسن: **إلا أن يكونوا من أهل البصيرة والموافقة في المذهب فإنه يقبل شهادتهم^(٥) مع الإطلاق.**

فرع: وإذا سلم المشتري المبيع للشفيع ثم ادعى أنه لا يملك السبب فالبينة

(١) وذلك لأن الأصل عدم الشراء. (بستان بلفظه).

(*) لأنه يدعي نقل الملك إليه واستحقاقه فأشبه المشتري، ذكره في الغيث.

(٢) وذلك لأن الأصل عدم الشفعة. وقوله: «يريد إلزام المشتري حق الشفعة» يعني: والأصل عدمه، فهو يريد خلاف الظاهر في إلزام المشتري، وهذا التعليل الصحيح، وقد يعلل أيضاً بأن لو أوجبناها على المشتري لكانت على النفي أن الشفيع لا يملكه أو أنه لفلان ولم يدع، وذلك لا يصح. (بستان).

(٣) الظاهر في بلاد الإسلام الإسلام، وإنما يكون القول قول من الظاهر معه حيث ادعى عليه، لا حيث يدعي شيئاً. (صعيتري).

(٤) كأن تكون الشفعة بالاختصاص في سبب الملك والحاكم غير هدوي، أو بالجوار والحاكم شافعي، وغير ذلك.

(٥) في (د): فإنه يعمل بشهادتهم.

عليه^(١)، وتقبل بيته إن كان ناكراً الشفيع عند طلبه^(٢)، لا إن كان صادقه فلا تقبل بيته^(٣)، ذكره المؤيد بالله.

مسألة: وإذا اختلفا في قدر الثمن فالبينة على الشفيع، وعلى أحد قولي المؤيد بالله البينة على المشتري، قال أبو مضر: وكذا إذا اختلفا في جنسه^(٤) أو صفته. قال الفقيه حسن: وهذا إذا كان المبيع في يد المشتري، فأما بعد تسليمه إلى الشفيع فالقول قوله، وقال الفقيه علي: لا فرق. ولعل الأول أظهر.

فرع: وإذا بينا جميعاً بقدر الثمن حكم للشفيع ببيته^(٥)، وقال الشافعي وأبو جعفر: يحكم بينة المشتري. ولا تقبل في ذلك شهادة البائع مطلقاً^(٦) ولو كان وكيلاً بالببيع؛ لأنه يشهد بفعله.

مسألة: وإذا ادعى المشتري جهل قدر الثمن لنسيان أو جزاف فالقول قوله

(١) أي: المشتري.

(*) وتكون على إقرار الشفيع بأنه لا يملكه [أو أنه لفلان]، لا على أنه لا يملكه فهي على النفي لا تصح. (بستان بلفظه).

(٢) قلت: ولعل الوجه حيث تقدمت خصومة أن يكون سلمه تفادياً للخصومة.

(*) أو سكت كما تقدم في المسألة الثانية من فصل أحوال المبيع. (قررو).

(٣) إلا أن يدعي المشتري أنه جهل ملك الشفيع فسلم ظناً منه أنه يملك السبب ثم بان خلاف ذلك فإنها تقبل دعواه وبيته. اهـ ويحلف أنه سلمه ظناً منه ملك السبب إن نوزع في الجهل. (قررو).

(٤) ولو ادعى المشتري غير نقد البلد. اهـ وقيل: هذا حيث ادعى كل واحد غير نقد البلد أو كان فيها نقدان مستويان.

(٥) وذلك لأن من عليه البينة في الابتداء فبيته أولى عند الاجتماع، وأيضاً بينة المشتري تشهد على إقراره لنفسه، وبينة الشفيع على إقرار المشتري لغيره، فكانت أولى، وكأنه أقر بحق له وبحق عليه، ولأننا نحمل البيتين على عقدين وللشفيع أن يأخذ بالأقل منها تقدم أو تأخر، أو على عقد وقع بعده حط. (بستان).

(٦) أي: سواء شهد بزيادة أو نقصان، وسواء شهد للبائع أو للمشتري. (بستان).

مع يمينه^(١).

مسألة: وإذا ادعى الشفيع أن البائع حط عن المشتري بعض الثمن فالبينة عليه، وكذا إذا اختلفا هل سقط بعض الثمن بلفظ الهبة أو بلفظ الحط أو الإسقاط أو البراء، فإن بينا جميعاً حكم للشفيع بيئته^(٢).

فرع: فلو اتفقا على الحط أو الإسقاط واختلفا هل وقع قبل قبض الثمن أو بعده احتمل أن الأصل وجوب الثمن كله فالبينة على الشفيع^(٣)، واحتمل أن الأصل عدم القبض في الثمن، ولعله أقرب؛ لأن الحط والإسقاط إنما يستعملان قبل القبض في الأغلب.

مسألة: وإذا كان الثمن عرضاً واختلفا في قيمته فالبينة على المشتري^(٤)؛ لأنه لا يعلم قدرها، بخلاف ما إذا اختلفا في قدر الثمن فهو عالم بقدره، وقال أبو حنيفة والشافعي وأحد قولي المؤيد بالله: إن القول قوله كما في الثمن.

فرع: فلو بينا معاً حكم بيئته المشتري؛ لأنها تشهد بالزيادة، وهي عليه في الأصل، وقال الفقيه يوسف: إنها على الخلاف كما في اختلاف المالك والغاصب في قيمة المغصوب بعد تلفه إذا بينا معاً فيحكم بالأكثر على ما ذكره في الشرح والزيادات والمنصور بالله وأبو حنيفة، وقال الشافعي والفقيه يحيى البحيح: يحكم بالأقل. [وقيل: يحكم بالأقل من القيمتين وبالوسط من الثلاث، ولعل القول الأول أولى؛ لأن البيئته عليه في الأصل^(٥)].

(١) وذلك لأنه يمكن أنه قد نسي قدره أو اشتراه جزافاً فبطلت الشفعة بثمنه ما لم يبين الشفيع بقدره. (بستان) (ترور).

(٢) لأنها عليه في الأصل.

(٣) ورجحه في الغيث، وعليه الأزهار.

(٤) في التالف. (أزهار). وكذا مع بقائه. (كواكب). وهو إطلاق البيان.

(٥) ما بين المعقوفين من (د).

مسألة: وإذا أنكر المشتري شفعة الشفيع ثم بين الشفيع بها وحكم له الحاكم ثم رجع الشهود عنها فإنه لا ينقض، بل يضمن الشهود للمشتري ما نقص من الثمن عن قيمة المبيع، وكذا إذا قالوا بعد الحكم: إن الشفيع قد كان ترك شفيعته^(١)؛ فإن قالوا: إنه قد كان تراخى عنها لم يضمنوا؛ لأن ذلك مختلف فيه، فقد نفذ الحكم^(٢).

مسألة: وإذا أقر المشتري أنه اشترى بألف وأقام البائع البينة عليه أنه باع منه بألفين لزم المشتري ألفان ولم يلزم الشفيع إلا الألف، وقال أبو حنيفة: بل ألفان، وهذا الكلام يستقيم حيث يكون الأخذ بالشفعة نقلاً^(٣)، فأما حيث يكون فسخاً فينظر فيه، والأقرب أنه يلزم الشفيع ما يبيّن به البائع^(٤)؛ لأنه حقه.

مسألة: فإن قال البائع: بعث بألف، وقال المشتري: اشتريت بألفين، فإن كان قول البائع بعد قبضه لثمن المشتري فلا حكم له، وإن كان قبل قبضه له قبل قوله وكان كالحط عن المشتري، فلا يلزم الشفيع إلا الألف، خلاف الناصر والشافعي حيث كان الكلام بعد مجلس البيع^(٥).

مسألة: من اشترى أرضين متجاورتين وقام فيهما شفيع مجاور لأحدهما وادعى أنه اشتراها المشتري صفقة واحدة حتى يأخذها معاً، وقال المشتري:

(١) يعني: أبطلها. (قررو).

(٢) أما الحكم فقد نفذ، وإنما الإشكال في الضمان. (مفتي) يقال: إنها يضمنون مع الرجوع، ولا رجوع هنا، فينظر. (شامي) (قررو).

(٣) وهي حيث تكون في يد المشتري أو في يد البائع وقد استوفى الثمن. اهـ ولفظ شرح الأزهار: وأما إذا أخذ الشفيع المبيع من المشتري فإنها تكون نقلاً قولاً واحداً، وإن أخذه من البائع ولم قد يقبض الثمن فإنها تكون فسخاً قولاً واحداً. (بلفظه) و(قررو).

(٤) وينظر لو لم يبين البائع وهي فسخ هل يقبل قوله في قدر الثمن كالمشتري أم لا؟ الظاهر أنه كالمشتري فيقال فيه ما تقدم.

(٥) لأنها لا يصححان الحط بعد مجلس البيع كما تقدم لهما في المراجعة.

بل اشتريتها صفقتين أو اشتريتها^(١) هذه ثم هذه^(٢) فلا شفعة لك إلا في المجاورة لك - فقال المؤيد بالله: القول قول الشفيع^(٣)، وقال الحقيني: القول قول المشتري، وقال ابن الخليل وأبو مضر والفقهاء محمد بن سليمان: إن وصل المشتري كلامه فالقول قوله، وإن فصله فالبيئة عليه.

فرع: فلو قال المشتري: صفقتين اشتريتها أو اشترت هذه ثم هذه أو نصفاً ثمن نصفاً فالقول^(٤) قوله وفاقاً^(٥).

فرع: وإذا ثبت أنه اشترهما صفقتين فإن كان النصفان مشاعين فللشفيع الشفعة في الأولى فقط إن كان جاراً، وإن كان خليطاً فله الأولى ونصف الثانية ولو وقع شراؤها بعد طلب الشفيع في الأولى، وقال في البحر: لا تثبت الشفعة بما قد طلب فيه الشفعة؛ لأن ملكه غير مستقر^(٦)، فيأخذها الشفيع، وهو يشبه قول القاسم وأبي العباس فيما ملك بالبيع الفاسد. وإن كان اشترهما مفترقتين فإن كان الشفيع خليطاً^(٧) أخذها الكل، وإن كان جاراً أخذ المجاورة له إن

(١) في (د): اشترت.

(٢) ويأتي على قول المفتي أنه لا بد أن يكون عارفاً لمعناه. (قرر).

(٣) حجته أن قول المشتري: اشتريتها إقرار بوجود الشفعة فيهما، وقوله: صفقتين دعوى لسقوطها، فعليه البيئة. (بستان).

(٤) فلو كانت الدعوى على العكس كأن يقول الشفيع: صفقتين اشتريتها وأراد به أخذ أحدهما لقلة الثمن أو نحوه فالقول قوله كما في المشتري. اهـ وفي حاشية ما لفظه: فلو ادعى الشفيع أنه شرى المشتري صفقتين فيأخذ أحدهن وقال المشتري: بل صفقة واحدة فالقول قول المشتري. (عمن رواه عن المتوكل على الله ﷺ).

(٥) وذلك لأنه لم يتقدم منه الإقرار بوجود الشفعة هنا. (بستان).

(٦) يعني: ملك المشتري الأول غير مستقر مع وجود الشفعة.

(٧) في كل نصف. (بستان). وصورة ذلك إذا كانت جربة بين رجلين نصفين مفرزين، وكل نصف بينهما مشاعاً فالشفيع خليط فيهما.

تقدم شراؤها، وإن تأخر فنصفها.

مسألة: وإذا تراخى الشفيع ثم طلب وادعى أنه أخبر بأنهم تحيلوا في البيع بما يمنع الشفعة فلذلك تراخى فعليه البيئة^(١) بذلك، وإن لم يبين به حلف المشتري ما يستحق عليه الشفعة.

مسألة: وإذا قال الشفيع: طلبت حين علمت وبين بذلك جملة، ثم بين المشتري أنه علم في وقت معين فعلى الشفيع البيئة بأنه طلب في ذلك الوقت^(٢)؛ لأنه قد ثبت أنه قد علم فيه^(٣) على قولنا: إن البيئة المؤرخة^(٤) أولى من المطلقة^(٥)، وعلى أحد قولي المؤيد بالله: إنها سواء لا يحتاج إلى ذلك.

مسألة: ولو اشترى شخصان أرضين أو دارين متجاورتين وادعى كل واحد أن شراء المتقدم فيشفع المتأخر فأيهما بين حكم له، وإن بينا وأطلقا^(٦) أو أضافا إلى وقت فلا شفعة لأيهما^(٧)، وإن أضافا إلى وقتين فالشفعة للمتقدم، وإن أرخت إحداها وأطلقت الثانية فالشفعة للمؤرخة، وعلى أحد قولي المؤيد بالله: لا شفعة لأيهما.

مسألة: وإذا وكل الشفيع وكيلاً بطلب الشفعة ثم ادعى عليه المشتري أن الشفيع قد كان تراخى أو ترك ولم يأت ببيئة، وطلب يمين الشفيع وهو غائب-

(١) أن مخبراً أخبره بذلك.

(٢) وتكون البيئة الثانية مبينة لمجمل الأولى فلا تكون مركبة، ويكون العمل بالأولى.

(٣) يعني: فمطلق الطلب لا يكفي حتى يكون طلبه في الوقت الذي علم فيه. (بستان).

(٤) بيئة المشتري.

(٥) بيئة الشفيع الأولى.

(٦) «وأطلقاً» ساقط من (د).

(٧) بعد التحالف مع الإطلاق فقط؛ فأما حيث أضافا إلى وقت واحد فلا شفعة ولا تحالف ولا تكاذب؛ لأن ملكهما حصل في وقت واحد. (قرر). وقرره القاضي محمد بن علي

فقال في المنتخب: لا يحكم للوكيل حتى يحلف الموكل، وقال أبو حنيفة وابن أبي الفوارس والفقهاء يمين البحيح: إنه يحكم له ولا يؤخر، لكنه يكون كالمشروط يمين الموكل، فإن حلف تم الحكم^(١)، وإن امتنع بطل الحكم، وهكذا في نظائره^(٢). قال الفقيه علي: ويتفقون في اليمين المردودة^(٣) أو المؤكدة أو المتممة إذا طلبت من الموكل أنه لا يحكم للوكيل حتى يحلف الموكل، وقال الفقيه حسن: بل الخلاف في الكل إلا في المتممة.

مسألة: وإذا شهد البائع مع غيره للمشتري على الشفيع بما يبطل شفيعته لم تقبل شهادته؛ لأنه يريد تقرير بيعه^(٤) ولو كان وكيلاً بالبيع، ذكره المؤيد بالله. وإذا كان الشفيع جماعة فشهد بعضهم على بعض بما يبطل شفيعته فإن كان الشاهد قد بطلت شفيعته قبلت شهادته^(٥)، وإن لم تقبل.

(١) فإن مات الموكل قبل يحلف أو ينكل فلا حكم؛ لأنه مشروط بيمينه أو في حكم المشروط، ويورث على الخلاف. (من تعليق الفقيه علي). وقيل: يحلف الوارث على العلم بأن مورثه لم يترأخ ولم يسلم. فإن لم يكن له وارث؟ قيل: تبطل لتعذر اليمين، والله أعلم. (قرر).

(*) وما حدث من الفوائد بعد الحكم قبل الحلف فلمن استقر له الملك. (عامر) (قرر).

(٢) فلو ادعى مدع على غيره ديناً فأقر به وادعى القضاء أو الإبراء وأنكر صاحب الدين فطلب اليمين فقال: سلم الدين ثم أحلف، وقال من عليه الدين: بل احلف ثم أسلم الدين، فهل تقدم اليمين أم التسليم؟ فذكر الإمام يمين في ذلك وجهان: رجح أنه يقدم التسليم ثم الحلف. اهـ وقد ذكر هذه المسألة في البيان في كتاب الدعوى. ومفهوم الأزهار أنه إن كان الوكيل غائباً قدم الحكم بالشفعة والتسليم، وإن كان حاضراً قدم الحلف في نفي التسليم للشفعة أو التقصير، وكذا يأتي في الدين، والله أعلم.

(٣) والوجه أن الحاكم يسند حكمه إليها.

(٤) ولا فرق بين أن تكون قبل قبض الثمن أو بعده، وقال في الانتصار والبحر: لا تقبل قبل قبض الثمن - إذ يجزى إلى نفسه نفعاً، وهو الثمن أو رجوع السلعة إليه إن أفلس المشتري - لا بعد قبضه فتقبل؛ إذ لا تجزى نفعاً ولا تدفع ضرراً. (بستان).

(٥) لعله حيث لم يكن قد خاصم، أو قد خاصم لكن قد زالت الشحناء.

كتاب الإجازات (١)

هي مخالفة للقياس؛ لأنها بيع معدوم، وهي المنافع.
وهي تصح بلفظها أو بلفظ الكراء سواء تناول الرقبة أو المنفعة، وتصح بلفظ البيع^(٢) أو التمليك ونحوه إذا تناول المنفعة.
وهي تصح بماض^(٣) ومستقبل عند الهدوية، ذكره الإمام يحيى وابن الخليل، وقال الفقيه يحيى البحيح: لا تصح بذلك^(٤) عندهم كالبيع.
مسألة: وإنما تصح الإجارة فيما يمكن الانتفاع به^(٥) مع بقاء عينه وفوائده أصله^(٦) لمنفعة غير واجبة عليه ولا محظورة.
فرع: فما كان لا نفع فيه^(٧) قط^(٨) لا تصح إجارته، كصغار الحيوانات^(٩) والطيور وأرض لا نفع فيها^(١٠).

(١) هي مشتقة من الأجر. (بستان).

(٢) قال في الأثرار: ويكفي في المحقر ما اعتاده الناس. (قررو).

(٣) إنشائي طلبي، نحو: «أكرتني دارك بكذا» فقال: «أكرت»، أو قال: «أكرت مني داري بكذا؟» فقال: «أكرت». (من هامش البستان).

(٤) أي مستقبل. (قررو).

(٥) في الحال على وجه يحل.

(٦) يرد عليه الظئر. يقال: ذلك مخصوص بالدليل. ولفظ حاشية: غالباً احترازاً من الظئر فإنه يصح استئجارها واستهلاك نواتها.

(٧) في (ب): لا ينتفع به.

(٨) قوله: «قط» يؤذن بأن ما كان ينفع من بعد صحت إجارته، وقوله: «كصغار الحيوان» يفهم خلافه. (مفتي). يمكن أن يقال: إن قوله: «كصغار الحيوان» مطلق مقيد بقوله: «قط»، ويكون المراد في مدة الإجارة، والله أعلم. اهـ وقيل: بل في الحال، ذكره الدواري.

(٩) ما لم يكن للإيناس. (قررو).

(١٠) كأرض سبخة.

فروع: وما كان لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاكه فلا تصح إجارته^(١)، بل يكون قرضاً^(٢)، كالطعام والنقد، إلا للعيار^(٣) أو الحك للاختبار أو لحك العين بدينار الذهب^(٤) فيكون إجارة صحيحة إن استؤجر لذلك، وإن أطلقت إجارته لم يصح؛ لأن ذلك نادر، ذكره في الشرح.

فلو استؤجر ذلك للتجمل به فقال الإمام يحيى: يصح؛ لأن ذلك جائز^(٥)، وقيل^(٦): لا يصح كما لا تجب له أجره إذا غصب. والأول أصح؛ لأن عدم وجوب أجرته على الغاصب إنما هو حيث لم تجر العادة بإجارته للتجمل فلا تعرف له أجره^(٧).

فروع: ولا يعترض ذلك بإجارة الثوب للباس وأنه يبلى في مدة الإجارة؛ لأن المقصود به النفع - وهو اللباس - لا البلى، وكذلك في سائر آلات الصناعات، وكذا في إجارة المسك ونحوه للشم على الأصح^(٨)، خلاف ما في الحفيظ.

(١) قال الفقيه علي: ولا يقال: قد تزول بعض العين بالاستعمال؛ لأن ذلك غير مقصود بعقد الإجارة، لكن عفي عنه لما لم يمكن أخذ المنفعة إلا به. (بستان).
(٢) صحيحاً. (أثار). وقيل: قرضاً فاسداً؛ لعدم اللفظ. اهـ بل لا يشترط اللفظ كما تقدم.
(٣) بدينار الذهب.

(٤) قال في الصعيتري: وهو استعمال فلا يجوز. وقد يقال: هو من التداوي فيجوز، كلبس الحرير للحكة، كما ورد عن عبدالرحمن بن عوف.

(*) يعني الجارحة؛ لأنه قد قيل: إنه ينفع من الودق، وهو بياض العين.
(٥) قوله: «لأنه جائز» قال عليه السلام: فيصح أن يستأجر ذلك ليضعه في حانوته ليأمنه الناس على أموالهم ويعاملونه؛ لأن هذه منفعة يجوز استيفؤها مع بقاء العين. (بستان).
(*) في (ج): لأنه جائز.

(٦) في (ب): وقال الإمام المهدي أحمد بن يحيى.
(٧) فإن جرت العادة بتأجيرها وجبت على الغاصب. (قرر).
(*) فعلى هذا لا أجره لبيوت البوادي ونحوها التي لا تؤجر عادة، وهو محتمل.
(٨) ولا يقال: إن في الريح أجزاء تذهب من العين فتكون إجارة على أعيان، أو أنه يؤدي

فروع: وما لا يمكن الانتفاع به فيما استؤجر له إلا بإتلاف فوائده فإنها لا تصح إجارته لذلك، نحو: إجارة الشجر للثمر، وإجارة الحيوان للصوف واللبن^(١) ونحوهما؛ لأن هذه الأشياء أعيان، والإجارة لا تكون إلا على المنافع. فلو باع شجراً عليه ثمر ثم استأجر الشجر ليبقى عليه الثمر مدة معلومة لم تصح^(٢)، خلاف المنصور بالله، وهو القوي.

مسألة: وتصح إجارة^(٣) الشجر للاستغلال بها أو الربط^(٤) إليها أو التضحية عليها^(٥).

مسألة: وإذا أجزت الأرض^(٦) وفيها أشجار^(٧) لم تستثن^(٨) لم تصح

ذلك إلى بطلانه مع طول المدة؛ لأن المقصود بالإجارة هي الرائحة لا الأجزاء التي تنفصل ولا إتلاف العين، بل يكون ذلك كاستئجار الثوب للباس ومع ذلك تذهب أجزاءه حتى يبلى، لكنه غير المقصود. (كواكب لفظاً).

(*) وذلك لأن المقصود الأعراض، ومحلها تابع، فأشبه ذلك الثوب للباس. وحجة الحفيظ أن الإجارة لا تصح على ذهاب جزء من العين، والريح لا ينفصل إلا بمحله. قلنا: المقصود بالإجارة الرائحة لا الأجزاء التي تنفصل، بل ذلك كاستئجار الثوب للباس، ومع ذلك تهذب أجزاءه حتى يبلى، لكنه غير مقصود. (بستان).

(١) احتراز من الظئر فإنها تصح. (قرود).

(٢) وهذا مستقيم على القول بأنه يجب قطعه إن لم يرض المشتري ببقائه، والمذهب أنه يبقى إلى الصلاح بلا أجرة كما تقدم في باب ما يدخل في المبيع. اهـ ولعل كلام البيان مستقيم بعد الصلاح.

(٣) في (ج): استئجار.

(٤) في (د): أو ليربط.

(٥) بالإجماع.

(٦) في (د): وإذا أجزت الدار.

(٧) مما يثمر في العادة، وكان عليها ثمر أو لا تنقضي مدة الإجارة إلا وقد أثمرت، وإلا فلا تفسد؛ لزوال العلة. (قرود).

(٨) القياس إذا استثنى الثمر كفى.

الإجارة^(١)؛ لأنها تدخل فيها الأشجار التي لا تصح إجاتها، ذكره في الشرح.
مسألة: وتصح إجارة الديكة للصياح^(٢)، والقماري للتلذذ بأصواتها،
 والطاووس للتلذذ بالنظر إليه.

فرع: وما كانت منفعتها التي استؤجر عليها واجبة لم تصح الإجارة ولا يجوز
 أخذ الأجرة عليها، وذلك كالجهاد^(٣) والأذان^(٤) وتعليم القرآن^(٥) وسائر
 علوم الدين، وتعليم الصلاة ونحوها، وتزويج البالغة^(٦) الراضية من الكفاء.
 وقال الشافعي: يجوز الاستئجار على الأذان من بيت المال إذا لم يوجد من
 يؤذن بغير أجرة^(٧).

وقال القاسم في الأشهر من قوليه والناصر والشافعي: يجوز الاستئجار على
 تعليم القرآن. وقال أبو مضر: الخلاف في تعليم البالغ الزائد على ما هو فرض
 عين، وأما فيما هو واجب على كل مكلف من القرآن فلا يجوز وفاقاً^(٨).

-
- (١) إن قصد الثمار أو لا قصد له؛ لا شتماله على ما يصح تأجيرها وما لا. (بحر).
 (٢) يعني للعلم بالأوقات، قال عليه السلام: وكذلك لإصلاح الدجاج ورعايتها؛ لأن ذلك معلوم
 من حالها، لا للسفاد كالفحل للضراب. (بستان بلفظه) (قررو).
 (٣) وذلك لأنه قرينة محضة كالصلاة، قال عليه السلام: إلا أن يكون الأجير ذمياً. وقد تقدم الكلام
 على الأذان في بابه. (بستان).
 (٤) قلت: الأقرب جوازها على الأذان في مكان مخصوص؛ إذ ليست على الأذان، بل على
 ملازمة المكان كأجرة الرصد ونحوها. (بحر من باب الأذان).
 (٥) وذلك لخبر عبادة بن الصامت قال: كنت أعلم أناساً من أهل الصفة فأهدى إلي رجل
 منهم فرساً، فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: ((إن أحببت أن يطوقك الله بها
 طوقاً من نار فاقبلها)) وغير ذلك من الأخبار. (بستان).
 (٦) لا فرق بين الصغيرة والكبيرة؛ إذ نفس العقد عمل ليس لمثله أجرة. (قررو).
 (٧) لكنه يقول: إنه سنة، ولعل له قولاً آخر: إنه واجب.
 (٨) أما دعوى الوفاق ففيه نظر. (شرح أزهار).

ويجوز في تعليم الصغار^(١)، وفي تعليم الخط^(٢) والهجاء وفاقاً، لكنه يحتاج إلى ذكر مدة معلومة أو أشرف معلومة، لا على تعليمه حتى يحفظ فلا تصح؛ لجهالة ذلك.

فروع: فلو استؤجر على تعليم الخط والهجاء وفي ضميرهم تعليم القراءة مع ذلك - فعلى قول المؤيد بالله: الضمير لا حكم له، وأما على قول الهدوية فقال الحقيني: لا يجوز، بل يتصدق بحصة القراءة من الأجرة^(٣)، وقال الفقيه يحيى البحيح: بل يجوز؛ لأن المضمّر كالمظهر عندهم في الربا دون غيره^(٤).

مسألة: ويجوز الاستئجار على تعليم اللغة^(٥). ولا تجوز إجارة المصاحف إلا على قول من أجاز الإجارة على تعليم القرآن.

وأما إجارة كتب الهداية فقال المنصور بالله وأبو حنيفة: لا يجوز، وقال أبو العباس والوافي: يجوز^(٦). قيل: يعني حيث^(٧) يوجد غيرها يقوم مقامها حتى لا تكون منفعتها واجبة^(٨).

(١) قلت: وظاهر أدلة المنع لم يفصل، ولأن تعلم القرآن جملة فرض كفاية، لكنه موسع في حق الصغير، فلا وجه للفرق. (بحر بلفظه) وقرره سيدنا حسين المجاهد. بل الفرق ظاهر؛ إذ المانع حديث أهل الصفة، وهم كانوا مكلفين، وأما الصغير فلا وجه للمنع فيه. (قررد).

(٢) قيل: إلا ما لا يتم القدر الواجب إلا بمعرفته فإنه يحرم. اهـ ينظر؛ فظاهر إطلاقهم الجواز.

(٣) حيث لم يعقدوا، فإن عقدوا وجب رده؛ لأنه كالغصب إلا في الأربعة. (قررد).

(٤) واختاره المفتي.

(٥) قال القاضي عبدالله الدواري: إذا لم يقصد بذلك التوصل إلى علوم الهداية، وإلا لم يجز^[١]. (ديباج).

(٦) حجة المنصور بالله وأبي حنيفة أن ذلك كإجارة سقف فيه تصاوير لينظر إليها. وحجة

أبي العباس والوافي أنها منافع مباحة يجوز استيفاؤها مع بقاء العين، فأما التصاوير فهي

محظورة لا يجوز النظر إليها. (بستان).

(٧) في (ج، د): حيث يكون يوجد.

(٨) وقال المفتي: المذهب جواز إجارتها كبيعها على المختار.

[١] لفظ الديباج: ولا خلاف في جواز إجارة ما كان من الكتب ليس للهداية في الدين نحو كتب اللغة

والنحو والشعر إذا لم يقصد ذلك للتوصل إلى علوم الهداية.

مسألة: ولا تجوز الإجارة على تعليم ذمي القرآن^(١)، قال في الكافي: ولا استئجار ذمي على نساخة مصحف؛ لأن فيه إهانة للقرآن^(٢).

قال أبو مضر: وتجاوز الأجرة على كتابة الورقة من الحاكم والمفتي؛ لأنها لا تجب عليهما، فيجوز قدر أجرة مثله^(٣)، لا الزائد عليها إذا كانت الإجارة فاسدة، فلو عقدا على ذلك إجارة صحيحة بأكثر من أجرة المثل أو كانت الورقة من الكاتب ثم باعها بثمان أكثر من قيمتها وعرف أن الزيادة لمكان الولاية أو الفتوى - فعلى قول المؤيد بالله: تجوز ولا حكم للضمير، وعلى قول الهدوية القولان المتقدمان^(٤).

قال الفقيه يوسف: وتجاوز الأجرة^(٥) على قراءة القرآن^(٦) على القبور^(٧)

(١) قال عليه السلام: هذا إذا كان لا رغبة له في الإسلام؛ لأن ذلك من الأمور المحظورة. قال عليه السلام: ولا يجوز الاستئجار على تعليم السحر والكتب المنسوخة كالتوراة والإنجيل. (بستان بلطفه). وفيه نظر لا سيما عند من يقول: شريعة من قبلنا تلزمنا ما لم تنسخ، فيؤخذ من ذلك جواز التعليم مع الثقة بالنقل والصحة، وقد روي أن الناصر عليه السلام كان يحفظ أكثر الكتب المنسوخة من الكتب السابقة.

(*) قال القاضي عبدالله الدواري في الديباج: الفائدة الثانية: في الحربي والذمي هل يجوز تعليمها القرآن أم لا؟ ذكر أبو حنيفة والشافعي في قول يجوز ذلك، وهو المذهب، إلى أن قال: لنا قوله تعالى: ﴿وَأَنَّ أَحَدًا مِنَ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجَارَكَ فَأَجْرُهُ حَتَّى يَسْمَعَ كَلَامَ اللَّهِ﴾ [التوبة: ٦]، ولأنه صلوات الله وسلامه عليه كان يغشى مجالس الكفار ويتلو عليهم القرآن، وكذلك يتلوه على من وفد عليه طالباً تلقينه ذلك.

(٢) ولأنه لا يطهر من الجنابة. (قررو).

(٣) غير حاكم ولا مفت.

(٤) المختار المنع.

(٥) في (د): الإجارة.

(٦) وقد وجدت حديثاً في حل الأجرة على ذلك، وهو قوله صلوات الله وسلامه عليه: ((أحق ما أخذتم عليه أجرأ كتاب الله)) ذكره السخاوي، ونقله الديبع. (من خط سيدنا حسن عليه السلام).

(*) وتكفي النية في أول الختمة ما لم يضرب. (مفتي، وشامي) (قررو). وقال في البحر: يصح أن تؤخر النية إلى بعد تمام الختمة، ومثله في معيار النجري.

(٧) يعني قبور المؤمنين، ذكره الإمام شرف الدين. (قررو).

(*) حيث كان الميت مؤمناً، وإن كان فاسقاً فإن كانت القراءة على القبر أو إلى روحه لم يجز

ونحوها كما تجوز على قراءة الرقية^(١)؛ لأن ذلك لا يجب.

مسألة: قال المنصور بالله: تجوز القراءة في مصحف الغير ولو كره^(٢).

وقال السيد يحيى بن الحسين: يجوز أخذ المسألة من كتاب الغير ولو كره إذا لم يجدها إلا فيه ولا وجد من يسأله عنها.

فرع: قال الفقيهان يحيى البحيح وحسن: من أعار غيره مصحفاً وشرط عليه ضمانه لم يصح الضمان؛ لأنها تنقلب إجارة، كأنه استأجره على حفظه بمنفعته.

وقال الفقيه يوسف: بل يصح الضمان ولو لم تصح الإجارة^(٣)، كمن استأجر غيره على خياطة ثوب بمنفعة مصحف أو بتعليمه شيئاً من القرآن، فإن الإجارة لا تصح وإذا تلف الثوب ضمنه^(٤).

فرع: وما كانت منفعته التي استؤجر لها محظورة لم تصح الإجارة عليها، نحو استئجار الكاهن للكهانة أو البغية أو المغنية^(٥) للمحظور، وكذا من أكرى بيته

أخذ الأجرة على ذلك؛ لأنه دعاء له، وإن كانت إلى روح النبي ﷺ أو إلى روح الخمسة أهل الكساء أو نحوهم جاز وحل أخذ الأجرة.

(*) ولا يجب التوالي والترتيب بين السور والأجزاء^[١]، وإنما يشترط ترتيب الآي.

(١) ولو لفاسق، وكذا مداواة الفاسق والذمي؛ لأنه محترم الدم. (مفتي) (قررو).

(٢) وظاهر كلام أهل المذهب أنه لا يجوز. (سماع سحولي). وقد حمله القاضي عبدالله الدواري أنه حيث لم ينقل. وقيل: هو على ظاهره.

(٣) فهي إجارة فاسدة. اهـ والأقرب أنها عارية لا تنقلب إجارة. (قررو).

(٤) قال الفقيه يوسف: وهكذا يضمن المصحف، وتجب له أجرة الحفظ، ولا تجب عليه أجرة المصحف. (قررو).

(٥) وذلك لأن هذه الأمور محظورة. وكل ما يأخذها هؤلاء حرام يجب رده إن كان باقياً أو ضمانه إن كان تالفاً، فإن لم يعرف مالكة وجب التصديق به. قال عليه السلام: والكاهن: من يوهم أنه يعلم الغيب، والكهانة نوع من أنواع السحر، وعنه ﷺ.....

[١] ولعل هذا في غير المستأجر، وأما هو فتصرف إلى ما وقع عليه العقد لفظاً أو عرفاً. (قررو).

من ذمي لبيع فيه الخمر أو ليصلي فيه^(١) أو ليجعله كنيسة فإنه لا يصح^(٢)، ذكره أبو طالب والشافعي، خلاف أبي حنيفة.

مسألة: ولا يجوز أخذ العوض على ماء الفحل، خلاف مالك، ولا استئجار الذمي للمسلم^(٣) على حمل الخمر^(٤) أو الخنزير^(٥)، خلاف أبي حنيفة.

أنه نهي عن أجره البغي وحلوان الكاهن، وعنه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ((من أتى كاهناً أو منجماً أو عرفاً يصدقه فيما يقول فقد كفر بما أنزل على محمد)) قال عَلَيْهِ السَّلَامُ: والكهانة من عمل الجاهلية، كانوا يعتمدونها؛ لأن الشياطين قبل نبوة نبينا صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كانوا يسترقون السمع وينزلون إلى الكهان فيكذبون على ما يسترقون مائة كذبة، وكانت السماء لم تحرس بالشهب، فلما حرست بها بطل ذلك. قال عَلَيْهِ السَّلَامُ: والعراف: هو الذي يدعي أنه يعرف زجر الطير فيقول إذا ناح الحمام أو نعب الغراب: يقع كذا وكذا من الخير والشر. (بستان). قال في الشمس: والبغي: هي المرأة الفاجرة التي تبغي الرجال، قال تعالى: ﴿وَمَا كَانَتْ أُمُّكَ بَغِيًّا﴾ [ترميم]، وقال الشاعر:

زنيم ليس يعرف من أبوه بغني الأم ذو حسب لئيم
قال في النهاية: وكان في العرب كهنة كـ(شق، وسطيح) وغيرهما، فمنهم من يزعم أن له تابعا من الجن يلقي إليه الأخبار، ومنهم من يزعم أنه يعرف الأمور بمقدمات أسباب يستدل بها على مواقعها من كلام من يسأله أو فعله أو حاله، وهذا يخصونه باسم العراف. (من هامش البستان لعله من خط المصنف).

(١) ينظر ما الوجه في هذا؟ لعل الوجه أن هذه الصلاة التي يصلونها لم يتعبدوا الله بها على لسان نبينا صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، بل بصلاتنا وشرطها أيضاً، وهو الإسلام.

(٢) وهل تلزمه أجره المثل للبيت ويشبهه بالغاصب لبطلان التأجير، أو لا تلزمه ويكون كالمباح له بغير عوض؟ القياس: أنها تحب، ويلزم التصديق بها مع الإضمار، ومع الشرط يجب الرد لها للمالكها. (سماح سحولي) (قررو).

(*) والفرق بين هذا وبين البيع: أن عقد الإجارة يتناول المنفعة المحرمة فلا يصح، بخلاف البيع فيتناول الرقبة، وملكها غير محرم، وإنما المحرم الانتفاع بها في المعصية. (مفتي).

(٣) عبارة التذكرة: ولا المسلم نفسه من ذمي لحمل خمر أو خنزير. (باللفظ).

(٤) لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لعن الله الخمر وحاملها...)) الخبر.

(*) لغیر الإراقة. (بحر) (قررو).

(٥) قال في التفريعات: ويجوز أخذ الأجرة على حمل ميت من الكفار من أمصار المسلمين إلى خارج، لا على إدخاله؛ لأن ذلك محظور.

قال الإمام يحيى: ويجوز الاستئجار على إخراج السنديس^(١) ولو كان على مباشرة إخراج النجاسة كما يجوز على الحجامة. قلت: ولأنه يجوز مباشرتها عند العذر، وكما باشر الرسول ﷺ دم البدنة بيده عند إشعارها للهدى، وكعند غسل النجاسة^(٢).

مسألة: وتصح إجارة المشاع ولو من غير الشريك^(٣)، وتجب قسمته. وقال أبو حنيفة: لا تصح من غيره.

فرع: فلو كان المشاع مما يقسم بالمهاياة فإن رضي الشريك بإفراد هذه المدة للمؤجر وله مثلها بعدها جاز^(٤)، وإن لم يرض اقتسماها على قدر الملك، ويقترعان^(٥) في البداية، ويكون للمستأجر الخيار إذا جهل الشياح عند العقد.

(١) قري مفتي وحيث وابن حابس.

(٢) قال المؤلف: لا قياس على تلك؛ لأن الحجامة لا ترطب فيها ولا مباشرة، ولأن اختبار النجاسة إنما يجوز مع الشك وعدم تيقنها كما فيما يدرك باللمس لا بالطرف، لا مع اليقين فلا، وحال غسلها حالة ضرورة، ومسألة الهدى مخصوصة. (شرح فتح من قوله: فصل وتكره على العمل المكروه). قال المفتي: هلا كان هذا مخصوصاً لعموم البلوى والآن لا يفيد في الغالب، وقد ذكر القاضي عبدالله الدواري في الأبدال والملاحة بها ما فيه كفاية، وادعى في ذلك الإجماع.

(*) ولم يكن في كلام الإمام يحيى ما يفهم جواز الترطب، بخلاف كلام القاضي يحيى فافهم. (٣) ويكون التسليم كما في البيع: إما بإذنه وإن غاب، أو بحضوره ولو كره، أو بإذن الحاكم. (شرح أزهار).

(*) حجتنا أن ما صح العقد على بعضه بالعوض مقسوماً صح على بعضه مشاعاً كالبيع. وحجة أبي حنيفة أن الشريك يمكنه القبض، لا غيره فالشياح يمنع صحة الإقباض كتأجير المغصوب. قلنا: الإقباض ممكن بالتخلية، وكما لو أجز الشريكان من رجل داراً، فكل منها قد أجز بعضها مشاعاً قطعاً وأنت توافقنا فيه، فكذا لو انفرد. (بستان).

(٤) في (ب): صح.

(٥) ولو كانت النوبة التي للشريك المؤجر متأخرة صحت الإجارة؛ إذ المفسد الطارئ لا

فرع: فأما الاستئجار على عمل في نصيب مشاع فلا يصح؛ لأنه لا يمكن الأجير العمل فيه إلا بعد القسمة، وهي لا تجب له على المالك^(١).

مسألة: وتصح إجارة الأرض بالطعام وبغيره. وقال الحسن وعطاء: لا تصح مطلقاً^(٢). وقال الباقر والصادق والناصر: لا تصح بالطعام إلا أن يكون معيناً. قلنا: وإذا شرط في الطعام أن يكون مما تزرعه أرض معينة لم تصح الإجارة وفاقاً.

مسألة: وتصح إجارة جنس بمنفعة جنس آخر مدة معلومة^(٣)، وأما بمنفعة من جنسه - نحو إجارة دار بمنفعة دار^(٤) أو إجارة أرض بمنفعة أرض أو إجارة عبد بمنفعة عبد ونحو ذلك - فقال في الكافي وأبو حنيفة: لا تصح^(٥)، والمذهب الصحة مطلقاً، ذكره المؤيد بالله والمنصور بالله والشافعي.

وقال الفقيه علي: بل يشترط أن تستوي المدة، لا إن اختلفت؛ لأن ذلك ربا من جهة النساء^(٦).

يلحق بالعقد. يقال: هما ملكا المنفعة في حالة واحدة وليست على وقت، مستقبل إنما المستقبل قسمة من تأخرت نوبته فقط. (شامي).

(١) يعني للأجير، بخلاف القسمة في حق المستأجر فتجب، ومثله في البيان في باب المزارعة.
(٢) وحجتها أنها متضمنة للجهالة. قلنا: لا جهالة مع تعيين المدة والمنفعة. (بستان).
(*) سواء كان بطعام أو غيره.

(٣) وفاقاً.

(٤) فلو انهدمت إحدى الدارين هل تبطل إجارة الأخرى؟ الأقرب أنها لا تبطل، ويكون لصاحبها قيمة منفعة داره لا منفعة المنهدمة؛ إذ لا تضمن بالمثل. وقيل: قيمة منفعة الدار المنهدمة إذا لم يختر الفسخ. وكذا لو كانت دار بين شريكين فسكن فيها أحدهما سنة أو أقل أو أكثر فقال الشريك الثاني: يسكن في الدار مثله فليس له إلا قيمة المنفعة فقط. (نجري).

(٥) لأنه يشبه نكاح الشغار. قلنا: علة فساد نكاح الشغار تضمنه استثناء البضع، لا كونه منفعة بجنسها كما زعمتم، فافترقا. (بحر).

(٦) قلنا: لا ربا في المنافع. (بحر). لأن موضع الإجارة النساء.

مسألة: وتجوز إجارة حلية الذهب بذهب، وحلية الفضة بفضة^(١) نقداً أو نسيئاً. وقال بعض أصحاب الشافعي: لا تجوز نسيئاً.

وتجوز إجارة الشيء ليرهنه المستأجر.

مسألة: وإذا شرط الخيار في الإجارة فقال الشافعي: تفسد الإجارة^(٢). وقال الناصر والوافي: تصح، لكن إن جعلت مدة الخيار من غير مدة الإجارة قبلها كانت هذه إجارة في المستقبل وفيها خلاف يأتي^(٣). وإذا قلنا بصحتها وانتفع المستأجر في مدة الخيار لم يبطل خياره وتلزمه أجرة المثل لما انتفع فيها. وإن جعلت مدة الخيار من مدة الإجارة فإن انتفع في مدة الخيار لم يبطل خياره^(٤)، ذكره الفقيهان يحيى البحيح وعلي^(٥)، خلاف الوافي والتذكرة^(٦)، لكن إذا كان الخيار له^(٧) وحده لزمته الأجرة لمدة الخيار إذا تمكن من الانتفاع سواء تمت الإجارة أو فسخها^(٨)، فيسلم الأجرة لما قبل الفسخ، وإن كان الخيار للمؤجر أو لهما معاً: فإن انتفع لزمته الأجرة في مدة الخيار، وإن لم يتمكن لم تلزمه، وإن تمكن ولم ينتفع فإن تمت الإجارة لزمته، وإن انفسخت لم تلزمه.

(١) لأن هذا ليس بصرف. (زهور).

(٢) قال الإمام المهدي عليه السلام: وكلام الشافعي أبعد عن الإشكال وهذا في إجارة الأعيان، وقواه الإمام شرف الدين، ووجه قوله مذكور في الغيث وغيره، وقواه المفتي.

(٣) المذهب: لا تصح. اهـ. وصورة ذلك: «أجرت منك هذه الدار شهرين ولك خيار شهرًا قبل الشهرين».

(٤) وذلك لأنه مأذون له بالانتفاع، وحجة الوافي أن الانتفاع إمضاء كما في البيع. (بستان).

(٥) كلام الفقيهين قوي مع الشرط أو جرى به العرف. وكأنه مع أحدهما بمنزلة تجديد الخيار كلما بطل بالاستعمال. (شامي) (قررو).

(٦) قيل: إن كلام الوافي قوي في بطلان الخيار، وكلام الفقيهين قوي في التفصيل. (شامي) (قررو).

(٧) هذا التفصيل على أصل الفقيهين، وقد ذكره في الغيث، وهو المختار.

(٨) أما إذا فسخت الإجارة ولم يحصل إلا مجرد التمكّن لم يلزم شيء. (ذماري) وذلك لأن الخيار موضوع للتروي. اهـ. والمختار البيان.

مسألة: وتصح إجارة الجدار لوضع الخشب أو البناء عليه مدة معلومة، ويجب بيان صفة الخشب والبناء طولاً وعرضاً وما يبنى به^(١)؛ لأن ضرته تختلف، بخلاف ما إذا استأجر الأرض لذلك فلا يجب بيان طول الجدار^(٢) وعرضه؛ لأن ضرته بالأرض أقل ولا تختلف.

مسألة: ويصح استئجار الزوجة على خدمة البيت، خلاف الحنفية^(٣)، وكذا على حضانة ولدها مع بقاء الزوجية^(٤)، خلاف أبي حنيفة والقاضي زيد^(٥).

فرع: وإذا استؤجرت المرأة للحضانة صح وتبعها الرضاع؛ لأنه المقصود، لا العكس فلا يصح استئجارها على الرضاع؛ لأنها لا تتبعه الحضانة، ذكر ذلك أبو طالب. وقال أبو العباس: إن الرضاع هو المقصود فتدخل الحضانة تبعاً له، لا العكس. ولعله يقال: إن الاستئجار على الرضاع لا يصح؛ لأن اللبن أعيان.

مسألة: ويصح الاستئجار على طلب البيع أو الشراء مدة معلومة، فتستحق الأجرة بمضيها^(٦) مع الطلب أو بحصول البيع أو الشراء ولو في بعضها.

(١) أو يقول: حمل ما شئت. (قررو).

(٢) عبر بالطول عن الارتفاع.

(٣) حجتهم أن الزوج يستحق الاستمتاع بها في كل وقت، والخدمة ترفع حق الاستمتاع. قلنا: طلبه إياها رضا بإسقاط حقه في ذلك الحال، وأيضاً فمنافعها باقية على ملكها، ولأن كل عمل جاز الاستئجار عليه عند عدم النكاح جاز الاستئجار عليه مع وجوده. (بستان).

(٤) وبعدها بالأولى.

(٥) فلا يصح عندهما، بل واجب من غير أجرة. (شرح أثمار، وبستان).

(٦) فإن قال: «فإن بعث وإلا فلا شيء لك» فهو متبرع بالسعي حيث لم يبيع. (غيث معنى). فإن تلف قبل بيعه فالأقرب أنه لا ضمان؛ لأنه إن باع فهو أجير، وإن لم يبيع فهو أمين. (عامر). ويصح له في تعليق ابن مفتاح والزهور. وقد يقال: بل يضمن على كل حال؛ لأنه دخل في إجارة، ولا يكون له حالتان حالة يكون فيها أميناً وحالة يكون فيها ضميناً وهو مستأجر، بل غاية ذلك أن تكون الإجارة فاسدة، والأجير يضمن مطلقاً إلا أن يكون خاصاً. (شامي).

وأما على نفس البيع أو الشراء فقال زيد بن علي والهادي والناصر: يصح ولا يستحق الأجرة إلا بحصوله، وقال أبو طالب وأبو حنيفة: لا يصح؛ لأنه لا يتم إلا بفعل غيره، وهو لا يقدر عليه الأجير^(١)، كما في الاستئجار على الإنزاء بالفحل^(٢).

(١) ولكن لو تلف في يده هل يضمن أو لا؟ فيه نظر، وقد تركه في الشرح بلا جواب. (نجري). والأقرب عدم الضمان؛ لجواز أن لا يبيع؛ لأنه إن باع فهو أجير، وإن لم يبيع فهو أمين. (مفتي) ومثله عن سيدنا عامر. يقال: القياس الضمان مطلقاً؛ إذ هو أجير مشترك. (شامي).

(٢) فإنه لا يصح؛ لأنه من فعل الفحل لا من الأجير فهو لا يمكنه. (برهان).

فصل: [في أقسام المؤجرات]

والمؤجرات تنقسم إلى: حيوان وغيره، وغير الحيوان ينقسم إلى: منقول وغيره.

أما المنقول فكالعروض وآلات الصناعات ونحوها^(١)، فتصح إيجارها بشروط ستة:

الأول: لفظ الإجارة^(٢) أو ما في حكمه^(٣) كما مر.

الثاني: أن تكون الأجرة معلومة^(٤) إما جملة وإما تفصيلاً.

الثالث: أن تكون المنفعة معلومة على ما يأتي بيانه.

الرابع: أن تكون مدة الإجارة معلومة^(٥).

الخامس: أن تكون العين المؤجرة معلومة كما في البيع سواء.

السادس: أن تكون موجودة في ملك المؤجر أو في ولايته، أو ملك غيره

وأجاز، وهكذا في كل مؤجر، فلو أجر ملك غيره ثم اشتراه قبل أن يميز المالك بطلت الإجارة^(٦).

(١) كالكتب والآنية والجوالق وآلات الزراعة ونحو ذلك.

(٢) لعله في غير المحقر كما في البيع. (قرئ).

(٣) ولا بد من القبول أو ما في حكمه كتقدم السؤال، ذكره في الأثمار.

(*) يعني لفظ البيع أو التمليك إذا تناول المنفعة. (بستان).

(٤) وذلك لقوله ﷺ: ((من استأجر أجيراً فليعلمه أجره)). (بستان).

(٥) فإن استثنى بعضها فإن كان من آخر المدة صح، وإن كان من وسطها فسد العقد فيما بعد

المستثنى وصح لما قبله، وإن كان من أولها أو مطلقاً فسدت. وهو يقال: يحتمل أن يكون

من آخرها فيصح، وأن يكون من أولها فيفسد، وأن يكون من الوسط فيفسد ما بعد

المستثنى، ومع الاحتمال يحمل على ما يصح. (شامي).

(٦) وذلك لأن هذا عقد ناجز طراً على عقد موقوف فأبطله، وكذا لو اشتراه غيره، لكن

أراد البيان أنه إذا ملك ما أجره لم يقل: إنها تصح إيجارته له. (بستان).

مسألة: ولا حد لمدة الإجارة في الكثرة^(١)، وأما في القلة فأقلها ما يكون له أجره، وما كان لا أجره له لم تصح إجارته. وإذا قال: «شهرًا» صح، وكان أوله وقت العقد^(٢)، خلاف الشافعي فلا يصح عنده إلا ببيان أوله. فإن قال: «شهرًا من يوم كذا» كانت إجارة في المستقبل^(٣)، وكذا إذا قال: شهر رمضان أو نحوه وهو متأخر. **فروع:** وإن قال: «يوم كذا» كان إلى آخره^(٤)، وأما إذا قال: «إلى شهر كذا، أو إلى سنة كذا» فقال أبو العباس: يكون إلى آخر الشهر أو السنة. لكن الأقرب أن العرف خلافه^(٥).

مسألة: وإذا انقضت مدة الإجارة لزم المستأجر رد الرقبة المؤجرة، ومؤنة الرد عليه^(٦). وقال المؤيد بالله: لا يلزمه الرد.

(١) في غير الوقف. (قررو).

(*) ما لم تعد المدة إمكان الانتفاع لطولها، وذلك يختلف باختلاف العين المؤجرة، فالعبد إلى منتهى غالب أجله، كستين سنة من مولده، والدابة عشرين سنة، والثوب سنة أو سنتين على قدر ما يليق أو نحو ذلك، فأما الأراضي والدور فما أراد العقد عليه من المدة. (من فتاوى السهمودي). وقرره المحيرسي.

(٢) حيث تكون صحيحة، وفي الفاسدة من يوم القبض. (قررو).

(*) وعليه الأزهار: وأول مطلقها وقت العقد.

(*) قيل: المراد وقت التمكّن. لعله في لزوم الأجرة، وأما مدة الإجارة فمن يوم العقد. (من هامش شرح الأزهار).

(٣) يعني: وفيها خلاف يأتي في الكتاب. (بستان). والمختار عدم الصحة. (قررو).

(٤) كالسلم.

(٥) قوله: «لكن العرف بخلافه» هذا لصاحب الكتاب، وقد قيل: إن كلام أبي العباس

محمول على أن عرفهم دخوله، وإلا لم يدخل؛ لأن «إلى» للغاية. (بستان).

(*) وأنه إلى أوله.

(*) في (ج): لكن العرف خلافه.

(٦) لا مدة الرد. (قررو). لأنه في سياق المنقول فلا يناقض ما يأتي في الدار.

ويعتبر الرد إلى موضع القبض^(١) لا موضع العقد. ويتفقون في المستعير أنه يلزمه الرد^(٢)، إلا أن يقع شرط^(٣) في الكل عمل به، ويتفقون في الوديع أنه لا يلزمه ولو شرط عليه.

فرع: وإذا شرط الضمان على المستأجر فقال الفقيه حسن: إن الرد واجب عليه، وقال الفقيه علي: لا يجب؛ لأنه قد صار أجيراً مشتركاً على حفظها، والأجير لا يلزمه الرد. والأول أرجح^(٤).

مسألة: وإذا انقضت المدة ولم يردها فإن انتفع أو لم يفرغ الدار^(٥) ونحوها لزمته الأجرة كالغاصب، خلاف أبي حنيفة^(٦)، وإن تلفت ضمنها. وإن لم ينتفع وفرغ الدار ونحوها فإن لم يتمكن من الرد لغيبه مالها^(٧) أو لخوف^(٨) أو نحوه^(٩) فلا شيء عليه، خلاف الشافعي، وإن أمكنه الرد ولم يفعل لزمته الأجرة والضمان^(١٠)، خلاف المؤيد بالله.

(١) هذا في الرقبة المستأجرة، لا في المستأجر عليه فحيث وجد المالك. وإنما وجب الرد على المستأجر لا على الأجير لأن المدة مؤقتة في المستأجر، فإذا انقضت ارتفع الإذن بالإمساك كالمستعير. (بستان).

(٢) وذلك لأنه أخذها لنفع نفسه. (بستان).

(٣) أو عرف. (قرور).

(٤) وذلك لأن المقصود الإجارة. (بستان).

(٥) ذكر الدار استطراداً، وإلا فالكلام في المنقولات.

(٦) بناء على أصله أنها لا تلزم الغاصب الأجرة، وسيأتي إبطاله. (بستان).

(٧) عن موضع القبض. (زهور). وهو المجلس. وقيل: الميل. وأما غيبه المستأجر فليست بعذر. (قرور).

(٨) سواء كانت المخافة على نفسه أو ماله أو العين. (قرور).

(*) فلو ترك التفريغ خوفاً عليها لم تسقط الأجرة، ولكن لا ضمان عليه. (قرور).

(٩) أن يشرط على المالك أن يأتي لها. (شرح أزهار).

(١٠) وإن لم ينتفع كما في الأزهار، وإن لم يجدد النقل، كجحد الوديع. (قرور).

فروع: وإذا قدم المالك من الغيبة بعد مدة وادعى على المستأجر أو المستعير أنه انتفع أو لم يفرغ^(١) نظر في حالها: فإن كانت مفرغة فالبينة عليه^(٢)، وإن كانت مشغولة فالقول قوله، ذكره في التفريعات^(٣).

مسألة: والمستأجر أمين^(٤) لا يضمن ما تلف إلا أن يفرط في الحفظ، وإن شرط عليه الحفظ ضمن كالمشترك^(٥)، وإن شرط عليه الضمان ضمن^(٦)، خلاف أبي حنيفة والشافعي^(٧). والنسيان تفريط^(٨)، خلاف الإمام يحيى^(٩). ولا فرق في ذلك كله بين الإجارة الصحيحة والفاصلة.

فروع: وإذا وقع الشرط [للحفظ والضمان]^(١٠) بعد العقد فقال الفقيه حسن:

(١) الدار.

(٢) وعليه الأزهار بقوله: وعلى مدعي إباق العبد بعض المدة إن قد رجع.

(٣) قال الوالد: وهو يأتي قياس ما رواه علي بن العباس عن العترة، وظاهر إطلاق أصحابنا أن البينة على المالك من غير فصل. (بستان).

(٤) وذلك لأنه يمسكها لغرض المالك - وهو الأجرة - فأشبهه الوديع. (بستان).

(٥) بعد التضمين. وقيل: قبل التضمين.

(٦) الغالب وغيره.

(٧) حجبتنا أنه يصير كالمستأجر على الحفظ ببعض المنافع؛ من حيث إنه جعل بعض المنافع في مقابلة الحفظ وبعضها في مقابلة الأجرة، فلذلك صح كتضمين العارية، وحجبتهم: أن كل ما لا يضمن في نفسه لا يضمن بالشرط كالوديعة. قلنا: هي بالعارية أشبه؛ إذ يمسكها لغرض نفسه، ولقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((الشرط أملك))، ولقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((الزعيم غارم)). (بستان).

(٨) لا الضياع حيث حفظه حفظ مثله. اهـ قد قيل: إنه تفريط مطلقاً. (قرو).

(٩) حجبتنا أنه فرط في الحفظ. وحجة الإمام يحيى أن النسيان عذر عند الله تعالى، ولقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((رفع عن أمتي...)) الخبر. (بستان).

(١٠) ما بين المعقوفين من (أ، د). وفي المطبوع: للحفظ أو الضمان.

إنه يصح^(١) ويكون كالزيادة في الأجرة، وقال الفقيه يحیی البحيح: لا يصح^(٢)، وهو ظاهر الشرح؛ لأن المنافع قد صارت مستغرقة بالأجرة فبقي الحفظ في غير مقابلة شيء.

فروع: وإذا شرط الحفظ^(٣) [أو الضمان]^(٤) في الإجارة الفاسدة فإن انتفع وحفظ وجبت عليه أجرة الانتفاع وله أجرة الحفظ^(٥)، وإن لم يفعل أيهما فلا أجرة عليه ولا له، ويضمن ما تلف، وإن فعل أحدهما فقط وجبت أجرة ما فعله.

مسألة: وإذا اشترط على المستأجر ضمان ما ينكسر أو ينشق أو يتلف بالاستعمال المعتاد أو بدونه^(٦) من غير تفريط لم يضمن إجماعاً؛ لأنه يؤدي إلى منعه من الانتفاع.

(١) ويعتبر قبول المستأجر، وإلا لم يلزمه. اهـ وقال المفتي: يكفي عدم الرد مع العلم كالزيادة في الثمن. ولفظ حاشية: والمقرر أنه لا بد من علم المستأجر والمشارك وإن لم يقبل، وقرره المفتي والمتوكل على الله عليه السلام. (قرن).

(٢) الفقيه يحیی يفرق بين هذا وبين الزيادة في الأجرة والأجل في البيع والخيار. اهـ والجواب أن هذا الحفظ بعد العقد عمل، والعمل لا يلحق العقد، بخلاف الزيادة في الثمن والأجرة فإنها مال فيلحق، والأجل تأخير مطالبة.

(٣) أو الضمان.

(٤) ما بين المعقوفين غير موجود في (ب، ج، د).

(٥) والعرف بخلاف ذلك، فإنه لا أجرة على الحفظ. (قرن).

(٦) كالنقل والوضع. (زهور) من غير استعمال. (زهور).

(*) قال في الزهور: قوله: «أو دونه» يحتمل قوله: «دونه» ما ينكسر بدون الاستعمال، وهو النقل والوضع، فيكون إعراب «دونه» بالجر، ويحتمل أن المعنى شرط ضمان الانكسار أو دون الانكسار، وهو الشق والثلثم، فيجوز إعراب «دونه» بالجر والفتح؛ لأن المعطوف على معمول المصدر يعطف على اللفظ وعلى المحل.

وأما في المستعير إذا شرط عليه ذلك فقال الفقيه حسن: لا يصح أيضاً^(١)، وقال الفقيه يوسف: بل يصح^(٢). وظاهر إطلاقهم أن الإجارة صحيحة مع هذا الشرط وإنما يبطل الشرط فقط، وقال الفقيهان محمد بن سليمان ومحمد بن يحيى: بل تفسد الإجارة بالشرط؛ لأنه خلاف موجبها^(٣).

وأما غير المنقول فهو ضربان: الأول: الدور والمنازل والحوانيت ونحوها^(٤)، فتصح إجاتها بالشرط المتقدمة^(٥).

مسألة: وإذا أكرى الدار كل شهر بكذا أو كل سنة بكذا فالإجارة فاسدة؛ لجهالة المدة.

مسألة: وإذا أكرها سنة عديدة كانت ثلاثمائة وستين يوماً، وإن قال: «سنة هلالية» أو أطلق^(٦) كانت على ما تهل شهورها، إلا ما كان فيها من كسر تم ثلاثين يوماً^(٧). وإن قال: «سنة رومية أو فارسية أو شمسية» فسدت الإجارة؛ لجهالة ذلك^(٨)، إلا أن يكون معروفاً، ذكره في البحر.

(١) لأنه يؤدي إلى منعه من الانتفاع. (بستان).

(٢) لأن للمعير أن يتحكم على المستعير في الانتفاع، فكأنه منعه من الانتفاع الذي يؤدي إلى الكسر ونحوه. (بستان).

(*) وقواه الهبل.

(٣) قلت: الأقرب أنه يلغو؛ إذ هو غير لازم، كتضمين الوديعة. (بحر).

(٤) الخانكات والعشش.

(٥) وهي ستة.

(٦) قال في البحر: إذا أطلق صرف إلى الهلالية؛ إذ هو المعهود شرعاً، لقوله تعالى: ﴿قُلْ هِيَ مَوَاقِيْتُ لِلنَّاسِ﴾ [البقرة: ١٨٩]. (بلفظه).

(٧) يعني: بعد أن يعد أحد عشر شهراً بالأهلة ثم توفي. (بستان). إلا أن يجري عرف باعتبار العدد عمل به. (برهان).

(٨) قال **عليه السلام**: لأن سني الروم والفرس والمقدرة بسير الشمس تزيد على الهلالية زيادة غير معلومة، فإن كانت معلومة صحت الإجارة. (بستان).

مسألة: وإذا جعلت الأجرة عمارة جدار في الدار المؤجرة أو في غيرها صح^(١) إن كانت الآلة التي يعمر بها معلومة وذكر قدره طولاً وعرضاً، ذكره في التقرير، ولعله يعتبر في الآلة وهي الحجارة ونحوها أن تكون ملكاً لمالك الجدار، أو للعمار إذا كانت معينة، فيكون ذلك بيعاً وإجارة^(٢).

مسألة: ويجب بيان المنفعة التي استؤجرت لها الدار ونحوها إذا كانت المؤجرة تصلح لمنافع مختلفة في المضرة، لا إن استوت مضرتها أو كانت لا تصلح إلا لمنفعة واحدة، ففي الدار يبين أنها للسكنى أو لغيره، وفي الحانوت يبين أنها للتجارة أو للقصارة أو للحدادة أو نحو ذلك إذا كان يعتاد فيها ذلك كله، لا عدد من يسكن الدار أو قدر ما يتجر فيها أو قدر ما يطحن على الرحى فلا يجب بيان ذلك. قال الفقيه علي: المراد به إذا كانت المضرة لا تختلف باختلافه في الكثرة والقلّة، فإن كانت تختلف وجب بيانه، إلا أن يقول المؤجر: «افعل فيها ما شئت» لم يجب البيان^(٣).

مسألة: وعلى المكري للدار تفريغ الخلاء في أول المدة^(٤) كما يفرغ الدار ليتمكن المكثري من الانتفاع بها، ثم إذا ملأه المكثري فهو الذي يفرغه إن أحب

(١) فإن امتنع الأجير من العمارة ولا حاكم يجبره أو تعذر بوجه من الوجوه هل يلزمه أجرة السكن أو أجرة من يعمر الدار؟ قيل: تلزمه أجرة السكن. وعن سيدي المفتي: تلزمه أجرة من يصلح الدار، وهو الأولى؛ إذ هو عوض المستأجر.

(٢) ولا بد أن يأتي بلفظ البيع. (من خط سيدنا إبراهيم حثيث). وقيل: لا يحتاج؛ لأن ذلك يكون ضمناً.

(٣) لأن الأرض تستباح بالإباحة. (بستان). بخلاف الحيوان.

(٤) الظاهر أن التفريغ يكون قبل عقد الإجارة، كما يجب على المستأجر التفريغ في مدته. و(قرر).

(*) قال في البحر: ولو اكرت داراً فلم يجد فيها حشاً فعيب. قلت: إلا حيث لا يستعمله أهل تلك الجهة في البيوت؛ إذ لا يعد عيباً عندهم.

ليتمكن من الانتفاع، فإذا انقضت المدة^(١) لزمه تفريره كتفريغ الدار. قال الفقيه يوسف: إلا أن يجري العرف بخلاف ذلك عمل به.

فروع: وعلى المكري تسليم المفتاح، فإن ضاع^(٢) مع المكري فعلى المكري إبداله، ولا يضمه المكري^(٣) إلا أن يفرض.

مسألة: من اكترى داراً للسكنى أو للتجارة لم يكن له أن يطحن فيها ولا يدق فيها تراباً ولا أرزاً ولا نوى ولا حديداً إلا أن يشرط ذلك أو تجري به عادتهم، وكذلك في الحانوت.

مسألة: من اكترى حانوتاً للقسارة فله الحدادة فيها إذا كانت مضرتها مساوية^(٤) أو أقل، لا إن كانت أكثر، وكذا العكس، وكذا في سائر الصناعات، وكذا في سائر المنافع المؤجرات كلها. فلو شرط عليه المكري عند العقد أن لا ينتفع إلا بتلك المنفعة دون غيرها فليل^(٥): يصح الشرط، وقيل: يصح العقد لا الشرط، وقيل: يفسد العقد^(٦). وهو الأظهر^(٧).

مسألة: من وكل غيره أن يكري داره أو حانوته لم يكن للوكيل أن يكريها من أهل هذه الصناعات التي تزيد مضرتها على غيرها إلا أن يأذن له بذلك أو يجري به العرف^(٨).

(١) بل تكون مدة التخلية من مدة الإجارة في الخلاء والدار وغيرهما. (قررو).

(٢) يعني: تلف من غير جناية ولا تفريط. لأن قد تقدم أن الضياع تفريط. اهـ فإن تلف بجناية ضمن المكري قيمته، ويعوضه المالك، فإن لم يبده المالك فلا أجره؛ لعدم

التخلية؛ لأنه يجب عليه التعويض. (شرح بحر) (قررو). ومثله في شرح الفتح.

(٣) لأنه أمانة. (غيث).

(٤) وهذا هو الذي اختاره في الغيث وإن كانت عبارة الأزهار توهم أنه لا يجوز المساوي.

(٥) وهذه الأقوال هي ثلاثة أوجه ذكرها في مهذب الشافعي. (بستان).

(٦) إذا قارن العقد.

(٧) وذلك لأنه شرط ما ينفي موجبها. (بستان).

(٨) أو يكون مفوضاً. (قررو).

مسألة: وإذا غصبت الدار المؤجرة فحيث يمكن المستأجر منع الغاصب واسترجاع الدار منه بغير عوض ولم يفعل يلزمه الكراء^(١)، وله الرجوع على الغاصب^(٢) بأجرة المثل، وإذا زادت على الكراء كان كما إذا أكرها بزائد^(٣) على ما يأتي. وحيث لا يمكنه ذلك فلا كراء عليه لمدة الغصب؛ لأنه لم يتمكن من الانتفاع، وللمالك مطالبة الغاصب بأجرة المثل.

مسألة: وإذا خربت الدار المؤجرة فقبل قبضها تبطل الإجارة^(٤)، وبعده لا تبطل، خلاف أبي حنيفة والشافعي^(٥)، لكنه يسقط الكراء ما دامت خراباً^(٦)، ويكون للمكترى الفسخ، فإذا لم يفسخ لزم مالكة إعادة كما كانت قدراً وصفة إن

(١) حيث كان بعد قبض العين من المالك. (قررو).

(*) والمراد بهذا إذا كان بعد قبضه^[١]، لا إن كان قبله فلا أجرة. (كواكب من آخر فصل إجارة الأدمي).

(٢) بعد القبض.

(٣) ولعل الأولى هنا أنها تطيب له؛ لكون الغاصب أتلف عليه منافع مملوكة له فيضمنها بقيمتها، وهي أجرة المثل. (قررو). وفي المعيار: يحتمل أن يطيب له الزائد ويحتمل أن يتصدق به. اهـ وقيل: يجب عليه رده للمالك.

(٤) وقال يحيى حميد: لا فرق بين قبل القبض وبعده أنها لا تبطل، وقول القاضي زيد: لا خلاف وهم، فإن مالكا يقول: إذا تلف المبيع قبل القبض لم يبطل البيع، والإجارة مقيس عليه، وفيه أيضاً خلاف قد سبق، ولعله يحتمل ظاهر^[٢] إطلاق الأزهار لا شره، والله أعلم. (من خط المفتي).

(٥) فقالوا: تبطل الإجارة، قلنا: لا وجه للبطلان، بل يسقط الكراء ما دامت خراباً؛ لتعذر الانتفاع بها، وله الفسخ؛ لأنها تفسخ بالأعدار. (بستان).

(٦) وهكذا حكم الغصب إذا خربت الدار ولم يبق لها أجرة سقط الكراء لمدة الخراب. (هداية) (قررو). لا لو تعذر الانتفاع لحبس المستأجر لم يسقط شيء من الأجرة ما لم يفسخ. (قررو).

(من هامش شرح الأزهار معلق على قوله: فإن تعذر الانتفاع لعارض في العين).

[١] أو خليت له تخلية صحيحة في عقد صحيح فتجب عليه الأجرة. (قررو).

[٢] في المطبوع: ولعله يحمل عليه ظاهر.. إلخ.

أمكنه^(١)، ثم يجب الكراء لما بقي من المدة بعد عمارتها إذا كان له أجره. فلو أعادها الكل على غير صفتها الأولى خير المكتري بين سكنها فيما بقي من المدة بحصتها من الكراء وبين الفسخ.

وإن عمر بعضها فقط خير المكتري بين الرضا به بحصته من الكراء فيما بقي من المدة وبين الفسخ، ولا فرق في ذلك كله بين أن تخرب بفعل المكري أو المكتري أو الغير، لكنه يلزم المكتري أرش الخراب إذا كان بفعله، لا عمارتها. **فرع:** وإن خرب بعض الدار فالكلام فيما خرب كما مر، والذي بقي منها يغير المكتري بين الرضا به بحصته من الكراء وبين الفسخ.

فرع: وهكذا إذا ترك المكري متاعاً له في بعض الدار شاغلاً له فلا كراء له، ويغير المكتري في باقيها بين الرضا به بحصته وبين الفسخ؛ لأنه يثبت في الإجارة خيار العيب ولو كان حادثاً مع المكتري^(٢)؛ لأنه يجب تسليمها سليمة في كل وقت، فلورضي ثم فسخ من بعد فالأقرب أن له ذلك^(٣). ويثبت فيها خيار الرؤية.

مسألة: وعلى المكري إصلاح ما تغير من الدار، وتطيين ما يحتاج إلى تطيينه، وإصلاح بئر الماء إن كان فيها؛ ليتمكن المكتري من الانتفاع، ذكر ذلك في الشرح^(٤).

(١) فإن لم يفعل كان للمستأجر ولاية في فعل ذلك^[١]، ويرجع على المالك إن كان غائباً أو متمرداً، وإلا فلا. (قرر). وهو الأزهار في قوله: «وكذلك مؤن كل عين لغيره في يده».

(٢) ولو بفعله. (بحر).

(٣) وفي المعيار مثل هذه النسخة. وفي الأزهار: وما تعيب ترك فوراً. إلى قوله: وإلا كان رضا ما يخالف هذا. اهـ وكلام البيان مذهب في الدار المنهدمة.

(٤) فإن لم يفعل كان للمستأجر أن يفعل ذلك، ويرجع على المالك إن كان غائباً أو متمرداً، وإلا فلا. (قرر). وهو الأزهار في قوله: «وكذلك مؤن كل عين لغيره.. إلخ».

[١] وفي اعتبار الحاكم الخلاف. اهـ لا يحتاج. (قرر).

قال الفقيه يوسف: فلو جرت العادة بأنه يفعل ذلك المكتري - كما هو العرف الآن - أو شرط ذلك عليه كانت الإجارة فاسدة؛ لأنه يكون ذلك من جملة الأجرة، وهو مجهول^(١).

فروع: وهكذا في علف الدابة المؤجرة ونحوها^(٢) فإنه على مالکها، فلو شرط على المكتري أو جرى به العرف كانت إجارتها فاسدة^(٣).

فروع: وهكذا في عارية الدور والدواب ونحوها إذا شرط ذلك على المستعير^(٤) أو جرى به العرف كانت عاريتها إجارة فاسدة؛ فتلزمه أجرة ما انتفع به، وله أجرته^(٥) فيما أصلح من الدار وقيمة ما علف الدابة مما هو معتاد، والأقرب أنه يكون مستأجراً لها - لأنه المقصود - لا أجيراً على ما فعل؛ فلا يضمنها إذا تلفت.

(١) يقال: هذا ما لم تكن أجرة صلاح ما ذكر معلوماً، وإلا صحت حيث لا يحتاج إلى آلة أو كانت الآلة من المؤجر موجودة. (إملاء شامي). وينظر أيضاً في الفرق بين هذا وبين ما إذا شرط الحفظ على المستأجر فقد قالوا: يصح وتكون أجرة الحفظ زيادة على الأجرة الأصلية، ولم يحكموا بالفساد فينظر، ويمكن الفرق بأن أجرة المنفعة والحفظ هو المسمى من غير زيادة، وإنما جعلوها كالزيادة فقط، بخلاف هنا فلا شك أن هذه الأشياء ينفق عليها من غير المسمى، فافترقا. (شامي).

(٢) المعارة.

(٣) إلا أن يكون الإنفاق معلوماً جنساً ونوعاً وقدرًا فيصح في المثلية، لا في القيمة فلا كالقصب والتبن ففسد، إلا أن يذكر دراهم ويأمره أن يشتري بها علفاً صح ذلك، ويكون مستأجراً على علفها فيضمن ضمان المشترك. (نجري معنى). وقيل: لا يضمن. (قرير).

(٤) أما مع الشرط فعليه الأزهار بقوله: «وتصير بشرط النفقة عليه إجارة».

(٥) قيل: والعرف خلاف هذا، وهو أنه لا أجرة عليه فيما انتفع، ولا قيمة له فيما علف، وقد ذكر معناه الدواري.

مسألة: وإذا شغل المكتري^(١) عن الانتفاع فله الخيار في الفسخ إذا كانت عادته يعمل بنفسه أو يأمر غيره ويحضر معه، وإلا فلا خيار له، وإذا لم يفسخ لزمه الكراء إن أمكنه أن يستتیب غيره للعمل، فإن لم يمكنه فقال الفقيه يحیی البحيح: يسقط عنه الكراء، وقال الفقيه حسن: لا يسقط إلا أن يفسخ أو لم يمكنه الفسخ^(٢).

مسألة: وإذا كانت الإجارة صحيحة فإنها تجب الأجرة فيها باستيفاء المنافع، كلما استوفى من منفعة لها قسط من الكراء وجب تسليمه، وكذا بالتمكن من

(١) ظلماً أو حقاً. (تذكرة). لفظ التذكرة: لا لو شغل المكتري ظلماً أو حقاً فلا يمكنه الانتفاع فتجب إن لم يفسخ. اهـ قوله: «فتجب إن لم يفسخ» هذا بناء على إمكان الفسخ والاستنابة؛ لأن المسألة على وجوه أربعة: الأول: أن يمكنه الفسخ والاستنابة، فإن كان عادته تولي الزرع ونحوه بنفسه أو يحتاج إلى حضوره فله الفسخ، فإن لم يفسخ لزمته الأجرة، وهو الذي بنى عليه الكتاب، وإن كان لا يحضر ولا يتولى بنفسه فلا فسخ. الثاني: أن لا يمكنه الفسخ ولا الاستنابة، فإن الأجرة تسقط بغير فسخ كانقطاع المنفعة. الثالث: أن تتعذر الاستنابة ويمكن الفسخ فكالثاني^[١]. الرابع: عكسه، فإن الأجرة تلزمه ولو كانت عادته أنه لا يستتیب؛ لأن المنافع تلفت تحت يده. (من تعليق ابن مفتاح على المذاكرة).

(*) لعله يستقيم إذا استأجر أرضاً للزراعة مثلاً.

(٢) وينظر في هذا؛ لأن العذر لأمر يرجع إلى غير العين المستأجرة فلا سقوط حتى يفسخ في وجه صاحبها أو علمه بكتاب أو رسول.

(*) ولفظ الزهور: وإن أمكنه أن يستتیب ولم يمكنه الفسخ فإن كان يستتیب وجبت الأجرة ولا فسخ له، وإن كان لا يستتیب [قال سيدنا:] فلعلها تجب أيضاً؛ لأن المنافع تلفت تحت يده فأشبهه المعيب إذا تلف تحت يد المشتري قبل يتمكن من الفسخ، والله أعلم.

(*) لعجز أو نحوه.

(*) وسيأتي هذا نظير في هامش الفرع بعد مسألتين من إجارة الأدمي.

(*) فيسقط بغير فسخ كانقطاع المنفعة. (تعليق ابن مفتاح رحمته الله).

(*) لأمر ما كعجمة أو نحوها.

[١] قوله: «فكالثاني» يعني في سقوط الأجرة، وهو يأتي على قول الفقيه يحیی البحيح، وعلى قول الفقيه حسن لا تسقط الأجرة إلا أن يفسخ أو يتعذر الفسخ، وهو المختار. (سماح سيدنا حسن رحمته الله).

الانتفاع ولو لم ينتفع إذا قد حصلت التخلية^(١) من المكري على ما جرت به العادة.

فرع: فلو سلم الدار مغلقة ولم يسلم مفتاحها لم يصح التسليم، وليس على المكثري فك الغلق ولا التسلق من الجدار، فإن فعل جاز ولزمه الكراء، وليس له كسر الغلق، فإن فعل أثم وضمن^(٢) ولزمه الكراء.

فرع: ويعتبر تسليم المفتاح الذي يمكنه الفتح به، فلو كان لا يمكنه لبلاوته وهو يمكن أكثر الناس فإن أمكنه يأمر غيره بالفتح^(٣) لزمه الكراء، وإن لم يمكنه لم يلزمه.

مسألة: ومن أكرى داره من شخص ثم أكرها من غيره فالأول أولى بها إن عرف، فلو أجاز العقد الثاني صح وكان له إن كان قد قبض الدار^(٤)، إلا حيث نوى المكري بالعقد الثاني لنفسه ونوى المجيز بالإجازة له أيضاً فإنه يكون فسخاً

(١) فلو استأجر داراً وهو على مسافة فتخليتها بمضي مدة يمكنه القبض فيها، بخلاف المبيع وهذا في غير المنقول؛ لأن المنقول يمكن حضوره. (قررو).

(٢) أرش الكسر.

(*) قال الفقيه يوسف: ويحتمل أن يجوز له ذلك إذا لم يمكن الدخول إلا به ولا يضمن، كما أنه يلزم المالك فعل ذلك وأكثر منه إذا لم يمكن التسليم إلا به، فإذا لم يفعل كان للمستأجر ولاية في فعله، وكذا في عمارة الدار حيث خربت، ويكون له الرجوع على المكري بأجرته^[١]، لكن هل يحتاج إلى إذن الحاكم إذا كان حاكماً؟ يأتي على الخلاف^[٢] الذي في الشريك ونحوه، رواه عنه في الكواكب. (بستان).

(٣) من غير غرامة ولا مئة. (قررو).

(٤) وأما إذا لم يكن قد قبض المؤجر لم تصح إجازته، والإجازة باقية له. (شرح أزهار بلفظه) (قررو).

[١] مع نية الرجوع. و(قررو).

[٢] لا يحتاج.

للعقد الأول ولا يصح العقد الثاني على قول المذاكرين^(١)، وعلى قول أبي مضر وابن أبي الفوارس: يصح، وهو يأتي قول الهادي كما ذكره عليه السلام فيمن وهب شيئاً ثم باعه^(٢).

وإن أجاز الثاني لنفسه كانت الإجارة له، فلو كانت الأجرة الثانية أكثر من الأولى لم يطب له الزائد على قول الهدوية^(٣).

فرع: فإن التبس المتقدم من العقدين^(٤) فأيهما بين بالتقدم حكم له، وإن لم فإن كان قد قبضها أحدهما حكم له مع يمينه^(٥)، وإن لم فإن أقر المكري لأحدهما بالتقدم حكم له مع يمينه، وإن لم يقر فمن حلف منهما وامتنع الثاني حكم له، وإن حلفا أو نكلا اشتركا فيها، ولهما الخيار^(٦) في الفسخ؛ لأن ذلك عيب، فلو فسخ أحدهما ولم يفسخ الثاني لم يستعمل إلا نصفها؛ لأنه قد بطل حقه من النصف الآخر، ذكره الفقيه يوسف^(٧).

(١) لأنه وقع في ملك غيره. وأراد بقول المذاكرين وقول الهادي في مسألة الهبة حيث وهب لغيره شيئاً ثم باعه فإنه يكون رجوعاً في الأولى، وفي صحة البيع الخلاف. (بستان). ويمكن الفرق بينهما؛ لأن هناك له الرجوع ولا يتوقف رجوعه على إجازة الموهوب له ولا رضاه، بخلاف هنا، فافترقا، وقد صرح به في شرح الفتح في كلام طويل.

(٢) ووجه الفرق: أن الواهب يملك الفسخ والبيع، فينزل قوله: بعث بمنزلة قوله: فسخت وبعث، والمستأجر إذا أجاز عقد المالك لنفسه - أي: نفس المالك - فهو لا يملك حينئذ إلا الفسخ دون الإجازة. (نجري).

(٣) يستقيم كلام البيان حيث أجر المالك لنفسه وأجاز المستأجر لنفسه فيستحق بمثل فقط حيث قد قبض، وأما إذا أجر عن المستأجر وأجاز المستأجر لنفسه وقد قبض فيستحق بمثل وبفوق؛ لأن دخول المالك في العقد كإذنه كما صرح به في شرح الأزهار، وقد أفاد ذلك الضابط على الأزهار والشرح أيضاً فابحث.

(٤) بعد أن علم، لا من الأصل فتبطل الإجارة.

(٥) ويمين المكري إن طلبت؛ لوجوب الاستفداء عليه. اهـ فإن نكل لزمه الاستفداء. (قررد).

(٦) لا للمؤجر. (شرح أزهار). (قررد).

(٧) ولعل الفرق بين هذا وبين ما تقدم في البيع في قوله: وفي العيب لمن رضي - أنه لا أرش

فرع: وهكذا في الجمال ونحوها إذا أكرهاها من اثنين على هذا التفصيل، إلا حيث يشتركان فيها واختلفت طريقتيها ولم يمكن قسمتها بينهما^(١) أو كانت عادة المكري المسير معها^(٢) فإنها تنفسخ الإجارة للتعذر^(٣).

مسألة: من اكرى شيئاً فله أن يكرهه من غيره بشروط خمسة:

الأول: أن يكون بعد قبضه له؛ لأن قبضه يقوم مقام قبض منافعه في ذلك^(٤)، ذكره المؤيد بالله.

الثاني: أن يكرهه لمثل ما اكرهه له أو لدونه، فأما لأكثر فلا يجوز إلا بإذن المالك إجماعاً.

الثالث: أن يكون بإذن المالك^(٥) على ما ذكره في المنتخب وأبو العباس، وعلى قول الأحكام^(٦) وأكثر العلماء: لا يعتبر إذنه^(٧).

فرع: فلو شرط عليه المالك أن لا يكرهه من غيره فسدت الإجارة^(٨)، خلاف المنتخب وأبي العباس، ذكره الفقيه علي. ويتفقون أن له أن يعيره لمثل ما اكرهه له أو لدونه بغير إذن مالكة.

هنا يجبره، بخلاف المعيب في البيع.

(١) فتبطل من غير إبطال. (قررو).

(٢) لا فرق؛ لأنها تلحقه مؤنة للطريق. (مفتي) (قررو).

(٣) ظاهر الكتاب أنها لا تحتاج إلى فسخ، ومثله في الغيث، قال: إلا لما منع فتبطل. اهـ وكذا في الهداية.

(٤) وذلك بدليل أنه لو لم يسكن بعد القبض وجبت الأجرة. (بستان).

(٥) أو إجازته.

(٦) وعليه الأزهار.

(٧) «إذنه» ساقط من (ب).

(٨) قال القاضي عبدالله الدواري: وفيه نظر؛ لأن جواز إجارته ليس من موجب العقد إلا مع الإطلاق، فأما مع الشرط فالشرط أملك، ذكره في الديباج.

الرابع: أن يكرهه من غير مالكة^(١)، فأما منه فلا يصح، ذكره الناصر وأبو طالب وأبو حنيفة؛ لأنه يؤدي إلى أن يطالب كل واحد منهما صاحبه بتسليمه^(٢) وإصلاحه، وقال المؤيد بالله والشافعي: بل يصح من المالك كغيره^(٣).

قال الفقيه حسن: وهكذا الخلاف^(٤) يأتي فيمن استأجر أجيراً على عمل ثم إن الأجير استأجره على عمله، وكذا في المضارب إذا دفع المال إلى المالك مضاربة ثانية معه، وكذا في المرتهن إذا رهن الرهن مع رهنه^(٥)، وكذا فيمن استعار شيئاً ليرهنه ثم رهنه مع المعير.

الخامس: أن يكرهه بمثل ما اكتره أو بأقل، لا بأكثر إلا بإذن المالك أو إجازته عند القاسم والهادي^(٦)، وقال المؤيد بالله وأبو حنيفة والشافعي: إنه يجوز بأكثر.

(١) صوابه: من غير المؤجر. (قرر). مالك أو غيره ممن تعلق به الحقوق. (قرر). وأما لو أجز الوكيل وأضاف إلى الموكل فإنه يصح أن المستأجر بعد قبضه يؤجرها من الوكيل؛ لأن الحقوق لا تعلق به. (حاشية سحولي معني).

(٢) ولفظ البحر: فرع: الهادي والناصر وأبو حنيفة وأصحابه: وليس للمستأجر تأجيرها من المالك؛ إذ يلزم المالك بالعقد الأول تسليمها مستمراً، والعقد الثاني يقتضي أن يتسلمها مستمراً، فيصير طالباً مطلوباً. (بلفظه).

(٣) قالوا: لأنه قد ملك منافعتها فله أن يملكها من أحب. قلنا: يصير المالك طالباً مطلوباً، وذلك متناقض. (بستان).

(*) والصحيح قول المؤيد بالله؛ لأن ما وجب له وجب عليه، فيصلحها بنفسه إن شاء. (وشلي).

(٤) قال الفقيه يوسف: وفي هذه التفريعات نظر؛ إذ لا علة تربط بينها وبين مسألة العين المستأجرة^[١]. (شرح بحر). وهكذا في الزهور.

(٥) على القول.

(٦) والوجه في ذلك أن منافع الرقبة المكراة غير مقبوضة تحقيقاً؛ لأنها معدومة، وإذا لم تكن مقبوضة لم يضمنها، وإذا لم يضمنها لم يجز أن يتجر عليها؛ لنهي النبي ﷺ عن ربح ما لم يضمن. (لمعة).

[١] لكن يقال: علتم بعله يلزم الاشتراك فيها. (مفتي).

فرع: وإذا أكره بأكثر بغير إذن فقال في التقرير وشرح الإبانة: يرد الزائد لصاحبه^(١)، وقال أبو حنيفة^(٢): يتصدق به، وقال أبو مضر: إنه يكون كربح المغصوب على الخلاف فيه^(٣).

فرع: وإذا أكره بزائد بغير إذن ثم تلف فقال في اللع والتقرير: إنهما يضمنا^(٤)، وقرار الضمان على الثاني إن علم بالزيادة أو جنى، وإن لم فعلى الأول. وقال زيد بن علي والناصر والفقهاء يحمي البحيح وعلي: لا يضمنا^(٥)؛ لأن التعدي إنما وقع بزيادة الأجرة لا بإخراجه عن يده، ويكون كمن اكره دابة ليحمل عليها مائة رطل حديداً فحمل مائة رطل خمرأ فإنه يأثم ولا يضمنا إذا تلفت^(٦).

(*) وذلك لأن الزيادة تؤدي إلى ربح ما لم يضمن؛ لأن المنافع لو غصبت لم يضمنا المستأجر، وقد نهى صلى الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن، فأما مع إذن المالك فيجوز؛ لأنه له كالوكيل، فالربح حصل للمالك ثم انتقل إليه من جهته. وحجة الآخرين أنه قد ملك المنافع فله أن يملكها بما شاء، قالوا: ولأنه يضمن المنافع بقبض العين -بدليل أنه لو لم يتففع حتى مضت المدة ضمن الأجرة- فلم يكن ربح ما لم يضمن. قلنا: ضمانه لتلفها في يده؛ إذ لو تلفت العين في وسط المدة لم يضمن إلا حصة ما مضى. (بستان).

(١) إذ العقد غير صحيح. اهـ وفي حاشية ما لفظه: وينظر في العقد هل هو صحيح أو غير صحيح؟ ظاهر كلام البحر أنه غير صحيح، ولكن يلزم منه أن يستحق على المستأجر أجرة المثل وإن زادت على المسمى، فينظر.

(٢) مذهب شامي.

(٣) يعني فيتصدق به على قول الأحكام ويطيب له على قول المنتخب. (بستان).

(٤) وذلك لأنه متعدد بإخراجه؛ إذ ليس له أن يخرج به إلا حيث أذن له الشرع. (بستان).

(٥) قال في البحر: قلت: وهو قوي من جهة النظر؛ إذ عدم لزوم الزيادة لا يقتضي الضمان كالأجرها. (بحر).

(٦) يقال: في مسألتنا أخرجه عن يده على وجه لم يؤذن له به، وفي مسألة الخمر لم يخرج عن يده فافترقا، وأيضاً في الخمر هو متعد في حق الله، وفي الأجرة متعد بالنظر إلى حق آدمي فافترقا.

فرع: فلو كانت الزيادة في الكراء الثاني لزيادة مرغبه فعله المكتري الأول في الرقبة المؤجرة - نحو حرثه للأرض أو تخصيصه للدار أو نحو ذلك^(١) - فإنها تجوز له الزيادة^(٢) وفاقاً، ذكره ابن أبي الفوارس، وله فصل ما فعل من الزيادة التي يمكن فصلها^(٣) كالأبواب في الدار ونحوها، ولا شيء له فيما لا ينفصل كالجص ونحوه.

فرع: ويدخل في ذلك الأجير الخاص^(٤)؛ فلمن استأجره أن يؤجره من غيره، ذكره المؤيد بالله. ويتفقون في المستعير أنه ليس له أن يكره من غيره، ولا يعير عندنا، خلاف الحنفية في العارية. وكذا في الموصى له بالمنفعة ليس له أن يكره من غيره^(٥)؛ لأنه لا يملك المنفعة؛ ولهذا لا تورث عنه، ذكره أبو طالب وأبو حنيفة، خلاف أحد قولي الشافعي والإمام يحيى فقالا: إن له أن يكره وإنها تورث عنه. وهو القوي.

مسألة: وإذا وقعت الإجارة على وقت مستقبل نحو يوم أو شهر أو سنة في المستقبل فإن جعل العقد معلقاً على مجيء ذلك الوقت^(٦) لم يصح وفاقاً، وإن عقده في الحال على وقت مستقبل لا من وقت العقد فقال أبو طالب والشافعي: لا يصح، وقال الناصر والمؤيد بالله وأبو حنيفة: يصح كما لو أكرى الجمل من اثنين ليركب عليه كل واحد نصف الطريق إلى موضع معين^(٧)، وكما في الاستئجار على العمل من حج أو خياطة أو غيرها فإنها تصح الإجارة على

(١) كُنْصَب.....

(٢) حيث الزيادة بغير إذن المالك، وأما لو كانت بإذنه فهو يرجع عليه بما غرم فلا يطيب له زائد الأجرة. و(قرر).

(٣) وعليه أرش ما نقص من العين. (قرر).

(٤) وسواء كان حراً أو عبداً. (سماع المتوكل على الله ﷻ). وفي حاشية: حيث كان عبداً. (فتح).

(٥) وله أن يعير.

(٦) نحو إذا جاء رأس الشهر الفلاني فقد أجرت منك. (سحولي).

(٧) قال في البحر: قلت: تسليمها ممكن عقيب العقد ولو تأخرت نوبة أحدهما فافترقا.

الأعمال في المستقبل وفاقاً^(١).

مسألة: من اكرتئ مكاناً للصلاة فيه فقال مالك والشافعي: يصح، وهو القوي^(٢)، وقال أبو حنيفة والوافي: لا يصح. قال في البحر: وهكذا في استئجار الثوب للصلاة فيه.

الضرب الثاني: الأراضي، فتصح إجارتها بالشروط المتقدمة إذا لم يكن فيها أشجار^(٣) أو كانت فيها واستثنت^(٤).

مسألة: ومنافع الأرض هي البناء فيها أو الغرس أو الزرع غالباً^(٥)، فإن كانت لا تصلح إلا لنوع من ذلك تناولته الإجارة ولو لم يذكر، وإن كانت تصلح له الكل لكن العادة جارية باستعمال نوع واحد فقط فقال المؤيد بالله: تقع الإجارة عليه^(٦)

(١) والفرق بين الأعمال والأعيان أن الأعمال تثبت في الذمة، بخلاف الأعيان فلا تثبت في الذمة^[١]. (تعلق ناجي). (قررو).

(٢) وذلك لأنه لا مانع. وحجة أي حنيفة والوافي: أن فعل الصلاة لا يستحق بعقد الإجارة بحال فلا تجوز الإجارة لأجله كما لو استأجر امرأة ليزني بها. قال الفقيه يوسف: وفي التعليل نظر. (بستان). قال في السلوك: وفي النفس نفرة عن قولهم: لا يصح الاستئجار للصلاة كاستئجار امرأة ليزني بها؛ لأن الزنا محرم من الأصل، والصلاة عبادة، وإنما يستحق بالأجرة الوقوف في المكان لا سيما للصلاة لا غير. (منه).

(٣) تثمر.

(*) مما يثمر في العادة وكان عليها ثمر، أو لا تنقضي مدة الإجارة إلا وقد أثمرت، وإلا فلا تفسد؛ لزوال العلة. (قررو).

(٤) القياس إذا استثنى الثمر كفى.

(*) يعني: وإلا لم تصح؛ لاشتغال العقد على ما يصح وما لا يصح من غير تمييز. (بستان).

(٥) يعني: في غالب الأحوال، وإلا فقد تنفع في التضحية للثياب عليها وغير ذلك من أنواع المنافع. (بستان). (قررو).

(٦) قال في البحر: قلت: وهو القوي؛ للعرف. والظاهر في الأزهار الإطلاق، لكنه محمول حيث لا غالب، وإلا انصرف إليه. (شامي).

[١] في هامش نسخة من البيان وهامش شرح الأزهار: والفرق بين المنافع والأعمال أن الأعمال تثبت في الذمة، والمنافع لا تثبت في الذمة.

ولا يجب البيان، وقال في الشرح: لا بد من البيان عند الهدوية^(١).
 وإن كانت تعتاد الكل فإن كانت مضرته بالأرض على سواء لم يجب البيان،
 خلاف أبي حنيفة، وإن كانت مضرته بها تختلف فلا بد من بيان المنفعة أو يقول:
 اعمل ما شئت.

مسألة: وهكذا إذا استؤجرت الأرض للزراعة وكانت أجناس الزرع
 تختلف مضرتها بالأرض^(٢) وهي تصلح لها الكل فلا بد من بيان جنس ما يزرع
 فيها ولو لم يذكر نوعه. وهكذا إذا استؤجرت للغرس فلا بد من بيان جنس ما
 يغرس فيها حيث تختلف مضرة الأجناس، ولا يجب بيان النوع من الجنس ولا
 عدد الغروس^(٣) ولا صفتها. وهكذا في البناء إذا استؤجرت الأرض له فإنه
 يبين جنس ما يبني به فيها^(٤) إن اختلفت مضرته، ولا يجب بيان صفة البناء من
 الطول والعرض^(٥).

فرع: وإذا قال المكري في ذلك كله: «افعل ما شئت» صح^(٦) من غير بيان،
 بخلاف إجارة الدواب ونحوها فلا تصح إذا قال: «حمل ما شئت»؛ لأن ذلك لا
 يستباح، فإن قاله فسدت إجاتها^(٧).

(١) وعليه الأزهار.

(٢) في (ج): في الأرض.

(٣) حيث لا يختلف ضررها. اهـ ولفظ حاشية: ويفعل المعتاد، وإلا وجب البيان حيث
 اختلفت المضرة بزيادة العدد. و(قرو).

(٤) من حجارة أو لبن أو آجر. (برهان).

(٥) إلا أن يكون على حائط فلا بد من البيان. (برهان).

(٦) في غير الحيوان. (بستان). وقيل: لا فرق؛ لأنه إنما أباح له المالك ما أباح له الشرع، وهو
 الذي يطيقه. (شرح بحر).

(٧) وفيه نظر؛ لأن الشرع قد أباح إيلاام الحيوان، والمالك مبيح ما أباحه الشرع، ولم يبح إلا ما
 يمكن استعمال ذلك الحيوان فيه، فيكون كأنه قال: استعمله فيما شئت مما يستعمل فيه من

مسألة: ولا تصح إجارة الأنهار للاصطياد منها ولا حق الاستطراق أو مسيل الماء، ذكر ذلك في التفريعات، ولعل الوجه في الحق كون المنفعة غير مملوكة، وفي النهر كون المنفعة أعياناً^(١).

مسألة: وإذا انقضت مدة الإجارة في الأرض والزرع أخضر فإن كان تأخره لتقصير من المستأجر نحو تأخره في إلقاء البذر أو قصر مدة الإجارة^(٢) فعليه قلعه، إلا أن يرضى مالكها ببقائه بما شاء من الأجرة، وإن كان تأخره لا لتقصير

المنافع. (شرح بحر للسيد أحمد بن لقمان رحمته الله). وفي الصعيتري: يصح ذلك ويحمل ما يعتاد. (١) وفي الغيث: أن ظهر الماء كالهواء، وهو حق، والحقوق لا تملك بالأعواض، إلا أن يكون الماء مملوكاً فإن ذلك يصح. (بالمعنى)^[١]. ولفظ الغيث: قال [أي: في التفريعات]: ولا تصح إجارة الأنهار لأخذ الصيد؛ لأن ظهر الماء في حكم الهواء. قال: ولا يصح استئجار حق الاستطراق ومسيل الماء. قلت: يعني ممن له الحق، لا من مالك الرقبة فإنه يصح إذا عين الموضع والمدة. (غيث بلفظه) (قرر).

(*) يعني: فعلى هذا لا يصح استئجار آلة الاصطياد كالشبكة ونحوها، وقد صرح به في البحر أنه يصح استئجار الجوارح للصيد^[٢]؛ إذ منفعتها مباحة، فينظر إن أراد صاحب البيان أنها قد صارت في النهر على وجه لو حضر صاحبها أخذها من غير تصيد فهو قويم، وإلا فينظر فيه، ولعله أراد هذا، والله أعلم.

(*) وهي أخذ السمك، والإجارة لا تملك بها الأعيان؛ فلم تصح الإجارة. (شرح بحر معنى). قال في البحر: فأما لحبسها فيصح. اهـ إذ الحبس منفعة مقصودة فتصح^[٣]. (شرح بحر).

(٢) وهو يأتي لمثلها أجرة، وإلا فهي باطلة. (قرر).

(*) وهو يأتي في مثلها للعلف وإلا فلا أجرة.

[١] الماء إن كان حقاً لصاحب الأرض فكإجارة الحق، وهي لا تصح، وإن كان ملكاً فإن استأجره المستأجر ليجريه إلى محل آخر ليصطاد به صح وكان كالألة، وإن استأجره ليصطاد به في محله فما وقع فيه فقد ملكه صاحب الماء؛ إذ يعد له حائزاً، ولا فعل للمستأجر فتأمل، والله أعلم. (شامي) (قرر).

[٢] وفي استئجار الكلاب المعلمة تردد، الأصح الجواز. يقال: من المعاوضة في الحقوق، وهي لا تصح.

[٣] حيث كان الماء مملوكاً. (قرر).

من المستأجر بل لكثرة الماء أو نحوه^(١) وجب بقاؤه حتى يدرك بأجرة مثله^(٢).
فرع: فإن زرع المستأجر في الأرض قبل دخول مدة الإجارة فعليه القلع وأجرة المثل، فلو لم يقلع حتى دخلت مدة الإجارة لم يلزمه القلع بعد دخولها^(٣)، وهذا بناء على صحة الإجارة في المستقبل^(٤).

مسألة: وإذا استأجر الأرض للغرس فيها أو البناء ثم انقضت المدة وجب رفع ذلك، إلا أن يكون على الشجر ثمر بقي حتى يدرك الثمر بأجرة المثل^(٥).

فرع^(٦): وهكذا في السفينة إذا انقضت المدة وهي في لجة البحر فإن كان تأخرها لا لتقصير من المكثري بقيت له حتى يصل بأجرة المثل، وإن كان لتقصير منه فما كان فيها من أمواله التي لا يححف به تلفها لم يجب بقاؤها في السفينة إلا برضا مالكها بما شاء من الأجرة، وما كان فيها له مما يححف به تلفه أو من مال غيره أو من الحيوانات لغيره فإن أمكن التحيل في إخراجها وجب، وإن لم يمكن بقيت بأجرة المثل، وكذا في الحيوانات التي له إن كانت غير مأكولة، وإن كانت مأكولة فعلى الخلاف في ذبحها^(٧) لأجل ذلك.

مسألة: من استأجر أرضاً للزراعة فزرعها ثم انقطع عنها الماء ويبس الزرع فلا شيء عليه من الكراء لما بعد يباس الزرع، بل لما قبله^(٨)، وإن قل الماء حتى

(١) تأخر الماء.

(٢) وعليه الأزهار.

(٣) لأنه زال التعدي بدخول المدة؛ لتقدم الإذن.

(٤) والمذهب لا تصح. (قررو). فيلزم أجرة المثل.

(٥) إن لم يكن منه تقصير. اهـ فإن كان لتقصير فهو بالخيار إما أمره بالقلع وإلا ضرب عليه من الأجرة ما شاء كما في الزرع.

(٦) في (ج): مسألة، وفي (د): مسألة، وكتب عليها: فرع نخ.

(٧) يعني: فعلى قول أبي جعفر وأحد قولي الشافعي والإمام يحيى والفقهاء محمد بن يحيى: إنها تذبح،

وعلى أحد قولي الشافعي والفقهاء يحيى البحيح: لا تذبح. (بستان).

(٨) من الزراعة المتقدمة، وأما هذا فلا شيء؛ لأنه لم يحصل شيء من المقصود. وهو ظاهر

أثر في الزرع فذلك عيب يوجب له الفسخ فقط^(١). فلو قصر الماء على بعض الأرض ل يتم زرعه كان ذلك رضاً بالعيب^(٢).

وإن انقطع الماء عن بعض الأرض وبقي بعضها سقط الكراء في الذي انقطع عنه الماء من بعدما يبس زرعه وخير في الذي وصله الماء بين الرضا به بحصته من الكراء وبين فسخه، ويسلم حصة ما مضى من الكراء في الكل^(٣).

فرع: وهكذا إذا كثر الماء على الزرع حتى أفسده أو ضره في الأرض كلها أو في بعضها فهو كما مر، فإن غاض الماء وفي المدة بقية نظر فيما بقي منها: إن كان يمكنه يزرع فيه ما اكترها له لزمه الكراء لما بقي ولا خيار له، وإن كان يمكنه يزرع فيه ما يصلح للعلف فقط خير بين الفسخ أو الرضا ويسلم كراء ما بقي من المدة، وإن كانت لا تصلح لشيء فلا شيء عليه فيه.

فرع: ولا فرق في ذلك كله بين ماء السماء أو البئر أو النهر؛ لأن مع عدم الماء لم يحصل التسليم صحيحاً بحيث يمكن الانتفاع به؛ فلا يجب الكراء، ومع نقصانه يكون عيباً يوجب الخيار.

الأزهار في قوله: «ومنه نقصان ماء الأرض».

(١) فيقلع زرعه وتلزمه أجرة ما مضى من المدة، فإن لم يقلع كان رضاً بالعيب ولزمه المسمى.

(*) وذلك لأنه عذر لأجل نقصان الماء. (بستان).

(٢) إلا أن يكون بإذن المالك. (شرح أزهار).

(٣) حيث قد حصل شيء من المقصود، وإلا فلا شيء. وفي شرح الفتح: إذا قد حصل ما

يتنفع به ولو علف الدواب، لكن يقسط المسمى على أجرة المثل، هذا معنى كلامه.

(*) قال الفقيه يحیی البحيح: المراد حيث قد زرع فيما مضى من المدة ما يتنفع به وحصده؛

لأن الأجرة لا تلزم إلا فيما يتنفع به أو تمكن من الانتفاع. (تعليق ابن مفتاح رحمته الله).

(*) **فائدة:** إذا أراد المؤجر استحقاق الأجرة انقطع الماء والمطر أو لم ينقطع فإنه يقول:

أجرتها منك أرضاً بيضاء لما شئت انقطع الماء عنها أو لم ينقطع، مدة معلومة بأجرة

معلومة. (ديباج) (قررد).

مسألة: وإذا أصاب الزرع آفة أهلكته^(١) وجب كراء ما مضى من المدة^(٢)، وما بقي منها ينظر فيه كما مر حيث غاض الماء.

مسألة: وإذا اطلع المكتري على عيب في الدابة في مفازة أو على عيب السفينة وهي في لجة البحر فإن ألقى حملة أو متاعه^(٣) عنها وردهما^(٤) وفسخ صح فسخه ولزمه حصة ما مضى من الكراء^(٥)، وإن لم يفعل ذلك كان رضا بالعيب ولزمه الكراء كله^(٦)، قلنا: إلا في نفسه وما معه من الحيوانات^(٧) ومال الغير

(١) كالبرد والضرب والجراد والعدو الغالب ونحو ذلك.

(٢) ويأتي كلام الفقيه يحمي البحيح. اهـ حيث قد حصل ما ينتفع به كما ذكره في شرح الفتح، ومثله في هامش شرح الأزهار، والمختار حيث حصل شيء من المقصود كما تقدم، وإلا فلا شيء.

(٣) في (ب، ج): ومتاعه.

(٤) يقال: المعيب لا يحتاج إلى رده، وفسخ المعيب على التراخي، فالقياس^[١] أن ترك الاستعمال يكفي في سقوط الأجرة. (غيث). وفي حاشية السحولي: لا بد من الفسخ حيث بقي لها نفع، وإلا لزم جميع المسمى.

(*) لا يحتاج إلى الرد. اهـ أما إلى موضع الابتداء فلا يجب، وأما إلى مالكة فيجب. (سماع سيدنا حسن) (قررو).

(٥) يعني من الكراء المسمى إذا حدث العيب، وإن اطلع على عيب متقدم لزمه حصة ما مضى من أجرة المثل معيبة بالنسبة ما بين الأجرتين. (قررو).

(٦) حاصل هذه المسألة أن المكتري إذا اطلع على العيب وترك الاستعمال وفسخ لزمه لما مضى حصته من المسمى، ولا شيء لما بعده ولو انقضت مدة الإجارة وهي باقية عنده، ولا يقال: إنه أتلّف منافع مملوكة لغيره؛ لأنه مأذون له بالإمسك، وإن اطلع وترك الاستعمال فقط ولم يفسخ فهو على خياره، وإذا بقيت عنده لزمه أجرتها معيبة، هذا حاصل هذه المسألة، والله أعلم. وعرض على المفتي فأقره. اهـ هلا قيل: إذا لم يفسخ لزمه جميع المسمى حيث بقي لها نفع مع العيب كما مر في الدار. (سيدنا جمال الدين علي بن أحمد الشجني رحمته الله).

(٧) غير المأكولة، وأما المأكولة فيذبحها ويلقيها وإلا كان رضا. (قررو).

[١] وفي حاشية السحولي: ويفسخ لأجل ذلك ويرد إلى مالكة فقط.

وما يححف به من ماله فلا يكون تركه رضا بالعيب^(١) إذا تعذر عليه الخروج من السفينة، بل له الرجوع بأرش العيب^(٢). وقال القاضي يوسف^(٣): إذا لم يجد ما يحمل متاعه عليه لم يكن بقاؤه رضا بالعيب مطلقاً^(٤)، فيرجع بأرشه.

مسألة: وما نبت في الأرض المؤجرة من زرع أو شجر مما ينبت الناس أو مما لا ينبتونه على قول المؤيد بالله^(٥) فهو للمالكها إن كان بذره يتسامح به^(٦)، وإلا فللمالكه^(٧)، وعلى المؤجر أن يقلعه^(٨) ليتمكن المستأجر من الانتفاع.

(١) مع الفسخ.

(٢) وهو ما بين أجرتها سليمة ومعيبة منسوباً من المسمى إن كان العيب قديماً، وإن كان حديثاً سلم أجرتها معيبة من عند حدوث العيب منسوباً من المسمى.

(٣) والد أبي مضر. شيخ القاضي زيد، وهو خطيب السديدين المؤيد بالله وأبي طالب، وهو من تلامذة أبي طالب، روي أنه قال: قرأت على أبي طالب عشرين سنة فما رأيت تبسم قط. وقال: صحبت المؤيد بالله ست عشرة سنة فلم أره يضحك قط، بل ربما تبسم قليلاً. انتهى من الترجمان.

(٤) يعني قل المال أو أكثر؛ لأن في ذلك إضاعة مال، بل يرجع بأرش العيب، وهو ما بين أجرتها معيبة وغير معيبة فينظر كم التفاوت ويرجع بحصته من الأجرة المسماة. قال الفقيه يحيى البهيح: وهو ضعيف؛ لأنه لا يحفظ ماله بتلف مال غيره. (بستان).

(*) سواء كان مجحفاً أو غير مجحف، وسواء كان مأكولاً أو غير مأكول. (سماع).

(٥) والمذهب أنه كلاً.

(٦) أما على كلام حاشية السحوي أن الصيد المتوحد في الأرض المستأجرة والمستعارة للمستأجر والمستعير فهذا لا يأتي، بل يكون ما هنا أولى في استحقاق المستأجر للزرع طلب الفرق، والله أعلم. (سيدنا جمال الدين علي بن أحمد الشجني).

(٧) يعني إذا عرف، وإلا فليت المال. (بستان).

(٨) فإن لم يفعل كان للمستأجر قلعته ويرجع على المالك بأجرته، وفي اعتبار إذن الحاكم الخلاف^[١] كما في الشريك إذا كان ثمة حاكم، وإلا فله الرجوع وفاقاً.

[١] لا يعتبر على الصحيح.

فرع: فإن ادعى المستأجر أنه أنبته^(١) وهو يمكن حدوثه في مدة الإجارة فالقول قوله مع يمينه إن كانت مدة الإجارة باقية؛ لأن اليد له، وبعد المدة لا حكم ليده^(٢)؛ فعليه البينة^(٣)، وإن كان ذلك الزرع أو الشجر مما يعلم أنه نبت قبل الإجارة فهو لمالك الأرض، ولا تسمع دعوى المستأجر^(٤).

مسألة: إذا حمل السيل تراب أرض لرجل إلى أرض غيره فعلى مالكة رفعه^(٥)، وكذا أجرة وقوفه في أرض الغير على قول المؤيد بالله، لا على قول الهدوية فلا تلزمه الأجرة؛ لأنه بغير فعل منه^(٦).

(١) أي: بذره.

(٢) ويلزم على أصل المصنف أن يقال: وهذا يستقيم بعد خروجه من الأرض بحيث قد ارتفعت يده عنها، كما ذكره في الدار في فصل الاختلاف.

(٣) إلا أن لا يمكن إلا من عنده فالقول قوله مطلقاً ولا بينة ولا يمين. (قررو).

(٤) إلا أن يدعي أنه غرسه قبل الإجارة من ملكه على وجه التعدي سمعت دعواه وبيته، وإنما المراد حيث ادعى ذلك في مدتها. (مفتي) (قررو).

(٥) وإذا دخل الماء المملوك أرض الغير بغير اختيار مالكة وجبت إزالته على مالكة، لكن إذا كان يضر بالأرض وإزالته ويقاؤه معاً ماذا يكون؟ الظاهر أنه يجب على المالك أرش ما نقص من الأرض إذا لم يرض مالك الأرض ببقائه، فإن رضي ببقائه لم يكن لصاحب الماء رفعه، ولا أجرة عليه للأرض، ولا يضمن مالكة الماء، هكذا اقتضاه النظر. (مقصد حسن) (قررو).

(*) وعليه تسوية الأرض^[١]؛ إذ تولد النقص من ملكه بغير إذن مالكة، كلو دخل فصيل دار الغير فتعذر إخراجه إلا بتغيير الباب فعلى رب الفصيل إصلاحه. (بحر من كتاب العارية). ولعله أراد بوجوب الإصلاح الأرش لا البناء. (من بحر بني دره) (قررو).

(*) بها لا يحجف. (قررو).

(٦) في (ب): بغير فعله.

(*) إلا بعد المطالبة برفعه فلم يفعل أو كان السبب متعدئ فيه. (سماح شامي) كما تقدم في الأزهار في زكاة ما أخرجت الأرض.

[١] المختار أنها لا تحجب التسوية إلا لعرف. (عامر).

فروع: فلو نبت فيه زرع بغير إنبات كان لمالك التراب إن كان التراب كثيراً بحيث يتم الزرع به وحده^(١)، وإن كان قليلاً لا حكم له في الزرع فهو لمالك الأرض^(٢)، وإن كان متوسطاً يتم الزرع به وبالأرض معاً كان لمالكهما معاً، ذكره المؤيد بالله.

فروع: فإن اختلط التراب النازل بتراب الأرض اقتسما ما التبس بالتراضي^(٣)؛ لأنه بغير فعل فاعل، فلو كان أحدهما وقفاً صار الكل لبيت المال^(٤) إلا ما عرف أن ليس فيه شيء من الوقف.

مسألة: وتصح إجارة الوقف دون ثلاث سنين^(٥)؛ لأن منافعه ملك، وتكره^(٦) الزيادة؛ لئلا يلتبس بالأملك ويستمر عليه الملك، فلو غلب بالظن أنه يحصل ذلك لطول المدة لم يجوز ووجب استرجاعه بما أمكن، وإن تعذر ضمن

(١) وعليه أجرة وقوف التراب في أرض الغير، وتكون الأجرة أجرة تراب زارع. (سماح مفتي) (قررو).

(٢) وقياس ما تقدم لأصحابنا في الأغصان أنها لمالك التراب فينظر، وهذا في الزرع، ويمكن أن يفرق بين الأغصان والتراب بأن الزرع تتصل عروقه إلى سفلى الأرض والتراب المحمول، بخلاف الأوراق فإنه ليس لها من أصول الشجر اتصال، وإنما اتصلت بالأغصان فقط. (سماح شامي).

(٣) إن حصل التراضي، وإلا فنصفان، ومن ادعى الزيادة فالبيتة عليه. (قررو).

(*) وأما إذا اختلط تراب الغير النازل من أرضه إلى أرض الغير بتراب مباح وجب عليه إخراج ترابه إن تميز، وإلا أخرج النصف. فإن اختلط بتراب وقف وجب على بيت المال إخراج جميعه، وعلى قياس قول الفقيه حسن في الاختلاط يجب عليه إخراج نصف، وعلى الوقف إخراج نصف.

(٤) يعني التراب الملتبس، وما تحته من الأرض حق لمالكها، فيرفع ولي بيت المال ذلك التراب ويبقى ما تحته لصاحبه كما كان. (مفتي) و(قررو).

(٥) وكذا عارية الوقف لا تصح إلا دون ثلاث سنين، كذا حفظ.

(٦) حظر.

قيمته، قال الفقيه يوسف^(١): والإجارة تصح حيث المكري له هو الموقوف عليه^(٢)؛ لأن المنافع ملك له، وحيث هو المتولي لا تصح الإجارة مع عدم المصلحة. وأما إجارة الحيوان فهي على ضربين: آدمي وغيره من سائر الحيوانات التي تملك ولها منفعة كما مر وشروط إجاتها التي تقدمت.

مسألة: ويعتبر في إجارة الحيوانات أن تكون المدة معلومة أو المسافة التي تقطعها^(٣)، نحو يريد إلى جهة معينة إذا اختلفت الجهات في المضرة، وإن استوت لم يجب بيانها، وكذا إذا استأجره إلى بلد وله طريقان مختلفان فيجب بيان أحدهما، وإن استويا لم يجب، وإن اكرى للحرث وجب بيان الأرض^(٤)؛

(١) كلامه حيث انتقل بالإرث، لا بالوقف فلهم أن يعترضوا، وظاهر إطلاق أهل المذهب والأزهار أنه لا يصح تأجير الثلاث فما فوق من غير فرق بين مؤجر ومؤجر إلا مع المصلحة والشهرة أو تجدد الإشهاد في كل ثلاث سنين على قول الفقيه علي. اهـ لكن يقال: فما الفرق بين التأجير وبين إخراج المنافع عن الملك في صورة الإرث حيث قال: لا بالإرث فبحسبه ولا يبطل؟ اهـ (سماح سيدنا حسن). يقال: الفرق خشية التباس الوقف مع طول مدة التأجير، وفي تملك المنافع المملك قائم مقام الناذر أو الواهب لا يؤجر إلا ما كان يجوز للموقوف عليه أن يؤجرها من المدة. (سيدنا علي بن أحمد الشجني رحمته الله). هذا جواب سيدنا رحمته الله غير مفيد بمراد سيدنا حسن، فالإيراد باق، فتأمل.

(٢) والظاهر عدم الفرق، ولا فرق بين مؤجر ومؤجر. (مفتي، وشامي).
(*) لا فرق عندنا بين الموقوف عليه والمتولي مع خشية اللبس فإنه لا يصح التأجير. (شرح أثمار معني).

(٣) وذلك لترفع الجهالة. قال عليه السلام: وتأجير الحيوانات جائز إجماعاً؛ لقوله تعالى: ﴿وَالْحَيْلِ وَالْبِغَالِ وَالْحَمِيرِ لَتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً﴾ [النحل: ٨]، ولم يفصل بين المملوك والمكترى. (بستان).
(٤) يعني بالمشاهدة، لا بالوصف فلا يكفي^[١]، ذكره في البرهان والانتصار، قال عليه السلام: لأن تعب الحيوان يختلف باختلاف صلابة الأرض ورخاوتها وجرزها ولينها، ومثل هذا لا يمكن ضبطه بالوصف. (بستان لفظاً). بل تصح الإجارة إذ^[٢] قد تبينت الأرض بالوصف، وللمؤجر خيار الرؤية.

[١] فإن انضبط بالوصف كفى.

[٢] في المطبوع: إذا.

لاختلاف الأراضي في الصلابة.

مسألة: ويجب بيان المنفعة حيث تصلح لمنافع مختلفة كالحمل والركوب، وإن كانت لا تصلح إلا لأحدهما أو كانت المضرة مستوية لم يجب البيان.

فرع: وإذا بين الحمل أو الركوب لم يجب بيان قدر المحمول ولا جنسه ولا تعيين الراكب على ظاهر كلام اللع ومالك، وقال أبو حنيفة والشافعي: لا بد من بيان قدر المحمول وجنسه^(١) وتعيين الراكب^(٢). وهو القوي.

فرع: والوطاء^(٣) والحبال على المكري^(٤)، وفراش الشقذف على المكري^(٥)، وعليه النزول فيما يعتاد الناس النزول فيه لعسره، فإن كانت العادة فيه مختلفة وجب بيانه، وإلا فسدت الإجارة. وليس للراكب أن يلف رجله في السرج -لأنه يتعب الدابة بل يرسلهما- وإن كان في محمل قعد فيه ولم يضطجع^(٦) إلا أن يجري في ذلك شرط أو عرف، ذكر ذلك في البحر^(٧).

(١) حيث تعتاد أشياء واختلف مضرتها.

(٢) وقيل: يكفي وصف الراكب^[١]، وقيل: لا بد من مشاهدته، وبنى عليه في الكتاب. (بستان).
* ويعين كونه ذكراً أو أنثى. اهـ قال عائلاً: ولا يحتاج إلى ذكر لباس الراكب؛ لأن ذلك مما يقل فيه التفاوت. (بستان).

(٣) الوطاف في عرفنا الآن.

(٤) ويجب على المكري إشالة الحمل وحطه، وعليه أن ينزل الراكب للطهارة، ويبرك الحمل للضعيف ليتمكن الركوب.

(٥) ويكون مما لا يثقل الحمل. قال عائلاً: ويجب على المكري إعانة الراكب عند النزول والركوب خاصة إذا كان شيخاً كبيراً أو امرأة أو مريضاً؛ للعرف بذلك. (بستان).

(٦) وفي روضة النووي: وليس للمؤجر منع الراكب من النوم في وقته، ويمنعه في غير وقته؛ لأن النائم يثقل.

(٧) في (أ، ب): ذكره في البحر.

[١] إن انضبط بالوصف. (قرئ).

مسألة^(١): وإذا لم يجب بيان قدر المحمول ولا جنسه^(٢) فإنه يحمل ما جرت به العادة^(٣) في مثل ذلك الجمل أو الدابة، فإن كان فتياً لم يحمل عليه ما يعتته كالحديد ونحوه، ولا ما يحفو عليه كالقطن والحناء والقصب ونحوه^(٤).

فرع: فلو استأجر جملاً ليحمل عليه مائة رطل تمرأً جاز أن يحمل عليه مائة رطل من غيره مما لا مضرة فيه زائدة على مضرة التمر، خلاف الشافعي. قلنا: ولو كان مما هو ثقيل في نفسه كالحديد^(٥) ونحوه، خلاف أبي حنيفة، فإن حمل ما مضرته أكثر كان متعدياً؛ فيضمنه إذا تلف، ويلزمه الأكثر من المسمى وأجرة المثل، وكذا إذا استأجره إلى بلد وعين طريقه ثم سلك به طريقاً أعسر، أو استأجره لبريد في المشرق فسار به بريداً في المغرب أعسر، فلو كان مثله أو أسهل جاز.

فرع: فلو اختلفا هل استأجره نحو المشرق أو نحو المغرب فمع استواء المضرة للمستأجر الخيار^(٦)، ومع اختلافها عليه البينة قبل السير، وكذا بعده عند المؤيد بالله^(٧)، وعند أبي طالب القول قوله؛ لأن المالك يدعي عليه الضمان. **فرع:** وإذا اكتره ليركب عليه مسرجاً لم يركب عرواً، وكذا العكس^(٨)، ذكره في البحر.

مسألة: وإذا تعينت الإجارة في الأحمال أو فيها وفي الجمال أيضاً نحو قوله: استأجرتك على حمل هذه الأحمال على هذه الجمال فلا حكم لتعيين الجمال هنا

(١) كان الأولى جعل هذه المسألة فرعاً.

(٢) على كلام اللمع الذي في النوع الأول.

(٣) المختار أن الإجارة فاسدة. (قرر). مع عدم البيان.

(٤) التبن.

(٥) يعني في البازل. (قرر).

(٦) في أي الطريقين شاء.

(٧) لأن الأصل عدم الإذن.

(٨) لأن الشرط أملك. (بستان). وفي حاشية: لعله مع اختلاف المضرة. (قرر).

عند الهدوية، بل تعين الإجارة في الأحمال؛ لأن المقصود حملها، فيجب كونها في ملك المكتري^(١)، ويجب المسير على المكري، ويضمن الأحمال إذا تلفت بغير غالب^(٢)، وله إبدال الجمال^(٣) بغيرها مما لا مضرة فيه على الأحمال، ويلزمه إبدال الجمال إذا تلفت^(٤)، وليس للمكثري أن يحمل غير الأحمال ولا أن يحملها غير المكثري، فلو فعل أو امتنع من تسليمها^(٥) إلى المكثري لغير عذر ولا أمكن إجباره لم يستحق المكثري أجره جماله ولو سلمها وعارضه بها، ولا أجره نفسه ولو سار معه؛ لأنه أجير مشترك لا يستحق الأجرة إلا بالعمل. وإذا فر المكثري بجماله استأجر الحاكم من ماله جمالا^(٦) وسلمها للمكثري.

فرع: فإن تعينت الإجارة في الجمال وحدها انكعست هذه^(٧) الأحكام كلها؛ فلا يلزم المكثري السير معها إلا لشرط أو عرف، ثم يتبعه ضمان الأحمال إذا كانت اليد عليها له^(٨). وعند المؤيد بالله إذا عينت الإجارة في الجمال مع

(١) وإلا لم تصح الإجارة، وكذا في كل مصنوع.

(٢) إلا أن يضمن. (قررو).

(٣) وعن القاضي عامر: يعتبر ما انطوى عليه العقد. اهـ ولعله يفيد الأظهار بقوله: ولزم إبدال حامله إن تلف.

(٤) قوله: ويلزم إبدال الجمال.. إلخ، فالتلف شرط في اللزوم، وأما الجواز فيجوز الإبدال سواء كانت باقية أم تالفة كما أفهمته عبارة الكتاب، ولم يذكر في الأظهار إلا مسألة اللزوم وشرطه.

(*) أو تعيبت. (قررو).

(٥) أي: الأحمال.

(٦) وكذا يستأجر من يسوق الجمال. (بحر).

(٧) وذلك لتعيين الجمال؛ لأن عقد الإجارة قد تعين فيها، وصورته أن يقول: أكرت مني هذه الجمال بكذا على أن أحمل عليها مائة قفيز غير معينة، فلا يلزم إبدالها إذا تلفت، كتلف المبيع. (بستان).

(٨) فإن كانت اليد لها حاص الضمان. (تعليق الفقيه حسن). وقيل: لا شيء على الأجير؛ لضعف يده.

الأحمال^(١) تعينا معاً؛ فلا يكون للمكري إبدال الجمال ولا يلزمه إن تلفت.

مسألة: وإذا قال: «استأجرت منك هذه الجمال على أن أحمل عليها هذه الأحمال» فإنها تعين الإجارة في الجمال^(٢) فقط، وقال الفقيه محمد بن يحيى: بل فيها معاً كقول المؤيد بالله. وإن لم تعين الإجارة في الجمال ولا في الأحمال لم تصح الإجارة^(٣).

مسألة: من وكل غيره بأن يكري جماله لم يكن للوكيل أن يعين الأحمال؛ لثلاث تلزمه الأحكام التي تقدمت، فإن عينها كان حملها عليه، فلو حملها على جمال الموكل كان غاصباً لها^(٤)، إلا أن يكون أذن له الموكل بتعيين الأحمال^(٥) أو فوضه فله تعيينها، ثم إذا تلفت الجمال لزمه إبدالها بشراء أو كراء من مال الموكل، أو من ماله ويرجع به على الموكل^(٦). قال الفقيه محمد بن يحيى: ولو لم يجدها إلا بزائد على القيمة أو على أجره المثل وجبت الزيادة، فإن لم يجد جمالاً

(١) في (د): في الأحمال مع الجمال.

(٢) قال أبو طالب: فتعين أيضاً في الأحمال. (تعليق الفقيه حسن). وقيل: بل تتعين في المحمول^[١] كالمسألة الأولى، وهو ظاهر الأزهاري في قوله: والعكس إن عين الحامل وحده.

(٣) وذلك لأنه استأجر منه جمالاً معدومة على أحمال معدومة، قال عَلَيْكَ؛ وصورته: أكرت مني جمالاً في ذمتك على أحمال في ذمتي. (بستان). بخلاف ما لو تعينت في الجمال وكانت الأحمال معدومة فإن الإجارة تصح؛ لأن المبيع منافع الجمال، وهي موجودة، فكان ذلك كبيع^[٢] ما هو موجود. (تعليق لمع للدواري).

(٤) وله المسمى. (بستان). وللجمال [وعليه للمالك (نخ)] أجره المثل، قلت: لاستيفائه العمل، وهل يتصدق بها زاد على أجره المثل وأجره سيره؛ لأنه ملكه من وجه محظور؟ قلت: القياس أنه يطيب له؛ لأن الغصب منفصل عن العقد. (سماع سحوي) (قررو).

(٥) أو جرى عرف بذلك. (قررو).

(٦) ولعله حيث لم يفرض ولم يكن أجيراً للمستأجر. (قررو).

[١] مع تعيينها معاً، ولا حكم لتعيين الحامل. (تعليق لمعة للفقيه حسن).

[٢] في المخطوطات: كذلك بيع. وفي المطبوع: وكذلك بيع، والمثبت من تعليق الدواري على اللمع.

قط لم يلزمه ولا الموكل الحمل بأنفسهما^(١). وكذا إذا تلفت الأحمال ضمنها من مال الموكل، أو من ماله ورجع على الموكل.

فروع: وأجرة الدليل على المكري إن تعينت الإجارة في الأحمال^(٢)، وإن تعينت في الجمال فعلى المكري^(٣).

مسألة: من اكرى جملاً للحمل أو للركوب إلى مكة أو إلى المدينة أو بلد غيرهما فإنه يصح، خلاف الشافعي^(٤)، ويكون الخيار إلى المستأجر^(٥) في أي تلك البلاد شاء. وقال الفقيه حسن: لا بد من ذكر الخيار فيها لأحدهما^(٦). وهكذا لو خير في المدة نحو شهر بكذا أو شهرين بكذا، وكذا إن خير في العمل^(٧) نحو خياطة قميصاً أو قبا أو صباغ أحمر أو أسود أو نحو ذلك، وسواء استوت الأجرة على ذلك أو اختلفت، وكذا إن قال: خطته اليوم فلك درهم وإن خطته غداً فنصف درهم، وكذا في الدلال إذا استأجره مدة معلومة وقال: إن

(١) إجماعاً. اهـ يعني حيث لا يعتاد الحمل على ظهره. (شرح بهران).

(٢) لأنه يلزمه السير.

(٣) لأنه لا يجب على صاحب الجمال السير. اهـ قلت: ولو لزمه السير معها. (مفتي) (قرير).

(*) إلا لعرف أو شرط.

(٤) حجبتنا أنه لا جهالة ولا تشاجر. وحجته أن ذلك كقوله: أجرت مني هذا الحمل لأحمل عليه هذا الحمل أو لا. قلنا: هذا يقتضي الجهالة دون ذلك، فالعارض التخيير، ولا غرر فيه ولا جهالة، فافترقا. (بستان).

(٥) وقال الفقيه محمد بن سليمان: بل لمن سار بالجمال. (غيث). فإن سارا معاً فلمن شرط. (زهور). فإن التبس الشارط أو شرطاً معاً قال الفقيه علي: تفسد^[١]. وأراد بالشارط من ابتداء بالعقد منهما.

(٦) وكلام الفقيه حسن هو القياس؛ لأنه لم يوجد فرق بين الإجارة والبيع. (مرغم). قلت: وهو الأقرب للمذهب كالبيع. (بحر).

(٧) ويكون الخيار في العمل للأجير. (قرير).

[١] بعد التحالف أو النكول. (قرير).

بعت فيها فلك درهم، وإن لم تبع فلك نصف درهم^(١).

فرع: فإن كان التخيير في العين المؤجرة مدة معلومة نحو: هذه الدار أو هذه فقال في اللع^(٢): كذلك أيضاً، وقال الفقيهان يحيى البحيح ومحمد بن يحيى: لا بد فيها من ذكر الخيار لأحدهما مدة معلومة كما في المبيع. وحيث يكون الخيار فيها للمستأجر ومضت مدة الإجارة مع التخلية ولم يعين فإنه يلزمه الأقل من الأجرتين^(٣) إن اختلفا.

مسألة: ومن اكرى إلى محلة معينة^(٤) أو وصل إلى بيته؛ للعرف بذلك، فإن اكرى إلى جزيرة^(٥) معينة ولم يعين محلة منها لم يصح^(٦)، وقال الشافعي: يصح إلى أول محلة منها، وقال أبو حنيفة: يصح إلى بلده إن كان بلده فيها.

مسألة: من اكرى إلى بلد معين على أن يسير إليه خمسة أيام^(٧) فحث في السير حتى وصل لأربع كان متعدياً؛ فيضمن الجمل إن تلف وزائد أجره المثل كما إذا سلك طريقاً أعسر. فإن كان تراخى في سيره حتى وصل لست كان متعدياً في اليوم السادس؛ فتلزمه أجره المثل^(٨) فيه مع المسمى للخمس، ويضمنه إن تلف في

(١) أو فلا شيء لك.

(٢) وعليه الأزهار.

(٣) وذلك لأنه المتيقن. (بستان).

(٤) مثل إلى صنعاء. اهـ أو إلى صعدة أو إلى الحرف أو إلى خيوان.

(٥) وحد الجزيرة أن يكون بين كل محلتين ما يوصل إليه بالأجرة^[١]. و(قرر).

(*) مثل إلى خراسان.

(*) يعني: ناحية بلاد كذا.

(٦) وذلك لاشتغاله على الغرر والجهالة والتشاجر. وقول الشافعي وأبي حنيفة كما ترى، ولم أطلع لهما على حجة فأنقلها. قلنا: الجهالة مفسدة كالبيع. (بستان).

(٧) أو جرت العادة في السير إليه قدر تلك المدة؛ إذ العرف بالمنطوق.

(٨) بل الأكثر من غير فرق كما هو ظاهر الأزهار.

[١] في هامش (ب، ج): ما لم يوصل إليه إلا بأجرة.

السادس أو بعده قبل أن يصل إلى مالكة. وكذا حيث زاد على المسافة المذكورة.
فرع: فإن كان الشارط هو المكثري أن يوصل خمسة أيام فزاد عليها المكري فإنه يكون مخالفاً؛ فيستحق الأقل من المسمى وأجرة المثل، وكذا إذا شرط على البريد^(١) أن يعود لخمس فعاد لست أو نحو ذلك، وكذا إذا شرط على الأجير أن يفرغ عمله لوقت معين فزاد عليه، وهذا كله ذكره الهادي والمؤيد بالله، قال القاضي زيد: وهو يدل على أنه يصح الجمع بين العمل والمدة^(٢) في الأجير المشترك، وقال أبو طالب وأبو حنيفة: إنها تفسد إجارتها^(٣)؛ لأنه لا يعلم على أيهما يستحق الأجرة هل بالعمل أو بمضي المدة^(٤) ولو لم يعمل، وقال القاضي زيد وأبو مضر: بل تصح الإجارة ويبطل شرط المدة.

مسألة: من استؤجر على عمل فعمله ثم أبطله فلا أجرة له، نحو على خياطة ثوب فخطاه ثم نقضه^(٥) ونحو ذلك^(٦)، وكذا من اكرئ دابة ليركب عليها إلى

(١) المكتَّب، وهو الرسول.

(٢) في البريد. (قرر).

(*) قد حمل أن ذكر المدة صفة للعمل؛ فلا مأخذ.

(٣) في غير البريد.

(*) وعليه الأزهار: وتفسد إن نكر مطلقاً.

(*) المدة هنا صفة للعمل فلا تفسد، وقد ذكر معناه في الغيث وغيره.

(٤) قوله: «هل بالعمل أو بمضي المدة» يعني: لأنه جمع بين خاصيتين تتنافى أحكامهما، وبيان ذلك أن الأجير الخاص يستحق الأجرة بمضي المدة، والمشارك بالعمل، فإذا فرغ من العمل في بعض المدة تشاجراً، فالمستأجر يطلب عمل بقية المدة لذكرها، والأجير يقول: قد عملت المشروط. ولأن الخاص لا يضمن، والمشارك يضمن عندنا. وقال القاضي زيد وأبو مضر: يلغو ذكر المدة؛ لأن المقصود العمل، ويكون مشتركاً، وهو قول أبي يوسف ومحمد. (بستان).

(٥) قلت: ولم يتغير بالنقض، واختار المالك أخذه، وإن تغير فللمالك الخيار، وتلزمه الأجرة إن ضمنه مصنوعاً.

(٦) قوله: «ونحو ذلك» يعني: لو استأجر امرأة على غزل قطن فلما فرغت نقضت غزلها. وهكذا كل من أبطل عمله فكأن لم يفعله فلا أجرة.

بلد معين فركب إليه أو إلى دونه ثم جمحت^(١) به فردته فلا أجره عليه^(٢) بشرطين: أن لا يكون جموحها لسوء ركوبه، وأن لا يتمكن من النزول في رجوعها، فلو أمكنه لكنه تركه لخشية تلفه أو ضرره فقال الفقيه يحبس البحيح: يلزمه الكراء^(٣) وأجرة المثل للرجوع^(٤)، وقال الفقيه علي: لا يلزمه شيء.

فإن ترك النزول حفظاً للدابة لزمه الكراء للذهاب^(٥)، لا أجره الرجوع. وهكذا إذا ردها مالكةا قهراً على الراكب، وكذا إذا ردها الظالم قهراً، وكذا إذا ردت الريح السفينة قهراً فلا يجب الكراء^(٦)، ولا يلزم المكري أن يحمل مرة أخرى حيث الراد غيره^(٧).

مسألة: فلو اطلع المكري على عيب في الدابة في بعض الطريق فردها راكباً عليها فعليه الكراء للذهاب^(٨) إلى حيث وصل بها، ولا أجره عليه للرجوع

(١) قال عليه السلام: والجراح في اللغة: أن تغلب الدابة نفسها على راكبها فلا تكون في طوعه ولا واقفة على مراده. (بستان).

(٢) لا ذهاباً ولا إياباً. (قررو).

(٣) إلى حيث وصل. (قررو).

(٤) حيث قد استوفى المدة المضروبة، وإلا فليس عليه إلا المسمى. (ذماري).

(*) وفي الصعيتري: القياس أن لا أجره في الرجوع في جميع الصور مطلقاً: سواء أمكنه النزول أم لا، لسوء ركوبه أم لا؛ لأن الدابة تكون بالجموح معيبة، وقد ذكروا أن من رد المبيع المعيب راكباً عليه لم يكن رضا بالعيب^[١]، وكما يأتي في المسألة التي بعد هذه.

(٥) إلى حيث وصل. (قررو).

(*) يقال: قد بطل عملها فلا تستحق للذهاب، ولا أجره للرجوع.

(٦) لا للذهاب ولا للرجوع، جواب للثلاث المسائل.

(٧) وأما إذا كان المكري هو الراد لها فعليه إعادة الحمل ثانياً. (برهان) (قررو).

(٨) كراء معيبة بالنسبة إلى المسمى. (قررو).

(*) ويقال: ما الفرق بين هذا وبين ما ذكروه في المعيب في البيع فإنه إذا استهلك بعض المبيع لم يكن له رده، وهنا إذا استهلك بعض المنافع صح الرد؟ والجواب: أن في المبيع سلمه إليه جملة، وهنا لم يسلم إليه المنافع كلها. (تعليق لمع).

[١] حيث قصد ردها. (قررو).

راكباً^(١) لجري العادة بذلك^(٢)، ولا يكون رضا بالعيب، ذكره أبو جعفر والفقهاء محمد بن سليمان ويحيى بن أحمد.

مسألة: من أعطى غيره دابته ليحطب عليها ويكون الحطب بينهما نصفين فهذه إجارة فاسدة؛ لجهالة الأجرة، قال الفقيه محمد بن سليمان: ويكون الحاطب أجيراً مشتركاً، وقال الفقيه يوسف: بل يكون مستأجراً للدابة. وكذا فيمن دفع بقرته إلى غيره يعلفها^(٣) بلبنها فقال الفقيه حسن: إن العالف يكون أجيراً مشتركاً^(٤)، وقال الفقيه يوسف: بل يكون مستأجراً للبقرة. والأقرب^(٥) في الكل أنه إن وقع بينهما عقد إجارة اعتبرنا بالمستأجر منهما، وإن لم يقع عقد اعتبر بالطالب منهما لذلك فيكون هو المستأجر، فحيث يكون الطالب لذلك هو الحاطب طلب الدابة ليحطب عليها فالحطب له، وعليه أجرة الدابة، ولا يضمها إن تلفت بغير تفريط، وحيث الطالب لذلك هو صاحب الدابة أمر من

(١) إذا ردها إلى حيث أمكن، لا لو ردها إلى موضع الابتداء وهو يمكن التسليم في غيره فتلزمه الأجرة من الموضع الذي تمكن فيه إلى موضع الابتداء. (قرر).

(*) مع الفسخ. (قرر).

(٢) بخلاف الثوب المستأجر إذا اطلع على عيب فيه فرده لابساً له فتلزمه الأجرة ويكون رضا بالعيب؛ لأن العادة جارية أن لا يرده لابساً له.

(٣) في (د): ليعلفها.

(٤) ويكون اللبن أجرة له في مقابلة العلف وقيمة للعلف. وأما الفرس إذا دفعها إلى غيره ليركبها بعلفها فالقياس أنه يكون مستأجراً لها للركوب بالعلف. (قرر).

(٥) والأولى أن يقال: إن كان الحطب^{قوي} في ملك المالك فلا فرق بين أن يكون المالك الطالب للدابة المالك أو الحاطب في أنه يكون أجيراً مشتركاً، وإن كان الحطب من ملك الحاطب أو من مباح فهو مستأجر للدابة، هكذا قرره سيدنا إبراهيم بن يحيى السحول، ومعناه في حاشية المحيرسي، قال المفتي: كلام يملئ في مجالس التدريس^[١]؛ لجريه على القواعد. (حاشية محيرسي). والمقرر ما في شرح الأزهار والبيان.

[١] في حاشية المحيرسي: في المجالس للتدريس.

يخطب له عليها بنصف الخطب فالخطب لهما معاً على قول المؤيد بالله^(١)، وللحاطب أجره مثله على نصف الخطب، وعليه أجره الدابة على حمل نصف الخطب، فإن تفلت ضمنها؛ لأنه أجير مشترك، وأما على قول أبي طالب وأبي العباس فالخطب للحاطب، وعليه أجره الدابة^(٢)، ولا يضمنها إذا تلفت، والله أعلم.

مسألة: من اكرى دابة ليحمل عليها أو ليطنح^(٣) بها فحمل المعتاد أو طحن المعتاد ثم تلفت من ذلك فلا ضمان عليه^(٤)، وكذا إذا تلفت من ضربه لها المعتاد المستحسن أو من كبحه^(٥) بلجامها المعتاد فلا ضمان عليه، خلاف أبي حنيفة.

مسألة: من اكرى دابة إلى موضع معين ثم زاد عليه لزمه المسمى وأجره المثل للزائد، وإن تلفت بعد الزيادة ضمنها ولو بعد ردها إلى الموضع المسمى^(٦)، خلاف الشيخ عطية، وقال أبو حنيفة: لا أجره للزيادة^(٧)، وقال أبو العباس: لا أجره للزيادة إن تلفت الدابة^(٨)، وإن سلمت وجبت أجرتها.

(١) يعني بصحة التوكيل في الأشياء المباحة، لا عند أبي طالب وأبي العباس فالأمر بالمأمور فيه على سواء كما يأتي. (بستان).

(٢) يعني: أجره المثل، فعلى هذا يكون مستأجراً.

(٣) هذا على كلام اللمع، وإلا فلا بد من البيان لجنس ما يطحن وقدره، أو يكون مدة معلومة واستوت المضرة. اهـ لعله يقال والله أعلم: إن كلام البيان هنا في الضمان وعدمه من غير نظر إلى صحة الإجارة وعدمها.

(٤) هذا وفاق. (بستان).

(٥) الكبيح: هو جذب العنان في حق الفرس ليصرفها يميناً وشمالاً ويوقفها المراده. (بستان).

(٦) إذ قد صار متعدياً. (بحر). وبعد التعدي لا يعود أميناً. (قرور).

(٧) لأن عنده لا أجره على الغاصب. (صعيتري).

(٨) وحجته أن المنفعة تابعة للأصل ومندرجة تحته، فإذا تلفت الرقبة دخلت قيمة المنفعة تحت قيمة الرقبة، وكأنه ملك الرقبة من عند أن جاوز الموضع المعين مجاوزة تفضي إلى التلف. قلنا: سببان مختلفان فانفرد كل واحد بضمأن. (بستان).

مسألة: من اكرتري دابة ليحمل عليها قدرأ معلوماً فحمل أكثر منه فإن كانت الزيادة يسيرة لا يؤثر مثلها في تلك الدابة ومما يزداد مثله في العادة بغير أجره فلا شيء عليه لذلك، وإن كانت الزيادة كثيرة^(١) فهو متعد بها؛ فيلزمه أجره المثل لها، وإن تلفت الدابة ضمنها كلها، وقال أبو حنيفة: يضمن من قيمتها بقدر الزيادة فقط. وهذا حيث يكون الواضع للحمل على الدابة هو المكتري، فإن كان الواضع له هو مالكها وساقها هو^(٢) فلا ضمان على المكتري، بل يأثم لأجل الغرر، وتلزمه أجره المثل للزيادة، فإن كانا معاً هما اللذان وضعوا الحمل عليها ضمن المكتري نصف قيمتها^(٣)، ذكره أبو طالب^(٤)، وهو يستقيم إذا كان

(١) والزيادة التي تؤثر ما تحسره به الدابة مع الحمل الذي يوقرها ولو زيد مع الحمل الخفيف.

(٢) جميع الطريق^[١]، وإلا فالضمان على المستأجر حيث ساق ولو كان المحمل المالك. (قررو).

(*) فلو كان المكتري هو السائق لها^[٢] فسوقه لها في تلك الحال يكون تعدياً فيضمنها. (قررو).

(٣) حيث ساقها، وإلا فلا. (قررو).

(*) قيل: هذا يأتي على قول المؤيد بالله: إنه يهدر ما قابل فعل نفسه، وأما على قول الهدوية

فيضمن الكل. (سماح سحولي). ولعله يقال: هذا في الأموال فيتبعض فيها الضمان،

بخلاف الجنائيات على الأدميين، وينظر؛ فلا يستقيم هذا على أصل الهادي عليه السلام.

(*) فحصل من هذا أن الدابة إذا تلفت بوضع الحمل قبل السوق حاص الضمان، فإن كان

التلف بعد السوق فإن كان مالكها هو المتولي للسوق فلا ضمان على المشارك له في الموضع،

وإن شاركه المكتري في السوق كان الضمان جميعاً عليه وإن قل سوقه، وإن كان المشارك في

الموضع لمالك الدابة غير المكتري وكان جاهلاً للزيادة ضمن ورجع على المكتري حيث

تلفت بمجرد الموضع أو شارك مالكها في السوق؛ لأنه مغرور^[٣]، وإن علم الزيادة ضمن ولم

يرجع؛ لتعديته. (أفاده سيدنا جمال الدين علي بن أحمد بن ناصر الشجني).

(٤) إن تلفت تحت الحمل، وإلا فعلى السائق، والمغرور يغرم الغار. (كواكب) و(قررو).

[١] أو تلفت تحت العمل. (قررو).

[٢] أو ساقها معاً فالضمان على المكتري. (قررو).

[٣] وهذا إذا لم يأمره مالك الدابة بالوضع أو السوق، فإن أمره فلا شيء عليه؛ لأنه مغرور من جهته،

والضمان له فلا يراجع. (من خط من نقل من خطه عليه السلام).

الحمل الذي وضعه^(١) عليها مما يعلم أنها لا تقدره، فهما متعديان معاً فيضمن المكتري نصفها، وأما إذا كانت تقدره فالتعدي من المكتري وحده؛ لتغيير المالك، فيضمنها كلها^(٢).

مسألة: وإذا ركب مع المكتري غيره ولم يمكنه منعه ولا النزول فالضمان على الراكب الآخر^(٣)، وإن أمكنه منعه أو النزول ضمنها نصفين^(٤) إن كانت لا تقدرهما معاً، وإن كانت تقدرهما فكذا إن ركب الآخر برضا المكتري، وبغير رضاه فالضمان على الراكب الآخر^(٥)، وعليه أجرة ركوبه أيضاً^(٦).

مسألة: والرقبة المؤجرة أمانة لا يضمنها المستأجر إلا بأحد أمرين: الأول: أن يشرط عليه الحفظ أو الضمان فيضمن^(٧)، خلاف أبي حنيفة والشافعي.

(١) وتلفت بمجرد الوضع. (قرن). أو ساق المكري، وإلا فلا شيء عليه. (قرن).

(٢) وظاهر الأزهار والغيث خلاف ذلك، وهو أنه لا فرق بين أن تقدره أم لا حيث قال: فإن شورك حاص.

(٣) وذلك لأنه المتعدي وحده. (بستان).

(٤) قوله: «نصفين» وذلك لتعديهما، وهذا أحد وجوه ثلاثة ذكرها في مهذب الشافعي: الأول: أن الضمان على العدد، واختاره الفقيه يوسف والوالد للمذهب، والثاني: أنه يكون على الوزن، والثالث: أنه يكون على الرديف ولو كان المكتري اثنين أو أكثر. (بستان).

(٥) ينظر؛ فإن كلاً منهما مباشر فلا حكم للشروط، وهو ظاهر الأزهار. اهـ في قوله: والمباشر مضمون وإن لم يتعد فيه. يقال: فرق بينهما؛ لأنه هنا مباح له الفعل، فيكون الضمان على المتعدي. (شامي).

(*) لأنه متعد.

(٦) أما الأجرة فالمقرر أن على المستأجر المسمى وعلى الرديف أجرة المثل، ذكره في بعض التعاليق. (قرن).

(*) على قدر الوزن.

(٧) ضمان المشترك بعد التضمين كما تقدم في حاشية على قوله: مسألة: والمستأجر أمين.. إلخ المسألة الرابعة من قوله: فصل والمؤجرات تنقسم.. إلخ.

الثاني: أن يحصل منه تعدد في الانتفاع أو تفريط في الحفظ. ومن التعدي أن يسوق ما عادته يجر بالرسن أو عكسه، ذكره في التقرير والتمهيد. قال الفقيه يوسف: وكذا إذا^(١) أودعها مع الغير لا لعذر. وفيه نظر، والأقرب أنه لا يضمن بالإيداع ولا يكون متعدياً به؛ لأنه قد ثبت أنه يجوز له أن يكرها من غيره وأن يعيرها من غيره فكذا^(٢) يودعها^(٣).

مسألة: وإذا حسرت الدابة في الطريق مع المكثري فإن أودعها مع غيره فلا شيء عليه، وإن سبها وراح فتلفت فإن أمكنه إيداعها ضمنها، وإن لم يمكنه فإن كان وقوفه معها لا ينجيها فلا شيء عليه^(٤)، وإن كان ينجيها فإن تركه لا لعذر ضمنها، وإن تركه خوفاً على نفسه فقال المؤيد بالله: يضمنها^(٥)، وقال أبو طالب: لا يضمنها^(٦). وهكذا في المستعير والوديع، وأما الأجير المشترك فالأقرب أنه يضمن^(٧) حيث كان وقوفه معها ينجيها وتركه خوفاً على نفسه.

مسألة: وإذا سبب المكثري الدابة في موضع جرت العادة بتسيب الدواب

(١) في (د): وكذا إذا وضعها أو أودعها.

(٢) في (د): وكذا.

(٣) قال في البرهان: وتحسب عليه مدة الإيداع من مدة الإجارة. (بستان).

(٤) وإن كان ظاهر الأزهار خلافه.

(*) وذلك لأنه لا ثمرة له، وذلك وفاق. (بستان).

(٥) قال عليه السلام: وهو الذي في الأزهار؛ لأنه قال: لخشية تلفها، فمفهومه أنه لو لم يخش تلفها جميعاً ضمن. (شرح أزهار بلفظه).

(٦) حجة المؤيد بالله: أن ذلك كما لو أ تلف مال الغير للضرورة فإنه يضمنه، وحجة أبي طالب أنه لا يجوز له تعريض نفسه للهلاك، وقد قال تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾ [البقرة: ١٩٥]، فلا وجه لتضمنه والحال هذه، قال الفقيه يحين البحيح: وكلام المؤيد بالله أقيس. (بستان).

(٧) وفاقاً بين السيدين.

فيه فإن كانت مما يعتاد الربط^(١) أو شرط عليه ربطها ولم يربطها فإنه يضمنها إذا تلفت، وإن لم يكن كذلك لم يضمنها^(٢)، إلا أن تكون مما يحتاج إلى الربط في تلك الحال إما لكونها محتاجة إلى العلف أو الماء أو كان لها ولد غائب عنها فإنه يضمنها إن علم^(٣) بذلك، لا إن جهله^(٤).

مسألة: ولمكتري الدار أن يوقد فيها في الموضع المعتاد حسب العادة^(٥) في الوقيد، فلو تعدت النار عند ذلك فأحرق الدار لم يضمنها^(٦)، وإن تعدى في الوقيد أو في موضعه ضمنها.

(١) في (د): الرباط.

(٢) هذا ذكره المؤيد بالله في الزيادات أنه إذا استأجر دابة إلى بعض الأسواق فلما وصل السوق خلى الدابة ترعى في بعض المواضع فضاعت فلا ضمان عليه إن كانت العادة أن الناس يفعلون ذلك، إلا أن تكون الدابة مما يربط فلم يربطها. (بستان).

(٣) في (د): إن كان عالماً بذلك.

(٤) اعلم أن الفقيه حسن تردد في ضمانه مع الجهل، والفقيه يوسف ذكر أن الأرجح عدم الضمان؛ لأنه فاعل سبب غير متعدئ فيه. (بستان بلفظه) و(قررو).

(٥) في (د): حسب العرف.

(٦) سيأتي في الجنائيات أنه لو وضعها في ملكه فحملتها الريح فأهلكت فيه أنه لا يضمن ما لم يكن متصلاً أو في حكم المتصل فإنه يضمن وفاقاً، فهلا قيل هنا كما قيل هناك: من أنه إن كان منفصلاً ما أحرقته من الدار فما حكاها في الكتاب قويم، وإن كان متصلاً أو في حكمه فله من الحكم ما يأتي، فيحقق، والله أعلم. (قررو). (من خط سيدنا حسن رضي الله عنه). يقال: هو هنا فعل المعتاد في العين المستأجرة فلا يضمن^[١] ما وقع من الضرر بالمعتاد فيها، والذي يأتي في الجنائيات وقع الضرر مع الاتصال في ملك الغير، فهو في حكم المباشر لملك الغير الذي لا يباح له استعماله ولا ضرره^[٢]، فلا قياس على ذلك، والله أعلم. (سيدنا علي بن أحمد الشجني رحمته الله).

[١] ولو بالمباشرة كما تقدم قريباً أنها لو تلفت الدابة بالضرب أو النخس أو الكبح المعتاد فلا ضمان.

[٢] في هامش (د): استعمالاً ولا ضرورة.

وأما إجارة الأدمي فهو على ضربين: خاص ومشارك^(١)، أما الخاص: فهو الذي يستأجر مدة معلومة ولا يبين له عمل معلوم ولو ذكر جنسه، كالرعاة والحراثة أو نحو^(٢) ذلك، ذكره في الشرح.

وأما المشترك: فهو الذي يستأجر على عمل معين ولا يبين له مدة، فلو جمع في عقد الإجارة بين ذكر المدة والعمل المعين ففي صور يجب ذلك ولا تصح الإجارة إلا به^(٣)، وهي: في الاستئجار على رعاة غنم معينة^(٤) أو نحوها^(٥)، وفي الاستئجار على طلب البيع والشراء ونحوهما^(٦)، وفي الاستئجار على حضانة صبي معين، وفي الاستئجار على تعليم صنعة معينة أو نحوها، وفي الاستئجار على حفظ زرع أو ثمر أو نحوه، وفي الاستئجار على المخاصمة، ففي هذه الصور يجب ذكر المدة والعمل^(٧)، ويكونون أجراء مشتركين^(٨)، وأما في

(١) ووجه تسمية الخاص خاصاً هو أن المنافع اختص بها المستأجر، بخلاف المشترك فلم يختص بها، بل للأجير أن يؤجر نفسه ممن شاء لمثل^[١] تلك المنفعة. (صعيتري).
 (*) هذه عبارة أهل المذهب، قال المهدي عليه السلام: قيل: وأصحاب الشافعي يقولون: إجارة عين وإجارة ذمة. قال الإمام الشهيد زيد بن علي عليه السلام: الخاص هو من يعمل لك وحدك، والمشارك من يعمل لك ولغيرك. (بستان).

(٢) في (د): ونحو.

(٣) وذلك لأن المدة مقصودة والعمل مقصود؛ فلذلك وجب تعيينها. (بستان).

(٤) يعني: مذكورة، ولا بد من ذكر عدد الغنم أو تعيينها، فلو تلف بعضها انفسخت الإجارة فيه حيث هي معينة. (من خط علي بن زيد).

(٥) في (د): أو ثمر أو نحوه.

(٦) في (د): أو نحوها.

(٧) «والعمل» ساقطة من (د).

(٨) وظاهره سواء تقدم العمل أو تأخر، قال الإمام المهدي عليه السلام: الأقرب عندي أن المدة إذا قدمت كان خاصاً كغيره. (غيث). إذا كانت المدة هي المقصودة، وإلا فمشارك. (شرح أثمار معنى).

[١] في المخطوطات والمطبوع: لأجل تلك المنفعة، والمثبت من الصعيتري.

غيرها فإن قدم في العقد ذكر المدة وعينها وأخر ذكر العمل نحو قوله: «استأجرتك هذا اليوم تحيط لي هذا الثوب»، كانت المدة هي المقصودة وكان أجيراً خاصاً، سواء كان العمل معيناً أو في الذمة نحو قوله: تحيط لي ثوباً، فلو لم يعين المدة نحو قوله: استأجرتك يوماً من الأيام أو شهراً من الشهور فسد العقد^(١)، وإن قال: يوماً أو شهراً صح وكان من حين العقد^(٢). وإن قدم ذكر العمل في العقد فإن كان غير معين نحو قوله: «استأجرتك على خياطة ثوب» فسد العقد وكان مشتركاً وإن كان معيناً نحو قوله: «استأجرتك على خياطة هذا الثوب في هذا اليوم» فهو مشترك، لكن قال أبو طالب وأبو حنيفة: لا يصح العقد^(٣)، وقال أبو مضر والقاضي زيد: بل يصح العقد ويلغو ذكر المدة، وعلى ظاهر قول الهادي والمؤيد بالله: يصح العقد والمدة.

مسألة: ويختلف حكم الخاص والمشارك في أشياء:

الأول: أنه ليس للخاص أن يؤجر نفسه من غير هذا الذي قد استأجره؛ لأنه قد ملك منافعه، بخلاف المشارك.

الثاني: أن الخاص لا يضمن^(٤) ما تلف تحت يده ولو شرط عليه الضمان إلا أن يكون منه تعدد أو تفریط في الحفظ، وإلا إن استؤجر على حفظ ما صار في يده ولو بإجارة فاسدة، قيل: وكذا إذا شرط عليه الحفظ صار أجيراً على الحفظ^(٥).

(١) وذلك لجهالة المدة بقوله: من الأيام أو من الشهور. (بستان).

(٢) ويكون تمامه من اليوم الثاني. (عامر). ما لم يكن في الليل فسدت؛ لأنه مستقبل.

(مفتي). وظاهر الأزهار فيما تقدم في قوله: إلا في الأعمال خلافه، فيحقق.

(٣) إذ لو فرغ في بعض اليوم تشاجراً، فالمستأجر يطلب عمل بقية اليوم لذكر المدة، والأجير يقول: قد عملت المشروط. (بحر).

(٤) وذلك لأنه إنما يستحق الأجرة بتسليم نفسه ومضي المدة لا بالعمل، فالأجرة غير مقابلة للعمل، ولو شرط عليه الضمان فلا يضمن كالوديع. (بستان لفظاً).

(٥) ولا تفسد إجارته، بل يكون خاصاً يستحق الأجرة بمضي المدة وإن لم يعمل، وهو أجير

والمشترك يضمن ما تلف تحت يده^(١) إلا ما تلف بأمر غالب أو إذا شرط البراءة^(٢) أو كان العرف جارياً بها. وعند أبي حنيفة وأصحاب الشافعي أنهما لا يضمنان معاً، وعلى أحد قولي الشافعي: إنهما يضمنان معاً، وقال المنصور بالله: إذا شرط الضمان على الخاص ضمن.

الثالث: أن الخاص يستحق الأجرة بمضي المدة مع تسليم نفسه ولو لم يعمل، والمشترك لا يستحقها إلا بالعمل؛ ولهذا كان ضامناً لما يعمل فيه، وفي الخاص العمل غير مضمون عليه، فكذا ما يعمل فيه. قال في البحر: ويثبت خيار الرؤية في الأجير الخاص^(٣) كما في الرقبة المؤجرة^(٤).

مسألة: وشرط إجارة الخاص أن تكون الأجرة معلومة والمدة معلومة، وإذا مرض الأجير لم يجب إبداله^(٥)، بل يسقط من أجرته بقدر أيام مرضه إن لم يبق

مشترك بالنظر إلى الحفظ، يستحق أجرة حفظه إن سلم، وإلا فلا شيء.

(*) قلت: شرط الحفظ من التضمنين، والتضمنين له غير ثابت، فما وجه الفصل بينهما؟ إلا أن يكون من اختيار صاحب البيان على خلاف المذهب فيحقق. (شامي).
(*) المذهب خلافه.

(١) وذلك لأن أمير المؤمنين عليه السلام ضمنه، وقال: (لا يصلح الناس إلا ذلك)، وهو توقيف من جهة الرسول صلوات الله وسلامه عليه؛ إذ لا مجال للاجتهاد في إلزام الناس بالضمان. (بستان).

(٢) وعليه الأزهار مع الشرط في قوله: وإذا أبرأ البصير.. إلخ.

(٣) لكن فما الحكم إذا فسخه بالرؤية أو العيب بعد استيفاء المنافع؟ فقيل: إن في خيار الرؤية قد بطل بتلف المنافع كتلف المبيع قبل قبضه، وأما في العيب فيرجع بالأرش كما في المبيع إذا استهلك قبل العلم بالعيب. (من خط سيدنا محمد بن علي العنسي رحمته الله) و(قرر).

(٤) هكذا في البرهان، ولم يذكر هذه اللفظة في هذا الموضع من البحر، بل قال: كفي البيع، ومثله في الانتصار. (بستان).

(٥) فعلى هذا لو كان الحاج أجيراً خاصاً بطلت بموته. (مفتي). وقد صرح في البيان فيما يأتي بطلان الإجارة بموته قبيل فصل: ويحل للحجام.. إلخ.

(*) ولا يصح.

له فيها نفع، ويكون ذلك عذراً له وللمستأجر في الفسخ، فإن لم يقع فسخ حتى برئ وجبت أجره باقي المدة، وإن بقي له نفع^(١) في حال مرضه فذلك عيب: إن فسخ المستأجر^(٢) وإلا لزمته الأجرة كلها.

فروع: فإن مرض المستأجر وهو يحتاج إلى حضوره مع الأجير كان له الفسخ، فإن لم يفسخ لزمته الأجرة^(٣)، إلا إذا كان شرط الفسخ أو سقوط الأجرة إن مرض سقطت من وقت مرضه^(٤)، وقال أبو طالب: لا تسقط إلا إذا فسخ الإجارة. وإن كان لا يحتاج إلى حضوره فلا خيار له. قال الفقيه علي: فإن شرط عند العقد فسخها لمرضه فسدت^(٥)؛ لأنه شرط فسخها لغير عذر^(٦).

مسألة: ومن أجر ابنه^(٧) الصغير ثم بلغ أو عبده ثم عتق فلهما الفسخ، خلاف الشافعي. بخلاف ما إذا أجر عبد ابنه الصغير ثم بلغ الابن لم يفسخ إجارة عبده كما لا يفسخ بيعة^(٨). وإن أجر العبد نفسه بغير إذن ثم عتق فلا خيار له؛

(١) في أي شيء ولو للإيناس، وقيل: فيما استؤجر عليه.

(٢) كما إذا تناقص الماء في الأرض إن فسخ المستأجر وإلا لزمه جميع الأجرة. و(قرئ).

(٣) قلت: إن تمكن من الفسخ. (مفتي). وقد تقدم مثله في المسألة السابعة عشرة من فصل: والمؤجرات.

(٤) لأنه شرط فسخها لعذر هنا، بخلاف كلام الفقيه يوسف فهو فسخها لغير عذر كونه لا يعتاد الحضور. و(قرئ).

(*) يعني: بمجرد الشرط ولا يحتاج بعده إلى فسخ؛ لأن الشرط أملك، وهذا ذكره أحمد بن يحيى وابن معرف. (بستان).

(٥) حيث لا يعتاد الحضور. (قرئ).

(٦) قال الفقيه علي: لأنه يشبه ما لو شرط متى شاء. (بستان).

(٧) وكذا سائر الأولياء. (قرئ).

(٨) ولو أجر الصبي نفسه ثم بلغ فله الفسخ، ولا يقاس على العبد؛ لأنه ليس من أهل التكليف، وهذا حيث كان بغير إذن وليه. وقيل: لا فرق.

(*) يعني فكما أنه لو باع رقبته فلا فسخ فكذا منفعتة أولى وأحق. إلا أنها إذا اختلفا هل ذلك لمصلحة أم لا جاء الخلاف المتقدم في البيوع إذا باع مال ولده. (بستان).

لأنها قد صحت إجارتها^(١) بعقده^(٢)، قال السيد يحيى بن الحسين: وكذا إذا أجر المكاتب نفسه ثم عتق فلا خيار له^(٣).

فروع: وإذا ادعى الصغير المؤجر أنه بلغ ليفسخ وأنكره المستأجر فإن ادعاه بالسنين أو الإنبات فعليه البينة بعدلين، إلا في إنبات الأنثى فعدلة، وإن ادعاه بالاحتلام أو الحيض^(٤) فالقول قوله مع يمينه^(٥) إذا كان محتملاً لذلك كابن العشر وبنت التسع، فإن نوزع فيها^(٦) فعليه البينة بها. وإذا لم يفسخ العبد بعد عتقه كانت الأجرة له من بعد عتقه.

مسألة: وإذا استخدم الوالد ولده الصغير فيما يقتضي تهذيبه وتعليمه كخدمة البيت فلا شيء عليه^(٧)، وإن كان فيما لا مصلحة له فيه لزمته أجرته^(٨)، وكذلك في الوصي ونحوه.

مسألة: ومن استأجر أجيراً خاصاً للخدمة مدة معلومة فإن لم يكن للأجير حرفة يعتادها استعمله فيما شاء مما جرت به عادة مثله مما ليس بمتععب ولا دنيء

(١) يعني انبرمت.

(٢) قال في الزهور: كما يثبت مثله في النكاح. (بستان) (قرو).

(*) بل له الخيار؛ لأنه قد ملك منافعه. (عامر).

(٣) بل له الخيار، كذا ذكره القاضي عامر؛ لأنه كالمأذون من جهة السيد.

(٤) أما الحيض فهو يمكن البينة عليه، فيبين بعدلة كما تقدم في العدة قبيل باب الحضانة.

(٥) والأولى أنه لا يمين عليه؛ إذ صحة يمينه فرع البلوغ، ولم يقبل قوله إلا بها، فلزم الدور فلم تجب. (حاشية سحولي).

(٦) أي: في المدة.

(٧) وفي الأزهار: أنه إذا استعمل الصغير في غير المعتاد ولو كان المستعمل له أباً أنها تلزم الأجرة من غير فرق بين أن يكون في خدمة البيت أو في غيرها، وسواء كانت مما يقتضي تهذيبه أو لا، وهو المذهب. اهدوما في البيان رواه في شرح الأزهار عن صاحب التخریجات، وقواه المتوكل على الله، وسواء كان معتاداً أم لا إذا كان فيه مصلحة.

(٨) وذلك لأن إتلاف المنافع من باب الضمان كإتلاف الأعيان. (بستان).

في حقه، وعلى حسب العادة في وقت الخدمة، فإن كانت العادة مختلفة فيه وجب بيانه عند العقد، وإلا فسد، وإن كان له حرفة يعتادها فإن كانت واحدة لا تختلف استعماله فيها حسب العادة، وإن كانت له حرفة مختلفة فإن كان فيها غالب استعماله فيه، وإن لم يكن فإن كانت مضرتها به مستوية استعماله في أيها شاء، وإن اختلفت وجب بيان ما يستعمله فيه منها عند العقد، وإلا فسد^(١).

فروع: ويستثنى للخاص ما جرت به العادة من الوضوء والصلاة وقضاء الحاجة والاستراحة^(٢) المعتادة عند الحمل على الظهر ونحوه. قال الفقيه حسن: وللمستأجر أن يمنع الأجير من الصلاة في أول الوقت، وكذلك السيد يمنع عبده، وقال الفقيه محمد بن سليمان: ليس لهما ذلك^(٣).

مسألة: وإذا فسدت إجازة الأجير الخاص صار أجيراً مشتركاً^(٤)؛ لأنه لا يستحق الأجرة إلا بالعمل؛ فيضمن ما تلف معه.

مسألة: وإذا استؤجرت المرأة للحضانة فلا بد من تعيين الصبي^(٥)، وبيان قدر المدة والأجرة، وهو تكون كالمشترك، ذكره المؤيد بالله والفقيه محمد بن

(١) وذلك لجهالة المنفعة، قال في الكواكب: إلا أن يقول: في أيها شئت. (بستان).

(٢) ويستثنى السبت للذمي حيث هو أجير، ويستحق الأجرة كاملة. (قرئ). والأحد للنصراني، والمجوسي يوم الثلوث. (روضة نووي).

(٣) ولعله حيث جرت العادة بحضورها من الأجراء. (شامي). وإلا سقطت من الأجرة بقدرها.

(*) وعليه الأزهار في الحج: ولا تمنع الزوجة.

(٤) يعني بالنظر إلى استحقاق الأجرة، وأما الضمان فبحاله، يعني لا يضمن. (شامي) و(قرئ).

(٥) إلا أن تكون خاصة فلا يحتاج إلى تعيينه، ويصح إبداله، ولعل كلام الكتاب مبني على أنها مشترك. (قرئ).

(*) يعني: بالمشاهدة، لا بالوصف فلا ينضب. (بستان). وقيل: ولو بالوصف^[١]. ولها رده بالرؤية. (عامر).

[١] إذا انضب به. (قرئ).

سليمان ويحيى البحيح وعلي، وقال المنصور بالله وأبو مضر والوافي: إنها كالخاص^(١)؛ فلا تضمن الصبي إذا تلف وما عليه إلا بتفريط منها أو جناية^(٢)، فتكون ديته على عاقلتها في الخطأ. وعلى القول الأول تضمن من مالها، إلا أن يتلف بتفريط منها أو جناية فعلى عاقلتها دية الخطأ.

فرع: فلو أجزت نفسها لحضن صبي آخر فإن كان لا يضر بالأول جاز^(٣)، وإن كان يضر به لم يجز، ويكون لها على الآخر أجرة المثل، وعلى الأول حصة ما مضى من المسمى، وفي باقي المدة^(٤) الأقل من أجرة مثله^(٥) أو حصته من المسمى.

فرع: وعليها إرضاع الصبي والقيام بما يصلحه من الغسل والتطيب والحفظ ومباشرته بما يحتاج من دهنه وإطعامه، فأما الدهن والطعام فعلى وليه. ولها إرضاعه وحفظه في بيتها، إلا أن يشترط عليها بيت الصبي أو بيت وليه لزمها فيه.

فرع: وإذا ادعت تلف ما عليه أو ما معها له فالقول قولها مع يمينها إن قلنا: إنها كالخاص، لا إن قلنا: هي كالمشترك.

فرع: ولزوجها وطؤها إن كانت في بيته^(٦)، خلاف الشافعي، لا إن كانت في بيت الصبي إلا بإذن وليه^(٧).

(١) إن قدم العمل على المدة فتكون كالخاص، لا لو تأخر فهي خاص حقيقة. (شامي) (قررو).

(٢) أو تضمين كما في الأزهار، فتضمن غير الغالب، فإن ضمنت الغالب ضمنت، فتضمنه إن مات إن كان عبداً، قيل: وكذا لو كان حراً.

(٣) وظاهر الأزهار إنها لا تشرك في العمل واللبن مطلقاً، ولعله يحمل على ما هنا.

(٤) في (د): وفيما بقي من المدة.

(٥) لأجل المخالفة في الصفة.

(*) في (د): المثل.

(٦) قال **عليه السلام**: لكن لا يطأها في وقت الرضاع، بل إذا نام الصبي أو روي من اللبن. (بستان).

(*) أو بيتها.

(٧) وذلك لأنه ليس له أن يتصرف في بيت الغير إلا بإذنه. (بستان).

فروع: وأجرتها كنفقة الصبي في كونها على أبيه أو من ماله على الخلاف^(١).
فروع: وإذا استأجرت غيرها على إرضاع الصبي لم يجز لها^(٢) ولم تستحق هي
 أجره على الأصح^(٣)، وإن مرضت أو حبلت كان لها ولولي الصبي فسخ
 الإجارة؛ لما يلحقها ويلحق الصبي من المضرة.

فروع: وإذا أراد ولي الصبي أن يسافر به وامتنعت من الخروج معه كان له أن
 يفسخ^(٤)، ذكره في التقرير.

فروع: وإذا استؤجرت بنفقتها وكسوتها لم تصح؛ لجهالة ذلك، وقال أبو
 حنيفة والإمام يحيى: تصح فيها خاصاً لها لظاهر الآية^(٥).

فروع: وإذا سقت الصبي لبن السائمة أثمت^(٦) وكان لوليه الفسخ، وكذا في
 كل أجير ظهر منه خيانة فلمستأجره أن يفسخ. وإن مرض الصبي من ذلك
 لزمته حكومة له، وإن مات منه ضمنته، ولا تستحق قيمة اللبن؛ لأنها متبرعة
 به ومتعدية، ذكره القاضي زيد، خلاف الهادي.

فروع: وإذا سقته ما يقتله فإن كانت جاهلة وجبت ديته على عاقلتها^(٧)، وإن

(١) يعني فعلى الأب عند الهادي عليه السلام وفي مال الصبي عند المؤيد بالله ومن معه. (بستان).

(٢) ظاهره ولو لعذر، لكن قد قالوا في الحج: إنه يجوز للعذر والكل يختلف بالأشخاص،
 فينظر في الفرق. قيل: يجوز للعذر؛ إذ لا فارق. (قرر).

(٣) وذلك لأنها فعلت ما لم يؤذن به لها. (بستان).

(٤) إلا أن يكون حقاً لها، كأم الولد ونحوها. (بستان).

(٥) وهي قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣]. اهـ.
 قلت: الآية في المرضعة المستحقة للحضانة، فلا يتم حجة لها.

(٦) إلا لعذر أو جرى به العرف. (قرر).

(*) قوله: «أثمت» وذلك لمخالفة العقد ونقصانه في النفع. وللولي الفسخ؛ لأن لبنها فيه
 لطف وخفة، ولبن السائمة فيه ثقل وضرر. (بستان).

(٧) وذلك لأنها مع الجهل قاتلة خطأ. (بستان).

كانت عاملة بأنه يقتل فإن أوجرتة إياه قتلت به^(١)، وإن وضعته بين يديه فشربه فالدية على عاقلتها؛ لأنها فاعلة سبب^(٢)، وإن أعطته إلى يده فشربه^(٣) فقال المؤيد بالله: تكون قاتلة عمداً، وقال الناصر وأبو طالب: بل خطأ.

فروع: وإذا شرط عليها حفظ الصبي أو ما معه أو ما عليه كانت أجيراً مشتركاً على حفظه، وكذا في الأجير الخاص إذا شرط عليه عند العقد حفظ ما صار إليه كان أجيراً مشتركاً على حفظه^(٤)، لا إن شرط عليه ضمانه فلا يصح^(٥).

مسألة: وإذا عمل الأجير الخاص لغير من استأجره عملاً يشغله عما استؤجر له أثم وكانت أجره عمله له^(٦)، ويسقط عن مستأجره الأول حصة مدة العمل من أجرته ولو أمكن مستأجره منعه من العمل لغيره ولو كان بمحضره، بخلاف من استأجر شيئاً ثم غصب عليه وهو يمكنه منع الغاصب^(٧) فإن الأجرة باقية عليه لمالكه، وله على الغاصب أجره المثل، فلو

(*) ينظر إذ هي مباشرة وعمادة، والجهل لا تأثير له. اه لعله يقال: هي غير قاصدة للقتل.

(سماح سيدنا حسن).

(١) غير الأم. (قررو).

(٢) إن قيل: هو مباشر. قد أجيب أنه لا حكم لمباشرة؛ لعدم اختياره. (مفتي).

(٣) وكان أثر فعلها، بأن شربه قبل أن يضعه من يده، فلو وضعه من يده ثم شربه لم تكن قاتلة عمداً. اه وظاهر الكتاب الإطلاق. و(قررو).

(٤) المذهب خلافه، وهو أنه لا يضمن إلا مع الاستئجار أو بتفريط، لا مع شرط الحفظ. اه قلت: المذهب أن شرط الحفظ استئجار، والله أعلم. (مفتي).

(٥) ينظر [يقال (نخ)] ما الفرق بين شرط الحفظ وشرط الضمان؟ لعل الفرق أن شرط الحفظ يصح؛ لأنه يصح الاستئجار عليه فيصح شرطه، وشرط الضمان لا يصح شرطه؛ لأنه لا يصح الاستئجار عليه. اه وقد اختير أنه لا يصح شرط الحفظ ولا شرط الضمان كما في الحاشية. (قررو).

(٦) أجره المثل؛ إذ المنافع للغير، فالإجارة فاسدة. (نجري معنى). (قررو).

(*) فلو أذن كانت الأجرة للمستأجر الأول، إلا أن يأذن له لنفسه كانت له. و(قررو).

(٧) يعني: بغير عوض. (قررو).

زادت على الأجرة المسماة كان كما إذا أجره بزائد^(١).

فروع: وإذا كان العمل الآخر لا يمنع الأجير مما استؤجر عليه^(٢) جاز له عمله وصح عقد الإجارة عليه، ولا ينقص من أجرته الأولية شيء. **وأما الأجير المشترك** فهو من يعمل للناس عموماً لا لواحد وحده، كأهل الصناعات، فلا يستحق الأجرة إلا بالعمل لا بتسليم نفسه، ولصحة إجارته شروط خمسة:

الأول: أن تكون أجرته معلومة^(٣).

الثاني: أن يكون العمل معلوماً^(٤).

الثالث: أن يكون الأجير يمكنه فعل ما استؤجر عليه، لا إن كان متعذراً عليه^(٥).

الرابع: أن يكون يجوز له فعله، لا إن كان محظوراً عليه^(٦)، كاستئجار الجنب

(١) لعل الفرق بين تأجيره وبين الغصب أن الغاصب الواجب عليه أجره المثل فلا وجه لرد شيء منها، فالأولى التصديق؛ لأنه ملكه من وجه محذور. (شامي). قد تقدم في حاشية [١] كلام مقرر فابحثه تجده، وهو أنه يطيب له؛ لأنه قد ملك المنافع.

(٢) كالخياطة والقراءة غيباً.

(٣) يعني جملة أو تفصيلاً. (بستان).

(٤) قوله: «معلوماً» قال الفقيه يوسف: ولا بد أن يكون فيه نفعاً للمستأجر أو يكون له في فعله غرض ولو لم يكن إلا مجرد الاختيار للفاعل، فإن كان عبثاً لا نفع فيه ولا غرض لم تصح الإجارة. (بستان). وقيل: لا فرق، سواء تعلق به غرض أم لا.

(٥) يعني: فلا تصح إجارة الأعمى لنقط المصحف. وهذا جلي حيث قال: تنقطه بنفسك، وكذا إن لم يقل وقلنا: ليس له أن يستأجر من يعمل مثل عمله، فأما إن قلنا: يصح ذلك قال الفقيه يوسف: فهو محتمل. (بستان).

(٦) أو عليها.

[١] على المسألة التي أولها: مسألة: وإذا غصبت الدار المؤجرة.. إلخ في المسألة الرابعة عشرة بعد قوله: فصل والمؤجرات.. إلخ.

والحائض على كنس المسجد^(١) ونحوه.

الخامس: أن يكون المعمول عليه معيناً؛ فلا يصح أن يكون في الذمة، نحو أن يستأجره على نسج غزل عين معين ونحو ذلك. وأما كونه في ملك المستأجر فيشترط أيضاً على قول الهدوية، لا على قول المؤيد بالله كما في الاستئجار على المباح من الحطب والحشيش ونحوه^(٢)، وإن كان في ملك غيره واستأجر من يعمله عنه بإذن مالكه صح^(٣).

مسألة: والمشارك يضمن^(٤) ما تلف أو فسد تحت يده مما استؤجر على العمل فيه أو على حمله ولو تلف بغير تفريط منه إن كان مما يمكن الاحتراز عنه، ولو كانت الإجارة فاسدة ولو لم يشرط له الأجرة إذا كان يعتاد أخذها، إلا ما كان تلفه أو فساده بأمر غالب لا يمكن دفعه عند حدوثه ولا الاحتراز منه قبل حدوثه^(٥) فلا يضمنه، إلا إن كان قد حصل منه تعدد في المال^(٦) ضمنه كالعاصب.

(١) والأقرب الصحة في الثالث والرابع؛ لأن له الاستتابة، إلا أن يشرط عليه عدم الاستتابة^[١]، ذكر معنى هذا الفقيه يوسف، واختاره في الأثرار. اهـ ومثل معناه في البستان. اهـ أو كان عمل الثاني دون عمل الأول. (قرئ).

(٢) الإحياء والاصطياد والأخذ من المعادن والمياه المباحات. (بيان من الوكالة).

(٣) هذا للوالد عليه السلام ذكره في البرهان، قال: كما ذكر الفقيه علي فيمن استأجر من يضمن ولد امرأته عنه بإذن زوجته، أو استأجرت هي عن زوجها بإذنه أنه يصح، فكذا هنا. (بستان).

(٤) بأوفر القيم كما سيأتي.

(٥) يعني: فأما حيث قد كان أمكنه الاحتراز من الظالم برفع المال إلى موضع آخر قبل وصول الظالم وبعد الظن بأنه يصل فإنه يضمن؛ لأن ذلك تفريط في الحفظ، ذكره في البرهان والكواكب. (بستان).

(*) كلقصة الحنش وسقوط الغنم بعضها على بعض؛ لعدم جري العادة بالحفظ في مثل ذلك. اهـ قلت: وظاهر المذهب أنه يضمن وأن العبرة بالمعينة كما ذكر لا بالعادة. (مقصد حسن).

(*) ينظر فيه، فالأولى ما في شرح الأزهار، وهو ما لا يمكن دفعة مع المعينة، ومثله في البحر.

(*) مع العلم به أو الظن، وإلا فلا ضمان.

(٦) المعمول فيه أو المحمول.

فروع: وإذا سرق المصنوع أو المحمول ضمنه الأجير ولو كان غائباً عنه؛ لأنه لو حضر أمكنه دفع السارق، وكذا فيما أكله الذئب من الغنم إلا حيث تكون الذئاب غالبية لا يمكن دفعها. وكذا يضمن ما نسيه أو سقط من يده^(١) أو من فوق رأسه بغير اختياره، وكذا العبد إذا أبق أو الدابة إذا تعثرت أو سقطت أو صدمت حجراً^(٢) أو نحو ذلك مما كان يمكنه يحترز منه لو حضر عنده، وكذا ما تعثر به هو. وما غصب عليه بغير غالب لزمه استفداؤه^(٣)، وما غصب عليه بغالب لم يلزمه استفداؤه، ذكره في التمهيد.

مسألة: وإذا شرط المشترك عدم الضمان لما تلف معه أو شرط البراءة منه فإنه لا يضمنه^(٤)، خلاف المنصور بالله، وكذا إذا كان العرف جارياً بأنه لا يضمن إلا ما فرط فيه فإنه لا يضمن ما تلف بغير تفريط؛ لأن العرف^(٥) الجاري كالمشروط

(١) أو انقطع جبل الرحل فانكسر المحمول ضمنه^[١]. (شرح بهران، وكواكب). قال في الإفادة: إذا تردت دابة المكاري فهلك ما عليها ضمنه إن كانت له حيلة لو فعلها سلمت، سواء ترك فعل الحيلة لجهله أم لتقصيره. (شرح بهران). وهو يستقيم مع علمه أو ظنه بأمر الخوف ليحترز منه. (سماح سيدنا حسن) (قررو).

(٢) ما لم تجر العادة بعدم التحفظ منه فلا يضمنه. (قررو).

(٣) بما لا يجحف.

(٤) هذا ذكره في الشرح والزيادات والإفادة واللمع والشيخ محيي الدين، وقال المنصور بالله: لا يصح البراءة؛ لأنه إبراء قبل وجوب الحق، قلنا: قد وجد سبب الضمان، وهو العقد. (بستان).

(*) ينظر ما الفرق بين الأجير المشترك أنه إذا تبرأ من الضمان برئ، وعللوا ذلك بأنه قد وجد سبب الضمان وهو العقد، وقالوا في الزوجة: لا يصح منها البراءة، وقال المؤيد بالله:

يصح منها البراءة، وعلل ذلك بأنه قد وجد السبب وهو العقد، فما الفرق على كلام أهل

المذهب في الموضوعين؛ لكونهم هنا قد عللوا كما علل به المؤيد بالله هناك، ينظر في الفرق.

(٥) قلت: كالدراهم التي يحملها أهل الأسباب إلى البنادر فلا يضمنونها ولو كانوا أجراء.

(مفتي). حيث هم أجراء على الشراء فقط. (قررو).

[١] مع العلم أو الظن بالخلل. (قررو).

في العقد^(١)، وكذا فيما كانت اليد عليه لمالكه فإنه لا يضمه الأجير؛ لأن حفظه على مالكه، نحو أن يستأجر من يخيظ له في بيته أو في دكانه^(٢)، أو من يحمل له شيئاً واليد عليه في الطريق لمالكه حيث سار معه، ونحو ذلك.

فروع: ومن استأجر على نقض بناء في علو حائط فنقضه ثم أذى نقضه إلى انهدام أسفل^(٣) الحائط فإنه يضمه^(٤)، ذكره في الشرح، ولعل وجهه كونه تولد من فعله مع تفريط منه، والله أعلم.

مسألة^(٥): وإذا كان لأهل قرية راع يرعى بقرهم بأجرة فمن سلم منهم بقرته إليه دخلت في ضمانه حتى يردها إلى مالكها أو وكيله^(٦) في كل يوم، وكذا فيمن ساق منهم بقرته إلى بين البقر ثم ساقهن^(٧) الراعي قبل يعلم بها فقد دخلت في ضمانه^(٨)، فلو وضع بقرته في الموضع الذي يجمع البقر إليه ليسوقهن الراعي منه فلا يضم الراعي قبل سوقه هن إلا ما علم بها^(٩)، لا ما لم يعلم بها فلا تدخل في ضمانه، خلاف الفقيه يحمي البحيح^(١٠).

(١) قال في البرهان: كما يعتاد أهل زماننا في الحامي والراعي أنها لا يضمنان إلا مع التفريط لا ما حفظاه حفظ مثله، فإنه يعمل بالعرف إذا كان عرفاً ظاهراً لا يختلف. (بستان).

(٢) قال **عليه السلام**: وقياس المذهب أنه يضم ما نقله إلى حجره أو لزمه بيده ولو في دكان المستأجر؛ لأن اليد له. (غيث). وتلف في يده أو بسببه.

(٣) في (ب، ج): سفلى.

(٤) ولعل المراد به حيث كان يمكنه الاحتراز من ذلك أو كان لسوء صنعته. (كواكب).

(٥) هذه المسألة مستقيمة على المذهب ولكن مع عقد الإجارة في جميع الأطراف أو كان محقراً. (قرى).

(٦) في (د): أو إلى وكيله.

(٧) في (د): ساقها.

(٨) يعني بسوقه لها. ولا يشترط علمه بها. (بستان).

(٩) وإجارته عليها ولو فاسدة أو جرى العرف بأنه يرعى بالأجرة. (زهور معنى).

(١٠) فقال: التخلية كالقبض ولو لم يعلم. قلنا: لا تكون كالقبض إلا مع العلم^[١]. (بستان).

[١] في الصحيحة. (قرى).

فرع: فلو كان الذي وضع بقرته بين البقر من غير أهل القرية لم يضمنها الراعي^(١) إلا أن يجني عليها أو يفرط في حفظها بعد سوقه لها والعلم بها^(٢)، أو تكون عادته أنه يرعى لمن سلم إليه من أهل القرية وغيرهم، فما علم به من البقر أنه قد سلم إليه فقد دخل في ضمانه^(٣).

فرع: وكذا فيمن ربط جملة إلى القطار فإنه لا يدخل في ضمان الأجير الذي يقود إلا أن يعلم به^(٤) وعادته أخذ الأجرة ممن ربط جملة، فإن لم يعلم به لم يضمنه إلا أن يجني عليه.

مسألة: وإذا تداول أهل قرية في رعي بقرة أو غنمهم فإنه يضمن كل واحد منهم ما تلف منها في نوبته، وإن سلمها أحدهم في نوبته إلى ابنه الصغير المميز ليرعاها فالضمان على الأب^(٥) ذكره المؤيد بالله^{توفي}، وكذا إذا أذن الآباء

(١) وذلك لأنه لا يصير أجيراً لصاحبها إلا بعد أمراضاتها بذلك، وقد أباح له السوق فتصير معه أمانة لا تضمن إلا بتفريط أو جناية. (بستان).

(٢) وينظر هل العلم بعد النقل شرط في الأمانة؟ (مفتي). يشترط.

(*) والقياس أنه يضمن ولو لم يعلم بها.

(٣) فلا تدخل في ضمانه حتى يعلم بها ويقبضها بنقل أو تخلية. (كواكب لفظاً) و(قرور).

(٤) لعله حيث لم يسق، فإن ساق ضمن ولو جاهلاً.

(*) - لكن إذا جنى هذا المربوط جناية يجب فيها الأرش فإنه يضمنها القائد؛ لأنه أثر فعله،

لكنه يرجع بها على الرابط مع جهله. (هاجري). (قرور). وعليه الأزهار في قوله: وأما رفسها فعلى السائق.

(٥) يقال: إذا استعمله في غير المعتاد لزمته الأجرة، ويكون أجيراً مشتركاً، والضمان في ماله

إذا كان لمصلحة، وإن كان لا لمصلحة فكاستعمل الصغير في غير المعتاد^[١]. (مفتي). أما

الضمان فيضمن الصغير من ماله^[٢]؛ إذ قد صار غاصباً، والقرار عليه إن جنى أو علم كما

سيأتي في الفرع السادس. (سماح سيدنا حسن عليه السلام) (قرور).

[١] تلزمه أجرته.

[٢] يعني: أنه إما أن يكون أجيراً أو يكون غاصباً، وكلا الأمرين موجب للضمان. (سماح سيدنا حسن).

لأولادهم الصغار في تداول البهائم^(١) للرعاة كان الأولاد وكلاء للآباء والضمآن على الآباء.

مسألة: وإذا وثب الذئب على الغنم والراعي في صلاة فرض لزومه الخروج منها إذا كان في الوقت سعة، وإن لم يكن فكذا عند أبي طالب^(٢)، خلاف الأستاذ فقال: لا يجب الخروج من الصلاة، بل الضمان. وفيه نظر^(٣). وكذا الوديع ونحوه يلزمه الخروج من الصلاة لحفظ الوديعة^(٤) من الغنم ونحوها، وأما مالك الغنم ونحوها فلا يجوز له الخروج من الصلاة ما لم يخش فوت الغنم، ومع الخشية قال الفقيه يحيى البحيح^(٥): لا يجوز الخروج منها إلا أن يكون تلف الغنم أو نحوها يضر به جاز^(٦). والأقرب أنه يجب مطلقاً كما في إنقاذ الغريق من الحيوان، فلو كان يخشى المالك أخذ الغير للغنم ونحوها جاز له الخروج ولا يجب، ذكره الفقيه حسن، والأقرب^{قوي} أنه يجب دفعاً للمنكر.

(*): يقال: الأب أجير مشترك، وللأجير الاستنابة فيما لا يختلف بالأشخاص، فقد صار الصغير أجيراً مشتركاً؛ فيضمن من ماله.

(*): ولعل المراد بما ذكروا أن التسليم إلى الصغير لمصلحة، وشرط الضمان على نفسه دون ابنه الصغير لعدم المصلحة للابن مع الضمان، ومع عدم شرط^[١] الأب للابن الصغير وسلم ذلك إليه فإنه يضمن ذلك الصغير أيضاً؛ لكونه غاصباً، ويرجع على أبيه للتغيرير.

(١) أو جرى العرف بذلك. (قروي).

(٢) لأنه يجب عليه حفظها. (بستان).

(٣) وجه النظر أنه اكتفى بالضمان ولم ينظر إلى أن ذلك كإنقاذ الغريق من الحيوان. (بستان).

(٤) قال في البرهان: وهذا وفاق. (بستان).

(٥) في (أ، ب): قيل. بدون نسبة إلى قائل.

(٦) في (ب): جاز له الخروج.

[١] في (ب): ومع عدم استعمال الأب.

مسألة: وللأجير حبس المصنوع حتى يسلم له^(١) أجرته كلها، وكذا له حبس المحمول، خلاف أبي حنيفة^(٢)، وإذا تلف معه في حال حبسه فضمانه باق كما كان^(٣)، لا ضمان رهن ولا غضب.

فروع: وكذا فيما فسخ من بيع أو إجارة لفساد أو عيب أو غيره فلقابضه أن يحبسه حتى يرد له ما كان قد سلم من ثمن أو أجره^(٤)، ولا يكون مضموناً^(٥) عليه، إلا إذا كانت المؤجرة مضمونة بقي عليه ضمانها الأول.

مسألة: وما نقص من المحمول المعدود فهو مضمون على الأجير^(٦)، وكذا ما نقص من المكيل أو الموزون فهو مضمون عليه، إلا إذا كان نقصانها لأجل الجفاف لم يضمه^(٧) إن صادقه المالك أنه لأجله أو بين به، قال الفقيه علي: إلا حيث كان الجفاف لتراخ حصل من الأجير في طريقه فإنه يضمن أرشه^(٨).

(١) وإذا حبس الراعي الغنم أو الحاضنة الولد فلهما الأجرة في مدة الحبس؛ إذ حبسها بحق، وهو استيفاء الأجرة. وما غرم عليها الحابس فله الرجوع. (قررد). إن نوى. (قررد).

(٢) قال في البحر: ولا وجه للفرق. وإنما ثبت له الحبس لأنها عين تعلق بها حق، فله حبسها حتى يسلم إليه ما هو له. (بستان).

(٣) يعني بأوفر القيم من القبض إلى التلف، هكذا قرر، ومعنى قوله: «لا ضمان رهن أو غضب» يعني: يضمن غير الغالب. (قررد).

(٤) حيث عجلها.

(٥) أقول: بل الأمر بحاله قبل الفسخ: فحيث كان مبيعاً ثم فسخ بالتراضي فكالمبيع قبل القبض إذا تلف وكما في الشفعة، وفي الرهن أيضاً ضمان رهن بعد التفاسخ قبل القبض عند أبي طالب. (مفتي). والمختار أن ما تلف قبل القبض أو التخلية الصحيحة بعد التفاسخ تلف من مال المشتري سواء كان الفسخ من أصله أو من حينه. (حاشية سحولي).

(٦) يعني إذا صادق بالنقصان أو بين به المالك. (بستان).

(٧) لأنه غالب.

(٨) قال الفقيه يوسف: وهو يقال: ماذا يضمن، وهلا كان كالهزال؟ أه لعل الخلاف في الهزال يأتي هنا. ولعله يقال: يضمن ما بين قيمته رطباً وبابساً، ولا يقال: إنه من نقصان السعر، بل نقصان صفة بسببه، وهو التراخي؛ فيضمن. (من بحر الشامي).

مسألة: وإذا خلَى الأجير الشيء الذي معه إلى مالكة بحيث يمكنه (١) قبضه (٢) بغير مانع له فقد برئ منه ولو لم يقبله مالكة، خلاف أبي طالب وأبي حنيفة وأحد قولي المؤيد بالله وأحد قولي أبي العباس.

مسألة: ويضمن الصانع كل ما فسد بصناعاتهم (٣) مما يمكن الاحتراز منه، نحو أن ينغل الدباج الأديم، أو يحرق الحداد الحديد، أو يكسر النجار الخشب، أو يحرق القصار الثوب، أو نحو ذلك، فحيث يكون الأرش قدر نصف القيمة فما دونه يجب الأرش فقط؛ لأن ذلك لا يوافق أغراض الناس (٤) وحيث يكون الأرش أكثر من نصف القيمة فكذا عند المؤيد بالله وأبي حنيفة والشافعي (٥)، وقال الهادي: يخير المالك بين أخذ حقه مع أرش النقصان وبين تركه للأجير وأخذ قيمته (٦) صحيحاً، قال الفقيه يوسف: وإذا اختار أحد الأمرين لم يكن له الانتقال إلى الثاني (٧)؛ لأنه كأنه قد أبرأ الأجير منه.

(١) ولفظ التذكرة: ويسقط الضمان بالتخلية إن حضر المعمول أو المحمول ولا مانع، وتجب الأجرة. (٢) بعد علمه. (كواكب).

(٣) وهذا ضمان جنائية؛ إذ هو لسوء الصنعة. (بستان).

(٤) نحو تمزيق الثوب وذبح الحيوان العجف وسائر الجنائيات، فأما لو فعل فيه فعلاً يذهب بعض منفعه وهو مما يتعلق به الغرض لم يكن له إلا أخذه بلا شيء وإلا فقيمه عند الهادي، والمؤيد بالله باق على أصله، فيلزم الأرش عنده في جميع الأطراف.

(*) يعني: أن إنغال الأديم وإحراق الحديد وكسر الخشب ونحوه لا يوافق الغرض؛ فلذلك تعين الأرش اتفاقاً؛ لأن معظم المنافع باق. (بستان).

(٥) حجتهم أن العين لم تذهب بأجمعها فلذلك لم يستحق ضمان الكل كما لو كان الذاهب هو الأقل، وحجة الهادي عَلَيْهِ السَّلَامُ أن فساد الأكثر كفساد الكل؛ إذ فوت معظم منفعه. (بستان).

(٦) يوم قبضه. (قرن).

(*) وعليه الأزهار بقوله: وعليه أرش يسير نقص بصنعته، وفي الكثير يخير المالك بينه وبين القيمة. (٧) والوجه في ذلك أنه يؤدي إلى التسلسل، وسيأتي في الديات. اهـ سيأتي للفقيه يوسف ما يخالف هذا في الرهن حيث جنى المرتهن على الرهن أن له أن يستوفي الأكثر ولو اختار الأقل، ولا يسقط الأكثر عندنا إلا بإسقاط. (مفتي).

فروع: وهذا الخيار فيما كان مضموناً كالرهن والمغصوب وما في يد الأجير المشترك، لا فيما كان غير مضمون وحصلت عليه جناية^(١) فلا خيار فيه، بل يجب أرش الجناية مطلقاً^(٢).

فروع: وحيث يخير المالك في تضمين الأجير القيمة أو الأرش يكون مخيراً أيضاً بين تضمينه قيمة حقه أو أرشه مصنوعاً^(٣) ويسلم للأجير أجرته، وبين تضمينه قيمته أو أرشه غير مصنوع ولا أجره للأجير، ذكره في الشرح واللمع.

مسألة: ويضمن الحمامي^(٤) ما ذهب في حمامه^(٥) من اللحاف والآنية وغيرها إذا وضع في حضرته أو حضرة أعوانه^(٦) أو حيث يعتاد الوضع فيه في غير محضره^(٧)؛ لأن حفظ ذلك يدخل تبعاً في الإجارة، خلاف الشافعي^(٨)،

(١) كمن جنى على بهيمة الغير. (بستان).

(٢) يعني: سواء قل الأرش أم كثر، وهذا هنا وفاق، ذكره الفقيه علي. (بستان).

(٣) هذا بعد الصنعة، لا قبل فإنه يضمه ولا خيار للمالك كما يأتي.

(٤) قال عليه السلام: ويستحب الحمام مع المتزر؛ لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((نعم البيت الحمام؛ يذهب الدرن، ويذكر بالأخرة)) ويحظر من غير متزر؛ لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((بس البيت الحمام، بيدي العورة)). (بستان).

(٥) وكذا في السمسة والمسجد، وكذا المعلم يضمن ما ذهب في معلمته. (قرور).

(٦) والضمان عليهم إن كانوا أجراء. (قرور).

(٧) ومثله في الرياض والصعيتري، وفي شرح الأزهار والبحر: لا بد من شرطين: أحدهما:

أن يضعه في حضرته أو حضرة أعوانه. الثاني: أن يكون في الموضع المعتاد.

(٨) يعني فقال: لا يضمن إلا أن يستأجر على حفظ الثياب ونحوها. قلنا: دخل ذلك تبعاً

للإجارة ولو كانت فاسدة؛ لأن الداخل لو علم أن الحمامي لا يحفظ الأثواب لم يدخله، فلم

يدفع الأجرة إلا في مقابلة الانتفاع والحفظ. واعلم أن القياس يمنع من صحة هذه الإجارة

لعدم الإيجاب والقبول، وجهالة الوقت والمكان، ولما فيه من إتلاف الأعيان، لكن استحق

الأجرة استحساناً للإجماع، قيل: وأشار في الشرح في بيع المحقرات إلى أن هذه الإجارة

صحيحة؛ لأنه قال في بيع المحقرات بغير لفظ: إنه قد توارثه المسلمون خلفاً عن سلف

فجاز كالهدايا، وكما أجمعوا على دخول الحمام على وجه لا تحصل فيه شروط الإجارة من

بيان قدر الأجرة وقدر اللبث وقدر الماء، فصح ذلك لأجل عادة المسلمين. (بستان).

وكذلك صاحب السفينة يضمن ما ذهب في سفينته مما يعتاد حفظه عليه.

وغسالة الحمام لصاحبه^(١).

مسألة: وإذا أعتت الخاتن أو المجرّب أو الطبيب فإن كان متعاطياً ضمن ما أعتت بالمباشرة^(٢) - وهو الزائد على المعتاد^(٣) - ولو شرط البراءة، وأما ما سرى من المعتاد إلى تلف أو ضرر فقال في الشرح: يضمنه أيضاً، وقال في اللمع والتقرير والبيان: لا يضمنه^(٤). وإن كان بصيراً - وهو الذي يعرف العلة ودواءها وكيفية الصنعة في علاجها - فإن فعل المعتاد لم يضمن ولو سرى إلى التلف في الحال أو في المآل، وإن فعل زائداً عليه فإنه يضمن، وإن شرط البراءة عند العقد برئ من الخطأ^(٥)، لا من العمد فيما لا يستباح بالإباحة^(٦). فإن كان

(١) أي: هو أحق بها وإن كانت متنجسة. (كواكب).

(٢) فلو فعل المتعاطي المعتاد مأموراً ولم تحصل جناية فلا ضمان، وبغير أمر يضمن ولو لم يفعل إلا المعتاد. (حاشية سحولي).

(*) لقوله ﷺ: ((من طب من غير علم فأعتت فهو ضامن)) قلنا: ولو اشترط البراءة قبل العمل؛ لأن العقد غير صحيح، فكان كالإبراء من الشفعة قبل البيع، فأما بعد العمل فيصح. (بستان).

(*) يفهم منه أنه إذا فعل المعتاد لم يضمن، والأزهار يفهم خلافه فلينظر. وتمثيل المباشرة في شرحه بأن يقطع الحشفة يرشد إلى ما أفهمه البيان، ومثله نقل سماعاً عن سيدنا عامر والسحولي، وهذا مع الأمر له، ومقتضى قوله ﷺ: ((من طب بغير علم فأعتت ضمن)) وفسر الإعانت بمجاوزة المعتاد، فتقرر ذلك والله الحمد. و(قررو). وبغير أمر يضمن ولو لم يفعل إلا المعتاد. (حاشية سحولي) (قررو).

(٣) ويعرف بقول الأطباء.

(٤) قوي عامر، واختاره المتوكل على الله.

(٥) فإن قيل: كيف يصح البراءة في حق الصبي؟ قلنا: بناء على أنه لم يوجد من يختنه إلا بشرطه، فصح البراءة للمصلحة. (رياض) (قررو).

(٦) وذلك غير المعتاد.

(*) هذه كعبارة البرهان، وعبرة الكواكب: لأن ذلك لا يستباح بالإباحة. وهي أليق. (بستان).

فعل الطبيب ونحوه بغير إذن العليل الكبير أو ولي الصغير ضمن بكل حال^(١).
فرع: فإن كان الطبيب ونحوه عبداً كان ما لزمه من الضمان في رقبته ضمان
 معاملة^(٢) إذا كان مأذوناً له ولو جنى عمداً^(٣)، وإن كان غير مأذون له كان الضمان
 في ذمته متى عتق ولو جنى عمداً^(٤) ولو جهل المستأجر له كونه عبداً، إلا أن يحصل
 منه إيهام بأنه حر أو بأنه مأذون له كان الضمان في رقبته ضمان جنائية.

قال الفقيه يوسف: وحيث يكون غير مأذون^(٥) يضمن بكل حال ولو فعل
 المعتاد^(٦)؛ لأنه متعد^(٧).

مسألة: وليس للأجير أن يستأجر غيره على ما استؤجر عليه إن كان عمل الثاني
 دون عمل الأول، فإن كان يعمل مثله ففيما يختلف باختلاف الأشخاص^(٨) كالحج

(١) وإذا ختن الصبي بغير إذن وليه ضمن وكانت باضعة. (قرر). يحقق قوله: باضعة.
 (*) فإن امتنع العليل لم يجز ذلك وإن اقتضى العقل حسن ذلك؛ لأنه مخالف للشرع، خلاف
 أبي هاشم. اهـ لو قيل: أما مع خشية التلف فيجب مطلقاً كإنقاذ الغريق لم يبعد. يقال:
 الغريق يعلم بالإنقاذ حياته، بخلاف العليل.

(٢) يعني: يتعلق برقبته وما في يده على الخلاف في البيوع، ويضمن في هذه الصورة حيث
 يضمن الحر على ما تقدم من التفصيل. (بستان).

(٣) لأنه يشبه ما أخذ برضا أربابه من المال، وقد قالوا: يتعلق برقبته وما في يده ولو أتلفه
 بجنائية. فينظر. (شامي).

(٤) ينظر هل ولو كان مما يستباح بالإباحة كما هو ظاهر العبارة؟

(٥) من سيده.

(٦) وقيل: إذا فعل المعتاد بإذن العليل لم يضمن. (سماح شامي).

(٧) ظاهره ويكون الضمان في رقبته، وهو يخالف حدهم في دين الذمة؛ لأن هذا منه، وهو
 يثبت برضا أربابه، فينظر.

(٨) قال القاضي عبدالله الدواري: إن الذي يختلف بالأشخاص هو ما لا يطلع عليه بعد
 فعله، كالقراءة والحج والحضارة ونحو ذلك؛ لأن من قرأ ختمة فاتت لا يدري هل قرأ أم
 لا، وكذا طوافات الحج فلا ترى بعد فعلها ونحو ذلك. (قرر).

والحضانة لا يجوز أيضاً^(١)، إلا إن شرط ذلك أو تجري به العادة أو عند تعذر الحج عليه بنفسه على الخلاف الذي تقدم^(٢)، وفيما لا يختلف باختلاف الأشخاص إن وقع فيه^(٣) شرط أو عرف عمل به، وإن لم فقال المؤيد بالله وأبو العباس وأحد قولي أبي طالب: يجوز^(٤)، وقال الناصر وأحد قولي أبي طالب: لا يجوز. ويتفقون في المحمول إذا كانت اليد عليه للأول أو للمالك أنه يجوز.

فروع: وإذا جاز ذلك فهو مضمون على الأول للمالك وعلى الثاني^(٥) للأول ضمان المشترك^(٦)، ويجب لكل واحد منهما أجرته المسماة ولو كانت أجرة الثاني أقل من أجرة الأول، فيطيب الزائد للأول؛ لأنه في مقابلة ضمان عليه للمالك^(٧).
فروع: وإذا لم يجز ذلك فهما متعديان معاً؛ فيضمنان ضمان الغصب، وللمالك طلب أيهما شاء، وقرار الضمان على الثاني إن جنى أو علم بأنه للغير، وإن لم فعلى الأول؛ لأنه غار للثاني ولو تلف بغير غالب، ذكره المؤيد بالله وأبو طالب، وقال الإمام يحيى وابن أبي الفوارس: لا يكون غاراً له إلا إذا تلف بغالب^(٨)، وأما

(١) وذلك لأن القصد تحصيل العمل من الأجير نفسه. (بستان).

(٢) يجوز على المذهب. (قرو).

(٣) في (ب، ج): منه.

(٤) لأن المقصود تحصيل العمل ولا عبرة بالشخص. وحجة الآخرين أنه متعد قطعاً. قلنا: لا تعدي لما مر. (بستان).

(٥) وعليه الأزهاري بقوله: ويضمنان معاً.

(*) فإن كان الأول خاصاً والثاني مشتركاً ضمن للمالك؛ إذ هو كالوكيل. (قرو).

(٦) هذا حيث عقد للثاني مشتركاً، فإن عقد خاصاً فالقياس أنه لا ضمان. (شامي).

(*) ينظر لو كان الثاني مضمناً للغالب والأول غير مضمن للغالب لمن يكون الضمان؟ قيل: يكون للمالك العين. (هبل). لأنه لما رضي بالتضمين للمالك كان كالوكيل للمالك. (قرو).

(٧) وإن شرط عدم الضمان ففي مقابلة العقد كما في المضاربة. (قرو).

(٨) يقال: هذا ضمان تعد فهو مغرور فيه، لا ضمان مشترك فافتقرا، ودخوله على نية الضمان لا توجب الضمان. (شامي).

بغيره فهو دخل في ذلك بانياً على الضمان^(١). قلنا: ولا أجره للأول على المالك، وللثاني أجره مثله إن جهل^(٢) على الأول^(٣)، لا إن علم بالحال^(٤).

فرع: وإذا جحد الثاني ما سلم إليه فعلى مدعيه البيئته هل كان الأول أو المالك، وإن جحده الأول فعلى المالك البيئته، وإذا بين عليه لم تسمع دعوى الأول على الثاني ولا بيئته؛ لأن إنكاره الأول يكذب دعواه وبيئته^(٥)، وإن لم يبين المالك بل حلف الأول فليس للمالك أن يدعيه^(٦) على الثاني بواسطة الأول^(٧)؛ لأنه لم يثبت عليه، وإن ادعاه مطلقاً صحت دعواه وبيئته.

مسألة: وإذا كانت الدابة أو البقرة بين اثنين يتداولانها فإن كان قصدهما بالتداول الانتفاع فقط فكل واحد منهما مستأجر لنصيب شريكه في دوله بمنافع نصيبه في الدول الثاني، فلا يضمه^(٨)، وإن كان قصدهما بالتداول للحفظ أو العلف فقط فكل واحد أجير للثاني في دوله، فيضمن ضمان المشترك^(٩)، وإن

(١) فلا يرجع. (كواكب). وسيأتي للإمام يحيى في الغصب نظير هذا حيث رهن الغاصب العين المغصوبة.

(٢) وأما إذا علم أنه للغير لكن اعتقد أنه يجوز فقال الفقيه حسن: لا تأثير له، بل يضمن.

(٣) في (ب): على الأول إن جهل.

(٤) يعني: كونه للغير.

(*) وسيأتي نظيره في المسألة الثالثة في قوله: فصل: وإذا كانت الإجارة صحيحة، وقد تقدمت الإشارة في المسألة الحادية عشرة من باب الحضانة.

(*) لأنه غاصب. والأزهار في الغصب: والقرار على الآخر إن علم مطلقاً أو جنى غالباً.

(٥) هذا حيث ادعاه للأول الذي بين عليه، لا لو ادعاه لنفسه فلا مانع.

(٦) وفيه نظر؛ لأنه إذا ادعاه لنفسه لم يمنع من دعواه بواسطة الأول.

(٧) لأنه صار إليه من الأول.

(٨) حيث كانت النفقة منها جميعاً، يعني: كان كل واحد ينفق حصته في نوبة صاحبه. (من

هامش شرح الأزهار) (قررو). وإلا ضمن. (قررو).

(*) يعني وإن كانت إجارة فاسدة في اللبن. (بستان).

(٩) بعد التضمين. (قررو).

(*) في (د): ضمان أجير مشترك.

قصد الأمرين معاً^(١) فقد وجد سبب الضمان فيجب أيضاً^(٢).

مسألة: من استأجر غيره على السير إلى بلد مشهور أو على نساخة كتاب مشهور في ورق معينة^(٣) بأجرة معلومة والأجير لا يعلم قدر المسافة والكتاب ويظن قلتها ثم بان له كثرتهما فلا خيار له^(٤)، ذكره في التذكرة، وقيل: إن له الخيار، وقيل: إنه يثبت للأجير خيار الرؤية فيما يعمل فيه إذا لم يكن قد رآه^(٥) كما في المبيع.

فرع: وحيث استؤجر على النساخة^(٦) لا يحتاج إلى بيان عدد السطور في كل صفح، بل ينسخ في الورق كلها حسب العادة^(٧)، فلو شحن الكتابة بحيث بقي بعض الورق كان مخالفاً؛ فيستحق الأقل من المسمى وأجرة المثل إن أخذه مالك الورق، وإن شاء تركها للأجير وضمنه قيمتها^(٨)، وهكذا في العكس^(٩) كما في مسألة الحائك التي تأتي، والله أعلم.

مسألة: ومن استؤجر على الحرث فلا بد من تعيين الأرض وذكر صفة الحرث وعمقه في الأرض لفظاً أو عرفاً لا يختلف.

(١) الانتفاع والحفظ.

(٢) وكذا إن كان قصدهم الحفظ والعلف والانتفاع فقد وجد سبب الضمان فيضمن.

(٣) المراد موجودة في ملكه. (قررو).

(٤) وذلك كبائع الجراف إذا جهل قدره. (بستان).

(*) إلا أن يحصّل تغرير أو تحقير. (قررو).

(٥) وقال في شرح البحر: لا خيار له. وقواه المفتي. لأنه بائع للمنافع، والبائع لا خيار له. اهـ قد قالوا: يثبت خيار الرؤية للظئر فما الفرق؟ يقال: الفرق أن في الكتاب والبلد قالوا: مشهورين

فكفت الشهرة، بخلاف الظئر فلا يكفي. (سيدنا علي بن أحمد الشجني رحمته الله).

(٦) وتحصيل الأم المنسوخ منها على المستأجر. (عامر).

(٧) فإن اختلفت العادة فلا بد من البيان، وإلا فسدت. و(قررو).

(*) في (ج، د): المعتاد.

(٨) وظاهر الأزهار في قوله: ومن خالف في صفة للعمل.. إلخ أنه لا يستحق إلا الأقل ولا خيار للمستأجر، فانظر فيه وتحقق. (من خط الأضرعي رحمته الله).

(*) هذا إذا كان أرش النقص فوق النصف، وإلا أخذه مع الأرض حيث غير إلى غير غرض، وإلى غرض يأخذه فقط أو قيمته، خلاف ما هنا وما في التذكرة والكواكب.

(٩) يعني: حيث جلل الخط فلم يكف الورق، وهذا الفرع والمسألة التي بعده للوالد رحمته الله. (بستان).

فصل: [فيما تستحق به الأجرة في الإجارة الفاسدة]

وإذا كانت الإجارة فاسدة^(١) لم تستحق الأجرة إلا باستيفاء المنفعة^(٢) في الرقبة المؤجرة أو بتسليم العمل من الأجير المشترك، لا بالتمكن من ذلك فلا يكفي^(٣)، خلاف أحد قولي المؤيد بالله والشافعي ومالك في إجارة الأعيان، قلت: وهو القوي^(٤)؛ لأنها قد تلفت منافعها تحت يد المستأجر. قلنا: والأجرة فيها هي أجرة المثل^(٥) على ما عمل ولو غير المقصود^(٦) ولو كانت الأجرة مسماة، وقال المؤيد بالله والمرضى: إذا كانت الأجرة مسماة معلومة والعمل معلوماً وجب المسمى، وقال أبو حنيفة: بل يجب الأقل من المسمى وأجرة المثل. فرع: وإذا كانت أجرة المثل مختلفة فإنه يجب الأقل إن اختلفت على عددين، أو الوسط إن اختلفت على ثلاثة أعداد، أو الأقل من الوسطين إن اختلفت على

(١) والباطلة مثل الفاسدة في الإجارة - وهي ما اختل فيها أحد الأركان الأربعة التي تقدمت في البيع - إلا أن يؤجر المكلف من صبي أو مجنون فلا أجرة. (وابل) (قررو).

(٢) وذلك كما قلنا في البيع الفاسد: إنها تجب القيمة بقبضه. (بستان).

(*) يقال: ما المراد باستيفاء المنافع هل استعمال كل جزء حيث المؤجر بيت، حتى لو سكن في جانب من المنزل وترك بقيقته لم يلزمه إلا أجرة ما سكن دون بقية المنزل، أو ما المراد؟ يقال: لا بد من الانتفاع في الفاسدة في كل جزء منها؛ إذ لا يكفي التمكن منها. (شامي). وفي بعض الحواشي: ما أوجب الملك في البيع الفاسد أو أجرة هنا. اهـ وقد جعلوا قبض العين بمثابة قبض المنفعة كما تقدم في البيان في قوله: مسألة: من اكرى شيئاً فله أن يكرهه.

(*) في (ب): المنافع.

(٣) قوله: «لا بالتمكن»، وذلك كما لا يجب المهر بالخلوة في النكاح الفاسد. وحجة الآخرين أنه عطل المنافع على المالك فأشبهه الغاصب وإن لم يتتفع. قلنا: الغاصب حصلت العين في يده بغير رضا مالكها، ومنع المالك منها، فهو مستهلك لمنافعها، فافترقا. (بستان).

(٤) واختاره في الأثمار، وقواه المفتي وعامر.

(٥) وذلك لأنها لم تستحق بالعقد، بل بالعمل. (بستان).

(٦) كالمقدمات، كلوا استأجر على الزراعة فحرث ولم يزرع.

أربعة أعداد - وقال الفقيه علي: يجب نصف الوستين - وعلى هذا النحو لو كثرت الأعداد. وهذا حيث اتفق المقومون على اختلاف أجرة المثل^(١)، فأما حيث اختلفوا فيها فإنه يكون على الخلاف في تقويم المقومين هل يؤخذ بالأكثر أو بالأقل، فقال في الشرح^(٢) والزيادات والمنصور بالله وأبو حنيفة: يعمل بالأكثر^(٣)، وقال الشافعي والفقيه يحيى البحيح: بالأقل؛ لأنه المتيقن^(٤).

مسألة: وإذا اختلف العامل والأمر له بالعمل هل شرط له أجرة أو شرطاً عدمها أو لم يشرط له شيئاً فإن كان للعامل عادة بأخذ الأجرة أو بعدمها فالبينة على مدعي خلافها، وإن لم يكن له عادة أو استوت عادته بدأ أو التبت عادته فالبينة على مدعي العوض في المنافع^(٥)، خلاف أحد قولي المؤيد بالله وأبي مضر^(٦).

مسألة: وإذا بطل ما عمله الأجير تحت يده قبل تسليمه^(٧) إلى المالك نحو أن

(١) وظاهر إطلاقهم فيما تقدم في البيع وغيره أنه يعمل بالأقل من الاثنين وبالوسط من الثلاثة وبالأقل من المتوسطين من الأربعة من غير فرق بين أن يتفق المقومون في ذلك أو يختلفوا. اهـ وفي تعليق الدواري: تجمع القيم وكذا أجرة المثل ويلزم نصف الاثنين وثالث الثلاث وربيع الأربع ونحو ذلك.

(٢) في قيم المتلفات لا هنا. (قررو).

(٣) لأنها كالشهادة بأقل وأكثر فيعمل بالأكثر.

(٤) كبينة الخارج.

(٥) وذلك لأن الظاهر في المنافع عدم العوض عندنا، وعندهم أن المنافع كالأعيان. (بستان).

(٦) قال سيدنا: لا يتقدر في هذا خلاف؛ لأنه المتلف لمنافعه، وإنما نص المؤيد بالله إذا استعمل دابة الغير، ففي هذا يكون القولان.

(٧) والتسليم في غير المنقول إمكان التصرف بالحرث للأرض والسكون للدار^[١]، والله أعلم. (مرغم). وفي حاشية ما لفظه: وأما العين المعمول فيها فالمراد بالتسليم قبض المالك^[٢] مطلقاً منقول أو غير منقول، ولا يكفي مضي مدة يمكن المالك قبض العين المعمول فيها بعدها، فما بطل من العمل قبل قبض المالك فلا أجرة للأجير، والله أعلم. (سماح سيدنا حسن). (قررو).

[١] قلت: هذا في العين المستأجرة وليس فيما نحن فيه.

[٢] ولو بالتخلية إن حضر المعمول فيه، ولفظ التذكرة: ويسقط الضمان بالتخلية إن حضر المعمول أو المحمول بلا مانع، وتجب الأجرة. (بلفظها).

تصلب^(١) الأرض بعد حرثه لها وقبل ردها إلى مالكتها أو ينفصل الصباغ من الثوب قبل رده أو تنهار البير^(٢) وتخرّب البناء فقال في التذكرة والحفيظ والبيان: لا أجرة له^(٣)، وقال المرتضى والمنصور بالله والشافعي: يستحق الأجرة. ولعله يلفق بين القولين بأنه لا يستحق الأجرة حيث لا يضمن^(٤)، وحيث يضمن^(٥) يستحق الأجرة.

مسألة: ومن أكرى ملكه وملك غيره ولو لمسجد فإن حصلت الإجازة في ملك الغير صح وقسمت الأجرة على قدر أجرة المثل، وإن لم تحصل صح في ملكه بحصته ولو جهلت؛ لأنها جهالة طارئه^(٦)، بخلاف ما لو أكرى ملكه وما لا تصح إجارته كمسجد^(٧) أو مصحف^(٨) فإنه لا يصح في ملكه^(٩)؛ لأن حصته من الأجرة مجهولة جهالة مقارنة للعقد. وكذا فيمن أكرى ملكه وملك

(١) قال الفقيه حسن: وقد اتفقت هذه المسألة بحوث في رجل استأجر آخر على خيس أرض ففعل ثم صلبت، ولم يتسلمها مالكتها إلا بعد صلبها، فأفتى السيد عز الدين محمد بن أبي القاسم بأنه يستحق الأجرة، ولم يستحسنه الفقيه حسام الدين حاتم بن منصور؛ لأن المنفعة تلفت تحت يد الأجير قبل إيصالها إلى المالك. (رياض).

(٢) يعني تخرب من أسفلها.

(٣) وذلك لأنه تلف ما عمله تحت يده. وحجة الآخرين أنه قد عمل ما استؤجر عليه. وكلام صاحب الكتاب كما ترى. (بستان).

(٤) كالأمر الغالب.

(٥) كغير الغالب، ولعله يريد حيث ضمنه مصنوعاً.

(٦) يعني بعدم الإجازة، فالمفسد طراً عند الامتناع من الإجازة، فأما في الصورة الثانية فالمفسد مقارن؛ لأن إجازة ما يصح كالمشروطة بالآخر. وعند الشافعي لا يصح ذلك كله؛ لأنه يمنع من صحة الموقوف، لنا ما مر. (بستان).

(٧) يعني نفس المسجد. (صعيتري).

(٨) على القول بعدم صحة تأجيرها، وهو المذهب.

(٩) إن لم تميز الحصة.

غيره فلا يصح^(١) كما في البيع^(٢). وعند الشافعي لا يصح ذلك كله^(٣).

مسألة: ومن قال لغيره: بع هذا بكذا وما زاد عليه فهو لك أو بيننا نصفين فهذه إجارة مجهولة^(٤)، وهكذا إذا قال: لك ما يأخذه غيرك أو ما قد أخذوه وكان الذي قد أخذوه مختلفاً^(٥)، فإن كان مستويماً صح^(٦).

مسألة: ومن قال لغيره: «اعمل لي كذا بكذا» فسكت العامل وعمل ما أمره، أو قال العامل: «أنا لا أعمل لك إلا بكذا» فسكت المالك وأعطاه الشيء الذي يعمله - فإن ذلك يصح^(٧) إذا كان في قدر المحقرات، وإن كان في أكثر منها فهو معاطاة يجوز ولا يصح عند الهدوية^(٨)، وعند المؤيد بالله والمنصور بالله وأحد قولي المؤيد بالله أنه يصح.

مسألة: ومن وضع شبكة الصيد في بر أو بحر وأمر غيره بشدها^(٩) أو

(١) إن لم تميز الحصة.

(٢) لعل الأولى الصحة ويقسم المسمى على قدر أجرة المثل، وفي البيع الثمن على قدر القيمة. (مقصد حسن من البيع). قد تقدم في المسألة التي قبل بيع الصبر أن شراء ملكه ومملك غيره لا يصح فابحثه. (قررو).

(٣) لأنه يمنع من صحة العقد الموقوف، ولأنه يقول: الجهالة الطارئة مفسدة. (كواكب).

(٤) يعني فيستحق أجرة المثل على ما عمل، وسواء باعه أم لم يبيعه. (بستان).

(٥) ولا غالب، وإلا انصرف إليه كما تقدم في الخيارات، وهذا في المحقر. و(قررو).

(٦) في المحقرات، أو على القول بصحة الإجارة في المستقبل^[١]، أو على القول بأنه لا يشترط لفظ الإجارة.

(٧) هذا ذكره في بيان السحامي عن بعض أصحابنا، وذكر أيضاً في الشرح ما يدل عليه، وحمله صاحب الكتاب على أنه في قدر المحقرات كما ترى. (بستان).

(٨) ويستحق أجرة المثل.

(٩) والشد أن يمسك الشبكة بخيط في البحر.

[١] يقال: هي إجارة على عمل - وهو العرض للسلعة - فيصح ولو مستقبلاً إذا كان محقراً أو حصل عقد.

بحفظها بنصف ما يقع فيها فإن ما يقع فيها يكون لمالكها^(١)، وللأجير أجره عمله. وإن أمر مالكها الأجير بوضعها على نصف ما يحصل كان ما يحصل للأجير^(٢)، ولمالكها أجره مثلها^(٣)، ويأتي على قول المؤيد بالله أنه يكون لمالكها نصف الصيد وعليه للأجير نصف أجرته، وللأجير نصف الصيد وعليه نصف أجره الشبكة.

وأما إذا وضعها المالك ثم نقلها الأجير أو غيره ووضعها فإن ما يقع فيها يكون للناقل لها؛ لأنه أثر فعله^(٤)، ذكره في البيان^(٥).

مسألة: وإذا شرط المستأجر على الأجير في الصحيحة أنه إن لم يحصل شيء في الشبكة فلا أجره له، أو أنه إن لم يبيع ما عرضه للبيع فلا شيء له، أو أنه إن باع بأقل من كذا فلا شيء له - فقال المذاكرون وأبو حنيفة: يصح العقد والشرط^(٦)، وقال المؤيد بالله والشافعي: يفسد العقد^(٧).

فرع: وكذا يأتي إذا شرط على الأجير المشترك أنه إن لم يتم عمله الكل فلا شيء له على ما عمل، أو شرط على الأجير الخاص أنه إذا لم يتم المدة كلها فلا شيء له، أو شرط الخاص على المستأجر له أنه إن فسخ الإجارة في بعض المدة فله

(١) وذلك لأنه أثر فعله، وللأجير أجره عمله، فأما الصيد ففيه غرر؛ إذ لا يعلم حصوله، ولا مقداره إن حصل. (بستان).

(٢) وذلك لأنه أثر فعله؛ إذ هو الواضع لها، والاستتجار على المباح لا يصح عندنا. (بستان).

(٣) كما تقدم في مسألة من أعطى دابته الغير ليحطب عليها والحطب بينهما، وهو قول أبي العباس وأبي طالب. اهـ وظاهر كلامهما أنه مستأجر فلا يضمن.

(٤) وهو الوضع. فيكون غاصباً، وعليه أجره الشبكة. ويضمنها إذا تلفت.

(٥) وعليه الأزهار: وبالآلة الغصب.

(٦) لكن يقال: ما الفرق بينها وبين البيع؟ (شامي).

(*) لأن الشرط أملك. (بستان).

(٧) وحجتهم أنهم دخلوا فيه على أنه عقد إجارة، فالشرط يفسد العقد. (بستان).

عليه الأجرة كلها- فإنه على هذا الخلاف^(١).

مسألة: من استأجر غيره على حفر بئر أو نحوه فلا بد أن يعين له الأرض^(٢) التي يحفر فيها ويبين قدر الحفر طولاً وعرضاً وعمقاً^(٣) بذراع معلوم^(٤) مشهور لا يختلف، ولا يصح بذراع رجل معين أو نحوه مما هو معين؛ لأنه يجوز تعذره. **فرع:** فلو استأجره على حفر عشرة أذرع طولاً وعشرة عرضاً وعشرة عمقاً فحفر خمسة طولاً وخمسة عرضاً وخمسة عمقاً فإنه يستحق ثمن الأجرة؛ لأن ذلك ثمن العمل^(٥) إذا كان باطن الأرض وظاهرها في المشقة سواء وكانت إجارته على الحفر فقط، فلو كانت على الحفر ورفع التراب فإنها تقسط الأجرة المسماة على الحفر وعلى الرفع على قدر أجرة المثل فيهما، فما خرج للرفع فهو يختلف حكمه؛ لأن الرفع يتضاعف، فيكون لرفع الذراع الأول سهم، ولرفع الثاني سهمان، ولرفع الثالث ثلاثة أسهم، ثم كذلك إلى الذراع العاشر، فتكون جملة السهام خمسة وخمسون سهماً، فإذا حفر خمسة أذرع عمقاً مع كمال الطول والعرض عشرة عشرة كانت حصة الرفع فيها خمسة عشر سهماً^(٦)، وإن حفر

(١) والمذهب الصحيح في الكل، وسواء كانت الإجارة صحيحة أو فاسدة. ومثله في حاشية السجوي أن التعليق يدخل الإجارة الفاسدة؛ فيكون الحكم لما وقع به الشرط. (قرر).

(*) يلزم.

(٢) وذلك لأنها تختلف الأرض في الرخاوة والصلابة.

(٣) فلو قال: إلى أن يخرج الماء كانت إجارة فاسدة؛ لجهالة ذلك. (برهان) (قرر).

(٤) كذراع الحديد. (بستان).

(٥) وذلك لأنك إذا ضربت عشرة في عشرة كانت مائة، ومائة في عشرة كانت عشر مائة، وإذا ضربت خمسة في خمسة كانت خمسة وعشرين، وخمسة في خمسة وعشرين كانت مائة وخمسة وعشرين، وهي ثمن العشر المائة، فالعبرة بالضرب، وعلى هذا فقس. اهـ والطريق الثانية أن النصف الأسفل لم يحفر فيه شيء فيسقط نصف الأجرة، والنصف الأعلى فيه نصفه ما حفر فيه شيئاً فيسقط ربع الأجرة، وبقي من النصف الأعلى ربع نصفه ما حفر فيه شيئاً، فيسقط ثمن الأجرة، فلم يحفر إلا الثمن درهماً، ولكنه مشروط بشرطين: الأول: أن الاستجار من دون رفع التراب، الثاني: أن تستوي المشقة في حفر الأرض. (من هامش التذكرة).

(٦) وذلك لأن للأول درهماً وللثاني درهين وللثالث ثلاثة وللرابع أربعة وللخامس خمسة. (بستان). من أجرة الرفع، ونصف أجرة الحفر؛ لأنه قد حفر النصف.

خمس طولاً وعرضاً وعمقاً كانت حصة الرفع فيها ربع الخمسة عشر، وهو أربعة سهام^(١) إلا ربعاً

(١) وأما استئجاره على الحفر والرفع وفعل خمسة فإنك تنسب له على الحفر من أجره المثل فتنسبه من المسمى، مثاله: لو كانت أجره المثل على الحفر ثمانية، وأجره المثل على الرفع أربعة وعشرين درهماً، فحفر خمسة طولاً وعرضاً وعمقاً ورفع مثلاً، والأجرة المسماة أربعة، فإنه يستحق ثمن درهم؛ وذلك لأنك إذا ضمنت الثمانية إلى الأربعة والعشرين كانت اثنين وثلاثين، فالثمانية ربع وكان المسمى للحفر درهم فيستحق ثمنه، والثلاثة الدراهم في مقابلة الرفع فيستحق منها أربعة أجزاء إلا ربعاً^(١) من جزء خمسة وخمسين، وعلى هذا فقس. اهـ (من إملاء مولانا محمد بن علي السراجي رحمته الله).

[١] فيستحق من الثلاثة الدراهم ما ذكر من كل درهم جزء إلا ربعاً من جزء خمسة وخمسين، والجزء من الثلاثة الدراهم ثلاثة أجزاء درهم، وذلك يأتي جميع الأربعة الأجزاء إلا ربع جزء بأحد عشر جزءاً وربع جزء درهم، إذا نسبت ذلك من الدراهم الكامل الذي هو خمسة وخمسين جزءاً يأتي خمسة دراهم وربع خمس جزء درهم، وهو ما يستحق على الرفع، يضم ذلك إلى ما معه في مقابل الحفر، وذلك ثمن درهم، يأتي الجميع ثلاثة أجزاء درهم من جزء إحدى عشر وخمسة أثمان جزء، هذا ما ظهر والله أعلم. (سماق سيدنا عبدالله بن حسين دلامة رحمته الله). انتهى من خط من نقله من خط رحمته الله. أقرب ما يمثل به في هذه المسألة أن يقال: لو استأجره على حفر عشرة أذرع طولاً وعشرة عرضاً وعشرة عمقاً وعلى رفع التراب باثني عشر درهماً، وكانت أجره المثل على الرفع والحفر ستين درهماً، حصة الحفر منها خمسة دراهم، وأجرة الرفع من أجره المثل أيضاً خمسة وخمسين درهماً، فإن حفر الجميع ورفع التراب استحق الأجرة كاملة اثني عشر درهماً، فإن حفر خمسة أذرع طولاً وعرضاً وعمقاً ولم يرفع استحق ثمن درهم؛ لأن قد قابل الخمسة الدراهم من أجره المثل درهماً من المسمى، وإن رفع التراب استحق أربعة أجزاء إلا ربع، كل درهم مقسوم خمسة أجزاء؛ لأن قد قابل كل درهم من المسمى خمسة من أجره المثل، فيكون له على الرفع درهم إلا ربع، وعلى الحفر ثمن درهم، يأتي الجميع سبعة أثمان درهم. فإن حفر عشرة طولاً وعشرة عرضاً وخمسة عمقاً ولم يرفع التراب استحق نصف درهم، وإن رفعه استحق خمسة عشر جزءاً، يأتي بثلاثة دراهم ونصف درهم، ولباقى الرفع أربعين جزءاً على التقسيط المذكور، للذراع السادس ستة أجزاء، وللسابع ستة أجزاء، وللثامن ثمانية أجزاء، وللتاسع تسعة أجزاء، وللعاشر عشرة أجزاء، جملة أربعين جزءاً بثمانية دراهم، إلى ثلاثة دراهم ونصف يكون أحد عشر درهماً ونصف، ونصف درهم لباقي الحفر، وهو النصف، والله أعلم. اهـ أفاده سيدنا العلامة جمال الإسلام علي بن أحمد بن ناصر الشجني رحمته الله. ووجد بخط بعض التلامذة ما لفظه: فيكون على ما قاله الإمام أربعة إلا ربعاً من خمسة وخمسين بعد البسط، فتحصل من الثلاثة أحد عشر وربع؛ وذلك لأن في الدرهم الواحد أربعة إلا ربعاً، والثاني مثله، والثالث مثله، فيحصل ما ذكر، ولو ضربت ثلاثة في أربعة إلا ربعاً حصل أحد عشر وربع، وإذا أردت نسبة الخارج - أعني الأحد عشر والربع - من الثلاثة الدراهم التي هي أجره الرفع قلت: الدرهم الواحد بخمسة وخمسين، نسبة الخارج منه جزئين وربع جزء درهم، وإن شئت قلت: خمس وربع جزء خمس درهم، هذا الحاصل في أجره الرفع، وقد علمت أن أجره الحفر ثمن درهم، فإذا أردت أن تضم أجره الرفع مع أجره الحفر على ما بيناه نظرت المخرجين أعني مخرج الثمن وربع الجزء وجدت المخرجين متوافقين، وذلك لأن مخرج الثمن من ثمانية ومخرج ربع الجزء من أربعة وأربعين، وهما متوافقان بالأرباع، فتضرب وفق أحدهما في الآخر يكون ثمانية وثمانين، يخرج الثمن وذلك إحدى عشر وجزئين وربع جزء [وذلك أجره الحفر]، وذلك ثمانية عشر؛ لأن الجزء ثمانية، يصح الجميع تسعة وعشرون منسوب من الأربعة الدراهم التي هي المسماة، يكون ثلاثة أجزاء وخمسة أثمان جزء درهم، هذا الذي ظهر، والله أعلم. (من خط سيدنا العلامة صفى الدين أحمد بن حسن بن أبي الرجال رحمة الله عليه ورضوانه).

من أصل خمسة وخمسين سهماً^(١).

فروع: فلو استؤجر على حفر قدر معلوم ثم وجد في باطن الأرض صخرة أو طيناً صلباً فإن كان لا يمكنه كسر الصخرة ولا قلعها انفسخت الإجارة^(٢)، وإن كان يمكنه ذلك لكن فيه مشقة زائدة على مشقة ظاهر الأرض فقال في التفريعات: يكون له الفسخ، وقال الإمام يحيى: لا خيار له.

مسألة: من استؤجر على رعي غنم أو بقر شهرين بربعها على قولنا بصحة ذلك^(٣) فرعاها شهراً ثم تلفت: فإن تلفت بغالب لم يضمها واستحق ثمنها^(٤)

(١) وتحقيقه أنك تضرب خمسة في عشرة كانت خمسين، ثم في عشرة كانت خمسمائة، وإذا ضربت خمسة في خمسة كانت خمسة وعشرين، وإذا ضربت الخمسة والعشرين في خمسة كانت مائة وخمسة وعشرين، إذا نسبتها من الخمسمائة كانت ربعها. اهـ وبالمشاهدة إذا نظرت إلى بقعة طولها عشرة وعرضها عشرة فحفر الأجير منها خمسة طولاً وعرضاً وعمقاً فإن المشاهد ربع، والله أعلم، فيكون الذراع الأول ربع من خمسة أرباع الجملة خمس عشر ربعاً بأربعة إلا ربع. اهـ ويطلع جميع التراب خمسة وخمسين درهماً: للأول درهماً وللثاني اثنين.. إلخ. (حاشية زهور).

(٢) يعني في الباقي لأجل العذر الطاري، وفي الماضي وجهان: أحدهما: تنفسخ^[١]؛ لأنه عقد واحد فلا يتبعض، فتجب أجرة المثل، والثاني: لا ينفسخ؛ لأن التعذر إنما وقع فيما بقي دون ما مضى. (بستان).

(٣) كما هو المذهب، وعليه الأزهار بقوله: وتصح بعض المحمول.. إلخ.

(٤) أي: قيمته ثمنها؛ إذ قد تلفت، ومع التلف يتعذر ثمنها.

(*) وقد تلف الثمن من جملة الشاء فلا شيء له على المالك. (مررع). يحقق.

(*) هذا مبني على أن البقر ثبتت عليها يد المالك في كل ليلة؛ بأن يكون مبيتها في بيته فيكون قد قبضها، أو على أنها تجري مجرى يده؛ إذ لو لم يكن كذلك لم يجب للراعي أجرة^[٢]، فلو كانت اليد للمالك مستمرة لم يجب على الراعي ضمان؛ لأننا قد بينا أن من شرط ضمان الأجير المشترك ثبوت يده. (صعيتري).

[١] لأنه قد وقع العقد على ما لا يقدر عليه. (شامي).

[٢] لأنه لم يسلم العمل ولا ما يقوم مقامه، وهو الضمان.

أجرة، فلو كانت قد عجلت له الأجرة رد نصفها، فيضمن ثمن الغنم، وإن تلفت بغير غالب فإنه يضمن سبعة أثمانها^(١).

فروع: وما ولدته الغنم أو البقر فهو غير داخل في الإجارة؛ فلا يضمنه الأجير، بل يكون في يده أمانة، إلا أن يأخذ أجرة على حفظها أو رعيها أو كان العرف^(٢) جارياً بدخولها ضمنها^(٣).

(١) وهذا إذا ضمنه قيمتها بعد الشهر، فإن ضمنه قيمتها قبل رعيها في الشهر ضمنها كلها. (رياض) [١] (قرئ).

(٢) في (د): أو رعيه اضمنها وإن كان العرف .. إلخ.

(٣) وتكون الإجارة فاسدة؛ فيستحق أجرة المثل. (قرئ). لجهالة الأولاد.

[١] لفظ الرياض: فإن ضمنه قيمتها قبل الشهر ضمن جميعها ولا أجرة له.

فصل: [فيما تستحق به الأجرة في الإجارة الصحيحة]

وإذا كانت الإجارة صحيحة فالأجرة تجب فيها بالعقد، فيصح بعده البراء منها^(١) وأخذ الرهن عليها^(٢) والضمانة بها^(٣)، وتجب زكاتها^(٤) عليه، ويصير بها غنياً^(٥) ولو لم يقبض المستأجر العين المؤجرة ولا قبض الأجير الشيء المعمول فيه، خلاف أبي حنيفة وأبي يوسف وأبي مضر في ذلك كله قبل قبض الرقبة المؤجرة أو الشيء المعمول فيه.

فرع: وإذا كانت الأجرة حيواناً معيناً ففوائده كلها التي تحصل بعد العقد وقبل استيفاء المنفعة يكون حكمها حكمه: إن استوفيت المنفعة فللمؤجر^(٦) أو الأجير^(٧)، وإن لم فللمستأجر، وإن تبعض الحيوان تبعضت.

(١) حيث كانت ديناً لا عيناً. (قرر).

(*) إلا أن تكون عيناً فلا يصح التصرف فيها قبل القبض كالمبيع.

(٢) حيث شرط الرهن أو شرط تعجيل الأجرة أو تبرع به الراهن.

(٣) يعني على جهة اللزوم، وإلا فهي تصح الضمانة بما سيثبت. (إملاء).

(٤) التحويل لا الإخراج.

(٥) ويجوز له الوطء إذا كانت أمة وعجلت. (بحر معنى). وإذا فسخت الإجارة لبعض الأعداء

رجعت لمالكها، ولزم الواطئ المهر؛ إذ الوطء في شبهة؛ لعدم الاستقرار. ويلحق الولد،

وتلزمه قيمته. (قرر). اهـ فإن فسخ وقد أعتق أو باع أو استولد؟ أقول: كالفاسد يصح ما

ترتب عليه. (مفتي). ولعل هذا حيث كان الفسخ بالتراضي، وإن كان بالحكم فهو نقض

للعقد من أصله. اهـ ويمكن الفرق بأن التصرف في البيع الفاسد مستند إلى إذن البائع فصح

ونفذ، بخلاف هذا فهو مستند إلى ملك ولم يتم، فحيث لم يكن قد استحق من تلك العين شيئاً

يبطل التصرف، وحيث ملك البعض نفذ فيه وللمشتري الخيار. (قرر).

(٦) في الخاص.

(*) في الأعيان.

(٧) في الأجير المشترك.

(*) في العمل.

مسألة: وتستقر الأجرة بمضي مدة الإجارة^(١) مع التمكن من الانتفاع أو تسليم العمل من المشترك، وكلما مضى من المدة أو حصل من العمل مما له قسط من الأجرة استقر قسطه^(٢) واستحق طلبه.

فرع: ويستحق المؤجر^(٣) والأجير قبض الأجرة بأحد أمور: إما بتعجيلها تبرعاً كما في تسليم المبيع قبل قبض ثمنه، أو بشرط تعجيلها، أو باستيفاء المنفعة في الرقبة المؤجرة وفي الأجير الخاص، أو بالتمكن من استيفائها فيهما مع مضي المدة^(٤) من غير مانع ولو لم تكن بالقرب من المستأجر^(٥)، بخلاف قبض المبيع^(٦)، أو باستيفاء العمل من الأجير المشترك، وله طلب الأجرة لكل ما حصل من العمل أو المنفعة أو مضي المدة مما له قسط.

فرع: فلو فسخت الإجارة لعذر أو تراضيا بفسخها أو تقايلا فيها بعد مضي بعض المدة أو تسليم بعض العمل وجب قسطه من الأجرة^(٧).

(١) فإن تلفت عين الأجرة بعد تمام العمل استحق الأجير قيمتها، وقيل: أجرة المثل، وقرره الشامي. (من هامش شرح الأزهار).

(٢) إن لم يبطل عمله تحت يده. (مفتي).

(*) قال **عليه السلام**: وذلك حيث يتجزأ العمل، كحفر عشرين ذراعاً، وحيث لا يتجزأ فبالكمال فقط كخياطة قميص أو نحوه؛ لأنه المعقود عليه. (بستان).

(٣) يعني: المؤجر للرقبة.

(٤) أو نحوها كمضي قدر يصل فيه إلى الموضع الذي استأجر البهيمة إليه. (حاشية سحولي) (قرر).

(٥) في غير المنقول، لا فيه فلا بد من القرب. (كواكب لفظاً). وقد تقدم مثله بالمعنى في

البيان في فصل قبض المبيع بالتخلية حيث قال: بهذه الشروط.

(٦) وجه الفرق: أن في الإجارة قد تلفت المنافع عنده، فلو لم تكن التخلية قبضاً لكانت قد فاتت بغير عوض، وهو إتلاف مال غيره، بخلاف البيع فالعين باقية لم تستهلك وهي ملك المشتري. (شامي).

(٧) فحيث قد مضت بعض المدة لزم له على قدر نفع الأيام لا على عددها. (هاجري) و(قرر). لأن أيام الموسم ونحوه لا تكون كأيام العادة.

مسألة: وإذا استؤجر الطبيب على عمل معلوم فعمله ولم يحصل البرؤ للعليل فقد استحق الأجرة، خلاف مالك^(١).

مسألة: وإذا استأجر الغاصب أجيراً على عمل في الشيء المغصوب فإن كان الأجير عالماً بغصبه فلا أجرة له، وهو غاصب، وإن جهل فهو غاصب أيضاً، وله أجرة مثله على الغاصب؛ لأنه غره.

فرع: فلو نقصت قيمة المغصوب بما عمله الأجير فيه وجب أرشه^(٢)، وللمالك مطالبة أيهما شاء، والقرار على الأجير إن علم، وإن جهل فعلى المستأجر^(٣).

فرع: وإن تلف المغصوب قبل رده لمالكه فله تضمين أيهما شاء، والقرار على المستأجر إن تلف معه، وإن تلف مع الأجير فعليه إن علم، لا إن جهل فعلى المستأجر إن تلف بغالب، وأما بغير غالب فكذا على قول السيدين^(٤)، لا على قول ابن أبي الفوارس والإمام يحيى فعلى الأجير.

مسألة^(٥): من اكرى جملًا من المدينة ليسيير به إلى مكة ثم يحمل عليه من مكة إلى المدينة فلما وصل مكة ترك الجمل لصاحبه لعذر أو لغير عذر ولم يعارضه صاحب

(١) فقال: لا يستحق شيئاً إذا لم يبرأ، قلنا: قد عمل ما استؤجر عليه، والبرء من الله. (بستان).

(٢) حيث غيره إلى غير غرض، وإلا فلا أرش بل التخيير كما يأتي. (قرو).

(٣) الأزهار غالباً في الغصب.

(*) لأنه متصرف لا مستهلك. (بحر معني).

(٤) يعني: الذي تقدم في مسألة: وليس للأجير أن يستأجر غيره، وحجتها أنه غار له ولو تلف بغير غالب. وحجة الآخرين أنه دخل في ذلك بناء على الضمان، فلا يكون غاراً له إلا إذا تلف بغالب. (بستان).

(*) وعليه الأزهار في الغصب حيث قال: والقرار على الآخر.

(٥) كان الأولى تقديم هذه المسألة في إجارة الحيوان.

الجمل بجمله^(١) ولا فرغه له^(٢) قدر المسافة فإنه يجب قسط السير إلى مكة من الأجرة المسماة على الأصح^(٣)، وبيان القسط أنه ينظر في أجرة مثله كذلك وفي أجرة مثله لو استأجر على الحمل من مكة إلى المدينة، فينظر كم التفاوت بين الأجرتين هل ثلث أو ربع أو نحوه ثم يجب بقدره من الأجرة المسماة^(٤).

فرع: وإذا كان امتناعه لغير عذر^(٥) وبقي الجمل في يده قدر المسافة إلى المدينة لزمته الأجرة كلها^(٦)، وكذا لو عارضه المكري بجمله من مكة قدر المسافة أو في رجوعه إلى المدينة ولم يشغل جملة بحمل عليه أو بركوب غيره عليه^(٧)، فأما بركوبه هو فلا يكون مانعاً، والفارق بينهما العرف والعادة.

فرع: وإذا فر المكثري ولم يعارضه المكري بجمله لم تجب الأجرة^(٨)،

(١) يعني: في رجوعه من مكة إلى المدينة، ولا فرغه مدة يصل فيها إلى المدينة.

(*) فأما لو عارضه وفرغه قدر المسافة فإنه يستحق جميع المسمى، كمن استأجر داراً وخلهاها صاحبها مدة الإجارة ولم يسكنها المستأجر فقد لزمته أجرتها. (بستان).

(٢) وأما لو فرغه فهو الفرع الثاني.

(٣) وهذا إذا ذكر السير في العقد، وإلا فلا شيء؛ لأنه من المقدمات، وكان عادتهم عدم التحميل.

(*) وقال في البرهان: وقيل: لا يجب شيء^[١]؛ لأن ذلك غير مقصود. (بستان). وهو ظاهر الأزهار بقوله: وإلا فلا.

(٤) مثاله لو كانت أجرته من المدينة ليحمل من مكة ثلاثين درهماً، وأجرته من مكة عشرين، فالتفاوت الثلث، فيلزم ثلث المسمى.

(٥) أو لعذر ولم يفسخ. (قرور).

(٦) فلوزاد حمله بعد مضي قدر المسافة المذكورة لزمته أجرة المثل مع الأجرة المسماة. (كواكب).

(٧) إلا أن يكون عارية فلا يضر؛ لأن له الرجوع. اهـ وقيل: لا فرق. (قرور).

(٨) يعني: للرجوع، وإلا فقد وجبت له في [من (نخ)] مسيره من المدينة إلى مكة، ذكره الفقيه يوسف.

[١] وكان عادتهم عدم التحميل من المدينة إلى مكة، فإن كان عادتهم أنه يحمل عليه لزم نصف المسمى، ذكره

في الكواكب، أو ذكر السير، كذا قرر.

بخلاف مكثري الدار ونحوها إذا فر عنها حتى مضت المدة فإنها تجب أجرتها؛ لأن المعارضة بها لا تمكن.

فرع: فإن كانت الإجارة متعينة في المحمول ثم امتنع المستأجر أو الأجير من الحمل لغير عذر فإن الحاكم يجبره، فإن لم يمكن إجباره لم تجب الأجرة بتفريغ الحمل قدر المسافة؛ لأن الأجير المشترك لا يستحق الأجرة إلا بالعمل لا بمضي مدة العمل.

مسألة: وإذا أنكر القصار الثوب^(١) أو أنكر الحائك الغزل ثم جاء به من بعد مقصوراً أو منسوجاً فإن كانت إجارته صحيحة استحق أجرته مطلقاً^(٢)، وإن كانت فاسدة فإن قصره أو نسجه قبل جحوده استحق أجرة مثله، وإن فعل ذلك بعد جحوده فلا أجرة له؛ لأن الإجارة الفاسدة كالوكالة يبطلها الجحود^(٣)، فلو اختلفا هل فعل ذلك قبل الجحود أو بعده فالبيئة على الأجير^(٤)؛ لأنه يدعي استحقاق الأجرة^(٥).

مسألة: من استؤجر على حمل كتاب إلى رجل معين فإنه يستحق الأجرة إذا أوصله إليه^(٦) أو إلى وكيله المفوض^(٧) أو إلى من جرت العادة بالتسليم إليه كولده

(١) وفي حكم المعمول فيه المحمول والمرعي والمحمي. (شرح بهران معني) (قرود).

(٢) يعني سواء قصره أو نسجه قبل الجحود أو بعده؛ لأن العمل فيها يستند إلى العقد، والجحود لا يبطله. (بستان).

(٣) إذا كان في وجهه أو علمه بكتاب أو رسول؛ لأنه وكيل.

(٤) إلا أن تكون المدة يسيرة لا يمكن الفعل فيها فالقول قول الأجير. (برهان) و(قرود).

(*) بأنه فعل قبل الجحود، ما لم يكن الظاهر معه، بأن لا يمضي من المدة بعد الجحود ما يمكن قصره فيها. (قرود). فالقول قول الأجير. (قرود).

(٥) يعني: والأصل عدمه. قال في البرهان: ولأنه لا وقت أولى من وقت، فيحمل على أقرب وقت. (بستان).

(٦) وذلك لأنه قد فعل المقصود الذي استؤجر عليه، والوكيل المفوض ومن جرت به العادة قائم مقامه، فإذا سلم إليه استحق الأجرة. (بستان).

(٧) بقبض مثل الكتاب.

وزوجته ولو لم يوصلوه^(١) إليه، وكذا لو أعطاه الغير وأمره بإيصاله إليه فأوصله، لا إن لم يوصله، ولا إن وجد المكتوب إليه ميتاً أو غائباً فأعطاه الحاكم أو رده^(٢).

مسألة: من استأجر غيره على حمل طعام إلى بلد معين فحملة إليه ثم رده إلى موضع العقد صار غاصباً له، فيلزمه الرد إلى الموضع الذي رده منه وقد وجبت أجرته^(٣)، ذكره في الكافي^(٤)، ولعله يستقيم على قول أبي طالب: إنه يجب رد المغصوب إلى موضع الغصب. وقال في التفریعات^(٥): لا أجره له ولا رد عليه، ولعله يأتي على قول المؤيد بالله: إنه لا يجب رد المغصوب إلى موضع غصبه.

فرع: فلو أوصل^(٦) بعض الكتاب استحق بقسطه إن كان فيه بعض المقصود، وإن كان فيه كل المقصود استحق [كل^(٧)] الأجرة، وإن لم يكن فيه شيء من المقصود لم يستحق شيئاً.

فرع: فلو استأجر على رد الجواب فقط لم يستحق شيئاً إلا برده^(٨).

(١) في (ب): يوصله.

(٢) وذلك لأنه لم يأت بالمقصود ولا بعضه. (بستان).

(٣) وهذا يستقيم حيث أوصله إلى موضع يبرأ بإيصاله إليه^[١]؛ لتكون المنفعة مقبوضة.

(٤) وذلك لأنه قد فعل ما أمر به فيستحق الأجرة، وعليه رده لأجل الغصب. (بستان).

(٥) وحجة التفریعات أنه قد أبطل فعله فلا أجره له. (بستان).

(٦) هذا الفرع والذي بعده كان الأولى تقديمهما في المسألة التي قبل هذه فتأمل.

(٧) ما بين المعقوفين من (ب، ج).

(٨) وذلك لأنه المقصود. قال في الزهور: والنظر لو امتنع المكتوب إليه من الجواب هل

يستحق الأجرة أم لا؟ (بستان). قيل: إن كانت صحيحة فلا شيء، وإن كانت فاسدة

فأجرة المثل. (سحولي). هلا قيل: غير مقدور فيستحق أجره المثل. و(قررد).

(*) وجه التشكيل أنه لا يستقيم على قول أبي طالب: إن [لأن (نخ)] الإجارة فاسدة؛ لكونه

استأجر على رد الجواب وهو غير مقدور. (ساع). فيستحق أجره المثل.

[١] إلى المالك أو من يده يده، وإن لم يحصل ذلك فلا يلزمه الرد ولا يستحق أجره؛ لأنه أبطل عمله قبل

التسليم، فيأتي كلام التفریعات، والله أعلم. (ساع سيدنا علي [حسن (نخ)]) (قررد).

والاستئجار على رد الجواب يصح على قول زيد بن علي والناصر والهادي والشافعي كعلى البيع والشراء، لا على قول أبي طالب وأبي حنيفة إلا على المطالبة به مدة معلومة وعلى إيصاله^(١).

مسألة: من استؤجر على إيصال الكتاب^(٢) ورد الجواب معاً فأوصل الكتاب ولم يرد الجواب، فإن كانا مقصودين^(٣) معاً استحق من الأجرة بقدر الإيصال^(٤)، خلاف أحد قولي الشافعي وقول للهادي، وإن كان المقصود الإيصال استحق الأجرة، وإن كان المقصود الجواب فقط استحق قسط الإيصال، ذكره في اللمع والمذاكرون؛ لأنه ذكره في العقد ولو لم يكن مقصوداً، وروى في الشرح عن الهادي وأبي طالب: أنه لا يستحق شيئاً^(٥).

فرع: وهكذا فيمن استؤجر إجارة صحيحة على الحج فسار إلى بعض الطريق ثم تعذر عليه الحج لمرض أو غيره فلا شيء له، خلاف أبي العباس فيه فقط^(٦)، وبينى على ما سار^(٧). وإن استؤجر على السير والحج فسار ولم يحج

(١) يعني: إذا سلمه إليه، فأما إذا امتنع من رد الجواب فإنه يستحق الأجرة بالمطالبة في تلك المدة. (بستان بلفظه) و(قررو).

(٢) في (د): كتاب.

(٣) على القول بأنها صحيحة، وإلا استحق بقدر ما فعل مطلقاً وإن لم يكونا مقصودين. (قررو).

(٤) وهو نصف الأجرة إذا كانت صحيحة؛ لأنه عقدها على أمرين مقصودين، فإذا فعل

أحدهما استحق نصفها؛ لأنها مستحقة عليهما كلاهما. (بستان).

(٥) لأنه لم يأت بشيء من المقصود، وكان القياس أن يستحق على أصل أبي طالب أجرة

المثل؛ لأن الإجارة فاسدة، ولعل له رواية أخرى.

(٦) ووافقنا في سائر الإجازات. (بستان). والفرق بين الحج وغيره: أن السير في الحج قد صار

مقبوضاً من جهة الله لأجل الثواب والأجر، فما سار فقد استحق ثوابه، بخلاف سائر

الإجازات فإنها لم تصر مقبوضة ولا أتى بشيء من المقصود فيها. (تعليق الفقيه حسن)^[١].

(*) أي: في الحج.

(٧) في (د): على ما قد سار.

[١] لفظ تعليق الفقيه حسن على اللمع: فإن قيل: على قوله كيف يتأتى القبض في السير والوقوف والإحرام وغير ذلك؟ قلنا: الثواب والإجزاء بمثابة القبض؛ لأن الحج يجزي وإن كانت الإجارة فاسدة.

استحق بقسط السير، خلاف الهادي وأبي طالب.

فرع: وهكذا فيمن استؤجر إجارة صحيحة على زراعة أرض فحراثها وسقاها وأصلحها للزرع ولم يزرع فلا شيء له، إلا إن كان استؤجر على مقدمات الزرع وعليه استحق بقدر ما عمل^(١) على الخلاف.

فرع: فإن كان الذي منعه من فعل المقصود هو المستأجر لغير عذر استحق بقدر ما عمل^(٢) وفاقاً، وإن كان لعذر^(٣) فلا أجر إلا حيث ذكرت المقدمات في العقد على الخلاف.

فرع: وكذا فيمن استؤجر على خبز طعام فدقه وطحنه وعجنه ولم يجزه لعذر أو لغير عذر فلا شيء له إلا إذا كان ذكر المقدمات في العقد على الأصح^(٤)، فإن خبز بعضه أو كله ولم يخرج من التنور^(٥) استحق بقدره.

مسألة: من استؤجر على عمل حديد سكاكيناً^(٦) فلا بد أن يبين عددها وصفتها، وإذا عمل فيها ما لا يسمى سكيناً ثم ترك فلا شيء له، وإن عمل بعضها استحق بقدره، وكذا إذا أثبت الحد والقفاء فيها الكل ولم يتمها استحق بقدره.

فرع: وكذا فيمن استؤجر على خياطة قميص فعمل بعض العمل لم يستحق قسطه حتى يكون يسمى قميصاً^(٧).

(*) عند أبي العباس لا عندنا فلا يبيني كما تقدم في الحج. قد تقدم في هامش البيان في الحج

أنه يبيني على سيره حيث يستحق الأجرة سواء كانت صحيحة أو فاسدة. (قررو).

(١) حيث قد قبضها المالك قبل بطلان تلك المقدمات، ولو كان القبض بالتخلية. (قررو).

(٢) هذا إذا كان المنع في العرف فسخاً أو تفاسخاً. (تهامي).

(٣) أو تراضياً على الفسخ. (قررو).

(٤) إشارة إلى قول الهادي وأبي طالب. (بستان).

(٥) عن ابن عباس: التنور: لكل لسان هكذا، عربي وعجمي، وقد يسمى الكانون. (حاشية

بستان من خط مصنفه).

(٦) هكذا في نسخة المؤلف بالألف، والأولى حذفه.

(٧) ويمكن لبسه، وقيل: لا يشترط.

مسألة: وإذا كانت الإجارة فاسدة فإنه يستحق بقدر ما عمل مطلقاً^(١)، ذكره المؤيد بالله، وقال الفقيه يحيى البحيح: لا يستحق شيئاً حيث كان ما عمله غير مقبوض ولا في حكم المقبوض، كالسير في الحج ونحوه إذا لم يعمل شيئاً منه.

مسألة: من استؤجر على رعي بقرة مدة معلومة أو مجهولة فسرحتها في بعضها ورعاها في بعضها^(٢)، فله أجرة ما رعى دون ما سرح^(٣) سواء تقدم الرعي أو تأخر.

مسألة: من استأجر غيره على نسج ثوب من غزل معين فلا بد من بيان طوله وعرضه بذراع غير معين لا يختلف، وفيه أربع صور:

الأولى: أن يستأجره على نسج عشرة أذرع من غزل كثير فنسج منه اثني عشر ذراعاً، فعلى قول المؤيد بالله: يأخذ الثوب^(٤) ويسلم للحائك أجرة عشرة أذرع، وهي الأقل من المسمى وأجرة المثل؛ لأنه خالف، وعند الهدوية يخير بين ذلك وبين ترك الثوب للحائك ويأخذ^(٥) مثل غزله، وقال الفقيه علي: إن الحائك قد

(١) يعني: سواء عمل شيئاً من المقصود أو لا؛ لأن العقد لغو فبقي العمل، وأما في الصحيحة فالأجرة تعلق بالعقد. وقول الفقيه يحيى البحيح كما ترى، والمقبوض كالحرث والطحن والخياطة ونحو ذلك، والذي في حكم المقبوض كالإحرام في الحج، وما لم يكن كذلك فلا شيء له، كالسير في الحج. (بستان).

(٢) في (أ، ب): في بعض.

(٣) هذا إذا كان عادتهم الحفظ، وأما إذا كان عادتهم التسريح فقط فإنه يستحق كمال الأجرة؛ لأنه وقع العقد على العادة والعرف. (شرفية تعليقة على اللمع للسيد الهادي بن يحيى رحمته الله).

(*) إن قلت: حيث كانت فاسدة فهلا استحق على التسريح؟ (مفتي). إذا كان مثله أجرة استحقتها. (قرور).

(٤) لأن النسج ليس باستهلاك؛ لأن عين حقه باقية، وعند الهدوية أنه قد استهلكه بالمخالفة. (بستان).

(٥) في (ب): ويأخذ منه.

استهلك الذراعين الأخيرين^(١) بالنسج^(٢)، فيأخذهما ويضمن مثل غزلهما، ويخير المالك^(٣) في الباقي بين أخذه كذلك^(٤) وبين تركه للحائك وأخذ مثل غزله.

الثانية: أن يستأجره على نسج الغزل كله عشرة أذرع فنسجه اثني عشر ذراعاً^(٥)، نحو أن يقل عرضه أو يشتت غزله، فيخير المالك^(٦) بين أخذه ويدفع للحائك أجرته - وهي الأقل - وبين تركه وأخذ مثل غزله، وعلى قول المؤيد بالله

(١) وذلك لأنه متعد فيها لا فيما قبلها. والاستهلاك حصل بالنسج لا بالمد. (بستان) (قررو).

(*) لتعديه فيها؛ لا في غيرها لامتناله. (هاجري).

(*) فإن التبس الآخر غرم مثل غزل ذراعين؛ لأنه استهلكها غزلاً، وقيمة ذراعين؛ لأن الاستهلاك وقع باللبس وقد صار قيمياً، ويخير المالك في الوسط^[١] إما أخذ مثل الغزل وإلا الثانية الأذرع وسلم الأقل من المسمى وأجرة المثل. (برهان) (قررو). (من هامش شرح الأزهار).

(٢) في (أ، ب، ج): في النسج.

(٣) ينظر ما وجه الخيار للمالك؟ لعل وجه الخيار كون الثوب ينقص الباقي بقطع طرفه كالثياب ذوات الأهداب^[٢]. والله أعلم، ولم يذكر التخيير في شرح الأزهار.

(٤) أي: يسلم الأقل من المسمى وأجرة المثل للعشرة. وقيل: إنه يستحق على العشرة المسمى؛ لأنه لم يخالف فيها. (قررو).

(٥) أو أمره أن يجعله اثني عشر ذراعاً فجعله عشرة. (شرح أزهار).

(٦) يحمل كلام الكتاب حيث غيره إلى غرض أو كان النقص فوق النصف لا دونه، والله أعلم، وإذا غيرها إلى غرض فحكمه حكم ما يأتي في الغصب، وفي دون النصف الأرش، وقد ذكر التخيير في التذكرة. اهـ وقال المفتي: ظاهر الأزهار أنه لا خيار للمالك حيث لا استهلاك، بل للأجير الأقل من المسمى وأجرة المثل، والله أعلم. وقد تقدم مثله للأضرعي في مسألة النسج.

[١] حيث كان النقص فوق النصف، وإلا فالأرش. (بهران). أو كان إلى غرض. (قررو).

[٢] أقول: الأجير متعد بنسج الذراعين الأخيرين، فيكون الخيار للمالك بين قطع الذراعين وبأخذ أرش الضرر أو يدفع قيمة الذراعين للأجير منفردين لا متصلين، هذا إذا كان القطع يضر المقطوع والمقطوع منه أو المقطوع منه وحده، وأما إذا تضرر المقطوع وحده فلا عبرة به، فيقطعه مالك الثوب ولا يستحق الأجير أرشاً؛ لأنه متعد بنسجه واستهلاكه كما ذكروا مثل ذلك في الغاصب إذا ركب حلية على المغصوب، والله أعلم. (من إملاء القاضي حسن بن محمد العنسي) و(قررو).

يأخذ ثوبه ويغرم له الحائك ما بين قيمته على هذه الصفة وقيمة عشرة أذرع، وله أجرته، وهي الأقل.

الثالثة: أن يستأجره على نسج الغزل اثني عشر ذراعاً فنسج منه عشرة وترك باقي الغزل، فيخير المالك^(١) إن شاء أخذ مثل غزله، وإن شاء أخذ العشرة وباقي الغزل ويدفع له أجرة العشرة، وهي الأقل من حصتها وأجرة مثلها، وإن شاء أخذ العشرة ونسج له ذراعين من باقي الغزل^(٢)، ويدفع له الأقل من المسمى وأجرة المثل. وعند المؤيد بالله والشافعي لا خيار له، بل يأخذ العشرة وينسج له ذراعين آخرين ويضمن له ما بين قيمته كذلك وقيمه متصلاً، وتلزمه الأجرة، وهي الأقل^(٣)، والله أعلم.

الرابعة: أن يستأجره على نسج الغزل أذرعاً معلومة فنسجها وبقي من الغزل بعضه، فالأقرب أنه إن كان الذي بقي مما لا يمكن الاحتراز منه فلا شيء عليه، وإن كان كثيراً فإن بقي لكثرة الغزل فلا شيء عليه، ولعل الإجارة تكون^(٤) فاسدة^(٥)، وإن بقي لتسهيله بحيث لو اجتهد فيه لأدخله في الثوب فللمالك الخيار^(٦) بين أخذه ويسلم الأجرة - وهي الأقل - وبين تركه وأخذ مثل غزله.

مسألة: ومن استؤجر على صبغ ثوب^(٧) فصبغه جنساً آخر^(٨) خير

(١) المختار لا خيار؛ إذ لا استهلاك، ويستحق الأجير الأقل، كذا قرره المفتي. و(قررو).

(٢) بالتراضي في هذه الخيارات المذكورة، لا على جهة الإلزام إلا في الأولين. (مفتي).

(٣) لعل هذا عائد إلى لزوم الأجرة في الذراعين. اهـ وقيل: الكل فيما يظهر.

(٤) «تكون» ساقطة من (أ، د).

(٥) وجه الفساد كونه غير مقدور؛ لتعذر أن يفعل الكثير قليلاً.

(٦) المذهب لا خيار حيث لا استهلاك، ويستحق الأجير الأقل كما قرره المفتي. (قررو).

(٧) أحمر.

(٨) أسود.

المالك^(١) بين أخذه ولا أجره وبين تركه وأخذ قيمة ثوبه غير مصبوغ. وعند المؤيد بالله: يأخذه وما نقص من قيمته بالصباغ ولا أجره.

وإن صبغه نوعاً آخر من جنس ما أمره به فإن كان أعلى فهو متبرع بالزيادة، فلو ادعى أنه^(٢) أمره به فعليه البينة^(٣)، وإن كان أدنى خير المالك بين أخذه وتسليم أجرته - وهي الأقل - وبين تركه وأخذ قيمته غير مصبوغ.

مسألة: من استؤجر على حمل دهن في زق أو قارورة فانخرقا وتلف الدهن ضمنهما والدهن، فإن ادعى أن انخرقهما لعيب فيهما أو لما كثر فيهما من الشحن الفاحش وبين بذلك لم يضمن إن جهله^(٤)، وإن علم به فعليه إصلاحه^(٥)؛ فإذا

(١) هذا مبني على أنه غيره إلى غرض أو كان النقص فوق النصف.

(*) لفظ شرح الأزهار: وللمالك الخيار في الثوب إن شاء أخذه وأرش ما نقص إن كان فيه نقصان.. إلخ. وعليه ما لفظه: حيث كان النقص فوق النصف^[١]. (قررو). وإلا لزم الأرش ولا خيار، ولعل هذا حيث غيره إلى غير غرض.

(٢) في (د): أنه الذي.

(٣) غالباً في الأزهار عقيب قوله: والمخالفة.

(٤) ويستحق الأجره إلى موضع التلف؛ لأنه استوفاه المالك. (غيث معني). ولا يقال: لا يستحق إلا بالعمل؛ لأن السبب لما كان من المالك كأنه قبضه في ذلك المكان. (قررو).

(٥) ويرجع على المالك بغرامة الإصلاح؛ إذ له ولاية على ذلك.

(*) والإصلاح بأن ينقص من الفاحش. (كواكب). لعله حيث وجد إناء للمالك أو مباحاً^[٢]، لا ملك نفسه أو بأجره فلا يجب عليه، والله أعلم. (قررو). وقال المفتي: ولو بهال، ولعله يكون كتعريف الضالة إن احتاج إلى أجره. (مفتي).

(*) فلو شحنه البائع ثم استأجر المشتري من يحمله فتلف؟ لعله يضمنه الأجير. (مفتي). ولعله يرجع على البائع^[٣]؛ لأنه غرم لحقه بسببه. اهـ وظاهر التذكرة أنه لا ضمان على الأجير؛ لأنه قال: إلا العيب في الظرف أو للشحن الفاحش.

[١] أو غيره إلى غرض، لكن حيث غيره إلى غرض لا أرش، بل يخير بينه وبين القيمة كما يأتي في الغصب.
[٢] فإن كان في مفازة هل له أن يصبه إلى الأرض أم لا؟ أجاب المفتي: أنه يلزمه الضمان. اهـ لجواز أن يجد ما يفرغه إليه قبل فوات السمن.

[٣] ينظر في الرجوع على البائع؛ لأنه غير متعد ببيع ملكه.

لم يفعل مع تمكنه ضمن، والقول قوله في عدم العلم^(١).
مسألة: من معه حب فاستأجر غيره على حمل ثلثيه أو طحنهما بثلثه صح^(٢)،
 وإن استأجره على حمله أو طحنه بثلثه حباً صح، خلاف أبي حنيفة^(٣)، وإن
 استأجره على حمله بثلثه مطلقاً أو محمولاً أو على طحنه بثلثه مطلقاً أو مطحوناً
 فقال في الفنون وزيد بن علي والناصر وأبو حنيفة والشافعي: لا يصح^(٤)، وقال
 في الأحكام والمنتخب وأبو العباس وأبو طالب: يصح^(٥)، قال الفقيه علي:
 فيحمل الثلثين أو يطحنهما، دون الثلث الذي له فلا يلزمه^(٦).
فرع: وهكذا فيمن استؤجر على عمل حديد سكاكيناً^(٧) ببعضها أو على
 نحت خشب ببعضه أو على رعي بقرة مدة معلومة ببعضها فهو على هذا
 الخلاف^(٨).

- (١) أو عدم التمكن.
 (٢) قوله: بثلثه صح.. إلخ، وذلك لأن المشاع يصح ثمناً فيصح أجرة، ويلزمه حمل الثلثين
 أو طحنهما فقط، ومفهوم عبارة الكتاب والزهور أن أبا حنيفة يوافق هنا، وفي الانتصار:
 أن أبا حنيفة وأصحابه أصروا على المنع في هذه الصورة كما منعوا في غيرها، قلنا: عمله في
 هذه الصورة ليس فيها هو شريك فيه. (بستان).
 (٣) قوله: «صح خلاف أبي حنيفة» حجتنا: أنه قد بين أن الأجرة غير مطحونة، فلم يستأجره على
 طحن ملك نفسه وملك غيره. وحجة أبي حنيفة ما يأتي عقيب هذا. (بستان).
 (٤) قوله: «لا يصح» حجتهم: أنه استؤجر على حمل ملك نفسه وملك غيره أو طحنهما،
 ولنهيهِ ﷺ عن قفيز الطحان، فافتضى النهي الفساد. وحجة الآخرين: أن الأجرة
 معلومة والمنفعة معلومة فلا مانع، ولأنه عقد صدر من أهله وصادف محله. (بستان).
 (٥) قال في المعيار: لكن يشترط تعجيل الأجرة ليتمكن العمل؛ لأن للمستأجر حبس الأجرة
 حتى يعمل، ولا يمكن الأجير العمل إلا بعد القسمة. اهـ أو كانت قسمته إفراداً. وقيل:
 لا فرق. وقرر ما في المعيار.
 (٦) فإن شرط المستأجر عمل الكل لم تصح. (شرح أثمار). وقيل: تصح ويلغو الشرط.
 (٧) الأولى حذف الألف.
 (٨) المذهب يصح إذا شرط تعجيل الأجرة.

مسألة: من استؤجر على حمل شيء إلى موضع معين أو على صنعة شيء ثم تلف معه: فقبل عمله أو صنعته يضمنه، وبعد صنعته أو بعضه أو بعد عمله أو في الطريق خير المالك بين تضمينه قيمته مصنوعاً أو محمولاً ويسلم الأجرة، وبين تضمينه قيمته غير مصنوع ولا محمول ولا أجرة عليه. وإن كان مثلياً خير بين أخذ مثله في موضع العقد ولا أجرة، أو في موضع التلف ويسلم الأجرة.

فرع: فلو استوت قيمته في الحالين أو كان تلفه بأمر غالب بحيث لا يجب ضمانه فقال الفقيه علي: لا تجب أجرة للحمل^(١)، وقال في التفريعات: بل تجب^(٢).

مسألة: من قال لغيره: «بع^(٣) هذا الثوب ولك درهم إن بعته اليوم، وإن بعته غداً فلك نصف درهم» صح ذلك^(٤) خلاف الشافعي^(٥).

مسألة: إذا ربي الطفل في دار مغصوبة لزمه أجرة ما تصرف فيه منها بمسير أو ديبب^(٦)، ثم له^(٧) الرجوع بما غرم على المربي له^(٨)، وكذا في رقبة الدار إذا

(١) قوي في الغالب. (قررد).

(*) في (د): الأجرة.

(٢) قوي في غير الغالب.

(*) يعني: فمع تضمينه محمولاً أو مصنوعاً تلزم، ومع تضمينه غير محمول ولا مصنوع لا تلزم.

(٣) لعله حيث استأجره على العرض. (قررد).

(٤) وهل يضمن إذا تلف قبل البيع أم لا؟ قيل: لا يضمن؛ لأنه انكشف أنه غير أجير، والأصل براءة الذمة، ذكر معناه في السلوك.

(٥) وذلك بناء على أصله أن التخيير يفسدها، وعندنا لا يضر كما مر. (بستان).

(٦) وذلك لأنه قد تصرف في ملك الغير، وإتلاف المنافع في باب الضمان كإتلاف الأعيان،

فإن كان في المهدي فهو كالمقيد فلا شيء عليه، وهذا ذكره ابن الخليل والفقهاء محمد بن

سليمان ويحيى البحيح ومحمد بن يحيى تفسيراً لكلام المؤيد بالله؛ لأنه أطلق وجوب

الأجرة عليه، وقال أبو مضر: مراده حيث هو يميز النفع والضرر^[١]، لا قبل ذلك فالأجرة

على من رباها. (بستان بلفظه).

(٧) في (د): وله.

(٨) ولا يقال: قد استوفى ما في مقابلته؛ لأنه هنا غير مختار، بخلاف ما يأتي في الغصب.

[١] وعليه الأزهاري: ميمراً.

تلفت ضمنها^(١) ورجع، وهذا كله على قول المؤيد بالله^(٢)، وأما عند الهدوية فتجب الأجرة والضمان على المربي؛ لأنه كالمكره له. وهكذا فيمن حبس في منزل مغصوب وكان يحصل منه مسير ولا يمكنه الخروج أو أمكنه وتركه خوفاً على نفسه فهو كالأول على الخلاف، وإن كان لا يحصل منه مسير والصبي لا يدب فلا شيء عليهما، بل على الحابس والمربي.

مسألة: من استعمل حراً بالغاً مكرهاً^(٣) لزمته أجرته^(٤)، وإن كان مختاراً رجع إلى عادته في أخذ الأجرة أو عدمها، فإن لم تكن له عادة أو اختلفت وليس فيها غالب أو التبس حاله فلا أجرة، خلاف أحد قولي المؤيد بالله وأبي مضر.

مسألة: من استعمل حراً صغيراً مميزاً أو غير مميز فإن كان في شيء يسير مما جرت به عادة المسلمين أنه يؤمر به ولد الغير جاز^(٥)، ذكره المؤيد بالله وأحمد بن

(١) وينظر هل يضمن جميعها أو ما تصرف فيه فقط؛ لأنه ذكر في الكتاب أنه لا يضمن إلا أجرة ما تصرف فيه، فينظر في الفرق، قيل: يضمن الكل؛ لثبوت اليد. (سحولي). وكذا الأجرة على المختار. (سماح سيدنا حسن) (قررو).

(٢) الخلاف في قوله: وتلزم من ربي في غضب مميزاً، وفي التنبيه في الإحياء، وفي الغصب في قوله: ويضمن أمر الضعيف قوياً فقط، وفي الإكراه في قوله: لكن يضمن المال، وفي الجنائيات في قوله: وفي المكره خلاف، وفي قوله: لا بالإكراه، وفي قوله: فأجرته وإعنته على الواضع - بين الهدوية والمؤيد بالله، ويختار في هذه المواضع قول المؤيد بالله، والله أعلم. (من خط من نقل من خط سيدنا العلامة حسن بن أحمد الشيباني رحمة الله عليه). أما هذا الموضع فينظر فيه.

(٣) ولو لنفسه. (قررو).

(٤) إذا كان لمثله أجرة. (قررو). وإن لم يعتدها^[١]. (قررو).

(*) وذلك لأنه أتلف منفعته مكرها، وإتلاف المنافع كإتلاف الأعيان. (بستان).

(٥) ولا أجرة ولا ضمان ولو تلفت تحت العمل بسببه؛ لأن الشرع قد أذن له بذلك، ولا فرق بين كونه حراً أو عبداً. (قررو).

(*) إذا كان برضاه، وإلا فلا يجوز، وأما الأجرة فلا تلزم في اليسير مطلقاً. (قررو).

[١] في (د): وكان يعتادها. والمثبت من (ب) وهامش شرح الأزهار.

يحيى، وإن كان في شيء كثير لم يجوز، ولزمته أجرته يسلمها إلى وليه أو إليه إن كان مميزاً بإذن وليه، وإن تلف تحت ذلك العمل بسببه ضمنه^(١) ضمان جنائية^(٢).

فرع: وإذا أذن الأب لمن استعمل ولده الصغير ونوى^(٣) تحمل أجرته جاز ذلك^(٤)، فلو لم يدفعها الأب لولده كان للولد بعد بلوغه أن يطالب المستعمل له، ثم له الرجوع على الأب، فلو التبس على المستعمل هل نوى الأب التحمل للأجرة أم لا جاء على الخلاف فيما فعله الأب هل الظاهر الصلاح أو عدمه، وإن اختلف المستعمل والأب أو الصبي هل نوى التحمل أم لا فالقول قول الأب والصبي^(٥).

فرع: وإذا أنفق ولي الصبي عليه بنية الأجرة التي عليه له أو على المستعمل له

(١) إن كان بغير إذن وليه، فإن كان بإذنه فلا ضمان؛ لأنه أجير. (قرئ).

(*) فائدة: قال في الزوائد^[١]: الحر لا يضمن بالغصب^[٢] صغيراً كان أم كبيراً، قيل: سواء مات حتف أنفه أو بسبب، وفي الكافي والتفريعات: إن كان كبيراً لم يضمن مطلقاً، وإن كان صغيراً فإن كان بسبب كصاعقة أو هدم أو قتله نفسه ضمنه الغاصب، وإن مات حتف أنفه لم يضمنه الغاصب. (زهور).

(٢) وتكون على العاقلة إن كان خطأ.

(٣) هل لهذا نظير كون النية مؤثرة مع الإذن بالاستعمال؟ ينظر، قد ذكر الفقيه علي^[٣] فيمن أخذ شيئاً من المباح بنية كونه لغيره أن النية مؤثرة بانضمامها إلى الفعل، فيكون لمن نواه له، والمسألة هناك للمؤيد بالله، خلاف الفقيه محمد بن يحيى.

(٤) ولعل الوجه كون الأب قد صار ضامناً ضمان درك، ذكره المصنف. قلت: وما وجه أن النية تكفي في ضمان الدرك؟ (مفتي وسحولي). ولعله حيث قد التزم الأب باللفظ. اهـ لكن فيه مصادمة لظاهر الكتاب.

(٥) وذلك لأن الأصل لزوم الأجرة للمستعمل وعدم النية من الأب. (بستان).

[١] وسيأتي مثل هذا عن الإمام عز الدين بن الحسن عليه السلام في كلام البستان المعلق على مسألة الرصد الآتية إن شاء الله تعالى.

[٢] لا إذا كان بجنائية فيضمن كما في البيان في هذه المسألة، فلا تنوهم المناقضة بين الحاشية والبيان.

[٣] في المسألة الخامسة قبل باب المضاربة.

صح^(١) ذلك ولو كانت النية متقدمة على الإنفاق، ذكر ذلك المؤيد بالله، قيل^(٢):
وعند الهدوية يصح ذلك حيث الولي غير الأب، لا فيه؛ لأن نفقة ابنه عليه.
فرع: وإذا عمل ولي الصغير له عملاً ونواه للأجرة^(٣) صح واستحقها من
ماله، ذكره المؤيد بالله، وإن كان العامل للصغير أو المنفق عليه غير وليه ونواه
للأجرة أو عنها^(٤) لم يصح.

مسألة: من استعمل عبد غيره فإن كان في شيء يسير مما جرت به العادة من
غير كراهة من سيده جاز^(٥)، وإن كان في كثير فبإذن سيده جاز ووجبت الأجرة
إن كان يعتادها، ولا يبرأ بدفعها إليه إلا أن يكون مأذوناً له. وبغير إذن سيده إن
كان مأذوناً جاز ووجبت أجرته، ويبرأ بدفعها إليه، ولا يضمه إن تلف في ذلك
كله، وإن كان غير مأذون له فإن حصل منه ما يوجب غصبه - وهو ثبوت يده عليه
عند المؤيد بالله، أو ما يقتضي تنقيله عند الهدوية، قال الفقيه حسن: مع ثبوت يده
عليه^(٦) أيضاً؛ لأنه في يد نفسه - وجبت^(٧) أجرته حتى يعود إلى مالكة، وضمان

(١) حيث النفقة ساقطة عن الولي، وإلا وقع عن النفقة، والأجرة في الذمة، ولو نواه عن
الأجرة لم يقع عنها. (قررو).

(٢) في (د): قال الفقيه يوسف، وفي (ج): قال الفقيه علي.

(٣) أو عنها. (قررو).

(٤) يعني: الإنفاق على الصبي عن الأجرة.

(٥) ولا أجرة ولا ضمان؛ لأنه بإذن الشرع. (قررو).

(*) وهل [فهلا (نخ)] يعتبر هذا القيد في الحر الصغير فيقال: من غير كراهة وليه؟ المختار
كذلك. (سحولي). وقيل: إذن الشرع كاف. و(قررو).

(٦) قال الإمام المهدي عليه السلام: وللفقيه يوسف في ذلك نظر؛ لأن سبب الغضب عند الهدوية
النقل ولو لم تثبت عليه البداهة ولعل ما ذكره الفقيه حسن مستقيم في العبد خصوصاً؛
لأنه في يد نفسه، فلا يكون أمره بما يقتضي التنقيب غصباً إلا مع ثبوت اليد عليه، وإلا لزم
فيمن كتب إلى عبد غيره كتاباً إلى موضع بعيد أن يعمل له عملاً فيه تنقيب له أن يكون
غاصباً له. (كواكب). قلنا: لازم وملتزم. (سماح سحولي) و(قررو).

(*) لا فرق.

(٧) في (أ، ب، د): ووجبت.

رقبته إن تلف^(١)، وإن لم يحصل منه ذلك فإن استعمله مكرهاً وجبت أجرته^(٢)، وكذا ضمان رقبته عند المؤيد بالله؛ لأن اليد تثبت مع الإكراه، لا عند الهدوية إلا أن يتلف تحت العمل بسببه فذلك جنائية، وإن كان العبد مختاراً لم يضمن رقبته^(٣)، وأما أجرته فقال في الزيادات: لا تجب، وقال في الإفادة^(٤) تجب، وقال الكني: إن شرط له أجرة وجبت كما إذا ضاربه^(٥)، وإن لم يشرطها لم تجب، وهو قوي. وهذا حيث العبد مميز، فإن كان غير مميز وجبت أجرته، وكذا ضمان رقبته عند المؤيد بالله؛ لأن اليد تثبت عليه، لا عند الهدوية في ضمان رقبته إلا أن يحصل تنقيله^(٦).

مسألة: وإذا مات المؤجر أو المستأجر^(٧) لم تبطل الإجارة^(٨)، خلاف

(١) في (د): إن تلف العبد.

(٢) في (د): وجبت أجرته حتى يعود إلى ملكه.

(٣) إلا أن يتلف تحت العمل بسببه. (قررو). لأنه في غير المعتاد، وهو الكثير. (سماح سيدنا حسن) وقيل: لا يضمن. (سحولي).

(٤) قال أبو مضر: والأصح كلام الإفادة. (شرح بهران). وكلام الإفادة هو الذي في الأزهار في قوله: والعبد كالصغير.

(٥) يعني: فإن أجرته تجب وإن لم يريح، فكذا تجب هنا بالشرط. (بستان).

(*) وهو يحتمل الفرق بين المسألتين؛ لأن في المضاربة قد شرط له العوض فصارت إجارة فاسدة، وهنا لم يشرط له عوض فلم تكن إجارة ولا حصل سبب الغصب. (كواكب).

(٦) أو [١] تلف تحت العمل بسببه. (قررو).

(٧) أو ماتا جميعاً.

(٨) قلنا: إلا أن يموت المستأجر ولا وارث له فللمؤجر أن يفسخ، ذكره في الشرح، قال الفقيه يوسف: ولعل وجه خشية المطل والتراخي في الأجرة. (برهان).

(*) إلا أن يكون الأجير وارثاً للمستأجر أو العكس انفسخ بقدر إرثه. (قررو). إلا أن يكون ماله مستغرقاً بالدين لم تنفسخ. (قررو).

(*) في الصحيحة مطلقاً، وفي الفاسدة إن قد عمل عملاً مثله أجرة. (قررو).

[١] في (ج، د): إذا تلف.

المنصور بالله وأبي حنيفة.

مسألة: ومن أجر أرضه أو نحوها بغبن كثير في حال صحته صح ولو مات في مدة الإجارة على الأصح، وقال مالك وأبو حنيفة وأبو مضر: تكون المحاباة في الأجرة فيما بعد مرضه من ثلث تركته. وإن كان العقد في مرض موته استحق المستأجر من المدة بقدر الأجرة المسماة من أجرة المثل، والزائد عليها إن كانت أجرة مثله تخرج من ثلث تركته^(١) صح أيضاً وكان وصية، وإن زادت على الثلث فلورثته فسخ الزائد على الثلث، مثاله: لو أكرها ثلاث سنين بمائة درهم، وكانت أجرتها في كل سنة مائة، فالوصية وقعت بمائتين، فإن كانت الأرض وجميع ما يملكه تسوى خمسمائة^(٢) صحت الإجارة كلها؛ لأن تركته ستماية بالأجرة^(٣)، وإن كان ذلك يسوى مائتين فقط والأجرة مائة صح من الوصية نصفها، وهو مائة، فيصح من الإجارة بقدرها، وهو سنة^(٤)، وكان للورثة فسخ السنة الثالثة^(٥)، وعلى هذا فقس.

فرع: وهكذا فيمن أعار داره أو نحوها فإنها تبطل بموته إن كانت مطلقة،

(*) بل تتم الإجارة لورثة من مات منها، وهذا الخلاف في إجارة الأعيان، ومن جعلتها إجارة الخاص^[١]. (غيث).

(١) في (ب، ج): من ثلث ماله.

(٢) يوم مات، بالرقبة المؤجرة، وتكون مسلوقة المنافع مدة الإجارة. (قررو).

(٣) إذا كانت باقية أو كانت باقية في ذمة المستأجر. (قررو).

(*) وفي هذا نظر؛ لأن نسبة الوصية في هذا ربع؛ لأن الجملة ثمانمائة، وكان يكفي في التمثيل أن يقال: لو كانت الأرض وجميع ما يملك تسوى ثلاثمائة.. إلخ، إلا أن يريد بجميع ما يملك أن المائتين من جملته استقام الكلام، ولعله أراد ذلك. (فلكي).

(٤) من غير السنة التي وقعت بأجرة المثل.

(٥) لأن سنة بأجرة المثل فتنفذ، وسنة وصية خارجة من الثلث، وسنة محاباة فلهم فسخها.

[١] حيث مات المستأجر، فأما لو مات الأجير فبطل. (فتح).

وإن كانت مؤقتة فما كان منها بعد^(١) مرض موته فهو وصية يخرج من الثلث، فإن كانت أجرته قدر ثلث تركته صح، وإن كانت أكثر فللورثة منع الزائد.

فروع: فأما من أجر نفسه في مرضه فإنه يصح مطلقاً^(٢) ولا يعتبر فيه الثلث، وكذا فيمن تزوجت بدون مهر مثلها في مرضها، وكذا فيمن طلق زوجته في مرضه بغير عوض أو بعوض يسير^(٣).

مسألة: من استؤجر على عمل ثم عمله غيره أو المستأجر^(٤) فإن كان بأمر الأجير استحق الأجير أجرته، وإن كان بغير أمره فلا أجره، إلا أن يعمله عن الأجير استحق الأجير الأجرة^(٥)؛ لأن عمل الأجير مما يصح التبرع به عنه وتصح الضمان به^(٦) عنه، ذكره في الشرح^(٧).

(١) صوابه: عند. (قرر).

(٢) وذلك لأنه لم يتلف شيئاً من ماله. (بستان).

(٣) لفظ التذكرة: أو طلقها. اهـ يعني: إذا كانت معيبة وهو يمكنه الفسخ، فإنه إذا فسخ فلا شيء لها، لا إذا طلق وجب لها نصف المسمى. (من مذاكرة القاضي محمد بن حمزة بن أبي النجم رحمته).

(*) لأن خروج البضع لا عوض له.

(٤) وهذا ظاهر، لكن لو عمله عن الأجير فهل يكون كالأجنبي فيأتي فيه ما ذكر أولاً [١]؟ وهل يلزم من هذا لو أبرأ المستأجر الأجير من العمل أن يصح ويستحق الأجير الأجرة؟ ينظر في ذلك. (رياض بلفظه). قد أوجب بالصحة ولزوم الأجرة. (كواكب). ولفظها: وكذا يصح الإبراء منه وتجب الأجرة، وهكذا لو كان المستأجر هو الذي عمل العمل فهو كالغير سواء. (باللفظ) (قرر).

(٥) في (د): أجرته.

(٦) والرهن والإبراء.

(٧) الذي في الشرح أنه إذا تكفل كفيل بالعمل الذي على الأجير صحت كفالته ولا شيء له من الأجرة وإن كان العمل مضموناً عليه؛ لأن ضمانه تبع لضمان الأجير. (من خط القاضي رحمة الله عليه).

(*) المذهب خلافة في الضمان؛ لأنه غير مال.

[١] يعني في الرياض.

مسألة: وإذا عملت الزوجة^(١) لزوجها عملاً في بيته أو في غيره فبغير إذنه لا شيء لها، وبأمره إن قصدت به لصالح^(٢) أمورهما فلا أجرة لها^(٣)، وإن قصدت به استجلاب عشرته أو لثلا يطلقها فإن حصل مرادها منه فلا شيء لها، وإن لم يحصل لزمته أجرتها^(٤) عند الهدوية، خلاف الناصر وأحد قولي المؤيد بالله وأحد قولي المنصور بالله.

مسألة: من استؤجر على قصارة ثوب فقصره ثم حملته الريح إلى صبغ الغير فلا أجرة له، ولا شيء لصاحب الصبغ^(٥)، بل يأخذ المالك ثوبه مصبوغاً، فإن نقصت قيمته بالصبغ خير المالك^(٦) بين أخذه أو أخذ قيمته قبل القصارة ولا أجرة عليه، أو قيمته بعد القصارة ويسلم أجرة القصار^(٧)، وعند المؤيد بالله: يأخذه مع أرش نقصانه. وهذا إذا كانت الريح غير غالبية، فأما إذا كانت غالبية

(١) ومثل مسألة الزوجة الأولاد لو عملوا مع أبيهم لبقائهم معه وإحسانه إليهم وتزويجهم مثلاً ونحو ذلك مما جرت به العادة، فإنه إذا منع منهم شيئاً مما يعتاد كان لهم الرجوع عليه بأجرة المثل فيما عملوه، والله أعلم. (عن السيد أحمد بن علي الشامي رحمته الله) (قرر)

مع الشرط أو الاعتياد.

(٢) في (د): إصلاح.

(٣) لأنها متبرعة ولو طلقها. (قرر).

(٤) إذا كانت عاداتها أنها لا تعمل إلا بأجرة. (عامر). أو شرطتها. (قرر). وعن الشامي ما لفظه: وكذا لو عملت لحسن العشرة كما ذكر اعتقاداً منها وجوب العمل عليها؛ لأنها كالمغرورة من جهته. (شامي). وكان عملها بأمره. وعن سيدنا عامر: إذا كانت عاداتها أنها لا تعمل إلا بأجرة^[١].

(٥) إذا كان غير متعدد بوضع الثوب، ووضع عليه من الأحجار ما يعتاد. (قرر).

(٦) إذا كان الأرش كثيراً، أي: فوق النصف كما تقدم، ومثله في الأثمار، ولعل هذا حيث غيره إلى غير غرض. (قرر).

(٧) في (د): القصارة.

[١] أو شرطتها. (قرر).

فليس لصاحب الثوب إلا أخذه بلا شيء، وفي الأجرة الخلاف الذي مر^(١) بين الفقيه علي والتفريعات، [ولا أجرة عليه^(٢)]، والله أعلم. والريح الغالبة هي التي لا يمكن حفظ الثوب منها لو حضر حال حدوثها، وذلك نادر.

فرع: فلو كانت الثياب كثيرة وهو لو حضر عندها لم يمكنه يحفظ إلا ثوباً^(٣) منها فقال الفقيه يوسف: إن هذا واجب مخير، فيضمن أي الثياب شاء لمالكه كما أنه لو حضر لكان مخيراً في حفظ أيها شاء، وباقيها لا يضمنه؛ لأنه لا يمكنه حفظها كلها في حالة واحدة، وهكذا في الراعي إذا كثرت عليه الذئب في حالة واحدة، أو الحامي إذا كثرت عليه الطير أو الجراد في حالة واحدة بحيث يمكنه حفظ البعض دون البعض. ولعله يقال: إنه يضمن قيمة الأكثر^(٤) مما يمكنه حفظه ويقسطها^(٥) بين أرباب الثياب أو الغنم أو الزرع لكل بقدر قيمة حقه، والله أعلم.

مسألة: من دفع إلى خياط ثوباً ليقطعه ويخيظه قميصاً فقطعه ثم لم يكف القميص فلا شيء عليه، وكذا لو قال له المالك: أهو يكفي قميصاً؟ فقال: نعم

(١) في قوله: فرع فلو استوت قيمته في الحالين. اهـ فلا تجب على قوله.

(٢) ما بين المعقوفين هو لفظ نسخة بدل قوله: «وفي الأجرة.. إلخ».

(٣) في (د): وهو لو حضر عنده لم يمكنه إلا حفظ ثوب.

(٤) والمختار الأدنى؛ إذ الأصل براءة الذمة من الأكثر؛ إذ لو فرض أنه لم يمك من الغنم إلا الأدنى لم يلزمه إلا ذلك. (عامر). ومثله عن المقصد الحسن، رواه عن بعض المشائخ، قال فيه ما لفظه: قلت: ولعل هذا إنما يستقيم على القول بالتخيير كما ذكره الفقيه يوسف، وقد ينظر بأن ما كان يدخل في مقدوره حفظه وجب عليه حفظه، فحيث كان يمكنه حفظ الأكثر لو حضر كما هو فرض المسألة وجب عليه، فهذا قد نقل البناء على الأصل الذي هو براءة الذمة إلى شغلها، فيكون ما ذكره في البيان خليقاً بالاعتقاد. (منه باللفظ).

(٥) فإن حضر وحفظ ثوباً منها كان لمالكه ولا شيء عليه. (قررو).

فقال: اقطعه^(١)، فأما لو قال له: اقطعه إن كان يكفي قميصاً فقطعه فلم يكف فإنه يكون صاحبه مخيراً^(٢) بين أخذه أو أخذ قيمته قبل القطع، وعند المؤيد بالله^(٣) ليس له إلا أخذه مع أرش القطع.
فروع: وهكذا فيمن دفع إلى حائك غزلاً لينسجه له قدرأ معلوماً فنسجه ولم يكف لذلك القدر فهو على هذا التفصيل.

(١) قوله: «فقال: نعم، فقال: اقطعه» وذلك لأن المالك أمره بالقطع مطلقاً، لكنه يأثم حيث أخبره أنه يكفي مع معرفته أنه لا يكفي، فأما لو قال له: اقطعه إن كان يكفي فلم يأمره بالقطع إلا بشرط أن يكفي. (بستان).

(*) لا إذا قال له: فاقطعه ضمن، ذكره بعض الحنفية. (معيار).

(٢) فيما كان مضموناً قبل الجنائية^[١]، فأما لو لم يكن مضموناً قبلها^[٢] فلا يلزمه إلا الأرش فقط. (رياض). ومثله عن الوشلي. (قررو). وهو هنا قد صار ضامناً من قبل الجنائية بنفس القبض؛ فلها ثبت الخيار. (سماح سيدنا حسن) (قررو).

(٣) قال الفقيه علي: الهدوية يوافقون المؤيد بالله أنه لا خيار إذا كان النقصان بالجنائية ولو ذهب أكثر من النصف، وإنما الخلاف في الغصب، فيحقق هذا. (رياض).

[١] كالأجير المشترك.

[٢] كالأجير الخاص. (بستان).

فصل: [في بيان الأسباب التي يصح معها فسخ الإجارة]

وإذا كانت الإجارة فاسدة^(١) فإن كان فسادها مختلفاً فيه لم يكن لأيهما فسخها إلا برضا الآخر أو بحكم الحاكم، وإن كان مجمعاً عليه^(٢) فلكل واحد منهما فسخها من غير حكم ولا تراض، قال الفقيه حسن: إلا أن تكون قد قبضت الأجرة فلا بد من التراضي أو الحكم، وقال الفقيه علي: لا فرق^(٣).

مسألة: والإجارة الصحيحة يجوز فسخها لأحد أمور خمسة:

الأول: أن يتراضى المتعاقدان بفسخها أو بالإقالة فيها كالبيع.

الثاني: بأحد الخيارات: بالرؤية^(٤) أو العيب^(٥) أو الشرط أو بفقد الصفة أو بالخيانة^(٦)، ولو حدث العيب مع المستأجر^(٧)؛ لأنه يجب تسليمها سليمة في كل وقت من المدة.

(١) وفي الباطلة مثلها في الأجرة، وهي ما اختل فيه أحد الأركان الأربعة، إلا أن يؤجر المكلف من صبي أو مجنون فلا أجرة. (وابل) و(قررو).

(٢) كأن يشرط كل واحد الفسخ متى شاء أو أحدهما، أو لم تذكر الأجرة، ذكره النجري، أو تكون المدة مجهولة، أو العمل مجهولاً أو الأجرة.

(٣) لأن فاسد الإجارة باطل. (بستان).

(٤) في الأعيان لا في الأعمال. (قررو).

(*) يعني رؤية الرقبة المؤجرة، وبالعيب الذي فيها. (كواكب لفظاً). قيل: وفي الأعمال أيضاً. اهـ ولفظ البحر: ومنه جذام الأجير وبرصه.

(٥) عيباً ينقص الأجرة كما في المبيع. (صعيتري).

(*) ولو قد رضي بالعيب. (معيار). (قررو).

(*) إذا كان ينقص من أجرتها، وسواء كان من قبل الإجارة أو حدث بعدها في يد المستأجر؛ لأنه يجب تسليمها صحيحة من العيوب في كل وقت حتى تنقضي مدة الإجارة. (كواكب لفظاً).

(٦) إذا وقعت فيها مرابحة أو تولية. (كواكب لفظاً). ولعله يستقيم حيث كانت الزيادة بإذن أو نحوه لتستقيم المرابحة. (قررو).

(٧) ولو من فعله. (قررو).

الثالث: تعذر الانتفاع بالرقبة المؤجرة، فتسقط الأجرة في مدة التعذر^(١)، ويكون للمستأجر أن يفسخ، وذلك نحو أن تخرب الدار المؤجرة أو تغصب، أو ينقطع الماء عن الأرض أو الرحي، أو يكثر الماء على الأرض فلا تنفع^(٢) الأرض، أو يمرض الأجير، أو تعجز الدابة عن الحمل أو الركوب، ونحو ذلك. وإذا كان مستأجر الأرض قد حرثها وسقاها فلا شيء له في ذلك^(٣).

الرابع: العذر، وهو ما خالف غرض المستأجر بالإجارة ولو مع إمكان الانتفاع، فيجوز له الفسخ، خلاف الشافعي، لكن لا بد من التراضي أو الحكم في الفسخ به، وذلك نحو أن يعرض للمستأجر ما يمنعه من الانتفاع بما استأجره، كأن يكتري حانوتاً للتجارة ثم يفلس أو يمرض أو يحجر عليه الحاكم، أو يكتري دابة للسفر ثم عرض له خوف في الطريق على النفس أو المال إذا غلب في الظن^(٤) عدم السلامة^(٥)، فيثبت الخيار لهما معاً.

فروع: وكذا لو اكرت داراً للسكنى أو حانوتاً للتجارة أو خادماً ليعخدمه في منزله فعرض له الخوف في البلد ففر منها^(٦)، ونحو أن يفلس المستأجر أو يعرف منه المطل قبل تسليم الأجرة ولو كانت مؤجلة، قال الفقيه يوسف: ولو علم المؤجر بذلك عند العقد فيكون له الفسخ^(٧)، ونحو أن يحتاج المؤجر إلى النفقة

(١) وإن لم يفسخ. (قررو).

(٢) أي: لا تنفع.

(٣) حيث هو الطالب للفسخ ولو بالحكم، أو كان الفسخ بالتراضي، فإن كان الطالب مالك الأرض سلم أجرة الحرث والسقي ونحوهما. اهـ وقيل: لا فرق؛ لأنه عذر. (قررو).

(*) لأنها تشبه المقدمات. ولو قيل: إنه عمل لنفسه كان أولى.

(٤) في (ب، ج): بالظن.

(٥) وكذا الضرر. (قررو).

(٦) في (ب، ج): نفره منها.

(٧) لأن الأجرة تلزم حالاً فحالاً. (برهان).

أو الكسوة أو قضاء الدين ولم يجد ذلك^(١) إلا من ثمن الرقبة المؤجرة فيبيعها^(٢) لذلك، فأما إذا احتاج الدار للسكنى أو الدابة للحمل أو الركوب ولم يجد غيرهما فلا يكون له الفسخ بذلك^(٣).

الخامس^(٤): أن يضرب المستأجر عما قصده بالإجارة^(٥)، فيكون له الفسخ، نحو أن يستأجر أجيراً لعمارة أساطين^(٦) ثم تغير عزمه إلى أن يجعله حائطاً^(٧) أو العكس أو نحو ذلك، ولو كان الأجير صانعاً فيما تغير العزم إليه^(٨) فلا يجب أن يكون هو الذي يصنعه، ونحو أن يستأجر داراً أو حانوتاً للإقامة فيها ثم عزم على السفر، أو يستأجر دابة أو نحوها للسفر ثم عزم على الإقامة، أو يستأجر أرضاً ليزرعها ثم عزم على السفر وأضرب عن الزراعة. وكذا إذا مات المستأجر

(*) هلا قيل: إذا علم إفلاس المستأجر يكون كالبائع من المفلس مع علمه. قيل: إنما يثبت له الفسخ هنا لأنه يستحق الأجرة حالاً فحالاً. (برهان) (قرر).

(١) زائد على ما استثنى للمفلس. (شرح حميد) و(قرر).

(٢) أو بعضها.

(٣) قال الفقيه يوسف: إذا لم يجد غيرها بالأجرة فله الفسخ. (زهور). والأزهار خلافه.

(٤) هذا الخامس نص عليه المؤيد بالله، ولا نص فيه للهدوية، ولكن في كلامهم ما يدل عليه حيث قالوا: لو استأجر ما يتتبع به في الحضر ثم عزم على السفر كان له الفسخ. (كواكب).

(٥) ولو لغير عذر. (قرر).

(*) قال في الانتصار: ولا خلاف في جواز الفسخ للأعذار الراجعة إلى الأجير أو العين المستأجرة، وإنما الخلاف فيما يرجع إلى المستأجر. (غيث).

(٦) دعائم.

(٧) أو أضرب فقط. (قرر).

(٨) قال الفقيه محمد بن يحيى: وإنما يكون عذراً إذا تغير عزمه بالكلية عن فعل ذلك الشيء، فأما لو لم يتغير عزمه بل أراد أن يستأجر رجلاً آخر فليس هذا عذراً، قال: وإنما يكون تغير العزم عذراً في حق المستأجر لا في حق المؤجر؛ لأنه قد ملك منافع العين، قال: كنت أذكره نظراً ثم وجدته في الزوائد. (غيث). و(قرر).

ثم تغير عزم وارثه عما كان أراده فله الفسخ.

فروع: ومن العذر أيضاً أن يستأجر أجيراً ثم يمرض من ليس له مقاوم إلا هذا الأجير، فيكون له الفسخ ولو كان المريض أجنبياً^(١)، وكذا إذا مرضت زوجته وهو يحتاج إلى التحلل منها^(٢) أو إلى حفظ بيته، أو كان يلحقه العار إن لم يحضر مرضها أو موتها^(٣).

فروع: وكذا لو استأجرت امرأة أرضاً لتزرعها ثم تزوجت ولم يأذن لها زوجها^(٤) بالزراعة، إلا أن تكون عادتتها تأمر غيرها بالزراعة^(٥) لم تفسخ.

فروع: وكذا إذا وجب على الأجير واجب يمنعه من العمل كجهاد أو قضاء دين أو رد ودیعة أو عارية أو مغصوب فله الفسخ، لا إن وجب عليه الحج فهو يجوز تأجيله للعذر^(٦)، وكذا الأمة المؤجرة إذا تزوجت فليس لزوجها منعها من خدمة سيدها ولا مستأجرها؛ فليس لها أن تفسخ.

فروع: وكذا إذا استأجر غيره لقلع سن أو قطع عضو حصلت به علة ثم شفي فإنها تبطل الإجارة^(٧)، وكذا إذا ظهر من الأجير تسهيل في العمل وقل نصحه^(٨) فللمستأجر أن يفسخ.

مسألة: من استأجر أرضاً للزراعة مدة معلومة فمضى بعض تلك المدة قبل

(١) إذا وجب عليه القيام [به] مسلماً أو ذمياً.

(٢) ولا نائب عنه. (بحر).

(٣) كقبائل اليمن فإنه إذا لم يحضر كان عاراً. (هداية).

(٤) حيث كانت حرة، لا أمة فليس لزوجها منعها؛ لأن منافعتها لسيدها. (هاجري) (قررو).

(٥) ولم تعد الحضور. (قررو).

(٦) إلا إذا كانت الإجارة فاسدة وأمكنه الحج لنفسه وجب عليه الفسخ. (قررو).

(٧) وكذا من استأجر على قراءة شيء من القرآن بنية الشفاء أو نحوه ثم شفي.

(*) من غير فسخ ولا حكم اتفاقاً.

(٨) في (ب): وقلة نصيحة.

أن يزرع فيها ثم فسخت الإجارة لعذر فإنه يجب حصة ما مضى من المدة من الأجرة إذا كان يمكن الانتفاع بها فيه^(١) للزراعة^(٢)، وإن كان لا نفع فيه^(٣) أو لمقدمات الزراعة فقط فلا أجرة له؛ لأن تقسيط الأجرة يكون على قدر المنفعة، وقال الكني: على قدر المدة؛ فتجب لما مضى حصته مطلقاً عنده.

مسألة: وإذا مات المستأجر وكان المؤجر من ورثته^(٤) أو العكس فإنها تنفسخ الإجارة في القدر الذي ورثه الحي منهما^(٥).

مسألة: وإذا أجزر الموقوف عليه الوقف ثم مات فإن كان ينتقل إلى وارثه بالوقف لا بالإرث^(٦) بطلت إجارته بموته^(٧)، ولم يقض دينه من منافع الوقف،

(١) أي: فيما مضى.

(٢) قيل: ولو علناً. وقياس القواعد^[١] أنه لا بد أن يكون الزرع المقصود، وقد ذكره يحيى حميد وغيره في مسألة انقطاع الماء عن الأرض.

(٣) أي: في الزرع.

(*) أي: فيما مضى.

(٤) في (د): من ذريته.

(٥) إلا حيث يكون المال مستغرقاً بالدين لم تنفسخ. (قرر).

(*) قوله: «في القدر الذي ورثه الحي منهما» وذلك لأنه قد ملكه، فلو مات مستأجر الدار من أبيه عن ابن له وهذا الأب انفسخ من الدار المؤجرة سدسها، وهو نصيب الأب هنا، وإن مات المؤجر عن ولدين أحدهما المكتري فإن الإجارة لا تنفسخ في نصيب الآخر، ويرجع المكتري على التركة بنصف الأجرة حيث كان قد سلمها ولم يمض شيء من المدة، وإن لم يكن قد سلمها سقط عنه نصفها، والنصف الآخر يسلمه لأخيه. (بستان بلفظه) (قرر).

(٦) وضابطه ما كان مفرداً صار بالإرث، وما كان مثنى صار بالوقف. (من هامش شرح الأزهار من الوقف).

(٧) وهذا إذا كان المؤجر المصرف، لا الإمام أو الحاكم فلا تبطل بموتها، وكذلك الواقف. اهـ وعليه الأزهار بقوله: ثم منصوبه وصياً أو ولياً. (قرر).

[١] هنا تذهيب في (ب) وفي المطبوع.

وما فعل فيه من قسمة أو نذر أو وصية بالمنفعة فإنها تبطل بموته، وإن كان يتنقل إلى وارثه بالإرث عنه لم يبطل شيء من ذلك، وتقضى ديونه من منافع الوقف.

مسألة: وإذا مات الأجير الخاص بطلت إجارته، وإذا مات المشترك لم يجب على ورثته أن يعملوا ما استؤجر عليه، ولهم^(١) ذلك^(٢) على قولنا: إن للأجير أن يستأجر غيره^(٣).

مسألة: وإذا أجز المتولي أرض المسجد أو اليتيم أو الوقف بغبن كثير لم يصح، وكذا بأجرة مثله مع وجود من يبذل الزيادة، فإن عرض بذل الزيادة بعد عقد الإجارة لم ينقص لأجله، خلاف الفقيه محمد بن سليمان، وإن كان عند المتولي أنه إذا أظهر أمره قبل العقد حصلت الزيادة فلم يظهر أمره وأجره بأجرة مثله أثم وصحت الإجارة^(٤)، ذكره المؤيد بالله.

مسألة: وإذا شرط في عقد الإجارة فسخها متى شاء لغير عذر فسدت^(٥)؛ لأن مدتها صارت مجهولة.

(١) في (ب): ويجوز لهم. وفي (ج): ويكون لهم.

(٢) هذا في الصحيحة. (قرئ). وفي الفاسدة حيث قد عمل الميت عملاً له أجرة. (قرئ).

(٣) فيما لا يختلف بالأشخاص. (قرئ).

(٤) وقيل: بل ذلك خيانة؛ إذ عليه النظر في المصلحة، ودليله الإثم أنه يبطل الولاية عند من اشترط العدالة. اهـ يقال: ليس كل إثم يسقط العدالة. يقال: الخيانة منافية للولاية فتبطل معها، وقد ذكره الفقيه حسن، وقوي للمذهب، بخلاف غير الخيانة فالظاهر أنه لا يبطلها إلا الفسق كما هو ظاهر الأزهار في قوله: ومن اعتبرت فيه ففسق.

(٥) هذا فساد مجمع عليه.

فصل: [في بيان ما يحل أخذ الأجرة عليه وما لا يحل]

ويحل للحجام وللخاتن^(١) والسمسار^(٢) ونحوهم^(٣) ما سمي لهم^(٤) إن كانت الإجارة صحيحة، وإن كانت فاسدة فقدر أجرة مثله، وتجاوز الزيادة إذا كانت بطيئة من نفس المعطي، لا إن كانت على سبيل المدارة أو خوف الدم فلا تحل^(٥)؛ لقوله ﷺ: ((ما أخذ بسوط الحياء فهو حرام)).

مسألة: والإنزاء على الخيل بالحمير لا يجوز؛ لخبر ورد فيه^(٦)، ذكره في

(١) من مال المختون إن كان له مال، وإلا فعلى منفقته. و(قرر).

(*) مع كراهة تنزيه. ووجه الكراهة الحث على التكسب في الحرف الرفيعة. (كواكب) (قرر).

(٢) هو الدلال الحاذق في البيع.

(٣) حافر القبر.

(٤) قوله: «ما سمي لهم» هذا مذهبنا في الحجام؛ لأنها مباحة، وإذ حجم له ﷺ أبو هند في يافوخه^[١] فأعطاه أجرته، وقال الشافعي: يكره؛ لأخذه أكثر مما يستحق، قلنا: يمكنه أن يأخذ بقدر عمله. وقال بعض أهل الحديث: يحرم؛ إذ نهى ﷺ عن كسب الحجام، قلنا: محمول على أنه ﷺ أراد به الحث على الكسب من الصنع الرفيعة لا الدنيئة. وأما الخاتن فلأنه وإن كان الختان واجباً فوجوبه على غير الخاتن، وهو المختون إن كان بالغاً أو وليه إن كان صغيراً. وأما السمسار فهو الدلال. (بستان). ويسمى أيضاً السفسير، وكل صانع عند العرب يسمى إسكافاً، والناصح: الخياط، والهاجري: البناء، والهالكي: الحداد، والهربقي: الصانع، والجنشي: الزراد، والعصاب: الغزال، والقسامي: الذي يطوي الثياب أول طيها حتى تنكسر على طيه، والماسخي: القواس. (من خط مصنف البستان).

(*) مع كراهة. (قرر).

(*) ولو خوفاً من لسانه.

(٥) الزائد على أجرة المثل.

(٦) وهو قول ابن عباس: اختصنا بني هاشم رسول الله ﷺ أن لا ننزي الحمار على الفرس. قال عليّ: وروي أن أمير المؤمنين عليّ قال لرسول الله ﷺ حين رأى بغلة: لو حملنا فلاناً -يعني حماراً- على فلانة -يعني فرساً- لجاءنا مثل هذه، فقال ﷺ: ((إنما يبيع ذلك الذين لا يعلمون)). وحجة الآخرين قوله تعالى: ﴿وَالْحَيْلُ وَالْبِغَالُ وَالْحَمِيرُ لَتَرْكُبُوهَا﴾ [النحل: ٨]، فامتن عليهم سبحانه بركوب البغال مع علمه بأنها لا تحصل إلا من إنزاء الحمير على الخيل، ولأنه ﷺ ركب البغال، وكانت له بغلة يقال لها: دلدل، وركبها الصحابة وأئمة العترة والعلماء، فلو كان حراماً لما ركبوها. قلنا: الركوب خلاف الإنزاء، فافترقا. (بستان).

[١] قال في النهاية: هو الموضع الذي يتحرك من وسط رأس الطفل.

الكافي، وأجازه أحمد بن يحيى والحنفية.

مسألة: ولا يجوز بذل العوض ولا أخذه على فعل محظور^(١) أو على التمكين منه أو على ترك المنع منه أو ترك إنكاره، وكذا على فعل واجب أو تركه كالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وغيرهما من كل واجب أو محظور.

فرع: ولا يجوز على تعليم الصلاة^(٢) والعلوم الدينية، قيل: وفيه الخلاف كما في تعليم القرآن، قال أبو مضر: وكذا على الحكم والفتيا الخلاف فيهما كما في تعليم القرآن، فأما على كتابتهما فتجوز وفاقاً.

فرع: ولا يجوز للحاكم أخذ العوض على الحكم مطلقاً^(٣) إلا إذا كان بعد الحكم على سبيل المجازاة^(٤) له من غير شرط عند الحكم^(٥) أو قبله.

فرع: وأما الذي يعطيه فإن كان ليحكم له بالباطل فلا يجوز له ذلك أيضاً، وإن كان ليحكم له بالحق فإن كان الحق مختلفاً فيه لم يجز أيضاً؛ لأن حكمه لا يفيد؛ لبطلان ولايته^(٦)، وإن كان مجمعاً عليه فكذا أيضاً على ظاهر المذهب^(٧)، وقال المنصور بالله وأبو جعفر: يجوز له ذلك توصلاً إلى حقه.

(١) في (د): المحظور.

(٢) يعني: صلاة الفرض، لا المسنون فتجوز، وهو ظاهر الأزهار. وتجوز على تعليم النوافل المتصلة بالفرائض والمنفصلة.

(٣) يعني: سواء كان مشروطاً أو مضمراً؛ وذلك لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ [البقرة: ١٨٨]، ولقوله ﷺ: ((لعن الله الراشي والمرثي)). (بستان).

(٤) بشرط عدم التهمة. (قرر).

(٥) في (د): عند الحكم له بالحق أو قبله.

(٦) بظهور الارتشاء.

(٧) وذلك لعموم الحديث. وحجة المنصور بالله أنه توصل إلى ماله بهاله. قلنا: ذلك توصل إلى المباح بما صورته صورة المحظور. (بستان). وقيل: لا يقال: إنه توصل إلى المباح بما صورته صورة المحظور؛ لأننا نقول: لا عبرة بالصورة، كما له أن يأخذ ماله من غاصبه بالتلصص والسرقة والقهر والغلبة وإن كانت الصورة في ذلك صورة المحظور. (شرح بهران).

فروع: والأقرب أن ذلك كله حيث يجب الحكم^(١)، نحو من ادعى على غيره شيئاً وبين به أو نكل المدعى عليه أو حلف المدعي يمين الرد، فأما حيث لا يجب الحكم^(٢) فيجوز لهما معاً.

مسألة: ولا يجوز للشاهد أخذ العوض على أداء الشهادة بحق^(٣) إلا في صور^(٤):

الأولى: حيث لم تعين الشهادة على اثنين، بل كانوا أكثر، فيجوز، خلاف بعض أصحاب الشافعي^(٥)، ولعله على الخلاف الذي يأتي في فرض الكفاية^(٦)، وبه^(٧) قال الإمام المهدي أحمد بن يحيى.

الثانية: حيث يطلب منه الخروج لأداء الشهادة إلى موضع يجوز فيه الإرعاء، فلا يلزمه الخروج^(٨)، وذلك فيما خرج عن الميل على قول أبي طالب، وفيما زاد

(١) في (د): الحكم عليه.

(٢) وذلك حيث يطلب الحكم في شيء في يده يريد به تقرير ملكه على وجه الاحتياط، فلا يجب الحكم له، وسيأتي ذلك في أدب القضاة. (بستان).

(٣) وذلك لأنها بعد تحملها حق على الشاهد للمشهود له ولو كان المشهود له ذمياً أو مستأئناً. (بستان).

(٤) لكن مع العقد يستحق ما عقد عليه مطلقاً: سواء كان في دون البريد أو فوفه، شرط عليه عدم الخروج أم لا، خشي فوت الحق أم لا، وإن لم يعقد استحق أجره المثل مطلقاً: سواء كان فيما فوق البريد أم دونه. اهـ وقيل: لا يحل الزائد على أجره المثل؛ لأنه الزائد يكون من مسائل الضمير. اهـ ولفظ البيان في باب القضاء: مسألة: وما يأخذه القاضي والمفتي.. إلخ.

(٥) ولفظ الكواكب: قوله: «لم تتعين» يعني حيث يكون الشهود أكثر من اثنين، ذكره أبو طالب والفقهاء، خلاف بعض أصحاب الشافعي.

(٦) المذهب لا يجوز.

(٧) أي: بقول بعض أصحاب الشافعي، ذكره في البرهان. (بستان).

(٨) وإنما كان الخروج لا يجب عليه في ذلك لأنه يمكن الإرعاء عليه، قال الفقيه يوسف: فيلزم على هذا لو كان فيما لا يصح الإرعاء فيه كالتقصاص أن لا تحل له الأجرة، وكذا يكون حيث لم يوجد من يرعى عليه. (كواكب لفظاً).

على البريد^(١) على تخريج المؤيد بالله والوافي.

الثالثة: إذا كان شرط عند تحمله للشهادة أنه لا يخرج من البلد لأدائها، ذكره المؤيد بالله^(٢) وابن الخليل والفقهاء محمد بن سليمان ويحيى البحيح. قال الفقهاء يوسف ومحمد بن يحيى: وفيه نظر؛ لأن الشرط^(٣) هو إسقاط للحق قبل وجوبه فلا يصح. ولعله يقال: إنه قد وجد سببه، وهو التحمل للشهادة.

الرابعة: ذكرها الفقيه محمد بن سليمان، وهي حيث لم يكن تحمل الشهادة لصاحبها، بل رأى ما يوجب الشهادة أو سمعه من غير أن يطلب ذلك منه، فيجوز له أخذ الأجرة على أدائها^(٤)، إلا أن يخشى فوت الحق وجب عليه الأداء ولم يحل له أخذ العوض عليه.

الخامسة: ذكرها الفقيه يحيى البحيح، وهي حيث يطلب منه أداء الشهادة^(٥) إلى غير حاكم في حق مختلف فيه^(٦)؛ لأنها لا تجب^(٧) عليه، قال الفقيه يوسف: وفيه نظر^(٨)؛ لأنها لا تجوز له الشهادة^(٩).

(١) في الإرعاء فقط.

(*) والأولى إذا طلب منه الخروج وكان لمثله أجرة وجبت الأجرة من غير تفصيل، وهو ظاهر الأزهار فيما يأتي في الشهادات حيث قال: وتطيب الأجرة فيهما.

(٢) وعليه الأزهار في الشهادات في قوله: إلا لشرط.

(٣) وأيضاً فإن للمشهود له حقاً يتجدد فهلا جاز له الرجوع. (رياض).

(٤) المذهب لا تجل له على أدائها.

(٥) حيث طلب منه الخروج إلى موضع لمثله أجرة.

(٦) كالبيع الفاسد، وميراث الجد مع الإخوة.

(٧) وهذا حيث لا يحصل بها الإيham بأن الحاكم محق، ومع حصول الإيham لا يجوز، ذكره أبو طالب، رواه عنه في حواشي الإفادة. (كواكب).

(٨) لأنه على محذور^[١]، وتكون الأجرة محظورة، ومثله في الرياض.

(٩) لا حيث يتفق مذهب الخصمين، صح من نسخة سيدنا زيد قال: من نسخة سيدنا حسن

المجاهد رحمته الله

[١] لأنه يؤدي إلى أن يقطع الاجتهاد من ليس بحاكم. (تعليق ابن مفتح).

مسألة: ولا تحل الهدايا للأئمة والحكام والأمراء وأهل الولايات والمفتين إذا كانت لأجل ما هم عليه، وإن كانت لله خالصة أو لسبب غير الولاية مما يعتاده الناس بينهم وعرف ذلك حلت لهم، إلا أن تلحقهم بها التهمة أثموا^(١).

مسألة: وما يأخذه الرصد في الطريق فإن كان الخوف فيها منهم إن لم يعطوهم المارة لم يحل^(٢)، وإن كان الخوف من غيرهم فإن أخذوه على مجرد المنع من الظالم لم يحل أيضاً؛ لأن ذلك واجب، وإن أخذوه على ما يلحقهم من مشقة السير أو الوقوف في الطريق وكان بقدر أجره عملهم^(٣) فإنه يجوز^(٤)، لكنه يجب أن يكون من بيت المال^(٥) إن وجد، وإن لم فممن الذين يخافون في الطريق،

(١) وتطيب لهم. (مفتي، وعامر) (قررو).

(٢) لأنه محظور، وقد قال صلى الله عليه وآله وسلم: ((لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيبة من نفسه)). (بستان).

(٣) ومع عدم العقد، أما لو فرضنا أنهم استؤجروا على السير صحت الإجارة بقليل أو كثير، ولا يقال: إنهم أخذوا على واجب؛ لأن الواجب إنما يكون حال حصول المنكر. (رياض).

(٤) عن المفتي: إن قلنا [قلت (نخ)] عند وجوب النهي؟

(٥) يعني: في هذه المسألة. واعلم أن الوالد صلى الله عليه وآله وسلم روى عن الفقيه يوسف مسألة يليق ذكرها هاهنا، وهي إذا رفق رجل رجلاً من عدو له ثم قتله عدوه، فإن كان هذا الرفيق متبرعاً بغير أجره فلا ضمان عليه، وإن كان بأجره فهو أجير مشترك، فإن كان العدو القاتل غالباً لا يمكن الرفيق دفعه لم يضمن أيضاً، إلا أن يكون المترفق به شرط عليه الضمان من الغالب كان على الخلاف في الغالب هل يصح تضمينه أم لا، وإن كان يمكنه دفعه فلم يفعل أو غاب عنه عند قتله بحيث لو كان حاضراً لأمكنه الدفع عنه فإنه يجب عليه دية، ويكون الوارث مخيراً بين مطالبته بالدية أو القاتل بالقصاص أو الدية، فإن طالبه بالدية سقط القصاص عن القاتل، وإن اقتصر من القاتل فلا شيء على الرفيق، وإذا سلم الرفيق الدية كان له أن يرجع بها على القاتل، قال إمام زماننا^[١] الهادي إلى الحق عليه السلام: وهذا مستقيم، إلا في إيجاب الضمان على الرفيق فإنه يخالف القواعد؛ إذ الكبير العاقل لا يضمن؛ لأنه في يد نفسه، ولا يصح أن يكون في يد غيره، ولا أن يتعلق به استئجار على الحفظ ولا ضمان. (بستان).

[١] يعني الإمام عز الدين.

فيقسط بينهم على قدر أموالهم إن كان الخوف على الأموال، أو على عدد رؤوسهم إن كان الخوف على الرؤوس، فإن كان الخوف على الكل قسط بين الرؤوس والأموال، ولعله يكون التقسيط على قدر أجرة المثل عليهم وعلى الأموال.

فروع: وهكذا في الرفيق إذا أخذ عوضاً من الخائف فهو على هذا التفصيل سواء.

مسألة: ومن أمر غيره يتكلم له في حاجة إلى غيره وشرط له عوضاً فإن كان ما يتكلم فيه مباحاً^(١) أو مندوباً أو مكروهاً حل له العوض إن طابت به نفس المعطي أو كان قدر أجرة مثله أو كانت الإجارة صحيحة، وإن كان محظوراً لم يحل العوض بكل حال؛ لأنه في مقابلة قبيح فقبح، وإن كان واجباً - نحو أن يكلمه في أن يدفع عنه الظلم أو يوفيه حقه - فإن كان ذلك متعيناً عليه لم يحل العوض، وإن كان غيره يقوم مقامه فيه لم يحل أيضاً، خلاف أحد قولي أبي طالب. وهذا حيث لا يتكلم المتكلم إلا بالعوض، فأما إذا كان يتكلم ولو لم يعط شيئاً لكن أعطاه المعطي تبرعاً فإنه يحل^(٢)، ذكره في الشرح.

فروع: وأما من يصلح بين خصمين فمع التباس الحال في وجوب الحق وعدمه فالأقرب جواز ما يأخذه برضا المعطي له، ومع بيان وجوب الحق أو بطلانه لا يجوز^(٣)؛ لأنه على واجب أو محظور^(٤).

فروع: ومن أخذ العوض حيث لا يحل له مما تقدم فهو على وجوه ستة:

(١) المباح نحو أن يأمر من يشتري له، والمندوب أن يأمر من يتزوج له حيث يندب، والمكروه أن يأمر غيره يتزوج له حيث يكره، والمحظور حيث يأمر أن يسأل له مع الكفاية.

(٢) وذلك لأنه يكون مقابلة للجميل بالجميل، قال عَلَيْهِ السَّلَامُ: «وَلَا خِلَافَ فِي حَلِّهِ، وَلَا شَبَهَةَ فِي جَوَازِهِ؛ إِذْ يَدْخُلُ تَحْتَ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿هَلْ جَزَاءُ الْإِحْسَانِ إِلَّا الْإِحْسَانُ﴾ [الرحمن]. (بستان).

(*) قيل: إذا كان بعد العمل. وهذا حيث لا تهمة في الكل، والله أعلم.

(٣) وقيل: بل يجوز مع بيان الحق من المصالح.

(٤) لعله يريد بالوجوب أمره بالتسليم مع ثبوت الحق، وبالمحظور مع عدمه؛ لأن المدعى عليه إذا سلم شيئاً تفادياً للخصومة فأخذه محظور. (سماع سيدنا حسن رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ).

الأول: أن يكون بشرط الواجب أو المحظور، فهذا يجب رده لصاحبه^(١)، وهو كالمغصوب إلا في الأحكام التي تقدمت في البيع الباطل؛ لأنه في يده برضا مالكة.

الثاني: أن يكون بعقد إجارة على مباح وفي ضميرهما أنه لأجل الواجب أو المحظور، فالعقد صحيح، فيملك العوض ويطيب له على قول المؤيد بالله، وأما على قول الهدوية فقال الحقيني وأبو مضر: يتصدق به^(٢)، وقال الفقيه يحيى البحيح: بل يطيب له؛ لأن المضمّر كالمظهر عندهم في الربا لا في غيره.

الثالث: أن يعطى على وجه الهدية أو الهبة ونحوها وفي الضمير أنه لأجل الواجب أو المحظور، فهذا يتصدق به^(٣)؛ لأنه ملكه من وجه محظور، وقال المؤيد بالله: يخير بين رده أو التصديق به، وقال في الكافي: يرده لصاحبه.

الرابع: أن يشترط له العوض على الواجب أو المحظور ثم قال عند تسليمه أو بعده: إنه صدقة أو هبة^(٤)، لا لذلك الشرط، فإن ظن الآخذ صدق كلامه الآخر حل له، وإن ظن كذبه لم يحل له، وإن التبس عليه عمل بما قاله عند تسليم العوض^(٥).

الخامس: أن يعطيه العوض على الواجب أو المحظور وعلى أمر آخر مباح، فيحل له قدر أجره المباح، ذكره المؤيد بالله، وقال أبو علي وأبو هاشم: لا يحل^(٦) له؛ لعدم التمييز بين الحسن والقبیح^(٧).

السادس: أن يعطى البغية ونحوها لمجرد محبته لها لا لمحظور يريده منها فإنه يطيب لها، ذكره المؤيد بالله.

(١) ولا يحل لقايبضه.

(٢) المذهب أنه يكون كالمغصوب إلا في الأربعة كما في الأزهار. اهـ ولعل هذا بالنظر إلى

الزائد على أجره المثل على المباح. (قرئ).

(٣) فإن رده للمالك ضمن للفقراء.

(٤) وأما لو قال أولاً: هو عن غير المحظور ثم قال: هو عن المحظور -عكس صورة

الكتاب- لم يقبل قوله -لأنه قد خرج عن ملكه- إلا أن يظن صدقه. (نجري) (قرئ).

(٥) أو بعده. (قرئ).

(٦) قوي حثيث.

(٧) ومثله في الكواكب.

فصل: في الاختلاف

إذا اختلفا في قدر الأجرة فالقول قول المستأجر، إلا حيث شرطا تعجيل الأجرة قبل تسليم الرقبة المؤجرة فالقول قول المؤجر^(١) كالبائع^(٢)، وأما في الأجير فالبينة عليه في قدر أجرته مطلقاً^(٣).

مسألة: وإذا اختلفا في آلة الدار المنقولات فالقول قول المكتري، قال الفقيه يوسف: يعني حيث مدة الإجارة باقية، لا بعدها فالقول قول المالك. ولعله يستقيم إذا كان بعد خروج المكتري منها^(٤).

مسألة: وإذا اختلفا في قدر المدة أو المسافة فالبينة على المكتري إن كان قبل مضيتها، وأما بعده فكذا عند المؤيد بالله والوافي، وقال أبو طالب: بل على المالك^(٥)؛ لأنه يدعي عليه التعدي والضمان. وهكذا في المعير والمستعير إذا اختلفا بعد مضيتها.

فرع: فإن اتفقا في قدر المدة^(٦) واختلفا في مضيتها فالبينة على مدعيه.

(١) بل لا فرق، فالقول قول المستأجر ذكر التعجيل أم لا، ذكره الفقيه يوسف، وهو ظاهر الأزهاري بقوله: والقول للمستأجر في قدر الأجرة.

(*) وقواه القاضي عامر، ومثله ذكره الفقيه يوسف في الرياض، وفي الصعيتري وشرح النجري.

(٢) في (د): كالبيع.

(٣) سواء كان مشتركاً أو خاصاً.

(*) سواء كان قبل تسليمه للعين التي عمل فيها أو بعده، فإن البينة عليه؛ لأنه يدعي الزيادة. (بستان).

(٤) وقد مضى وقت يمكن أن المالك قد أدخل آلات منه إلى الدار. (تهامي).

(٥) وظاهر الأزهاري مثل كلام المؤيد بالله، وقد يفرق بين العارية والإجارة، وهو أنه يستحق المنفعة هنا بالعوض سواء مضت المدة أم لا، بخلاف العارية فإباحة مطلقاً.

(٦) أما لو لم يتفقا على المدة بل قال المالك: انقضت المدة، وقال المستأجر: بل باقية - فعلى المستأجر البينة. (زهور معني) (قررو).

مسألة: من ركب دابة غيره بإذنه أو سكن داره أو نحو ذلك ثم اختلفا هل هي إجارة أو عارية: فإن كان لصاحبها عادة بالإجارة أو الإعارة فالبينة على من ادعى خلافها، وإن لم يكن له عادة في ذلك أو اختلفت وليس فيها غالب فالبينة على مدعي الإجارة، خلاف أقول المؤيد بالله وأبي مضر.

مسألة: وإذا قطع الخياط الثوب قميصاً ثم قال المالك: «إني أمرتك أن تقطعه قبا» فالبينة على المالك؛ لأنه يدعي تضمينه، خلاف المؤيد بالله وأبي حنيفة، فقالا: البينة على الخياط؛ لأنه يدعي الإذن فيما فعل. وهكذا في الصباغ إذا صبغ الثوب جنساً ثم قال المالك: إني أمرتك بصبغه جنساً آخر. والمراد في الكل إذا كانت العادة جارية بالأمرين معاً^(١)، فأما حيث جرت بأحدهما فقط فالبينة على مدعي خلافه.

فرع: فلو اختلفت عادة الأجير وعادة أهل البلد فلعل عادة الأجير أولى، والأقرب أن في ذلك أصليين: الأول منهما: عدم الإذن، والثاني منهما: عدم التعدي، فالهدوية يعتبرون الأصل الثاني، والمؤيد بالله وأبو حنيفة يعتبران الأصل الأول، فأيهما بين في ذلك حكم له، وإن بينا معاً حكم لكل واحد منهما بموجب بينته^(٢)، فللمستأجر بما ادعاه من العمل^(٣)، وللأجير بما ادعاه من الأجرة، وإن لم يبين أيهما فالعبرة بيمين من القول قوله أو بنكوله.

فرع: فإن اختلفا في ذلك قبل القطع أو الصبغ ونحوه فالقول قول كل واحد منهما

(١) أو كان أول ما فعل.

(*) محل الخلاف حيث كان يعتاد الأمرين معاً أو هو أول ما أراد من الخياطة. (غيث معني).
(٢) وظاهر إطلاق أهل المذهب أن القول قول الأجير والبينة على المالك [مطلقاً، فإن بينا حكم بينة المالك]^[١]؛ لأنها عليه في الأصل، ولا حكم لبينة الأجير إلا أنها تسقط عنه اليمين إذا كانت محققة. اهـ وقررو البيان.

(٣) يعني: فيكون بالخيار بين أخذ ثوبه أو قيمته. (برهان).

[١] ما بين المعقوفين من (ب).

في نفي ما ادعاه الآخر، فإن حلفاً^(١) معاً بطلا^(٢)، وإن نكل أحدهما حكم عليه. **مسألة:** وإذا قال القصار: «هذا الثوب ثوبك» وأنكره المالك فالبينة على القصار؛ لأنه يريد بذلك استحقاق الأجرة وبراءة ذمته من ضمانه^(٣)، ذكره المرتضى، فإن بين به حكم له^(٤)، وإن لم يبين وحلف المالك لم يستحق الأجرة، ولا يبرأ حتى يسلم ثوباً يصادقه المالك عليه أو يجبسه الحاكم حتى يغلب بظنه عدم بقاء الثوب ثم يضمه قيمته^(٥)، وإن نكل المالك عن اليمين ثبت ما ادعاه القصار^(٦). وأما حكم الثوب الذي سلمه القصار فقال الفقيهان يحين البحيح وعلي: إنه يكون لبيت المال في الوجوه كلها؛ لأن كل واحد منهما قد نفاه عن ملكه، وقال الإمام يحيى وأصحاب الشافعي: إنه يبقى للقصار^(٧) حيث لم تصح دعواه^(٨)؛ لأن إقراره به كالمشروط بأن يقبله المالك أو يبين^(٩) به. وهو المفهوم

(١) قلت: أو بينا وأضافا إلى وقت واحد أو أطلقا أو نكلا. (مفتي) (قررو).

(٢) دعواهما وانفسخت الإجارة.

(*) ويطل العقد، وهو قياس ما في الأزهار في قوله: إلا مانع، فييطان. (سماح سيدنا حسن عليه السلام).

(*) وهذا مبني على أنه لم يتغير عزم المالك ولم يضر، فإن تغير عزمه أو أضرب عما ادعاه الأجير فقد تقدم أن له الفسخ. (قررو).

(٣) وهذه العلة مطردة. (زهور).

(٤) بالأجرة وبراءة الذمة من الضمان.

(٥) يقال: قيمة أي ثوب، هل ما ادعاه المالك أو ما ادعاه القصار؟ اهـ قيل: بنظر الحاكم^[١].

(عامر). ولو قيل: قيمة الأذن؛ لأن الأصل براءة الذمة - لم يكن بعيداً، ولا يقال: فقد عمل بقول القصار؛ لأننا لم نعمل بقوله، بل بالأصل المذكور، وإلا إذاً لألزمنا المالك قبض الثوب الذي سلمه القصار. اهـ يتأمل.

(٦) ولزم المالك الأجرة. (زهور). ويرأ القصار بالتخلية بينه وبين الثوب. (قررو).

(٧) في غير ما نكل عنه المالك.

(٨) وذلك حيث حلف عليه المالك، وأما حيث بين به ونفاه المالك فإنه يكون لبيت المال.

(٩) يعني: القصار.

[١] ويجلف القصار ما يستحق عليه المالك في ظاهر الشرع زائداً على هذا القيمة. (شامي).

من كلام أصحابنا في اللمع وغيرها^(١).
 فرع: فإن ادعى المالك ثوباً آخر مع القصار أنه ثوبه فعليه البينة به، فإن بين
 أو نكل القصار حكم له به^(٢)، وإن بينا^(٣) معاً حكم للمالك بالثوب الذي ادعاه
 وللقصار بأجرة الثوب الذي ادعاه، والكلام في ثوبه كما مر^(٤).

مسألة: وإذا سلم الحائك الثوب الذي نسجه فقال المالك: «ما هذا غزلي، بل
 أبدلته أو خلطت فيه غيره» فقال الهادي: البينة على المالك^(٥)، فقيل: إنه يخالف
 قول المرتضى في مسألة القصار، وقيل^(٦): بل يفرق بينهما، بأن الثوب يمكنه
 البينة عليه لا الغزل، وقال الفقيه يمين البحيح: إنما كانت البينة على المالك لأنه
 ادعى على الحائك إبدال الغزل أو الخلط فيه، فأما لو قال: «ما هذا غزلي» كان
 القول قوله كما في مسألة القصار.

مسألة: وما يقطعه الحائك من غزل الغير على آلة الحوك عند تمام الثوب^(٧)
 ثم يصل إليه ثوباً آخر فإنه يحل له إذا علم به صاحب الثوب الأول ورضي^(٨)،
 لا إن جهل أو كره، ذكره أبو طالب.

(١) وهو ظاهر الأزهار فيما سيأتي في الإقرار في قوله: ولا يصح لمعين إلا بمصادقته.
 (٢) قال في الزهور: ولعل الأجرة تلزمه؛ لأنه قد صار معترفاً بلزومها، وتصير لبيت المال إذا
 كانت معينة، وهو يأتي على كلام الفقيهيين يمين البحيح وعلي، لا على المختار، وهو كلام
 الإمام يمين وأصحاب الشافعي. فتكون للقصار. (قررو).

(٣) إذا أمكن استعمالهما.

(٤) يعني: في المسألة التي قبل هذا الفرع. (بستان).

(*) يبق للقصار على المختار.

(٥) لأنه يدعي الجناية. اهـ وعليه الأزهار بقوله: والجناية كالمعالج.

(٦) ذكره بعض الإخوان نظراً. (بستان).

(٧) وهو الذي يتعذر حوكه.

(٨) أو جرى عرف بالتسامح به. قلت: وهذا مثل كلام المؤيد بالله في استهلاك مال الغير.
 (مفتي) و(قررو).

مسألة: وإذا اختلف الأجير والمالك في قيمة ما يضمنه فالبينة على المالك^(١)، وكذا إذا اختلفا في جنسه أو صفته^(٢).

مسألة: وإذا ادعى الصانع رد ما عمل فيه فالبينة عليه إن كان عمله بأجرة، وإن كان تبرعاً فالقول قوله^(٣).

فرع: وأما المستأجر والمستعير إذا ادعى الرد أو اختلفا هما والمالك في العين المؤجرة أو المعارة فقال الهادي وأبو طالب: البينة عليهما؛ لأنه يلزمهما الرد، وقال القاضي زيد وأبو جعفر: القول قولهما؛ لأنها أمنيان، إلا إذا كان شرط عليهما الحفظ أو الضمان فعليهما البينة^(٤).

مسألة: وإذا اختلف الصباغ والمالك في صفة^(٥) ما أمره به من الصبغ فقال أحدهما: هو يسوى عشرة، وقال الثاني: هو يسوى خمسة، فالبينة على مدعي الزيادة^(٦).

فرع: فإن أمره بصبغ يسوى خمسة فصبغه بما يسوى عشرة فهو متبرع بالزيادة، وفي العكس إن أمكن الزيادة في الصبغ^(٧) وجبت، وإن لم يمكن خير المالك بين أخذ ثوبه وعليه الأقل^(٨) من المسمى وأجرة المثل وبين تركه^(٩).

(١) وذلك لأنه يدعي الزيادة. وكذا في جنسه، نحو أن يقول المالك: هو ثوب حرير، ويقول الأجير أو الحمامي: هو قطن أو صوف أو نحو ذلك، إلا أن يدعي الحمامي شيئاً لم تجر عادة المالك أنه يلبسه فعليها البينة. (بستان).

(٢) إلا أن يدعي الأجير خلاف ما جرت به العادة بلبسه فعليها البينة كما في شرح الأزهار. (قرور).

(٣) لأنه أمين، أو حيث لا يضمن إما لشرط أو جري عرف. (قرور).

(٤) وبنى عليه في الأزهار في قوله في العارية: وفي رد غير المضمونة.

(٥) أي: قيمة الصبغ.

(٦) والفائدة في دعوى المالك الأكثر لو قد تلف وأراد أن يضمنه مصبوغاً.

(٧) حتى يصير يسوى عشرة.

(٨) هذا مستقيم حيث يمكنه صبغه بالعشرة في أول صبغة، وإن كان لا يمكنه فهي إجارة فاسدة تلزمه أجرة المثل؛ إذ هو غير مقدور. (قرور).

(٩) هذا حيث غيره إلى غرض، وإلا فالأرش في اليسير والتخيير في الكثير. (عامر). (قرور).

وأخذ قيمته قبل الصباغ ولا أجره عليه.

مسألة: وإذا ادعى المشترك أن ما تلف معه تلف بأمر غالب فعليه البينة إن عرف سبب التلف، فبين بأنه غالب، إلا أن يكون ظاهراً^(١) معروفاً قبل قوله، وإذا لم يبين حلف المالك أنه يستحق عليه الضمان استناداً إلى الظاهر، إلا أن يظن صدق الأجير لم يجز له أن يحلف، وإن شك فيه جاز له الحلف^(٢) وكره. وإن لم يعرف سبب التلف -نحو أن يموت الحيوان فقال: هو مات من الله، وقال المالك: بل بجناية- فالبينة على المالك، إلا أن يكون في الحيوان أثر جنائية يجوز أنه مات منها فالبينة على الأجير أنه مات من الله تعالى لا منها. وهكذا في الطيب إذا مات العليل وادعى عليه أن موته بجناية منه فالقول قوله أنه مات من علته^(٣)، إلا أن يكون فيه أثر جنائية^(٤) غير العلة يجوز أنه مات منها فالبينة على الطيب^(٥).

فرع: وإذا كان التالف بأخذ عدو أو بحريق أو بريح أو بأكل الذئب أو نحو ذلك وادعى الأجير أنه غالب فعليه البينة^(٦).

مسألة: وإذا مات البقرة ونحوها أو عميت فقال الأجير: هو من الله، وقال

(١) مع مصادقة المالك.

(٢) وظاهر المذهب أنه لا يجوز وأنها غموس مع الشك كما يأتي في الكتاب.

(٣) لأنه الظاهر.

(٤) مضمونة، لا سراية عن معتاد حيث الطيب بصير. (مفتي) (قرر).

(*) أو أقر أنها من فعله.

(*) يدل على المباشرة فإن القول قول المجروح -لأن معه شاهد الحال- من غير يمين، وهو قياس ما تقدم في العيوب. (قرر).

(٥) قال في الكواكب: وتكون بيئته على أنه فعل المعتاد، وعلى أنه مات من الله تعالى.

(٦) وتكفي البينة على نهب القافلة التي فيها المعمول أو المحمول^[١]، وكذا على نهب البلد وتحريقه، ولا يحتاج إلى بينة على نهب هذا المحمول بعينه أو تحريقه. (مرغم).

[١] حيث صدقه المالك أنه في القافلة أو البلد التي نهب، وإن لم يصدقه فعليه البينة أنه فيها. (قرر).

المالك: بل بجناية- فالبيئة على المالك إذا لم يكن فيها أثر جنائية يجوز أنها سبب الموت أو العمى، فإن قيل: إنه كان يمكنه ذبحها قبل الموت لئلا تتلف، فإذا لم يفعل ضمنها- فلعله يجاب بأن ذبحها جنائية في الظاهر توجب عليه الضمان^(١)، ولو أمكنه الإشهاد على ذلك فهو يجوز موت الشهود أو عدم قبولهم، والله أعلم.

مسألة: وإذا جاء الأجير المشترك أو الخاص بالبقرة مذبوحة فقال: إنها ماتت ثم ذبحتها من بعد فعله البيئة بما ادعاه من موتها قبل ذبحها^(٢)، وإن لم يبين ضمن أرش الذبح عند المؤيد بالله، وعند الهادي يخير المالك بين أخذها بلا شيء وبين تركها وأخذ قيمتها. قال الفقيه يحيى البحيح: فلو عافها الناس لأجل إقراره بموتها بحيث صارت لا قيمة لها ضمن قيمتها وفاقاً؛ لأنها مضمونة^(٣) عليه، بخلاف ما لو قال قائل: إن بقرة القصاب ميتة^(٤) فنفر الناس عنها وصارت لا قيمة لها فإنه لا يضمونها؛ لأنها غير مضمونة عليه ولا هي في يده أمانة^(٥).

مسألة: من رأى بقرة غيره تجود بنفسها^(٦) وغلب بظنه حصول موتها

(١) قال الفقيه يوسف: أما إذا كان أجيراً مشتركاً أو نحوه ممن يجب عليه الحفظ وجب عليه الذبح وإن خشي التضمين؛ لأنه يجب عليه الحفظ، والذبح من جملة الحفظ، والله أعلم.

(٢) وذلك لأن الظاهر أن الذبح جنائية. قال أبو مضر: وسمعت من يفتي ويقول: إن الراعي إذا جاء بعقب أو طرف إذن وقال: إن الحيوان مات فإنه يترك على الماء: فإن طفا فهو ميتة، وإن رسب فهو مذكي. (بستان). ومن طريق الاختبار في البيض أنها تجعل في الماء فإن رسب فصحيح، وإن طفا في أعلاه ففساد.

(٣) وذلك لأنه لما أخبر أنها ميتة منع الناس من أكلها؛ لأنه يعمل في ذلك بخبر الواحد، ولا يسقط عن نفسه الضمان. (زهور).

(٤) قال في الغيث: فإن غلب الظن بصدقه وجب العمل بتحريمها. (شرح بحر).

(٥) لكنه يؤدب.

(٦) يعني: تكابد الموت.

استحب له ذبحها^(١) حفظاً لمال الغير، وقال أبو مضر: يجب عليه ذبحها. قلنا: ثم إن صادقه المالك على ذلك أو بين به فلا شيء عليه، خلافاً لأبي جعفر^(٢)، وإن لم يبين به وحلف المالك ضمن في ظاهر الشريعة^(٣).

مسألة: وإذا ادعى المشترك أو الغاصب أو المرتهن أو المستعير المضمن أو المستأجر المضمن أو الوديع بعدما تعدى^(٤) أن الذي في يده قد تلف وأنكر المالك فالقول قول المالك^(٥) مع يمينه، ويجوز له الحلف على القطع استناداً إلى الظاهر - وهو البقاء - ما لم يظن^(٦) صدق المدعي للتلف، وإذا حلف أخذ المدعي للتلف بتسليم ما معه، وإلا حبسه الحاكم حتى تمضي مدة يغلب بظن الحاكم فيها أنه قد تلف ثم يضمه قيمته^(٧).

مسألة: وإذا أنكر الأجير أخذه لما ادعى عليه ثم ادعى بعد ذلك أنه عمله تبرعاً وأنه قد تلف^(٨) لم تسمع دعواه ولا بينته؛ لأن إنكاره لأخذه يكذبهما، وإن لم ينكر أخذه بل قال: «ما عندي لك شيء» ثم ادعى أنه بغير أجر أو أقر بأخذه

(١) ولا يجب، بخلاف الأجير المشترك فيجب عليه ذبحها؛ لأنها مضمونة عليه، والموت وإن كان غالباً فهو يمكن الاحتراز منه بالذبح، والله أعلم. وظاهر كلام الكتاب في مسألة: وإذا ماتت البقرة.. إلخ^[١] خلاف ذلك؛ لأنه لا يجب عليه الدخول فيما عاقبته التضمين.

(٢) فقال: عليه أرشها مع جواز ذبحها.

(*) فقال: يجوز له ويضمن مطلقاً. (بستان).

(٣) الأرش إن لم ينقل، فإن نقل فالتخير. (قررو).

(٤) يعني: الوديع.

(٥) وأما وارث من ذكر فالقول قوله، وعلى المالك البينة كما يأتي. (قررو).

(٦) أو يشك.

(٧) ويضمن بالأوفر في غير الغاصب^[٢]، وكذلك في كل تضمين يستند إلى عقد.

(٨) في (د): تلف عليه.

[١] قبيل هذه بمسألتين.

[٢] وقد دخل تحته الوديع المتعدي.

وادعى أنه متبرع لا أجير فإنه يرجع إلى عاداته، فإن كان يعتاد أخذ الأجرة فالبينة عليه بأنه نفى الأجرة^(١)، وإن كان يعتاد التبرع فالبينة على المالك أنه شرط الأجرة، وإن لم تكن له عادة أو اختلفت ولا غالب فيها^(٢) فالبينة على المالك أنه شرط الأجرة، وعلى أحد قولي المؤيد بالله وأبي مضر: القول قوله، والبينة على العامل أنه شرط عدمها.

مسألة: من استأجر عبداً أو نحوه^(٣) مدة معلومة ثم ادعى أنه أبق أو مرض بعض المدة أو كلها وأنكر المالك فإن كان ما ادعاه غير حاصل في الحال فعليه البينة به، وإن كان حاصلاً لكن قال: هو من أول المدة كذلك، وقال المالك: بل هو من آخرها أو من وسطها - فعلى ظاهر كلام الهادي أن البينة عليه بما ادعاه، وحكى علي بن العباس إجماع العترة أن القول قوله^(٤)؛ لأن الحال يشهد له، ذكره في التذكرة والتفريعات وابن أبي الفوارس.

(١) أي: شرط عدمها.

(٢) أو التيس.

(٣) جملاً.

(٤) وعليه الأزهار بمفهوم قوله: وعلى مدعي إباق العبد بعض المدة إن قد رجع.

(*) ولا فرق بين أن تكون مدة الإجارة باقية أو منقضية. (غيث).

فصل: في الضمان وعدمه

فأربعة لا يضمنون، إلا أن يشرط عليهم الضمان ضمنوا، وهم: المستأجر، والمستعير، فإذا شرط عليهم الحفظ كانا كالأجير المشترك^(١)، وإن شرط عليهما الضمان صح؛ لأنه في مقابلة عوض، وهي المنفعة، فيضمنان ولو من الغالب^(٢)، وقال أبو مضر: لا يضمنان الغالب^(٣)، ومثله في بيان السحامي، لكن المستعير يضمن متى شرط عليه مطلقاً، والمستأجر إنما يضمن إذا شرط عليه حال العقد لا بعده؛ لأن قد صارت المنفعة مستغرقة بالأجرة، ذكره في الشرح، وقال الفقيه حسن: إنه يصح تضمينها^(٤) بعد العقد^(٥) أيضاً، ويكون كالزيادة في الأجرة.

الثالث: الأخذ للسوم، فلا يضمن^(٦)، إلا أن يشرط عليه ضمنه^(٧)، وقال زيد بن علي والباقر وأبو حنيفة والشافعي: إنه يضمن.

الرابع: الأجير المشترك من الأمر الغالب، فلا يضمنه، إلا أن يشرط عليه^(٨) صح وضمنه، خلاف أبي جعفر والإمام يحيى^(٩).

مسألة: وخمسة يضمنون وإن لم يشرط عليهم الضمان، وهم: الأجير

(١) قبل التضمين. اهـ وقيل: بعد التضمين. (قرئ).

(٢) وقال الفقيه يوسف: لا يدخل الغالب^{قوي} في مطلق التضمين. (زهور).

(٣) إلا بذكره.

(٤) في (د): تضمينه.

(٥) مع القبول أو القبض عالماً. (قرئ). وقيل: يكفي عدم الرد. (عامر).

(٦) ومثله المشتري بخيار لهما أو للبايع. (قرئ).

(٧) في (أ): صح وضمنه، وفي (ج): إلا أن يشرط عليه صح.

(٨) أو جرى عرف.

(٩) حجتنا أن الشرط أملك، وحجتهم أنه تكليف ما لا يطبق كتكليف المقعد الطيران والأعمى بنقط المصحف. قال عليه السلام: لأن ما هذا حاله خروج عن قضية العقل وحكمه، ساقط عن اعتبار الشرع ورسمه. (بستان).

المشترك^(١)، والطبيب المتعاطي على قول^(٢)، والبائع قبل تسليمه للمبيع^(٣)، والغاصب، والمرتهن^(٤).

مسألة: وسبعة لا يضمنون ولو شرط عليهم الضمان^(٥)، وهم: الأجير الخاص^(٦)، والمضارب^(٧)، والوديع، والوكيل، والوصي، والملتقط^(٨)، فلا يصح شرط الضمان عليهم؛ لأنه ليس في مقابلة عوض، وقال المنصور بالله: إنه يصح. والسابع: المستأجر إذا شرط عليه ضمان ما ينكسر بالاستعمال^(٩) أو

(١) غير الغالب.

(٢) هذا على القول بأنه يضمن ولو فعل المعتاد فهو يكون متعدياً، وأما على القول بأنه لا يضمن إلا ما جنى فهو كالبصير. (كواكب). وقد تقدم كلام السحولي في الحاشية على مسألة: وإذا أعنت الخائن أنه إذا لم يحن فلا ضمان عليه كالبصير. (قررو).

(*) أما المباشرة فيضمن قولاً واحداً، وأما السراية فيضمن على قول الشرح كما مر، خلاف اللمع والتقير والبيان. (بستان).

(٣) ومعنى ضمان البائع أنه يرد الثمن. (كواكب، وبرهان).

(٤) صحيحاً، وأما الرهن الفاسد فهو كالأمانة مع المرتهن. (قررو).

(٥) إلا أن يكون أحد هؤلاء بأجرة ضمن ضمان الأجير المشترك، وهذه هي الحيلة في الضمان. (قررو). إلا في الأجير الخاص، إلا أن يستأجر على الحفظ ضمن. (قررو).

(٦) ولا يقال: إنه في مقابلة الأجرة؛ لأنه يستحق الأجرة بتسليم نفسه ولو لم يعمل في شيء، فلا يكون ضمان ما عمل فيه في مقابلة أجرته، ذكر ذلك في الشرح. (كواكب).

(٧) ولا يقال في المضارب: إن ضمانه في مقابلة عوض، وهو الربح؛ لأنه لا يعلم حصوله، ذكر ذلك في الشرح. (كواكب). لأنه قد يخسر.

(٨) ينظر من ضمنّ الملتقط؟ قيل: بأن يقول المالك: من التقط ضالتي فقد ضمنته إياها. (مفتي). وقيل: لا يصح إلا بعد معرفة الملتقط.

(٩) وعلى هذا لا يدخل في مطلق التضمين أيضاً، وقال حثيث: إنه يدخل في مطلق التضمين كما تقدم. (مفتي).

(*) المعتاد في المعتاد. (قررو).

دونه^(١)، قال الفقيه يوسف: وهذا الكلام كله يدل على أن ضمان التبرع لا يصح^(٢) إذا لم يكن في مقابلة عوض ولا غرض إلا حيث يكون ضمان درك فيضمن لمن عليه الحق بمثل ما يلزمه.

مسألة: وثلاثة إذا اشترطوا البراءة برئوا، وهم: الأجير المشترك، والطبيب البصير، والغاصب^(٣).

مسألة: وأربعة لا يبرأون وإن اشترطوا البراءة، وهم: الطبيب المتعاطي كما مر، والبائع من ضمان المبيع قبل تسليمه، والبائع المتبري من العيوب جملة عند الهادي كما مر، والمرتهن رهناً صحيحاً فلا يصح إبراءؤه من ضمان الرهن، وإن أبرئ من عينه صار أمانة^(٤).

(١) هذه قد مرت في إجارة المنقولات، وفي التذكرة كذلك، وقد اختلف الشراح في تفسيرها فينظر. (مفتي). قيل: هو الذحل^[١] إذا أعيد الضمير إلى الاستعمال، وإن أعيد الضمير إلى غير الاستعمال فهو الكف. (شامي). لأن الكف هو دون الانكسار.

(٢) والمراد بضمن التبرع هنا هو أن يضمن رجل لرجل بمال لم يكن في ذمة أحد، بل أثبتته الضامن في ذمته للمضمون له، فهذه صورة ضمان التبرع، لا كما توهمه في بعض الحواشي أن المراد ضمان التبرع التي ببال من غير أمر المضمون عنه، وهو مصرح في المسألة والخلاف فيها بين من ذكر في باب الكفالة. في قوله: مسألة: وأما الضمانة لمن لا دين له ولا عليه بل يضمن له تبرعاً بدين.. إلخ.

(٣) يعني: حيث غصبه ثم إنه تبرأ منه بعد الغصب وقال للمالكه: إن لم تأت لحقك فأنا بريء منه، فأبرأه، فإنه يصير أمانة.

(٤) والمذهب لا يبرأ؛ لثلا يكون حيلة بأن ينتزع الرهن متى أحب.

[١] لعلها «النقل» كما تقدم في إجارة المنقولات.

باب المزارعة^(١)

هي صحيحة وفسادة، فالصحيحة حيث يكري صاحب الأرض من الزراع جزءاً مشاعاً من أرضه مدة معلومة بأجرة معلومة ثم يستأجره على زراعة باقي الأرض في تلك المدة^(٢) بمثل تلك الأجرة^(٣)، فتصير منافع الأرض مشتركة بينهما على قدر ذلك، ويكون البذر فيها منهما كذلك. وإذا شرط فيها على الأجير حصد الزرع كله فسدت، ذكره في التفريعات، ولعل وجهه^(٤) كون ذلك يكون إجارة على حصد زرع معدوم.

فروع: ويجب الترتيب^(٥) في الإجارة كما بينا؛ لأنه لو قدم استئجاره على زراعة نصف الأرض مشاعاً لم يصح؛ إذ لا يمكنه تسليم العمل عقيب العقد؛ لأن عمل المشاع لا يمكن إلا مع عمل الباقي، وهو لا يجب، وإلا بعد القسمة، وهي

(١) قال في النهاية في مدح الزرع: وفي الحديث: ((الزرع أمانة والتاجر فاجر))، جعل الزرع أمانة لسلامته من الآفات التي تقع في التجارة من التزيد في القول والحلف وغير ذلك، وفيها أيضاً: وفي الحديث: ((إن التجار يبعثون يوم القيامة فجاراً إلا من اتقى الله وبر وصدق))، ساهم فجاراً لما يقع في البيع والشراء من الأيمان الكاذبة والغبن والتدليس والربا الذي لا يتحاشاه أكثرهم. وجمع التاجر تجار بالضم والتشديد، وتجاراً بالكسر والتخفيف وبالضم والتخفيف. (من هامش البستان بخط مصنفه).

(٢) مثلها أو دونها، لا فوقها؛ إذ لا يمكنه تسليم العمل في الزائد كما يأتي. و(قررو).

(٣) أو دونها على قولنا: إنها تملك بالعقد. و(قررو).

(*) وذلك لتقع المقاصة بالأجرة الأولى، فلو استأجره بالأجرة الأولى صح أيضاً. (بستان).

(٤) هذا كلام الوالد رحمته الله هنا، وكلامه في البرهان: لأنه أدخل فيه حصد حق الأجير مع حق المستأجر. وفي الزهور عن التفريعات: لأن الحصاد لا يجب على الزراع، إنما يجب عليه القيام بما يحتاج إليه الزرع إلى وقت الحصاد. (بستان).

(٥) هذا مبني على أنه عقد عقدين، أما لو كان عقداً واحداً صحت؛ لزوال العلة المانعة، وهي عدم التمكن من تسليم العمل عقيب العقد. (شامي) (قررو).

لا تجب لذلك^(١)، وإلا بأن يكتري باقيها، وهو لا يجب، بخلاف إجارة المشاع فهي تصح؛ لأنها تجب قسمته^(٢).

فروع: وإذا استأجره على زراعة نصفها بمنافع النصف الآخر فإنه يصح؛ لأنه يمكنه العمل هنا إذا شرط تعجيل أجرته^(٣) التي هي منافع النصف الآخر، لا إن لم يشرطه فلا يصح^(٤).

فروع: ولها صورة ثالثة، وهي أن يكتري من الزراع بعض الأرض مدة معلومة بعمل باقي الأرض^(٥) في تلك المدة عملاً معلوماً لفظاً أو عرفاً.

مسألة: وإذا امتنع الزراع من الزراعة لغير عذر أجبر على زراعة ما استؤجر عليه^(٦) إن أمكن إجباره، ولزمه أجره ما اكتراه بالتمكن من زراعته، وإن كان لعذر لم يجبر^(٧) وكان لصاحب الأرض الفسخ فيما أكره منه، ولا شيء للأجير على ما فعل من مقدمات الزراعة، إلا إذا كان المانع له هو المستأجر لغير عذر فإنه يسلم له حصة ما عمل من الأجرة^(٨).

(١) في (أ): كذلك.

(٢) لأنه قد ملك المنفعة. (قرئ).

(٣) لفظاً أو عرفاً لا يختلف. (قرئ).

(٤) لأنه لا يستحق الأجرة إلا على قدر ما عمل فيما استؤجر عليه، وليس يمكنه عمل بعضها مشاعاً. (بستان).

(٥) مع شرط تعجيل الأجرة.

(٦) وذلك لأن عقد الإجارة لازم، فيجبر على الزراعة كما يجبر على الأمور الواجبة. (بستان).

(٧) لأننا قد قررنا أن له الفسخ بالعذر، ولا شيء له بالمقدمات؛ لأنه لم يأت بشيء من المقصود، والامتناع من جهة نفسه، لكن يندب لصاحب الأرض أن يدفع إليه بقدر ما عني فيه؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْسُوا الْقُضْلَ بَيْنَكُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧]. (بستان).

(٨) وقد تقدم في فصل الإجارة الصحيحة في الفرع الثالث من المسألة الثامنة وقال: وفاقاً، هذا حيث منعه لغير عذر، فإن جرى عرف أن المنع فسخ أو تفاسخا فلا أجره، وإلا لزمه. اهـ في البيان فيما تقدم: أو منعه لعذر فعلى الخلاف في المقدمات.

فروع: وإذا كانت المزارعة فاسدة لم يجبر من امتنع منها، وتجب أجره ما عمل الأجير من المقدمات مطلقاً^(١)، وعليه أجره ما انتفع به فيما اكتراه.

مسألة: من زرع أرض المسجد أو اليتيم فإن كان بولاية جاز، سواء زرعتها لمصرفها وله أجرته أو زرعتها لنفسه وسلم أجرتها، لكن حيث يزرعها بنية الأجرة من غير عقد إجارة فهي فاسدة، إلا على قول الناصر والمنصور بالله وأحد قولي المؤيد بالله وأبي حنيفة والشافعي فقالوا: تصح معاواة. قلنا: فإن أراد صحتها بعقد إجارة كان من غيره ممن له ولاية^(٢) أو يكرهها من غيره ثم يكثرها منه^(٣) بعد قبضه لها.

فروع: وإن زرعتها بغير ولاية ولا إذن من له ولاية فإن زرعتها لنفسه وسلم أجرتها لم يجز، ذكره المؤيد بالله، خلاف أبي مضر^(٤)، وإن زرعتها لمصرفها^(٥)

(١) سواء امتنع هو أو المستأجر، لعذر أو لغير عذر.

(٢) في (د): الولاية.

(٣) وفي الأزهار ما لفظه: وللمستأجر القابض التأجير إلى غير المؤجر. اهـ فعلى هذا لا يصح ما في البيان. (هبل). ولو قيل: الذي تقدم حيث المؤجر عن نفسه، وهنا هو مؤجر عن غيره، وهو المسجد والصغير مثلاً، فينظر هل هذا وجه فارق بين المسألتين أم لا؟ وفي البيان فيما تقدم: الرابع: أن يكره من غير مالكة إشارة إلى هذا الفرق. (شامي).

(٤) حجة المؤيد بالله: أن الولاية معتبرة، وحجة أبي مضر: أن عود بعض النفع أولى من عود جميع الضرر. وقوله: «فأطلق المؤيد بالله أنه يجوز» وذلك لأن الغصب إنما يكون إذا زرعتها لنفسه، لا لمصرفها فقد فعل ما أمر الله به حيث قال سبحانه وتعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾ [المائدة: ٢]، وهذا من أعظم البر؛ لما فيه من إدخال النفع على المصرف. وحجة الآخرين: أن الولاية معتبرة في مثل هذه الأمور، فإذا فعل من غير ولاية كان غاصباً، قلنا: لم يفعل لنفع نفسه، بل لنفع المصرف، فهو محسن، وما على المحسنين من سبيل. (بستان).

(٥) طلباً للأجر من الله.

فأطلق المؤيد بالله^(١) أنه يجوز، وأبقاه أبو مضر وابن الخليل على ظاهره؛ لأنه فعل ما يأمر^(٢) به الشرع^(٣)، وقال الكني والفقيهان محمد بن يحيى ويحيى البحيح: إن المراد به إذا لم يكن هناك من له ولاية، فأما مع وجوده فلا يجوز ويكون غاصباً^(٤).

ومع عدم من له الولاية^(٥) يجوز عند الهدوية وأحد قولي المؤيد بالله من باب الصلاحية، وعلى أحد قولي المؤيد بالله والمعتزلة وأبي حنيفة والشافعي: لا بد من ولاية ممن نصب لها.

والفاسدة هي حيث يدفع أرضه إلى غيره ليزرعها على أن يكون زرعها بينهما نصفين أو أثلاثاً أو نحو ذلك، وهي تسمى مخابرة؛ لأنها مأخوذة من فعل النبي ﷺ في بعض أراضي خيبر، فقال أصحابنا: قد نسخت^(٦)، وقال زيد بن علي والباقر والصادق والناصر: إنها باقية وإنما تصح، ورواه أبو جعفر وابن معرف عن الهادي.

(١) المراد في أحد قوليه الذي يوافق فيه الهدوية، وإلا لم يصح الكلام، فلي تأمل.

(٢) في (د): أمر.

(٣) قال أبو مضر: لكن إن فعل ذلك مع جهله بالولاية فهو قول واحد للمؤيد بالله، وإن فعله مع علمه بالولاية ففيه قولان للمؤيد بالله. (كواكب).

(٤) لعدم الولاية، وهي معتبرة. قلت: وهو الأقرب للمذهب. (بحر).

(*) ولو جهل. (تذكرة).

(٥) أو يكون غائباً، وحد غيبة من له الولاية أن تفوت المنفعة بأخذ الولاية من إمام أو حاكم. اهـ واختاره المتوكل على الله ﷺ. وفي الفتح في باب القضاء: مطلقاً، يعني سواء كانت تفوت المنفعة أم لا.

(٦) خلا أنه يجوز الدخول فيها كما يجوز في سائر العقود الفاسدة، ويحمل النهي الوارد في قوله ﷺ: ((من لم يدع المخابرة...)) الخبر على من اعتقد الصحة، ذكر معنى ذلك في شرح الذويد وشرح الهاجري على التذكرة.

مسألة: وفي الفاسدة يكون الزرع لصاحب البذر^(١)، وعليه زكاته، وأجرة الأرض إن كان للزراع، أو أجرة الزراع إن كان لصاحب الأرض، وإن كان البذر منهما نصفين فالزرع لهما كذلك، وعلى الزراع نصف أجرة الأرض، وعلى صاحبها نصف أجرة الزراع^(٢).

فرع: وأجرة الزراع من النقد، وأما أجرة الأرض فإن جرت العادة بإجارتها بالنقد فهي منه أيضاً، وإن جرت العادة فيها بالمخابرة فقط فإنه يعتبر بأوسط ما تزرعه^(٣) هذه الأرض، وتجب قيمة نصفه أو ثلثه لصاحب الأرض على حسب ما شرط له، ذكره المنصور بالله والفقهاء يحیی البحيح، والأقرب أنه يعتبر بقيمته^(٤) يوم حصوله؛ لأنه وقت وجوب الأجرة كلها ووقت أخذها في العادة، ولو طلبت الأجرة قبل حصول الزرع لكانت أقل في العادة مما شرط.

فرع: فلو اقتسما الزرع على ما شرطاه ونوى صاحب البذر أن ما يعطيه الثاني عما يجب عليه له من الأجرة جاز وكان من باب الصلح^(٥) عما في الذمة، وإن لم

(١) وكذا في الصحيحة. (سماح سحولي) (قررو).

(٢) ويتقاصان، إلا أن يبقى عند أحدهما زيادة لصاحبه سلمها. و(قررو).

(٣) فإذا زرعت مرة ستة ومرة ثمانية ومرة عشرة فيؤخذ بأوسط زرعة، وهي الثمانية، ويجب نصف قيمته أو ثلث أو ربع على حسب ما شرطاه لصاحب الأرض.

(*) والعرف أن الأجرة من الخارج من قليل أو كثير وقت حصوله. (سماح). و(قررو).

(٤) لكن يقال: لم تجب قيمة الحب المستوي مع جري العادة بأنه أجرة، وهلا وجب تسليمه لأنه الثابت في الذمة؟ قلنا: اللازم قيمة المنافع، والقيمة إنما هي من النقدين، فإن جرت العادة بأن الحب قيمة المنافع وجب حباً، وقد ذكره الفقيه علي بن زيد. اهـ وقرر ذلك عن المفتي، فيسلم نصف ما حصل أو ثلث أو ربع ونحو ذلك، وقرره المتوكل على الله ﷻ. و(قررو).

(٥) وهكذا ذكر المؤيد بالله، قال الفقيه يوسف: وبناء على صحة المعاطاة. (رياض). ومثله في الشرح، والأقرب أنه لا يصح ذلك؛ لأن من شرط الصلح لفظه، ولأن الواجب من النقد، فيختلف الجنس، فيكون بيعاً، وهو لا يصح عند الهدوية. (مصاييح).

(*) يعني: فينظر هل معلوم كان صحيحاً، وإلا كان فاسداً.

(*) بل كالبيع الفاسد. (قررو). لكن ليس له ارتجاعه سواء كان باقياً أو تالفاً.

ينو ذلك لم يقع عنه، بل يكون الكراء باقياً عليه، وله الرجوع فيما دفع من الزرع، إلا أن يتراضيا بالقصاص صح، وأطلق المؤيد بالله أنه يقع عنه^(١)، لكن قال الفقيه حسن: المراد به في الظاهر^(٢)، وقيل^(٣): المراد به حيث جرت العادة بأنه يدفع عن ذلك.

فرع: فلو فعلوا المخابرة جاهلين لحكمها ومعتقدين لصحتها^(٤) كانت صحيحة في حقهم^(٥) لاعتقادهم الصحة^(٦) في مسائل الخلاف، وإذا تشاجروا تحاكموا^(٧)، ذكر ذلك الفقيه يوسف.

فرع: فلو كان نصيب صاحب الأرض من البذر حراماً وبذر به الزراع مع

(١) للعرف.

(٢) وقيل: يملك ظاهراً وباطناً؛ لأن العرف بالمنطوق، وهو قوي. (غيث).

(٣) في (أ): وقال الفقيه علي.

(٤) مطلب في صحة ما فعله الجاهل لاعتقاد الصحة.

(*) وقد تقدم في أول الطلاق^[١] نظير هذا فيمن طلق زوجته ثلاثاً طلاق بدعة وهو يعتقد وقوعها اعتقاد تقليد أو جهل ثم أراد الانتقال إلى مذهب من لا يصحح ذلك فقال: على الخلاف هل الاجتهاد الأول بمنزلة الحكم أو لا، وهكذا في النكاح غير الصحيح مثل هذا، لكن يحمل هذا على الجاهل الصرف؛ لأن الفقيه يوسف يقول: مذهب العوام مذهب شيعتهم^[٢]، وقد تقدم هذا له بلفظه بعد بيع الصبر في المسائل المسوقة فيما لا يصح بيعه بيع الصبر.

(٥) في الجاهل الصرف. (قرير).

(٦) في (د): لصحتها.

(٧) في المستقبل، لا فيما مضى^[٣] فقد نفذ كما سيأتي في المغارسة في قوله: مسألة: وإذا تراضيا بقسمة الثمن.

[١] في المسألة الثامنة من أول الكتاب.

[٢] مع التمييز. و(قرير).

[٣] ولو هو باق في ذمته.

بذر منه حلال فإنه يكون الزرع كله له^(١)، وكذا لو كان البذر كله حراماً فالزرع له^(٢)، وعليه مثل البذر لمالكه، وكراء الأرض لصاحبها. وعند الناصر والمؤيد بالله والشافعي أن الزرع ليس باستهلاك للبذر، بل يكون الزرع لمالك البذر، ولا أجرة عليه للأرض ولا للزرع، وللزرع أجرته على صاحب الأرض إن جهل^(٣)، ولا أجرة عليه للأرض؛ لأنه مغرور.

فروع: فإن كان الحرام هو بذر الزرع وبذر صاحب الأرض حلال فالزرع بينهما^(٤)؛ لأن الزرع قد استهلك الحرام، وعليه نصف أجرة الأرض^(٥).

وعلى قول الناصر والمؤيد بالله والشافعي: يكون الزرع بين صاحب الأرض وصاحب البذر، وللزرع نصف أجرته على صاحب الأرض، وعليه نصف أجرة الأرض^(٦)، ولا شيء على صاحب البذر.

فروع: وحيث البذر من الزرع^(٧) لا يتصدق بما زاد من الزرع على غرامته كلها، خلاف أبي حنيفة^(٨)، وحيث البذر حرام ومملكه الزرع لا يتصدق بما زاد

(١) حيث الأرض ندية أو سقاه هو، فإن سقاه المطر أو الغير بقي لمالكه، فإن تم الزرع فهو لمالكه، وإن يبس رجع على الباذر والساقي، وقرار الضمان على الساقي، وبالمطر على الباذر. (كواكب من كتاب الغصب).

(٢) ولا يتصرف فيه إلا بعد المراضاة كما يأتي في الغصب. (قررو).

(٣) كون البذر حراماً.

(٤) في (د): بينهما نصفيين.

(٥) لفظ شرح الأزهار: وإن كان البذر منهما كان الزرع بينهما، وللزرع على صاحب الأرض نصف أجرة العمل، ولصاحب الأرض عليه نصف كراء الأرض. (بلفظه).

(٦) لأنه الواضع للبذر فيها.

(٧) وهو حلال.

(٨) يعني: فيتصدق ولو كان البذر كله حلالاً، قال الوالد: ولعله بنى على أصله أن أرباح الفاسد يتصدق بها. (بستان).

من الزرع على غرامته كلها، خلاف الفقيه علي^(١).
مسألة: وإذا دفع المتولي أرض الوقف أو المسجد أو اليتيم إلى غيره مزارعة فاسدة بالنصف أو الثلث فله أن يأخذ أجرتها من النقد؛ لأنه الواجب، وإن أخذها من الزرع على ما تشارطا جاز بشرطين: أن يرضى به الزراع^(٢)، وأن يكون أصلح من النقد حيث كان يمكنه أخذ النقد.

(١) قوله: «خلاف الفقيه علي»: يعني فقال: يتصدق بالزائد؛ لأنه ملكه من وجه محذور. (بستان).

(٢) وأما مع المشاجرة فالواجب من النقدين مطلقاً. (صعيتري).

فصل (١): [في المغارسة الصحيحة والفاصلة]

والمغارسة صحيحة وفاصلة، أما الصحيحة فلها شروط ستة:

الأول: أن تكون الغروس معلومة بالمشاهدة أو بالوصف المميز^(٢)، وأن تكون ملكاً لصاحب الأرض إما مقطوعة أو يأمره بقطعها^(٣) من ملك له معين^(٤) أو يأمره بشرائها له أو باتهابها له قبل استئجاره على غرسها^(٥).

الثاني: أن يبين قدر ما يحفر لها^(٦) عدداً^(٧) وطولاً وعرضاً وعمقاً في أرض للمستأجر معينة^(٨).

الثالث: أن يكون سقيها معلوماً^(٩) مملوكاً أو حقاً لصاحب الأرض، لا إن كان من الأجير^(١٠)، إلا أن يكون موجوداً في ملكه^(١١) فيكون ذلك بيعاً وإجارة^(١٢)،

(١) عنه صلى الله عليه وسلم: ((ما من مسلم يغرس غرساً أو يزرع زرعاً فيأكل منه إنسان أو دابة أو طير أو سبع إلا كانت له صدقة))، وعنه صلى الله عليه وسلم: ((من نصب شجرة فصبر على حفظها والقيام عليها حتى تثمر كان له بكل شيء يصاب من ثمرها صدقة عند الله تعالى)). (شمس علوم من خط مصنف البستان).

(٢) وذلك بأن يذكر الطول والجنس. (بستان).

(٣) ويكون موضع القطع معلوماً لفظاً أو عرفاً.

(٤) أي: موصوف. (قررو). [أو موصوف (نخ)].

(*) لا فرق كما في التذكرة.

(٥) حتى تقع الإجارة وهي في ملكه، ذكره الفقيه يوسف في تعليقه.

(٦) لفظاً أو عرفاً. (قررو).

(٧) أي: عدد الحفر.

(٨) يعني: بالمشاهدة، ذكره في البحر. وقيل: يجوز أن تكون غائبة^[١] وللأجير خيار الرؤية فيها. (بستان).

(٩) أي: الأوراد التي يسقيها معلومة. (برهان).

(١٠) فتنفسد. (برهان) (قررو).

(١١) يعني: ملكاً له. (قررو).

(١٢) حيث كان بلفظ البيع^[٢]؛ لأن البيع لا ينعقد بلفظ الإجارة. وقيل: بل يصح من باب البيع الضمني.

[١] موصوفة. (قررو).

[٢] هذا هو القياس، إلا أن يشبه بمسألة الصبغ صح بلفظ الإجارة. (زهور).

وإن كان من المباح فعلى قول المؤيد بالله: يصح، وعلى قول أبي طالب: يصح إذا كان يسوقه في مجراه^(١)، لا إن كان ينقله^(٢). وكذا سائر ما تحتاج إليه الغروس من العمل^(٣) فيجب كونه معلوماً، ويعتبر بيان ذلك كله باللفظ أو بالعرف إذا كان لا يختلف.

الرابع: أن يذكر مدة معلومة للقيام بالغروس^(٤).

الخامس: أن تكون الأجرة معلومة ولو جزءاً من الأرض^(٥) أو من الشجر أو منهما معاً معلوماً أو شجراً معيناً، مع بيان حق الشجر^(٦) في الأرض لفظاً أو عرفاً. السادس: أن يعقدا^(٧) الإجارة^(٨) على ذلك بلفظها أو بما في معناه، نحو: غارستك أو عاملتك أو اغرس^(٩) هذا على كذا، مع قبول الأجير أو سؤاله لذلك.

(١) أي: مجرى المالك، وفي حاشية: مجرى الماء.

(٢) بحيث يملكه، بل يجريه على الأرض. (كواكب).

(٣) والمؤن.

(٤) قال عليه السلام: ولا خلاف في اعتبارها، وأقلها سنة؛ إذ لا فائدة فيما دونها، وأكثرها قيل: ثلاثون سنة؛ لأنها نصف العمر؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: ((أعمار أممي ما بين الستين إلى السبعين))، وقيل: على قدر عمر الشجرة؛ لأنه يختلف، قال عليه السلام: وهذا المختار؛ لأن النخيل أكثر عمراً من الكرم، والكرم أكثر من سائر الأشجار. (بستان).
(٥) ولو وقفاً.

(٦) أي: حق البقاء الذي يستحقه الشجر في الأرض لفظاً أو عرفاً إلى وقت محدود. (كواكب). وإن لم يدخلوا الحقوق أمر بالقطع وصح ذلك، وإن أدخلوا الحقوق صح أيضاً وإن لم يذكروا مدة معلومة، وأما إذا لم تدخل الحقوق واشترط البقاء فإن كان إلى مدة معلومة صح، وإن كان إلى غير مدة معلومة لم يصح. (قرن).

(٧) في (ج، د): تعقد.

(٨) قال في الذريعة: إلا أن يكون الأجير خاصاً فهو لا يحتاج إلى ذلك، وإنما يأمره بالغرسة وقد صحت الإجارة من قبل هذا الأمر، ثم يأمره بما يحتاج إليه الغرس من حفر وسقي وإصلاح.
(٩) على القول بأنها تعقد بلفظ الأمر، وقد مر للفقهاء يحیی البحيح خلافة في أول الكتاب، وهو المختار.

مسألة: وتبطل المغارسة بموت الأجير^(١) كما مر، لا بموت المستأجر، خلاف المنصور بالله وأبي حنيفة.

مسألة: وإذا غاب الأجير أمر الحاكم من يعمل عنه بالأجرة، فإن لم يكن ثم حاكم فللمستأجر فسخها، وقيل^(٢): إن للمستأجر أن يعمل^(٣) أو يأمر غيره بالعمل عن الأجير ويرجع عليه بالأجرة^(٤).

والفاصلة هي حيث يختل أحد هذه الشروط، نحو أن تكون الغروس أو الماء من الأجير^(٥)، أو تجعل الأجرة بعض الثمار^(٦)، ولعله يأتي فيه خلاف من يميز المخابرة.

مسألة: فإن تراضيا بقسمة الثمر عوضاً عن الأجرة جاز، وإن تشاجرا^(٧) فالأشجار لمالكها، فإن كانت من الغارس فهي له^(٨) وثمارها له إلا ما قد تراضيا فيه مما مضى، وعليه أجرة وقوفها في الأرض^(٩) وما نقص من قيمة الأرض

(١) الأولى لا تبطل، وعليه الأزهار، وكلام البيان محمول على أن الأجير خاص، كما لو ماتت الدابة المستأجرة. (كواكب معني) (قررو).

(*) والمختار أنها لا تبطل، بل للورثة أن يعملوا أو يستنيوا حيث لا يختلف بالأشخاص. (قررو).

(٢) هذا ذكره الإمام يحيى، والمذهب خلافه. (شامي).

(٣) المذهب لا يعمل، فإن عمل لم يرجع.

(٤) هذا أحد احتمالات ثلاثة في الانتصار، وذلك لأجل الضرورة، ويحتمل أن لا يرجع؛ إذ عمل لنفسه، فلا يكون مقبولاً على غيره، ويحتمل أنه إن أشهد بالرجوع رجوع وإلا فلا، واختاره عليه السلام؛ لأنه لم يقصد التبرع. (بستان).

(٥) وليس بموجود في ملكه، وإلا كانت صحيحة كما تقدم.

(٦) قبل صلاحها. (صعيتري) (قررو).

(٧) ولو هو باق. (قررو).

(٨) ما لم ينوها لمالك الأرض. اهـ أو جرى عرف أنها لصاحب الأرض. (تعليق لمعة).
فيستحق صاحبها قيمتها يوم وضعها. اهـ ومعناه في البيان^[١] في شركة الأملاك.

(٩) يعني: كراء الغروس والفرج المعتادة. (قررو). ولفظ الكواكب: ولا يلزم كراء الأرض كاملاً؛ لأنه ليس بغاصب، ذكره في التقرير. (قررو).

[١] في هامش (ج، د): ومعناه في البحر.

بالغرس والقلع^(١) إن نقصت، وعلى صاحب الأرض أجره الغارس فيما عمل في الأرض من حرث ونحوه^(٢). وإن كانت الغروس من صاحب الأرض فهي وثمارها له إلا ما قد تراضيا فيه مما مضى، وعليه أجره الغارس فيما عمل في الأرض وفي الغروس إلا فيما قد تراضيا فيه بقسمة الثمر فيما مضى.

فرع: وإذا كانت الغروس من الغارس ولم يتراضيا على بقائها فإن كان شرط عليه المستأجر قلعها متى تشاجرا^(٣) وجب ولا أرش له، وإن لم يشرطه خير الغارس^(٤) بين تركها وأخذ قيمتها^(٥) قائمة ليس لها حق البقاء إلا بأجرة وبين قلعها ولا أرش^(٦) عند الهادي، وقال المؤيد بالله: بل يجب ما بين قيمتها مقلوعة^(٧) وقيمتها قائمة ليس لها حق البقاء إلا بأجرة، وعليه أجره وقوفها في الأرض في الوجهين معاً^(٨) إلا فيما قد قسم له من الثمر وتراضيا به عن الأجرة فيما مضى.

فرع: وإذا كانت الغروس مغصوبة من شجر الغير أو من شجر وقف فالأشجار وثمارها للمالكها^(٩) أو للموقوف عليه^(١٠)، ولا شيء عليه، وعلى

(١) وعليه تسوية موضع الغروس^[١]، ولا يجب عليه ما نقص من قيمة الأرض على المختار كما صرح به في التذكرة. و(قرئ).

(٢) يعني: إذا عمل عملاً لا لأجل الشجر. (تعليق لمع). وإن كان لهما فله حصة الأرض دون حصة الشجر. (قرئ).

(٣) أو انقضى الوقت. (قرئ).

(٤) وهذا حيث الفاسخ رب الأرض، فإن كان الفاسخ صاحب الغروس فلا خيار له. (تهامي) و(قرئ). ولا يستحق أرشاً. و(قرئ).

(٥) حيث الطالب صاحب الأرض.

(٦) حيث الطالب صاحب الغروس. (قرئ).

(٧) حيث الطالب صاحب الأرض. (قرئ).

(٨) مع القلع والترك، ومع الشرط وعدمه.

(٩) حيث لم تفسد.

(١٠) ويجوز بيعها؛ لأنها لا تستحق البقاء. (قرئ).

[١] وظاهر الأزهار وغيره أنه لا شيء. وفي البحر في العارية: لا شيء؛ إذ هو مأمور بذلك، وفيه أيضاً: تجب التسوية؛ ليردها كما كانت.

الغارس أجرة وقوفها في الأرض (١).

مسألة: وما نبت في هذه الأرض (٢) من عروق (٣) الشجر فهو لمالك الشجر، وما نبت فيها من ثمار الشجر بغير إنبات فهو لمالك الأرض (٤) إن كان بذرة يتسامح به، وإلا فلمالك الثمر (٥).

مسألة: ومن غرس أشجاراً في أرض غيره غصباً (٦) ثم وقفها (٧) على آدمي أو مسجد فأجرة الأرض على الغارس - لأنه غاصب لها - إلى وقت الوقف (٨)، ومتى تصرف الموقوف عليه في الأرض صار غاصباً لها فتلزمه الأجرة (٩)، وكذا بعد رضا مالك الأرض (١٠) تكون الأجرة عليه من غلة الوقف (١١)، وأما قبل تصرفه وبعد

(١) لعل المراد حيث لم يأذن له مالك الأرض بذلك، والله أعلم.

(٢) يعني: أرض المغارسة.

(٣) في (د): من عروق هذه الشجر.

(٤) إن كان مما ينبت الناس كما هو المراد هنا، وإلا فكلاً على أصل الهدوية، خلاف المؤيد بالله، ومعناه في الكواكب.

(٥) إن عرف، وإلا فليبت المال. (قرر).

(٦) يعني: الأرض.

(٧) وقيل: لا يصح الوقف؛ لأن مع الغصب لا يستحق البقاء. (من خط حثيث من نسخة البيان من الوقف). والمقرر الصحة.

(٨) وفاقاً.

(٩) من ماله. اهـ وفاقاً.

(*) يعني: قرار الضمان عليه، وإلا فهما ضامنان معاً. (كواكب معني) (قرر). ولنظ الكواكب:

ولعل مراده قرار ضمانها، وإلا فالغارس مطالب بذلك حتى تعود الأرض إلى يد مالكيها.

(١٠) ينظر ما وجه المطالبة بعد الرضا، وما وجه انتقال الضمان بمجرد الرضا؟ ولعل وجهه أن رضاه ببقائه بمثابة التأجير من ولي الوقف، فانسلخ الواضع من الضمان. اهـ هذا الجواب صحيح إن أذن بالبقاء بأجرة أو كان يعتاد التأجير للأرض وبقاه. (شامي).

(١١) يعني: حيث فيه غلة، وإلا فمن بيت المال، ذكره الفقيه يحمي البحيح، قال الفقيه علي: يعني

الوقف وقبل رضا مالك الأرض فقال المؤيد بالله: تكون الأجرة على الموقوف عليه من غلة الوقف، وعند الهدوية أنها على الغارس؛ لأن بقاءها بفعله^(١).

فروع: وهكذا فيمن وضع متاعه في دار الغير غصباً ثم باعه فالأجرة عليه إلى أن يقبضه^(٢) المشتري بالتخلية^(٣) وفاقاً، وبعد نقل المشتري له تكون الأجرة عليه^(٤) وفاقاً، فأما بعد قبضه بالتخلية وقبل نقله فعلى قول المؤيد بالله تكون الأجرة على المشتري؛ لأنه المالك له، وعلى قول الهدوية تكون على البائع؛ لأنه أثر فعله.

فروع: وهكذا فيمن وضع ميزاباً في داره إلى الطريق^(٥) المسبلة ثم باعها وقبضها المشتري ولم ينقل الميزاب ثم سقط على الغير فأرشه على المشتري على قول المؤيد بالله، وعلى البائع^(٦) على قول الهدوية. وإن كان الواضع له غير البائع فالأرض عليه مهما لم ينقله غيره عند الهدوية، ولو قد مات الواضع له فالأرض يلحقه في تركته^(٦) ولو اقتسمها الورثة^(٧).

إذا كان لبيت المال مصلحة بهذا الوقف. (بستان). فإن لم يكن بقيت حتى يحصل شيء من غلة الوقف على أصل المؤيد بالله.

(١) وعليه الأزهار.

(٢) في (ب، د): يقبضها.

(٣) أو إلى قبلها لا بعدها.

(٤) وينظر لو كان مغروراً، إلا أن يقال: قد اعتاض بانتفاعه بالأرض. اهـ وفي حاشية: والمغرور يغرم الغار في الخمس الصور^[١].

(٥) أو إلى غيره. (قرر).

(٦) ولو كانت مستغرقة. (حاشية سحولي لفظاً).

(*) ولعله حيث لم يبلغ ما تحمله العاقلة أو لم تكن عاقلة أو لم تف، وإلا كان عليها.

(٧) وتنقص له القسمة. (حاشية سحولي). ولو قد حكم الحاكم بالقسمة وصحتها. (قرر).

[١] هذه مقررة في هامش شرح الأزهار.

فرع: وهكذا فيمن أمر غيره بإلقاء بذره في أرض الغير أو يحمل متاعه على دابة الغير فالأجرة على مالك البذر والمتاع عند المؤيد بالله، يعني قرار الأجرة، وعند الهدوية على الفاعل^(١)؛ لأنه الغاصب.

مسألة: وإذا نبت بذر مملوك في أرض الغير بغير فعل أحد فالزرع لمالك البذر، ولا يجب قلعه حتى يستحصد^(٢)، وتجب أجرة الأرض على مالكة من بعد طلب مالك الأرض، وأما قبل طلبه فعلى قول المؤيد بالله: تجب أيضاً^(٣)، وعلى قول الهدوية: لا تجب.

مسألة: من أمر غيره بثوب مغصوب يدفعه إلى خياط لينخيطه ففعل فأجرة الخياط على الوكيل^(٤)؛ لأن وكالته غير صحيحة؛ لأن ذلك محذور، لكن له الرجوع بها على الأمر إن كان جاهلاً^(٥)؛ لأنه غار له.

مسألة: من استؤجر على بناء حائط وشرط اللبن أو الأجر أو الجص عليه لم

(١) ما لم يسق صاحب المتاع، فإن ساق كانا ضامنين الأجرة مطلقاً والرقبة إن ساق المحمل أو تلفت تحت العمل، وإلا فعلى السائق. (قرر).

(*) والقرار على الأمر إن جهل المأمور أو كان محجوراً كما يأتي في الجنايات في أمر المحجور. (قرر).

(٢) يحقق هذا، وقد قيل: لا يستحق البقاء، وللمالك أن يضرب عليه من الأجرة ما شاء. (مفتي، وعامر). وعلى كلام الفقيه حسن يستحق البقاء بأجرة المثل. (قرر).

(*) وذلك لأنه بغير فعل فاعل، وله حد ينتهي إليه. (بستان). قال الفقيه حسن: بخلاف الغروس فتقلع - لأنه لا حد لها تنتهي إليه - إلا أن يكون ثمة ثمر بقي إلى جذاذ ذلك. (تعليق لمع معنى).

(٣) وذلك لأنه يوجب الأجرة على المالك، وعلى قول الهدوية لا تجب؛ لأنه ليس بفعله، قال في البرهان: ويحتمل أن لا يجب شيء عندهم معاً كالثوب الذي تلقية الريح في صبغ الغير. (بستان).

(٤) هذا إذا لم يعلم الخياط، فإن علم فلا شيء له. (بيان معنى من الإجارة في الاستنابة).

(٥) أو محجوراً.

يصح إلا أن يكون ذلك معيناً في ملكه كان بيعاً^(١) وإجارة، وكذا في نظائره؛ لأن الإجارة لا تكون إلا على المنافع دون الأعيان^(٢)، إلا فيما خصه الإجماع^(٣) كالصبغ من الصباغ، والخيط من الخياط، والحبر من النساخ، والحريير والأشراس من الأجير على الحظية^(٤).

مسألة: من اكرى أرضاً للبناء أو الغرس فيها مدة معلومة فمتى انقضت المدة لزمه رفع ذلك، إلا أن يكون على الشجر ثمر بقي إلى إدراكه^(٥) بأجرة المثل، وقال أبو طالب: يكون مخيراً بين ترك ذلك وأخذ قيمته وبين رفعه كما في المغارسة الفاسدة. وفيه نظر؛ لأنه لا تغيير هنا بعد انقضاء المدة.

مسألة: وإذا مات صاحب الأرض في المغارسة الفاسدة فلورثته أن

(١) إن قلت: هل ينعقد البيع بلفظ الإجارة؟ (مفتي). قيل: لا بد من لفظ مملك. (عامر).
 (٢) إن أتى بلفظ البيع^[١] أو جرى العرف بأن لفظ الإجارة يفيد التمليك. (عامر). وعن المفتي والسحولي: لا يحتاج إلى لفظ البيع، ويكون من البيع الضمني.
 (٣) ولأن في ذلك غرراً وجهالة، وقد نهى صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن بيع الغرر وعن بيع ما ليس عند الإنسان. (بستان).

(*) الفعلي، وقيل: السكوتي من المسلمين منعقد على المسامحة في ذلك؛ لأنها مما يتسامح بها لعله حقارتها، ولذلك كانت الأشياء الغالية كالذهب والحريير في الحظي من المالك. (شرح فتح).

(٤) فإنه وقع الإجماع على صحة الإجارة وإن كانت هذه الأعيان من العامل ولو كانت معدومة أو مجهولة؛ للعرف. (كواكب) (قرر).

(٥) ينظر لو تراخى عن الغرس مدة من أول الإجارة على وجه لولا التراخي لجاؤ آخر المدة ولا ثمر فيها هل يؤمر بالقلع ولا شيء له حيث لم يرض المالك بالبقاء أم لا؟ اهـ لعله كذلك. (قرر).

[١] فيقول: بعث مني على أن تعملها.

يطلبوا^(١) الغارس بقلع غرسه، ثم هو يكون مخيراً^(٢) بين أخذ قيمته كما مر وبين قلعه وأخذ أرش القلع على قول المؤيد بالله، لا على قول الهدوية فلا أرش مع القلع، وقال الفقيه يحيى البحيح: لا خيار له هاهنا، بل يقلع غرسه؛ لأنه لا تغرير من الورثة ولا من أبيهم؛ لأن الإذن المطلق يقتضي إلى الموت لا بعده.

(١) **فائدة:** إذا باع المالك أرضه فللمشتري أن يأخذ الغارس بقلع غرسه ولا شيء عليه له، لكن هل يرجع الغارس على البائع بالأرش؟ لا يبعد، والله أعلم؛ لأن بيعه للأرض يكون كرجوعه عن الإذن للغارس والباقي، ويكون للمشتري الخيار إذا جهل. وهكذا في عارية الأرض أو الجدار للبناء. (كواكب). ينظر؛ لأن ظاهر الأزهار ينبى بثبوت الخيار على العموم^[١]. (قررد).

(٢) هذا إذ اكان الطالب الورثة تفرغ الأرض كان الأجير مخيراً كما في الكتاب، وإن كان الأجير هو الطالب للتفرغ فلا يخير؛ إذ رضي بإسقاط حقه. (قررد).

[١] أي: بثبوت الخيارات للغارس ونحوه على العموم، أي: مع البائع أو مع المشتري.

فصل: [في المساقاة الصحيحة والفاسدة]

والمساقاة صحيحة وفاسدة، فالصحيحة حيث يستأجره^(١) على القيام بما يصلح الشجر من العمل المعلوم والسقي المعلوم كما تقدم وسائر ما تحتاج إليه الشجر في العادة من الأعمال، مع بيان الكل لفظاً أو عرفاً، مدة معلومة، بأجرة معلومة ولو جزءاً من الأرض أو من الشجر أو منهما معاً أو شجر معين مع ذكر حقوقه، أو بجزء من الثمر إذا كان ذلك بعد إدراكه، لا قبله.

والفاسدة حيث يختل أحد هذه الشروط أو تجعل الأجرة جزءاً من الثمار قبل صلاحها أو قبل ظهورها إلا على قول من يميز المخابرة^(٢).

فروع: فإن احتالوا في ذلك بأن يكري منه نصف الشجر مدة معلومة ثم يستأجره على القيام بالنصف الثاني لم يصح ذلك^(٣)، بل يبيع منه نصف الشجر ثم يستأجره بالثمن على القيام بالنصف الآخر مدة معلومة^(٤).

مسألة: والمباذرة صحيحة وفاسدة، فالفاسدة حيث يعطي غيره بذراً لبيذر به في أرضه على أن يكون الزرع بينهما، فإن تراضيا بذلك جاز، وإن تشاجرا

(١) في (د): استأجره.

(٢) واعلم أن في المساقاة بجزء من الثمار ثلاثة أقوال: الأول: مذهبا أنها فاسدة؛ لما تقدم من النهي عن المخابرة. والثاني: أنها جائزة مطلقاً، ذكره الناصر والصادق والباقر وزيد بن علي وأبو عبدالله الداعي والمؤيد بالله وأبو يوسف ومحمد بن الحسن، قال في الانتصار: وهو مروى عن علي عليه السلام وأبي بكر وعمر وغيرهم من الصحابة، ومروى عن ابن المسيب وسالم بن عبدالله والثوري والأوزاعي من التابعين، ومروى عن مالك وإسحاق بن راهويه وأحمد وداود. والثالث: قول الشافعي: إنها جائزة في النخيل والأعناب؛ لفعله صلى الله عليه وآله وسلم في خيبر، وله في سائر الأشجار قولان. (بستان).

(*) أي: يصحها.

(٣) لما فيه من استئجار الشجر للثمر وهو لا يصح. (بستان).

(٤) فيصح. (قرئ).

فالزراع لصاحب البذر وعليه أجره الزراع وأجرة الأرض.
والصحيحة حيث يعطي غيره حباً معلوماً ويكتري منه نصف أرضه مدة معلومة بربع ذلك الحب، ثم يستأجره على زراعة هذا النصف الذي اكتراه منه بربع الحب، فيصير الحب بينهما نصفين، ثم يزرع^(١) به كله في الأرض كلها، فيكون الزرع بينهما نصفين.

فرع: فإن كان الذي يزرع الأرض هو صاحب الحب فإنه يكتري نصف الأرض بالحب كله، ثم يستأجره صاحب الأرض على زراعة النصف^(٢) الثاني له بنصف الحب، ثم يزرع الأرض كلها بالحب كله، فيكون الزرع بينهما نصفين.
مسألة: وإذا اختلف الغارس والمالك هل أذن له فالبينة على الغارس^(٣)، فإذا بين كان الحكم ما [تقدم^(٤)] في المغارسة الفاسدة، وإن حلف المالك لزم الغارس القلع وأجرة الأرض وما نقص من قيمتها بالغرس والقلع^(٥). وكذا فيمن غصب سفينة واستعملها حتى نقصت قيمتها لزمه أجرتها وما نقص^(٦) من قيمتها، وكذا يأتي فيمن غصب ثوباً واستعمله حتى نقصت قيمته لزمته أجرته وما نقص من قيمته، ذكر ذلك المؤيد بالله. وقال أصحاب الشافعي: يجب

(١) في (د): يبذر.

(٢) ويجب قبض الحب؛ لأنه مبيع مع التعيين. اهـ وأما في غيره فهو ثمن يصح التصرف فيه قبل قبضه. (قرر).

(٣) وعليه الأزهار بقوله: والقول لرب الأرض في القدر المؤجر ونفي الإذن.

(٤) ما بين المعقوفين من (د).

(٥) هذا عند المؤيد بالله؛ لأنه لا يوجب تسوية موضع القلع، وعند أبي طالب يجب عليه التسوية، فإن بقي نقصان سلم له الأرض، وإلا فلا شيء عليه. (من خط سيدنا الحسين بن القاسم عليه السلام).

(*) وذلك لأنه غاصب، بخلاف المغارسة الفاسدة. (كواكب).

(٦) وعليه الأزهار: وأرث ما نقص.

الأكثر من الأجرة أو نقصان القيمة. ولعله أقوى؛ لأنه لا يقوم إلا مع منفعه، وكذا إذا لبس الثوب حتى يلي^(١).

مسألة: وإذا اختلفا في المزارعة الفاسدة ممن البذر فالقول قول من الأرض والزرع في يده^(٢)، فإن كانا في أيديهما معاً فالظاهر أنه لهما معاً^(٣)، ومن ادعى خلاف ذلك فعليه البينة به، وهكذا في الزوجين ونحوهما إذا زرعا أرضاً ثم اختلفا في بذرها ممن هو ولو كانت الأرض لأحدهما، ذكره المؤيد بالله.

مسألة: وإذا اختلفا كم شرطاً للزرع من الزرع فالبينة عليه؛ لأنه يدعي الزيادة، ذكره الهادي، فقيل: إنه بناه على صحة المخابرة^(٤)، وقيل^(٥): إن مراده^(٦) إذا اختلفا كم أكرى من الزرع في الأرض هل نصفها أو أقل أو أكثر.

مسألة: من زرع أرض غيره مع رضا مالكها في قلبه ولم يلفظ بالرضا فلا شيء عليه في باطن الأمر، وأما في الظاهر فإذا أنكر الرضا وحلف ما رضي وجبت أجرتها، ذكره المؤيد بالله.

(١) قال الوالد عليه السلام: وذلك لأن سبب الضمانين واحد، وهو اللباس، بخلاف ما إذا غضب دابة أو داراً أو أرضاً ووقفت معه مدة ثم تلفت فإنه يضمن قيمتها وأجرتها. (بستان بلفظه). قلنا: اللزمان متغايران فلا يتداخلان. (بحر).

(٢) مع الإمكان أنه منه، كأن يمكن أنه وجد بعد أن ثبتت يده، وأما لو كانت مدة الثبوت يسيرة لا يمكن فيها فلمن قبله، ثم بينهما، ويبين من ادعى منهما أنه منه. (شرح فتح بلفظه) (قررو).

(٣) فإن كانت في يد ثالث فلمن أقر له، فإن أقر لهما أو لواحد غير معين فلهما. اهـ وإن أقر لأحدهما معيناً فله، وإن أنكرهما فله، وإن سكت فللمالك. و(قررو).

(٤) يعني: كما رواه أبو جعفر وابن معرف عنه. (بستان).

(٥) القاضي زيد.

(*) في (ج، د): وقال الفقيه علي.

(٦) وبني عليه في شرح الأزهار بقوله: أي: أجرته.

باب الإحياء والتحجير (١)

من أراد إحياء أرض مباحة ليس فيها حق لغيره (٢) ولا علم أن قد ملكها أحد جاز، ولا يحتاج إلى إذن إمام ولا حاكم، خلاف المنتخب وأبي طالب. فرع: وقد ذكر أبو طالب في الغيبة (٣) - وهي ما التفت أشجارها - أنه لا يحتاج فيها إلى إذن، فقال الفقيه محمد بن سليمان: يكونان قولين له في الكل، وقال الفقيه يحيى البحيح: إن ما ذكره في الغيبة هو مخرج له (٤) لا نص، والصحيح من قوله هو الأول.

مسألة: فإن كانت قد ملكها مسلم وحصل الإيأس من معرفته لم يجوز إحيائها إلا بإذن الإمام أو الحاكم (٥) ولو من جهة الصلاحية أو الخمسة، وهكذا إذا التبس هل ملكها مسلم أو ذمي (٦)، فإن كانت قد ملكها ذمي

(١) الأصل في الإحياء قوله صلى الله عليه وآله: ((من أحيأ أرض ميتة فهي له))، وقوله صلى الله عليه وآله: ((موتان الأرض لله ولرسوله ثم هي لكم مني)) وفي رواية: ((من بعد))، قال عليه السلام: والرواية في الخبر بفتح الميم والواو عبارة عن الأرض الميتة، ويفتح الميم وسكون الواو عن عمى القلب، وقال في الضياء: الموتان بفتح الميم وسكون الواو الأراضي التي لم تزرع. اهـ واشتقاق التحجير من الحجر، وهو المنع، ويثبت به الحق لا الملك؛ لقوله صلى الله عليه وآله: ((من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به)). (بستان).

(٢) يعني فأما ما ملكه مسلم أو تحجره فلا يجوز؛ لقوله صلى الله عليه وآله: ((لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيبة من نفسه))، ولقوله صلى الله عليه وآله: ((من غصب شبراً من الأرض طوقه الله به إلى سبع أرضين يوم القيامة)). (بستان).

(٣) وعندنا لا فرق بين الغيبة وغيرها أنه يجوز بغير إذن. (مفتي) (قرر).

(٤) المخرج له أبو مضر، قال الفقيه يحيى البحيح: وهو تخريج ضعيف؛ لأنه قد نص في الموات فكذا في الغيبة. (بستان).

(٥) لأنها لبيت المال حيثئذ. (بستان).

(٦) وأيس من معرفته.

والتبس كذلك^(١) صرفها الإمام أو الحاكم في مصالح دنيا أهل الذمة كمنالهم^(٢) وطرقهم، فإن لم تكن ففي المسلمين، لا في مصالح دين الذميين كالبيع والكنائس ونحوها، وإن كانت قد ملكها حربي أو كافر والتبس هل هو حربي أو ذمي فهي كالتالي لم تملك^(٣) قط.

مسألة: وما كان من الأودية يسقي لقوم محصورين فلا يجوز إحياءه إلا بإذنهم الكل، وما كان منها يسقي لقوم غير محصورين فأجازه أبو طالب بغير إذن، وقال المؤيد بالله: لا يجوز إلا بإذن إمام^(٤) أو حاكم؛ لأن الحق فيه أقوى من الجبال التي تريق الماء، فيجوز في الجبال ونحوها ما لا يضر ولو كانت تريق إلى محصورين^(٥). وكذا الخلاف في أخذ أشجار الأودية وثمارها^(٦) [فقال أبو طالب: يجوز بغير إذن، وقال المؤيد بالله: لا يجوز إلا بإذن^(٧)]. وهذا فيما قد تحول الماء عنه منها، فأما ما كان جريه باقياً فيه^(٨) فلا يجوز إحياءه إلا بالإذن^(٩)

(١) يعني: وحصل اليأس من معرفته. (بستان).

(٢) يعني: التي للشرب، لا ما كان منها للتطهر. (بستان).

(٣) فإن قيل: يغلب جانب الحظر؟ يقال: الأصل عدم الذمة؛ إذ لم يتحقق وجود الاحترام. (شامي).

(٤) ولا يشترط^[١] المصلحة ولا عدم الضرر؛ لأنه لا ضرر مع تحوله. اهـ ومعناه في شرح الأزهار.

(٥) المذهب في الجبال لا بد من إذن الإمام في غير المحصورين، والإذن من المحصورين.

(٦) والمذهب في الأشجار والثمار جواز الأخذ من غير إذن. (مفتي، وتهامي). لأن حاجة

الناس إلى الثمار والأشجار أكثر. اهـ ولفظ البستان: قيل: وقول المؤيد بالله في المنع من

إحياء بطون الأودية أقوى، وقول أبي طالب في جواز أخذ أشجارها وأثمارها أقوى.

(بلفظه). ومثله في الكواكب. (قرود).

(٧) ما بين المعقوفين من (د)، وفي (ج): نسخة.

(٨) أو كان يعود بعد انقطاعه.

(٩) من الإمام أو الحاكم. (قرود).

(*) في (ب، د): إلا بإذن.

[١] ولفظ حاشية السحولي: ومع تحول الحق بشرط إذن الإمام وعدم الضرر ولو لخاصة. (قرود). (من هامش شرح الأزهار).

وعدم المضرة ويكون لمصلحة عامة كمسجد أو منهل، أو يزرع لمن فيه مصلحة عامة^(١) كالحاكم والمفتي والمدرس. وهكذا الكلام في الشوارع ومجاري الأنهار المباحة، ذكر ذلك^(٢) المؤيد بالله وأبو طالب.

مسألة: وما كان فيه حق للغير فلا يجوز إحياءه إلا بإذن من له الحق كفناء الدار^(٣) والأرض وحريم العين أو النهر ومساقبي الأرض ومرافق البلد القريبة^(٤) كالنادي والمصلى^(٥) والميدان ومجمع البهائم وموضع إلقاء الزبل، قال الفقيه محمد بن سليمان: إلا من أراد عمارة دار قريب البلد فليس لهم منعه^(٦) سواء كان منهم أو من غيرهم.

(١) ويملك ويورث عنه.

(*) وذلك لأن نفعه يعم المسلمين كما كان الوادي يعمهم. (بستان).

(٢) في (د): ذكر ذلك كله.

(٣) قيل: وحد الفناء مقدار أطول جدار في الدار، وقيل: مقدار ما تصل إليه الحجارة لو انهدم. (زهور). مع استواء المكان. (كواكب). ولعل الوجه في ذلك كله أن هذا القدر مما لا يستغني عنه أهل الدار^[١]. (صعيتري).

(٤) قال عليه السلام: ومن ذلك المحتطب القريب الذي ينفعهم عند الخوف، والمرعى القريب كذلك؛ لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((لا ضرر ولا ضرار في الإسلام))، ولأن حقوقهم متعلقة بها فلا يجوز قطعها بالإحياء. (بستان).

(*) والنادي والندوة والمنتدى: مجلس القوم نهراً، أو المجلس ما داموا مجتمعين فيه. (قاموس).

(٥) يعني: مصلى العيد.

(٦) وقواه المتوكل على الله.

(*) وظاهر الأزهار أن لهم المنع سواء ضر أم لا، وسواء كان منهم أو من غيرهم. (إملاء سحولي). وعن المفتي: إن كان من أهل البلد لم يمنع، وإلا منع.

(*) وإلا لزم أن لا يجتمع بيتان في محلة واحدة، وقواه حثيث.

[١] في المخطوطات: مما له حد معين عند أهل الدار. والمثبت من الصعيتري.

فرع: وأما مرافق البلد البعيدة كالمحتطب والمرعى فقال المؤيد بالله: يجوز إحيائها ولو ضرهم^(١)، وقال أبو طالب: لا يجوز إلا بإذنهم^(٢)، فلو أحيها أثم وملكها^(٣) عنده. قال أبو جعفر: وكذا في نادي البلد ونحوه على قول أبي طالب. وقال القاضي زيد: يجوز إحياء ما لا يضرهم^(٤)، ولا يجوز إحياء ما يضرهم إلا برضاهم الكل^(٥).

مسألة: والشوارع على ثلاثة أضرب:

الأول: ما كان غير نافذ، فلا يجوز إشراع الجناح^(٦) إليه والروشن والسباط والميزاب إلا برضا كل من له حق في الموضوع^(٧) الذي يشرع^(٨) إليه، إلا أن يكونوا وضعوا الشارع من أصله لذلك وللاستطراق جاز.

الثاني: ما كان طريقاً مسبلاً، فلا يجوز إرسال الميزاب إليه إلا بإذن إمام أو حاكم عند عدم المضرة فيه^(٩)، وأما إشراع الجناح والروشن والسباط فلا يجوز

(١) «ولو ضرهم» سقطت من (د).

(٢) فلو أحيأ أحدهم في ذلك بإذنهم ثم أراد آخر من أهل القرية أن يحيي مثله فمنع، فلما منع رجع عن الإذن لذلك المحيي، هل له الرجوع؟ يحتمل أن يقال: لا رجوع؛ لأنه قد أسقط حقه، ويحتمل أن يثبت له الرجوع؛ لأن إذنه كالمشروط بأن لا يمنع من مثل ذلك، ولعل الأول أقرب.

(٣) وفي الكواكب: لا يملك. ولفظ حاشية: والمختار أنه لا يملكها ويجب عليه الرفع.

(٤) لفظ الكواكب: وقال القاضي زيد: إن كان يضرهم لم يجز إحياءه، ومن أحياه لم يملكه، وإن كان لا يضرهم جاز.

(٥) وإن أحيأ بغير إذن فلا يملك. (قرير).

(٦) الذي يقدم خشب البيت إلى الشارع.

(٧) لفظ الفتح: إلا بإذن المقابل والداخل. اهـ لا الخارج إلا أن يضر به، كمجرى ماء يسيل إلى طريقه، ذكره في شرح الفتح. و(قرير).

(٨) في (أ، ب): شرع.

(٩) ووجود المصلحة كما في الأزهار.

إليه عند الهدوية والحنفية^(١) إلا بإذن الإمام أو الحاكم مع عدم المضرة^(٢)، وقال المؤيد بالله والشافعي: يجوز مع عدم المضرة^(٣) من غير إذن، وإذا حصلت المضرة بالطريق من بعد^(٤) وجب رفعه، وإذا سقط ذلك على الطريق وأعنت وجب الضمان^(٥)؛ لأنه مشروط بعدم المضرة.

الثالث: الشوارع التي توضع بين الأملاك للاستطراق والانتفاع وهي نافذة، فيجوز الانتفاع بها لذلك^(٦) كله ولغيره مما يعتاد^(٧)، ذكره الفقيه يحيى البحيح، وظاهره مطلقاً^(٨)، وقال الفقيه يوسف: بشرط عدم المضرة^(٩) بمن يمر.

مسألة: ومن تحجر محجراً فليس لغيره إحياءه حتى يمضي عليه ثلاث سنين^(١٠) ثم يعرض عليه الحاكم إحياءه، فإن أحياه وإلا أذن لغيره بإحيائه؛ لأن

(١) وذلك لأن الهواء تابع للقرار في كونه حقاً كتبعية هواء الملك لقراره، فكما لا يجوز أن يتخذ فيه دكة ولا بالوعة لا يجوز تضييق الهواء. وحجة الآخرين أن حق المار في القرار لا في الهواء. (بستان).

(٢) والمصلحة. (قرر).

(٣) ووجود المصلحة كما في الأزهار.

(٤) في (ج، د): من بعد ذلك.

(٥) مع علمه والتمكن. (قرر).

(٦) وهذه الطريق التي بهذه الصفة هي صفة أكثر الطرقات التي في الشوارع الممرورة في المدن وغيرها؛ لأن ذلك هو الظاهر من حالها، فإن ظهر أنها طريق للمسلمين من قبل البناء فأهل الشارع من جملتهم، وتلحق بالمسئلة في عدم الشفعة، وفي أنهم لا يجوز لهم إحداث شيء فيها إلا بإذن الإمام مع المصلحة العامة وعدم الضرر. (مقصد حسن بلفظه) (قرر).

(٧) وقد قام مقام الإذن كونهم شرعوه لمصالحهم فكان ذلك إذناً موجباً لتلك الأشياء، ولم يصح فيه الرجوع؛ لأنه أشبه السبيل، بخلاف الإذن في المنسدة. (شرح أثمار) و(قرر).

(٨) وهو ظاهر الأزهار.

(٩) بل وإن ضرر على المختار إذا كان معتاداً. (قرر).

(١٠) وذلك لما روي عن عمر أن رجلاً تحجر محجراً فجاء آخر فأحياه فاختصما إلى عمر

المقصود بالتحجر الإحياء لا غير، فلو كان غائباً^(١) راسله في ذلك^(٢) إن أمكن، وإن لم فعل ما يراه أصلح^(٣)، وقال أبو حنيفة: يبطل حقه منه بعد الثلاث السنين^(٤).

فروع: وإذا أحيى المتحجر غير صاحبه فإن كان بإذنه ملكه المحيي، فلو كان بعوض فله الرجوع به ما دام باقياً^(٥)؛ لأنه لا يملكه المتحجر، وكذا في فناء الدار ونحوه، وإن كان بغير إذن صاحبه فهو لا يجوز، لكنه يملكه على قول أبي طالب وأبي جعفر كما ذكراه في محتطب القرية ومرعاها، وقال المؤيد بالله: لا يملكه^(٦)، لكن قال الفقيه محمد بن سليمان: يملكه المتحجر له، وقال القاضي زيد: يكون لبيت المال، وقال أبو مضر: لا يملكه أحد، بل يبقى كما كان^(٧)، فلو زرعه فالزرع له^(٨) ولا أجره عليه على هذا القول، وهكذا الخلاف في المساقى ونحوها إذا أحيها محيي.

فأراد أن يحكم به لمن أحياه حتى روى له رجل خبراً عن الرسول ﷺ أن حق المتحجر لا يبطل إلى ثلاث سنين، فقال عمر: لولا هذا الخبر لقضينا فيه برأينا، ورجع عمر إلى الخبر. وحجة أبي حنيفة أنه حق تعلق بالمدة فوجب انقطاعه بانقطاعها كخيار البائع والمشتري. قلنا: الحق مع الخيار غير مستقر، وهنا قد ثبت واستقر فلا يبطل إلا بمبطل. (بستان).

(١) بريداً. اهـ وقيل: كما في النكاح.

(٢) وأجرة الرسول من المصالح كأعوان الحاكم. اهـ وقيل من ذي الحق.

(٣) من إبطال حقه أو الإحياء له. (شرح أزهار) (قررو).

(٤) مطلقاً.

(٥) ومع التلف على أصل الهدوية.

(٦) وعليه الأزهار بقوله: ولا بإحيائه غصباً.

(٧) حقاً.

(٨) ويجوز للمتحجر قلع زرع الغاصب من الموضع المتحجر كالمملك، وكذلك ما فعل في

سائر الحقوق تعدياً فلصاحب الحق إزالته. (حاشية سحولي لفظاً) (قررو).

مسألة: وأما الأشجار والثمار التي في المتحجر (١) فلا يجوز أخذها للغير، وإن أخذها ملكها (٢)، ذكره المؤيد بالله (٣)، قال الفقيه علي: لأنها من الكلاً.

مسألة: ويجوز إحياء مقابر أهل الحرب، خلاف أحمد بن يحيى (٤)، قال الفقيه علي: وكذا عند الهادي في مقابر الفسقة الذين يستحقون القتل (٥)، وأما مقابر المسلمين وأهل الذمة فحيث لم يبق فيها عظم (٦) يجوز أن يقبر فيها (٧)، وأما

(١) يعني: الحاصلة عند التحجر، فلا يجوز أخذها [١]، لا الحادثة من بعد فهي كلاً إذا كانت مما لا ينبته الناس. (غيث) (قرر).

(٢) المختار أنه يرجع بها مع البقاء؛ لأنه قد ثبت له فيها حق. و(قرر).

(٣) هذا كلامه فيما حدث بعد التحجر، لا ما كان فيه قبل التحجر أو قصد به التحجر [٢] فهو الذي في الأزهار في قوله: وله منعه وما حاز [٣]. اهـ ومعناه في الكواكب، ولفظه: قوله: «ملكه ويأثم»، هذا ذكره المؤيد بالله، وقد ذكر أن من أحيا المتحجر لم يملكه، فقال أبو مضر: إنها سواء، فيكون له قولان في الكل، وقال الفقيه محمد بن سليمان: يفرق بينهما بأن الأرض هي المقصودة [٤]، وقال الفقيهان علي ويوسف: يفرق بينهما بأن الشجر من الكلاً، والناس شركاء فيه؛ للخبر عنه صلى الله عليه وآله وسلم. (باللفظ).

(٤) حجبتنا: أن دماءهم مباحة في حال الحياة فلا حرمة لهم بعد الوفاة كالذي يدفن فيه سائر البهائم والحيث. وحجته: أن الأخبار الواردة في النهي عن زراعة القبور لم تفصل بين مسلم وحربي، ولأنه مثله. قلنا: لما عمر صلى الله عليه وآله وسلم مسجده أمر بنشل قبورهم والرجم بعظامهم فخصص، والقياس على الحي. (بستان).

(٥) وهم الديوث والزاني المحصن والمحارب وقاطع الصلاة والساحر. (* المذهب لا يجوز.

(٦) في (د): شيء من العظام.

(٧) إن اتفقت الملة. (هداية) (قرر). وكذا يشترط اتفاق الصفة كمؤمنين معاً أو فاسقين معاً. (قرر). لا الجنس فلا يشترط. (قرر).

[١] فيرجع بها مع البقاء. (قرر).

[٢] هكذا في المخطوطات المطبوع، إلا أن في المطبوع: وقصد، ولعل الصواب: وقصد بالتحجر.

[٣] يعني: فيسترجعه مع البقاء، وسيأتي معنى هذا الكلام على المسألة الثالثة قبل باب المضاربة.

[٤] بالتحجر، والشجر تابع، ولهذا لم يملك المقصود، فلو فرضنا أن المقصود بالتحجر الشجر لم يملكه. (زهور بلفظه).

زراعتها فقال الفقيه علي: تجوز للمصالح، وقال أبو طالب: لا تجوز^(١). وحيث بقي فيها شيء من العظام لا يجوز شيء من ذلك، فلو زرعت كان الزرع للزراع^(٢)، وعليه الأجرة لمالك الموضع إن كان مملوكاً^(٣)، وإن لم ففي مقابر أهل الذمة يكون لمصالح دنياهم^(٤)، فإن لم تكن فلمصالح المسلمين، وفي مقابر المسلمين يعمر به عليها إن احتاجت العمارة جملةً أو تفصيلاً^(٥)، ويتولى ذلك من له ولاية، وإن لم تحتج إلى عمارة صرف في مصالح المسلمين، وولايته إلى من هو عليه عند الهدوية وأحد قولي المؤيد بالله، وعند الناصر وأحد قولي المؤيد بالله إلى الإمام أو الحاكم.

مسألة: وليس للذمي إحياء الموات^(٦)، ولا للإمام أن يأذن له به^(٧) عند الهادي والناصر، وقال أبو حنيفة: يجوز بإذن الإمام.

مسألة: والإحياء الذي يوجب الملك هو بأحد أمور خمسة^(٨):

الأول: أن يحرث الأرض البيضاء التي لا شجر فيها ويلقي البذر فيها، وقال

(١) وعليه الأزهار بقوله: ويجوز الدفن متى ترب الأول.

(٢) لأنه تبع للبذر.

(٣) وهو يملك في صورتين: المعار والمغصوب.

(٤) إن استغنت مقابرهم كما في الأزهار. (قرئ).

(٥) فالجملة أن يحيط عليها بحائط، والتفصيل أن يعمر على كل قبر. و(قرئ).

(٦) ولو في خططهم. (شرح أثمار).

(*) وذلك لقوله ﷺ: ((موتان الأرض لله ولرسوله ثم هي لكم من بعد))، وهذا

خطاب للمسلمين. (بستان).

(٧) ظاهره ولو لمصلحة. اهـ وفي شرح الإبانة: إذا أذن له لضرب من الصلاح جاز، ومثله

في الانتصار. (بستان).

(٨) في شرح الأزهار: بأحد أشياء ستة، وجعل الثاني الغرس، قال: ولا إشكال أنه يملك

موضع الغرس. (بلفظه). والفرج المعتادة، وما زاد فهو حق. (قرئ). وقد ذكره في البيان

في آخر الباب قبيل باب المضاربة.

المؤيد بالله والإمام يحيى: يكفي الحرث. وهو العرف. قال السيد يحيى بن الحسين: وقد يكفي إلقاء البذر فيها من غير حرث، نحو إلقاء الطهف في الأرض للزراعة، قال الفقيه يوسف: والمعمول عليه في ذلك هو ما جرت به العادة^(١).

الثاني: أن يقلع أشجار الأرض وينقيها^(٢) بحيث تصلح للزراعة، قال في تعليق الإفادة: وكذا حيث أحرق أشجارها بحيث تصلح للزرع.

الثالث: أن يحيط عليها حائطاً يمنع الدخول والخروج إلا بتكلف^(٣) على حسب العادة؛ ولهذا لا يملك موضع الخيمة^(٤) التي توضع للرفع، ويملك ما داخل أساس الدار التي شرعت ولو لم يمنع الدخول^(٥).

الرابع: أن يضع عليها خندقاً يمنع الدخول حسب العادة. الخامس: أن يتخذ عليها مسناة^(٦) - وهو العرم - من ثلاث جهات، ويترك جهة يدخل منها الماء، وسواء رفع تراب العرم من داخلها أو من خارجها، فيملك ما داخل الأعرام، ويثبت له حق^(٧) في الجهة الرابعة إلى حيث يمتد

(١) ومثله للإمام عليه السلام في شرح الأزهار حيث قال: والتحقيق عندي أن المعتبر العرف، فلو جرى عرف أن الحرث يوجب الملك ملك به.

(٢) لا لو فعل أحدهما فلا يوجب الملك. (قررو).

(٣) والتكلف أن يرفع رجله زائداً على المعتاد. وفي البحر: ما يؤدي إلى كشف العورة.

(٤) قال في الانتصار: وكذا تطيب الخيمة فليس بإحياء [لاعتياد انتقاهم] بل يثبت حقاً حتى ترفع. (هاجري) (قررو). بخلاف العشش التهامية فكالبناء. (بحر بلفظه). و(قررو).

(٥) بل لا بد أن يفعل ما يمنع الداخل والخارج إلا بخرج، وإلا فلا ملك.

(*) وكذا في البحر^[١]؛ لقوله صلى الله عليه وآله: ((من أحاط على أرض فهي له)).

(٦) والمراد بالمسناة التي توجب الملك أن تحبس الماء؛ لأنه المقصود بذلك، لا منع الداخل والخارج. (شرح أزهار).

(٧) المذهب يوجب الملك إلى حيث رجع الماء، ويوجب الحق في الأسباب وفيما حول الأعرام. (شامي) (قررو).

[١] لفظ البحر: فرع: فإن أراد جعل الحائط جرنماً أو للغنم فلا ملك به حتى يرفعه رفعاً يمنع الداخل

والخارج إلا بخرج. قلت: بخلاف الدار فبناء الأساس كاف بالملك؛ لقوله صلى الله عليه وآله... إلخ.

الماء^(١)، وكذا فيما حول الأعرام مما يحتاج إليه لإلقاء الطين.

مسألة: ومتى فعل أحد هذه الأشياء ملك الموضع ولو لم يقصد تملكه، فلو قلع أشجار أرض بحيث صلحت للزرع وكان قصده تملك الشجر دون الأرض أو العكس ملكها معاً.

فرع: وحيث لم يقصد فعل السبب الموجب للملك فلا حكم له، نحو أن يحرق أشجار أرض بحيث صلحت للزرع وتعدت النار منها إلى أرض أخرى لم يقصدها فإنه لا يملك هذه الأخرى ولو صلحت للزرع؛ لأنه لم يقصدها^(٢).

مسألة: من حفر في أرض مباحة لصيد أو لأخذ تراب أو لغير ذلك^(٣) فقد ملك موضع الحفر.

مسألة: وإذا أهمل المحيي ما أحياه حتى عاد كما كان لم يبطل ملكه عنه^(٤)، ولا يكون للإمام أن يأذن لغيره بإحيائه.

مسألة: والتوكيل والاستئجار والاشتراك في الأشياء المباحة كالصيد والماء والحطب والحشيش وإحياء الموات لا يصح^(٥) عند أبي العباس وأبي طالب وأبي

(١) تحقيقاً أو تقديراً فإنه يملكه للعرف. (مفتي، وسحولي) (قررو).

(٢) حيث لم يتصل اللهب، وإلا فملك كما سيأتي في الجنائيات. (غاية معنى، وبيان من الجنائيات) (قررو).

(٣) كاستخراج معدن.

(٤) إلا أن يرغب عنها^[١] كما يفعله كثير ممن يقصد الاحتطاب والاحتشاش فإنه إذا أحيها غيره بعد ذلك ملكها. (غيث).

(٥) وهذا قبل ثبوت الحق، وأما بعد ذلك فيصح الاستئجار.

[١] وكذا سائر الأملاك تُخرج بالرغبة عنها، ولا فرق بين المنقول وغيره والمتحجر وغيره، فتصير كالمباح من

سبق إليها كان أولى بها. (قررو). ولا تصح رغبة الصبي والمجنون. (قررو).

حنيفة والشافعي؛ لأن الأمر والمأمور فيه على سواء^(١)، وقال المؤيد بالله^(٢) ومالك: بل يصح. وهو ظاهر كلام الهادي.

فرع: فمن أمر غيره بأخذ شيء من ذلك ففعل فعلى القول الأول يكون للأخذ، وعلى القول الثاني إن لم يعين له الشيء الذي يأخذه منه ولا موضعه ولا الوقت الذي يأخذه فيه فهو للأخذ^(٣) إلا أن ينويه للأمر^(٤)، وقال الفقيه يحيى البحيح^(٥): لا يحتاج إلى التعيين في الوكالة^(٦)، وإن كان فوضه في كل ما يأخذه أنه له كان للأمر، وإن كان عين له أحد الأمور الثلاثة^(٧) فإن نواه الأخذ للأمر أو لم ينو شيئاً فهو للأمر، وإن نواه لنفسه فقال الفقيهان محمد بن سليمان ومحمد بن يحيى: يكون له في الباطن وللأمر في الظاهر، إلا أن يعود إلى الأمر فيرد أمره له في وجهه كان له ظاهراً وباطناً، وسواء في ذلك الإجارة الصحيحة والفاصلة والوكالة، وقال القاضي زيد والفقيه يحيى البحيح: إن كان أمره بإجارة

(١) يعني ولا توكيل إلا فيما يملك الأصل التصرف فيه دون غيره، والمباح لا يختص به الأمر دون الفاعل فانصرف الفعل إلى الفاعل. وحجة الآخرين القياس على تملك الأموال بعوض؛ إذ المأمور يتصرف عن الأمر فيما له التصرف فيه فكان كالتوكيل في الملك. قلنا: لا تأثير للأمر إلا حيث يختص به الأمر. (بستان).

(٢) وخرجه أيضاً المؤيد بالله للهادي من تجويزه للاشتراك في المعدن وفي الغنيمة وفي الكسب بالصنعة، ومن تجويزه الأمر بحفر بئر في المباح، وهذا تخريج واضح لا شك فيه. (كواكب). ومثله في البستان.

(٣) هذا على أصل المؤيد بالله.

(٤) هذا ليس في البرهان، ولكنه في الكواكب. (بستان).

(٥) في (ب): وقيل.

(٦) وذلك لأنها تقبل الجهالة، بخلاف الإجارة. (بستان).

(*) وأما في الاشتراك والإجارة فلا بد من التعيين.

(٧) الشيء الذي يأخذه أو موضعه أو وقته.

صحيحة^(١) فهو للأمر باطناً وظاهراً، وإن كان بإجارة فاسدة أو بوكالة فهو للأخذ باطناً وظاهراً^(٢).

فرع: ومن أخذ شيئاً من ذلك بغير أمر من غيره ونواه عند أخذه لغيره كان لمن نواه له، ذكره المؤيد بالله، قال الفقيه محمد بن يحيى: وفيه نظر؛ لأن النية لا تؤثر^(٣)، وقال الفقيه علي: بل هو مستقيم^(٤)؛ لأن النية انضمت إلى الفعل فأثرت.

فرع: وإذا كان المأمور صبيّاً على قول المؤيد بالله فإن كان مميزاً كان ما أخذه للأمر ولو كان غير مأذون له، خلاف الحقيني فاعتبر الإذن له، وإن كان غير مميز كان ما أخذه لنفسه؛ لأن الأمر غير صحيح^(٥)، وقال الفقيه يحيى البحيح: بل يكون للأمر^(٦)؛ لأن الصبي كالألة للأمر؛ كما لو أمره بإتلاف مال الغير^(٧) أو بجناية على الغير فإنه الضامن^(٨)، وكمن أغرى كلباً على غيره فعقره فإنه يضمه.

(١) والإجارة الصحيحة بأن يكون خاصاً. (بستان).

(٢) وهذا الخلاف حيث نواه لنفسه.

(٣) للغير من دون أمر يوجب الملك له. (برهان)^[١].

(٤) قوي على أصل المؤيد بالله، وفي الزهور: فيه نظر، والمذهب أنه للفاعل ولا تؤثر النية كما لو قطعه بغير نية، وقد ذكر معناه في تعليق الفقيه حسن على اللمع.

(٥) هذا لأبي مضر، وحكاه عن المؤيد بالله، وهو الصحيح، وكلام الفقيه يحيى البحيح على أصل المؤيد بالله.

(*) وإذا تلف تحت العمل ضمنه ضمان جنائية.

(٦) قوي على أصل المؤيد بالله.

(*) وعلى قول الهدوية يكون ما أخذه الصبي له مطلقاً مميزاً أو غير مميز. (مقصد حسن).

(٧) قال سيدنا: وهو يمكن الفرق بينهما؛ لأن الملك والاصطياد يحتاج إلى صحة الوكالة، ووكالة الصبي الذي لا يعقل لا تصح، وليس كذلك الأمر بالإتلاف فإنه لا يحتاج إلى وكالة، والصحيح الفرق الذي ذكره أبو مضر. (وشلي). وهو الفرق بين المميز وغيره.

(٨) وظاهر الأزهار في الجنائيات في قوله: «أو من غير مكلف» أنها على عاقلة الصغير مميزاً أو لا مأموراً أو لا، فينظر. اهـ بل الذي في الكتاب مطابق لما يأتي في الأزهار في قوله: والقرار على أمر المحجور مطلقاً، ويحمل قوله: أو من غير مكلف إذا كان من غير أمر.

[١] لفظ الحاشية في المطبوع: لأن النية للغير من دون أمر لا توجب الملك له. (برهان).

فرع: وإذا كان المأمور مكرهاً فما أخذه من ذلك يكون باقياً على الإباحة؛ لأن الإكراه^(١) صير فعله كلاً فعل، ذكره أبو طالب^(٢)، وقال المرتضى: يكون للمكروه له؛ لأن الفاعل كالألة^(٣) لمن أكرهه، وقال المؤيد بالله^(٤): يكون للفاعل؛ لأن الإكراه أبطل الأمر فلم يكن له حكم، وهو قول أبي العباس^(٥)؛ لأنه قال فيمن أمر عبد غيره يحتطب له فحطب فإنه يكون لسيد العبد سواء كان مكرهاً أو مطواعاً، قال الفقيه حسن: وعلى الأمر أجرته^(٦) إن كان مكرهاً، لا إن كان مطواعاً؛ لأن الغضب يحصل مع الإكراه.

مسألة: والتحجر يكون بأحد أمور أربعة: إما بأن شبك أغصان الأشجار بعضها إلى بعض^(٧) حسب العادة، وإما بأن ينصب أعلاماً حول الأرض من أحجار أو أخشاب^(٨) حسب العادة، وإما بأن يحيط عليها حائطاً ضعيفاً أو

(١) في (د): إكراهه.

(٢) وتلزم أجرته كما تقدم. (قررو).

(٣) في (د): لأن الفاعل يكون كالألة.

(٤) كلام المؤيد بالله قوي في كونه للفاعل لا للتعليل. اهـ وقال في البحر: التعليل صحيح.

وقواه الإمام المهدي عليه السلام على أصله.

(*) من غير نظر إلى التعليل.

(٥) في الرواية عنه نظر.

(٦) لا تلزم الأجرة للعبد مطلقاً؛ لأن المنفعة قد صارت إلى السيد، ذكره الإمام يحيى. وفي الرياض ما لفظه: ينظر لم سقطت الأجرة عن غير المكروه وقد استعمله في التنقيح وذلك يوجب الغضب؟ وقد عرضت هذا على الفقيه حسن فقال: هذا نظر على المسألة ولم يذكر جواباً. (رياض بلفظه). وظاهر المذهب تجب الأجرة مطلقاً، وهو ظاهر الأزهار حيث قال: والعبد كالصغير. اهـ وسيأتي في الرهن لأبي العباس أنها لا تجب أجرة العبد كما ذكره الإمام يحيى.

(٧) متفرقة، لا مجتمعة فالاتصال يوجب الملك. (قررو).

(٨) متفرقة، لا مجتمعة فالاتصال يوجب الملك. (قررو).

يخندق عليها خندقاً ضعيفاً لا يمنع الدخول^(١) حسب العادة، وإما بأن يتخذ عليها فرجيناً متفرقاً حسب العادة، فلو كان متصلاً يمنع الدخول أو جب الملك. **فرع:** ومن لم يفعل أحد هذه الأشياء ولكن اتخذ له محجراً يمنع الناس منه فإنه لا يجوز ذلك، ولا يثبت له فيه حق إلا أن يأذن له الإمام؛ لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((لا حمى إلا لله ولرسوله))^(٢).

مسألة: ومن تحجر محجراً بما تقدم فهو أحق به من غيره، ويورث عنه^(٣)، ويصح منه هبته لغيره، وهي إباحة^(٤)، وكذا الوصية به، لا يبيعه^(٥) ولا أخذ العوض عليه، وله منع غيره من إحيائه وقطع أشجاره وثماره، فإن أحياء غيره فقد تقدم الكلام فيه، وإن أخذ غيره أشجاره أو ثماره ملكها^(٦)، لكنه يأثم مع علمه

(١) وأما نفس الخندق فيملكه بالحفر. (شرح أزهار).

(٢) تمامه: ((ولأئمة المسلمين)). (سحولي).

(٣) يؤخذ من هذا أنها تورث المصلحة^[١].

(٤) وهو يلزم أن يصح الرجوع فيها، وهو محتمل. (زهور معني). يقال: فلو حصل فيه ما يمنع من زيادة أو نحوها هل يصح الرجوع؟ المختار لا يصح مع المانع. (سحولي). وقيل: الظاهر عدم المنع، وإنما يبطل الرجوع التلف الحسي؛ لأنها إباحة، بخلاف هبة الأعيان المملوكة فهي تملك للموهوب له فتمنع الزيادة ونحوها. وقرره الشامي. و(قرن).

(*) وظاهر الأزهار في الهبة في قوله: «والحق» أنه يثبت له ما ثبت للواهب وأنه يتقل^[٢] الحق، والله أعلم، ومعناه عن سيدنا عامر؛ لأنه قال: هبة حق المرور والمسيل وغيره إن كانت ممن هو عليه فإسقاط، وإن كانت من غيره صح وكان له الرجوع حيث هو هبة، والشفعة لمن هي عليه إسقاط، ولغيره لا تصح، لكن تبطل الشفعة للتراخي.

(٥) وذلك لأنه لا يصح بيع ما لم يملك، فأما الميراث فيد الوارث تقوم مقام الموروث فيما كان حقاً له، وكذلك يد الموهوب له أو الموصى له؛ لأنه قد أقامه مقام نفسه. (بستان).

(٦) إذا لم تكن مقصودة بالتحجر^[٣] ولا هي مما ينبت الناس ونبتت بعد التحجر، وإلا رجع بها مع البقاء. اهـ كما تقدم في مسألة: وأما الأشجار.

[١] هذه الحاشية مقررة في (ب) وفي المطبوع.

[٢] في المطبوع: يتفصل.

[٣] لا فرق. (قرن). ولفظ حاشية: أما قصدها بالتحجر فظاهر حواشي شرح الأزهار أنه لا يشترط.

بتحجر غيره له^(١).

مسألة: وما نبت في موضع مملوك ولو مقبرة مملوكة فإن كان مما ينبتة الناس في العادة فهو لمالك الموضع إن كان بذره يتسامح به، وإن كان مما لا يتسامح به فهو لمالكة إن عرف، وإلا فلبيت المال بعد اليأس من معرفته. وإن كان مما لا ينبتة الناس فهو مباح عند الهدوية^(٢)، وعند المؤيد بالله لمالك الموضع.

مسألة: من غرس كروماً في موضع مباح أو نبتت بنفسها فيه ثم تملكها بأن هذبها وقطع عوارضها أو بأن حَيِّطَ عليها حائطاً ثم أرسل أغصانها إلى موضع مباح أو إلى أشجار مباحة فإنه يملك الكروم وموضعها^(٣)، فأما ما امتدت عليه من الأرض أو من الشجر فقال المؤيد بالله: يثبت له فيه حق، وقال الفقيه حسن: بل يملكه^(٤)؛ للعرف بذلك. قال المؤيد بالله: فلو قطع الأشجار غيره ملكها، قال الفقيهان يحیی البحيح وعلي: ويجوز أيضاً إذا نصب غيرها للكروم مما يقوم مقامها، وقال الفقيه حسن: لا يجوز^(٥). وهو الأولى.

(١) التذهيب^[١] على البيان هنا يخالف جميع الحواشي المقررة أن الأشجار والثمار الموجودة في الأرض حال التحجر أنها لمن تحجر الأرض، فله منعه وما حاز حال التحجر، فيسترده ممن أخذه ولو لم يقصدها - أعني الأشجار والثمار - بالتحجر، فقد دخلت الأشجار والثمار الحاصلة حال التحجر تبعاً للأرض، هذا هو المقرر في الحواشي.

(٢) وذلك لقوله ﷺ: ((لا حمى في الأراك)) وما ثبت في الأراك ثبت في غيره من الأشجار، ولقوله ﷺ: ((الناس شركاء في ثلاث: الماء والنار والكالا)). وحجة المؤيد بالله أن حكم النبات حكم المنبت، قلنا: يستلزم إبطال فائدة الخبر. (بستان). قال في النهاية: أراد بالماء ماء السماء والعيون والأنهار الذي لا مالك له، وأراد بالكالا المباح الذي لا يختص بأحد، وأراد بالنار الشجر الذي يحتطبه الناس من المباح فيوقدونه. (نهاية).

(٣) وذلك لأنه أحيها. (بستان).

(٤) ويملك الفرج المعتادة.

(*) وعليه الأزهار: وامتداد الكرم.

(٥) قوي على أصله.

[١] وقد طمسته في شرح الأزهار.

باب المضاربة

هي تسمى مضاربة وقرضاً، ولها شروط خمسة:

الأول: أن تقع بين مكلفين أو صبيين مميزين مأذونين أو بالغ وصبي مأذون، وأن يكونا مسلمين أو ذميين، أو العامل مسلم والمالك ذمي، لا العكس، وأن يكونا حرين أو عبيدين مأذونين، أو حراً وعبداً مأذوناً، ويجوز أن يكونا فاسقين أو أحدهما^(١) أو مختلفي المذهب، لكن لا يتصرف العامل إلا فيما يجوز عندهما معاً؛ لأنه وكيل وشريك. فأما الوكيل فقال الفقيهان حسن وعلي: كذا أيضاً، وقال الفقيه يحيى البحيح: إنه يعمل بمذهب موكله^(٢) ولو خالف مذهب نفسه.

مسألة: ومن ضارب عبداً أو صبيّاً غير مأذونين كانت فاسدة^(٣)، فيصح تصرفهما ويكون الربح للمالك، ولهما أجرة المثل^(٤) ولو لم يحصل ربح؛ لأن الدخول في المضاربة [الفاسدة]^(٥) كالإجارة الفاسدة.

فروع: وإذا تلف المال معها فالصبي لا يضمن حيث كان المعطي له مالاً لما أعطاه ومكلفاً ولو أتلّف الصبي المال^(٦)؛ لأنه سلطه عليه مالكه، خلاف

(١) قال القاضي عبدالله الدواري: وفي هذا نظر، والأولى أنها لا تصح مضاربة الفاسق إلا حيث يغلب على الظن أنه لا يتجر فيما لا يجوز. (ديباج).

(٢) في الصحة.

(*) وفي الكواكب ما معناه: العبرة في الصحة بمذهب الموكل، وفي الجواز بمذهبها، ذكره في الوكالة، وصرح به في البيان فيما يأتي في الوكالة بلفظ: ولعله.. إلخ.

(٣) وذلك لأنه عقد صدر من أهله ولم يصادف محله. والفائدة في فسادها أنه يجب للعامل أجرة المثل، وإلا فالتصرف صحيح. (بستان).

(٤) ولا فرق بين أن تكون عادتها العمل بالأجرة أم لا؛ لأنها يستحقان الأجرة لمكان الشرط للربح. (دواري). وقد صار العبد مغضوباً فيضمن بنفس انتقاله، ولا يقال: أجرة^[١] العمل، بل يضمن الأجرة مطلقاً عمل أم لم يعمل كما هو حكم الغصب. (قررو).

(٥) ما بين المعقوفين من (ج، د).

(٦) على وجه يستباح. (قررو).

[١] في هامش (ج، د): على أجرة العمل.

الشافعي والوافي^(١)، وهكذا فيمن أودع ماله مع صبي أو أعاره إياه أو أقرضه. وأما العبد فإن أتلف المال ضمنه في ذمته متى عتق، وقال أبو العباس: لا يضمنه، وإن تلف بغير فعل منه فقال أبو طالب: لا يضمنه، وقال الفقيه حسن: بل يضمنه^(٢) متى عتق؛ لأنه أجير مشترك.

الثاني: الإيجاب من المالك، نحو قوله: ضاربتك، أو قارضتك^(٣)، أو خذه مضاربة، أو قراضاً، أو تصرف فيه كذلك، أو ليكون ربحه بيننا^(٤)، أو نحو ذلك، والقبول من العامل أو ما يقوم مقامه، كطلبه لذلك أو تصرفه فيه ولو بعد التراخي^(٥) كما في الوكيل.

مسألة: وتصح معلقة^(٦) بحصول شرط معلوم أو مجهول فلا تصح حتى يحصل، وتصح موقته بوقت، فإذا مضى الوقت فلا يشتري العامل شيئاً، بل يبيع ما كان معه من عرض^(٧). وقال الشافعي: لا تصح معلقة ولا مؤقتة^(٨).

(١) حجتنا في الكتاب. وحجتهم قوله ﷺ: ((على اليد ما أخذت حتى ترد)). قلنا: مخصص بقوله ﷺ: ((رفع القلم..)) الخبر. قالوا: إنما سلمه إليه للحفاظ لا للتلف. قلنا: بل عرض ماله للتلف فأشبه ما لو قدم إليه الطعام. (بستان).

(٢) حيث هو بالغ، لا صبي فهو كالصغير. (قرئ).
(*) قوي في المضاربة، وأما في الوديعة والعارية فكلام أبي طالب أقوى في أنه لا يضمنه. اهـ
ولفظ البيان في باب المأذون: والذي لا يلزم العبد ولا سيده هو ما صار إليه.. إلخ.

(٣) إن لم يتقدم سؤال، وإن تقدم السؤال كفى قوله: ضاربت أو قارضت. (قرئ).

(*) وينظر هل يغني الامتثال من رب المال عن الإيجاب؟ في بعض الحواشي: يغني. (قرئ).

(٤) وسيأتي إذا جرت العادة بذلك. (مفتي).

(٥) ما لم يرد أو يرجع الموجب قبل القبول. (قرئ).

(٦) إذا جاء رأس الشهر فقد ضاربتك.

(*) في (ب): ويصح تعليقها.

(٧) بولاية إذا كان فيه ربح. (قرئ).

(*) حيث يجوز الربح فيه. اهـ وكذا حيث لم يرض المالك بقبض رأس المال عروضاً. (مفتي).

(٨) حجتنا أنه يصح تعليقها بالمجهول كما صح أن يضاربه على ثلث الربح أو نصفه في المستقبل. وحجته أن في ذلك غرراً وجهالة، ويُشبه المضاربة بالبيع والإجارة. (بستان).

الثالث: أن يكون مالها معلوماً قدره قبل التصرف فيه^(١) ولو جهل حال عقدها، وأن يكون مما يمكنه حفظه^(٢) والتصرف فيه، لا إن كان كثيراً لا يقدر عليه^(٣)، ذكره في البحر، وأن يكون من النقد ولو اختلفت أنواعه^(٤)، وأن يكون خالصاً من الغش أو فيه غش يسير بحيث يتعامل به وبالخالص سواء، أو كان الغش كثيراً وهو معلوم القدر كالكاملية، وقال الشافعي: لا تصح مع الغش^(٥).

مسألة: وليس من شرطها حصول المال عند العقد، بل تصح معلقة على حصوله متى حصل، نحو أن يأمره ببيع عرض ومتى قبض ثمنه ضارب نفسه فيه أو فهو مضاربة معه، ولو لم يذكر قدر ثمنه^(٦)، ونحو أن يأمره أن يستقرض له نقداً^(٧) معلوماً^(٨) ومتى قبضه فهو مضاربة معه أو ضارب نفسه فيه.

(١) وذلك لثلا يلتبس الربح برأس المال. (بستان).

(٢) قال عليه السلام: لأنه إذا أخذ ما لا يقدر على حفظه فهو متعد فيضمن؛ لأنه كان يمكنه أن يأخذ ما يقدر على حفظه. (بستان).

(٣) وهذا حيث حجر عليه الاستنابة، وإلا صح. (شرح فتح معني) (قررو).

(*) مع الحجر، وإلا صح ويستتيب. (قررو).

(*) أو كان يسيراً لا يمكن التصرف فيها تناولته المضاربة فلا يصح.

(٤) من المظفرية والكاملية.

(٥) قلنا: لا يكاد النقد يخلو عنه، فإذا تعامل الناس به كخالص جري مجراه، فلا مانع حينئذ. (بستان).

(٦) بخلاف ما إذا أمره يستدين مال المضاربة من الغير فلا بد من بيان قدره؛ لأن الجهالة في الثمن تقل وفي الدين تكثر. (كواكب).

(٧) في (ب): قدراً معلوماً، وفي (ج) نقداً قدراً معلوماً.

(٨) لأن الوكالة بالاستدانة لا تصح إلا أن يذكر قدر رأس المال. اهـ ولعل المراد إذا لم يفوضه في الاستدانة، فإن فوضه صحت الوكالة وفسدت المضاربة؛ لكون مالها غير معلوم، وقيل: المراد به العلم قبل التصرف. (مفتي).

مسألة: ولا تصح المضاربة في غير النقدين سواء كان مثلياً أو قيمياً؛ لأنه يجب رد مثل المثلي وقيمة القيمي يوم الرد، وقد يكون ذلك كله غالباً يوم الرد فيستبد المالك بالربح، وقد يكون رخيصاً فيشارك العامل المالك في رأس المال، وذلك لا يصح فيها، ذكره في الشرح^(١).

فرع: ولا تصح في الفلوس النافقة^(٢) أيضاً، خلاف مالك ومحمد^(٣).

مسألة: ولا يصح أن يضاربه في دين عليه له إلا بعد أن يقبضه منه^(٤) ثم يدفعه إليه مضاربة، أو يأمره بقبضه له من نفسه ثم يضارب نفسه، أو يقول: قد ضاربتك فيه متى قبضته لي.

فرع: وإذا ضاربه في الدين الذي عليه من غير قبض له فهي فاسدة^(٥)، فإذا اشترى شيئاً ونواه للمضاربة كان للامر، فيلحقه ربحه وخسرانه، وللعامل أجره

(١) قال في شرح البحر: وبيان ذلك أن رأس المال لو كان قفيز طعام يساوي عند العقد ألف درهم فبيع بها، وجاء وقت الرد والقفيز يوجد مثلاً بمائة درهم، فإن العامل يرده ويشارك في تسعمائة، وهي من رأس المال. وإن كان القفيز يساوي عند العقد مائة درهم فتصرف فيه العامل حتى بلغ ألفاً، وجاء وقت الرد والقفيز لا يوجد إلا بالألف، فهذا هنا يستبد المالك بالربح، وهذا كله خلاف موجب المضاربة. قيل: وهذه العلة يلزم مثلها في النقد^[١] - لكنه قال في البحر: وتصح بالنقد إجماعاً - لأن أثمان النقد تتفاوت بالنقد الآخر، قال القاضي عبدالله: الأولى الصحة في الكل؛ لأن ذلك القدر هو الذي عاقده عليه، وما ربح فيه فهو بينها، وسواء شراه يوم الرد بقليل أو كثير.

(٢) في (أ): ولو نافقة.

(٣) وحجتنا أنها كالعروض؛ لأنها تقوم بالدراهم والدنانير كما تقوم العروض بها. وحجتهم أن الناس يتعاملون بها كالتقود. قلنا: التعامل بها لا يخرجها عن كونها قيمياً. (بستان).

(٤) وذلك لأنه لا بد من قبض مالها أو التوكيل به حتى يصح تصرف العامل فيه. (بستان).

(٥) فساداً أصلياً.

[١] إذا كان رأس المال قروضاً ففعلت ثم رخصت. يقال: النقود وإن اختلفت أثمانها فهو نادر. (حديث وشامي). فلم يكن لزيادة السعر ونقصانه أثر، والأحكام تتعلق بالغالب لا بالنادر. (شامي) (قرود).

مثله، وهو ضامن؛ لأنه أجير مشترك، ويبرأ من الدين الذي كان عليه للآمر؛ لأنه يستحق الرجوع عليه بالثمن فيقع قصاصاً بالدين^(١) إذا وافقه في الجنس والنوع والصفة، خلاف أبي حنيفة في ذلك كله.

الرابع: أن يبيننا كيفية الربح بينهما أو يقولوا: «مثل ما شرط فلان لعامله» ولو جهلاه^(٢) حال العقد، وإن اختلفا فيه من بعد فالبينة على العامل^(٣)، ولعلها لا تقبل فيه شهادة فلان وعامله؛ لأنها على فعلها.

مسألة: فإن قال: على أن يكون الربح بيننا، أو لي ولك، فقال أبو حنيفة: يصح ويكون نصفين. وهو مستقيم إذا جرت العادة بذلك، وإن لم فلا^(٤). قال في التفريعات: إذا قال: على أن يكونا شريكين في الربح صححت وكان نصفين. فإن قال: على أن يكون الربح كله لي صححت^(٥) وكان العامل متبرعاً^(٦)، وإن قال: على أن يكون كله لك فقال في مهذب الشافعي والكافي: يكون قرضاً،

(١) هذا ذكره أبو يوسف ومحمد ورجحه الفقيهان حسن ومحمد بن سليمان؛ لأن المشتري قد صار وكيلاً للآمر، وما لزمه من الثمن استحقه على الموكل، فيقاص ما عليه له من الدين. وقال أبو حنيفة: لا يبرأ من الدين، ويكون الشراء والربح له. (بستان).

(٢) ولا بد أن يعلم ما شرط فلان لعامله قبل التصرف. وقيل: لا يشترط ذلك إلا وقت القسمة. (زين).

(٣) وذلك لأنه يدعي الزيادة، والربح يتبع رأس المال إلا ما أقر به المالك. (بستان).

(٤) وذلك لأن قسمته غير معلومة مع الإجمال. واختار في الانتصار كلام أبي حنيفة؛ لأن مطلق الإضافة يقتضي التسوية كما لو قال: هذه الدار هي لزيد وعمرو. (بستان بلفظه).

(٥) ويكون وديعاً مأذوناً له بالتصرف^[١]. (قرر).

(٦) وذلك لأنه قد رضي بالتبرع، قال عنه: والمختار أنها تفسد ويستحق العامل أجره المثل؛ لأن المضاربة تقتضي العوض على العمل. (بستان). وهو ظاهر الأزهار في قوله: ورفض كل شرط يخالف موجبها.

[١] ويستحق أجره المثل إن شرطها أو اعتادها.

وقال في الانتصار: تفسد^(١). وإذا عقدها على شرط في الربح بينهما ثم تراضيا من بعد على زيادة فيه أو نقصان صح، خلاف الشافعي^(٢).

مسألة: وإذا لم يبيننا كيفية الربح بينهما فسدت^(٣) وكان الربح لرب المال^(٤)، بخلاف الشركة فتصح ويتبع الربح رأس المال.

مسألة: فإن قال: على أن يكون لي النصف من الربح ونصف ما حصل لك فقال الفقيه حسن: تفسد^(٥)، وقال الفقيه يوسف: تصح ويكون له ثلاثة أرباع الربح وللعامل ربه^(٦).

الخامس: أن لا يشترط فيها^(٧) شرطاً يفسدها، نحو أن يشترط لأحدهما قدرأ معلوماً من الربح ثم يقسمان الباقي^(٨)؛ لأنه يجوز أن لا يحصل إلا ذلك القدر

(١) وهو الأقرب إلى مفهوم الأزهار حيث قال: ورفض كل شرط يخالف موجهها.

(*) قال في مهذب الشافعي: فإن قال: على أن لي النصف وسكت فوجهان، الصحيح أنه لا يصح^[١]، وإن قال: على أن لك النصف فوجهان، الصحيح أنه يصح؛ لأن الربح يتبع رأس المال، فإذا خرج بعضه بقي الباقي تابعاً لرأس المال، قال: وعلى هذا لو قال: على أن لك نصفاً ولي ثلثاً كان نصفين بينهما. (شرح بهران). و(قررو).

(٢) فلا يصح عنده إلا بتجديد عقد ثان. (برهان).

(٣) وذلك لأن الربح هو المقصود، فلا بد أن يكون معلوماً لا مجهولاً. قال عَلَيْهِ السَّلَامُ: وهكذا لو قال: على أن لك تسع عشر الربح وكان لا يمكنه الحساب. (بستان).

(٤) وعليه للعامل أجرة المثل.

(٥) وجه الفساد أنه يؤدي إلى أخذ المالك الربح كله.

(*) مع عدم العرف. (قررو).

(٦) وهو قوي حيث جرى به العرف. (حفيظ). أو قصد ذلك. (قررو). مع التصادق بقصده. (قررو).

(٧) في (ب): فيه.

(٨) فتفسد. (قررو).

[١] إلا أن يعرف من قصد المالك أن النصف الآخر للعامل صحت وكان نصفين. (سيدنا علي).

فينفرد به، إلا أن يقول: إذا كان الربح أكثر من ذلك القدر أو يقول: لي ما زاد من الربح على كذا أو لي دينار مما زاد من الربح على كذا فإنه يصح، ذكره الفقيه يحيى البحيح. ونحو أن يشرط على العامل أن لا يبيع إلا من فلان؛ لأنه يجوز أن يمتنع أو يموت فيبقى مالها عروضا، ونحو أن يشرط عليه^(١) أن يكون الخسران عليهما معا فإنها تفسد^(٢).

مسألة: من ضارب رجلين وشرط لأحدهما من الربح أكثر من الثاني صح ذلك، خلاف الشافعي^(٣)، فإن كان المال لشخصين شريكين فيه وضاربا غيرهما فيه وشرطا^(٤) لأحدهما من الربح أكثر مما يستحق فإنها تفسد، ذكره في الانتصار^(٥).

مسألة: وصفتها أن يكون النقد من المالك والتصرف فيه إلى العامل، فيتولى بنفسه التصرف اليسير كوزن النقود ونحوها مما يخف وطى الثياب ونشرها، فلو استأجر غيره على ذلك كانت الأجرة عليه^(٦)، وما كان يستأجر عليه في العادة ككيل المكيل وحمل المتاع ونحوه فإنه يستأجر عليه من مالها حسب العادة، فإن تولاه بنفسه بالأجرة أو تبرعا صح.

فرع: وإذا غصب مالها ففي وجوب المخاصمة عليه فيه وجهان، رجح

(١) في (د): على العامل.

(٢) لأنه خلاف موجبها؛ لأن من موجبها أن لا خسر على العامل. (بستان).

(٣) يعني فلا تصح إلا إذا سوى بينهما. قلنا: عقد لا غرر فيه ولا جهالة فلا مانع من صحته. (بستان).

(٤) في (ب، ج، د): وشرط. قال في الهامش: أي: العامل.

(٥) وذلك لأنها تساويا في المال فيجب تساويها في ربحه ولا يجوز تفضيل أحدهما؛ إذ ليس في مقابلة عمل ولا مال. (بستان).

(٦) لأنه واجب عليه؛ لأن العادة جارية ومطرودة بتوليه لذلك. (بستان).

الإمام يحیی عدم وجوبها؛ لأنها ليست من التجارة^(١)، وقيل: تجب؛ لأنها من الحفظ^(٢). ولعله أرجح.

فروع: وإذا اشترى شيئاً بألف على الذمة ثم تلف ماها بعدما تصرف فيه^(٣) لزم المالك تسليم الألف، فلو زاد تلف مع العامل قبل تسليمه عن الثمن لزم المالك إبداله أيضاً، ثم كذلك ما تدارج^(٤)، ذكره في الكافي، وقال أصحاب^(٥) الشافعي: تنفسخ المضاربة بتلف المال.

مسألة: وليس للمالك أن يتصرف في ماها إلا بإذن العامل، وإذا أذن له بالتصرف فيه ثم عزله صح عزله؛ لأنه حق له، وإذا أذن للمالك بالتصرف ثم تصرف بغبن كثير كان للعامل نقضه^(٦).

(١) قال عليه السلام: لأن عقد المضاربة يقتضي التصرف في المال والتجارة دون المخاصمة فهي على المالك. (بستان).

(٢) إذا كانت العلة كون المخاصمة من الحفظ فهو يجب بعد القبض ولو قبل التصرف. (قرور).

(٣) وذلك حيث تلف المال بعد شرائه فإنه يجب إبداله وتكون المضاربة في ألفين^[١]، وإن تلف قبل الشراء لم يجب على المالك شيء^[٢]. (شرح فتح) (قرور). وسيأتي تحقيقه في أواخر الكلام.

(٤) المختار عدم لزوم الإبدال. وفي حاشية: المختار أن المالك يبرأ من الألف بتسليمه للوكيل، ولا شيء على المالك من بعد ولو تلف كما سيأتي في الوكالة إن شاء الله تعالى، ومثل هذا في الأزهار في الوكالة قوله: إلا ثمناً قبضه منه بعدما اشترى. (من خط سيدي الحسين بن القاسم).

(٥) في (ب): بعض أصحاب الشافعي.

(٦) هكذا في الشرح عن الطحاوي. (بستان). سيأتي أن المضارب إذا غبن فاحشاً كان عزلاً في تلك الصفقة ونفذ في قدر ربحه إن كان، فلينظر في الفرق، ولعل الفرق كون المالك وكيلاً حقيقة، بخلاف المضارب فهو وكيل وشريك.

[١] فما حصل من ربح الألف جبر به الألف التالف كما قال في الأزهار: فلو خسر قبلها وبعد التصرف أثر الجبر. و(قرور).

[٢] لأنها قد بطلت المضاربة.

فروع: وإذا شرط المالك أنه يشارك العامل في التصرف هو أو عبده أو وكيله أو أنه لا يبيع العامل إلا بإذنه أو بإذن وكيله أو أنه يبقى المال تحت يده فسدت^(١)؛ لأن ذلك خلاف موجبها، ذكره في البحر. وكذا لو قال: على أنك إذا اشترت سلعة كذا فهي لي، أو انتفعت بها إلى أن تباع - فإنها تفسد^(٢).

مسألة: والخسران في المضاربة أمر غالب لا يجب ضمانه^(٣) ولو فسدت المضاربة، بل يكون من الربح، فإن لم يكن ربح فمن رأس المال، فعقد المضاربة وكالة، فإذا دفع المال إلى العامل فهو أمانة^(٤) قبل حصول الربح فيه، وبعده يكون شركة. وإذا خالف العامل ما أمر به فيها صار غاصباً، وإذا فسدت صار أجيراً مشتركاً.

مسألة: وللعامل أن يبيع بالنسيئة^(٥) المعتادة من وفي لا يعرف بالمطل وفي كل

(١) هذا إذا كان الشرط مقارناً للعقد، وأما بعده؟ القياس إذا كان المال نقداً على صفته أو عرضاً لا ربح فيه كان حكمه حكم المقارن، والله أعلم. (شامي) و(قررو).

(٢) قال عليه السلام: لأن موضوع المضاربة على استبداد العامل بالعمل والتصرف وتسليم المال إليه بالكلية، فإذا شرط خلاف ذلك كان إبطالاً لموضوعها. (بستان).

(٣) وهو يقال: فلو ضمن الغالب مع الفساد الأصلي أو الطارئ هل يضمن الخسر كما يضمن الغالب بالتضمين؟ (حاشية سحولي). نقل عن النجري: أنه يضمن، يعني مثل الغرق والتلف، وأما الجفاف ونقصان السعر فينظر، قرر الشارح عدم الضمان. (قررو).

(٤) والحيلة أن يستأجره على حفظها. (بحر معني) (قررو). وإن كان الاستئجار لأعيان معدومة. (زهور).

(٥) وهذا في صورتين^[١]: الأولى: إذا أسلم مال المضاربة كان الأجل على ما جرى به العرف. الثانية: إذا شري مال المضاربة بالدين لم يتأجل الوقت الطويل؛ لأن المالك يقول: أخشى تلف المال فيلزمي ثمن ما اشترت من غيره، لكن قوله: «من وفي» لا يستقيم إلا في السلم. (رياض).

[١] قال في التذكرة: له في مطلقها أن ينسي معتادة من وفي في ثمن ما باع واشترى. قال في الرياض: قوله: «في ثمن ما باع واشترى» أما ما باع فذلك ظاهر، وأما ما شري فهذا في صورتين.. إلخ.

شيء على حسب ما يليق به من النسبة^(١)، وله أن يدفع ثمن ما اشتراه قبل قبضه إذا كان البائع لا يعرف بالمطل، وله أن يُسَلِّم إلى وفي ويؤجله حسب العادة، إلا أن يشترط عليه المالك عدم النسأ لم يجز ذلك، وقال الشافعي: لا يجوز له النسأ إلا بإذن المالك^(٢).

مسألة: وله أن يسافر بها حسب العادة ما لم يمنعه المالك، وقال الشافعي: لا يجوز إلا بإذنه^(٣). قلنا: وله أن يشتري كل ما رآه صلاحاً، وأن يوكل غيره بالبيع والشراء، وأن يودع مالها ويرهن منه ويرتهن فيه، ويبيع فاسداً^(٤).

مسألة: وليس له أن يقرض غيره من مالها^(٥)، قيل^(٦): إلا أن تجري به عادة من معه^(٧) مثل مالها. وله أن يستقرض لمالها من غيره أو من نفسه لمصالح مالها لا ليجعله زيادة عليه.

(١) يعني فلا تستوي النسبة في ثمن الحقير وثمان الكثير. (بستان).

(٢) قال: فإن فعل ضمن؛ لأنه متعد. قلنا: قد جرى به العرف، والعرف بالمنطوق به. (بستان).

(٣) حجتنا: أن مقتضى التجارة طلب الربح، وهو لا يحصل إلا بالسفر، ولأن العرف جار بذلك، ولأنه مباح له السفر من قبل فلا يمنع بعقد المضاربة. وحجته: أن في الأسفار ركوب أخطار وتعريضاً لتلف المال، قلنا: لا تعريض مع ظن السلامة، وأما الأفضية السواوية فلا محيص لأحد عنها. (بستان). وعن بعض العرب: المسافر ومتاعه على قلت إلا ما وقى الله، والقلت الهلاك، ويقال: امرأة مقلات إذا لم يعيش لها ولد. (من خط مصنف البستان).

(٤) إذا كان فيه مصلحة أو جرى عرف. (مفتي) (قررو).

(٥) وذلك لأنه يضر بالمال، فهو خلاف المألوف في التجارة. (بستان).

(٦) في (ب): قال الفقيه يحمي البحيح.

(٧) ظاهر هذا أن عرف المضارب لا يرجع إليه. اهـ والأولى عرف المضارب إن كان من أهل التجارات، أو من جهته إن لم يكن له عادة كما مر في الإجارة.

(*) وإلا عند الخوف على مالها فيقرضه حفظاً له، قال الفقيه حسن: وإذا لم يفعل مع الإمكان ضمن. (كواكب) و(قررو).

مسألة: والسفتجة^(١): هي الورقة المكتوبة في لغة الحبش، وهو ممنوع منها حيث تكون في صورة القرض، نحو أن يقرض شيئاً من مالها ثم يكتب إلى المستقرض أن يعطيه بدله في بلد كذا، فلا يجوز له ذلك؛ لكونه قرضاً^(٢). فلو أودع شيئاً من مالها ثم كتب إلى الوديع أن يعطيه بدلاً عنه في بلد آخر فذلك جائز^(٣).

مسألة: وليس للعامل أن يخلط مالها بغيره، ولا أن يضارب غيره فيه أو في بعضه، فإن فعل ذلك كان غاصباً لمالها، إلا أن يكون المالك فوضه فيها أو قال له: اعمل برأيك أو كما تعمل في مالك جاز له الخلط والمضاربة، لا القرض^(٤).

مسألة: وإذا ضارب غيره في مالها أو بعضه حيث يجوز له^(٥) فإن لم يبق له شيء من ربح ما ضارب فيه صح^(٦)، وإن بقي له منه شيء صح عندنا؛ لأنه في مقابلة عمل، وهو عقد المضاربة الثانية^(٧)، وقال الشافعي: لا يصح.

(١) السفتجة بضم السين وفتح التاء. (قاموس). وقيل: بفتح السين، ذكره النووي، وفي حاشية: بالضم فيهما.

(٢) قيل: إلا أن يجري العرف بذلك ولم يشترطه -يعني: القضاء من ذلك البلد- عند القرض، فإن شرطه^[١] فقال أبو طالب: يكون رباً؛ لأن فيه سقوط المؤنة إلى ذلك الموضع، وقال أبو مضر: لا يكون رباً؛ لأنه ليس فيه زيادة إلا الأمن في الطريق. (برهان لفظاً).

(*) قيل: إلا أن يجري عرف بذلك ولم يشترط، وإلا حرم بالشرط، قلت: أو أضمر. (قرر).
(٣) وينظر فيما قبضه على هذا الوجه ما يكون حكمه هل معاطاة أو قرض؟ قلت: يكون من باب المعاطاة. (مفتي). وظاهر الكتاب أنه داخل في المضاربة وأنه من مالها.

(٤) والسفتجة فلا يجوز أن إلا لعرف. (قرر).

(٥) مع التفويض.

(٦) ويكون العامل الثاني وكيلاً لرب المال كما في وكيل الوكيل المفوض. (رياض).

(٧) لكن ليس لمثله أجرة فتفسد. اهـ في الفاسدة، لا في الصحيحة فقد ملك الأجرة بنفس العقد فيصح عقده. (قرر).

(*) وقبض الربح ودفعه إلى المالك. (قرر).

[١] أو أضمره. (قرر).

مسألة: وإذا كان الربح بينهما نصفين ثم عامل العامل الثاني على أن يكون للثاني ثلثان فإنه يضمن للمالك سدس الربح^(١)؛ لأنه استهلكه عليه، فإن كان قال له المالك^(٢): ما ربحت أو ما كسبت فهو بيني وبينك نصفين كان ما حصل له من العامل الثاني بينه وبين المالك نصفين، ذكر ذلك في شرح الإبانة.

مسألة: وإذا خلط ما لها بهال آخر حيث يجوز له^(٣) قسم الربح بين المالين على قدرهما، فما يخص ما لها يكون بينه وبين المالك على ما شرطه.

مسألة: وإذا حجر عليه المالك عند عقدها^(٤) شيئاً من التصرف فإنه يصح حجره له^(٥)، نحو أن يشرط عليه أن لا يخرج ما لها من البلد، أو لا يسافر به، أو لا يبيع نسيئة، أو لا يشتري شيئاً من الحيوان، أو لا يشتري من فلان، فإن شرط أن لا يشتري^(٦) إلا من فلان فقال أبو طالب وأبو حنيفة: يصح^(٧)، وقال

(١) هلا قيل: قد صار مخالفاً ولا يصح مضاربه للعامل الثاني؟ اهـ (مفتي). يقال: مع التفويض هو مأذون له بذلك، ولا تفويت على المالك للضمان فيصح. (قررو).
 (*) هلا قيل: يضمن للعامل الآخر؛ إذ لا يصح أن يتبرع بحصة المالك، فينظر. لعله كذلك. (شامي).

(٢) يعني: عند عقد المضاربة، ثم إنه ضارب غيره على ثلثين للعامل والباقي له ثلث، وقد شرط المالك مقاسمته مما ربح، وهو من الربح، فبقي له سدس كما في الطرف الأول.
 (٣) مع التفويض. (قررو).

(٤) أو بعده قبل التصرف. (بحر). أو بعد التصرف قبل حصول الربح. (قررو).
 (*) حصر مسائل الإجازة في المضاربة كسواء ما نهي عنه.. إلخ، وفي قوله: والإذن باقتراض معلوم لها حيث جهل قدر الدين أو جهلاً.. إلخ، وفيه صورتان: حيث أضاف الاقتراض إلى المالك وحيث أضاف الشراء، وفي قوله: ولا ينزل بالغبن المعتاد وينعزل بالفاحش في تلك الصفة، ففي هذه المواضع إذا أجاز المالك كان له، ولعله يفهم من البيان. (قررو) وتكون فاسدة في جميع مسائل الإجازة. (لعله من إفادة سيدنا العلامة شرف الدين الحسن بن أحمد الشيبيني رحمته الله).

(٥) وذلك لأنه كالوكيل ما حجر عليه صح. (بستان).

(٦) في (د): فإن شرط ألا يشتري من فلان.

(٧) وذلك لأنه إذا تعذر الشراء بقي المال نقداً، بخلاف ما إذا قال: لا تبع إلا من فلان؛ لأنه يجوز

الشافعي: تفسد المضاربة. ونحو أن يشرط عليه أن لا يشتري بعدما يخسر أو بعد سنة، فإن شرط عليه أن لا يبيع بعدما يخسر أو بعد سنة فسدت^(١).

مسألة: وإذا أمره بالبيع بالنسيئة^(٢) جاز له البيع نقداً^(٣)، وإن أمره بالبيع بألف فباع بألف ومائة صح ذلك، وكذا في الوكيل بالبيع، فإن باع بألف وعرض صح منه - لأنه مأمور بما فيه صلاح^(٤) - لا من الوكيل؛ لأنه خالف في جنس الثمن، وقال الإمام يحيى: بل يصح منه أيضاً؛ لأنه زيادة خير.

مسألة: وإذا خالف العامل فيما أمره المالك فقيماً يقتضي الحفظ نحو أن يمنعه من السفر أو من النسأ ثم خالفه في ذلك كان متعدياً: إن تلف المال ضمنه^(٥)، وإن سلم بقي على المضاربة كما كانت^(٦)، ذكره في الشرح، وقال الفقيه حسن: إن الضمان لا يسقط عنه^(٧). ولعل الوكيل يكون كذلك إذا تعدى فيما وكل فيه أنها^(٨) لا تبطل وكالته^(٩). وإن خالفه في التجارة نحو شراء الحيوان أو الشراء

تعذره فيبقى المال عروضاً. وحجة الشافعي: أنه يجوز تعذر الشراء بموت الفلان أو جنونه أو امتناعه فيكون ذلك غرراً، وقد نهى صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن الغرر. واختاره عَلَيْهِ السَّلَام. (بستان بلفظه).

(١) إن فعل خلاف ما أمر به. (قررو).

(*) وذلك لأنه خلاف موجبها. (بستان) (قررو).

(٢) جائزة. (قررو).

(٣) ما لم يكن له غرض بذلك كما يأتي في الوكالة، ومثله عن سيدنا عامر.

(٤) ولأن له أن يبيع بعروض. (زهور) (قررو).

(٥) وينعزل في تلك الصفقة.

(٦) يعود أميناً.

(*) في (د): كان.

(٧) قال: لأنه أخذ المال لغرض نفسه وغرض المالك، فلا تعود يده يد أمانة، كالمستأجر. (بستان بلفظه).

(٨) في (د): فإنها.

(٩) وذكر الفقيه يوسف في تعليقه أنها تبطل؛ لأنه قد خالف.

بعد الخسران أو الشراء من شخص معين كان متعدياً إن تلف المال ضمنه، وإن سلم كان ما شراه من ذلك موقوفاً على إجازة المالك^(١)، فإن أجاز كان له وربحه له، وللعامل أجرته، وهي الأقل من حصته من الربح وأجرة مثله^(٢)؛ لأنه فعل ذلك لل عوض لا تبرعاً، وهذا إذا كان العامل أضافه عند شرائه إليه^(٣) باللفظ أو بالنية، وإن لم فهو له، ويتصدق بربحه - كالعاصب - إذا كان اشتراه بعين مالها^(٤)، خلاف المنتخب والمؤيد بالله، وإن كان اشتراه على الذمة ثم دفع من مالها لم يتصدق بربحه وفاقاً، ذكره القاضي زيد، وقال أبو جعفر: بل على الخلاف.

فرع: فإن لم يجز المالك فيما شراه له فإن كان أضافه إليه باللفظ بطل الشراء ورجع لبائعه، وإن أضافه إليه بالنية فإن صادقه البائع^(٥) رجع له أيضاً، وإن لم يصادقه بقي المبيع له في الظاهر، لا في الباطن فهو لبائعه^(٦)، لكن قد أباحه له

(١) فإذا اشترى ما نهي عنه فكأنه عقد عقدين موقوفين على إجازة المالك، وهما: الشراء والإجازة لنفسه على الشراء وعلى بيع ما اشترى، فإذا أجاز المالك فكأنه أجازهما معاً، ذكر ذلك في الوافي، وهو يدل على أن الإجازة تلحق الفاسد، خلاف ما ذكره المنصور بالله. (بستان). ووجه الفساد أنه تولى طرفي عقد الإجازة وهو وحده.

(٢) واختار في الأثرار أنه لا يستحق شيئاً؛ لأنه لم يفعل ما وقع عليه عقد المضاربة، وإنما فعل فعلاً آخر، فهو فيه فضولي.

(٣) في (د): إلى المالك.

(٤) وكان نقداً، وإلا لم يصح إلا بإجازة المالك ولو نواه لنفسه. (شرح فتح) (قررو).

(*) ودفعه.

(٥) أو بالبينة أو علم الحاكم. (قررو). لعله يريد بالبينة أو علم الحاكم على مصادقة البائع أن المشتري نوى لفلان.

(٦) لكن الأولى في هذه الصورة أن يرفع أمره إلى الحاكم ويبيعه عن البائع ويسلم له قدر حقه، وإلا ملكه الحاكم بقدر حقه، وقد تقدم في البيع الموقوف. اهـ ويقال: ما حكم الزائد والناقص من الثمن؟ الزائد للبائع، والناقص في ذمته [أي: في ذمة البائع للمشتري^[١]]. (قررو).

[١] ما بين المعقوفين من النسخة (ب) والمطبوع.

البائع يفعل فيه ما شاء^(١)، وقال الفقيه يحيى البحيح: بل يملكه ظاهراً وباطناً، وإذا ربح فيه تصدق بربحه^(٢) إن اشتراه بعين مال المضاربة، خلاف المنتخب والمؤيد بالله^(٣).

(١) يقال: هي إباحة في مقابلة الثمن، والثمن لا يستحقه البائع، فيأتي الخلاف في بطلان الإباحة ببطلان عوضها. (كواكب معني). ومقتضى القياس أنه لا يحل له التصرف فيه إلا برأي الحاكم^[١] ويرد زائد القيمة.

(٢) وعليه الأزهار بقوله: وربح ما اشتري بنقد غصب.

(٣) وذلك بناء على أصلهم أن أرباح المغصوب لا يتصدق بها كما يأتي تقرير ذلك كله في الغصب والاحتجاج للأقوال. (بستان).

[١] يبيعه عن البائع ويسلم له قدر حقه أو يسلمه الحاكم إليه عوضاً عن حقه. (عامر).

فصل: في اختلاط الأموال

هو على ضربين:

الأول: أن يكون بغير فعل فاعل، بل بالريح أو بالسيل أو باضطراب الأرض أو تختلط الحيوانات أو النحل بنفسها ولو في بيت أحد المالكين أو كوارته^(١) بحيث لا يتميز، وفيه مسائل:

الأولى: أن يكون المختلط ملكاً بملك^(٢)، فإنه يقسم بين أربابه بالسواء^(٣)، ومن ادعى منهم الزيادة في القدر أو في الصفة فعليه اليئنة^(٤)، وإلا حلف له

(١) ولا يقال: حيث هو في بيت أحدهما أو كوارته اليد له فيكون القول قوله، بل قد استويا في الاستحقاق.

(*) فإن قيل: هلا جعل القول قول صاحب الكوارة؛ لأن اليد له، فما أقر به قبل منه، وأيضاً إذا ادعى أحدهما نصفاً والآخر ثلثين فهلا قيل: يقسم السدس الذي هما متنازعان فيه كما ذكروا في الدعاوى إذا ادعى أحدهما الكل والآخر النصف فإنه يقسم أرباعاً.. بياض... (زهور). وفي الرياض ما لفظه: هذا حيث ادعى كل واحد جميع المال؛ إذ لو ادعى دون الكل قسم المدعى بين المتداعيين على الحصص؛ وذلك لأنهم قالوا في الدعاوى: إذا ادعى أحدهما الكل والآخر الثلثين قسم أثلاثاً إذا هو في أيديهما حيث حلفا أو نكلا. (رياض)^[١].

(٢) في (د): أن يكون المختلط ملكاً للمالكة فيقسم.

(٣) هذا مبني على أنهم متصادقون على الخلط وعلى لبس حصة كل واحد منهم، وإلا كان الحكم ما سيأتي في الدعاوى من أنه يقسم ما فيه التنازع بين متنازعيه على الرؤوس. وقد ذكر معنى هذا في الرياض. (قررو).

(*) يعني الملتبس فقط لا المتيقن، مثال ذلك: أن يعلم أن لرجل مائة رأس من الغنم وزيادة لا يعلم قدرها، وللاخر عشرين وزيادة لا يعلم قدرها، فإنه يعطي صاحب المائة مائة والآخر عشرين ويقسم الزائد نصفين، ويبين مدعي الزيادة في القدر والفضل مطلقاً. (تعليق الفقيه حسن).

(٤) وذلك لأن الأصل عدم الزيادة. (بستان).

[١] لفظ الرياض: يقسم بينهما بالسوية؛ لاستوائهما في سبب الاستحقاق كما لو ادعى شيئاً في يد ثالث، وهذا فيه نظر؛ لأنهم قد ذكروا في الدعاوى أنه إذا كان في أيديهما فادعى أحدهما الكل والآخر الثلثين قسم أثلاثاً حيث حلفا أو نكلا، وإن ادعى أحدهما الكل والآخر النصف فأرباع.

الباقون على القطع، ويجوز لهم الحلف استناداً إلى الظاهر، وهو عدم استحقاقه للزيادة. وعلى أحد قولي المؤيد بالله: إنه يكون لبيت المال، وهو قول الأستاذ^(١)، وقال المنصور بالله: إذا لم يتراضوا فيه صار لبيت المال.

وسواء كانت الأملاك للأدميين أو لله تعالى كغلات الأوقاف وما في يد الإمام^(٢) من الزكوات والمظالم ونحوها وغلات المساجد^(٣) وأملاكها.

فرع: فلو اختلفت هذه الأملاك في الجودة والرداءة فقال الفقيه حسن: إنها تقسم بينهم بالسواء أيضاً، وقال الفقيه يوسف: إنها تقسم بينهم على قدر القيم^(٤)، لكل واحد بقدر قيمة حقه^(٥). ولعله أولى.

الثانية: أن يكون المال المختلط وقفاً بوقف، فرقبة المال باقية وقفاً، ومنافعه تقسم^(٦) بين الموقوف عليهم بالسوية سواء كانوا آدميين أو مساجد أو نحوها، أو بعضها لأدمي وبعضها لله تعالى على الأصح، خلاف ما في التذكرة^(٧).

الثالثة: أن يكون بعضه ملكاً وبعضه وقفاً، فإنه يصير لبيت المال^(٨)؛ لأنها لا

(١) وذلك لما سيأتي لهما في الغضب أنه إذا التبس الملك بين محصورين كان لبيت المال. (بستان).

(٢) نحو أن يختلط ما في يد الإمام من الزكوات بالمظالم ونحوها.

(٣) نحو أن تختلط غلة مسجد بغلة مسجد آخر. (زهور).

(٤) هذا ذكره الفقيه يوسف واستحسنه الوالد، مثال ذلك: أن يختلط رطل زيت بدرهم برطل زيت بدرهمين، فقال الفقيه حسن: يكون نصفين، وقال الفقيه يوسف: بل يباع؛ لأن القسمة تؤدي إلى الظلم، وقسمة ثمنه أبعد من الحيف. (بستان).

(٥) لعله مع التصديق أن قيمة أحدهما أكثر، فإن لم يتصادقوا ولا بينة قسم بينهما على السواء ويبين مدعي الزيادة والفضل، هذا ما فهم حال القراءة. (قررو).

(٦) وقيل: تقسم الرقبة أيضاً؛ إذ لا مانع، والعلة متنتية. (سحولي، وشامي). وهي مصير الملك وقفاً وعكسه.

(٧) يعني: فيكون الجميع لبيت المال حيث كانا لله تعالى أو لله ولأدمي، ذكره الفقيه حسن على أصل أبي مضر، كما لو اختلط الوقف بالملك؛ لأنه ليس ثم من يراضى. قلنا: المنافع ملك تصح القسمة فيها، والمتولي يراضى ويعارض. (بستان).

(٨) هذا ذكره أبو مضر وغيره من المذاكرين؛ لأنه ليس هنا من يراضى في قسمة الوقف، وقول الفقيه حسن كما ترى، ومثله عن السيد الهادي بن يحيى. (بستان).

تصح المرأضة على قسمته ومصير الوقف ملكاً^(١) وعكسه، وهذا إذا حصل اليأس من تمييزه، وإن أمكن وجب ولو بالظن^(٢)، ذكره في الزيادات. قال الفقيه علي: فلو كان الموقوف عليه هو المالك للمال المملوك كانت منافعه الكل له ورقبته لبيت المال، وقال الفقيه يوسف: إن الغلة تتبع الرقبة وقال الفقيه حسن: إن المختلط لا يصير لبيت المال مطلقاً، بل يقسم بين المالك والموقوف عليه بالسوية من باب الدعوى والطلب لما يجب^(٣)، لا من باب المرأضة. ولعل ذلك كله حيث يكون كل واحد من المالين المختلطين له قيمة، فأما ما لا قيمة له فلا حكم له^(٤).

الضرب الثاني: أن يكون الاختلاط بفعل آدمي^(٥) عمداً أو خطأ، وفيه صورتان: الأولى: أن يكون مالكة وحداً، فإن كان بإذنه فلا شيء له على الخالط، وبغير إذنه إن أمكنه تمييزه وجب إذا كان فيه غرض للمالك^(٦) ولو احتاج إلى مشقة أو بذل مال^(٧) من الخالط، وإن لم يمكن قط فهو لمالكة^(٨)، وسواء كان من جنس أو من أجناس قيمياً أو مثلياً، لكنه يلزم الخالط ما نقص^(٩) من قيمته^(١٠) كل

(١) يقال: قد صار الوقف ملكاً للمصالح، قلنا: صار بغير تراض.

(٢) لأن الظن مخلص من مال الغير.

(٣) فيدعي المالك ملكه ومدعي الوقف يدعي الوقف، ثم يقسم بالحكم. (كواكب).

(٤) هلا قيل يسلم له ما لا قيمة له؟ يقال: إنما يجب عليه رد عينه، وقد تعذر بالاختلاط. (شامي).

(٥) صوابه: بخلط خالط؛ ليدخل الحيوان المضمون جنائته.

(*) في (ب): بفعل فاعل آدمي. وفي (ج): بفعل آدمي فاعل.

(٦) لا فرق. (قررو).

(٧) بما لا يحلف. (قررو).

(٨) لعله مع عدم النقل، وإلا كان كما يأتي في الغصب أنه يملكه بالخلط. اهـ وقيل: سواء نقل أم لا أنه لمالكة؛ لأن المالك هنا واحد، وهذا وجه الفرق بين هذا وبين ما يأتي الغصب. (قررو).

(٩) هذه الصورة التنبيه في شرح الأزهار.

(١٠) في (ج): قيمة.

شيء وحده (١) عند المؤيد بالله، وعند الهادي يكون مالكة مخيراً بين أخذه بلا شيء وبين تركه للخالط ويأخذ منه مثل المثلي وقيمة القيمي.

الثانية: أن يكون المالك مختلفاً، فإن خلطه بإذن أربابه (٢) فلا شيء عليه، بل يقسمه بينهم إن شاء، ويقبل قوله في قدر الأنصباء (٣) مع يمينه، وكذا في تمييز حقوقهم إن ادعاه، وإن شاء تركه واقتسموه بينهم بالسوية (٤). فإن كان إذنتهم له في الخلط بشرط التمييز وعدم اللبس فإن ادعى التمييز (٥) قبل قوله مع يمينه (٦)، وإن التبس عليه وعليهم كان كما إذا لم يأذنتوا له بالخلط، وحكمه أنه استهلاك في ذوات القيم؛ فيملكها (٧) ويضمنها لأهلها (٨)، لكن لا يحل له الانتفاع بها إلا

(١) وذلك لأن فعله هذا جناية توجب الأرش عند المؤيد بالله والخيار عند الهادي، قال الوالد عليه السلام: وهذا إذا كان الخلط مما تتعلق به أغراض الناس، وإن كان لا يتعلق به الغرض فالأرش على القولين معاً؛ لأنه جناية، وإذا كان النقصان أكثر من نصف القيمة ثبت الخيار [١] على قول الهادي لا على قول المؤيد بالله. (بستان).

(*) مذهب إن لم ينقل. اهـ ومع النقل يفصل بين تغييره بذلك إلى غرض أم لا وبين كون النقص يسيراً أو كثيراً، ذكره في البيان. (حاشية سحولي) (قرئ).

(٢) وإن أذن بعضهم دون بعض؟ لعله يقال: يملك؛ لأنه متعد، وهو ظاهر الأزهار، كما لو خلط ملكه وملك غيره. اهـ ولفظ حاشية: لعله يقال: الإذن محذور فلا حكم له. (مفتي).

(٣) وقياس ما تقدم في مسألة القصار لا يقبل قوله في الخلط. اهـ يقال: هو بإذنتهم.

(٤) بل على قدر القيم. (قرئ).

(٥) وادعى أهلها التباسها. (برهان).

(٦) لعله بعد أن ميز؛ لأنه يدعي عليه المدعي استحقاق بعض حقه. (سباع شامي).

(٧) ملكاً غير مستقر حتى يدفع العوض أو يرضى له بالتصرف [٢]. وفائدة الملك قبل الرضا أنه لو استهلكه مستهلك كانت الغرامة للخالط لا للمالك الأول. (غيث معني) (قرئ).

(٨) مع النقل، وإلا فالأرش فقط. (بستان). وقيل: لا فرق، وإن لم ينقل.

[١] ولعل هذا حيث قد صار مضموناً بالنقل، وإلا فالأرش فقط.

[٢] أو حكم الحاكم بالملك.

بعد مرضاة أهلها^(١) أو حكم حاكم بملكه لها، وقال القاضي زيد: بل يجوز له الانتفاع بها قبل المرضاة، وقال أبو طالب والكني: لا يملكها إلا بعد مرضاة أهلها أو حكم حاكم؛ لأجل الخلاف في ذلك^(٢)، [قلنا:]^(٣) وليس لأهلها إلا قيمتها عليه^(٤)، وقال أبو العباس والمنصور بالله وأبو حنيفة: إنه يجب التصديق بها قبل المرضاة وبعدها. قلنا: وسواء كانت من الأراضي أو من المنقولات، للآدميين أو لله تعالى، أو لله تعالى ولآدمي أو ملك ووقف، ولو خلط ملكه بملك غيره أيضاً.

وأما في ذوات الأمثال فإن اتفقت في الجنس والنوع والصفة لم يملكها، بل يقتسمها أربابها بالسواء وعلى مدعي الزيادة البيئته، وإن تلفت ضمنها^(٥)، وعلى أحد قولي المؤيد بالله: إن عرفت حصصهم قسمت بينهم، وإن جهلت ملكها وضمن لهم مثلها^(٦)، وقال أبو العباس والمنصور بالله وأبو حنيفة: إنه يملكها كما في ذوات القيم ويتصدق بها.

وإن كانت مختلفة في الجنس أو في النوع أو في الصفة فإن أمكنه تمييزها وجب عليه، وإن لم يمكن ملكها كما في ذوات القيم، ذكره في شرح الإبانة والمنصور

(١) وذلك لأنه ملكها ببدل فأشبه المبيع المحبوس بالثمن والمرهون في تحريم الانتفاع به إلا بإذن من له الحق. وباقي الأقوال كما ترى. (بستان لفظاً).

(٢) يقال: سياق المسألة في القيمي، ولا خلاف أنه يملك، فينظر في قوله: لأجل الخلاف.

(٣) ما بين المعقوفين في (أ)، والمطبوع).

(٤) يوم الخلط إن لم ينقله عدواناً، وإلا فكالغصب. اهـ القياس أما حيث لم ينقله لم يلزم إلا الأرش فقط؛ لأنه جان.

(٥) لأنها قد صارت في ضمانه. (برهان) (قررو).

(٦) يقال: كيف يكون قسمة العوض؟ فإن قال: على عدد الرؤوس وبين مدعي الزيادة والفضل^[١] فهذا قال كذا في المعوض.

[١] الكلام في مستوٍ جنساً وصفة ونوعاً، فينظر في قوله: والفضل. (سماع سيدنا علي).

بالله، وهكذا إذا خلط ملكه بملك غيره.

مسألة: وإذا وقف أرضاً من أراضيهِ وكتبها في ورقة ودفعها إلى وصيه ومات ثم ضاعت الورقة والتبست الموقوفة بسائر أراضيهِ ولم تعرف بعينها: فإن كان ضياع الورقة بغير تفريط من الوصي لم يضمن وصارت الأراضي لبيت المال^(١)، وإن ضاعت الورقة بتفريط الوصي فإن لم يكن قد قبض الأراضي لم يضمنها^(٢) وضمن قيمة الورقة^(٣)، وإن كان قد قبضها فإنه يملكها بالخلط^(٤)، ويضمن قيمتها للورثة وللموقوف عليه بينهم على عدد الأراضي^(٥).

مسألة: وتبطل المضاربة بموت أحدهما؛ لأنها وكالة^(٦)، وكذلك الشركة والعارية والوديعة، وتبطل بالردة من العامل^(٧) لا من المالك^(٨). ولا تبطل

(١) ولا شيء على بيت المال لا للمصرف ولا لأهل الأموال. اهـ إذ لا تعدي.

(٢) وتكون لبيت المال. (قررو).

(٣) مكتوبة. (قررو).

(٤) ويبطل الوقف كما مر. (قررو).

(٥) حيث كان الوصي من غير الورثة، فإن كان هو الوارث ولا وارث سواه لزمه قيمة الأدنى من الأراضي للموقوف عليه؛ لأن الأصل براءة الذمة مما زاد.

(*) حيث قيمتها مستوية، فإن اختلفت القيمة؟ لعله يجمع قيمة الجميع وتقسم على قدر قيمة الأراضي. اهـ ولم يظهر فائدة في هذا الكلام فالرجوع إلى ما في البيان. (سماع سيدنا حسن).

(٦) وأيضاً فإن المال قد صار للورثة؛ لقوله ﷺ: ((من ترك مالا فإلهه)). قال عليه السلام: فإن قال وارث المالك: قد أقررتك على المضاربة لم يصح؛ لأنها قد انفسخت بالموت، بل لا بد من تجديدها في نقد. (بستان).

(٧) وإن لم يلحق. (قررو). واعتبر المؤلف للحقوق، قال المؤلف: وكلام البيان غير مستقيم؛ لأن ذلك إنما هو في ابتداء عقدها، وأما هنا فقد عقدت على الصحة، فيكون التصرف

موقوفاً حتى يسلم فيصح أو يلحق فتبطل. (وابل).

(*) لأن من شرطها أن يكون العامل مسلماً. (بستان).

(٨) إلا أن يلحق. (قررو).

بالإغماء، خلاف الإمام يحيى، قال أبو حنيفة: ولا بالجنون^(١) إلا أن يكثر، قيل^(٢): وهو شهر فما فوق، وقيل^(٣): سنة.

فروع: فإن كان الذي مات هو المالك فليس للعامل أن يتصرف في مالها ولا يمسكه إلا بإذن الورثة أو الوصي حيث هم صغار أو الحاكم^(٤) حيث لا وصي، وإلا حيث يكون المال عروضاً يجوز فيها الربح فيبيعها بالإذن^(٥) كما مر، وللورثة أخذها بالأولوية^(٦) بالقيمة أو بما دفع أكثر منها، لا بالأقل.

فروع: فإن حصل الربح بعد الموت -نحو أن يكون المال عروضاً فزادت قيمتها بعد الموت- فقال السيد يحيى بن الحسين: له حصته من الزيادة، وقال الأمير المؤيد: لا شيء له منها^(٧).

(١) وفي البحر وشرح الفتح: أنها تبطل بهما، وسيأتي مثله في الوكالة، وفي الأزهار في قوله: قيل: وتعود بعود عقله.

(٢) أبو يوسف.

(٣) محمد بن الحسن.

(٤) فإن لم يكن فالصلاحية كافية. (شرح أثمار).

(٥) إن أحب، وقيل: وجوباً. (قرئ).

(*) وإن امتنعوا من الإذن أجبروا. (قرئ). إذ لا يظهر الربح إلا بالبيع.

(٦) كما يأتي في حاشية في الشركة والأولوية ولاية.

(*) وهل للعامل أن يأخذ السلع بالأولوية؟ الأقرب أنه ليس له ذلك؛ لأنه في التحقيق وكيل مفوض، والوكيل ليس له ذلك، وكذا ورثته. (غيث معنى). وقال الفقيه يوسف: بل له ذلك، واختاره المتوكل على الله. وفي بعض الحواشي: ولعل في الفرق نظراً؛ لأن القياس أن ورثة المالك أولى في حصة المالك، لا في حصة العامل فلا أولوية، وورثة العامل القياس أنهم أولى في حصة العامل في الربح، فلم يظهر الفرق بين العامل والمالك، فينظر.

(٧) حيث لا يجوز الربح. (قرئ).

(*) أما لو مات المالك وفي السلع ربح معلوم أو مجوز فإنه يستحق العامل حصته من الربح جميعه إلى وقت رد رأس المال. (حاشية سحولي لفظاً) (قرئ).

(*) وهذا إذا لم تكن موجودة وقت البيع المعتاد. (كواكب معنى).

فرع: وإن كان الذي مات هو العامل لزم ورثته رد النقد والعروض التي لا ربح فيها ولو لم يطلبهم المالك، ذكره القاضي زيد وأبو مضر^(١)، وقال الفقيهان يحين البحيح وعلي: لا يلزمهم الرد، بل تمكن المالك منه إذا طلبه - وهكذا في الوديعة والعارية وكل أمانة. وما كان عرضاً يجوز فيه الربح فلهم بيعه بغير إذن، ذكره أبو العباس والشافعي، وقال ابن أبي الفوارس والفقيه محمد بن سليمان: لا يبيعونه إلا بإذن المالك، فإن غاب فيأذن الحاكم^(٢)، وهذا حيث عرف المال بالبينة أو بإقرار العامل أو بإقرار ورثته حيث تركته غير مستغرقة بالدين، فأما مع استغراقها فلا يصح إقرارهم^(٣)، خلاف الفقيه محمد بن سليمان.

فرع: فإن عرف بأحد هذه الأمور أصل المال وقال الورثة: لا نعلم بقاءه ولا ادعوا تلفه ولا رده فقال المؤيد بالله: الظاهر بقاءه^(٤) ويجب ضمانه من تركه الميت؛ لعدم تمييزه له، وقال أبو طالب: الظاهر عدم بقاءه^(٥)، والبينة على المالك

(١) كمسألة ملقى ربح أو طائر، وظاهره ولو احتاج الوارث إلى مؤنة. (مفتي).

(*) وذلك لأن الوارث ليس مأذوناً له في الإمساك، فإن أمسكه حتى تلف ضمنه، قال الفقيه حسن: ولعل المراد بعد قبضه له لا قبله. وقال الفقيهان يحين البحيح وعلي: لا يلزمه الرد ولا الحفظ حتى يقبضه ولزمه الحفظ فقط؛ لأنه صار إليه بغير فعل منه، وقد ذكر المؤيد بالله ما يدل عليه في مسألة من وضع المغصوب في حجره ولم ينقله حتى رفع عنه فلا شيء عليه. (بستان).

(٢) إذا كان موجوداً في الناحية. (برهان). وإلا فله ولاية؛ لأنه شريك حيث ثم ربح، ونظيره ما ذكره في المدبر إذا دبره اثنان فأعسر أحدهما كما يأتي. (شامي).

(٣) يعني: يبقى الإقرار موقوفاً حتى يوفى عن الميت أو يبري الغرماء. (قرور).

(٤) وهو ظاهر قول الهادي عليه السلام في الأحكام، واحتج عليه بقول علي عليه السلام، وادعى عليه في شرح الإبانة الإجماع، وقواه في البحر والأثمار، وهو قول الإمام المتوكل على الله أحمد بن سليمان، وقواه المتوكل على الله إسماعيل، واختاره المفتي.

(٥) أما لو أقر قبل الموت بوقت يسير لا يتسع لرد ولا تلف فالظاهر البقاء اتفاقاً. (قرور).

إن ادعى بقاءه. وهكذا الخلاف في الوديعة والعارية وكل أمانة.

فرع: وإن ثبت بأحد هذه الوجوه بقاء المال إلى موت العامل ولم يعرف بعينه فإنه يكون المالك أسوة الغرماء في تركة العامل^(١)، وقال القاسم: لا شيء له إلا بعد قضاء ديون العامل^(٢)، وقال الشافعي: لا شيء له إذا لم يعرف المال متميزاً. وهكذا في الوديعة والعارية وكل أمانة.

مسألة: وإذا أنكر ورثة العامل أو الوديع أصل المضاربة أو الوديعة فالقول قولهم ويحلفون ما يعلمون، وإذا ادعوا أنه كان تلف في يد مورثهم أو أنه كان قد رده فعليهم البيئة^(٣) بذلك أو على أن مورثهم كان قد ادعاه وحلف عليه، فإن لم يكن قد حلف على دعواه لذلك حلفوا ما يعلمون بقاءه ولا أنه تلف بجناية من مورثهم ولا تفريط، فإن لم يبينوا حلف المالك على بقاءه مع العامل، وإن رد اليمين عليهم حلفوا أنه قد كان تلف مع مورثهم أو رده أو ادعى تلفه أو رده وحلف

(*) وأنه ما سكت إلا وقد رد [أو تلف]، فإذا أراد رب المال أن يتحاطأ أشهد على العامل^[١] أنه إن مات ولم يدع رداً ولا تلفاً أن قول المالك مصدق في بقاء ماله، فيكون هذا وصية عند أبي طالب، وأما عند المؤيد بالله فهو لازم من غير هذا. وإن أراد زيادة في الاحتياط أشهد على العامل أنه إن كان في علوم الله أنها لا تحصل بيئة بدعواه بالرد^[٢] أو التلف أنه قد ألزم نفسه ونذر على المالك بمثل ما يدعي أنه لم يصل إليه من مال المضاربة، ثم يقول المالك: قد أبرأتك مما ألزمت إن كان في معلوم الله أي أدعي دعوى أعلمها كاذبة. (هامش بستان وزهور) و(قرئ).

(١) مع معرفة قدره وجنسه، وإلا لزم في التركة أقل ما يضارب فيه. (قرئ).

(٢) وجه قول القاسم عليه السلام أن الدين مضمون عليه في الأصل، ومال المضاربة غير مضمون، فوجب أن يكون بالتقديم أولى. (من شرح القاضي زيد لفظاً).

(٣) قيل: بنى هذا على قول المؤيد بالله، وأما على قول أبي طالب فالقول قولهم كما سيأتي في ورثة المرتين، وقول أبي طالب هو المختار هنا وهناك. (حاشية سحولي لفظاً).

[١] هكذا في هامش البستان، وفي الزهور: أشهد العامل.

[٢] في الزهور: للرد.

عليه، فإن أنكر المالك تحليفه للعامل حلف ما كان قد حلف^(١)، فإن لم يحلف المالك بل رد عليهم حلفوا أن أباهم قد كان حلف على ما ادعاه.

فروع: فإن ادعوا أن المال تلف معهم بعد موت أبيهم فإن كان قبل تمكنهم من رده فلا شيء عليهم، والقول قولهم في ذلك مع يمينهم، وإن كان بعد تمكنهم من الرد ضمنوه على قول القاضي زيد وأبي مضر، لا على قول الفقيهين يحيى البحيح وعلي.

فروع: فإن ادعوا أنهم قد ردوا المال بعد موت أبيهم فعلى قول الفقيهين يحيى البحيح وعلي يقبل قولهم، وأما على قول القاضي زيد وأبي مضر: إنه يلزمهم الرد فيأتي فيه الخلاف الذي في المستعير^(٢) والمستأجر إذا ادعى الرد هل يقبل قوله أو يبين. وهكذا في كل أمانة بعد موت من هي في يده.

مسألة: وللمالك عزل العامل متى صار مالها نقداً على صفته يوم أعطاه، وإن كان عرضاً يجوز فيه الربح فليس له عزله، وإن كان يعلم^(٣) أن لا ربح فيه فليس له عزله أيضاً، ذكره أبو العباس وأبو طالب، وقيل: إن له عزله^(٤).

مسألة: وليس له بيع سلعة المضاربة من نفسه ولا من غيره، ولا التوكيل ببيعها، ولا منع العامل من بيعها، ولا أخذه ببيعها فوراً، بل يمهل الحاكم إلى مجيء السوق أو القافلة أو نحو ذلك^(٥) على ما يراه^(٦)، وإن استهلكها المالك

(١) ثم يحلف الورثة يمين الرد ما يعلمون البقاء.

(٢) يعني: فعلى قول القاضي زيد وأبي جعفر يقبل قولهم ما لم يترخوا عن الرد، وعلى قول الهادي وأبي طالب لا يقبل قولهم إلا ببينة. (بستان لفظاً).

(٣) أو يظن. (قررو).

(٤) وهو مفهوم الأزهار في قوله: والمال عرض يجوز الربح فيه.

(٥) الموسم.

(٦) وكذا لو أراد رب المال التأخير وأراد العامل التعجيل وفيه نقص كثير فيقرب أن الحكم كذلك، والأصح أن الرأي في ذلك إلى العامل؛ لأن الولاية في البيع إليه لا إلى رب المال إذا كان البيع بقيمة ذلك الوقت. (ديباج معنى).

ضمن للعامل نصيبه فيها على قدر ما معه من الربح، ذكره المؤيد بالله.

مسألة: وإذا أراد الشراء من العامل حيث فيه ربح ^صجاز، خلاف أحد قولي المؤيد بالله^(١)، وحيث لا ربح فيه فقال في شرح الإبانة: لا يجوز^(٢)، خلاف أبي طالب وأبي العباس وأبي حنيفة فأجازوه، كما يشتري السيد من مكاتبه^(٣).

مسألة: وإن أراد العامل شراء شيء من مالها من المالك فمع عدم الربح يجوز ويسلم الثمن إلى المالك؛ لأنه الوكيل في هذه الحالة^(٤)، ومع وجود الربح لا يصح إلا أن يستثنى قدر نصيبه فيه^(٥)، وعلى قول المؤيد بالله يجوز؛ لأنه لا يملك الربح عنده إلا بالقسمة.

مسألة: وإذا زاد المالك للعامل مالاً على مالها زيادة عليه فقبل التصرف أو بعده وقبل يحصل ربح ولا خسران تصح وتكون مضاربة واحدة، وبعد حصول ربح أو خسران لا تصح الزيادة عليه، بل تكون مضاربة ثانية؛ لثلا يجبر خسران مضاربة بربح مضاربة أخرى. وكذا إذا أمره يستقرض من نفسه قدر معلوماً

(١) حجتنا: أن التصرف حق للعامل، وليس للمالك التصرف إلا بإذنه، وحجته: أنه شري ماله بهاله فلا يجوز في الزائد على حصة العامل من الربح، فأما حيث اشتري المالك حصة العامل من الربح فإنه يجوز وفقاً مع أن المؤيد بالله يقول: لا يملك إلا بالقسمة، لكن حصل في البيع معنى القسمة. (بستان).

(٢) وذلك لأنه لا يجوز أن يشتري ملكه، وكما لو شري من وكيله ما وكله ببيعه. وحجة الآخرين في الكتاب، ولأن التصرف إليه وإن فقد الربح. (بستان).

(٣) ومن عبده المأذون مع الاستغراق.

(٤) لعل المراد أنه يشبه الوكيل وليس بوكيل حقيقة، وإلا لزم أن لا يصح البيع؛ لأنه في حكم تولي الطرفين واحد.

(*) إلا أن يأمره المالك بذلك صح، وتبقى المضاربة على الصفة الأولى. (قرود).

(٥) أو يميز ثمن حصته. اهـ والمختار أنه لا يصح تميزت أم لا؛ لأنه اشتري ملكه وملك غيره. (قرود).

يزيده عليها^(١) فهو على هذا التفصيل، وهكذا إذا أمره يستقرض من غيره قدرأ معلوماً من النقد يزيد عليها مع بيان من يستقرض منه، وإن لم يبينه فكذا أيضاً، وقال الفقيه محمد بن سليمان^(٢): لا يصح توكيله به، بل يكون ما استقرضه لنفسه، وإن لم يبين قدر ما يستقرضه له لم يصح التوكيل وكان ما استقرضه لنفسه^(٣)، إلا أن يضيفه إلى المالك ثم يميزه كان له على ما تقدم تفصيله^(٤)؛ لأن القرض^(٥) تلحقه الإجازة، ذكره في الشرح.

مسألة: وللمالك أن يعين العامل بإذنه في البيع والشراء، وإذا قبض ثمناً أو نحوه على صفة رأس المال لم تبطل المضاربة فيه، خلاف التفريعات والحنفية^(٦).

مسألة: وما اشتراه العامل قبل عقدها فهو له لا لها ولو نواه لها ولو دفع ثمنه

(١) في (ب): على ما لها.

(٢) وفي الشرح: عن ابن أبي الفوارس. اهـ ومثله في الزهور، وذكر فيه أن كلام الفقيه محمد بن سليمان على أصل ابن أبي الفوارس.

(٣) وكان القياس أن يكون للأمر؛ لأن الجهالة في الموكل به لا تمنع من صحة التوكيل، فيكون ما اشتراه للأمر، والربح له والوضيعة عليه، وللمأمور الأجرة؛ لأنه لم يفعل تبرعاً. (صعيتري بلفظه)^[١].

(٤) في أنه ينظر هل قبل التصرف أو بعده وهل ثمة ربح أم لا.

(*) وتكون المضاربة فاسدة فساداً أصلياً؛ لجهالة مالها، فيستحق العامل أجرة المثل، والربح للمالك والخسر عليه. اهـ وفي حاشية: وتكون المضاربة على هذا الاستدراك صحيحة. (قرئ).

(٥) في (ب، ج): القبض.

(٦) قال في البحر: والمذهب خلافه. قال في الطراز: إن قبضه بنية العزل أو تصرف لنفسه فكذا أيضاً، وإلا فلا، وعن سيدي المفتي: المذهب أنه لا ينعزل مطلقاً. (قرئ).

[١] لفظ صعيتري: وأما قوله: يتعلق الربح والوضيعة بالمستدين - وهو العامل - فهذا إطلاق أهل المذهب، ولعل المراد به إذا لم يصف العامل ما استقرضه إلى الأمر؛ لأن وكيل القرض يحتاج بالإضافة، وإذا لم يصف كان له، وأما إذا أضاف فإنه يكون للأمر، والجهالة لا تؤثر في فساد الوكالة؛ لأن الوكالة بالمجهول صحيحة، فيكون ما اشتراه للأمر؛ لأنه وكيل بذلك وربحه له.. إلخ.

من مالها الذي قبضه قبل عقدها، وما اشتراه بعد عقدها فإن نواه لها صح ولو كان بغير مالها، وإن نواه لنفسه فهو له، فإن كان بمالها فهو غاصب له^(١)، وإن لم ينو فيه لنفسه ولا لها فإن كان بمالها فلها، وإن لم يكن بمالها فله.

مسألة: وإذا غصب مالها ثم استفدها العامل بمال فله تسليمه من مالها، خلاف الأستاذ.

مسألة: وإذا اشترى العامل شيئاً لها ثم زاد في ثمنه بعد شرائه كانت الزيادة من ماله، إلا أن تكون العادة جارية بتلك الزيادة فمن مالها، وإذا ادعى أنه زادها لمصلحة المال فعليه البينة^(٢) بالمصلحة؛ لأن الظاهر عدمها.

مسألة: والغبن الكثير لا يصح على العامل^(٣) إلا أن يجيز المالك، أو يكون ثم ربح فيصح في قدر حصته.

مسألة: وإذا اشترى رحماً له بمالها فحيث ثم ربح يصح ويعتق ويضمن قيمة^(٤) نصيب رب المال إن كان موسراً، وإن كان معسراً سعى فيها^(٥) العبد، وقال المنصور بالله: يضمه إن علم رحامته، لا إن جهل فيسعى العبد، وعلى

(١) إذا اشتراه بعينه ولم يجز عرف بالاقتراض ولا فوض^[١]، وإلا فلا، فتأمل. (قررو).

(٢) مع اللبس. (قررو).

(*) إلا ما كان معتاداً. (قررو).

(٣) وينعزل في تلك الصفقة فقط. (شرح أزهار). فيكون عقده معه موقوفاً على الإجازة، وهذا فيما عدا حصته من الربح، فإن كان الغبن قدر حصته من الربح ولا نقص على المالك أو حصل نقص يتغابن به في العادة نفذ العقد ولم يستحق العامل شيئاً من الربح. (حاشية سحولي) و(قررو).

(٤) المراد الثمن، ومثله عن الشامي.

(٥) يعني: بالأقل من القيمة أو الثمن. اهـ من غير فرق بين أن يكون رحماً للمالك أو للعامل. (شامي، وتهامي). والزائد في ذمة العامل. و(قررو).

[١] وجري العرف أن القرض يدخل في التفويض.

أحد قولي المؤيد بالله وأحد احتمالي أبي طالب: لا يعتق العبد، وقال أبو جعفر والفقهاء يحمي البحيح وأحد احتمالي أبي طالب: لا يصح شراؤه له، بخلاف الوكيل؛ لأن هذا مأثور بما يقتضي الربح لا الخسران.

وحيث لا يربح لا يعتق العبد، وقال المنصور بالله وابن أبي الفوارس: يعتق؛ لأنه يدخل في ملكه لحظة^(١)، قلنا: هو ملك غير مستقر^(٢). وهكذا الخلاف في الوكيل إذا شري رحماً له هل يعتق أم لا.

فرع: فإن حصل^(٣) الربح بعد شرائه له عتق ولم^(٤) يضمن؛ لأنه بغير فعله، بل يسعى العبد للمالك.

مسألة: وإذا اشترى العامل رحماً للمالك صح وعتق^(٥) وضمن للمالك إن كان موسراً، وإلا سعى العبد، وقال الشافعي وأبو جعفر والفقهاء يحمي البحيح: لا يصح شراؤه.

وإن اشترى زوجة المالك أو زوج المالكة انفسخ نكاحهما، خلاف أحد قولي الشافعي فلا يصح الشراء عنده^(٦)، ولا مهر للزوجة إذا كان قبل الدخول^(٧).

(١) ما لم يصف ولم يكن ثمة ربح أو يكون العامل عبداً. (قررو).

(٢) ويلزم في المشتري بخيار. قلنا: العتق قوي النفوذ.

(٣) بنى هذا الفرع على أصله أنه لا يعتق إلا إذا كان ثمة ربح، والمذهب أنه يعتق مطلقاً. (قررو).

(٤) في (د): ولا.

(٥) فإن كان يعتق عليهما جميعاً؟ فالجواب: أنه يعتق على العامل؛ لدخوله في ملكه قبل دخوله في ملك المالك، فيضمن مع الإيسار، ويسعى العبد مع الإعسار. اهـ والولاء لمن عتق عليه. (قررو).

(*) وذلك لأن المال مال المالك فلذلك ملكه وعتق عليه. وحجة القول الثاني أن الإذن له يتعلق بما فيه حظ للمالك فقط، ولا حظ هنا. قلنا: الضمان يجبر التفويت. (بستان).

(٦) وذلك لعدم الحظ. لنا ما مر. (بستان).

(٧) لأن الفسخ من جهتها حكماً.

فروع: فإن اشترى زوجة نفسه فحيث ربح يفسخ نكاحه، خلاف المؤيد بالله، وحيث لا ربح لعله يكون على الخلاف الذي في العتق^(١).

مسألة: وإذا كان في مال المضاربة أمة فمع حصول الربح لا يحل وطؤها لأيهما^(٢) ولا حد عليه، ومع عدمه يحل للمالك^(٣) لا للعامل، فإن وطئها فقال الفقيه حسن: لا حد عليه، وقال الفقيه يوسف: يحد مع العلم بالتحريم لا مع الجهل^(٤).

مسألة: ومن دفع إلى غيره^(٥) مالا ليربحه فيه في كل شهر قدر معلوماً فإن كان أعطاه إياه ليتجر فيه على ذلك الشرط فهذه مضاربة فاسدة^(٦)؛ ربحها له وعليه أجره العامل ولو لم يحصل ربح، ومتى استهلك المال ضمنه^(٧) ولا ربح للمالكه^(٨) من بعد.

(١) يعني: فعندنا لا يفسخ، وعند المنصور بالله وابن أبي الفوارس يفسخ. (بستان بلفظه).
(*) ينظر؛ فقد تقدم في قوله: وبملك أحدهما الآخر أو بعضه نافذاً، وهنا لا نفوذ. (سيدي المفتي). يقال: إنه كالوكيل، وقد دخل في ملكه كما تقدم.

(٢) ولو مع إذن العامل. (قررو).

(٣) بإذن العامل؛ لأنه تصرف. (قررو).

(٤) وقيل: يحد مع العلم والجهل. (برهان). وهو ظاهر الأزهار في وطء الإمام؛ لأنه خرج من الثماني. (مفتي ورواه عن شيخه المؤيدي).

(٥) وفي البحر ما لفظه: مسألة: ولو شرط على العامل كذا ربحاً فهو ربا^[١] فلا يملك، المؤيد بالله: ولو وهبه له إذا كانت في الضمير لأجل الشرط؛ إذ الأعمال بالنيات. (بلفظه). لا تنافي بين كلام البحر وكلام البيان، فكلام البيان مع أمره بالتجارة، فتكون مضاربة فاسدة، وكلام البحر لم يذكر التصرف، وإنما أراد قدر ما شرط سواء كانت الدراهم تالفة أو باقية فيحقق، ومثله في الكواكب.

(٦) فساد أصلي. (قررو).

(٧) ويصير ديناً عليه.

(٨) في (د): للمالك.

[١] وإذا كان ربا كان حكم المال في يده حكم ما فسد من البيع لأجل الربا حرام باطل، وقد ذكر في التذكرة أنه لا يطيب ربحه وخراجه، وفي حاشية في بيان حديث: أنه يكون كالغصب إلا في الأربعة، وأما العامل فلا يستحق أجره، وكلام البيان يخالفه، فتأمل.

فرع: وإذا كان يعطيه^(١) ما شرط له على وجه الصلح عن الربح جاز إذا كان مثله أو أقل، لا أكثر إن كان نقداً، وإن كان من غير النقد^(٢) جاز. وحيث لا ربح لا يحل له ما أعطاه مطلقاً.

فرع: وإذا كان أعطاه المال قرضاً أو مضاربة ثم استغرق المال^(٣) كان ما يعطيه ربا، فلو قال عند تسليم ما شرط إليه: أنا لا أخذه إلا أن تهبه لي فوهبه له أو نذر به عليه وفي ضميره أنه لأجل الشرط الأول لم يحل له، ذكره المؤيد بالله؛ لأن الهبة ونحوها ليست من عقود المعاوضات^(٤)، فكان المضمّر فيها كالمظهر، بخلاف عقود المعاوضات كالبيع والشراء والإجارة فهي تنصرف إلى اللفظ ولا حكم للضمير فيها عند المؤيد بالله^(٥).

مسألة: وحيث المضاربة فاسدة من أصلها يستحق العامل أجره مثله ولو مع عدم الربح، ويضمن كالمشترك، وحيث طرأ عليها الفساد بمخالفته لا يستحق شيئاً مع عدم الربح؛ لثلاثا يكون حاله مع المخالفة أحسن^(٦)، ومع حصول الربح

(١) وهذا الفرع يدل على أنه يصح أن يشرط الربح للمالك جميعه كما مر.

(٢) لأنه صالحه عن غير جنسه، وهذا يؤذن أن لفظ الصلح غير معتبر. (مفتي).

(٣) أما القرض فلا يحل له مطلقاً؛ سلم المال أو تلف. و(قررو).

(*) هذا قيد في المضاربة لا في القرض.

(٤) يعني: لو قيل: أليس المؤيد بالله يقول: لا حكم للضمير، فلم أثبت له حكماً هنا؟ فأجاب الكني والفقيه يحيى البحيح بما ذكره في الكتاب؛ لأن الهبة عقد تبرع لا عقد معاوضة، فهو ضعيف، والمضمّر فيه كالمظهر، وكذا في النذر والصدقة، وقال أبو مضر: يكونان قولين للمؤيد بالله في الكل. (بستان).

(*) بل من عقود التبرعات.

(٥) المذهب أن المضمّر كالمظهر عند الهدوية.

(٦) يعني لأننا لو قلنا: يستحق الأجرة لأدنى إلى أن يكون الجاني المخالف أحسن ممن لم يجن ولم يخالف؛ لأنها لو كانت صحيحة لم يستحق شيئاً مع عدم الربح، وهذا خلاف العقل

يستحق^(١) الأقل من نصيبه منه أو أجره مثله - وقال الشافعي: له أجره مثله في الكل، وقال أبو حنيفة: له الأقل في الكل - ومع عدم الربح لا شيء له.

مسألة: ومتى ظهر في مالها ربح ملك العامل نصيبه منه^(٢)؛ فتلزمه زكاته^(٣)، ويصير به غنياً، وعند المؤيد بالله وأحد قولي الشافعي: لا يملكه إلا بالقسمة؛ إذ لو ملكه لملك حصته من ربح الربح^(٤)، ولما جبر به الخسران الحاصل بعده، قلنا: قد ملكه، لكنه لا يستقر ملكه له إلا بالقسمة، فإذا وقع قبل القسمة خسران أو سرق شيء من مالها أو ضاع جبر من الربح؛ إذ لا ربح مع خسران.

والشرع. ومع حصول الربح يستحق الأقل كالأجير المخالف في صفة العمل، وقد مر. وحجة الشافعي أنه وإن خالف فله عناية في العمل فاستحق أجره المثل لبطلان الشرط، وسواء ربح أم لا، في الصحيحة والفاصلة. وحجة أبي حنيفة أنه دخل في المضاربة راضياً بأن لا شيء مع عدم الربح، فيستحق الأقل مع حصوله؛ لأنه قد رضي بما شرط له حيث نقص عن أجره المثل، ولا فرق عنده بين الصحيحة والفاصلة. لنا ما مر. (بستان).

(١) مع الإجازة. (شرح أزهار معنى). يعني: والإضافة. و(قررو).

(٢) وذلك لأن له مطالبة المالك بقسمة ما حصل من الربح كالمال المشترك بين شريكين فدل ذلك على أنه يملك حصته. وحجة المؤيد بالله في الكتاب. (بستان).

(٣) يعني يحول للزكاة. (قررو).

(*) يقال: الملك غير مستقر كالمكاتب. قال السيد محمد بن عز الدين المفتي: مال الكتابة ضعيف من حيث لزوم التنجيم والتأجيل، وبطلانه بتعجيز العبد^[١] نفسه ومخالفته أيضاً للقياس^[٢].

(٤) وصورته: أن يكون رأس المال مائة فتصرف فربح مائة، ثم اشترى بالمائتين شيئاً ربح فيه مائة، فإن العامل لا يملك من المائة الأخرى حصة نصيبه من المائة الأولى، وهو ربح الأخيرة، فهذا حجة المؤيد بالله والشافعي على أن العامل لا يملك نصيبه من الربح بالظهور. (صعيتري).

[١] في المخطوطات والمطبوع: وبطلانه من جهة العبد نفسه. والمثبت من هامش شرح الأزهار.

[٢] في هامش شرح الأزهار: ولكونها معاوضة مخالفة للقياس.

مسألة: وإذا اقتسما الربح ثم وقع بعد ذلك (١) خسران أو سرق أو غضب أو ضياع (٢) فإن كان المال حال القسمة عروضاً (٣) فالمضاربة باقية، فيرد العامل ما أخذ من الربح (٤)، وإن كان المال نقداً على صفته يوم قبضه فقال الهادي والناصر والمؤيد بالله: لا يرد العامل ما أخذه؛ لأن قد انفسخت المضاربة بقسمة الربح، ولا يكون للعامل أن يتصرف في المال إلا بإذن جديد من المالك (٥)، ولا يصح أن يضاربه فيه إلا بعد قبضه (٦) عند الهادي. وقال أبو العباس وأبو حنيفة والشافعي: لا تنفسخ المضاربة بقسمة الربح، بل هي باقية، فإذا حصل فيها خسران أو نحوه رد العامل ما قبض من الربح.

مسألة: وما تلف من مالها بعد تصرف العامل (٧) ببيع أو شراء فهو خسران يجبر مما يحصل من الربح، وما تلف منه قبل تصرف العامل (٨) فإنها تبطل المضاربة فيه؛ فلا يجبر بما يحصل من الربح.

فرع: فلو اشترى شيئاً على الذمة لمالها قبل التصرف (٩) ثم تلف مالها بطلت،

(١) وقبل قبض المالك رأس المال. (برهان) (قررو).

(٢) المراد به التلف من غير جنابة ولا تفريط. (قررو).

(٣) أو نقداً لا على صفته. (قررو).

(٤) وذلك لأن القسمة موقوفة على كمال رأس المال، ولم يكمل. (بستان).

(*) يعني حيث لم يقبض المالك السلع عن رأس المال؛ إذ لو قبضت ثم كسدت في يده فلا يجبر الربح الخسران، ذكر معناه في حاشية السحولي، وقرره الشامي.

(٥) يعني: بعقد جديد. (قررو).

(٦) أو يوكله بقبضه من نفسه؛ إذ يقوم مقامه.

(٧) الأزهار: فلو خسر قبلها وبعد التصرف أثر الجبر.

(٨) وصورته: أن يضاربه في ألفين فتلف قبل التصرف ألف، ثم استفاد على الباقي ألفاً، فإنه لا يجبر الألف التالف؛ لأن المضاربة قد بطلت فيه. (زهور) (قررو).

(٩) وأما بعد التصرف فقد تقدم أنه على المالك أيضاً ولا تبطل المضاربة. (قررو) في الفرع الخامس من أول الباب.

وفيمَا اشتراه وجهان: أحدهما: أنه يكون له وثمرته عليه^(١)، والثاني: أنه يكون للمالك وثمرته عليه^(٢)؛ لأنه وكيل له، وهو الأرجح.

فروع: وإذا ظنا حصول الربح فاقتهما قدره ثم بان خلافه رد العامل ما أخذه^(٣).

مسألة: وإذا ظهر في مالها ربح فأراد أحدهما أن يأخذ نصيبه منه في غير محضر صاحبه فعلى القول بأن القسمة بيع ليس له ذلك، وعلى القول بأنها إفراز إن كان الآخذ هو المالك جاز؛ لأن له عزل العامل فيما هو على صفة رأس مالها سواء حضر أو غاب، وإن كان الآخذ هو العامل فعلى القول بأن قسمة الربح فسخ للمضاربة ليس له ذلك^(٤)، وعلى القول بأنها ليست فسخاً يجوز له ذلك^(٥).

مسألة: وليس للعامل أن ينفرد بحصة نصيبه من الربح مما يربح^(٦) من بعد وفاقاً، مثاله: لو كان رأس مالها ستين ثم ربح عشرين، فقد صار له عشرة، وهي ثمن المال، فإذا ربح بعد ذلك شيئاً لم يكن له ثمنه وحده^(٧)، بل يكون^(٨) من جملة الربح أوله وآخره^(٩) سواء.

مسألة: وإذا أخذ المالك شيئاً من مالها النقد انفسخت المضاربة فيه^(١٠)، فلو

(١) وذلك لأنه لم يأذن له أن يشتري إلا بماها. (بستان).

(٢) ولا أجرة للعامل؛ لأنه اشتراه بانياً على أنه لا أجرة له إلا مع الربح. (قررو).

(٣) يعني: لا المالك فلا يرد، بل يحسب عليه ما أخذه من رأس ماله. (بستان) (قررو).

(٤) وعليه الأزهار: ولا ينفرد بأخذ حصته.

(٥) المذهب لا يجوز ذلك في الطرفين.

(٦) في (ب، ج): مما يخرج فيه.

(٧) يعني: لا ينفرد بأخذه وحده. (تذكرة معنى).

(٨) في (د): بل يكون ذلك.

(٩) وهذه هي حجة المؤيد بالله على أن العامل لا يملك نصيبه من الربح إلا بالقسمة. (برهان).

(١٠) هذه المسألة خلاف المذهب، بل على كلام التفريعات والحنفية حيث قبض المالك شيئاً على صفة رأس المال. اهـ لا على ما تقدم لأهل المذهب فلا تنفسخ، وهو الصحيح.

تلف الباقي أو بعضه لم يجبر من الربح الذي في المقبوض، بل يكونان شريكين فيه، مثاله: لو كان رأس مالها مائة ثم ربح فيها عشرين، ثم أخذ المالك منها عشرين، ففيها سدسها من الربح^(١)، فإذا خسر أو تلف بعد ذلك عشرون فإنها تجبر^(٢) بما بقي من الربح - وهو خمسة أسداس عشرين^(٣) - ومن باقي المال^(٤)، ثم يكون سدس العشرين التي قبضها^(٥) المالك بينهما نصفين؛ لأنه تبين أن لا ربح إلا هو، وقد انفسخت المضاربة فيه فلا يجبر منه. فلو كان المالك قبض من هذا المال ستين ثم تلفت الستون الباقية كان معه نصف الربح عشرة قد انفسخت فيه^(٦) المضاربة [فلا يجبر منه^(٧)] فيقتسمانها نصفين. مثال آخر: لو كان رأس المال مائة فتلف منها عشرون^(٨)، ثم أخذ المالك من الباقي عشرين - كان فسحاً في ربع مالها الباقي والتالف^(٩)، فإذا ربح بعد ذلك عشرين أو أكثر

(١) وذلك لأنها سدس جملة المال، فيكون سدسها من الربح وخمسة أسداسها من رأس المال، فتفسخ المضاربة في العشرين التي أخذها المالك، ويجبر الخسر بما بقي من الربح في المال، وهو خمسة أسداس العشرين. (بستان).

(٢) في (ب): فإنه يجبر.

(٣) وهو يأتي ستة عشر وثلثين.

(٤) أي: وما يحصل من باقي المال في المستقبل إذا حصل شيء.

(*) هذه اللفظة ليست في الزهور، وهي في البرهان، ولعله أراد من ربح باقي المال متى حصل. (بستان بلفظه).

(٥) في (ب، ج): الذي قبضه.

(٦) في (ب): فيها.

(٧) ما بين المعقوفين من (د).

(٨) بعد التصرف.

(٩) وذلك لأن الباقي ستون والتالف عشرون، وحصه العشرين التي أخذ من الخسران خمسة عن ربع العشرين التالفة. (بستان).

(*) في (ب): وفي ربع التالف أيضاً.

أخذ منها خمسة عشر جبراً لما بقي من التالف، وهو ثلاثة أرباعه، فأما ربعه - وهو خمسة - فقد انفسخت فيه المضاربة [فلا يجبر^(١)] وما بقي من الربح اقتسماه^(٢)، وعلى هذا النحو فقس، ذكر ذلك الفقيه يوسف في الزهور.

مسألة: وإذا كان في مالها حيوانات أو أشجار أو نحوها فما يحصل من فوائدها الأصلية والفرعية فهو من الربح، ذكره في البحر، وكل ما أنفقه على مالها من نفقة عبيد أو علف بهائم أو أجره أجراء أو كراء جمال أو حوانيت أو غيرها أو جباء أو نحوه^(٣) فهو من الربح إن حصل ربح قبله أو بعده، وإن لم فمّن رأس مالها ولو استغرقه^(٤)، وإن أنفق من ماله في ذلك بنية الرجوع صح.

فروع: وإذا حمل مالها على دوابه أو اتجر في حوانيته فإن كان شرط على المالك أجرتها صح، وإن شرط عليه المالك عدمها صح، لكن له الرجوع عن الشرط^(٥) فيما يستقبل، لا فيما مضى ولا حيث زيد له في الربح لأجل الشرط فلا رجوع له^(٦)، وإن لم يقع شرط في ذلك رجع إلى عاداته في دوابه وحوانيته: إن كان يعتاد أخذ الأجرة فيها وجبت له إذا نوى الرجوع بها^(٧)، وإن كان يعتاد عدمها لم تجب له، وإن لم يكن له عادة فيها أو اختلفت ولا غالب فيها^(٨) لم تجب، خلاف أحد قولي المؤيد بالله وأبي مضر.

(١) ما بين المعقوفين في (أ، د)، وهو في (ج) حاشية.

(٢) يعني الخمسة الباقية للعامل نصفها وللمالك نصفها.

(٣) كما يهدى للأمرء ونحوه فيما يصلح المال. (قرئ).

(٤) ولو زاد عليه. اهـ ويرجع على المالك إن نوى الرجوع. اهـ ويرجع بها أنفق؛ لأن له ولاية على الإنفاق.

(٥) في وجه المالك أو علمه بكتاب أو رسول. و(قرئ).

(٦) وظاهره أنه قد لزم فينظر، ولعله يكون كالإجارة في الدور ونحوها.

(٧) وكذا حيث لانية؛ إذ قد لزم لأجل العادة. و(قرئ).

(٨) أو التيس. (قرئ).

مسألة: وما يحتاج إليه العامل لنفسه مما يعتاده من معه مثل هذا المال^(١) فإنه يستحقه من مالها^(٢) إذا كان في سفر التجارة بمالها^(٣)، وسواء فيه الذهاب والرجوع وما بينهما إذا كان مشتغلاً بمالها^(٤)، وقال أبو جعفر: لا نفقة له في رجوعه إلا إذا كان يتجر فيه، وعلى أحد قولي المؤيد بالله وأحد قولي الشافعي: لا يستحق إلا ما زاد من ذلك على ما^(٥) يكفيه في الحضر. قلنا: وأما في الحضر فلا نفقة له من مالها^(٦)، قال الفقيه يحيى البحيح: إلا إذا كان وقوفه بسبب مالها^(٧) بحيث لولاه لخرج فإنه يستنفق منه^(٨).

فرع: ويعتبر في ذلك بما يعتاده من معه مثل مالها في ذلك البلد من نفقة

(١) المختار أنه يعتبر بعادة نفسه. (شرح أزهار معنى). لفظ شرح الأزهار: فإن لم يكن له عادة بعادة مثله.

(٢) قوله: «فإنه يستحقه من مالها» وذلك لأنه سافر من أجلها ونفعه عائد إليها؛ ولذلك استحقها كأجرة الدلال وكراء الخانوت ونحوه مما يعود نفعه على مالها، ولأنه لو استنفق من نفسه لأدنى إلى أن يستغرق ربحه أو يغرم من نفسه حيث لا ربح. وحجة أبي جعفر أنه ذهب لمصلحة المال وطلب الربح، ورجوعه لا مصلحة فيه للمال. وحجة أحد قولي المؤيد بالله وأحد قولي الشافعي أن السفر يقتضي وجوب الزائد على نفقة الحضر، قلنا: محتبس في ذهابه وإيابه من أجل مالها فكانت المؤنة من المال كحبس الزوجة بالنكاح وإن لم يستمتع منها كل وقت. (بستان).

(*) يعني: من ربحه. (قرر).

(٣) بريداً. (عامر). قيل: الخروج من الميل إذا كان عازماً على مجاوزة البريد.

(٤) حفظاً وتصرفاً أو أحدهما. (قرر).

(٥) في (د): لا يستحق من ذلك إلا ما زاد.

(٦) قال في الشرح: ولا خلاف في هذا؛ لأن إقامته في مصره ليست لأجل المال. (بستان).

(٧) في (ب، د): من مالها.

(٨) قلت: لأنه حبس لأجلها. (مفتي). ومثله في الوايل، وقواه الذماري، واختاره الإمام شرف الدين والجري، وعن الهبل خلافة أخذاً بظاهر الأزهار: في السفر فقط.

وكسوة وكراء مركوب ومسكون، ومن المشروب والخادم الذي يعتاده^(١)، لا ما كان نادراً كالدواء وأجرة الحجامة ونحو ذلك^(٢).

فروع: وإنما يستحق الإنفاق من مالها بشروط أربعة:

الأول: أن يكون مالها فيه سعة يحتمل الإنفاق منه^(٣)، ذكره الأمير الحسين والأمير علي، قال الفقيه حسن: وهو ما لا يستغرق الإنفاق ربحه، وقال الفقيه يحيى البحيح^(٤): هو ما لا يستغرق الإنفاق أكثر مالها، فلو كان يستغرق نصفه فما دون استحق الإنفاق. قال الفقيه علي: فيعمل في الابتداء بغالب ظنه، فإن ظن أنه كثير استنفق منه، فإن بان أنه يستغرق أكثره رد ما أنفق، وإن غلب بظنه أنه قليل يستغرق أكثره لم يستنفق منه، فإن تبين من بعد أنه كثير^(٥) رجع بما أنفق، يعني إذا نوى الرجوع^(٦).

الثاني: أن يكون مقصوده بسفره مال المضاربة، فلو كان مقصوده غيره كالحج والتجارة في جنبه تبعاً له لم يستنفق منه حتى يفرغ من الحج ويشتغل بالتجارة واستنفق منه، وإن كان مقصوده لمالها ولغيره كتجارة ثانية له أو لغيره قسط نفقته على الكل^(٧)، ومتى فرغ من أحدهما واشتغل بالثاني استنفق منه، فلو كان

(١) وإذا بقي من شرايه أو طعامه أو ملبوسه إذا عاد إلى مصره كان ذلك مردوداً إلى مال المضاربة على أصل يحيى عليه السلام. (لمع) و(قررد).

(٢) إلا لعرف. (عامر) (قررد).

(٣) قال في الزهور: لا إن كان قليلاً، نحو عشرة دراهم إلى مكة. (بستان لفظاً).

(٤) في (ج): وقال الفقيهان يحيى البحيح وعلي.

(٥) بحيث لا يجوز استغراق الربح عندنا، وعند الفقيه يحيى البحيح بحيث لا يجوز استغراق مال المضاربة أو أكثره.

(٦) وفي الغيث: ما لم ينو التبرع.

(٧) بقدر المنفعة. (مفتي) (قررد).

(*) فلو كان سفره بمالها مثلاً يستغرق من النفقة عشر دراهم، ومع عدمه خمسة؛ لكونه يسلك طريقاً آخر سهلاً للمؤنة فإنه يكون حصتها سبعة ونصفاً.

معه مال تجارة لغيره وداعة^(١) فقال الفقيه يحين البحيح: إن عليه قسطه من النفقة، وقال الفقيه علي: لا نفقة عليه، بل عليه قسطه من الكراء والجباء.

مسألة: وإذا سافر بما لها ثم عرض له في سفره مرض أو حبس أو خوف يمنع التجارة فقال الأمير الحسين والشيخ عطية: لا يستنق منه^(٢)، وقال ابن معرف: بل يستنق منه^(٣).

الثالث: أن لا يشرط عليه المالك عدم الاستنفاق منه، فإن شرطه عليه صح الشرط، لكن له الرجوع في وجه المالك فيما يستقبل^(٤)، وقيل: لا يصح الشرط^(٥).

فرع: وإن شرط العامل^(٦) أن ينفق على عياله ونحوهم من مالها أو على نفسه في الحضر فسدت؛ لأنه يؤدي إلى أن يستغرق الربح له وحده، إلا أن يقول: مما زاد على كذا من الربح صح^(٧).

الرابع: أن لا يتفاسخا المضاربة، فلو فسخها وقبض المالك مالها النقد^(٨) والعامل في سفرها ففي رجوعه بنفقته حتى يصل بلده تردد، رجح الإمام يحين عدمه^(٩).

(١) المراد بالوداعة التي لا يقاسم في ربحها وإن كان يأخذ عليها أجرة.

(٢) حيث لا يشتغل بها. (قررو).

(*) قال في البحر: والأقرب أنه لا يستنق منها؛ إذ لا سبب له. إلا أن يكون بقاؤه لأجل مالها فله الاستنفاق.

(٣) حيث مرضه أو حبسه بسببها واشتغل بها. (قررو).

(٤) في (د): فيما هو مستقبل.

(*) إلا أن يكون هذا الشرط في مقابلة زيادة زيدت له في الربح لم يصح الرجوع. (قررو).

(٥) هذا ذكره في التفريعات أنه يبطل الشرط لا المضاربة. (بستان).

(٦) قبل التصرف، لا بعده فلا يلحق المفسد. (حثيث). ولقائل أن يقول: ذلك في العقود اللازمة، وأما هذه فهي من العقود الجائزة فيلحق المفسد. (شامي) (قررو).

(٧) في (د): صح ذلك.

(٨) لا فرق بين النقد والعرض بعد التفاسخ وإن لم يقبض. (قررو).

(٩) وذلك لأنه قد ارتفع سبب استحقاقه للنفقة، كلومات فإنه لا يجهز من مالها. ويحتمل

فروع: فلو فسخها^(١) ومالها دين على الغير فعليه أن يقتضيه ويستنفق منه^(٢)، وإن لم يقتضه ضمنه لمالكه^(٣)، وقال أبو حنيفة والشافعي: لا يلزمه ذلك، بل يحيل المالك على الغرماء^(٤).

مسألة: وإذا اختلفا فالقول قول العامل مع يمينه حيث أنكر المضاربة أو أنكر قبض مالها، وفي قدره، وكذا في رده وفي تلفه إذا كانت صحيحة^(٥) ولو بعد موت المالك، لا إن كانت فاسدة فهو أجير مشترك، وفي أنه اشترى السلعة لنفسه، وفي عدم الربح، وفي قدره، وفي دعواه الخسران^(٦)، وفي إنكاره للحجر عليه من المالك

أن يرجع؛ لأنه قد استحقها بعقد المضاربة. (بستان لفظاً).

(١) ولفظ الغيث: تنبيه: إذا فسخا عقد المضاربة فإنه ينظر هل المال موجود أم دين على الغير، إن كان موجوداً وقبضه مالكه في بعض الطريق فقال في الانتصار: يحتمل أن له النفقة حتى يرجع؛ لأنه قد كان مستحقاً لها، ويحتمل خلاف ذلك، وهو المختار؛ لأنها قد انفسخت فأشبهه إذا مات فإنه لا يجهز منه. وأما إذا كان المال ديناً على الغير فقال في التفريعات: إذا فسخت وهو دين وجب عليه أن يتقاضاه إن كان ثمة ربح، وينفق على نفسه، وإن لم يكن ثمة ربح لم يجب عليه أن يتقاضاه، وقال في شرح الإبانة: مذهب أصحابنا ومالك أنه يجب على العامل تقاضي الدين وليس على المالك أن يحتال، وإن لم ضمنه العامل، وقال أبو حنيفة والشافعي: لا يجب عليه، بل يحتال المالك؛ لأن الوكيل لا يلزمه الإتمام، قلنا: إن لم يتقاضاه^[١] فهو كالمستهلك^[٢].

(٢) يعني في مدة المطالبة بالقضاء كما في انقضاء وقت المؤتة حيث انقضى الوقت ومالها عروض.

(*) ظاهره وإن لم يكن ثم ربح.

(٣) هذا إذا كان عن بيع ونحوه مما تتعلق حقوقه بالوكيل، لا عن قرض حيث أذن له المالك بذلك أو جرى عرف، وإلا فلا يجب عليه الاقتضاء؛ لعدم تعلق الحقوق. (شامي).

(٤) قلنا: إن لم يتقاضاه فهو كالمستهلك. (غيث).

(٥) هذا راجع إلى الرد والتلف؛ لأنه أمين فيما في يده ولو بطلت المضاربة. (بستان).

(٦) في الصحيحة مطلقاً، وفي الفاسدة إذا كان لا يمكن عليه البيعة، وإلا بين. (قررو).

[١] هكذا في الغيث، وفي نسخة من الزهور: إن لم يتقاضاه.

[٢] ما بين المعوقين من الزهور.

فيما ادعى المالك أنه منعه منه إذا كان بعد التصرف فيه، لا قبله^(١).

مسألة: وإذا اختلفا في قدر ما شرط للعامل من الربح فالبينة عليه^(٢)، فإن اختلفا هل شرط له شيئاً^(٣) من الربح أو لم يشرط فالبينة على مدعي الشرط؛ لأن الأصل عدمه، ذكره في التفريعات، وفيه نظر؛ لأن من يدعي عدم الشرط يدعي فسادها^(٤).

مسألة: وإذا ادعى كل واحد منهما أنها شرطا له ثلثي الربح فهما مدعيان، فمن بين منهما حكم له^(٥)، وإن بينا معاً أو حلفا أو نكلا فسدت المضاربة وكان

(*) إذ هو أمين، والمراد في دعوى الخسر حيث هي صحيحة. (بستان). وفي الفاسدة إذا كان لا يمكن البينة عليه فالقول قوله، وإلا بين. (قررو). وفي الغيث ما لفظه: قلت؛ وإنما كان القول قوله في الاختلاف في الخسر لأنه في التحقيق يؤول إلى الاختلاف في القدر؛ لأن العامل يقول: هذا مالك كله لكنه قد رخص سعره، والمالك يدعي أنه ليس ماله كله، فهو يدعي الزيادة؛ ولذلك جعلوا القول للعامل في الخسر كما في القدر والربح سواء كانت المضاربة صحيحة أو فاسدة، بخلاف الرد والتلف أيضاً فيشترط أن يكون صحيحة كما تقدم. (منه). وفي الأثمار: أن الخسر حكمه حكم التلف والرد فلا يقبل قول العامل فيه إلا في الصحيحة فقط. وبنى عليه في البستان.

(١) وله منعه.

(٢) ظاهره أن عليه البينة ولو كان ثمة عادة بقدر معلوم، وهو ظاهر الأزهار أيضاً، خلاف ما ذكره القاضي عامر. (قررو).

(٣) في (د): شيء.

(٤) يقال: مع عدم الشرط لا تكون فاسدة، بل تكون ودیعة. لعله يقال: ما تكون ودیعة تصرف إلا حيث شرط المالك جميع الربح له، فتكون ودیعة تصرف ويكون العامل متبرعاً؛ لأن الشرط أملك، وأما مع الإطلاق فمن شرط المضاربة تبين كيفية الربح وإلا فسدت لاختلال شرطها، والله أعلم. قد تقدم في البيان في قوله: مسألة: وإذا لم بينا كيفية الربح بينهما فسدت، فأفهم بخلاف الحاشية أنه يكون ودیعة، فالمرقر البيان، والله أعلم.

(٥) فإن بينا معاً حكم بيئته العامل؛ لأنها عليه في الأصل، وهذا مع الإطلاق؛ فإن كان ثمة تاريخ عمل بالمطلقة أو بالمتأخرة.

(*) هذا كلام التمهيد أنه يبين المالك في هذه الصورة بما ادعاه، ويمكن أن يقال: القول قول

للعامل أجرة مثله، ذكره في التمهيد.

مسألة: قال في التفريعات: وإذا قال العامل: «هذا مالها وفيه كذا وديعة»^(١) للغير فإن وصل ذلك بكلامه قبل قوله مع يمينه، وإن كان دعواه لذلك منفصلاً عن إقراره به لم يقبل إلا ببينة. فإن قال: «هذا مالها وعلى دين فيه كذا» قبل قوله مع يمينه مطلقاً. وقال الفقيه حسن: لا يقبل قوله إلا ببينة في الكل^(٢).

مسألة: وإذا ادعى العامل أن الربح حصل في تصرفه بعد فسخها أو بعد موت المالك، وقال المالك أو ورثته: بل حصل قبل ذلك - فيحتمل أن القول قول العامل؛ لأنه يحكم بأقرب وقت^(٣)، ويحتمل أن القول قول المالك [أو ورثته^(٤)]; لأن الربح يتبع رأس المال واختاره في التفريعات.

مسألة: وإذا قال المالك: المال معك مضاربة في نصف الربح، وقال العامل: بل هو معي غصب فالربح لي - فيحتمل أن القول قول المالك؛ لأن الربح يتبع رأس المال، ويحتمل أن القول قول العامل؛ لأن الأصل عدم المضاربة^(٥) والإذن، وهو الأصل الثاني.

المالك؛ لأن الربح يتبع رأس المال إلا ما أقر به المالك كما تقدم. (بستان). ومثله في الأزهار في قوله: والقول للمالك في كيفية الربح، وقد ذكر معناه في البحر، وتقوية المسألة الأولى في البيان.

(١) في (ج، د): وديعة كذا.

(٢) في (ج، د): لا يقبل قوله في الكل إلا ببينة.

(٣) وأنه من بعد العزل. (قرر).

(*) إلا أن يكون دعواه التصرف وحصول الربح بعد فسخها أو بعد موت المالك بوقت لا يتسع للتصرف لم يكن القول قوله. (سيدنا علي بن أحمد).

(٤) ما بين المعقوفين من (د): وهو حاشية في (أ).

(٥) لأن الظاهر فيمن يتصرف في شيء أنه لنفسه.

مسألة: وإذا قال المالك: المال معك مضاربة فقال: بل وديعة^(١) فالبينة على المالك؛ لأنه يدعي إلزامه ببيع ما اشتراه. وكذا لو قال: هو معك قرض أو غضب فقال: بل وديعة^(٢).

مسألة: والقول قول المالك حيث قال: هو معك^(٣) وديعة فقال: بل قرض أو قراض^(٤)، وكذا لو قال: هو معك قرض فقال: بل قراض^(٥)؛ لأنه يدعي عدم الضمان فيه إذا تلف مع جواز التصرف، والظاهر في الأعيان العوض، وهكذا في العكس^(٦)؛ لأن الأصل بقاؤه على ملك المالك.

مسألة: وإذا قال العامل: «هذا مال المضاربة وفيه ربح كذا» وأنكر المالك الربح فعليه البينة بالربح^(٧)، وإلا حلف المالك ما فيه ربح، ذكره الفقيه حسن. وعلى قول التفريعات يقبل قوله إذا وصل كلامه. فإن لم يقر أنه ما لها بل ادعى أنه قد حصل في المال ربح كذا فالقول قوله^(٨)، وكذا لو قال: هذا بعضه رأس مال وبعضه ربح.

مسألة: وإذا ادعى العامل أنه أنفق على نفسه^(٩) من ماله بنية الرجوع على

(١) وديعة حفظ. (قرر). وإلا فالقول قول مدعي المعتاد. (قرر).

(٢) وذلك لأنه لم يدع لنفسه حقاً. (بستان).

(٣) في (ب): المال معك.

(٤) وذلك لأنه يدعي بالقرض ملكه وبالقرض جواز التصرف فيه، والأصل عدم ذلك. (بستان).

(٥) يعني بالقرض مال المضاربة بلغة أهل الحجاز. (مفتي، وهامش هداية).

(٦) وفي الأزهار القول للعامل؛ لأنه قال: لا قراض.

(٧) وذلك لأن قوله: وفيه ربح هو رجوع عن إقراره الأول بأنه مال المضاربة، وسواء وصل

كلامه أم لا، إلا على قول التفريعات الذي تقدم حيث قال: وفيه وديعة ووصل كلامه

فيقبل هنا كهناك. (بستان).

(٨) وذلك لأنه أمين واليد له. (بستان).

(٩) وفي الهداية: يعني أنفق على مال المضاربة لا على نفسه. وفي التذكرة: ولو على نفسه.

لكن يقال: وأين الربح مع التلف على هذا القول؟

مالها قبل قوله مع يمينه إن كان المال باقياً، لا بعد تلفه فعليه البيئته^(١)؛ لأنه يريد تضمين المالك، وقال الشافعي: يقبل قوله. وهكذا إذا ادعى أنه تدين على مالها ديناً ويريد قضاءه من مالها فيقبل قوله مع بقاء المال، لا بعد تلفه إلا ببيئته، ذكره في الحفيظ والتفريعات، وقال في التذكرة: إن عليه البيئته مطلقاً^(٢).

مسألة: من ضارب رجلين ثم رجعا إليه بمائتين فقال أحدهما والمالك: هذا رأس المال، وقال الثاني: بل فيه ربح مائة ورأس المال مائة - فلا شيء للذي صادق المالك، ولا تقبل شهادته على المنكر؛ لأنه جار إلى نفسه^(٣) حق التصرف فيه والرد إلى المالك، وللذي ناك المالك خمسة وعشرون مع يمينه^(٤).

فرع: فإن رجعا بثلاثمائة فقال أحدهما والمالك: الربح مائة، وقال الثاني: الربح مائتان، وكان شرط الربح بينهم نصفين - أخذ المنكر خمسين^(٥) مع يمينه،

(١) وعن القاضي سعيد الهبل والقاضي عامر، وهو ظاهر الهداية: ولو بين أيضاً^[١]؛ لأنه انكشف أن لا ربح في المال. (قررو).

(٢) يعني مع بقائه وتلفه، وهذا راجع إلى دعوى الدين لا إلى دعوى الإنفاق. (بستان).

(٣) ولأنه وكيل، وشهادة الوكيل فيما وكل فيه لا تصح.

(٤) وذلك لأن الربح عنده مائة، للمالك نصفها، وله هو وصاحبه نصفها، ولكن صاحبه قد صادق المالك. (بستان).

(٥) وذلك لأن له ربع المائتين، وللذي صادق المالك ثلث خمسين؛ لأنه يقول: الربح مائة للمالك نصفها وله هو وصاحبه نصفها لكل واحد خمسة وعشرون، لكن قد أخذ صاحبه بيمينه خمسين فتسقط من الربح، يبقى خمسون تقسم بينه وبين المالك أثلاثاً على قدر حصصهما من الربح؛ لأن للمالك نصفه وله ربعه. أو نقول: قد غصب صاحبه خمسة وعشرين أخذها بيمينه عليه وعلى المالك أثلاثاً، فعليه ثلثها ثمانية وثلث تسقط من نصيبه من الربح، يبقى له سبعة عشر إلا ثلثاً. ومسألة الثلاثة تفهم من هذه، فلا حاجة لتطويل الكلام مع فهم المعنى. (بستان).

[١] لكن يلزم لو أنفق على نفسه من الربح ثم تلف المال أن يغرم للمالك ما أنفق على نفسه فينظر، المذهب لا يغرم؛ لأنه استنفق والربح موجود ولم يتلف بعض المال فيجبره. اهـ وفي حاشية ما لفظه: يغرم نصف ما استهلك، وقرره الشامي. وفي المقصد الحسن: يغرم جميع ما أنفق؛ لأن استنفاقه كالمشروط بعدم الخسر، كذا قرره بعض المشائخ. (منه بلفظه) (قررو).

وللذي صادق المالك ثلث خمسين، وهو سبعة عشر إلا ثلثاً؛ لأن عنده الربح مائة، وقد أخذ المنكر خمسين، وليس يستحق منها إلا نصفها، فيكون كلها من الربح، ويبقى منه خمسين له وللمالك يقتسمانها أثلاثاً على قدر سهامهما في الربح.

مسألة: من ضارب ثلاثة ثم رجعوا بأربعمئة^(١) فقال أحدهم والمالك: الربح فيها مائة، وقال الثاني: الربح فيها مائتان، وقال الثالث: بل ثلاثمائة - كان لهذا الثالث سدس الذي ادعاه ربحاً، وهو خمسون مع يمينه^(٢)، وللثاني خمس ما بقي من الربح على زعمه بعد إسقاط الخمسين منه، وذلك ثلاثون مع يمينه،

(١) ولفظ حاشية: قال في الغيث: وإن كانوا ثلاثة وأتوا بأربعمئة فقال المالك وزيد: الربح مائة، وقال عمرو: بل مائتان، وقال بكر: بل ثلاثمائة - فاز بكر بخمسين، وهي سدس ما ادعاه من الربح، وفاز عمرو بثلاثين؛ لأنه معترف أن ما بقي من الربح إلا مائة وخمسون، له خمسه، وهو ثلاثون، وفاز زيد بخمسة؛ لأنه معترف أن ما بقي من الربح إلا عشرون؛ لأنه قد ذهب من المائة التي أقر بها خمسون وثلاثون وبقي عشرون، للمالك ثلاثة أسهم من الأصل، فيأخذ ثلاثة أرباع العشرين، وبقي لزيد خمسة فقط، إلى آخر ما ذكره في الغيث. ووجه ذلك: أن بكراً يقول: الربح ثلاثمائة فله سدسها خمسون، وعمرو يقول: هو مائتان، له سدسها ثلاثة وثلاثون وثلث، لكن بكراً في زعمه ظلمهم سبعة عشر إلا ثلثاً، فعليه منها ثلاثة وثلث، وعلى زيد مثلها، وعلى المالك عشرة، انتقصوها من الربح الذي هو المائتان في زعم عمرو، فلذلك كان لعمرو ثلاثين، وقال زيد: الربح مائة لي سدسها ستة عشر وثلثان، وكذلك بكر وعمرو، فمع بكر ثلاثة وثلثين وثلث، ومع عمرو ثلاثة عشر وثلث جملتها ستة وأربعون وثلثان على زيد ربعها أحد عشر وثلثان، هذه طريقه عليه السلام.

(٢) وفي الزهور ما لفظه: فللثالث خمسون سدس ما ادعى أنه ربح، وللثاني ثلاثون من الخمسين الباقية من المائة الرابعة؛ لأنه يقول: الباقي من الربح مائة وخمسون مقسومة على قدر الأنصباء، وهي خمسة، وللذي صادق رب المال ربع العشرين الباقية من المائة الرابعة؛ لأنه يدعي أنه لم يبق من الربح إلا هي وأنه يستحق ربعها والمالك ثلاثة أرباعها. (زهور لفظاً).

ويكون للذي صادق المالك ربع الباقي من الربح على زعمه بعد إسقاط ما أخذه أصحابه^(١) منه، وهو خمسون وثلاثون، فبقي منه عشرون، له ربعها خمسة، ولا تقبل شهادة بعضهم على بعض.

(١) ولقائل أن يقول: اليد لهم على سواء في المال، وهلا صدق كل واحد منهم في ثلث المال، وهلا قيل: قد أجمعوا أن للمالك مائة والباقي ثلاثمائة في يد كل واحد مائة في الحكم، فلا يستحق الذي قال: الربح ثلاثمائة ما ذكر، يحقق هذا. (رياض). ومثله في الزهور. وفي الغيث: ويمكن الجواب بأن يقال: بل اليد للعامل؛ لأن المالك مقرر أنه رجع إليه من يده، فأقر بأن اليد له، والعامل لم يقر للمالك إلا بالقدر الذي صادقه فيه، فكان القول قوله في قدر رأس المال منه وأن الزائد على ذلك القدر ربح. (من شرح ابن بهران).

الضهرى

٥	كتاب البيوع
١١	فصل: [في شروط البيع].....
٣٢	فصل: [في بيان من تجوز معاملته بيعاً وشراءً وما لا يجوز بيعه]
٧٩	فصل: في قبض المبيع
٩٣	فصل في الربا
٩٩	فصل في مسائل الاعتبار
١٠٤	فصل: [في وجوه من البيع ورد الشرع بتحريمها]
١١٣	فصل: [في الشروط في البيع].....
١٢٧	فصل: [في أسباب الخيار في البيع].....
١٦١	فصل: [في أحوال المبيع إذا لم يرض المشتري بالعيب ولا زال العيب]... ..
١٨٥	فصل: [في قسمة الخيارات باعتبار الفور والتراخي وما يورث].....
١٨٧	فصل: [فيما يدخل في المبيع].....
١٩٤	فصل: [في تلف المبيع].....
١٩٨	فصل: [في استحقاق المبيع].....
٢٠٨	فصل: [في البيع غير الصحيح].....
٢١٩	فصل: في المأذون
٢٣٣	فصل: [في المراجعة]
٢٤٢	فصل: [في التولية].....

- ٢٤٥ فصل: في الإقالة
- ٢٤٩ فصل: في القرض
- ٢٥٨ فصل: في الصرف
- ٢٦٨ فصل: في السلم
- ٢٨٥ فصل: في اختلاف المتبايعين
- ٢٩٨ كتاب الشفعة
- ٣٤٣ فصل: [في أحوال المبيع بعد الحكم بالشفعة]
- ٣٦٩ فصل: في اختلاف المشتري والشفيع
- ٣٧٦ كتاب الإجازات^(١)
- ٣٨٩ فصل: [في أقسام المؤجرات]
- ٤٥٤ فصل: [فيما تستحق به الأجرة في الإجارة الفاسدة]
- ٤٦٣ فصل: [فيما تستحق به الأجرة في الإجارة الصحيحة]
- ٤٨٦ فصل: [في بيان الأسباب التي يصح معها فسخ الإجارة]
- ٤٩٢ فصل: [في بيان ما يحل أخذ الأجرة عليه وما لا يحل]
- ٤٩٩ فصل: في الاختلاف
- ٥٠٨ فصل: في الضمان وعدمه
- ٥١١ باب المزارعة^(١)
- ٥١٩ فصل^(١): [في المغارسة الصحيحة والفاسدة]
- ٥٢٨ فصل: [في المساقاة الصحيحة والفاسدة]
- ٥٣١ باب الإحياء والتحجر^(١)

٥٤٦ باب المضاربة
٥٦١ فصل: في اختلاط الأموال
٥٩٢ الفهرس