

## الخلافة

الشيخ الطوسي ج ٢

[ ١ ]

كتاب الخلافة تأليف شيخ الطائفة الامام أبي جعفر محمد بن الحسن الطوسي  
قدس سره ٢٨٥ - ٤٦٠ هـ الجزء الثالث مؤسسة النشر الاسلامي التابعة لجماعة  
المدرسين بقم المشرفة

كتاب الخلافة (ج ٣) \* تأليف: شيخ الطائفة أبو جعفر محمد بن الحسن الطوسي  
\* تحقيق: السيد علي الخراساني والسيد جواد الشهرستاني والشيخ مهدي طه  
نجف \* إشراف: الحاج الشيخ مجتبي العراقي \* الموضوع: فقه \* عدد الاجزاء ٥ أجزاء \*  
طبع ونشر: مؤسسة النشر الاسلامي الطبعة: الجديدة المطبوع: ٣٠٠٠ نسخة  
التاريخ: ١٤١١ هـ. ق مؤسسة النشر الاسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم  
المشرفة

[ ٢ ]

كتاب البيوع

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

(١) موطأ مالك ٢: ٦٦٧، والمجموع ٩ / ٢٨٨ و ٣٠١، وكفاية الاخير ١: ١٤٨،  
والمحلى ٨: ٣٣٧.  
(٢) الام ٣: ٣، ومختصر المزني: ٧٥، والوجيز ١: ١٣٥، والمجموع ٩: ٢٨٨ - ٢٩٠، وكفاية  
الاخير ١: ١٤٨، والمحلى ٨: ٣٣٧، وفتح العزيز: ٨: ١٤٦.  
(٣) الام ٣: ٢٠، ومختصر الزني: ٧٥، والوجيز ١: ١٣٥ - ١٣٦، والمجموع ٩: ٢٨٨ و ٢٩٠،  
وكفاية الاخير ١: ١٤٨، والمحلى ٨: ٣٣٧، وفتح العزيز: ٨: ١٤٦.  
(٤) انظر المصادر المتقدمة. (٥) اللباب ١: ٢٣٣ - ٢٣٤، والمحلى ٨: ٣٣٧، والمجموع ٩:  
٣٠١، وكفاية الاخير ١: ١٤٨.  
(٦) البقرة: ٣٧٥.

[ ٦ ]

وأيضاً روي عنهم عليهم السلام انهم سئلوا عن بيع الجرب الهروية؟ فقالوا: لا  
بأس به، إذا كان لها بارنامج، فإن وجدها كما ذكرت وإلا ردها (١). وروي عن النبي  
صلى الله عليه وآله أنه قال: " من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه " (٢).  
مسألة ٢: إذا ثبت هذا العقد، فمتى رأى المشتري المبيع، لم يثبت له الخيار إلا أن  
يجده بخلاف الجنس، أو الصفة، وأما إذا وجدته كما عين ووصف فليس له الخيار. وقال  
الشافعي - على قوله أنه يصح - أن له الخيار على كل حال (٣). دليلنا: أن جواز  
الخيار في ذلك يحتاج إلى دليل، والعقد قد صح، فمن أبطله، أو أجاز الخيار مطلقاً،  
فعلية الدلالة. مسألة ٢: إذا باع شيئاً على أن يسلمه بعد شهر، صح العقد. وقال  
الشافعي: لا يصح (٤). دليلنا: الآية (٥)، والمنع من ذلك يحتاج إلى دليل. مسألة ٤:  
إذا اشترى شيئاً لم يره حال العقد، وكان قد رآه قبل العقد، صح الشراء وهو مذهب  
الشافعي (٦)، وبه قال جميع الفقهاء (٧).

- (١) لم أفد على هذا الخبر في المصادر الحديثية المتوفرة.
- (٢) سنن الدارقطني ٣ - ٤ - ٥ حديث ٨ و ١٠، والسنن الكبرى ٥: ٣٦٨.
- (٣) الوجيز ١: ١٤١ - ١٤٢، والمجموع ٩: ٢٨٨، والمجلد ٨: ٣٣٧.
- (٤) الوجيز ١: ١٥٥، والمجموع ٩: ٣٤٠، وكفاية الاخير ١: ١٥٥ وعمدة القاري ١١: ٢٨٩.
- (٥) قوله تعالى: " وأحل البيع وحرم الربا " (البقرة: ٣٧٥).
- (٦) الوجيز ١: ١٣٥، وكفاية الاخير ١: ١٤٨، والمجموع ٩: ٢٨٩.
- (٧) المجموع ٩: ٢٨٩، والمغني لابن قدامة ٤: ٨٩.

## [ ٧ ]

وقال الانماطي من أصحاب الشافعي: لا يصح حتى يشاهد المبيع حال العقد (١). دليلنا: قوله تعالى: " وأحل الله البيع " (٢) وهذا بيع، والمنع يحتاج إلى دليل. وأيضا الاصل الاباحة. مسألة ٥: إذا اشترى شيئا كان رآه قبل العقد، ولم يره في حال العقد مما يجوز أن يتلف ولا يتلف، صح بيعه، فإذا وجده كما اشتراه مضى، وإن خالفه كان بالخيار بين إمضاء البيع وفسخه. وبه قال أصحاب الشافعي (٣). وفيهم من قال: لا يصح البيع (٤). دليلنا: الآية (٥)، والاصل الاباحة، والمنع يحتاج إلى دليل. مسألة ٦: البيع ينعقد بوجود الايجاب من البائع، والقبول من المشتري. لكنه لا يلزم المتبايعين بنفس العقد، بل يثبت لهما، ولكل واحد منهما خيار الفسخ مادام في المجلس، إلى أن يتفرقا أو يتراضيا بالتبايع في المجلس. وروى هذا في الصحابة عن علي عليه السلام، وعبد الله بن عمر، وعبد الله بن عباس، وأبي هريرة، وأبي برزة الاسلمي (٦)، وبه قال الحسن البصري،

- (١) المجموع ٩: ٢٨٩ و ٢٩٦.
- (٢) البقرة: ٣٧٥.
- (٣) الوجيز ١: ١٣٥ - ١٣٦، وكفاية الاخبار ١: ١٤٨، والمجموع ٩: ٢٨٩ و ٢٩٦. (٤) هو قول عبد العزيز بن مقلاص، وأبو القاسم الانماطي كما ذكره النووي في المجموع ٩: ٢٨٩ و ٢٩٦، وانظر كفاية الاخير ١: ١٤٨.
- (٥) قوله تعالى: " وأحل الله البيع " (البقرة: ٣٧٥).
- (٦) أبو برزة، نضلة بن عبيد الاسلمي، صحب النبي صلى الله عليه وآله وروى عنه وروى عن أبي بكر، وعنه ابنه المغيرة وبنيت ابنه منية بنت عبيد بن أبي برزة وأبو المنهال الرياحي والازرق بن قيس وغيرهم. سكن المدينة ثم البصرة، وغزا خراسان، وقيل: انه شهد مع علي عليه السلام قتال الخوارج

## [ ٨ ]

وسعيد بن المسيب، والزهري، وعطاء، وفي الفقهاء الازواعي، وأحمد، وإسحاق، والشافعي (١). وذهبت طائفة إلى أن البيع يلزم بمجرد العقد، ولا يثبت فيه خيار المجلس بحال. ذهب إليه في التابعين شريح، والنخعي، وفي الفقهاء مالك، وأبو حنيفة وأصحابه (٢). دليلنا: اجماع الفرقة، وأيضا فالاصل أن لا بيع، وثبوته يحتاج إلى دليل، فمن ادعى أن بنفس الايجاب والقبول يلزم، فعليه الدلالة. وأيضا روي عن نافع، عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وآله قال: " المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار " (٣). فأثبت للمتبايعين الخيار بعد تسميتهما متبايعين، وكل اسم اشتق من فعل فإنه يسمى به، بعد وجود ذلك الفعل، كالضارب، والقاتل وغير ذلك. وكذلك المتبايعان، إنما يسميان بذلك بعد وجود التبايع بينهما، فالخبر يقتضي إثبات الخيار لهما في تلك الحالة، وعند المخالف أنه لا يثبت. مسألة ٧:

- بالنهروان، مات بعد الستين من الهجرة، وقيل غير ذلك. انظر تهذيب التهذيب ١٠:
- ٤٤٦، واسد الغابة ٥: ١٤٦. (١) المجلد ٨: ٣٥٤، والمجموع ٩: ١٨٤، وبداية المجتهد ٢:
- ١٦٩، والمغني لابن قدامة ٤: ٧، والشرح الكبير ٤: ٦٩، وسبل السلام ٣: ٨٢٨ - ٨٢٩، وكفاية الاخير ١: ١٥٤، والام ٣: ٤، ومختصر المزني: ٧٥، وسنن الترمذي ٣: ٥٤٨.
- (٢) المجلد ٨: ٢٥٥، والمجموع ٩: ١٨٤، وبداية المجتهد ٢: ١٦٩، والمغني لابن قدامة ٤: ٧، والشرح الكبير ٤: ٦٩، وسبل السلام ٣: ٨٢٩، ومقدمات ابن رشد ٢: ٥٥٨.
- (٣) صحيح البخاري ٣: ٨٤، والام ٣: ٤، ومختصر المزني: ٧٥، والموطأ ٢: ٦٧١ حديث ٧٩، والسنن الكبرى ٥: ٣٦٨، وترتيب مسند الشافعي ٢: ١٥٤ حديث ٥٣٢، وصحيح

[ ٩ ]

أحدها: خيار المجلس: وهو أن يكون لكل واحد منهما الخيار وفسخ العقد ما لم يتفرقا بالابدان، فإن قال بعد انعقاد العقد أحدهما لصاحبه: إخر الامضاء، فإذا اختار ذلك انقطع الخيار، ولزم العقد، ولم يفتقر إلى التفرق بالابدان عن المكان. والثاني: أن يشترط حال العقد لا يثبت بينهما خيار المجلس بعد انعقاد البيع، فإذا تعاقدا بعد ذلك صح البيع، ويكون على ما شرطا. والثالث: أن يشترط في حال العقد مدة معلومة يكون لهما فيها الخيار ما شاءا من الزمان، ثلاثا أو شهرا أو أكثر، فإنه ينعقد العقد، ويكون لهما الخيار في تلك المدة إلا أن يوجباه بعد ذلك على أنفسهما، كما قلناه في البيع المطلق. وقال أبو حنيفة ومالك: بيع الخيار هو ما يشترط فيه الخيار. فثبت في خيار الشرط، فعند أبي حنيفة ثلاثا (١)، وعند مالك ما تدعوا الحاجة إليه (٢) فعندهما بيع الخيار ما يثبت فيه الخيار. وعند الشافعي بيع الخيار ما قطع فيه الخيار (٣). وأكثر أصحابه على ما اخترناه أولا في القسم الأول (٤)، وفي أصحابه من قال بالقسم الثاني أيضا (٥)، وأما الثالث فلم يقل به أحد منهم، وهو ما زاد على الثلاث.

- (١) اللباب: ١: ٢٣٠ وعمدة القاري ١١: ٢٢٥، الفتاوى الهندية ٣: ٢٨، والنتف ١: ٤٤٦، والبحر الزخار ٤: ٢٤٨، وبداية المجتهد ٢: ٢٠٧، والمجموع ٩: ٢٢٥.  
(٢) مقدمة ابن رشد ٢: ٥٥٨ و ٥٦٠، وحاشية العدوي: ١٤٢ - ١٤٣، وبداية المجتهد ٢: ٢٠٧، وعمدة القاري ١١: ٢٢٤ - ٢٢٥، والمحلّى ٨: ٣٧١.  
(٣) الام ٣: ٤، ومختصر المزني: ٧٥، والمجموع ٩: ١٧٥، وكفاية الاخير: ١: ١٥٥.  
(٤) المجموع ٩: ١٧٥، وكفاية الاخير: ١: ١٥٥، والمحلّى ٨: ٣٧٠ - ٣٧١.  
(٥) المجموع ٩: ١٧٨ - ١٧٩.

[ ١٠ ]

دليلنا: قوله تعالى: " وأحل الله البيع " (١) هذا بيع، فمن خصه فعليه الدلالة. ويدل على خيار المجلس قول النبي صلى الله عليه وآله: " البيعان بالخيار ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار " (٢) فأثبت لهما الخيار قبل التفرق، ثم استثنى بيع الخيار الذي لم يثبت فيه الخيار، وهو ما أشرنا إليه من شرط ارتفاعه عند العقد، وإيجابه وإبطال الخيار بعد ثبوت العقد. وأيضاً روي عن النبي صلى الله عليه وآله انه قال: " المسلمون عند شروطهم " (٣) وهذا شرط صحيح في مدة الخيار، ولا حصر في الخبر للعقد، فينبغي أن يكون جائزا بحسب الشرط. وروي ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وآله قال: " المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا، أو يكون بيعهما عن خيار، فإن كان بيعهما عن خيار فقد وجب البيع " (٤) وهذا نص. وروي عبد الله بن عمر أن النبي صلى الله عليه وآله قال: " المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا عن مكانهما، فإذا تفرقا فقد وجب البيع " (٥)

(١) البقرة: ٢٧٥.

- (٢) سنن ابن ماجة ٢: ٧٣٦ حديث ٢١٨٢، ومسند أحمد بن حنبل ٢: ٩، والمصنف لعبد الرزاق ٨: ٥٠ حديث ١٤٢٦٢، وسنن الترمذي ٣: ٥٤٧ حديث ١٢٤٥، والموطأ ٢: ٦٧١، والسنن الكبرى ٥: ٣٦ وفي بعضها اختلاف يسير في اللفظ.  
(٣) صحيح البخاري ٣: ١٢٠، وسنن الدارقطني ٣: ٢٧ حديث ٩٨ - ٩٩، والمستدرک على الصحيحين ٢: ٤٩ - ٥٠، والسنن الكبرى ٧: ٢٤٩، والتهديب ٧: ٢٢ حديث ٩٣ - ٩٤.  
(٤) سنن النسائي ٧: ٢٤٨ وقد ورد في كثير من المصادر الحديثية بالفاظ مختلفة انظر: صحيح مسلم ٢: ١١٦٣ حديث ٤٥، والسنن الكبرى ٥: ٣٦٩، وترتيب مسند الشافعي ٢: ١٥٤ حديث ٥٣٤.  
(٥) روي البخاري في صحيحه ٣: ٨٤ عن قتيبة حدثنا الليث عن نافع عن ابن عمر عن رسول الله صلى الله عليه وآله انه قال: " إذا تباع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعا أو

[ ١١ ]

وروي نافع عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وآله قال: " البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، أو يقول أحدهما لصاحبه: إخر " (١). وروي عطاء ابن أبي رباح، عن ابن

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

يخير أحدهما الاخير فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع وان تفرقا بعد أن يتبايعا ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع. (١) صحيح البخاري ٣: ٨٤، وسنن النسائي ٧: ٢٤٩، والسنن الكبرى ٥: ٣٦٩، ومسند أحمد بن حنبل ٢: ٧٣. (٢) رواه البيهقي في سننه الكبرى ٥: ٢٧٠ باختلاف في بعض الفاظه. (٣) اللباب ١: ٢٢٢ والمجموع ٩: ١٨٤، وفتح العزيز ٨: ٢٩٢. (٤) قال الترمذي في سننه ٣: ٥٤٧ آخر الباب ما لفظه: وفي الباب عن أبي برزة، وحكيم بن حزام، وعبد الله بن عباس، وعبد الله بن عمر، وسمرة، وأبي هريرة. (٥) لم أقف على هذا الحديث في المصادر المتوفرة. (٦) صحيح مسلم ٣: ١٦٤ ذيل الحديث ٤٥، وسنن الترمذي ٣: ٥٤٨ ذيل الحديث ١٢٤٥، وذكره الشافعي في امه ٣: ٤، والمزني في مختصره: ٧٥، والنووي في مجموعته ٩: ١٨٥. (٧) نيل الاوطار ٥: ٢٩١.

## [ ١٢ ]

وأبو برزة قال: ما أرى إلا تفرقهما (١)، وأبو هريرة مثل ذلك (٢). ولا مخالف لهم. مسألة ٨: يثبت في الحيوان الشرط ثلاثة أيام، شرط ذلك أو لم بشرط. وقال جميع الفقهاء: حكم الحيوان، حكم سائر المبيعات (٣). دليلنا: اجماع الفرقة، وأخبارهم ذكرناها في الكتاب الكبير (٤). مسألة ٩: السلم يدخله خيار الشرط. وعند الشافعي لا يدخله (٥). دليلنا: عموم الاخبار الواردة في جواز الشرط في العقود (٦). وهي عامة إلا ما أخرجه الدليل من الصرف. مسألة ١٠: الصلح إذا كان معاوضة، مثل أن يقر له بعين أو دين، ثم صالحه على ذلك، لم يكن له بعد ذلك الرجوع فيه. وقال الشافعي: هو مثل البيع، يدخله خيار الشرط وخيار المجلس، وإن كان صرفا يدخله خيار المجلس وحده (٧). دليلنا: ما روي عنهم عليهم السلام، واتفقنا عليه من جواز الشرط في

(١) المجموع ٩: ١٨٥، وسنن الترمذي ٣: ٥٤٩، ونيل الاوطار ٥: ٢٩١، والمحلى ٨: ٣٥٣. (٢) نيل الاوطار ٥: ٢٩١. (٣) انظر الام ٣: ٧٥، وكفاية الاخير ١: ١٥٤، والمجموع ٩: ١٧٤، وتلخيص الحبير المطبوع بهامش المجموع ٨: ٢٩٣، والمغني لابن قدامة ٤: ٧، والشرح الكبير لابن قدامة ٤: ٦٩، وعمدة القاري ١١: ٢٢٥. (٤) التهذيب ٧: ٢٤ حديث ١٠١ - ١٠٣ و ١٠٧. وانظر الكافي ٥: ١٦٩ حديث ٢، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٢٦ حديث ٥٤٩. (٥) الوجيز ١: ١٤١، والمجموع ٩: ١٩٢، وكفاية الاخير ١: ١٦٢، وفتح العزيز ٨: ٣١٤ و ٩: ٣٢٤. (٦) انظر ما رواه الشيخ الكليني في الكافي ٥: ١٦٩ الحديث ١ - ٥، والشيخ الصدوق في من لا يحضره الفقيه ٣: ١٢٦ الحديث ٥٥١ و ٥٥٣، والمؤلف في التهذيب ٧: ٢٢ الحديث ٩٣ - ٩٨. (٧) كفاية الاخير ١: ١٥٤، وفتح العزيز ٨: ٢٩٤.

## [ ١٣ ]

ذلك (١). ومن ادعى دخول الخيار فيه، فعليه الدليل. وجعل ذلك بيعا يصح وجود الشرط فيه، يحتاج إلى دليل. مسألة ١١: إذا أحال بمال عليه على غيره، فقبل المحتال الحوالة، جاز أن يدخلها خيار الشرط، ولا خيار مجلس فيه. وقال الشافعي: لا يدخله خيار الشرط، وفي خيار المجلس وجهان (٢). دليلنا على جواز خيار الشرط: قوله عليه السلام: " المؤمنون عند شروطهم " (٣). وما روي عنهم عليهم السلام من قولهم: " كل شرط لا يخالف الكتاب والسنة فانه جائز " (٤) وهذا لا ينافيهما. فأما خيار

المجلس فانه يدخل في البيع، وهذا ليس ببيع، بل هو إبراء محض، فمن أجره مجرى البيع فعليه الدلالة. مسألة ١٣: الوكالة، والعارية، والقراض، والجعالة، والوديعة لا خيار فيها في المجلس، ولا يمتنع دخول خيار الشرط فيها. وقال الشافعي: لا يدخلها الخياران (٥).

- (١) وهي عموم الاخبار المتناولة جواز كل شرط لا يخالف الكتاب والسنة، انظرها في الكافي ٥: ١٦٩ حديث ١، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٢٧ حديث ٥٥٣، والتهذيب ٧: ٢٢ حديث ٩٤ وص ٢٥ حديث ١٠٧.
- (٢) المجموع ٩: ١٧٧ و ١٩٢، وفتح العزيز ٨: ٢٩٧، وكفاية الاخبار ١: ١٥٤.
- (٣) التهذيب ٧: ٢٧١ حديث ١٥٠٣، والاستبصار ٢: ٢٣٢ حديث ٨٢٥، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٨٤، والشرح الكبير ٤: ٢٨٦، وتلخيص الحبير ٣: ٢٣ حديث ١١٩٥ وص ٤٤ حديث ١٢٤٦، وكفاية الاخبار ١: ١٩٢، والمصنف لابن أبي شيبة ٦: ٥٦٨ حديث ٢٠٦٤.
- (٤) الكافي ٥: ١٦٩ حديث ١، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٢٧ حديث ٥٥١ - ٥٥٢، والتهذيب ٧: ٢٢ حديث ٩٤ و ٩٨ وص ٢٥ حديث ١٠٧.
- (٥) فتح العزيز ٨: ٢٩٤، وكفاية الاخبار ١: ١٥٤.

#### [ ١٤ ]

دليلنا على الاول: الاجماع، فانه لا اختلاف أنه لا يدخلها خيار المجلس. وأما الثاني: فعموم الاخبار الواردة في جواز كل شرط لا يخالف الكتاب والسنة يتناول هذه المسائل (١)، فمن ادعى تخصيصها فعليه الدلالة. مسألة ١٣: إذا ملك الشفيع إلشقص بالثمن، وانتزع من يد المشتري، فليس له خيار المجلس. وللشافعي فيه وجهان، أحدهما: مثل ما قلناه، والثاني: له الخيار (٢). دليلنا: خيار المجلس يثبت في البيع، فعلى من ألحقه بالبيع، الدلالة والقياس عندنا لا يجوز. مسألة ١٤: المسافة لا يدخلها خيار المجلس، ويدخلها خيار الشرط. وقال أصحاب الشافعي: لا يدخلها الخياران (٣). وقال أبو حامد الاسفرايني: الذي يجئ على قوله أن يدخلها خيار المجلس (٤). دليلنا على الاول: إنا قد بينا أن خيار المجلس يختص بالبيع، وهذا ليس ببيع، فمن ألحقه به فعليه الدلالة. وأما خيار الشرط، فعموم الاخبار المتناولة في جواز كل شرط لا يخالف الكتاب (٥) يتناول هذا المكان.

- (١) انظر الكافي ٥: ١٦٩ حديث ١، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٢٧ حديث ٥٥٣، والتهذيب ٧: ٢٢ حديث ٩٤ وص ٢٥ حديث ١٠٧.
- (٢) المجموع ٩: ١٧٧ و ١٩٩، وفتح العزيز ٨: ٢٩٧، وكفاية الاخبار ١: ١٥٤.
- (٣) المجموع ٩: ١٧٨، وكفاية الاخبار ١: ١٥٤ - ١٥٥، وفتح العزيز ٨: ٣٠٠.
- (٤) المجموع ٩: ١٧٨، وكفاية الاخبار ١: ١٥٤ - ١٥٥.
- (٥) الكافي: ١٦٩٥ حديث ١، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٢٧ حديث ٥٥٣، والتهذيب ٧: ٢٢ حديث ٩٤ وص ٢٥ حديث ١٠٧.

#### [ ١٥ ]

مسألة ١٥: الاجارة على ضربين: معينة، وفي الذمة، وكلاهما لا يدخله خيار المجلس، ولا يمتنع دخول خيار الشرط فيه. وقال الشافعي: الاجارة المعينة لا يدخلها خيار الشرط (١)، قولاً واحداً. وأما خيار المجلس فعلى وجهين، أحدهما: لا يدخلها، والآخر: يدخلها (٢). والاجارة في الذمة فيها ثلاثة أوجه: فقال أبو اسحاق وابن خيران: لا يدخلها الخياران (٣). وقال الاصطخري: يدخلها الخياران معاً، والمذهب أنه يدخلها خيار المجلس دون خيار الشرط، عكس ما قلناه (٤). دليلنا على الاول: أنه لا دليل عليه، وعلى الثاني: انه لا مانع يمنع منه، وجواز الشرط بين المسلمين، وعموم الخبر به (٥)، فمن منع منه فعليه الدلالة. مسألة ١٦: الهبة للواهب الخيار والرجوع فيها، قبل القبض وبعد القبض، إلا أن يتعوض منها، أو يتصرف فيها الموهوب له، أو تكون الهبة لولده الصغار. وقال الشافعي: هو بالخيار قبل الاقباض، فإذا قبض فهو مبني على أن الهبة هل تقتضي الثواب أم لا؟ فإذا قال: يقتضي الثواب، فعلى وجهين، أحدهما: يدخلها الخياران معاً، والثاني: لا يدخلان معاً (٦). دليلنا: اجماع الفرقة على التفصيل الذي ذكرناه، وأخبارهم ذكرناها في الكتاب المتقدم ذكره (٧).

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

### [ ١٦ ]

مسألة ١٧: إذا أصدقها وشرط الخيار ثلاثا، أو ما زاد عليه في النكاح، بطل النكاح بلا خلاف. وإن شرط في الصداق الخيار وحده، كان بحسب ما يشرط. وقال الشافعي - ونقله المزني عن الام -: فسد المهر (١). وقال في الملاء: بطل النكاح (٢). واختلفوا على طريقين: فمنهم من قال: المسألة على اختلاف حالين، قوله في الام: فسد المهر، إذا كان الشرط في المهر، وقوله في الملاء: بطل النكاح، إذا كان الشرط في النكاح (٣). ومنهم من قال: إذا كان الشرط في المهر وحده فهل يبطل النكاح؟ على قولين، أحدهما: يبطل، والآخر: لا يبطل (٤). فإذا قال: لا يبطل، ففي الصداق ثلاثة أوجه. أحدهما: يصح الشرط والصداق فيهما (٥)، مثل ما قلناه. والثاني: يبطلان معا، ولها مهر المثل (٦). والثالث: يبطل الشرط والصداق بحاله (٧). دليلنا: ما روي عنهم عليهم السلام من قولهم: " إن كل شرط لا يخالف الكتاب والسنة فهو جائز " (٨) فمن ادعى المنع، فعليه الدلالة.

- (١) مختصر المزني: ١٨٢، المجموع ١٦: ٣٢٨.  
 (٢) المجموع ١٦: ٣٣٥ و ٣٢٨.  
 (٣) المجموع ١٦: ٣٣٥ و ٣٢٨، ومغني المحتاج ٣: ٢٢٦.  
 (٤) المجموع ١٦: ٣٣٥ و ٣٢٨، ومغني المحتاج ٣: ٢٢٦.  
 (٥) المجموع ٩: ١٧٨ و ١٦: ٣٢٨. (٦) المجموع ١٦: ٣٣٥ و ٣٢٨.  
 (٧) المجموع ٩: ١٧٨ و ١٦: ٣٢٨.  
 (٨) الكافي ٥: ١٦٩ حديث ١، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٢٧ حديث ٥٥٢، والتهذيب ٧: ٢٢ و ٢٥ حديث ٢٢ و ١٠٧.

### [ ١٧ ]

مسألة ١٨: الخلع على ضربين: منجز، وخلع بصفة. فالمنجز قولها: طلقني طلقة بألف، فقال: طلقتك بها طلقة، فليس له خيار المجلس في الامتناع من قبض الالف ليكون الطلاق رجعيا. وللشافعي فيه قولان، أحدهما: مثل ما قلناه، والثاني: له الخيار (١). دليلنا: إنا قد بينا أن خيار المجلس يختص البيع (٢)، وأثباته في غيره يحتاج إلى دليل. مسألة ١٩: الخلع المعلق بصفة، إما أن يكون عاجلا أو أجلا: فالعاجل أن يقول: إن أعطيتني ألفا فأنت طالق. والاجل أن يقول: متى أعطيتني ألفا فأنت طالق. وعلى الوجهين جميعا لا يصح الخلع، ولا الشرط. وقال الشافعي: العاجل على الفور، فإن أعطته ألفا وقع الطلاق، وإن لم تعطه ارتفع العقد ولا خيار له، والمؤجل فالخيار إليها في الاعطاء والامتناع (٣). وهل يثبت له خيار المجلس في رفع ما أوجبه لها؟ على وجهين: أحدهما: لا خيار له، وهو المذهب (٤). والثاني: له خيار المجلس، وليس بشئ (٥). دليلنا: إجماع الفرقة على أن الخلع بصفة لا يقع، سواء كان مبينا بنفسه، أو

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

### [ ١٨ ]

يحتاج إلى أن يتبع بطلاق، لا يختلفون في ذلك، وعلى من أجاز ذلك الدلالة. مسألة ٢٠: القسمة إذا كان فيها رد، أو لم يكن فيها رد، لا يدخلها خيار المجلس إذا وقعت القرعة، وعدلت السهام، سواء كان القاسم الحاكم أو الشريكين أو غيرهما، ويدخلها خيار الشرط. وقال الشافعي: إن كان فيها رد فهو كالبيع سواء، يدخلها الخياران، وإن كان مما لارد فيه، فعدلت السهام، ووقعت القرعة، فإن كان القاسم الحاكم ووقعت القرعة، فلا خيار. وإن كان القاسم الشريكين، فإن قال: القسمة إفراد فلا يدخلها خيار المجلس، وإن قال: بيع دخله خيار المجلس، ولا يدخلها خيار الشرط (١). دليلنا: إنه لا دلالة على دخول خيار المجلس فيه، ولا يمنع من دخول خيار الشرط فيه مانع، وكل شرط لم يمنع منه مانع فهو جائز، وخيار المجلس يختص بالبيع، وهذا ليس ببيع، بل هو إفراد محض. وأما خيار الشرط فعموم الاخبار الواردة في جواز كل شرط لا يخالف الكتاب والسنة (٢). مسألة ٢١: الكتابة إن كانت مشروطة، لا يثبت للمولى خيار المجلس، ولا يمتنع من دخول خيار الشرط. والعبد له الخيار، لأن له الفسخ، أو يعجز نفسه فينفسخ العقد. وإن كانت مطلقة، فإن أدى من مكاتبته شيئا فقد اعتق بحسابه، ولا خيار لواحد منهما بحال.

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

### [ ١٩ ]

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

(١) المجموع ٩: ١٧٥، وفتح العزيز ٨: ٢٩٤.  
(٢) الكافي ٥: ١٦٩ حديث ١، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٢٧ حديث ٥٥٣ والتهذيب ٧: ٢٢ حديث ٩٤ وص ٢٥ حديث ١٠٧، وص ٣٧١ حديث ١٥٠٣.  
(٣) المجموع ٩: ١٩١، وعمدة القاري ١١: ٢٣٥، والنتف في الفتاوى ١: ٤٤٦، واللباب ١: ٢٣٠، والفتاوى الهندية ٣: ٢٨، وشرح فتح القدير ٥: ٢١٩.  
(٤) من لا يحضره الفقيه ٣: ١٢٧ حديث ٥، والتهذيب ٧: ٢٢ حديث ٩٣ - ٩٤.  
(٥) الوجيز ٢: ٢١٩، والمجموع ٩: ١٧٨، وفتح العزيز ٨: ٣٠١.  
(٦) المصادر السابقة.  
(٧) من لا يحضره الفقيه ٣: ١٢٧ حديث ٥، والتهذيب ٧: ٢٢ حديث ٩٣ - ٩٤.

### [ ٢٠ ]

مسألة ٢٤: من ابتاع شيئا معيناً، بثمن معين، ولم يقبضه، ولا قبض ثمنه، وفارقه البائع، فالمبتاع أحق به ما بينه وبين ثلاثة أيام، فإن مضت لم يحضره الثمن، كان البائع بالخيار بين فسخ البيع وبين مطالبته بالثمن. وإن هلك المبيع في مدة الثلاثة كان من مال المبتاع، وإن هلك بعدها كان من مال البائع. وخالف جميع الفقهاء في ذلك. دليلنا: اجماع الفرقة، وأخبارهم (١). مسألة ٢٥: من ابتاع شيئا بشرط الخيار، ولم يسم وقتاً ولا أجلاً، بل أطلقه، كان له الخيار ثلاثة أيام، ولا خيار له بعد ذلك. وقال أبو حنيفة: ان البيع فاسد، فان أجازته في الثلاثة جاز عنده خاصة، وإن لم يجز حتى مضت الثلاثة بطل البيع (٢). وقال أبو يوسف ومحمد: له أن يجيز بعد الثلاثة (٣). وقال مالك: ان لم يجعل للخيار وقتاً جاز، وجعل له من الخيار مثل ما يكون في تلك



الساعة (٤). وقال الحسن بن صالح بن حي: إذا لم يعين أجل الخيار، كان له الخيار أبدا (٥). دليلنا: إجماع الفرقة، وأخبارهم (٦).

- (١) انظر الكافي ٥: ١٧١ حديث ١١ - ١٢، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٢٧ حديث ٥٥٤، والتهذيب ٧: ٢٢٢١ حديث ٨٨ و ٩٢، والاستبصار ٣: ٧٧ حديث ٢٥٨ و ٣٦٠.  
(٢) النتف في الفتاوى ١: ٤٤٦، والفتاوى الهندية ٣: ٢٨ - ٢٩ والبحر الزخار ٤: ٣٤٨، وبداية المجتهد ٢: ٢٠٨، والمجموع ٩: ٢٢٥.  
(٣) النتف ١: ٤٤٦، والبحر الزخار ٤: ٣٤٨.  
(٤) بداية المجتهد ٢: ٢٠٨، والمجموع ٩: ٢٢٥، والمغني لابن قدامة ٤: ١٢٥، وفتح العزيز ٨: ٣١٢.  
(٥) المحلى ٨: ٣٧٣، وبداية المجتهد ٢: ٢٠٧ - ٢٠٨، والبحر الزخار ٤: ٣٤٨.  
(٦) انظرها في الكافي ٥: ١٧١ - ١٧٢ حديث ١١ و ١٦، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٣٦ - ١٢٧ حديث ٥٥٤ و ٥٥٤، والتهذيب ٧: ٢١ حديث ٨٨ و ٩٠ و ٩٢.

### [ ٢١ ]

مسألة ٣٦: أقل ما ينقطع به خيار المجلس خطوة فصاعدا. وقال الشافعي: يرجع في ذلك إلى العادة (١)، وقسم أقساما. دليلنا: عموم الخبر الذي يتضمن أن البيعين بالخيار ما لم يفترقا (٢)، وإذا مشى خطوة فقد افترقا، والزائد عليه يحتاج إلى دليل. مسألة ٣٧: إذا قال أحد المتبايعين لصاحبه في المجلس بعد العقد: إختر، فإن اختار إمضاء العقد انقطع بينهما الخيار، وإن سكت أو لم يختر، كان الخيار كما كان. وقال الشافعي: يثبت في حيز الساكت (٣)، وفي حيز الآخر وجهان: أحدهما: يثبت، والآخر وهو المذهب: أنه ينقطع خياره وحده، ولصاحبه الخيار (٤). دليلنا: إنا أجمعنا على أن لهما الخيار قبل هذا القول، فمن ادعى أن خيار أحدهما قد زال، فعليه الدلالة. مسألة ٣٨: إذا شرطا قبل العقد، أن لا يثبت بينهما خيار بعد العقد، صح الشرط، ولزم العقد بنفس الإيجاب والقبول. وللشافعي فيه قولان: أحدهما: أن ذلك لا يصح (٥). وعلى ذلك أكثر أصحابه (٦).

- (١) المجموع ٩: ١٨٠، وكفاية الاخير ١: ١٥٥.  
(٢) الكافي ٥: ١٧٠ حديث ٤ و ٩ ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٢٧ حديث ٥٥٧، والتهذيب ٧: ٢٤ حديث ١٠٠.  
(٣) المجموع ٩: ١٧٩ و ٢٠١، وكفاية الاخير ١: ١٥٥.  
(٤) المجموع ٩: ١٧٩ و ٢٠١، وكفاية الاخير ١: ١٥٥.  
(٥) المجموع ٩: ١٧٨ - ١٧٩، والوجيز ١: ١٣٩.  
(٦) الوجيز ١: ١٣٩، والمجموع ٩: ١٧٨ و ١٧٩.

### [ ٢٢ ]

ومنهم من قال بصحته، مثل ما قلناه (١). دليلنا: أنه لا مانع من هذا الشرط، والأصل جوازه، وعموم الاخبار في جواز الشرط يتناول هذا الموضوع (٢). مسألة ٣٩: العقد يثبت بنفس الإيجاب والقبول، فإن كان مطلقا فإنه يلزم بالافتراق بالابدان، وإن كان مشروطا يلزم بانقضاء الشرط، فإن كان الشرط لهما أو للبائع فإذا انقضى الخيار ملك المشتري بالعقد المتقدم، وإن كان الخيار للمشتري وحده زال ملك البائع عن الملك بنفس العقد، لكنه لم ينتقل إلى المشتري حتى ينقضي الخيار، فإذا انقضى ملك المشتري بالعقد الاول. وللشافعي فيه ثلاثة أقوال: أحدها: ينتقل بنفس العقد (٢). والثاني: ينتقل بشرطين، العقد وقطع الخيار (٤). والثالث: مراعى، فإن تم البيع تبينا أن ملكه انتقل بنفس العقد، وإن فسخ تبينا أن ملكه ما زال، سواء كان الخيار لهما أو للبائع وحده، أو للمشتري، وخيار الشرط فيه وخيار المجلس سواء (٥). فأما أبو حنيفة فلا يثبت عنده خيار المجلس (٦)، ويثبت خيار الثلاث بالشرط، فإن كان البيع مطلقا انتقل بنفس العقد، وإن كان بخيار الشرط، فإن كان الخيار لهما أو للبائع لم ينتقل الملك عن البائع، فإذا انقضى الخيار

- (١) المجموع ٩: ١٧٩.  
(٢) من لا يحضره الفقيه ٣: ١٢٧ حديث ٥٥٣، والتهذيب ٧: ٢٢ حديث ٩٣ - ٩٤.



(٣) الوجيز ١: ١٤١، والمجموع ٩: ٢١٣، وفتح العزيز ٨: ٣١٥، ومغني المحتاج ٢: ٤٨.  
(٤) و (٥) المصادر السابقة.  
(٦) النتف ١: ٤٤٣، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٥: ٨١، واللباب ١: ٣٣٣،  
وشرح فتح القدير ٥: ٨١، وفتح العزيز ٨: ٣١٧.

### [ ٢٣ ]

ملك المشتري وكان بعقد متقدم، وإن كان الخيار للمشتري وحده زال ملك البائع عن الملك بالعقد، لكنه لم ينتقل إلى المشتري، فلا يكون له مالك حتى ينقضي الخيار، فإذا انقضى ملكه المشتري الآن (١). دليلنا على لزومه بعد انقضاء الشرط والافتراق: الاجماع، فانه لا خلاف فيه بين العلماء. وأما الدليل على أن العقد يحصل بالايجاب والقبول: قوله صلى الله عليه وآله: " البيعان بالخيار ما لم يفترقا " (٢) فائتبهما بيعين، مع ثبوت الخيار لهما. وأيضا خيار المجلس وخيار الشرط إنما هو لفسخ العقد، فلو كان العقد لم يثبت لم يكن لفسخه معنى. مسألة ٣٠: إذا اعتق المشتري في مدة الخيار، ثم انقضت مدة الخيار، وتم البيع، فانه ينفذ عتقه. وبه قال أبو العباس بن سريج (٣). وقال باقي أصحاب الشافعي: لا ينفذ، لان ملكه ما تم (٤). دليلنا: ما روي عنهم عليهم السلام من أن المشتري إذا تصرف في المبيع بطل خياره (٥)، وهذا قد تصرف فيه، فينبغي أن يلزمه البيع، وإذا لزمه نفذ عتقه عند تمام البيع. مسألة ٣١: إذا وطأ المشتري في مدة الخيار، لم يكن مأثوما، ولحق به الولد، وكان حرا، ولزم العقد من جهته.

(١) اللباب ١: ٣٣١.

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

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

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

(٥) الكافي ٥: ١٦٩ حديث ٢، والتهذيب ٧: ٢٤ حديث ١٠٢ وص ٧٥ حديث ٣٣٠.

### [ ٢٤ ]

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

(١) المجموع ٩: ٢١٦ و ٢١٨، وفتح العزيز ٨: ٣١٩.

(٢) المجموع ٩: ٢٠١، وفتح العزيز ٨: ٣٣٣.

(٣) المجموع ٩: ٢٠١، وفتح العزيز ٨: ٣٣٣.

(٤) الكافي ٥: ١٦٩ حديث ٢، والتهذيب ٧: ٢٤ حديث ١٠٢ وص ٧٥ حديث ٣٣٠.

(٥) المجموع ٩: ٢١٦ و ٢١٨، وفتح العزيز ٨: ٣١٩، وانظر مغني المحتاج ٢: ٤٩.

### [ ٢٥ ]

وإذا قال: ينتقل بشرطين، فعليه قيمة المثل، والامة لا تصير في الحال أم ولده، فإذا ملكها فيما بعد فعلى قولين: قال في الحرمة: تصير أم ولده. وقال في الام: لا تصير أم ولده (١). وأما قيمة الولد فالمذهب أن عليه قيمته (٢)، وفي أصحابه من قال: لا قيمة عليه وإن اختار البائع الفسخ (٣). فان قال: مراعى، أو يثبت بشرطين، فعلى

المشتري المهر، ولا تصير أم ولده، فإن ملكها فيما بعد فعلى قولين، وعليه قيمة الولد قولاً واحداً (٤)، مثل ما قلناه. وإذا قال ينتقل بنفس العقد، فعلى قول أبي العباس: لا مهر عليه، وهي أم ولده، ولا يجب عليه قيمة الولد (٥). وعلى قول الشافعي: عليه المهر، ولا تصير أم ولده في الحال، فإن ملكها فيما بعد تصير أم ولده، قولاً واحداً (٦). دليلنا على أنه لا يلزمه مع نفوذ البيع وتمامه، القيمة والمهر: أن الأصل براءة الذمة، وإيجاب ذلك يحتاج إلى دليل. وأما مع الفسخ، فالدليل على وجوب ما قلناه من قيمة الولد، والمهر: اجماع الفرقة، وطريقة الاحتياط. مسألة ٣٣: إذا وطأ المشتري في مدة الخيار، لم يبطل خيار البائع، علم

(١) المجموع ٩: ٢١٦ و ٢١٨.

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

(٣) و (٤) المجموع ٩: ٢١٨.

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

### [ ٢٦ ]

بوطنه، أو لم يعلم. وبه قال الشافعي وأصحابه (١). وفي أصحابه من قال: إذا وطأ بعلمه، بطل اختياره (٢). دليلنا: إنا قد اتفقنا على أن له الخيار، فمن أبطله فعليه الدلالة، ولا دليل على ذلك. مسألة ٣٤: خيار المجلس يورث إذا مات المتبايعان، أو أحدهما، وكذلك خيار الشرط، ويقوم الوارث مقام من مات منهما، فإن كان أحد المتبايعين مكاتباً، قام سيده مقامه. وبه قال الشافعي في خيار الشرط (٣). وقال في خيار المجلس: إن كان البائع مكاتباً فقد وجب البيع (٤). ولأصحابه فيه ثلاثة طرق: منهم من قال: ينقطع الخيار، ويلزم البيع بموت المكاتب، ولا يلزم بموت الحر (٥). دليلنا: أنه إذا كان الخيار حقا للمشتري، جرى مجرى سائر الحقوق التي تورث بظاهر التنزيل، فمن منع من شئ منها فعليه الدلالة. مسألة ٣٥: إذا أكره المتبايعان، أو أحدهما على التفرق بالابدان، على وجه يتمكنان من الفسخ والتخاير، فلم يفعلوا، بطل خيارهما، أو خيار من تمكن من ذلك. وللشافعي فيه وجهان (٦)، فقال أبو إسحاق مثل ما قلناه (٧)، وقال غيره:

(١) المهذب المطبوع في متن المجموع ٩: ٢٠١، والمجموع ٩: ٢٠٤، والوجيز ١:

١٤٢.

(٢) المهذب المطبوع في متن المجموع ٩: ٢٠١، والمجموع ٩: ٢٠٤، وفتح العزيز ٨:

٣٣٣.

(٣) الوجيز ١: ١٤١، والمجموع ٩: ٢٠٦، وبداية المجتهد ٢: ٢٠٩.

(٤) المجموع ٩: ٢٠٥ و ٢٠٧.

(٥) المجموع ٩: ٢٠٧.

(٦) الوجيز ١: ١٤١، والمجموع ٩: ١٧٤ و ١٨٢ و ٢٠٧.

(٧) المجموع ٩: ١٧٤ و ١٨٢ و ٢٠٧، والوجيز ١: ١٤١.

### [ ٢٧ ]

لا ينقطع الخيار (١). دليلنا: أنه إذا كان متمكناً من الامضاء والفسخ، فلم يفعل حتى وقع التفرق بالابدان، دل على الرضا بالامضاء. مسألة ٣٦: خيار الثلاث موروث، سواء كان لهما أو لاحدهما، ويقوم الوارث مقامه، ولا ينقطع الخيار بوفاته، وكذلك إذا مات الشفيع قبل الاخذ بالشفعة، قام وارثه مقامه. وهكذا في خيار الوصية إذا أوصى له بشئ ومات الموصي، كان الخيار في القبول إليه، فإن مات قام وارثه مقامه، ولم ينقطع الخيار بوفاته. وبه قال مالك والشافعي (٢). وقال أبو حنيفة: كل هذا ينقطع بالموت، ولا يقوم الوارث مقامه. فقال في البيع: يلزم البيع بموته، ولا خيار لو ارثه فيه (٣). وبه قال الثوري وأحمد (٤). دليلنا: إن هذا الخيار إذا كان حقا للميت يجب أن يرثه مثل سائر الحقوق، لعدم الآية (٥)، ومن أخرج شيئاً منها فعليه الدلالة. مسألة ٣٧: إذا جن من له الخيار، أو أغمي عليه، صار الخيار إلى وليه. وبه قال الشافعي (٦).

(١) المجموع ٩: ١٨٢.

(٢) بداية المجتهد ٢: ٢٠٩، والمجموع ٩: ٢٠٦، والوجيز ١: ١٤١، وفتح العزيز ٨: ٣٤.

وشرح فتح القدير ٥: ١٢٥، والمبسوط للسرخسي ١٣: ٤٢، والشرح الكبير لابن قدامة ٤: ٨٦، والمغني لابن قدامة ٤: ٧١ - ٧٢.  
 (٣) اللباب ١: ٣٣٣، والمبسوط ١٣: ٤٢، وبداية المجتهد ٢: ٢١٠، وفتح العزيز ٨: ٣٠٨، وشرح فتح القدير ٥: ١٢٥، والبحر الزخار ٤: ٣٥٠ - ٣٥١.  
 (٤) المغني لابن قدامة ٤: ٧١، والشرح الكبير، وفتح العزيز ٨: ٣٠٨.  
 (٥) قوله تعالى: " إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين " البقرة: ١٨٠. (٦) الوجيز ١: ١٤١، والمجموع ٩: ٣٠٥ و ٢٠٩، وفتح العزيز ٨: ٣٠٧، ومغني المحتاج ٢: ٤٥.

### [ ٢٨ ]

وقال أبو حنيفة: لا ينقطع بالجنون (١). دليلنا: إن الجنون لا يثبت معه التكليف والاختيار الصحيح، فيجب أن لا يثبت معه الاختيار كالموت سواء، ومن ادعى ثبوته على ما كان فعله الدلالة، وأيضا قوله عليه السلام: " رفع القلم عن ثلاث: المجنون حتى يفيق " (٢) يدل على أنه لا حكم لاختياره، وأنه قد زال. مسألة ٢٨: إذا ثبت أن خيار الشرط موروث، فإن كان قد مضى بعضه، ورث الوارث ما بقي منه إذا كان حاضرا عند موت مورثه، فإن كان غائبا فبلغه الخبر وقد مضى مدة الخيار بطل خياره، وإن بقي منه ورث ما بقي. وللشافعي فيه وجهان: أحدهما أنه يبطل خياره. والثاني: له ما بقي من الخيار (٣). دليلنا: أنه إذا كان ذلك حقا له معينا في أيام معينة، فإذا مضت وجب أن يبطل الخيار فيما بعدها، ومن أوجب فيما بعد فعله الدلالة، وكذلك من أبطل الخيار في جميعه وقد بقي بعضه فعله الدلالة، والأصل بقاء الحق فيها. مسألة ٢٩: إذا كان المبيع حاملا، فإن الحمل لا حكم له، ومعناه أن الثمن لا يقسط عليه. وللشافعي فيه قولان: أحدهما مثل ما قلناه (٤). والثاني: أن له حكما، والثمن ينقسم عليهما، كأنه اشترى ناقة وفصيلها (٥). دليلنا: أن العقد وقع على الأصل، فينبغي أن يكون الثمن متعلقا به دون

(١) الفتاوى الهندية ٣: ٤٢، والبحر الزخار ٤: ٣٥١.

(٢) الخصال ١: ٩٣ حديث ٤٠.

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

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

(٥) المجموع ٩: ٢١٩ و ٣٢٣.

### [ ٢٩ ]

الحمل. ألا ترى أنه لو عقد على الفرع منفردا لم يصح، وعلى من ادعى أنه ينقسم عليهما الدلالة. مسألة ٤٠: من باع بشرط شئ، صح البيع والشرط معا إذا لم يناف الكتاب والسنة. وبه قال ابن شبرمة (١). وقال ابن أبي ليلى: يصح البيع، ويبطل الشرط (٢). وقال أبو حنيفة والشافعي: يبطلان معا (٣). وفي هذا حكاية رواها محمد بن سليمان الذهلي (٤)، قال: حدثنا عبد الوارث بن سعيد (٥)، قال: دخلت مكة فوجدت بها ثلاثة فقهاء كوفيين، أحدهم أبو حنيفة، وابن أبي ليلى، وابن شبرمة. فصرت إلى أبي حنيفة فقلت: ما تقول فيمن باع بيعا وشرط شرطا؟ فقال: البيع فاسد، والشرط فاسد. فأتيت ابن أبي ليلى، فقلت: ما تقول في رجل باع بيعا وشرط شرطا؟ فقال: البيع جائز، والشرط باطل. فأتيت ابن شبرمة، فقلت: ما تقول فيمن باع بيعا وشرط شرطا؟ فقال: البيع جائز، والشرط جائز. قال: فرجعت إلى أبي حنيفة فقلت: إن صاحبك خالفك في البيع.

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

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

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

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

(٥) أبو عبيده، عبد الوارث بن سعيد بن ذكوان العبدي البصري التنوري، الحافظ المقرئ. حدث عن يزيد الرشك وأيوب السختياني، وأيوب بن موسى وجماعة. وعنه ولده عبد الصمد وأبو معمر عبد الله بن عمرو ومسدد وبشر بن هلال وغيرهم ولد سنة ١٠٢ ومات في المحرم سنة ثمانين ومائة. سير اعلام النبلاء ٨: ٣٠٠ - ٣٠٤ والعبير ١:

[ ٢٠ ]

فقال: لست أدري ما قال؟ حدثني عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده ان النبي صلى الله عليه وآله نهى عن بيع وشرط. ثم أتيت ابن أبي ليلى فقلت: ان صاحبك خالفك في البيع، فقال: ما أدري ما قال؟ حدثني هشام بن عروة (١)، عن أبيه، عن عائشة أنها قالت: لما اشترت بريدة جاريته شرط علي موالها أن أجعل ولاءها لهم إذا أعتقتها، فجاء النبي صلى الله عليه وآله فقال: "الولاء لمن أعتق" (٢) فأجاز البيع، وأفسد الشرط. فاتيت ابن شبرمة فقلت: ان صاحبك قد خالفك في البيع فقال: لا أدري ما قال؟ حدثني مسعر (٣)، عن محارب بن دثار (٤)، عن جابر بن عبد الله قال: ابتاع النبي صلى الله عليه وآله مني بعيرا بمكة، فلما نقدني الثمن شرطت عليه أن يحملني على ظهره الى المدينة، فأجاز النبي صلى الله عليه وآله

(١) هشام بن عروة بن الزبير بن العوام بن خويلد المدني. ولد سنة احدى وستين وسمع من أبيه وعمه ابن الزبير وأخيه عبد الله بن عروة وعبد الله بن عثمان وغيرهم. ومات ببغداد سنة أربعين ومائة وقيل غير ذلك. سير اعلام النبلاء ٦: ٢٤ - ٤٧، وتاريخ بغداد ١٤: ٤٧، ووفيات الاعيان ٦: ٥٨٠، وميزان الاعتدال ٤: ٢٠١، وتهذيب التهذيب ٤٨: ١١.

(٢) صحيح البخاري ٣: ٢٥١ و ٢٥٩، والسنن الكبرى ١٠: ٣٣٧، وتلخيص الحبير ٤: ٢١٢ حديث ٢١٥٠.

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

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

[ ٢١ ]

البيع والشرط (١). دليلنا: ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله انه قال: "المؤمنون عند شروطهم" (٢) وهذا عام في كل شرط إلا ما أخرجه الدليل من شرط يخالف الكتاب والسنة. مسألة ٤١: إذا تبايعا مطلقا، فكان بينهما خيار المجلس. أو تبايعا بشرط الخيار، فكان بينهما خيار الشرط، جاز أن يتقابضا في مدة الخيار، ويكون الشرط قائما حتى ينقطع. وبه قال الشافعي (٣). وقال مالك: يكره قبض الثمن في مدة الخيار (٤). دليلنا: أن الاصل جوازه، ولا مانع في الشرع يمنع منه. مسألة ٤٢: خيار الشرط يجوز بحسب ما يتفقان عليه من المدة وإن كثر وبه قال ابن أبي ليلى، وأبو يوسف، ومحمد (٥). وقال محمد ومالك: يجوز بقدر الحاجة، فإن كان المبيع ثوبا أو دارا أو نحو هذا، جاز يوما ولا يزداد عليه. وإن كان قرية أو مالا ينقلب إلا في مدة، جاز الشهر والشهرين وقدر الحاجة (٦).

(١) رواه الشيخ المؤلف قدس سره في أماليه ٢: ٤، وابن حزم في المحلى ٨: ٤١٥ والعيني في عمدة القاري ١١: ٢٨٩، وابن رشد في بداية المجتهد ٢: ١٥٨ - ١٥٩ باختلاف في الفاظه فراجع.

(٢) التهذيب ٧: ٣٧١ حديث ١٥٠٣، والاستبصار ٣: ٢٢٢ حديث ٨٣٥، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٨٤، والشرح الكبير ٤: ٢٨٦، وتلخيص الحبير ٣: ٢٢ حديث ١١٩٥ وص ٤٤ حديث ١٢٤٦، وكفاية الاخير ١: ١٩٣، والمصنف لابن أبي شيبة ٦: ٥٦٨ حديث ٢٠٦٤.

(٣) المجموع ٩: ٢٢٣، والمغني لابن قدامة ٤: ٧٠، والشرح الكبير ٤: ٨٦.

(٤) مقدمات ابن رشد ٢: ٥٦٢، والمجموع ٩: ٢٢٣، والبحر الزخار ٤: ٣٤٩، والمغني لابن قدامة ٤: ٧٠، والشرح الكبير ٤: ٨٦.

(٥) المحلى ٨: ٣٧٠ و ٣٧٣، واللباب ١: ٢٣١، وبداية المجتهد ٢: ٢٠٧، وعمدة القاري ١١: ٢٣٤.

(٦) بداية المجتهد ٢: ٢٠٧، وعمدة القاري ١١: ٢٣٤.

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

- (١) كفاية الاخير ١: ١٥٥ والمجموع ٩: ٢٢٥، وبداية المجتهد ٢: ٢٠٨، واللباب ١: ٢٣٠، والمحلى ٨: ٢٧٠، وعمدة القاري ١١: ٢٢٥.
- (٢) التهذيب ٧: ٢٧١ حديث ١٥٠٣، والاستبصار ٣: ٢٢٢ حديث ٨٣٥، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٨٤. والشرح الكبير ٤: ٢٨٦، وتلخيص الحبير ٢: ٢٣ و ٤٤ حديث ١١٩٥ و ١٢٤٦، والمصنف لابن أبي شيبة ٦: ٥٦٨ حديث ٢٠٦٤.
- (٣) البقرة: ٢٧٥.
- (٤) انظر المسألة السابقة.
- (٥) اللباب ١: ٢٣٠، وعمدة القاري ١١: ٢٢٥، والمجموع ٩: ١٤٩ و ٢٢٥، وكفاية الاخير ١: ١٥٥، والمبسوط ١٣: ٦٢، والوجيز ١: ١٤١.
- (٦) المجموع ٩: ٣٣٩، وكفاية الاخير ١: ١٦١، والمحلى ٨: ٤٤٤ - ٤٤٥، وبداية المجتهد ٢: ٢١١، والمبسوط ١٣: ٦٢.
- (٧) اللباب ١: ٢٤٦، والمبسوط ١٣: ٦٢.

وقال أبو حنيفة وحده: إذا اتفقا على إسقاط ما زاد على الثلاث قبل انقضاء الثلاث صح العقد، وإن سكتا حتى مضى بعد الثلاث جزء من الزمان، بطل العقد، ولا سبيل إلى إسقاطه. وهكذا الاجل إذا اتفقا على إسقاطه صح العقد، وإن لم يتفقا على ذلك بطل (١). هذه طريقة أهل العراق، وأصحابهم بخراسان يقولون: لا يقول العقد فاسد، ولكنه مراعى، فان اسقطا ما زاد على الثلاث قبل انقضاء الثلاث تبين ان العقد وقع صحيحا، وإن لم يتفقا على ذلك، تبين انه وقع فاسدا (٢). دليلنا على صحة المذهب: ما قدمناه في المسألة الاولى، فإذا ثبت ذلك، فهذا الفرع يسقط عنا. مسألة ٤٤: مدة خيار الشرط من حين التفرق بالابدان، لا من حين حصول العقد. وللشافعي فيه وجهان: أحدهما مثل ما قلناه. والثاني: أنه من حين العقد (٣). دليلنا: أن الخيار يثبت بعد ثبوت العقد، والعقد لا يثبت إلا بعد التفرق، فوجب أن يكون الخيار ثابتا من ذلك الوقت. مسألة ٤٥: إذا ثبت انه من حين التفرق، فشرطا انه من حين الايجاب والقبول صح. وقال الشافعي - على قوله أنه من حين العقد - متى شرطا من حين التفرق

- (١) اللباب: ١: ٢٤٦، والمجموع ٩: ١٩٤، وبداية المجتهد ٢: ٢١١، والمبسوط ١٣: ٦٢.
- (٢) اللباب ١: ٢٤٦، وبداية المجتهد ٢: ٢١١، والمجموع ٩: ١٤٩، والمبسوط ١٣: ٦٢.
- (٣) المجموع ٩: ١٩٨، وكفاية الاخير ١: ١٥٥، ومغني المحتاج ٢: ٤٨، والمغني لابن قدامة ٤: ١١٢ - ١١٦، والشرح الكبير ٤: ٧٦.

بطل العقد (١). وعلى قوله - أنه من حين التفرق - فشرطاه من حين العقد على وجهين: أحدهما لا يصح. والثاني يصح (٢). دليلنا: قوله عليه السلام: " المؤمنون عند شروطهم " (٣) وأيضا الاصل جواز ذلك، والمنع يحتاج إلى دليل. مسألة ٤٦: إذا تبايعا نهارا، وشرطاه إلى الليل، إنقطع بدخول الليل. وإن تعاقدا ليلا، وشرطا إلى النهار، انقطع بطلوع الفجر الثاني. وبه قال الشافعي (٤). وقال أبو حنيفة: إن كان البيع نهارا كما قلناه. إن كان دليلا لم ينقطع بوجود النهار، وكان الخيار باقيا إلى عند

غروب الشمس (هـ). وهكذا إن قال: إلى الزوال، أو إلى وقت العصر، اتصل إلى الليل (٦).  
دليلنا: إن ما قلناه متفق عليه، وما إدعاه ليس عليه دليل. مسألة ٤٧: إذا اختار من  
له الفسخ في مدة الخيار، كان ذلك له، ولم يفتقر إلى حضور صاحبه. وهكذا فسخه  
بالغيب لا يفتقر إلى حضور صاحبه، وقبل القبض وبعده سواء. والوكيل ليس له أن  
يفسخ بغير حضور موكله، وكذلك الوصي ليس له أن يعزل نفسه. وبه قال أبو يوسف  
والشافعي، إلا أنهما قالوا في

- (١) المجموع ٩: ١٩٨ - ١٩٩، ومغني المحتاج ٢: ٤٨، والمغني لابن قدامة ٤: ١١٢ -  
١١٦، والشرح الكبير ٤: ٧٦.  
(٢) المجموع ٩: ١٩٨ - ١٩٩، والمغني لابن قدامة ٤: ١١٢ - ١١٦، والشرح الكبير ٤: ٧٦.  
(٣) التهذيب ٧: ٣٧١ حديث ١٥٠٣، والاستبصار ٣: ٣٣٢ حديث ٨٢٥، والمصنف لابن أبي  
شيبه ٦: ٥٦٨ حديث ٢٠٦٤، وتلخيص الحبير ٣: ٢٣ و ٤٤ حديث ١١٩٥ و ١٢٤٦، والمغني  
لابن قدامة ٤: ٢٨٤، والشرح الكبير ٤: ٢٨٦.  
(٤) المجموع ٩: ١٩١، والمغني لابن قدامة ٤: ١١٧.  
(٥) الفتاوى الهندية ٣: ٤٠، والمجموع ٩: ١٩١، والمغني لابن قدامة ٤: ١١٧.  
(٦) المبسوط ١٢: ٥٢، والفتاوى الهندية ٣: ٤٠، والمجموع ٩: ١٩١، والمغني لابن  
قدامة ٤: ١١٧.

### [ ٢٥ ]

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

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

### [ ٢٦ ]

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

- (١) كفاية الاخير ١: ١٥٥، والمجموع ٩: ١٩٥ - ١٩٦.  
(٢) المجموع ٩: ١٩٥ - ١٩٦، وكفاية الاخير ١: ١٥٥.  
(٣) التهذيب ٧: ٣٧١ حديث ١٥٠٣، والاستبصار ٣: ٣٣٢ حديث ٨٢٥، والمصنف لابن أبي

شبية ٦: ٥٦٨ حديث ٢٠٦٤، وتلخيص الحبير ٣: ٢٢ و ٤٤ حديث ١١٩٥ و ١٢٤٦، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٨٤، والشرح الكبير ٤: ٣٨٦.  
(٤) انظر الكافي ٥: ١٦٩ حديث ١، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٢٧ حديث ٥٥٣، والتهذيب ٧: ٢٢ حديث ٩٤، وص ٢٥ حديث ١٠٧.  
(٥) المجموع ٩: ١٩٥ و ١٩٧، وفتح العزيز ٨: ٣١٥.  
(٦) النتف ١: ٤٤٨، وشرح فتح القدير ٥: ١٢٧، وفتح العزيز ٨: ٣١٥.  
(٧) المجموع ٩: ١٩٥ و ١٩٧، وفتح العزيز ٨: ٣١٥، والنتف ١: ٤٤٨.  
(٨) انظر المسألة المتقدمة.

### [ ٣٧ ]

مسألة ٥٠: إذا باعه بشرط أن يستأمر فلانا، فليس له الرد حتى يستأمره. وللشافعي فيه وجهان: أحدهما وهو ظاهر المذهب مثل ما قلناه (١). والثاني: له الرد من غير استئمار (٢). دليلنا: ما قلناه في المسألة الأولى سواء (٣)، لأن الاخبار على عمومها. مسألة ٥١: إذا صح الاستئمار، فليس له حد، إلا أن يشترط مدة معينة، قلت أم كثرت. وللشافعي فيه وجهان: أحدهما: لا يصح حتى يشترط (٤). والثاني: مثل ما قلناه، من أنه يمتد ذلك أبدا (٥). دليلنا: انه قد ثبت صحة هذا الشرط مع الاطلاق، فتقيده بزمان مخصوص يحتاج إلى دليل. مسألة ٥٢: إذا باع عبيد، وشرط مدة من الخيار في أحدهما، فإن أبهم ولم يعين من باعه منهما بشرط الخيار، فالبيع باطل بلا خلاف، لأنه مجهول. وإن عين فقال: على أن لك الخيار في هذا العبد دون هذا، ثبت الخيار فيما عين فيه. وقال أبو العباس، على قولين: أحدهما يصح. والآخر لا يصح. مثل أن يجمع بين بيع وصرف، فيقول بعتك هذا الثوب وهذا الدرهم بهذين الدينارين، فانه

- (١) المجموع ٩: ١٩٧، والمغني لابن قدامة ٤: ١١١، والشرح الكبير ٤: ٧٧.  
(٢) المجموع ٩: ١٩٧.  
(٣) انظر ما قدمه من القول في المسألة " ٤٨ ".  
(٤) المجموع ٩: ١٩٧.  
(٥) المجموع ٩: ١٩٧.

### [ ٣٨ ]

على قولين (١). دليلنا: قوله عليه السلام: " المؤمنون عند شروطهم " (٢) وهذا شرط، فمن أبطله فعليه الدلالة. مسألة ٥٣: إذا صح هذا البيع كان لكل واحد منهما بالقسط من الثمن، وسواء قدر ثمن كل واحد منهما، فقال: هذا بألف وهذا بألف، أو أطلق فقال: بعتهما بألفين. وقال الشافعي: الكل على قولين (٣). وقال أبو حنيفة: إن قدر ثمن كل واحد منهما صح، وإن أطلق بطل (٤). دليلنا: انه إذا ثبت صحة البيع بما قدمناه، ولم يتعين بالتقدير، فلا بد من التيسير، وإلا أدى الى بطلان العقد. مسألة ٥٤: روى أصحابنا أنه إذا اشترى عبدا من عبيد على أن للمشتري أن يختار أيهما شاء، انه جائز (٥). ولم يرووا في الثوبين شيئا. وقال الشافعي: إذا اشترى ثوبا من ثوبين على أنه بالخيار ثلاثة أيام لم يصح البيع، وكذلك إذا اشترى ثوبا من ثلاثة أثواب على أنه بالخيار ثلاثا، أو ثوبا من أربعة أثواب أو أكثر من ذلك لم يصح البيع (٦).

- (١) المجموع ٩: ٣٨٨ - ٣٨٩، ومغني المحتاج ٢: ٤٢.  
(٢) التهذيب ٧: ٣٧١ حديث ١٥٠٣، والاستبصار ٣: ٣٣٢ حديث ٨٣٥، والمصنف لابن أبي شبية ٦: ٥٦٨ حديث ٢٠٦٤، وتلخيص الحبير ٣: ٢٢ و ٤٤ حديث ١١٩٥ و ١٢٤٦، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٨٤، والشرح الكبير ٤: ٣٨٦.  
(٣) المجموع ٩: ٣٨٩.  
(٤) المبسوط ١٣: ٦٧، والهداية المطبوع بهامش الفتح القدير ٥: ١٢٨، وشرح فتح القدير ٥: ١٢٨.  
(٥) انظر ما رواه الشيخ الكليني في الكافي ٥: ٢١٧ حديث ١، والشيخ الصدوق في من لا يحضره الفقيه ٣: ٨٨ حديث ٣٣٠، والشيخ المصنف في التهذيب ٧: ٧٢ حديث ٣٠٨.  
(٦) المجموع ٩: ٣٨٨، وفتح العزيز ٨: ١٣٤، وكفاية الاخيار ١: ١٥٠، والوجيز ١: ١٣٤، وتبيين الحقائق ٤: ٢١.

### [ ٣٩ ]



وقال أبو حنيفة: يصح أن يشتري ثوبا من ثوبين، على أنه بالخيار ثلاثا، والقياس يدل عليه، ويجوز أن يشتري ثوبا من ثلاثة أثواب على أنه بالخيار ثلاثا، والاستحسان يدل عليه، ولا يجوز أن يشتري ثوبا من أربعة أثواب والقياس يدل على أنه لا يجوز (١). وإن باع بئمن من ثلاثة أثمان، قال أبو بكر الرازي: لا يحفظ ذلك عن أبي حنيفة، وينبغي أن يجوز، لأنه لا فرق بين الثمن والمئمن. دليلنا: إجماع الفرقة، وقوله عليه السلام: "المؤمنون عند شروطهم" (٢). مسألة ٥٥: إذا هلك البيع في مدة الخيار بعد القبض، لم ينقطع الخيار، وبه قال الشافعي (٣). وقال أبو حنيفة: ينقطع (٤). دليلنا: إن انقطاع الخيار يحتاج إلى دليل، والأصل ثبوته. مسألة ٥٦: إذا قال: بعنيه بألف، فقال: بعثك. لم يصح البيع حتى يقول المشتري بعد ذلك: اشتريت، أو قبلت. وقال الشافعي: يصح وإن لم يقل ذلك (٥). وقال أبو حنيفة: إن كان القبول بلفظ الخبر، كقوله: اشتريت منك، أو

(١) المبسوط ١٣: ٥٥، وشرح فتح القدير ٥: ١٣٠، والمحلى ٨: ٤٢٠، والمجموع ٩: ٢٨٨، وفتح العزيز ٨: ١٣٤، والشرح الكبير ٤: ٣٣، والوجيز ١: ١٣٤، وتبيين الحقائق ٤: ٢١، والفتاوى الهندية ٣: ٥٢ و ٥٤، وحاشية رد المحتار ٤: ٥٨٥ - ٥٨٦. (٢) التهذيب ٧: ٢٧١ حديث ١٥٠٣، والاستبصار ٣: ٢٣٢ حديث ٨٣٥، والمصنف لابن أبي شيبة ٦: ٥٦٨ حديث ٢٠٦٤، وتخليص الحبير ٣: ٢٣ و ٤٤ حديث ١١٩٥ و ١٢٤٦، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٨٤، والشرح الكبير ٤: ٣٨٦. (٣) الأمر ٣: ٥، والمجموع ٩: ٢٢٠، وبداية المجتهد ١: ٢٠٩، والنتف ١: ٤٤٧. (٤) اللباب ١: ٢٣١، والنتف ١: ٤٤٧، والمبسوط ١٣: ٤٤، وشرح فتح القدير ٥: ١١٦. (٥) الوجيز ١: ١٣٢، والمجموع ٩: ١٦٨، وفتح العزيز ٨: ١٠١، ومعني المحتاج ٣: ٥.

#### [ ٤٠ ]

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

(١) اللباب ١: ٢٣١، والمجموع ٩: ١٦٨، والفتاوى الهندية ٢: ٤، وبدائع الصنائع ٥: ١٣٣، وشرح فتح القدير ٥: ٧، وفتح العزيز ٨: ١٠١. (٢) المبسوط ١٣: ٥٠، وشرح العناية ١١٤، والمجموع ٩: ٣٧٩، وشرح فتح القدير ٥: ١١٤، والمغني لابن قدامة ٤: ١٢٩، والشرح الكبير ٤: ٦٧. (٣) المجموع ٩: ٢٧٩، ومعني المحتاج ٢: ٤٧، والمغني لابن قدامة ٤: ١٢٩، والشرح الكبير ٤: ٦٧. (٤) التهذيب ٧: ٢٧١ حديث ١٥٠٣، والاستبصار ٣: ٢٣٢ حديث ٨٣٥، والمصنف لابن أبي شيبة ٦: ٥٦٨ حديث ٢٠٦٤، وتخليص الحبير ٣: ٢٣ و ٤٤ حديث ١١٩٥ و ١٢٤٦، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٨٤، والشرح الكبير ٤: ٣٨٦. (٥) البقرة: ٢٧٥. (٦) المبسوط ١٣: ٥٠، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٦٨. (٧) المجموع ٩: ٣٣٧، والمبسوط ١٣: ٥٠، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٦٨، والشرح الكبير ٤: ١٠٦.

#### [ ٤١ ]

دليلنا: إن قبوله غير مطابق للايجاب، وإن العقد يحتاج إلى دلالة، ولا دليل على ثبوت هذا العقد. مسألة ٥٩: إذا دفع قطعة إلى البقلي، أو إلى الشارب، وقال: اعطني بقلا أو ماء، فاعطاه، فإنه لا يكون بيعا، وكذلك سائر المحقرات، وإنما يكون إباحة، له أن يتصرف كل واحد منهما فيما أخذه، تصرفا مباحا من غير أن يكون ملكه. وفائدة ذلك، أن

البقلي إذا أراد أن يسترجع البقل، أو أراد صاحب القطعة أن يسترجع قطعه كان لهما ذلك، لأن الملك لم يحصل لهما. وبه قال الشافعي (١). وقال أبو حنيفة: يكون بيعا صحيحا وإن لم يوجد الايجاب والقبول، قال ذلك في المحقرات دون غيرها (٢). دليلنا: إن العقد حكم شرعي، ولا دلالة في الشرع على وجوده ها هنا، فيجب أن لا يثبت. فأما الاستباحة بذلك فهو مجمع عليه، لا يختلف العلماء فيها. مسألة ٦٠: إذا اشترى، فبان له الغبن فيه، كان له الخيار إذا كان مما لم تجري العادة بمثله، إلا أن يكون عالما بذلك، فيكون العقد ماضيا، لا رجوع له فيه. وقال أبو حنيفة والشافعي معا: ليس له الخيار، سواء كان الغبن قليلا أو كثيرا (٣).

(١) المجموع ٩: ١٦٣، وكفاية الاخير ١: ١٤٧، وفتح العزيز ٨: ٩٩.

(٢) النتف ١: ٤٤٢، والمجموع ٩: ١٦٢ و ١٦٣، وفتح العزيز ٨: ١٠١.

(٣) عمدة القاري ١١: ٢٣٣، والوجيز ١: ١٤٢، والمحلى ٨: ٤٣٩، والمغني لابن قدامة ٤: ٩٢ - ٩٣ والام ٢: ٩١، والشرح الكبير ٤: ٨٨، وفتح العزيز ٨: ٢٢٥، وفتح القدير ٦: ٤٢١.

#### [ ٤٢ ]

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

(١) المحلى ٨: وعمدة القاري ١١: ٢٣٣، والمغني لابن قدامة ٤: ٩٢، والشرح

الكبير ٤: ٨٨ - ٨٩.

(٢) المحلى ٩: ٤٣٨، وعمدة القاري ١١: ٢٣٥. (٣) موطأ مالك ٢: ٨٠٥، وسنن الدارقطني ٤: ٢٢٧، وفيض القدير ٦: ٤٢١.

(٤) انظر ذلك في الكافي ٥: ١٦٩ حديث ٤، وصحيح البخاري ٣: ٩٢ و ٩٥، وسنن الترمذي ٣: ٥٢٤ حديث ١٢٢١.

(٥) المجموع ١٠: ٢٦، والمغني لابن قدامة ٤: ١٣٤، والمحلى ٨: ٤٧٩، وبداية المجتهد ٢: ١٢٨، وكفاية الاخير ١: ١٥٣، والشرح الكبير ٤: ١٢٤.

(٦) المجموع ١٠: ٤٠، والمغني لابن قدامة ٤: ١٣٤، والشرح الكبير ٤: ١٣٤، وشرح الازهار ٣: ٦٩.

(٧) المغني لابن قدامة ٤: ١٢٥، وبداية المجتهد ٢: ١٢٨ و ١٩٤، والشرح الكبير ٤: ١٣٥.

#### [ ٤٣ ]

الزبير، واسامة بن زيد، وزيد بن أرقم (١). دليلنا: إجماع الفرقة، بل إجماع المسلمين، فإن هذا الخلاف قد انقرض، وإجماع الاعصار حجة. مسألة ٦٢: إذا ثبت تحريم التفاضل في الجنس، فلا فضل بين المضروب بالمضروب، والتبر بالتبر، والمصوغ بالمصوغ، فان التفاضل فيه نقداً ربا. وبه قال الشافعي وأبو حنيفة (٢). وقال مالك: إذا كان وزن الخلخال مائة، وقيمتها لاجل الصنعة مائة وعشرة، فباعه بمائة وعشرة جاز. ويكون المائة بالمائة، والعشرة بالصنعة (٣). دليلنا إجماع الفرقة. وأيضاً عموم الاخبار المروية عن النبي صلى الله عليه وآله مثل ما رواه أبو سعيد الخدري أن النبي صلى الله عليه وآله قال: " لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلاً بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا منها غائباً بنا جز " (٤). مسألة ٦٣: الربا عندنا في كل مكيل وموزون، سواء كان مطعوماً أو غير مطعوم. وقال داود وأهل الظاهر: الربا في الاجناس الستة: الذهب، والفضة،

- (١) المغني لابن قدامة ٤: ١٣٤، والشرح الكبير ٤: ١٣٤، وبداية المجتهد ٢: ١٢٨ و ١٩٤.
- (٢) مختصر المزني: ٧٦، والوجيز ١: ١٣٦، وكفاية الاخير ١: ١٥٣، واللباب ١: ٢٥٥ - ٢٥٦، وبداية المجتهد ٢: ١٢٨.
- (٣) بلغة السالك ٢: ٢١ - ٢٢، وتفسير القرطبي ٣: ٢٥١.
- (٤) صحيح البخاري ٣: ٩٧، وصحيح مسلم ٣: ١٢٠٨، حديث ٧٥، والموطأ ٢: ٦٣٣ حديث ٣٠، ورواه النسائي في سننه ٧: ٢٧٨، والترمذي في جامعه ٣: ٥٤٢ حديث ١٢٤١ باختلاف يسير في اللفظ.

#### [ ٤٤ ]

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

- (١) المجموع ٩: ٣٩٢ و ٤٠٠، وسبل السلام ٣: ٨٤٥، وعمدة القاري ١١: ٢٥٢، وبداية المجتهد ٢: ١٢٩، والمحلّى ٨: ٤٨٩.
- (٢) عمدة القاري ١١: ٢٥٢ - ٢٥٣، والمجموع ٩: ٣٩٣ و ٤٠٠ - ٤٠١، وفتح العزيز ٨: ١٦٣، وسبل السلام ٣: ٨٤٥.
- (٣) التهذيب ٧: ١٩ حديث ٨١، وانظر تفسير العياشي ١: ١٥٢ حديث ٥٠٤ والكافي ٥: ١٤٦ حديث ١٠، من لا يحضره الفقيه ٣: ١٧٥ حديث ٦.
- (٤) الام ٣: ١٥، والمجموع ٩: ٣٩٣، والمحلّى ٨: ٤٦٩، وعمدة القاري ١١: ٢٥٢، وفتح العزيز ٨: ١٦٥، وتفسير القرطبي ٣: ٢٥٣، ومغني المحتاج ٢: ٢٢، والسراج الوهاج: ١٧٧، والمغني لابن قدامة ٤: ١٢٨.
- (٥) عمدة القاري ١١: ٢٥٢، والمجموع ٩: ٤٠١، والمحلّى ٨: ٤٧٢، وفتح العزيز ٨: ١٦٣، واللباب ١: ٢٥٥، والفتاوى الهندية ٣: ١١٧، وشرح فتح القدير ٥: ٢٧٤، وتفسير القرطبي ٣: ٣٥٣.

#### [ ٤٥ ]

فقال الشافعي في القديم: علته ذات أوصاف ثلاثة: مأكول، مكيل أو موزون، جنس. فعلى هذا كلما يؤكل مما لا يكال ولا يوزن كالقضاء، والبطيخ، والسفرجل، والرمان، والموز، والبقول لا ربا فيها، لانها لا تكال ولا توزن (١). وقال مالك: العلة ذات أوصاف ثلاثة: مأكول، مقتات، جنس فكل مأكول لا يقتات كالقضاء، والبطيخ، وحب الرشاد لا ربا فيه، لانه لا يقتات (٢). وقال الشافعي في الجديد: العلة ذات وصفين: مطعوم، جنس. فكل مأكول ومطعوم فيه الربا، سواء كان مما يكال أو يوزن كالحبوب، والادهان، واللحمان. أو لا يكال ولا يوزن كالقضاء، والبطيخ، والرمان، والسفرجل ونحو هذا فيه الربا (٣). وقال أبو حنيفة: العلة ذات وصفين أيضا: مكيل أو موزون، جنس. فكل مكيل فيه الربا سواء أكل أو لم يؤكل كالحبوب والادهان والجص والنورة والاشنان، ومما يوزن ما أكل أو لم يؤكل كاللحم والسكر والصفير والنحاس والقطن والصفوف (٤).

- (١) المجموع ٩: ٣٩٧ و ٤٠١، وفتح العزيز ٨: ١٦٣، وعمدة القاري ١١: ٢٥٢، وتفسير القرطبي ٢: ٢٥٣، ومغني المحتاج ٢: ٢٢، والسراج الوهاج ١٧٧ والشرح الكبير ٤: ١٢٧، والمغني لابن قدامة ٤: ١٢٧.
- (٢) بلغة السالك ٢: ٢٤، والمجموع ٩: ٤٠١، والمحلّى ٨: ٤٦٩، وعمدة القاري ١١: ٢٥٢، وبداية المجتهد ٢: ١٢٩، وفتح العزيز ٨: ١٦٣، وتفسير القرطبي ٢: ٢٥٣، والشرح الكبير ٤: ١٢٨، والمغني لابن قدامة ٤: ١٢٨.
- (٣) المجموع ٩: ٣٩٥ و ٣٩٧، وفتح العزيز ٨: ١٦٣، وعمدة القاري ١١: ٢٥٢، والمحلّى ٨: ٤٧١، وبداية المجتهد ٢: ١٢٩، وتفسير القرطبي ٢: ٢٥٣.
- (٤) عمدة القاري ١١: ٢٥٢، والمحلّى ٨: ٤٧١، والمجموع ٩: ٤٠١، وفتح العزيز ٨: ١٦٣،

وبداية المجتهد ٢: ١٢٩، وتفسير القرطبي ٢: ٢٥٣، واللباب ١: ٢٥٥، والفتاوى الهندية ٣: ١١٧، وشرح فتح القدير ٥: ٣٧٤

#### [ ٤٦ ]

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

- (١) عمدة القاري ١١: ٢٥٢ والمحلى ٨: ٤٦٩، والمجموع ٩: ٤٠١، والشرح الكبير ٤: ١٢٨، والمغني لابن قدامة ٤: ١٢٨.  
(٢) المجموع ٩: ٤٠٠، والمحلى ٨: ٤٦٩، وعمدة القاري ١١: ٢٥٢، والشرح الكبير ٤: ١٢٨، والمغني لابن قدامة ٤: ١٢٨.  
(٣) المحلى ٨: ٤٦٩، وعمدة القاري ١١: ٢٥٢، والمجموع ٩: ٤٠١.  
(٤) تفسير العياشي ١: ١٥٢ حديث ٥٠٤، والكافي ٥: ١٨٧ حديث ١، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ٣٧١ حديث ١٧٥١، والتهذيب ٧: ١٧ حديث ٧٤.  
(٥) اللباب ١: ٢٥٧، وفتح العزيز ٨: ١٦٥.  
(٦) الام ٣: ٣١، والمجموع ٩: ٤٠٤، وفتح العزيز ٨: ١٦٥.

#### [ ٤٧ ]

دليلنا: ان العقد صحيح بلا خلاف، فمن ادعى بطلانه بالتفرق قبل القبض فعليه الدلالة. مسألة ٦٦: الحنطة والشعير جنس واحد في باب الربا، لا يجوز بيع بعضه ببعض إلا مثلا بمثل، وبه قال مالك، والليث بن سعد، والحكم، وحماد (١). وقال أبو حنيفة والشافعي: هما جنسان، يجوز بيعهما متفاضلا يدا بيد، ولا يجوز نسيئة (٢). وبه قال سفيان الثوري، وأحمد، وإسحاق، وأبو برزة، وأبو ثور، والنخعي، وعطاء (٣). دليلنا: اجماع الفرقة، وأيضا اجمعنا على جواز بيع بعضها ببعض متماثلا، ولا دليل على جواز التفاضل فيهما. وأيضا قوله تعالى: " اتقوا الله وذروا ما بقي من الربوا " (٤) وقوله: " يحق الله الربوا " (٥)، والربا هي الزيادة، والاية على عمومها إلا ما أخرجه الدليل. وروي عن معمر بن عبد الله (٦) انه بعث غلاما ومعه صاع من قمح، فقال: به واشتر به شعيرا، فجاءه بصاع وربيع صاع، فقال: رده فان النبي صلى الله

- (١) المحلى ٨: ٤٩٢، تفسير القرطبي ٣: ٢٤٩، وبداية المجتهد ٢: ١٣٤، وبلغة السالك ٢: ٢٤، وسبيل السلام ٣: ٨٤٨.  
(٢) الام ٣: ٣١، وكفاية الاخير ١: ١٥٣، والمحلى ٨: ٤٩٢، وبداية المجتهد ٢: ١٣٥، وتفسير القرطبي ٣: ٢٤٩.  
(٣) المحلى ٨: ٤٩٢.  
(٤) البقرة ٢٧٨.  
(٥) البقرة ٢٧٦.  
(٦) معمر بن عبد الله بن نضلة، وقيل: معمر بن عبد الله بن نافع بن نضلة بن عبد العزى بن حرثان بن عوف بن عبيد بن عدي العدوي، أسلم وهاجر الى الحبشة الهجرة الثانية، وتأخرت هجرته الى المدينة، وقدمها مع أصحاب السفينتين من الحبشة وعاش عمرا طويلا، روى عن سعيد بن المسيب وبشر بن سعيد. قاله ابن الاثير في اسد الغابة ٤: ٤٠٠.

#### [ ٤٨ ]

عليه وآله قال: " الطعام بالطعام مثلا بمثل " وطعامنا يومئذ الشعير (١)، فثبت

ان الطعام ينطلق عليهما، فلذلك رده. وبه قال عمر، وسعد بن أبي وقاص (٢)، ولا مخالف لهما. مسألة ٦٧: الثياب بالثياب، والحيوان بالحيوان لا يجوز بيع بعضه ببعض نسية، متماثلا ولا متفاضلا، ويجوز ذلك نقدا، وبه قال أبو حنيفة (٣). وقال الشافعي: يجوز ذلك نقدا ونسية (٤). وقد روي ذلك أيضا في أخبارنا (٥). دليلنا: إنا أجمعنا على جواز ذلك نقدا، ولا دليل على جوازه نسية، وطريقة الاحتياط تقتضي المنع منه. وروي الحسن، عن سمرة أن النبي صلى الله عليه وآله نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسية (٦). وروي جابر أن النبي صلى الله عليه وآله قال: "الحيوان بالحيوان واحدا باثنين لا بأس به نقدا، ولا يجوز نسية، ولا يجوز إلى أجل" (٧).

- (١) رواه مسلم في صحيحه ٣: ١٢١٤ حديث ٩٣، والدارقطني في سننه ٣: ٢٤، وأحمد بن حنبل في مسنده ٦: ٤٠٠، والبيهقي في سننه الكبرى ٥: ٢٨٢، باختلاف يسير في اللفظ.  
(٢) المحلى ٨: ٤٩١.  
(٣) عمدة القاري ١٢: ٤٤، وشرح فتح القديرة: ٢٩٠، والمجموع ٩: ٤٠٣، وبداية المجتهد ٢: ١٣٣.  
(٤) المجموع ٩: ٤٠٢ - ٤٠٣، وعمدة القاري ١٢: ٤٤، وبداية المجتهد ٢: ١٣٣، وسنن الترمذي ٣: ٥٣٩.  
(٥) انظرها في الكافي ٥: ١٩٠ - ١٩١ (باب المعارضة في الحيوان)، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٧٧ حديث ٧٩٧ و ٨٠٠، والتهذيب ٧: ١١٨ - ١١٩ حديث ٥١١ - ٥١٧.  
(٦) سنن ابن ماجه ٢: ٦٣٧ حديث ٢٢٧٠، وسنن أبي داود ٣: ٢٥٠ حديث ٢٣٥٦، وسنن الترمذي ٣: ٥٢٨ حديث ١٢٣٧، ورواه البيهقي في سننه الكبرى ٥: ٢٨٨ باختلاف يسير في الفاظه.  
(٧) سنن الترمذي ٣: ٥٣٩ حديث ١٢٣٨، ورواه ابن ماجه في سننه ٢: ٧٦٣ حديث ٢٣٧٠ باختلاف يسير في الفاظه.

#### [ ٤٩ ]

مسألة ٦٨: بيع الحيوان بالحيوان جائز، متفاضلا ومتماثلا نقدا، سواء كان كسيرين أو صحيحين، أو أحدهما كسيرا والآخر صحيحا. وبه قال الشافعي، وأجاز نقدا ونسيئة (١). وقال مالك: إذا كانا كسيرين لا يصلحان لغير الذبح، وكان مما يؤكل لحمه كالنعم، ولا ينتفع به بنتاج ولا ركوب، ولا يصلح لنشئ غير اللحم، لم يجز بيع بعضه ببعض (٢). دليلنا: الآية، وهي قوله تعالى: "وأحل الله البيع وحرم الربوا" (٣) فمن خصه فعليه الدليل. مسألة ٦٩: الطين الذي يأكله الناس حرام، لا يحل أكله ولا بيعه. وقال الشافعي: يجوز ذلك، ولا ربا فيه (٤). دليلنا: إجماع الفرقة، وأخبارهم (٥). وأيضا روي عن النبي صلى الله عليه وآله انه قال لعائشة: "لا تأكله يا حميراء فإنه يصفر اللون" (٦) وهذا نهى يقتضي التحريم. مسألة ٧٠: الماء لا ربا فيه.

- (١) الام ٣: ٣٧، والمجموع ٩: ٤٠٢، وسنن الترمذي ٣: ٥٢٨ ذيل حديث ١٢٣٧، وبداية المجتهد ٢: ١٣٣.  
(٢) بداية المجتهد ٢: ١٣٣، والمجموع ٩: ٤٠٢.  
(٣) البقرة: ٢٧٥.  
(٤) المجموع ٩: ٣٩٨.  
(٥) انظر ما رواه الشيخ الكليني في الكافي ٦: ٣٦٥ حديث ١ - ٩، والشيخ الصدوق في ثواب الاعمال: ٢٩٣، وعلل الشرائع ٢: ٥٣٢ حديث ١ - ٥، والبرقي في محاسنه ٢: ٥٦٥ باب أكل الطين.  
(٦) روي أيضا بلفظين آخرين نصهما: "يا حميراء لا تأكلي الطين فإنه يصفر اللون" و "يا حميراء لا تأكلي الطين فإن فيه ثلاث خصال يورث الداء، ويعظم البطن، ويصفر اللون". ذكر ذلك مصطفى عبد القادر عطا، في تعليقه على أحاديث أكل الطين الواردة في كتاب "التذكرة في الأحاديث المشتهرة" للزركشي صفحة: ١٥٥ - ١٥٦، والموضوعات لابن الجوزي ٣: ٣٣ فلاحظ.

#### [ ٥٠ ]

وللشافعي فيه وجهان: أحدهما: فيه الربا. والثاني: لا ربا فيه (١). دليلنا: انه ليس بمكبل ولا موزون فيدخل تحت الاخبار (٢)، وقد بينا انه لا ربا إلا فيما يكال أو يوزن (٣). مسألة ٧١: يجوز بيع الخبز بعضه ببعض مثلا بمثل، إذا كانا من جنس واحد، وأن

كانا مختلفي الجنس جاز متفاضلا، سواء كان يابساً أو ليناً. وقال الشافعي: إن كان ليناً لا يجوز بيع بعضه ببعض، لا متمائلاً ولا متفاضلاً. وأما إذا جف ودق فالصحيح أنه لا يجوز، ذكره في الام (٤)، وقال في الحرملية: يجوز (٥). دليلنا: قوله تعالى: " وأحل الله البيع وحرم الربوا " (٦) وهذا بيع، فمن منع منه فعليه الدلالة. مسألة ٧٣: لا ربا في المعدودات، ويجوز بيع بعضها ببعض متمائلاً ومتفاضلاً، نقدا ونسيئة. وللشافعي فيه قولان: قال في القديم مثل ما قلناه (٧).

(١) المجموع ٩: ٣٩٥ - ٣٩٦ و ٣٩٨.

(٢) رواها الشيخ الكليني في الكافي ٥: ١٤٦، حديث ١٠، والشيخ الصدوق في من لا يحضره الفقيه ٣: ١٧٥ حديث ٧٨٦، والشيخ المؤلف في التهذيب ٧: ١٩ حديث ٨١.

(٣) انظر إلى بيان المؤلف قدس سره في المسألة ٦٣ المتقدمة.

(٤) الام ٣: ٧٩، والمجموع ١١: ١٢٤، والشرح الكبير ٤: ١٦٣.

(٥) المجموع ١١: ١٢٥، والشرح الكبير ٤: ١٦٣.

(٦) البقرة: ٢٧٥.

(٧) المجموع ٩: ٣٩٧، وفتح العزيز ٨: ١٦٩.

### [ ٥١ ]

وقال في الجديد: فيه الربا إذا كان مطعوماً - مثل السفرجل والرمان والبطيخ وما أشبه ذلك - فعلى هذا يجوز بيع جنس بجنس غيره متفاضلاً يداً بيد، مثل رمانة بسفر جلتين، وسفرجلة بخوختين، وما أشبه ذلك، لأن التفاضل لا يحرم في جنسين، وإنما يحرم النسبية والتفرق قبل القبض (١). وأما الجنس الواحد فإنه لا يجوز بيع بعضه ببعض متفاضلين، مثل رمانة برمانتين، وسفرجلة بسفر جلتين، وخوخة بخوختين، وبطيخة ببطيختين. وهل يجوز بيع بعضه ببعض متساويين؟ نظر فيه: فإن كان مما يبس ويبقى منفعتة يابساً - مثل الخوخ والكمثرى - فإنه لا يجوز بيع الرطب بالرطب حتى يبس. وإن كان مما لا يبس مثل القثاء وما أشبه ذلك، أو كان رطباً لا يصير تمراً، أو عنبا لا يصير زيباً، ففيه قولان: أحدهما: لا يجوز بيع بعضه ببعض، وإنما يباع بغير جنسه، وهو مذهبه المشهور (٢). والقول الثاني: يجوز بيع بعضه ببعض (٣). دليلنا: الآية (٤)، وأيضاً الاصل الاباحة، والمنع منه يحتاج إلى دليل، وأيضاً عليه اجماع الفرقة، وأخبارهم (٥) تدل على ذلك. مسألة ٧٣: يجوز بيع الطعام بالدقيق إذا كان من جنسه، مثلاً بمثل، يداً

(١) مختصر المزني: ٧٧، والمجموع ٩: ٣٩٧، وفتح العزيز ٨: ١٦٩.

(٢) مختصر المزني ٧٧، وبداية المجتهد ٢: ١٢٨، والمغني لابن قدامة ٤: ١٤٥، وفتح العزيز ٨: ١٦٩.

(٣) المغني لابن قدامة ٤: ١٤٥، وفتح العزيز ٨: ١٦٩.

(٤) البقرة ٢٧٥.

(٥) الكافي ٥: ١٩١، حديث ٨، والتهذيب ٧: ١١٧ - ١١٩ حديث ٥١٠ و ٥١٣ و ٥١٥ و ٥١٧ و ٥١٨، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٧٧ حديث ٧٩٧ وص ١٧٨ حديث ٨٠٧.

### [ ٥٢ ]

بيد، ولا يجوز نسيئة. وإن كان من غير جنسه يجوز متفاضلاً ومتمائلاً. وقال الشافعي: لا يجوز بيع الدقيق بالحنطة مثلاً بمثل، ولا متفاضلاً لا بالوزن ولا بالكيل (١). وبه قال حماد بن أبي سليمان، والحكم، والحسن البصري، ومكحول، والثوري، وأبو حنيفة وأصحابه (٢). وقال أبو الطيب بن سلمة من أصحاب الشافعي بجوازه (٣). وحكي عن الكرابيسي أنه قال، قال أبو عبد الله: يجوز بيع الحنطة بدقيقها (٤). فقال ابن الوكيل: أراد بذلك الشافعي، فصار ذلك قولاً آخر له (٥). وسائر أصحابه ذهبوا إلى الأول، وقالوا: إنه لم يرد به الشافعي، وإنما أراد به أحمد أو مالك، لأن كلاهما يكنى أبا عبد الله، وهما مخالفان في المسألة (٦). وذهب مالك، وابن شبرمة، وربيع، والليث بن سعد، وقتادة، والنخعي إلى أنه يجوز بيع الحنطة بدقيقها، كيلاً بكيل متمائلاً (٧). وقال أحمد وإسحاق والأوزاعي: يجوز بيع الحنطة بدقيقها، وزناً بوزن، ولا يجوز كيلاً بكيل متمائلاً (٨).

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

### [ ٥٣ ]

وقال أبو ثور: الحنطة والدقيق جنسان، يجوز بيع أحدهما بالآخر، متماثلاً ومتفاضلاً (١). دليلنا: إن الأصل جوازه، والمنع يحتاج إلى دلالة. وأيضاً قوله تعالى: " وأحل الله البيع " (٢) وهذا بيع، وتخصيصها يحتاج إلى دليل، ولا دلالة. مسألة ٧٤: يجوز بيع الحنطة بالسويق منه، وبالخبز، وبالفالودج المتخذ من النشأ مثلاً بمثل. وقال الشافعي: لا يجوز ذلك، ولا بيع شئ منها بالآخر (٣). دليلنا: ما قلناه في المسألة الأولى سواء، من الآية ودلالة الأصل، وإن المنع والتخصيص يحتاج إلى دلالة. مسألة ٧٥: يجوز بيع دقيق الحنطة بدقيق الحنطة، ودقيق الشعير بدقيق الشعير، مثلاً بمثل. وقال الشافعي: لا يجوز (٤). وروى المزني في المنثور أنه يجوز، كذلك كل جنس من المطعومات التي فيها الربا (٥). وقال أبو حنيفة: يجوز ذلك إذا تساوى في اللين والخشونة (٦).

- (١) المغني لابن قدامة ٤: ١٥٣، والمجموع ١١: ١١٣، والشرح الكبير ٤: ١٥٩.
- (٢) البقرة: ٢٧٥.
- (٣) مختصر المزني: ٧٧، والمجموع ١١: ١١٦ - ١١٧، وفتح العزيز ٨: ١٨٠، والمغني لابن قدامة ٤: ١٥٢ - ١٥٤، وشرح فتح القدير ٤: ١٦٠، ومغني المحتاج ٢: ٢٦.
- (٤) المجموع ١١: ١١٧ - ١١٨، والمغني لابن قدامة ٤: ١٥٢. والشرح الكبير ٤: ١٦٣، وشرح فتح القدير ٥: ٢٥٩.
- (٥) المجموع ١١: ١١٧ - ١١٨، وفتح العزيز ٨: ١٨١.
- (٦) اللباب ١: ٢٥٨، والمجموع ١١: ١١٩، والمغني لابن قدامة ٤: ١٥٣، والشرح الكبير ٤: ١٦٣، وبدائع الصنائع ٥: ١٨٧، وشرح فتح القدير ٥: ٢٨٩.

### [ ٥٤ ]

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

- (١) البقرة: ٢٧٩.
- (٢) الموطأ ٢: ٦٤٦، والمجموع ١١: ١٢١، والفتاوى الهندية ٣: ١١٩، والمغني لابن قدامة ٤: ١٥٤، والشرح الكبير ٤: ١٦٣، وشرح فتح القدير ٥: ٢٩٠.
- (٣) مختصر المزني: ٧٧، والمجموع ١١: ١٢١، واللباب ٢: ٤٠، والمغني لابن قدامة ٤: ١٥٤، والشرح الكبير ٤: ١٦٣.
- (٤) اللباب ١: ٢٥٨، والمجموع ١١: ١٢١، والفتاوى الهندية ٣: ١١٩، وشرح فتح القدير ٥: ٢٨٩.
- (٥) المجموع ١١: ١٢١.



- (٦) الام ٣: ٨١، ومختصر المزني: ٧٧، والوجيز ١: ١٣٧، والمجموع ١١: ١٤٢ و ١٤٤، وفتح العزيز ٨: ١٨٢.  
 (٧) البقرة: ٣٧٥.  
 (٨) الام ٣: ٨١، والوجيز ١: ١٣٧، والمجموع ١١: ١٤٢، وفتح العزيز ٨: ١٨٢.  
 (٩) البقرة: ٣٧٥.

[ ٥٥ ]

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

- (١) الام ٣: ٨١، ومختصر المزني: ٧٧، والمجموع ١١: ١٤٦ وفتح العزيز ٨: ١٨٢.  
 (٢) الام ٣: ٨١، والمجموع ١١: ١٤٥ - ١٤٦، وفتح العزيز ٨: ١٨٢. (٣) قوله تعالى: " وأحل الله البيع وحرم الربا " البقرة: ٣٧٥.  
 (٤) الام ٣: ٦٥، والمجموع ٩: ٢١١، والوجيز ١: ١٣٧، وفتح العزيز ٨: ١٦٩، وبداية المجتهد ٢: ١٤٥، والمبسوط ١٢: ١٩١، والسراج الوهاج: ١٧٨، ومغني المحتاج ٢: ٢٥.  
 (٥) الموطأ ٢: ٦٤٧، وبداية المجتهد ٢: ١٤٥، وفتح العزيز ٨: ١٦٩ - ١٧٠، وفتح الرحيم ٢: ١١٠، واللباب ١: ٣٢٤.  
 (٦) الغرر في اللغة: كل ماله ظاهر محبوب وباطن مكروه. وفي الاصطلاح: كل ما هو مجهول الحصول ومجهول الصفة.  
 (٧) سنن الترمذي ٢: ٥٢٢ حديث ١٢٢٠، وسنن الدارقطني ٣: ١٥ حديث ٤٦ و ٤٧، ومسند أحمد بن حنبل ١: ٣٠٢، وسنن الدارمي ٢: ٢٥١، والموطأ ٢: ٦٦٤ حديث ٧٥، وصحيح مسلم ٢: ١١٥٢ حديث ١٥١٢، وسنن النسائي ٧: ٢٦٢، وسنن أبي داود ٣: ٢٥٤ حديث ٣٣٧٦، وسنن ابن ماجه ٢: ٧٢٩ حديث ٢١٩٤ و ٢١٩٥، والسنن الكبرى ٥: ٣٣٨، ودعائم الاسلام ٢: ٢١ وعبون أخبار الرضا ٢: ٤٥ حديث ١٦٨.

[ ٥٦ ]

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

- (١) لم أقف على ما نسبته الشيخ قدس سره إلى أئمتنا عليهم السلام من نهى النبي صلى الله عليه وآله وباللفظ المذكور. نعم روى النسائي في سننه عن جابر عن النبي صلى الله عليه وآله قال: لا تباع الصبرة من الطعام بالبصرة من الطعام. انظر ذلك في ٧: ٣٧٠، وعنه ايضاً قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع الصبرة من التمر لا يعلم مكيلها بالكيل المسمى من التمر انظر ٧: ٣٦٩ وصحيح مسلم ٣: ١١٦٢ حديث ٤٢.  
 (٢) الام ٣: ٢٨، والمجموع ١١: ١٣٩ و ١٤١.  
 (٣) المجموع ١١: ١٣٩.  
 (٤) الام ٢: ٢٢ و ٢٨ ومختصر المزني: ٧٧، والمجموع ٩: ٣٩٨.  
 (٥) المجموع ٩: ٣٩٨.  
 (٦) البقرة: ٣٧٥.  
 (٧) أي بذر الكتان وغيره مما يستخرج منه الدهن.  
 (٨) الام ٣: ٢٢ و ٢٨، ومختصر المزني: ٧٧، والمجموع ٩: ٣٩٦ و ٣٩٨.

وفي أصحابه من قال مثل ما قلناه (١). دليلنا: إجماع الفرقة على أن كل مكيل وموزون فيه الربا، وهذا إما أن يكال أو يوزن بحسب عادة البلاد، فقد دخل تحته، وطريقة الاحتياط أيضا تقتضي المنع منه. مسألة ٨٤: عصير العنب والسفرجل، والتفاح، والرمان، والقصب وغير ذلك يجوز بيع جنس واحد منه بعضه ببعض، مثلا بمثل، نينا كان أو مطبوخا، ولا يجوز متفاضلا. وقال الشافعي: إن كان نينا مثل ما قلناه. وإن كان مطبوخا لا يجوز (٢). دليلنا: الآية (٣)، ودلالة الاصل، والمنع يحتاج إلى دليل. مسألة ٨٥: العسل الذي فيه الشمع - وهو الشهد - يجوز بيع بعضه ببعض، مثلا بمثل. وقال الشافعي: لا يجوز ذلك، سواء كان الشمع فيهما أو في أحدهما (٤). دليلنا: الآية (٥)، ودلالة الاصل، والمنع يحتاج إلى دلالة. مسألة ٨٦: العسل الذي صفي يجوز بيع بعضه ببعض متماثلا، سواء صفي بالشمس أو بالنار. وقال الشافعي: إن صفي بالشمس يجوز بيع بعضه ببعض مثلا بمثل، وإن صفي بالنار نظر، فإن كان قد أذيب بالنار واخذ أول ما ذاب قبل أن يتعقد أجزاءه يجوز ذلك مثلا بمثل، وإن ترك حتى انعقد أجزاءه وتخن لم يجز بيع

(١) المجموع ٩: ٣٩٦ و ٣٩٨.

(٢) الام ٣: ٢٢، ومختصر المزني: ٧٧، والمجموع ١١: ١٢٧ - ١٢٨.

(٣) البقرة: ٢٧٥.

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

(٥) البقرة: ٢٧٥.

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

(١) المجموع ١١: ١٠٠ - ١٠١.

(٢) البقرة: ٢٧٥.

(٣) الام ٣: ٢٤، ومختصر المزني: ٧٧، والمجموع ١١: ١٠١.

(٤) المجموع ١١: ١٠١.

(٥) الزوان: بكسر الزاي مع الواو، نبات عشبي ينبت غالبا بين البر حبه يشبه حبه إلا أنه أصغر منه، فيكسب البر رداءة.

(٦) الشيلم: حب ينبت غالبا بين الحنطة فيكسبها رداءة.

(٧) الام ٣: ٢٤، ومختصر المزني: ٧٧.

(٨) البقرة: ٢٧٥.

وكذلك لبن البقر الاهلي جنس واحد وإن اختلفت أنواعه، والجواميس منها، ولبن البقر الوحشي جنس آخر. ولبن الابل جنس بانفراده وإن اختلفت أنواعه، وليس في الابل وحشي. وللشافعي فيه قولان: أحدهما مثل ما قلناه (١). والثاني: أن الالبان كلها جنس واحد (٢). دليلنا على اختلاف أجناسها: أن الاسم يتناول كل واحد منها ولا يتناول الاخر، ولان اصول هذه الالبان أجناس مختلفة، فوجب في الالبان مثله. مسألة ٩٠: يجوز بيع اللبن بالزبد متماثلا، ولا يجوز متفاضلا. وقال الشافعي: لا يجوز (٣). دليلنا: الآية (٤)، ودلالة الاصل، والمنع يحتاج إلى دلالة. مسألة ٩١: يجوز بيع اللبن الحليب بالدوغ - وهو المخيض - مثلا بمثل. وقال الشافعي: لا يجوز (٥). دليلنا: الآية (٦)، ودلالة الاصل، ولا مانع يمنع عنه. مسألة ٩٢: يجوز بيع اللبن بالجبن، والمصل،

والاقط مثلا بمثل. وقال الشافعي: لا يجوز (٧). دليلنا: الاية (٨)، والمنع يحتاج إلى دليل.

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

### [ ٦٠ ]

مسألة ٩٣: بيع الزيد بالزيد يجوز متماثلا، ولا يجوز متفاضلا. وقال الشافعي: لا يجوز بيع بعضه ببعض (١). دليلنا: الاية (٢)، ودلالة الاصل، والمنع يحتاج إلى دليل. مسألة ٩٤: بيع الجبن بالجبن، والاقط بالاقط، والمصل بالمصل يجوز. وقال الشافعي: لا يجوز (٢). دليلنا: ما قلناه في المسألة الاولى سواء. مسألة ٩٥: الجبن، والاقط، والسمن، والمصل كل واحد منها بالآخر يجوز متماثلا، ولا يجوز متفاضلا. وقال الشافعي: لا يجوز بيع بعضه ببعض على حال (٤). دليلنا: الاية (٥)، ودلالة الاصل، والمنع يحتاج إلى دليل. وأما التفاضل فلانا قد بينا أن كل موزون ومكيل ففيه الربا إذا كان الجنس واحدا (٦)، وهذه جنس واحد. مسألة ٩٦: بيع الزيد بالسمن مثلا بمثل يجوز. وقال الشافعي: بيع بعضه ببعض لا يجوز أصلا (٧). دليلنا: الاية (٨) ودلالة الاصل، والمنع يحتاج إلى دليل.

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

### [ ٦١ ]

مسألة ٩٧: بيع الزيد بالمخيض يجوز مثل بمثل، ونص الشافعي على جوازه (١). وقال أصحابه: الذي يجئ على قياس مذهبه أنه لا يجوز (٢). دليلنا: الاية (٣)، ودلالة الاصل، والمنع يحتاج إلى دليل. مسألة ٩٨: يجوز بيع مد من تمر ودرهم بمد من تمر، وبيع مد من حنطة ودرهم بمد من حنطة، ومد من شعير ودرهم بمد شعير. وهكذا إذا كان بدل الدرهم في هذه المسائل ثوب أبو خشبة أو غير ذلك مما فيه الربا، أو ما لا ربا فيه. وهكذا يجوز بيع درهم وثلث بدرهمين، وبيع دينار وثلث بدينارين، وبيع دينار قاساني ودينار ابريزي بدينارين نيسابوريين. وجملته انه يجوز بيع ما يجري فيه الربا بجنسه ومع أحدهما غيره مما فيه ربا أو لا ربا فيه. وبه قال أبو حنيفة (٤). وقال الشافعي: ان جميع ذلك لا يجوز (٥). دليلنا: إجماع الفرقة، وأخبارهم التي ذكرناها (٦)، وقوله تعالى: " وأحل الله البيع " (٧) وقال: " إلا أن تكون تجارة عن تراض " (٨) وهذه الاشياء كلها بيع

- (١) مختصر المزني: ٧٧، والمجموع ١١: ١٩١.  
(٢) المجموع ١١: ١٩١.  
(٣) البقرة: ٢٧٥.  
(٤) الفتاوى الهندية ٣: ٢١٩ - ٢٢٠، والمغني لابن قدامة ٤: ١٧٠، والشرح الكبير ٤: ١٧٠.  
(٥) الام ٣: ٢١، ومختصر المزني: ٧٧، والمغني لابن قدامة ٤: ١٦٩، والشرح الكبير ٤: ١٧٠.

١٧٠.

- (٦) انظرها في التهذيب ٧: ١٠٤ حديث ٤٤٥ و ٤٤٨ وما بعدها، وانظر ما رواه الشيخ الكليني في الكافي ٥: ٢٤٦ حديث ٩ و ١١.  
(٧) البقرة: ٢٧٥.  
(٨) النساء: ٢٩.

### [ ٦٣ ]

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

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

### [ ٦٣ ]

دليلنا على أنه ليس ببيع: أن لفظ البيع من الايجاب والقبول ليس بموجود فيه، ولانه لا خلاف أن القرعة تستعمل في ذلك، ولا تستعمل في شئ من عقود البيع، فدل على أن ليس ببيع. مسألة ١٠٣: إذا ثبت انه تميز الحقين، فإذا كان المال المشترك مكيفا أو موزونا - مما يجري فيه الربا أو مما لا يجري صح بيع بعضه ببعض، مثل الرطب، والعنب، وسائر الثمار وما أشبه ذلك - فانه يصح القسمة فيه. وللشافعي فيه قولان: إذا قال: هو تميز الحقين، قال مثل ما قلناه (١). وإذا قال: هو بيع، فان كان المشترك مكيفا أو موزونا لم يجز أن يقسما ما أصله الكيل إلا كيلا، ولا يجوز وزنا، وما أصله الوزن لا يجوز إلا وزنا (٢) ولا يجوز كيلا. وعلى القول الآخر: يجوز القسمة كيلا ووزنا وعلى كل حال. وقال: ما لا يجوز بيع بعضه ببعض مثل الرطب، والعنب، وسائر الثمار، فان قال انه بيع لم يجز قسمته، وإذا قال تميز حق جاز ذلك. دليلنا: ما قد بينا أن ذلك تميز الحقين، وليس ببيع، فمن منع منه إنما يمنع منه لما يؤدي إلى الربا، وهذا لا يتم مع ارتفاع البيع. مسألة ١٠٤: إذا كانت الثمرة على أصولها مشتركة، يصح قسمتها بالخرص، سواء كان فيها العشر أو لم يكن. وللشافعي فيه قولان: إذا قال ان القسمة بيع لم يجز ذلك، لانه لا يجوز بيع ما على رؤس النخل بالتمر (٣).

- (١) المجموع ١٠: ٤٢٨ - ٤٣٩ و ٢٠: ١٧٣، ومغني المحتاج ٤: ٤٢٤، والوجيز ٢: ٢٤٩ والسراج الوهاج: ٦٠٢.  
(٢) المجموع ١٠: ٤٢٨ - ٤٣٩ و ٢٠: ١٧٣، والوجيز ٢: ٢٤٩، ومغني المحتاج ٤: ٤٢٤، والسراج الوهاج: ٦٠٢.  
(٣) الوجيز ٢: ٢٤٩، والمجموع ١٠: ٤٢٨ و ٢٠: ١٧٣.

### [ ٦٤ ]

وإذا قال تميز الحقين، فان كان مما لا يجب فيه العشر لا يصح فيه القسمة، لان الخرص لا يجوز فيه، وإن كان مما يجب فيه العشر كالرطب والعنب يجوز، لانه يجوز فيه الخرص ليعرف مقدار حق الفقراء ويضمنه رب المال (١). دليلنا: انا قد بينا القسمة

تميز حق، فإذا ثبت ذلك فالاصل جواز القسمة، والمنع يحتاج إلى دلالة. مسألة ١٠٥: لا يجوز بيع الرطب بالتمر، فأما بيع العنب بالزبيب، أو ثمرة رطبة بيابسها مثل التين الرطب بالجاف، والخوخ الرطب بالمقعد وما أشبه ذلك، فلا نص لأصحابنا فيه، والاصل جوازه، لأن حملها على الرطب قياس، ونحن لا نقول به. وقال الشافعي: إن جميع ذلك لا يجوز (٢). وبه قال سعيد بن المسيب، ومالك، والليث بن سعد، وأحمد، وإسحاق، وأبو يوسف، ومحمد (٣). وقال أبو حنيفة: يجوز ذلك كله (٤). وأطن أبا ثور معه. دليلنا على منع الرطب بالتمر: إجماع الفرقة وأخبارهم (٥)، وعلى جواز

- (١) المجموع ١٠: ٤٢٨ و ٢٠: ١٧٣، والوجيز ٢: ٢٤٩.  
(٢) الام ٣: ٢٠ و ٢٥، والمجموع ١٠: ٤٤٠ و ٤٥٠ و ١١: ٣٦، وبداية المجتهد ٢: ١٢٨، والمحلى ٨: ٤٥٩، والمغني لابن قدامة ٤: ١٤٤، والشرح الكبير ٤: ١٦١، والسراج الوهاج: ١٧٨، ومغني المحتاج ٢: ٣٦.  
(٣) عمدة القاري ١١: ٢٩٠، وشرح فتح القدير ٥: ٢٩٢، والمغني لابن قدامة ٤: ١٤٤، والمحلى ٨: ٤٥٩، وبداية المجتهد ٢: ١٢٨، والمدونة الكبرى ٤: ١٠٢، والمجموع ١٠: ٤٤٠، والشرح الكبير ٤: ١٦١.  
(٤) اللباب ١: ٢٥٨، وشرح فتح القدير ٥: ٢٩٢ - ٢٩٣، وعمدة القاري ١١: ٢٩٠، والمجموع ١٠: ٤٤٠، والمغني لابن قدامة ٤: ١٤٤، وبداية المجتهد ٢: ١٢٨، وفتح العزيز ٨: ١٧٩، والوجيز ١: ١٢٧.  
(٥) الكافي ٥: ١٨٩ - ١٩٠ حديث ١٢ و ١٦، والتهذيب ٧: ٩٤ و ٩٧ حديث ٣٩٨ و ٤١٧، والاستبصار ٣: ٩٢ - ٩٣ حديث ٣١٣ - ٣١٤.

#### [ ٦٥ ]

الباقى الآية (١) ودلالة الاصل، والمنع يحتاج إلى دليل، وحمله على الرطب قياس، وهو عندنا فاسد. مسألة ١٠٦: يجوز بيع الرطب بالرطب. وبه قال محمد، وأبو يوسف، ومالك، والمزني (٢). وقال الشافعي: لا يجوز (٣). دليلنا: الآية (٤)، ودلالة الاصل، والمنع يحتاج إلى دليل. مسألة ١٠٧: الرطب الذي لا يصير تمرا يجوز بيع بعضه ببعض، مثل الدقل، والعمرى وغيره. وقال الشافعي: لا يجوز (٥)، وكذلك قال في الفواكه التي لا يمكن إدارها (٦). وفي أصحابه من قال مثل ما قلناه (٧). دليلنا: الآية (٨)، ودلالة الاصل، والمنع يحتاج إلى دليل. مسألة ١٠٨: الفجل المغروس في الارض، والشلجم، والجزر إذا اشترى ورقه بشرط القطع أو بغير شرطه، أو أصله بشرط القطع أو بشرط التبقية، فانه يجوز.

- (١) البقرة ٣٧٥.  
(٢) فتح العزيز ٨: ١٧٩، والوجيز ١: ١٣٧، وشرح فتح القدير ٥: ٢٩٤، والمدونة الكبرى ٤: ١٠٢، واللباب ١: ٢٥٨.  
(٣) الام ٣: ٢٠، ومختصر المزني: ٧٧، والمجموع ١٠: ٤٥٠ و ١١: ٣٦، وبداية المجتهد ٢: ١٢٨، والوجيز ١: ١٣٧، وشرح فتح القدير ٥: ٢٩٤، ومغني المحتاج ٢: ٣٦، والسراج الوهاج: ١٧٨.  
(٤) البقرة: ٣٧٥.  
(٥) الام ٣: ٢٥، والمجموع ١٠: ٤٤٥ - ٤٤٦، ومغني المحتاج ٢: ٣٦، والسراج الوهاج: ١٧٨.  
(٦) المجموع ١٠: ٤٤٦، والسراج الوهاج: ١٧٨، ومغني المحتاج ٢: ٣٦.  
(٧) المجموع ١٠: ٤٤٦، والسراج الوهاج: ١٧٨.  
(٨) البقرة: ٣٧٥.

#### [ ٦٦ ]

وقال الشافعي: انه إن اشترى ورقه بشرط القطع جاز، وإن لم يشترط ذلك لم يصح (١)، وأما بيع أصله فانه لا يجوز على حال (٢). دليلنا: الآية (٣)، والمنع يحتاج إلى دليل. مسألة ١٠٩: إذا اشترى سلعة من غيره ولم يقبضها، فهلك في يد البائع، فانها تهلك من ضمانه، وينفسخ البيع، ولا يجب على المشتري تسليم ثمنها إليه. وبه قال أبو حنيفة والشافعي (٤) إلا أنا نشترط أن يكون البائع لم يمكنه من التسليم، ولم أجد لهم نصا في ذلك. وقال مالك: لا يفسخ البيع، ويتلف المبيع من ضمان المشتري، وعليه تسليم الثمن إلى البائع، ولا شئ على البائع، إلا أن يكون طالبه المشتري بتسليمه إليه. فلم يسلمه حتى يتلف، فيجب عليه قيمته للمشتري (٥). وبه قال

أحمد وإسحاق (٦). دليلنا على أنه لا يلزمه الثمن: أنه لم يتمكن من العوض، فلا يلزمه لأنه في مقابله، فمتى لم يحصل لم يجب عليه ذلك، والأصل براءة الذمة، وعلى المسألة اجماع الفرقة، وعليها تدل أخبارهم (٧).

- (١) المجموع ٩: ٣٠٨، وفتح القدير ٩: ٨٣ - ٨٤.  
(٢) المجموع ٩: ٣٠٨، وفتح العزيز ٩: ٨٣ - ٨٤، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٢٥، ومغني المحتاج ٢: ٨٢، والشرح الكبير ٤: ٢٢٥ - ٢٢٦.  
(٣) البيقرة: ٢٧٥.  
(٤) مختصر المزني: ٧٧ - ٧٨، وبدائع الصنائع ٥: ٢٨٩، وعمدة القاري ١١: ٢٥٥، والمغني لابن قدامة ٤: ١٤ و ٢٣٧، وأرشاد الساري ٤: ٥٩، والوجيز ١: ١٤٥، وفتح العزيز ٨: ٤٢٠، وشرح فتح القدير ٥: ١١٦، واللباب ١: ٢٣١، والسراج الوهاج: ١٩١، ومغني المحتاج ٢: ٦٥ - ٦٦.  
(٥) مقدمات ابن رشد ٢: ٥٦٣، والمدونة الكبرى ٤: ١٩٢ - ١٩٣، وعمدة القاري ١١: ٢٥٥.  
(٦) المغني لابن قدامة ٤: ١٤ و ٢٣٧، وعمدة القاري ١١: ٢٥٥.  
(٧) انظرها في الكافي ٥: ١٧١ حديث ٩ و ١٢، والتهذيب ٧: ٢١ حديث ٨٩ - ٩٠.

### [ ٦٧ ]

مسألة ١١٠: الدراهم والدنانير يتعينان بالعقد، فإذا اشترى سلعة بدراهم أو دنانير بعينها لم يجز له أن يسلم غيرها. وبه قال الشافعي (١). وقال أبو حنيفة: لا يتعينان، ويجوز أن يسلم غير ما وقع عليه العقد (٢). دليلنا: إن ما وقع على العقد مجمع على جوازها، وإقامة البدل مقامه يحتاج إلى دليل أو تراض، وليس ها هنا واحد منهما. وأيضاً روي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: " لا تبيعوا الذهب بالذهب، ولا الورق بالورق، ولا البر بالبر، ولا الشعير بالشعير، ولا التمر بالتمر، ولا الملح بالملح إلا سواء، عينا بعين، يدا بيد " (٣). فقله عليه السلام: " عينا بعين " يدل على أنهما يتعينان، ولو كانا لا يتعينان لما كان عينا بعين. مسألة ١١١: إذا ثبت أنهما يتعينان، فمتى باع دراهم بدنانير، أو دنانير بدراهم، ثم خرج أحدهما زائفاً، بأن يكون الدراهم رصاصاً، أو الدنانير نحاساً كان البيع باطلاً، وبه قال الشافعي وأكثر أصحابه (٤). وقال أبو علي الطبري في الايضاح من أصحاب الشافعي: ومن أصحابنا من قال البيع صحيح، ومخير فيه (٥).

- (١) المجموع ٩: ٣٣٢، وفتح العزيز ٨: ٤٣٠، والمغني لابن قدامة ٤: ١٨٤، والشرح الكبير ٤: ١٩٠.  
(٢) بدائع الصنائع ٥: ٢٣٦، والمجموع ٩: ٣٣٢، وفتح العزيز ٨: ٤٣٠، وشرح فتح القدير ٥: ٢٨١ و ٢٨٢، والمغني لابن قدامة ٤: ١٨٤، والشرح الكبير ٤: ١٩٠، والفتاوى الهندية ٣: ٢١٨، والبحر الزخار ٤: ٢٨٨، واللباب ١: ٢٣٩.  
(٣) ترتيب مسند الشافعي ٢: ١٥٧ حديث ٥٤٥ - ٥٤٦، والسنن المأثورة: ٢٦٨ حديث ٢٢٦، والسنن الكبرى ٥: ٢٧٦.  
(٤) الام ٣: ٣١، والمجموع ٩: ٣٣٢، وفتح العزيز ٨: ٢٨٩، وبداية المجتهد ٢: ١٩٦ و ١٩٧، والمغني لابن قدامة ٤: ١٧٩، والشرح الكبير ٤: ١٨٢، والوجيز ١: ١٤٦.  
(٥) فتح العزيز ٨: ٣٩١ - ٣٨٩.

### [ ٦٨ ]

قال أبو علي الطبري: وفيه نظر، وأكثر أصحابه على الاول، وهو نص للشافعي. دليلنا على بطلان العقد: إن العقد وقع على شئ بعينه، وإذا لم يصح بطل، والتخيير يحتاج إلى دليل، وليس في الشرع ما يدل عليه. مسألة ١١٢: إذا وجد بالدراهم عيباً من جنسه، مثل أن يكون فضة خشنة، أو ذهباً خشينا، أو يكون سكة مضطربة مخالفة لسكة السلطان، فهو بالخيار بين أن يرده ويسترجع ثمنه ولسى له بدله. فإن كان العيب في الجميع، كان بالخيار بين رد الجميع وبين الرضا به. وإن كان العيب في البعض، كان له رد الجميع لوجود العيب في الصفة، وليس له أن يرد البعض ويمسك الباقي. وبه قال الشافعي، إلا أنه قال: إذا وجد العيب في البعض فله أن يرد المعيب دون الصحيح (١). وله في المسألة قولان: أحدهما مثل ما قلناه. والثاني: ما حكيناه (٢). وإذا قال: له إمساكه، فهل يمسكه بحصة من الثمن أو بجمع الثمن؟ فعلى قولين (٢). دليلنا: أن العيب إذا وجد كان له رد الجميع بلا خلاف، وهل له رد البعض دون

الجمع؟ يحتاج إلى دليل، وليس في الشرع ما يدل عليه وحمل على تفريق الصفقة قياس، ونحن لا نقول به.

- (١) الام ٣: ٢٢٥، والمجموع ٩: ٣٣٩، و ١٢: ١٧٣، وفتح العزيز ٨: ٢٨٩، ومغني المحتاج ٢: ٦٠، والمغني لابن قدامة ٤: ١٨١ - ١٨٢، والشرح الكبير ٤: ١٨٢.  
(٢) الام ٣: ٢٢٥، والمجموع ٩: ٣٣٩ و ١٢: ١٧٣، وفتح العزيز ٨: ٢٨٩، والمغني لابن قدامة ٤: ١٨١ - ١٨٢، والشرح الكبير ٤: ١٨٢.  
(٣) فتح العزيز ٨: ٣٩٠، والمغني لابن قدامة ٤: ١٨١ - ١٨٢.

#### [ ٦٩ ]

مسألة ١١٣: إذا باع دراهم بدراهم، أو دنانير بدنانير بأعيانها، فوجد بعضها عيبا من جنسها، كان ذلك عيبا، له رده وفسخ العقد، وله الرضا به. وإن كان العيب من غير جنسه، كان البيع باطلا. وقال أبو الطيب الطبري من أصحاب الشافعي: الأمران سواء عندي، والبيع باطل، فإنه باع جيدا ومعيبا بجنسه، فينقسم الثمن عليهما على قدر الثمن فيؤدي إلى التفاضل، ويكون مثل أن يبيع دينارا جيدا ودينارا رديا بدينارين (١). دليلنا على صحة البيع: الآية (٢)، وإبطاله يحتاج إلى دليل، وردها بالعيب وفسخ العقد به لا خلاف فيه. مسألة ١١٤: إذا باع دراهم بدنانير في الذمة، وتفرقا بعد أن تقابضا، ثم وجد أحدهما بما صار إليه عيبا من جنسه في الكل، كان له رده واسترجاع ثمنه، وكان له الرضا به، وإن أراد إبداله بغير معيب كان له ذلك. وبه قال أبو يوسف، ومحمد، وأحمد (٣)، وهو أحد قولي الشافعي (٤)، وهو اختيار المزني (٥). والقول الثاني: ليس له ذلك، ويبطل العقد (٦). دليلنا على أن له ذلك: أن ذلك عيب، والعيب لا يدل على بطلان العقد، وإنما يجب للمشتري إما الرضا به أو الفسخ، وإن كان ذلك كذلك كان البيع صحيحا، وله الرضا والفسخ، ومن حكم بطلان العقد فعليه الدلالة.

- (١) المجموع ١٠: ٣٦٩.  
(٢) البقرة: ٣٧٥.  
(٣) المغني لابن قدامة ٤: ١٨٤، والشرح الكبير ٤: ١٨٥، ومختصر المزني ١: ٧٨، والمجموع ١٠: ٩٨.  
(٤) مختصر المزني ١: ٧٨، والمجموع ١٠: ٩٨، والمغني لابن قدامة ٤: ١٨٤ - ١٨٥، والشرح الكبير ٤: ١٨٥.  
(٥) مختصر المزني ١: ٧٨.  
(٦) المجموع ١٠: ٩٨، والمغني لابن قدامة ٤: ١٨٥، والشرح الكبير ٤: ١٨٥.

#### [ ٧٠ ]

مسألة ١١٥: إذا باع مائة دينار جياد ومائة دينار ردية، بمائتي دينار وسط، كان ذلك جائزا. وقال الشافعي: لا يجوز ذلك (١)، لأن المائة الجيدة تأخذ من المائتين أكثر مما تأخذ الردية فيؤدي إلى التفاضل، كما قال في مدي عجوة (٢). دليلنا: الآية (٣)، ودلالة الاصل، والمنع يحتاج إلى دليل. وقوله عليه السلام: " لا تبعوا الذهب بالذهب إلا سواء بسواء " (٤) وهذا باعه سواء بسواء، فيجب أن يكون جائزا. مسألة ١١٦: يجوز بيع دينار صحيح ودينار قراضة بدينارين صحيحين، ودينارين قراضة، ويجوز بيع درهم صحيح ودرهم مكسر، بدرهمين صحيحين، أو مكسرين. وقال الشافعي: لا يجوز ذلك لمثل، تعليقه في مدي عجوة بمدي عجوة (٥). وأما إذا باع دينارين جيدين أو صحيحين بدينارين ردين أو مكسرين، جاز ذلك بلا خلاف بيننا وبين الشافعي، لأن أجزاء الدينارين الجيدين متساوية القيمة، وأجزاء الدينارين الرديين متساوية القيمة، فإذا قسم أحدهما على الآخر على قدر أجزاء المقسوم أخذ كل جزء مثل ما يأخذ الجزء الآخر من عوضه، فلا يؤدي إلى التفاضل. دليلنا: الآية (٦)، ودلالة الخبر المتناول في جواز بيع الذهب بالذهب سواء

- (١) مختصر المزني ٧٨، والوجيز ١: ١٣٧، والمجموع ١٠: ٢٠٦ و ٣١٤ و ٣١٨، وفتح العزيز ٨: ١٧٣.  
(٢) العجوة: وهو نوع من تمر المدينة أكبر من الصيحاني يضرب إلى السواد من غرس النبي صلى الله عليه وآله وسلم. النهاية ٣: ١٨٨ مادة " عجا " .



- (٣) البقرة: ٣٧٥.  
 (٤) صحيح البخاري ٣: ٩٧.  
 (٥) المجموع ١٠: ٢٠٦ و ٣٦٥ - ٣٦٦، و ٣٨٢ - ٣٨٥.  
 (٦) البقرة: ٣٧٥.

### [ ٧١ ]

بسواء (١) ولم يفصل، فمن فصل فعليه الدلالة، وما اعتبره ضرب من القياس، وعندنا لا يجوز. مسألة ١١٧: إذا باع سيفاً محلي بفضة بدراهم، أو كان محلي بذهب فباعه بدنانير، وكان الثمن أكثر مما فيه من الذهب أو الفضة، كان ذلك جائزاً وإن كان مثله أو أقل منه لم يجز. وقال الشافعي: لا يجوز ذلك على كل حال (٢). دليلنا على ذلك: الآية (٣)، ودلالة الاصل، والمنع يحتاج إلى دليل، ولأنه إذا كان الثمن أكثر، كان ما يقابله مثلاً بمثل، والفاضل ثمن الفضل والغلافة مثل ما قلناه فيما تقدم. مسألة ١١٨: فان باع بالسيف بغير جنس حليته، مثل أن يكون محلي بفضة فباعه بدنانير، أو يكون محلي بذهب فباعه بدراهم، كان ذلك صحيحاً على كل حال. وللشافعي فيه قولان: أحدهما مثل قلناه (٤)، والثاني: لا يجوز، لأنه بيع وصرف، وهما عقدان مختلفان في الاحكام، فلم يجز الجمع بينهما في عقد واحد (٥). دليلنا: الآية (٦)، ودلالة الاصل، والمنع يحتاج إلى دليل، وعليه إجماع الفرقة وأخبارهم (٧)، وكذلك المسألة الاولى.

- (١) المتقدم في المسألة السابقة فلاحظ.  
 (٢) الام ٣: ٣٣، والمجموع ١٠: ٣٦٤، وبداية المجتهد ٢: ١٩٥.  
 (٣) البقرة: ٣٧٥.  
 (٤) و (٥) الام ٣: ٣٣، والمجموع ١٠: ٣٦٤.  
 (٦) البقرة: ٣٧٥. (٧) الكافي ٥: ٢٤٩ حديث ٢٣، والتهذيب ٧: ١١٢ حديث ٤٨٥ وص ١١٤ حديث ٤٩٢، والاستبصار ٣: ٩٧ حديث ٣٣٥.

### [ ٧٢ ]

مسألة ١١٩: إذا باع خاتماً من فضة بدراهم أكثر مما فيه من الفضة، كان ذلك جائزاً. وقال الشافعي: لا يجوز على كل حال (١). دليلنا: الآية (٢)، ودلالة الاصل، والمنع يحتاج إلى دليل. مسألة ١٢٠: فان بيع الخاتم بذهب كان جائزاً. وللشافعي فيه قولان: أحدهما مثل ما قلناه. والثاني: أنه لا يجوز، لأنه بيع وصرف (٣). دليلنا: الآية (٤)، ودلالة الاصل، والمنع يحتاج إلى دليل. مسألة ١٢١: إذا كان مع انسان دراهم صحاح يريد أن يشتري بها مكسرة أكثر منها وزناً، فاشتري بالصحاح ذهباً، ثم اشترى بالذهب مكسرة أكثر من الصحاح، كان جائزاً بعد أن يتقايضا ويتفرقا بالابدان، ولا فرق بين أن يكون ذلك مرة أو متكرراً منه. وبه قال الشافعي (٥). وقال مالك: إن كان ذلك مرة جاز، وإن تكرر ذلك لم يجز، لأنه يضارع الربا (٦). دليلنا: الآية (٧)، ودلالة الاصل، والمنع يحتاج إلى دليل. وقوله عليه السلام: " إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم " (٨). وهذا

- (١) الام ٣: ٣٣، والمجموع ١٠: ٣٦٤.  
 (٢) البقرة: ٣٧٥.  
 (٣) الام ٣: ٣٣، والمجموع ١٠: ٣٦٤.  
 (٤) البقرة: ٣٧٥.  
 (٥) و (٦) فتح العزيز ٨: ١٦٧.  
 (٧) البقرة: ٣٧٥.  
 (٨) رواه ابن قدامة في شرحه الكبير على متن المقنع ٤: ١٦٥، وقد روي في مصادر حديثية كثيرة بالفاظ مختلفة دالة على المعنى يطول بيانها.

### [ ٧٣ ]

بيع جنس بغيره، فوجب أن يكون جائزاً. مسألة ١٢٢: اللحمان أجناس مختلفة. وبه قال أبو حنيفة (١). وللشافعي فيه قولان: أحدهما مثل ما قلناه، وهو اختياره، والصحيح عند أصحابه (٢). والآخر: أنها جنس واحد (٣). دليلنا على أنها أجناس: أنها لحوم أجناس من الحيوان مختلفة، مثل الابل والبقر والغنم، وينفرد كل جنس منها باسم وحكم في الزكاة (٤)، ولا يضم بعضها لبعض، ولو كان جنساً واحداً لضم بعضها

الى بعض، وذلك باطل بالاجماع. مسألة ١٢٣: قد بينا أن اللحمان أجناس مختلفة، والسمك كلما يختص باسم فهو جنس مخالف للجنس الآخر. وعلى قول الشافعي الذي يقول: انها جنس واحد (٥)، اختلف قول أصحابه في السمك، نص الشافعي على أنها من جنس سائر اللحوم، لان اسم اللحم يجمعها (٦). وبه قال أبو إسحاق في الشرح، وأبو حامد المروري في جامعه (٧). وقال أبو علي الطبري في الافصاح: من قال ان اللحمان صنف واحد

- (١) اللباب ١: ٢٥٩، وبداية المجتهد ٢: ١٢٥، والمغني لابن قدامة ٤: ١٥٥، والشرح الكبير ٤: ١٥٥، والمجموع ١٠: ٢٠٢، وفتح العزيز ٨: ١٨٥.  
(٢) الام ٣: ٢٥ - ٢٦، ومختصر المزني: ٧٨، والمجموع ١٠: ١٩٢، وبداية المجتهد ٢: ١٢٥، والمغني لابن قدامة ٤: ١٥٥، والشرح الكبير ٤: ١٥٥، والسراج الوهاج: ١٧٧.  
(٣) الام ٣: ٢٤ و ٢٦، ومختصر المزني: ٧٨، والمجموع ١٠: ١٩٢، والسراج الوهاج: ١٧٧، والمغني لابن قدامة ٤: ١٥٥، والشرح الكبير ٤: ١٥٤، وبداية المجتهد ٢: ١٢٥.  
(٤) تقدم في المسألة " ٢ و ١٤ و ١٧ " من كتاب الزكاة فلاحظ.  
(٥) المجموع ١٠: ٢١٥، وفتح العزيز ٨: ١٨٥، والسراج الوهاج: ١٧٧، وبداية المجتهد ٢: ١٢٥.  
(٦) الام ٣: ٢٦، والمجموع ١٠: ٢٠٤، ومغني المحتاج ٢: ٢٩.  
(٧) انظر المجموع ١٠: ٢٠٤.

#### [ ٧٤ ]

استثنى الحيتان منها، لان لها اسما أخص من اللحم وهو السمك، فيكون الحيتان على هذا القول جنسا واحدا، وتكون مثل الالبان جنسا واحدا، ولا يدخل في اللحمان (١)، وهو اختيار أبي حامد الاسفرايني في التعليق (٢)، وهو قوي لما ذكره من تناول الاسم له. دليلنا ما قلناه أولا في المسألة الاولى سواء، فلا معنى لاعادته. مسألة ١٢٤: بيع اللحم صنف منه بعضه ببعض جائز مثلا بمثل، سواء كان رطبا أو يابسا، ولا يجوز أن يباع الرطب باليابس. وقال أصحاب الشافعي: إذا قلنا أن اللحوم صنف واحد، أو قلنا أصناف، فباع من الصنف الواحد منها بعضه ببعض، إما أن يكون في حال الرطوبة، أو في حال اليابس والجفاف: فان كان في حال الرطوبة، فالذي نص عليه الشافعي أنه لا يجوز (٣). وذكر أبو العباس بن سريج: أن فيه قولاً آخر، أنه يجوز (٤) قال: الباقون وهذا ليس بمشهور (٥). وإن كان في حال اليابس، فلا يخلو أن يكون تناهي يبسه، أو بقيت فيه رطوبة، فان كانت بقيت فيه رطوبة ينقص باليبس، فانه لا يجوز بيع بعضه ببعض. وإن تناهى يبسه فلا يخلو من أحد الامرين: إما أن يكون منزوع العظم أو

- (١) حكاة النووي في المجموع ١٠: ٢٠٥، والرافعي في فتح العزيز المطبوع بهامش المجموع ١٠: ١٨٤ - ١٨٥.  
(٢) المجموع ١٠: ٢٠٥.  
(٣) الام ٣: ٢٥ و ٢٦ و ٨٠ - ٨١، ومختصر المزني: ٧٨، والمجموع ١١: ٢٠٩ و ٢٢٢، والسراج الوهاج: ١٧٧، والمغني لابن قدامة ٤: ١٥٦.  
(٤) فتح العزيز ٨: ١٨٣.  
(٥) انظر ما ذكره النووي في المجموع ١١: ٢٢١ - ٢٢٢ من اختلاف في الاقوال.

#### [ ٧٥ ]

فيه عظم، فان كان منزوع العظم جاز قولاً واحداً. وإن بيع مع العظم قال أبو سعيد الاصطخري: يجوز ذلك (١). وحكي عن أبي إسحاق انه لا يجوز (٢). دليلنا: الآية (٣)، ودلالة الاصل، والمنع يحتاج إلى دليل. مسألة ١٢٥: يجوز بيع لحم مطبوخ بعضه ببعض، وبيع المشوي بعضه ببعض، وبيع المشوي بالمطبوخ، وبيع المطبوخ أو المشوي بالنبي. وقال الشافعي: كل ذلك لا يجوز (٤). وقال: إذا يبس ثم أصابه الندى حتى ابتل لم يبيع بعضه ببعض (٥). دليلنا الآية (٦)، ودلالة الاصل، ولا مانع يمنع منه لان يبيع. مسألة ١٢٦: لا يجوز بيع لحم الحيوان بالحيوان إذا كان من جنسه، مثل لحم النشاة بالنشاة، ولحم بقر ببقر، وإن اختلف لم يكن به بأس. وبه قال في الصحابة أبو بكر (٧)، وهو مذهب مالك، والشافعي، والفقهاء السبعة من أهل المدينة (٨)، إلا أن للشافعي في بيعه بغير جنسه قولين: أحدهما: لا يجوز (٩)، لعموم الخبر.

- (١) المجموع ١١: ٢٢١ و ٢٢٣، وفتح العزيز ٨: ١٨٤.
- (٢) المجموع ١١: ٢٢٣، وفتح العزيز ٨: ١٨٤.
- (٣) البقرة: ٢٥٧.
- (٤) الام ٣: ٨١، والمجموع ١١: ٩١ - ٩٢، وفتح العزيز ٨: ١٨٤، والسراج الوهاج: ٢٠٩.
- (٥) الام ٣: ٣٦.
- (٦) البقرة: ٢٧٥.
- (٧) مختصر المزني: ٧٨، والمجموع ١١: ١٩٥ و ١٩٩، وفتح العزيز ٨: ١٨٨.
- (٨) مختصر المزني: ٧٨، والمجموع ١١: ١٩٩، والسراج الوهاج: ١٧٩، وكفاية الاخير ١: ١٥٢، وبداية المجتهد ٢: ١٣٦، والمغني لابن قدامة ٤: ١٥٩ - ١٦٠، والشرح الكبير ٤: ١٥٩، والبحر الزخار ٤: ٣٣٧، وفتح العزيز ٨: ١٨٨.
- (٩) الام ٣: ٨١، والمجموع ١١: ٢٠٩، والوجيز ١: ١٢٨، والسراج الوهاج: ١٧٩، وبداية المجتهد ٢: ١٣٦،

### [ ٧٦ ]

والثاني: يجوز، لانه يؤمن فيه الربا (١). وقال أبو حنيفة وأبو يوسف، يجوز (٢)، وهو اختيار المزني (٣). وقال محمد بن الحسن: يجوز، على اعتبار اللحم الذي في الحيوان، فان كان أقل من اللحم الذي في مقابلته يجوز، فيكون مبيعا بقدره من اللحم والزيادة في مقابلة جلد الحيوان والسواقي، كما قال أبو حنيفة في بيع الشيرج بالسمسم، والزيت بالزيتون (٤). دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٥). وروى سعيد بن المسيب أن النبي صلى الله عليه وآله نهى عن بيع اللحم بالشاة الحية (٦). وفي بعضها انه نهى عن بيع الحي بالميت (٧). وروى عن هذا الحديث مسندا، عن سهل بن سعد الساعدي من جهة الزهري، ومن جهة الحسن عن سمرة، ومن جهة عبد الله بن عمر عن النبي

- والمغني لابن قدامة ٤: ١٥٩ - ١٦٠، والشرح الكبير ٤: ١٥٩، والبحر الزخار ٤: ٣٣٧.
- (١) المجموع ١١: ٢٠٩، والوجيز ١: ١٢٨، وكفاية الاخير ١: ١٥٢، والسراج الوهاج: ١٧٩، والمغني لابن قدامة ٤: ١٥٩ - ١٦٠، والشرح الكبير ٤: ١٥٩، والبحر الزخار ٤: ٣٣٧، وبداية المجتهد ٢: ١٣٦.
- (٢) اللباب ١: ٢٥٨، وشرح فتح القدير ٥: ٢٩٠، والمجموع ١١: ١٩٩، وبداية المجتهد ٢: ١٣٦، ونيل الاوطار ٥: ٣١٤، والمغني لابن قدامة ٤: ١٥٩ - ١٦٠، والشرح الكبير ٤: ١٥٩، والبحر الزخار ٤: ٣٣٧.
- (٣) مختصر المزني: ٧٩، والمجموع ١١: ٢٠٠.
- (٤) اللباب ١: ٢٥٨، وشرح فتح القدير ٥: ٢٩٠ - ٢٩١، والفتاوى الهندية ٣: ١٢٠، والمجموع ١١: ١٩٩، ونيل الاوطار ٥: ٣١٤، والبحر الزخار ٤: ٣٣٧.
- (٥) الكافي ٥: ١٩١ حديث ٧، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٧٦ حديث ٧٩٤، وانظر عموم الاخبار الدالة عليه في الكافي ٥: ١٤٦ حديث ١٠، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٧٥ حديث ٧٨٦، والتهذيب ٧: ٩٤ حديث ٣٩٧، والاستبصار ٣: ١٠١ حديث ٢٥٠ - ٢٥١.
- (٦) المصنف لعبد الرزاق ٨: ٢٧ حديث ١٤١٦٢.
- (٧) الموطأ ٢: ٦٥٥ حديث ٦٤ و ٦٦، وسنن الدارقطني ٣: ٧١ حديث ٣٦٥ - ٣٦٦، والسنن الكبرى ٥: ٢٩٦، والمستدرک على الصحيحين ٢: ٢٥.

### [ ٧٧ ]

صلى الله عليه وآله انه نهى عن بيع اللحم بالحيوان (١). وأيضا اجماع الصحابة. روي عن ابن عباس ان جزورا نحرت على عهد أبي بكر، فجاء رجل بعناق فقال: اعطوني بهذه العناق، فقال أبو بكر: لا يصلح هذا (٢). ولا يعرف له مخالف (٣). مسألة ١٢٧: إذا باع لحما مذكى بحيوان لا يؤكل لحمه، مثل الحمار والبغل، والعبد، لم يكن به بأس. وللشافعي فيه قولان (٤). وكذلك إذا باع سمكة بلحم شاة، أو بقرة، أو حمل، أو باع حيوانا بلحم سمك لم يكن به بأس. وللشافعي أيضا فيه قولان (٥). دليلنا: الآية (٦)، ودلالة الاصل، والمنع يحتاج إلى دليل. مسألة ١٢٨: يجوز المسلم أن يشتري من الحربي درهمين بدرهم، ولا يجوز أن يبيعه درهمين بدرهم، بل ينبغي أن يأخذ الفضل ولا يعطيه، وكذلك جميع الاجناس التي فيها الربا. وقال الشافعي: لا يجوز ذلك، والربا في دار الحرب ودار الاسلام، في جميع ما يجري فيه الربا سواء، ولا فرق فيه بين الدارين، ولا فرق بين المسلمين، وبين

- (١) تلخيص لعبد الرزاق ٨: ٢٧ حديث ١٤١٦٥ ورواه النووي في المجموع ١١: ١٩٥.
- (٢) تلخيص الحبير ٣: ١٠ حديث ١١٤٣، ورواه ابن قدامة أيضا في المغني ٤: ١٦٣، وفي الشرح الكبير ٤: ١٥٩، وذكره الشافعي في امه: ٣: ٨١ بالفاظ اخرى فلاحظ.
- (٣) قال الشافعي: لا أعلم مخالفا لابي بكر في ذلك. حكاه عنه ابن قدامة في المغني ٤: ١٦٤، والشرح الكبير ٤: ١٥٩ في ذيل الحديث المتقدم.
- (٤) الام ٣: ٨١، والمجموع ١١: ٢١٣ و ٢١٦، وكفاية الاخيار ١: ١٥٢، والسراج الوهاج: ١٧٩، والمحلى ٨: ٥١٦ (٥) الام ٣: ٢٦، والمجموع ١١: ٢١١، وفتح العزيز ٨: ١٨٨.
- (٦) البقرة: ٣٧٥.

#### [ ٧٨ ]

مسلم وحرابي (١). وقال أبو حنيفة: إذا باع حرابي من مسلم في دار الحرب درهمين بدرهم، أو قفيزين من طعام بقفيز جاز، ولم يكن ذلك ربا (٢). وحكي عنه انه قال في رجلين أسلما في دار الحرب ولم يخرجوا الى دار الاسلام، فتبايعا درهما بدرهمين: انه يجوز، ولا يكون ذلك ربا (٣). دليلنا: اجماع الفرقة. وما روي عنهم عليهم السلام من قولهم: " ليس بيننا وبين أهل حربنا ربا " (٤). وروي ذلك عمرو بن جميع (٥)، عن أبي عبد الله عليه السلام، عن أبيه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: " ليس بيننا وبين أهل حربنا ربا، نأخذ منهم ألف درهم بدرهم، ونأخذ منهم ولا نعطيه " (٦) وهذا نص فيما قلناه. مسألة ١٢٩: من باع نخلا مطلعة، فان كان أبر الطلعة، فالثمرة للبائع، إلا

- (١) المجموع ١١: ٣٢٨، والمغني لابن قدامة ٤: ١٧٦، والشرح الكبير ٤: ١٩٩.
- (٢) النتف ١: ٤٩٥، واللباب ١: ٢٥٩، وشرح فتح القدير ٥: ٣٠٠، وبدائع الصنائع ٥: ١٩٢، والفتاوى الهندية ٣: ٢٤٨ - ٢٤٩، والمجموع ١٣: ٢٢٨، والمغني لابن قدامة ٤: ١٧٦، والشرح الكبير ٤: ١٩٩، والبحر الزخار ٤: ٣٤٠ و ٣٩١.
- (٣) الفتاوى الهندية ٣: ٢٤٨، وبدائع الصنائع ٥: ١٩٢ - ١٩٣، والمغني لابن قدامة ٤: ١٧٦، والشرح الكبير ٤: ١٩٩ - ٢٠٠، والبحر الزخار ٤: ٣٤٠.
- (٤) الكافي ٥: ١٤٧ حديث ٢، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٧٦ حديث ٧٩٠، والتهذيب ١٨ حديث ٧٧.
- (٥) أبو عثمان، عمرو بن جميع الأزدي البصري، قاضي الري، ضعفه أكثر من ترجم له، ونسب إليه أنه بثري، عده الشيخ الطوسي وغيره من أصحاب الامامين الباقر والصادق عليهما السلام. انظر اختيار معرفة الرجال: ٣٩٠ / ٧٣٣، رجال النجاشي: ٢٠٥، رجال الشيخ الطوسي ١٣١ و ٢٤٩، الفهرست: ١١١، الخلاصة: ٢٤١، وتنقيح المقال ٢: ٣٢٦.
- (٦) الكافي ٥: ١٤٧ حديث ٢، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٧٦ حديث ٧٩٠، والتهذيب ١٨ حديث ٧٧.

#### [ ٧٩ ]

أن يكون المشتري قد اشترطها وإن لم يكن أبرها فالثمرة للمشتري إلا أن يشترط البائع أن تكون له، وبه قال الشافعي (١). وقال ابن أبي ليلى: الثمرة للمشتري سواء أبرها أو لم يؤبرها (٢). وقال أبو حنيفة: الثمرة للبائع سواء أبرها أو لم يؤبرها (٣). دليلنا: اجماع الفرقة وأخبارهم (٤)، وأيضا فإن أصل النخل والثمرة للبائع قبل البيع، وانتقل النخل الى ملك المشتري بالاجماع، ولا دليل على انتقال الثمرة. وروي سالم، عن أبيه، عن عبد الله بن عمر، عن النبي صلى الله عليه وآله: انه قال: " من باع نخلا من بعد أن يؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع " (٥). وهذا نص. وأخبارنا في هذا المعنى قد أوردناها في الكتاب الكبير (٦). مسألة ١٣٠: إذا أبر بعض ما في البستان مثل نخلة واحدة، لم يصر الباقي في

- (١) الام ٣: ٤٣ و ٨٣، ومختصر المزني: ٧٩ والمجموع ١١: ٣٣٩، ومغني المحتاج ٢: ٨٦، والسراج الوهاج: ١٩٨، وفتح العزيز ٩: ٤٢، وفتح الباري ٤: ٤٠٢، وشرح فتح القدير ٥: ٩٩، وبداية المجتهد ٢: ١٨٨، وتلخيص الحبير ٩: ٤٠، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٠٦، والشرح الكبير ٤: ٢٠٦.
- (٢) بداية المجتهد ٢: ١٨٨، وفتح الباري ٤: ٤٠٢، والمجموع ١١: ٣٣٩، وشرح فتح القدير ٥: ١٠، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٠٦، والشرح الكبير ٤: ٢٠٦.
- (٣) اللباب ١: ٢٢٧، والفتاوى الهندية ٣: ٢٥، وفتح الباري ٤: ٤٠٢، والمجموع ١١: ٣٣٩،

وشرح فتح القدير ٥: ٩٩، وبداية المجتهد ٢: ١١٨، وفتح العزيز ٩: ٤٢، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٠٦، والشرح الكبير ٤: ٢٠٦.  
(٤) الكافي ٥: ١٧٧ حديث ١٢ - ١٣، والتهذيب ٧: ٨٧ حديث ٣٦٩ - ٣٧١.  
(٥) ترتيب مسند الشافعي ٢: ١٤٨ حديث ٥٠٤، وروى في الموطأ ٢: ٧٢٩، وصحيح مسلم ٣: ١١٧٣ - ١١٧٣ حديث ٧٧ و ٨٠، وسنن الترمذي ٣: ٥٤٦ حديث ١٢٤٤.  
(٦) التهذيب ٧: ٨٧ حديث ٣٦٩ - ٣٧١.

#### [ ٨٠ ]

حكم المؤبر، فإذا باع نخل البستان كانت ثمرة النخلة المؤبرة للبائع، وما لم يؤبر يكون للمشتري. وقال الشافعي: إذا كانت واحدة مؤبرة صار الجميع للبائع (١). وقال جميع أصحابه: حكم جميع الثمار حكم النخل (٢). إلا ابن خيران فإنه قال: التأبير لا يكون إلا في النخل (٣). دليلنا: ظاهر الخبر الذي قدمناه من أنه إذا باع نخلا قد أبر فثمرته للبائع وما لم يؤبر للمشتري، وذلك يتناول عين المؤبرة دون غيرها، وما لم يؤبر يتناول حكم المشتري (٤). كذلك أخبارنا (٥). مسألة ١٢١: إذا باع نخلا مؤبرا، فقد قلنا أن الثمرة للبائع والأصل للمشتري، فإذا ثبت هذا، فلا يجب على البائع نقل هذه الثمرة حتى يبلغ أبان الجذاذ (٦) في العرف والعادة. وكذلك إذا باع ثمره منفردة بعد بدو الصلاح فيها، وجب على البائع تركها حتى يبلغ أوان الجذاذ. وبه قال الشافعي (٧).

(١) الام ٣: ٨٣ - ٨٤ والمجموع ١١: ٣٥٩، وفتح العزيز ٩: ٤٩، والسراج الوهاج: ١٩٩ ومغني المحتاج ٢: ٨٧، وفتح الباري ٤: ٤٠٣.  
(٢) المجموع ١١: ٢٥٨ - ٢٥٩، ومغني المحتاج ٢: ٨٦، وفتح الباري ٩: ٥٠، والسراج الوهاج: ١٩٨، وفتح الباري ٤: ٤٠٣.  
(٣) المجموع ١١: ٣٥٩، وفتح العزيز ٩: ٥٠.  
(٤) المتقدم في هامش رقم " ٥ " من المسألة السابقة.  
(٥) انظرها في الكافي ٥: ١٧٧ حديث ١٢ - ١٣، والتهذيب ٧: ٨٧ حديث ٣٦٩ - ٣٧١.  
(٦) الجذاذ: الجذ، هو القطع.  
(٧) الام ٣: ٤٣، ومختصر المزني: ٧٩، والمجموع ١١: ٤٣٤ - ٤٣٥، وفتح العزيز ٩: ٦٠، وكفاية الاخبار ١: ١٥٨، والسراج الوهاج: ١٩٩، وشرح فتح القدير ٥: ١٠٠، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٠٧، والشرح الكبير ٤: ٢٠٦.

#### [ ٨١ ]

وقال أبو حنيفة: يلزمه قطعها، وتفريغ النخل منها (١). دليلنا على وجوب تيقينه: أن المرجع في ذلك إلى العادة، والعادة جارية أن الثمار لا تشتري إلا على أن تأخذ في أوانها، فأما قبل أوانها فإن ذلك لم تجر به العادة. ولأن النبي صلى الله عليه وآله قال: " لا ضرر ولا ضرار " (٢) وقطعها في غير وقتها فيه ضرر. مسألة ١٢٣: إذا قال بعثك هذه الأرض، ولم يقل بحقوقها، وفيها بناء وشجر، لم يدخل في البيع البناء والشجر. وللشافعي فيه ثلاثة أقوال: أحدها: يدخل البناء والشجر في البيع (٣). وفي الرهن، قال: لا يدخل فيه إلا إذا قال بحقوقها (٤). والثاني: قال بعض أصحابه: لا فرق بين البيع والرهن، ولا يدخل البناء والشجر فيها إلا أن يقول بحقوقها (٥). مثل قولنا. ومنهم من قال: لا يدخلان في الرهن إلا أن يقول بحقوقها، ويدخلان في

(١) اللباب ١: ٢٢٨، وشرح فتح القدير ٥: ١٠٠، والمجموع ١١: ٤٣٥، وفتح العزيز ٩: ٦٠، والنتف في الفتاوى ١: ٤٨٣، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٠٧، والشرح الكبير ٤: ٢٠٦.  
(٢) الحديث ولللفظ الآخر " لا ضرر ولا ضرار " طرق وأسانيد كثيرة لا يسعنا ذكرها، نكتفي بالإشارة إلى بعضها: الكافي ٥: ١٦٩ حديث ٤، وصحيح البخاري ٣: ٩٣ و ٩٥، وسنن الترمذي ٣: ٥٢٤ حديث ١٢٢١.  
(٣) المجموع ١١: ٢٤٧، وفتح العزيز ٩: ١٨، ومغني المحتاج ٢: ٨١، والسراج الوهاج: ١٩٦، والمغني لابن قدامة ٤: ٢١٥.  
(٤) المجموع ١١: ٢٤٧، ومغني المحتاج ٢: ٨١، والمغني لابن قدامة ٤: ٢١٥.  
(٥) المجموع ١١: ٢٤٧، وفتح العزيز ٩: ١٨ - ١٩، ومغني المحتاج ٢: ٨١، والمغني لابن قدامة ٤: ٢١٥، والسراج الوهاج: ١٩٦.

#### [ ٨٢ ]

البيع بمطلق العقد (١). دليلنا: أنه إذا اطلق البيع، فانما تناول العقد، الارض دون البناء والشجر، فمن قال يدخل فيه البناء والشجر فعليه الدلالة، ولا يلزم مثل ذلك إذا قال بحقوقها، فان ذلك مجمع عليه، وهو داخل في حقوقها. مسألة ١٣٣: إذا باع دارا وفيها رحى مبنية، وغلق منصوب، دخل الرحى التحتاني والغلق في البيع بلا خلاف، وعندنا أن الرحى الفوقاني والمفتاح أيضا يدخلان فيه. وللشافعي فيه وجهان: أحدهما مثل ما قلناه (٢). والثاني: لا يدخلان فيه، لانهما منفصلان (٣). دليلنا: أن ذلك من حقوق الدار، لان هكذا ينتفع بالرحى، وكذلك ينصب الاغلاق، وهما من حقوقها. مسألة ١٣٤: الماء الذي في البئر مملوك لصاحب الدار. وللشافعي فيه وجهان: أحدهما مثل ما قلناه (٤)، وهو اختيار ابن أبي هريرة (٥). والثاني: لا يملك، وهو اختيار المروزي أبي إسحاق (٦). دليلنا على أنه يملك: أنه في ملكه، وله منع الغير منه، ومن التصرف فيه،

- (١) فتح العزيز ٩: ١٨ - ١٩، والمجموع ١١: ٢٤٨، والمغني لابن قدامة ٤: ٢١٥.  
(٢) المجموع ١١: ٣٦٥ - ٣٧١، وفتح العزيز ٩: ٣٢، ومغني المحتاج ٢: ٨٥، والمغني لابن قدامة ٤: ١١٦ والسراج الوهاج: ١٩٨.  
(٣) مغني المحتاج ٢: ٨٥، والمجموع ١١: ٣٦٥ - ٣٧١، وفتح العزيز ٩: ٣٢، والمغني لابن قدامة ٤: ٢١٦، والسراج الوهاج: ١٩٨.  
(٤) المجموع ١١: ٢٨٢، وفتح العزيز ٩: ٣٤، والمغني لابن قدامة ٤: ٢١٧.  
(٥) حكاة النووي ايضا في المجموع ١١: ٢٨٢.

#### [ ٨٣ ]

فدل على أنه ملكه، وقولهم: أنه ليس بمملوك لانه للمستأجر أن يستبيح الماء من غير أن يشتمل على عقد الاجارة باطل، لان ذلك معلوم بالعادة، لان الانسان لا يؤجر دارا إلا ويبيح التصرف في مائها، فبطل بذلك ما قالوه. مسألة ١٢٥: معدن الذهب يجوز بيعه بالفضة، ومعدن الفضة يجوز بيعه بالذهب. وللشافعي فيه قولان: أحدهما مثل ما قلناه (١). والثاني: لا يجوز لانه بيع وصرف (٢). دليلنا قوله تعالى: " وأحل الله البيع " (٣) والاصل أيضا الاباحة، والمنع من ذلك يحتاج إلى دليل. مسألة ١٣٦: إذا باع أرضا وفيها حنطة أو شعير مطلقا من غير اشتراط الزرع، فالزرع للبائع، ويلزم المشتري تبقيته في الارض الى وقت الحصاد. وبه قال الشافعي (٤). وقال أبو حنيفة: يلزمه نقله وتفريغ الارض (٥). دليلنا: أن هذا إضرار، والنبي صلى الله عليه وآله قال: " لا ضرر ولا ضرار " (٦) ولا يلزم مثل ذلك المشتري، فان عليه ضررا في التبقية، فانه اشترى مع علمه بدخول هذا الضرر عليه.

- (١) المجموع ٩: ٣٠٧، وفتح العزيز ٩: ٣٥.  
(٢) الام ٣: ٣٣، والمجموع ٩: ٣٠٧، وفتح العزيز ٩: ٣٤.  
(٣) البقرة: ٣٧٥.  
(٤) الام ٣: ٤٤، والمجموع ١١: ٣٩٤، وفتح العزيز ٩: ٢١، ومغني المحتاج ٢: ٨٢، والسراج الوهاج: ١٩٧، وشرح فتح القدير ٥: ١٠٠ - (٥) اللباب ١: ٢٨٨، وشرح فتح القدير ٥: ١٠٠، والمجموع ١١: ٣٩٤، وفتح العزيز ٩: ٢١.  
(٦) تقدمت الاشارة الى بعض مصادر هذا الحديث بلفظيه في الهامش رقم " ٤ " من المسألة " ١٣١ " فراجع.

#### [ ٨٤ ]

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

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

### [ ٨٥ ]

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

- (١) الكافي ٥: ١٧٥، الحديث الثاني، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٥٧ حديث ٦٩، والتهذيب ٧: ٨٥ حديث ٣٦٤ وص ٨٧ حديث ٣٧٢، والاستبصار ٣: ٨٦ - ٨٧ حديث ٢٩٣ و ٣٩٩.
- (٢) الام ٣: ٤٨، والمجموع ١١: ٤١٤، وفتح العزيز ٩: ٦١ و ٦٣، والمغني لابن قدامة ٤: ٢١٩، وعمدة القاري ١١: ٣٩٨، وشرح فتح القدير ٥: ١٠٢، والسراج الوهاج: ١٩٩ - ٢٠٠، والجمل على شرح المنهج ٣: ٢٠٣، وبلغة السالك لأقرب المسالك ٢: ٨٤ - ٨٥، والشرح الكبير ٤: ٢٣١.
- (٣) اللباب ١: ٢٢٨، وعمدة القاري ١١: ٢٢٩، وشرح فتح القدير ٥: ١٠٢، والمجموع ١١: ٤١١، وفتح العزيز ٩: ٦٣، والمغني لابن قدامة ٤: ٢١٩، وسبل السلام ٣: ٨١٦، والشرح الكبير ٤: ٢٣١.
- (٤) انظرها في التهذيب ٧: ٨٤ باب بيع الثمار.
- (٥) صحيح البخاري ٣: ٩٥، والموطأ ٢: ٦١٨ حديث ١٠، وسنن الدارمي ٢: ٢٥٢، والسنن المأثورة: ٢٥١ حديث ١٩٨ و ٢٠٠، وترتيب مسند الشافعي ٢: ١٤٨، حديث ٥٠٧، وسنن أبي داود ٣: ٢٥٢ حديث ٣٣٦٧، ومنحة المعبود ١: ٢٦٥ حديث ١٣٣٠، ومسند أحمد بن حنبل ٢: ٨٠.
- (٦) السنن المأثورة: ٢٥١ حديث ١٩٩، وترتيب مسند الشافعي ٢: ١٤٩ حديث ٥١٢ ورواه البيهقي في سننه الكبرى ٥: ٣٠٠ باختلاف يسير في اللفظ.

### [ ٨٦ ]

وروى أنس بن مالك أن النبي صلى الله عليه وآله نهى عن بيع الثمار حتى ترهني، قيل: يا رسول الله وما ترهني؟ قال: " حتى تحمر " (١). وقال رسول الله صلى الله عليه وآله " أرايت إذا منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه " (٢). وروى جابر بن عبد الله أن النبي صلى الله عليه وآله نهى عن بيع الثمرة حتى تشفح، قيل: وما تشفح؟ قال: " تحمر وتصفر ويؤكل منها " (٣). وروى أبو سعيد الخدري أن النبي صلى الله عليه وآله قال: " لا تبايعوا الثمرة حتى يبدو صلاحها " قيل: وما بدو صلاحها؟ قال: " يذهب عاهتها ويخلص طيبها " (٤). وروى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وآله نهى عن بيع الثمرة حتى تطعم (٥). وروى أنس بن مالك أن النبي صلى الله عليه وآله نهى عن بيع العنب



- (١) الموطأ ٢: ٦١٨ حديث ١١، وترتيب مسند الشافعي ٢: ١٤٨ حديث ٥٠٩، والسنن المأثورة: ٢٥٢ حديث ٢٠١ - ٢٠٢، وسنن النسائي ٧: ٢٦٤، والسنن الكبرى ٥: ٣٠٠، وفي صحيح البخاري ٣: ٩٥ نحوه.
- (٢) صحيح البخاري ٣: ١٠١ و ١٠٣، والموطأ ٢: ٦١٨ حديث ١١، وسنن النسائي ٧: ٢٦٤، والسنن الكبرى ٥: ٣٠٠، ورواه مسلم في صحيحه ٣: ١١٩٠ حديث ١٥ باختلاف يسير في الفاظه، وترتيب مسند الشافعي ٢: ١٤٨ حديث ٥٠٩.
- (٣) صحيح البخاري ٣: ١٠١، وسنن أبي داود ٣: ٢٨٣ حديث ٣٣٧٠، والسنن الكبرى ٥: ٣٠١، ورواه مسلم في صحيحه ٣: ١١٧٥ حديث ٨٤ باختلاف يسير في اللفظ، ومنحة المعبود ١: ٣٦٥ حديث ١٣٣٢.
- (٤) رواه أحمد بن حنبل في مسنده ٢: ٨٠ عن ابن عمر.
- (٥) المصنف لعبد الرزاق ٨: ٦٣ حديث ١٤٣١٨، ورواه الدارقطني ٣: ١٤ حديث ٤٢ باختلاف يسير في الفاظه.

#### [ ٨٧ ]

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

- (١) سنن أبي داود ٣: ٢٥٣ حديث ٣٣٧١، وسنن ابن ماجه ٢: ٧٤٧ حديث ٢٢١٧، وسنن الدارقطني ٣: ٤٧ حديث ١٩٦، والسنن الكبرى ٥: ٣٠١.
- (٢) المجموع ١١: ٤٠١ و ٤٢٣، وفتح العزيز ٩: ٦٥ - ٦٧، ومغني المحتاج ٢: ٨٩، والمغني لابن قدامة ٤: ٢١٩، والشرح الكبير ٤: ٣٣٦.
- (٣) المجموع ١١: ٤١٠ و ٤٢٢، ومغني المحتاج ٢: ٨٩، وفتح العزيز ٩: ٦٥ - ٦٧، والمغني لابن قدامة ٤: ٢١٩، والشرح الكبير ٤: ٣٣٦.
- (٤) انظرها في الكافي ٥: ١٧٤، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٥٧، والتهذيب ٧: ٨٤.
- (٥) المجموع ١١: ٤١٤، وفتح العزيز ٩: ٦٠، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٢٢، وبداية المجتهد ٢: ١٥٠، والشرح الكبير ٤: ٣٦٣، وكفاية الاخبار ١: ١٥٨، وعمدة القاري ١٢: ١٢.
- (٦) اللباب ١: ٢٢٨، وشرح فتح القدير ٥: ١٠٢، والمجموع ١١: ٤١٤، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٢٢، والشرح الكبير ٤: ٣٦٤، وفتح العزيز ٩: ٦٠ و ٦٣، وعمدة القاري ١٢: ١٢.
- (٧) انظر في الكافي ٥: ١٧٤، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٥٧، والتهذيب ٧: ٨٥.

#### [ ٨٨ ]

حتى يبدو صلاحها (١)، يدل على أن بعد الصلاح يجوز بيعها. مسألة ١٤٣: لا اعتبار بطلوع الثريا في بدو الصلاح في الثمار، بل المراعى منه صلاحها بأنفسها بالبلوغ أو التلون. وقال الشافعي مثل ذلك (٢). وقال بعض الناس: ان الاعتبار بطلوع الثريا لما رواه ابن عمر (٣). دليلنا: الاخبار التي قدمناها من تقييد جواز ذلك حتى ترهق (٤)، وهي تعارض خبر ابن عمر (٥)، ولان عندما قلناه يجوز بيعه بلا خلاف عند من أجاز بيعه، ولم يقر دليل على جواز بيعه عند بطلوع الثريا إذا لم يبد صلاحه، على أن قول ابن عمر: " إذا طلع الثريا " ليس من قول النبي صلى الله عليه وآله، وإنما هو من قوله، ولا يجب اتباع قوله. مسألة ١٤٤: إذا بدا الصلاح في بعض الجنس، جاز بيع الجميع مما في البستان من ذلك الجنس وإن لم يبد صلاحه. وكذلك إذا بدا صلاح بعض الثمار في بستان واحد ولم يبد صلاح نوع آخر فيه، فانه يجوز بيع الجميع. وإن كان ذلك في بستانين، أو في بساتين، فلا يجوز إلا أن يبدو الصلاح في كل بستان، إما في جميعه، أو في بعضه.

- (١) صحيح البخاري ٣: ٩٥، وسنن الدارمي ٢: ٢٥٢، والموطأ ٢: ٦١٨ حديث ١٠، وترتيب مسند الشافعي ٢: ١٤٨ حديث ٥٠٧، وسنن أبي داود ٣: ٢٥٢ حديث ٣٣٦٧،

ومسند أحمد بن حنبل ٢: ٨٠، والسنن المأثورة: ٢٥١ حديث ١٩٨ و ٢٠٠، ومنحة المعبود ١: ٢٦٥ حديث ١٣٣٠.  
 (٢) الأم ٣: ٤٨ - ٤٩، والمجموع ١١: ٤٤ - ٤٤١، والسراج الوهاج: ٢٠٠، كفاية الاخيار ١: ١٥٨، وفتح العزيز ٩: ٧٣ - ٧٥.  
 (٣) وبه قال مالك وزيد بن ثابت، انظر بداية المجتهد ٢: ١٥، وموطأ مالك ٢: ٦١٩ حديث ١٣.  
 (٤) انظر ما تقدم من الاخبار في المسألة " ١٤٠ " من هذا الكتاب.  
 (٥) حيث قال: إن النبي صلى الله عليه وآله نهى عن بيع الثمار حتى يذهب العاهة. فقيل لعبد الله بن عمر: متى ذلك؟ قال إذا طلع الثريا. وقد تقدمت الاشارة الى الحديث ومصادر روايته في المسألة " ١٤٠ " من هذا الكتاب فلاحظ.

#### [ ٨٩ ]

وقال الشافعي: يعتبر في بعض الثمرة وإن قل، حتى لو وجد في بسرة واحدة، لكان الباقي من ذلك النوع في ذلك البستان تابعا لها، وحاز بيع الجميع من غير شرط القطع (١). وهل يكون بدو الصلاح في نوع بدو الصلاح في نوع آخر من جنس واحد في بستان واحد؟ فيه وجهان: أحدهما: أنه يكون بدو الصلاح فيه، ويجوز بيع الجميع (٢). والثاني: لا يكون بدو الصلاح فيه، ولا يكون نوعه تابعا لنوع آخر، وهو الصحيح عندهم، ولا يختلف مذهبهم أن بدو الصلاح في جنس لا يكون بدو الصلاح في جنس آخر (٣). هذا كله في بستان واحد، وأما في بساتين فلا يتبع أحدهما الآخر، فإذا بدا الصلاح في نوع من الثمرة في بستان، لا يجوز بيع ذلك النوع في بستان آخر إذا لم يبد فيه الصلاح (٤). وقال مالك: يجوز (٥).

(١) الأم ٣: ٤١ - ٤٢ و ٧٠ - ٧٣، والسراج الوهاج: ١٩٩، ومغني المحتاج ٢: ٨٧، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٢٢ - ٣٢٣، والشرح الكبير ٤: ٢٩٠ - ٢٩٧، وفتح الباري ٤: ٣٩٦ وعمدة القاري ١٢: ١٢، وفتح العزيز ٩: ٤٩ - ٥١ و ٧٠ - ٧٣.  
 (٢) الأم ٣: ٤١ - ٤٢، والسراج الوهاج: ١٩٩، وعمدة القاري ١٢: ١٢، وفتح الباري ٤: ٣٩٦، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٢٣، والشرح الكبير ٤: ٢٩٠ - ٢٩٧.  
 (٣) الأم ٣: ٤١ - ٤٢، والسراج الوهاج: ١٩٩، وفتح الباري ٤: ٣٩٦، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٢٣، وعمدة القاري ١٢: ١٢، والشرح الكبير ٤: ٢٩٠ - ٢٩٧.  
 (٤) الأم ٣: ٤١، وفتح العزيز ٩: ٤٩ - ٥١، وعمدة القاري ١٢: ١٢، وفتح الباري ٤: ٣٩٦، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٢٣، والسراج الوهاج: ١٩٩.  
 (٥) بداية المجتهد ٢: ١٥٦، وبلغة السالك لأقرب المسالك ٢: ٨٤ - ٨٥، وشرح الجمل ٣: ٢٠٤، ومختصر العلامة خليل: ١٨٩، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٢٣، وعمدة القاري ١٢: ١٢، وفتح العزيز ٩: ٧١، والشرح الكبير ٤: ٣٩٧، وفتح الباري ٤: ٣٩٦.

#### [ ٩٠ ]

دليلنا: اجماع الفرقة وأخبارهم (١)، وأبضا نهى النبي صلى الله عليه وآله عام في بيع الثمار قبل بدو صلاحها (٢) إلا ما خصه الدليل. مسألة ١٤٩: إذا باع من البطيخ، والبادنجان، والقثاء، وما أشبه ذلك الحمل الموجود، وما يحدث بعده من الاحمال دون الاصول، كان البيع صحيحا. وبه قال مالك (٣). وقال الشافعي: يبطل في الجميع (٤). دليلنا قوله تعالى: " وأحل الله البيع " (٥) ودلالة الاصل، والمنع يحتاج إلى دليل، وعليه اجماع الفرقة. مسألة ١٤٦: يجوز بيع الباقلاء الاخضر في القشر الاخضر الفوقاني، ويجوز بيع الجوز واللوز وما أشبه ذلك في القشر الفوقاني الاخضر على الارض، وعلى الشجر منفردا عن الشجر، ومع الشجر. وبه قال أبو حنيفة (٦). وقال الشافعي: كل ذلك لا يجوز (٧). وقال أبو العباس بن القاص، وأبو سعيد الاصطخري من أصحابه: يجوز ذلك (٨)، مثل ما قلناه، إلا أنهما قالا: يجوز ذلك إذا كان رطبا، فإذا جف

(١) انظرها في الكافي ٥: ١٧٤، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٥٧، والتهذيب ٧: ٨٥.  
 (٢) تقدمت الاشارة الى الحديث ومصادره في المسألة " ١٤٠ " فلاحظ.  
 (٣) بداية المجتهد ٢: ١٥٦، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٢٥، والشرح الكبير ٤: ٢١٩، بلغة السالك لأقرب المسالك ٢: ٨٤، والمجموع ١١: ٤٦٣.  
 (٤) الأم ٣: ٤٤ و ٦٥، والمجموع ١١: ٤٦١ - ٤٦٢، ومغني المحتاج ٢: ٩٠، وبداية المجتهد ٢: ١٥٦، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٢٥، والشرح الكبير ٤: ٢١٩.  
 (٥) البقرة: ٢٧٥.

- (٦) اللباب ١: ٢٢٩، وشرح فتح القدير ٥: ١٠٦، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٢٥، والبحر الزخار ٤: ٣١٧.
- (٧) المجموع ٩: ٣٠٥ - ٣٠٦، ومغني المحتاج ٢: ٩٠، وشرح فتح القدير ٥: ١٠٦، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٢٥، والسراج الوهاج: ٢٠٠، والبحر الزخار ٤: ٣١٧.
- (٨) المجموع ٩: ٣٠٥ - ٣٠٦، وفتح العزيز ٩: ٨٢.

[ ٩١ ]

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

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

(٢) البقرة: ٢٧٥.

(٣) اللباب ١: ٢٢٩، وشرح فتح القدير ٥: ١٠٦، والمجموع ٩: ٣٠٥، وفتح العزيز ٩: ٨٢، والجواهر النقي في هامش السنن الكبرى ٥: ٣٠٢، والام ٣: ٦٧، والسراج الوهاج: ٢٠٠، وبلغة السالك ٢: ٨٥.

(٤) الام ٣: ٦٧، والمجموع ٩: ٣٠٥، ومغني المحتاج ٢: ٩٠، وفتح العزيز ٩: ٨٢، والسراج الوهاج: ٢٠٠. (٥) البقرة: ٢٧٥.

(٦) سنن أبي داود ٢: ٢٥٢ حديث ٣٣٧١ وسنن ابن ماجه ٢: ٧٤٧ حديث ٢٢١٧، وسنن الدارقطني ٣: ٤٧ حديث ١٩٦، والسنن الكبرى ٥: ٣٠١.

(٧) السنن الكبرى ٥: ٣٠٢.

(٨) المصنف لعبد الرزاق ٥: ٦٤ حديث ١٤٣٢١، والسنن الكبرى ٥: ٣٠٢.

(٩) الموطأ ٢: ٦٢٢، وشرح فتح القدير ٥: ١٠٥، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٣١.

[ ٩٢ ]

وقال أبو حنيفة والشافعي: لا يجوز ذلك، لان الثمرة مقدارها مجهول (١) دليلنا: ان الاصل جواز ذلك، والمنع يحتاج الى دليل، وعليه اجماع الفرقة. مسألة ١٤٩: لا يجوز أن يبيع شاة ويستثنى رأسها أو جلدتها، سواء كان ذلك في سفر أو حضر، وعلى كل حال، ومتى باع كذلك كان شريكا له بمقدار ما يستثنى منه من الثمن. وقال أبو حنيفة والشافعي: لا يجوز ذلك على كل حال (٢). وقال مالك: إن كان في حضر لا يجوز، وإن كان في سفر يجوز (٣). دليلنا: اجماع الفرقة، وأيضا فاستثناء الرأس من الشاة استثناء من غير جنسه، فمن أجازها فعليه الدلالة. مسألة ١٥٠: إذا باع ثمرة وسلمها الى المشتري، والتسليم أن يخلي بينها وبينه، ثم أصابتها جايحة، فهلكت أو هلك بعضها، فانه لا يفسخ البيع. وقال الشافعي في القديم: يفسخ البيع (٤). وقال في الام: لا يفسخ (٥). وذكر في الصرف قولين: أحدهما: يفسخ في التالف، وهو قوله في القديم. والثاني: لا يفسخ وهو قوله في الام (٦). وبه قال أبو حنيفة (٧) وهو المشهور

(١) اللباب ١: ٢٢٨، وشرح فتح القدير ٥: ١٠٥، والام ٣: ٨٤، والمغني لابن قدامة

٤: ٢٣١.

(٢) الفتاوى الهندية ٣: ١٣٠، والمجموع ١١: ٤٤٧.

(٣) المدونة الكبرى ٤: ٢٩٣، وبداية المجتهد ٢: ١٦٢، والمجموع ١١: ٤٤٧.

(٤) المجموع ١١: ٤٦٤، وفتح العزيز ٩: ١٠٢، وعمدة القاري ١٢: ٦، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٣٤، والشرح الكبير ٤: ٢٧١.

(٥) الام ٣: ٤٣، والمجموع ١١: ٤٦٤، وعمدة القاري ١٢: ٦.

(٦) الام ٣: ٤٣، والمجموع ١١: ٤٦٤.

(٧) عمدة القاري ١٢: ٦، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٣٤، والشرح الكبير ٤: ٢٧٢، وفتح العزيز ٩: ١٠٢.

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

- (١) الموطأ ٢: ٦٢١، وبلغه السالك ٢: ٨٧، وعمدة القاري ١٢: ٦، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٣٤، وفتح العزيز ٩: ١٠٢، والشرح ٤: ٢٧١ و ٢٨٢.  
 (٢) المجموع ٩: ٢٧٦ - ٢٧٧، ومغني المحتاج ٢: ٧٢، وفتح العزيز ٨: ٤٤١ - ٤٤٤.  
 (٣) المجموع ٩: ٢٧٦ - ٢٨٣، وفتح الع زيز ٨: ٤٤١ - ٤٤٤، والسراج الوهاج: ١٩٣، ومغني المحتاج ٢: ٧٢.  
 (٤) الكافي ٥: ٢٧٤ حديث ١.  
 (٥) الام ٣: ٦٣، والسراج الوهاج: ٢٠١، والمجموع ٩: ٣٠٩، ومغني المحتاج ٢: ٩٣، وبداية المجتهد ٢: ١٥١.

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

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

مسألة ١٥٤: يجوز بيع الربا - وهو جمع عرية - وهو أن يكون لرجل نخلة في بستان لغيره أو دار، فشق دخوله بالبستان، فيشتريها منه بخرصها تمراً بتمر ويوصله له. وبه قال مالك (١). وقال الشافعي: يجوز بيع العرايا - وهو بيع التمر على رؤوس النخل - خرصاً بمثله من التمر كيلاً، ويجوز فيما دون خمسة أوسق قولاً واحداً (٢)، وفي خمسة أوسق على قولين (٣)، وفيما زاد على خمسة أوسق لا يجوز (٤). واختلف قوله، فقال في الام: الغني والفقير المحتاج سواء (٥). وقال في اختلاف الاحاديث والاملاء: لا يجوز إلا للفقير (٦)، وهو اختيار المزني (٧). وقال أبو حنيفة: لا

يجوز ذلك في القليل والكثير، وهو ربا (٨). دليلنا: اجماع الفرقة وأخبارهم (٩). وأيضا روى سهل بن أبي حثمة أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن بيع التمر بالتمر إلا أنه رخص في العرايا أن تباع بخرصها تمرا، يأكلها أهلها

- (١) المدونة الكبرى ٤: ٢٥٨، وشرح معاني الآثار ٤: ٣٠، وشرح فتح القدير ٥: ١٩٥، والمحلى ٨: ٤٦٢، وفتح الباري ٤: ٣٩٠، والمجموع ١١: ١٠، وسبل السلام ٣: ٨٥٩.
- (٢) الأم ٣: ٥٦، ومختصر المزني: ٨١، والوجيز ١: ١٥٠، والسراج الوهاج: ٢٠١ والمحلى ٨: ٤٦٢، وفتح الباري ٤: ٣٠٨، وسبل السلام ٣: ٨٥٩، والمجموع ١١: ٦، وشرح فتح القدير ٥: ١٩٥.
- (٣) الأم ٣: ٥٤ و ٥٦، ومختصر المزني: ٨١، والوجيز ١: ١٥٠، والمجموع ١١: ٦١، وفتح الباري ٤: ٣٠٨، والمغني لابن قدامة ٤: ١٩٧، وشرح فتح القدير ٥: ١٩٦.
- (٤) الأم ٣: ٥٤ - ٥٥، ومختصر المزني ٨١، والمجموع ١١: ٤٤، والمغني لابن قدامة ٤: ١٩٧، وسبل السلام ٣: ٨٥٩.
- (٥) الأم ٣: ٥٦.
- (٦) مختصر المزني: ٨١، والمجموع ١١: ٢٥.
- (٧) مختصر المزني: ٨١، والمجموع ١١: ٢٥.
- (٨) المغني لابن قدامة ٤: ١٩٧.
- (٩) التهذيب ٧: ١٤٣ حديث ٦٣٤، والاستبصار ٣: ٩١ حديث ٣١٠ - ٣١١.

#### [ ٩٦ ]

رطباً (١)، وهذا نص. وما ذكرناه من تفسير العرية قول أبي عبيدة من أهل اللغة. مسألة ١٥٥: إذا كان لرجل نخلة عليها تمر، ولاخر نخلة عليها تمر، فخرصاهما تمرين، فإنه لا يجوز بيع أحدهما بالآخرى، إلا أن يكون عربتين. وللشافعي فيه ثلاثة أقوال: أحدها: أنه يجوز. ذهب إليه ابن خيران أبو علي (٢). والثاني: إن كان نوعا واحدا لا يجوز، وإن كانا نوعين يجوز ذلك. حكى عن أبي اسحاق (٣). والثالث: لا يجوز بحال، وإنما يجوز بيعه بالتمر الموضوع على الأرض كيلا. حكى عن أبي سعيد الاصطخري (٤). دليلنا: على ما قلناه: عموم الاخبار في النهي عن بيع المزبنة (٥)، وإنما استثنى من جملتها العرايا. مسألة ١٥٦: إذا فسرنا العرايا بما تقدم ذكره، فلا يجوز لاحد أن يبيع ثمرة بستانه نخلة نخلة بيع العرية. وقال الشافعي: يجوز أن يبيع نخلة نخلة، أو نخلتين إذا كان ذلك دون الخمسة أسواق (٦).

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

#### [ ٩٧ ]

دليلنا: أنا قد بينا حقيقة العرية، وذلك لا يتأتى في نخل البستان كله. مسألة ١٥٧: العرية لا تكون إلا في النخل خاصة، فأما الكرم وشجر الفواكه فلا عرية فيها، ولا يمكن أن يقاس على ذلك لبطلان القياس عندنا. وقال الشافعي: في العنب عرية مثل ما في النخل قولاً واحداً (١). وفي سائر الأشجار له فيها قولان، أحدهما: إن فيها عرية (٢)، والثاني: لا عرية فيها (٣). دليلنا: أنا أجمعنا على ثبوت العرية في النخل، ولا دليل على ثبوتها في غيرها من الكرم والأشجار، وإلحاق غيرها بالنخل قياس، وذلك لا يجوز عندنا. مسألة ١٥٨: يجوز بيع ما عدا الطعام قبل أن يقبض، ولا فرق بين الطعام وبين غيره (٥). وبه قال عبد الله بن عباس (٦). وقال أحمد بن حنبل: إن كان مكبلاً أو موزوناً لم يجز بيعه قبل القبض، ويجوز في غيرهما (٧). وبه قال الحسن البصري، وسعيد بن المسيب (٨).

- (١) الام ٣: ٥٥ - ٥٦، ومختصر المزني: ٨١، والمجموع ١١: ٧١، والسراج الوهاج: ٢٠١، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٠١، والشرح الكبير ٤: ١٦٩، وعمدة القاري ١١: ٣٠٤.
- (٢) الام ٣: ٥٥، والمجموع ١١: ٧١، وفتح العزيز ٩: ٩٤.
- (٣) المجموع ١١: ٧١، وفتح العزيز ٩: ٩٤.
- (٤) بداية المجتهد ٢: ١٤٢، والمحلى ٨: ٥٢١، والمجموع ٩: ٣٧٠.
- (٥) الام ٣: ٦٩، ومختصر المزني: ٨٢، والوجيز ١: ١٤٦، وكفاية الاخير ١: ١٥٢، والمجموع ٩: ٣٦٤ و ٣٧٠، والمحلى ٨: ٥٢١، وبداية المجتهد ٢: ١٤٢، والسراج الوهاج: ١٩١، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٣٩، ومغني المحتاج ٢: ٦٨، وبدائع الصنائع ٥: ١٨١.
- (٦) صحيح البخاري ٣: ٨٩، والمحلى ٨: ٥٢١، ومختصر المزني: ٨٢، والمجموع ٩: ٣٧٠، وبداية المجتهد ٢: ١٤٢، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٣٩، ومغني المحتاج ٢: ٦٨، وبدائع الصنائع ٥: ١٨١.
- (٦) صحيح البخاري ٣: ٨٩، والمحلى ٨: ٥٢١، ومختصر المزني: ٨٢، والمجموع ٩: ٣٧٠، وبداية المجتهد ٢: ١٤٢، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٣٩، ومغني المحتاج ٢: ٦٨، والام ٣: ٦٩، والنتف ١: ٤٦٩.
- (٧) المغني لابن قدامة ٤: ٢٣٩، والمجموع ٩: ٣٧٠، وبداية المجتهد ٢: ١٤٢، والنتف ١: ٤٦٩.
- (٨) المجموع ٩: ٣٧٠، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٣٩.

### [ ٩٨ ]

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: ان كان مما ينقل ويحول لم يجز بيعه قبل القبض، وان كان مما لا ينقل ويحول من العقار جاز بيعه قبل القبض (١). دليلنا على ما قلنا: ان الطعام مجمع عليه، ولا دليل على ما عداه، وظاهر الآية (٢) يقتضي جوازه. وأيضا قول النبي صلى الله عليه وآله: " من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه " (٣). فخص الطعام بذلك، ولو كان حكم غيره حكمه لبينه. مسألة ١٥٩: القبض فيما عدا العقار والارضين نقل المبيع الى مكان آخر. وبه قال الشافعي (٤). وقال أبو حنيفة: القبض هو التخلية في جميع الاشياء (٥). دليلنا: أن ما اعتبرناه لا خلاف في أنه قبض، وما ادعوه لا دليل على ثبوته قبضا. مسألة ١٦٠: يجوز بيع الصداق قبل القبض، ويجوز بيع مال الخلع قبل قبضه. وبه قال أبو حنيفة (٦).

- (١) اللباب ١: ٢٥٢، والفتاوى الهندية ٣: ١٣، وشرح فتح القدير ٥: ٢٦٥، وشرح العناية على الهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٥: ٢٦٥، والمجموع ٩: ٢٧٠، وبداية المجتهد ٢: ١٤٢، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٣٩، وبدائع الصنائع ٥: ١٨١.
- (٢) البقرة: ٢٧٥.
- (٣) صحيح البخاري ٣: ٩٠، وسنن ابن ماجه ٢: ٧٤٩ حديث ٢٢٢٦، وسنن النسائي ٧: ٢٨٥، والنتف ١: ٤٦٩.
- (٤) الوجيز ١: ١٤٦، والمجموع ٩: ٣٧٦ و ٢٨٣، والسراج الوهاج: ١٩٢، ومغني المحتاج ٢: ٧٢، والبحر الزخار ٤: ٣٦٩، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٣٨.
- (٥) الفتاوى الهندية ٣: ١٦، وبداية المجتهد ٢: ١٤٤، والمجموع ٩: ٢٨٣، والبحر الزخار ٤: ٣٦٩، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٣٨.
- (٦) الفتاوى الهندية ٣: ١٣، وشرح فتح القدير ٥: ٢٦٥، وبداية المجتهد ٢: ١٤٥.

### [ ٩٩ ]

وقال الشافعي: لا يجوز (١). دليلنا: قوله تعالى: " وأحل الله البيع " (٢)، ودلالة الاصل، والمنع يحتاج إلى دليل. مسألة ١٦١: الثمن إذا كان معينا يجوز بيعه قبل قبضه ما لم يكن صرفا، وإن كان في الذمة أيضا يجوز. وقال الشافعي في المعين لا يجوز قولاً واحداً (٣)، وفيما في الذمة قولان (٤). دليلنا: الآية (٥)، ودلالة الاصل، وجواز التصرف، والمنع يحتاج إلى دليل. وروى سعيد بن جبیر، عن ابن عمر أنه قال: كنت أبيع الابل بالبيع، فأبيع بالدنانير وأخذ الدراهم، وأبيع الدراهم وأخذ الدنانير، أخذ هذه من هذه، وأعطى هذه من هذه، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: " لا بأس أن تأخذها ما لم تفترقا وبينكما شيء " (٦). مسألة ١٦٢: إذا قال لمن أسلم إليه: إذهب الى من أسلمت إليه واكتل منه الطعام لنفسك، فذهب واكتاله، لم يصح قبضه بلا خلاف. وإذا قال: إحضر اكتالي منه حتى أكتاله لك، فحضر معه واكتاله، لم يجز أيضا بلا خلاف. وإن قال: إحضر معي حتى أكتاله لنفسي، ثم تأخذ أنت من غير كيل،

- (١) المجموع ٩: ٣٦٤، والوجيز ١: ١٤٥، والمحلى ٨: ٥٢١، وبداية المجتهد ٢: ١٤٥، وفتح العزيز ٨: ٤٢٥، والاشباه والنظائر: ٥٤٦.
- (٢) البقرة: ٣٧٥.
- (٣) المجموع ٩: ٣٦٩ و ٣٧١، ومغني المحتاج ٢: ٦٩، والسراج الوهاج: ١٩١.
- (٤) المجموع ٩: ٣٧٢ و ٣٧٤.
- (٥) البقرة: ٣٧٥.
- (٦) سنن أبي داود ٣: ٢٥٠ حديث ٣٣٥٤، ومسند الطيالسي: ٢٥٥ حديث ١٨٦٨، ومنحة المعبود ١: ٣٧٠ حديث ١٣٦٢، ورواه النسائي في سننه ٧: ٢٨١ - ٢٨٢ باختلاف في بعض الفاظه.

#### [ ١٠٠ ]

فان رضي باكتياله لنفسه كان عندنا جائزا، ولا يجوز ذلك عند الشافعي (١). وإذا اكتاله لنفسه، ويتركه ولا يفرغه، ويكون ما عليه مكيالا واحدا، فكاله عليه، جاز عندنا، وللشافعي فيه وجهان (٢). وان اكتاله المشتري منه وفرغه، ثم كاله مستأنفا على من باع منه، كان القبضان جميعا صحيحين بلا خلاف. دليلنا على المسألتين: اجماع الفرقة، وأخبارهم تدل على أن قبضه عنه صحيح (٣)، ثم يحتسب لنفسه. مسألة ١٦٣: إذا كان لرجل على غيره قفيز طعام من جهة السلم، والذي عليه الطعام من جهة السلم له على غيره طعام من جهة القرض، فجاء المسلم فطالب المسلم إليه بالطعام، فاحاله على من له عليه من جهة القرض، كان جائزا. وكذلك إن كان الطعام الذي له قرضا والذي عليه سلما كان جائزا. وقال الشافعي في المسألتين: لا يجوز (٤) . دليلنا: إن الاصل جواز ذلك، والمنع يحتاج إلى دليل. وأيضا فان هذه حوالة ليست ببيع، فلا وجه للمنع منه، فمن قال انه بيع فعليه الدلالة. مسألة ١٦٤: إذا كان الطعامان قرضين، يجوز الحوالة بلا خلاف. وان كانا سلمين يجوز أيضا عندنا. وعند الشافعي لا يجوز (٥).

- (١) مختصر المزني: ٨٢. (٢) مختصر المزني: ٨٢، والمجموع ٩: ٣٧٩.
- (٣) انظرها في التهذيب ٧: ٣٥ - ٣٦ حديث ١٤٦ و ١٥٢.
- (٤) مختصر المزني: ٨٢، والوجيز ١: ١٤٦، والمجموع ٩: ٣٧٩، وفتح العزيز ٨: ٤٣٣.
- (٥) المجموع ١٣: ١٠٧ و ٢٩٥ و ٤٤٦، والوجيز ١: ١٤٦، وكفاية الاخير ١: ١٦٢ و ١٧٠، وفتح العزيز ٨: ٢١٣ و ٤٣٣.

#### [ ١٠١ ]

وفي أصحابه من قال: لا يجوز أيضا إذا كان قرضين، وهو ضعيف عندهم (١). دليلنا: أن الاصل جوازه، والمنع يحتاج إلى دليل. مسألة ١٦٥: إذا انقطع المسلم فيه لم يفسخ البيع، ويبقى في الذمة. وللشافعي فيه قولان، أحدهما: أنه يفسخ السلم (٢). والآخر: له الخيار، إن شاء رضي بتأخيره الى قابل، وان شاء فسخه (٣). دليلنا: أن هذا عقد ثابت، وفسخه يحتاج إلى دليل، وليس في الشرع ما يدل عليه. مسألة ١٦٦: إذا باع طعاما قفيزا بعشرة دراهم مؤجلة، فلما حل الاجل أخذ بها طعاما جاز ذلك إذا أخذ مثله، فان زاد عليه لم يجز. وقال الشافعي: يجوز على القول المشهور، ولم يفصل (٤). وبه قال بعض أصحابنا. وقال مالك: لا يجوز، ولم يفصل (٥). دليلنا: اجماع الفرقة، وأخبارهم (٦)، ولان ذلك يؤدي الى بيع طعام بطعام، فالتفاضل فيه لا يجوز. والقول الاخر الذي لاصحابنا قوي، لانه بيع طعام بدرهم في القفيزين معا، لا بيع طعام بطعام، فلا يحتاج إلى اعتبار المثلية.

- (١) المجموع ١٣: ٤٣٦ و ٤٣٩.
- (٢) فتح العزيز ٩: ٢٤٥، وكفاية الاخير ١: ١٦١.
- (٣) فتح العزيز ٩: ٢٤٥، وكفاية الاخير ١: ١٦١.
- (٤) المجموع ٩: ٣٧٥، وبداية المجتهد ٢: ١٤٢.
- (٥) بداية المجتهد ٢: ١٤٢، والمجموع ٩: ٣٧٥.
- (٦) عموم الاخبار المروية في الكافي ٥: ١٨٧، والتهذيب ٧: ٩٤ حديث ٣٩٩ - ٤١١.

#### [ ١٠٢ ]

مسألة ١٦٧: التصرية تدليس يثبت به الخيار للمشتري بين الرد وفسخ البيع



وبين الامسك، وبه قال مالك، والليث، وابن أبي ليلى، والشافعي، وأحمد، واسحاق (١)، وهو مذهب عبد الله بن مسعود ذكره البخاري في صحيحه (٢). وبه قال ابن عمر، وأبو هريرة، وأنس بن مالك (٣). وقال أبو حنيفة: لا خيار له (٤). دليلنا: اجماع الفرقة وأخبارهم (٥). وأيضا روى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وآله انه قال: " لا تصروا الابل والغنم للبيع، فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها، فان رضيها أمسكها، وان سخطها ردها وصاعا من تمر " (٦). وروى محمد بن سيرين عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وآله قال: " من اشترى شاة مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام إن شاء أمسكها وإن شاء ردها

(١) مختصر المزني: ٨٢، والمحلى ٩: ٦٦ - ٦٧، وبداية المجتهد ٢: ١٧٤، وارشاد الساري ٤: ٦٨، وفتح الباري ٤: ٣٦١، وعمدة القاري ١١: ٢٧٠، وسبل السلام ٢: ٨٢٧، والسراج الوهاج: ١٩٠، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٥٢، ونيل الاوطار ٥: ٢٢٩، وشرح معاني الآثار ٤: ١٩، وفتح العزيز ٨: ٣٢٣.

(٢) صحيح البخاري ٣: ٩٢، وانظر المحلى ٩: ٦٧، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٥٢، وفتح الباري ٤: ٣٦١.

(٣) المحلى ٩: ٦٧، وفتح الباري ٤: ٣٦١، وعمدة القاري ١١: ٢٧٠ و ٢٧٢، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٥٢.

(٤) عمدة القاري ١١: ٢٧٠، وبداية المجتهد ٢: ١٧٤، والمحلى ٩: ٦٧، وارشاد الساري ٤: ٦٨، وفتح الباري ٤: ٣٦٤، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٥٢، والبحر الزخار ٤: ٢٥٢، ونيل الاوطار ٥: ٢٢٩، وفتح العزيز ٨: ٣٢٣.

(٥) انظرها في الكافي ٥: ١٧٣ حديث ١، والتهديب ٧: ٢٥ حديث ١٠٧، ومعاني الاخبار ٢٨٢ (باب معنى المحاقلة والمزبنة...).

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

### [ ١٠٣ ]

وصاعا من تمر " (١) وفي بعضها " سمر " (٢) يريد به حنطة. وروى عبد الله بن عمر أن النبي صلى الله عليه وآله قال: " من ابتاع محفلة فهو بالخيار ثلاثة أيام، فان ردها رد معها مثل لبنها، أو مثلي لبنها قمحا " (٣). مسألة ١٦٨: مدة الخيار في المصراة ثلاثة أيام مثل مدة الخيار في سائر الحيوان. واختلف أصحاب الشافعي فيها. فقال أبو اسحاق: قدر الثلاثة للوقوف على التدليس، ومعرفة عيب التصرية (٤). وقال ابن أبي هريرة أبو علي: الثلاثة إذا شرط الخيار فيه، وخيار التصرية على الفور (٥). ومنهم من قال: إذا وقف على خيار التصرية فيما دون الثلاث كان له الخيار في بقية الثلاث للسنة، ذهب إليه أبو حامد المروزي في جامعه، وعليه نص الشافعي في اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى (٦).

(١) شرح معاني الآثار ٤: ١٩، وسنن الدارقطني ٢: ٧٤ حديث ٣٧٩، وترتيب مسند الشافعي ٢: ١٤٢ حديث ٤٦٨، وروي نحوه في الموطأ ٢: ٦٨٣ حديث ٩٦.

(٢) كذا في النسخ المعتمدة، اما ما ورد في مصادر الحديث وقد اشرنا إلى البعض منها في الهامش المتقدم وغيره " لا سمراء ". وانظر تفصيل ذلك أيضا في السنن الكبرى ٥: ٣١٨ - ٣٢٠ (باب الحكم فيمن اشترى مصراة).

(٣) سنن أبي داود ٣: ٢٧١ حديث ٣٤٤٦، وسنن ابن ماجه ٢: ٧٥٢ حديث ٢٢٤٠، والسنن الكبرى ٥: ٣١٩، وتلخيص الحبير ٣: ٢٣ حديث ١١٩٤.

(٤) المجموع ١٢: ٣٣، وارشاد الساري ٤: ٦٦.

(٥) المجموع ١٢: ٣٢ - ٣٣، والسراج الوهاج: ١٩٠، وفتح الباري ٤: ٣٦٢، وفتح العزيز ٨: ٣٣٤.

(٦) الام ٧: ١٠٠، والمجموع ١٢: ٣١، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٥٥، وفتح الباري ٤: ٣٦٢ - ٣٦٣، وفتح العزيز ٨: ٣٣٤.

### [ ١٠٤ ]

دليلنا: اجماع الفرقة على ثبوت الخيار في الحيوان ثلاثة أيام شرط أو لم يشترط، وقد تقدم (١)، وهذا داخل في ذلك، والخبر الذي روينا عن أبي هريرة وابن عمر صريح بذلك (٢). مسألة ١٦٩: عوض اللبن الذي يحلبه صاع من تمر، أو صاع من بر على ما

نص النبي صلى الله عليه وآله (٣). واختلف أصحاب الشافعي: فقال أبو العباس بن سريج: يرد في كل بلد من غالب قوته (٤). وقال أبو اسحاق المروزي: الصاع من التمر هو الاصل، فينظر في الحنطة فان كانت أعلا منه وأكثر ثمنا جاز، وان كانت دونه لم يجز، وان كان في موضع لا يوجد فيه التمر وجبت قيمة الصاع من التمر بالمدينة، وان كان في بلد يوجد إلا أن ثمنه كثير يأتي على ثمن الشاة أو على أكثره قوم بقيمة المدينة (٥). ومنهم من قال: التمر هو الواجب وان اتى على ثمن الشاة للسنة، وهو الصحيح، أو البر الذي ثبت أنه عوض عنه (٦).

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

(٢) انظر السنن الكبرى ٥: ٣١٩، وسنن ابن ماجة ٢: ٧٥٣ حديث ٣٢٤٠، وسنن الترمذي ٣: ٥٥٣ حديث ١٢٥١ - ١٢٥٢، والمصنف لعبد الرزاق ٨: ١٩٧ حديث ١٤٨٥٩ - ١٤٨٦٠، وصحيح البخاري ٣: ٩٢.

(٣) صحيح البخاري ٣: ٩٢ - ٩٣، وسنن أبي داود ٣: ٢٧٠ حديث ٣٤٤٣ - ٣٤٤٧ وسنن ابن ماجة ٢: ٧٥٣ حديث ٣٢٣٩ - ٣٢٤١، وشرح معاني الآثار ٤: ١٧ - ١٨، والمصنف لعبد الرزاق ٩: ١٩٧ - ١٩٨ حديث ١٤٨٥٨ - ١٤٨٦٦. وحكى العسقلاني في فتح الباري ٤: ٣٦٤ عن البزار بلفظ: ان ردها ردها ومعها صاع من بر.

(٤) المجموع ١٢: ٤٨، وفتح العزيز ٨: ٣٢٥.

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

(٦) المجموع ١٢: ٤٩، وفتح العزيز ٨: ٣٢٥.

#### [ ١٠٥ ]

دليلنا: اجماع الفرقة وأخبارهم (١)، وأيضاً الاخبار التي قدمناها تضمن التمر أو البر (٢)، فمن قال غيره يقوم مقامه فعلية الدلالة. مسألة ١٧٠: التصرية في البقرة مثل التصرية في الناقة والشاة. وبه قال الشافعي (٣). وقال داود: لا يجوز له رد البقر (٤). دليلنا: اجماع الفرقة. وأيضاً خبر عبد الله بن عمر عن النبي صلى الله عليه وآله انه قال: " من اشترى محفلة فهو بالخيار ثلاثة أيام " (٥) وذلك يتناول البقرة، والناقة، والشاة على حد سواء. مسألة ١٧١: إذا صرى جارية وباعها، لم يثبت له الخيار لمكان التصرية. وللشافعي فيه ثلاثة أوجه. أحدها: ان ذلك بمنزلة التصرية في الابل والبقر والغنم، وهو الاصح عندهم (٦). والثاني أنه يردّها ولا يرد معها صاعاً من تمر (٧).

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

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

(٣) مختصر المزني: ٨٢، والمجموع ١٢: ٢ و ٨٤ و ٨٨، ومغني المحتاج ٢: ٦٤، والسراج الوهاج: ١٩٠، وسبل السلام ٣: ٨٢٦.

(٤) المغني لابن قدامة ٤: ٢٥٦، والشرح الكبير ٤: ٩٢، والبحر الزخار ٤: ٢٥٣.

(٥) السنن الكبرى ٥: ٣١٩، وسنن ابن ماجة ٢: ٧٥٣ حديث ٣٢٤٠.

(٦) المجموع ١٢: ٨٥، وفتح العزيز ٨: ٣٣٦، ومغني المحتاج ٦: ٦٤، والسراج الوهاج: ١٩٠، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٥٦.

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

#### [ ١٠٦ ]

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

- وفتح الباري ٤: ٣٦١. (١) المجموع ١٢: ٨٧، وفتح العزيز ٨: ٣٣٦.  
 (٢) الأتان: الحمارة الأنثى خاصة.  
 (٣) المجموع ١٢: ٨٨ - ٨٩، وفتح العزيز ٨: ٣٣٦، وفتح الباري ٤: ٣٦١.  
 (٤) و (٥) المجموع ١٢: ٨٨ و ٥٦٩، وفتح العزيز ٨: ٣٣٦.  
 (٦) المجموع ١٢: ٤٧، وفتح العزيز ٨: ٣٣٧، وفتح الباري ٤: ٣٦٧.  
 (٧) المجموع ١٢: ٤٧، وفتح الباري ٤: ٣٦٧، وفتح العزيز ٨: ٣٣٧.

### [ ١٠٧ ]

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

- (١) مختصر المزني ٨٣، وفتح العزيز ٨: ٣٨٩، وبداية المجتهد ٢: ١٨١، وسبل السلام ٣: ٨٣٢.  
 (٢) بداية المجتهد ٢: ١٨١، وبلغة السالك ٢: ٦٦، وفتح العزيز ٨: ٣٧٩، وسبل السلام ٣: ٨٣٢.  
 (٣) اللباب ١: ٣٣٩، وبداية المجتهد ٢: ١٨١، وفتح العزيز ٨: ٣٧٩، وسبل السلام ٣: ٨٣٢، ومقدمات ابن رشد ٢: ٥٧٢.  
 (٤) سنن ابن ماجه ٢: ٧٥٤ حديث ٢٢٤٣، وسنن الترمذي ٢: ٥٨٢ حديث ١٢٨٥ - ١٢٨٦، وسنن النسائي ٧: ٢٥٥، وترتيب مسند الشافعي ٢: ١٤٣ حديث ٣٧٩، ومنحة المعبود ١: ٣٦٧ حديث ١٣٤٧.  
 (٥) فتح العزيز ٨: ٣٨١.

### [ ١٠٨ ]

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

- (١) مختصر المزني ٨٣، وفتح العزيز ٨: ٣٨١.  
 (٢) مختصر المزني: ٨٣، والمجموع ١٢: ٢١٥، وفتح العزيز ٨: ٣٨١ - ٣٨٢.  
 (٣) المجموع ١٢: ٢١٥، وفتح العزيز ٨: ٣٨٢.  
 (٤) سنن النسائي ٧: ٢٥٥، وسنن الترمذي ٣: ٥٨٢ حديث ١٢٨٥ - ١٢٨٦، وسنن ابن ماجه ٢: ٧٥٤، حديث ٢٢٤٣، وترتيب مسند الشافعي ٢: ١٤٣ حديث ٣٧٩، ومنحة المعبود ١: ٣٦٧ حديث ١٣٤٧.  
 (٥) الفتاوى الهندية ٣: ٧٥ - ٧٦، والمحلى ٩: ٧٧، وبداية المجتهد ٢: ١٨٠، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٥٩ - ٣٦٠، والمجموع ١٢: ٢٢٢، وسبل السلام ٣: ٨٣٢.  
 (٦) السنن الكبرى ٥: ٣٢٢، والمحلى ٩: ٧٧، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٥٩، والمجموع ١٢: ٣٢٢.

(٧) مختصر المزني: ٨٣، وبداية المجتهد ٢: ١٨١، والمجموع ١٢: ٣٢٢، والمحلى ٩: ٧٧، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٥٩ - ٣٦٠.

#### [ ١٠٩ ]

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

(١) المحلى ٩: ٧٧، وبداية المجتهد ٢: ١٨١، والمجموع ١٢: ٣٢٢، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٥٩ - ٣٦٠، والفتاوى الهندية ٣: ٧٥ - ٧٦.  
(٢) المحلى ٩: ٧٦، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٥٩، والمجموع ١٢: ٣٢٢.  
(٣) التهذيب ٧: ٦١ حديث ٣٦١ - ٣٧٢، والكافي ٥: ٢١٤ حديث ٢ - ٥.  
(٤) السنن الكبرى ٥: ٣٢٢، والمحلى ٩: ٧٧، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٥٩، والمجموع ١٢: ٣٢٢.  
(٥) السنن الكبرى ٥: ٣٢٢، والمحلى ٩: ٧٦، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٥٩.  
(٦) المجموع ١٢: ١٣٢ - ١٣٣ و ١٦٨.  
(٧) المجموع ١٢: ١٣٢، وبداية المجتهد ٢: ١٧٧، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٥٩، والشرح الكبير ٤: ٩٧.  
(٨) سنن الدارقطني ٣: ٢٧، وسنن ابن ماجه ٢: ٧٨٨ حديث ٣٢٥٣، وسنن الترمذي ٣: ٦٣٤ حديث ١٢٥٢، وسنن ابن داود ٣: ٣٠٤ حديث ٣٥٩٤، ومسند أحمد ٢: ٣٦٦، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ٢٠ حديث ٥٢.

#### [ ١١٠ ]

مسألة ١٧٩: إذا اشترى نفسان من انسان عبداً أو جارية وقبضها، ثم وجدا بها عيباً، كان لهما الرد بالعيب إجماعاً. وإن أراد أحدهما أن يرد نصيبه وأراد الآخر إمساكه، لم يكن لمن أراد الرد أن يرد نصيبه حتى يتفقا. وبه قال أبو حنيفة (١). وقال الشافعي: له أن يرد نصيبه (٢). دليلنا: إنا أجمعنا أن لهما الخيار عند الاجتماع، ولا دليل على أن لهما الرد عند الانفراد، وإن قلنا له الرد لعموم الاخبار، لأنه عليه السلام لم يفصل (٣)، كان قويا. مسألة ١٨٠: إذا اشترى عبيدين صفقة واحدة، فوجد بأحدهما عيباً، لم يجز له أن يرد المعيب دون الصحيح، وله أن يردهما. وبه قال الشافعي (٤). وقال أبو حنيفة: له أن يرد المعيب دون الآخر (٥). دليلنا: اجماع الفرقة وأخبارهم (٦).

(١) المبسوط ١٣: ٥٠، وشرح القدير ٩: ٣٦٧، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٦٨، والشرح الكبير ٤: ١٠٦، وبداية المجتهد ٢: ١٧٨.  
(٢) مختصر المزني ٨٣، وفتح العزيز ٨: ٣٦٧، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٦٨، والشرح الكبير ٤: ١٠٦، وبداية المجتهد ٢: ١٧٨، والمبسوط ١٣: ٥٠.  
(٣) انظر ما رواه الشيخ الكليني في الكافي ٥: ٢١٢، والشيخ المصنف - قدس سره - في التهذيب ٧: ٦٠ باب العيوب الموجبة للرد.  
(٤) مختصر المزني: ٨٦، وفتح العزيز ٨: ٢٤٢ و ٣٦٨، ومغني المحتاج ٢: ٦٠، والنتف ١: ٤٥٠، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٦٨، والشرح الكبير ٤: ١٠٦، والمحلى ٩: ٧٦، والمبسوط ١٣: ٥٠، وبداية المجتهد ٢: ١٧٧، والمجموع ١٢: ١٧٣ - ١٧٤.  
(٥) النتف ١: ٤٥١، والمبسوط ١٣: ٥ و ١٠٢، وشرح فتح القدير ٥: ١٧٥، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٦٨، والشرح الكبير ٤: ١٠٦، وبداية المجتهد ٢: ١٧٧، والمحلى ٩: ٧٦، وفتح العزيز ٨: ٢٤٣ - ٢٤٤ و ٣٦٨.  
(٦) انظر دعائم الاسلام ٢: ٤٧ حديث ١١٦.

#### [ ١١١ ]

وأیضا فان الصفقة اشتملت علیهما، فمن أجاز التبعض فیهما فعلیه الدلالة، فأما رد الكل فعلیه إجماع الفرقة علی ما قلناه. مسألة ١٨١: إذا قال واحد لاثین: بعتمكما هذا العبد بألف، فقال أحدهما: قبلت نصفه بخمسائة، ورد الآخر، لم ینعقد العقد. وبه قال أبو حنیفة (١). وقال الشافعی: ینعقد العقد فی حقه، سواء قبل صاحبه أو رد (٢). دلیلنا: أنه لا دلیل علی ثبوت هذا العقد فی حصته، وقبوله غیر مطابق للإیجاب، فوجب أن لا یثبت العقد. مسألة ١٨٢: إذا اشترى جاریة رأى شعرها جعدا، ثم وجده سبطا، لم یکن له الخيار. وبه قال أبو حنیفة (٣). وقال الشافعی: له الخيار (٤). دلیلنا: أنه قد ثبت العقد وإثبات الرد بذلك وجعله عیبا یحتاج الی دلیل. مسألة ١٨٣: إذا بیض وجهها بالطلاء، ثم اسمر أو احمر خدیها بالدمام - وهو الكلکون - ثم اصفر، لم یکن له الخيار. وقال الشافعی: له الخيار (٥).

(١) الفتاوی الهندیة ٣: ١٥، وبدائع الصنائع ٥: ٢٨٤.  
(٢) المجموع ٩: ٣٣٧. (٣) لعل المقصود من قول المؤلف قدس سره " وبه قال أبو حنیفة " إشارة إلی أنه لم یرجع الشعر وسبطه عیبا موجبا للرد، لا القول به صراحة، فما عده السرخسی فی المبسوط وغيره خال من التصريح بما تقدم، بل عد جملة من العیوب الموجبة للرد وليس منها ما ذکر، والله أعلم بالمراد.  
(٤) الام ٣: ١١٩، ومختصر المزني: ٨٢، والمجموع ١٢: ٩٥ و٩٦، والوجیز ١: ١٤٢، وفتح المعین فی شرح قرة العین: ٧٠، والسراج الوهاج: ١٩٠، وفتح العزیز ٨: ٣٢٦.  
(٥) المجموع ١٢: ٩٧ - ٩٨، والسراج الوهاج: ١٩٠.

#### [ ١١٢ ]

دلیلنا: ما قدمناه فی المسألة الاولى سواء. مسألة ١٨٤: إذا اشترى جاریة علی انها بكر فكانت ثیبا، روى أصحابنا انه ليس له الرد. وقال الشافعی: له الرد (١). دلیلنا: أخبارهم التي رويناها (٢). وأیضا إثبات ذلك عیبا یرد منه یحتاج الی دلیل. مسألة ١٨٥: إذا اشترى عبدا علی انه كافر فخرج مسلما لم یکن له الخيار. وبه قال المزني (٣). وقال باقي أصحاب الشافعی: له الخيار (٤). دلیلنا: ان اثبات الخيار فی ذلك یحتاج الی شرع، والاصل صحة العقد. مسألة ١٨٦: إذا اشترى عبدا أو أمة، فوجدهما زانیین، لم یکن له الخيار. وقال الشافعی: له الخيار (٥). وقال أبو حنیفة: فی الجارية له الخيار، وفي العبد لا خيار له (٦).

(١) المجموع ١٢: ٣٣٣، وفتح العزیز ٩: ٣٢٩، وبدایة المجتهد ٢: ١٨١.  
(٢) الكافي ٥: ٢١٥ حديث ١١، والتهدیب ٧: ٦٥ حديث ٢٧٩، والاستبصار ٣: ٨٢ حديث ٣٧٧.  
(٣) فتح العزیز ٨: ٣٢٥.  
(٤) المجموع ٩: ٢٥٦ و٢٥٨، ومغني المحتاج ٢: ٥٤.  
(٥) المجموع ١٢: ٣١٤، والسراج الوهاج: ١٨٦، وفتح العزیز ٨: ٣٢٧، ومغني المحتاج ٢: ٥٠، وكفاية الاخيار ١: ١٥٥، وبدایة المجتهد ٢: ١٧٣، وعمدة القاري ١١: ٢٧٨، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٦٣، والمبسوط ١٣: ١٠٦.  
(٦) اللباب ١: ٣٣٩، وعمدة القاري ١١: ٣٧٧ - ٣٧٨، والفتاوی الهندیة ٣: ٦٧، وشرح فتح القدير ٥: ١٥٥، والمجموع ١٢: ٣١٤، وفتح العزیز ٨: ٣٢٧، وبدایة المجتهد ٢: ١٧٣، والبحر الزخار ٤: ٢٥٦، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٦٣، والمبسوط ١٣: ١٠٦، وفتح المعین فی شرح قرة العین: ٧٠. وبدائع الصنائع ٥: ٣٧٤.

#### [ ١١٣ ]

دلیلنا: ما قلناه فی المسألة الاولى سواء. مسألة ١٨٧: إذا اشترى عبدا فوجده أیخر، أو الجارية كذلك، لم یکن له الخيار. وقال الشافعی: له الخيار فیهما (١). وقال أبو حنیفة: یثبت الخيار فی الجارية دون العبد (٢). دلیلنا: ما قلناه فی المسألة الاولى سواء. مسألة ١٨٨: إذا كان العبد بیول فی الفراش لا یثبت فیهِ الخيار، سواء كان صغیرا أو کبیرا. وقال الشافعی: یثبت الخيار فی الكبیر دون الصغیر (٣). وقال أبو حنیفة: یثبت فی الجارية دون العبد (٤). دلیلنا: ما قلناه من أنه لا دلیل علی أن ذلك یوجب الرد. مسألة ١٨٩: إذا كان العبد غیر مختون، فلا خيار فیهِ، صغیرا كان أو کبیرا. وقال الشافعی: یثبت الخيار فی الكبیر دون الصغیر، لانه لا یخاف علیه من قطعه (٥).

- (١) المجموع ١٢ : ٣١٤، والسراج الوهاج: ١٨٦، ومغني المحتاج ٢ : ٥٠، وكفاية الاخيار ١ : ١٥٥، وفتح العزيز ٨ : ٣٢٧، والبحر الزخار ٤ : ٣٥٧، والمغني لابن قدامة ٤ : ٣٦٣، والاشباه والنظائر: ٤٥٥.
- (٢) اللباب ١ : ٣٢٩، والفتاوى الهندية ٣ : ٦٧، وشرح فتح القدير ٥ : ١٥٥، وفتح العزيز ٨ : ٣٢٧، والبحر الزخار ٤ : ٣٥٧، والمغني لابن قدامة ٤ : ٣٦٣، وفتح المعين في شرح قره العين: ٧٠، وبدائع الصنائع ٥ : ٣٧٤.
- (٣) المجموع ١٢ : ٣٢١، وفتح العزيز ٨ : ٣٢٧، ومغني المحتاج ٢ : ٥٠، والسراج الوهاج: ١٨٦، وبداية المجتهد ٢ : ١٧٤، وفتح المعين في شرح قره العين: ٧٠، والاشباه والنظائر: ٤٥٥.
- (٤) اللباب ١ : ٣٢٨، والفتاوى الهندية ٣ : ٦٩، والوجيز ١ : ١٤٢، وفتح العزيز ٨ : ٣٢٧، والمجموع ١٢ : ٣٢١، وبداية المجتهد ٢ : ١٧٤، والبحر الزخار ٤ : ٣٥٧، وبدائع الصنائع ٥ : ٣٧٥.
- (٥) المجموع ١٢ : ٣٢٢، وفتح العزيز ٨ : ٣٢٩، والمغني لابن قدامة ٤ : ٣٦٤، والاشباه والنظائر: ٤٥٦.

#### [ ١١٤ ]

فأما الجارية فلا خلاف أنه لا خيار فيها. دليلنا: ما قلناه في المسألة الاولى سواء. مسألة ١٩٠: إذا اشترى جارية فوجدها مغنية لم يكن له الخيار. وبه قال الشافعي (١). وقال مالك: له الخيار (٢). دليلنا: ما قلناه من أن اثبات ذلك عيبا يرد به يحتاج الى دليل. وأيضا فإن العلم بالغناء ليس بمحرم، وإنما صنعته واستعماله حرام، فلا يثبت بالعلم الرد. مسألة ١٩١: إذا اشترى عبدا فقتله، ثم علم أنه كان به عيب، كان له الرجوع بالارش. وبه قال الشافعي (٣). وقال أبو حنيفة: ليس له ذلك (٤). دليلنا: أنه إذا ثبت أن ذلك العيب مما يوجب الارش، فمن أسقطه فعليه الدلالة. مسألة ١٩٢: إذا اشترى شيئا وقبضه، ثم وجد به عيبا كان عند البائع وحدث عنده عيب آخر، لم يكن له رده إلا أن يرضى البائع بأن يقبله ناقصا، فيكون له رده ويكون له الارش إذا امتنع البائع من قبوله معيبا. وبه قال الشافعي (٥).

- (١) المجموع ١٢ : ٣٢٢.
- (٢) المغني لابن قدامة ٤ : ٣٦٤، والشرح الكبير ٤ : ٩٦، والمجموع ١٢ : ٣٢٢.
- (٣) مختصر المزني ٨٣، والوجيز ١ : ١٤٣، والمجموع، ومغني المحتاج ٢ : ٥٤، وفتح العزيز ٨ : ٣٤٢، وشرح فتح القدير ٥ : ١٦٣.
- (٤) اللباب ١ : ٣٤٠، والفتاوى الهندية ٣ : ٨٣، وشرح فتح القدير ٥ : ١٦٢ - ١٦٣، وفتح العزيز ٨ : ٣٤٢، والبحر الزخار ٤ : ٣٦٧.
- (٥) الوجيز ١ : ١٤٣، والمغني لابن قدامة ٤ : ٣٦، وبداية المجتهد ٢ : ١٨٠، والشرح الكبير ٤ : ٩٩.

#### [ ١١٥ ]

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

- (١) المغني لابن قدامة ٤ : ٣٦٠ - ٣٦١، والشرح الكبير ٤ : ٩٩.
- (٢) المغني لابن قدامة ٤ : ٣٦٠، والشرح الكبير ٤ : ٩٩، وبداية المجتهد ٢ : ١٨٠.
- (٣) انظرها في الكافي ٥ : ٢٠٧ حديث ٢ - ٣، وص ٢١٤ حديث ٤ - ٥، والتهذيب ٧ : ٦٠ حديث ٢٥٧ و ٣٦٠.
- (٤) الام ٣ : ٢٥٥، ومختصر المزني: ٨٦، والمجموع ١٢ : ١٧٣، ومغني المحتاج ٢ : ٦٠.

وفتح العزيز ٨: ٢٤٢، وبداية المجتهد ٢: ١٧٨، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٦٨، والشرح الكبير ٤: ١٠٧.  
(٥) الفتاوى الهندية ٣: ٨١، وشرح فتح القدير ٥: ١٧٥، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٦٨، والشرح الكبير ٤: ١٠٧، والمجموع ١٢: ١٧٧، وفتح العزيز ٨: ٢٤٣، وبداية المجتهد ٢: ١٧٨، وتبيين الحقائق ٤: ٤١.  
(٦) لم أفق على أخبار بخصوص هذه المسألة سوى ما تقدم في مسألة " ١٨٠ " عن دعائم الاسلام ٢: ٤٧ حديث ١١٦، ولعل المصنف قدس سره أشار الى الاخبار الموجبة بالعيب ايضا، لان خيار تفرق الصفقة بمنزلة خيار العيب، والله أعلم بالمراد.

#### [ ١١٦ ]

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

- (١) المجموع ١٢: ١٨٠، والشرح الكبير ٤: ١٠٧.  
(٢) مختصر المزني: ٨٦، والمجموع ٩: ٢٢١ و ١٢: ١٨٠ - ١٨١، وفتح العزيز ٨: ٢٤٦.  
(٣) المجموع ١٢: ١٨١، وفتح العزيز ٨: ٢٤٨.  
(٤) المجموع ٩: ٢٠٠، وفتح العزيز ٨: ٣١٤، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٦٦.  
(٥) اللباب ١: ٢٢٢، والنتف ١: ٤٤٨، والفتاوى الهندية ٣: ٤٣، وشرح فتح القدير ٥: ١٢٠ - ١٢١، والمجموع ٩: ٢٠٠، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٦٦، وفتح العزيز ٨: ٣١٤.

#### [ ١١٧ ]

وللشافعي فيه ثلاثة أقوال على ما قاله أبو اسحاق في الشرح: أحدها: أنه لا يرد. مثل ما قلناه. والثاني: يرد ولا يرد معه شيئا. والثالث: يرد معه أرش النقص الذي حدث في يده (١). دليلنا: أنه قد تصرف بالمبيع، فليس له رده لعموم الاخبار الواردة في ذلك (٢). مسألة ١٩٧: إذا اشترى ثوبا، ونشره فوجد به عيبا، فإن كان النشر ينقص من ثمنه - مثل الشاهجاني المطوي على طاقين - لم يكن له رده. وقال أصحاب الشافعي: إن كان مما لا يمكن الوقوف عليه إلا بالنشر فعلى الخلاف الذي بينهم، وفيه الاقوال الثلاثة التي في المسألة الاولى (٣). دليلنا: ما قلناه في المسألة الاولى سواء. مسألة ١٩٨: إذا كان لرجل عبد فجنى، فباعه مولاه بغير إذن المجني عليه، فإن كانت جناية توجب القصاص فلا يصح البيع، وإن كانت جناية توجب الارش صح إذا التزم مولاه الارش. وللشافعي فيه قولان: أحدهما: يصح بيعه. وهو اختيار المزني، وأبي حنيفة ولم يفصلوا (٤). والثاني: لا يصح. ولم يفصل (٥).

- (١) مختصر المزني: ٨٢، والمجموع ١٢: ٢٧٩، والشرح الكبير ٤: ١٠٥، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٧٢ - ٢٧٣، فتح العزيز ٨: ٣٦٠ - ٣٦١، مغني المحتاج ٢: ٥٩ - ٦٠.  
(٢) انظر الكافي ٥: ٢٠٦ حديث ٢ و ٣. ومن لا يحضره الفقيه ٢: ١٣٦ حديث ٥٩٢، والتهذيب ٧: ٦٠ حديث ٢٥٧ - ٢٥٨.  
(٣) المجموع ١٢: ٢٨٠، ومختصر المزني: ٨٢، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٧٢ - ٢٧٣، والشرح الكبير ٤: ١٠٥، وفتح العزيز ٨: ٣٦٣ - ٣٦٤.  
(٤) مختصر المزني: ٨٢، والمجموع ١٢: ٢٤٤، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٧٤، والشرح الكبير ٤: ١٢.  
(٥) مختصر المزني: ٨٢، والمجموع ١٢: ٢٤٤، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٧٤، والشرح الكبير ٤: ١٢.



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

(١) المجموع ١٢: ٣٤٦ - ٣٤٧.

(٢) المجموع ١٢: ٣٤٦.

(٣) المجموع ١٢: ٣٤٤ و ٣٤٦.

(٤) اللباب ١: ٣٦٦، وشرح فتح القدير ٥: ٣٧٣.

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

(٦) الام ٣: ٣٥، والمجموع ١٠: ٣٦٤.

(٧) البقرة: ٢٧٥.

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

(١) الام ٣: ٣٣، وبداية المجتهد ٢: ١٩٥.

(٢) المجموع ٩: ٣٣٦ و ٣٨٨ - ٣٨٩، وفتح العزيز ٨: ٢٨٢ و ٢٨٣، والسراج الوهاج: ٦٣٦، ومغني المحتاج ٤: ٥١٩.

(٣) البقرة: ٢٧٥.

(٤) النور: ٣٣.

(٥) المجموع ٩: ٣٨٩، والسراج الوهاج: ١٨٠، ومغني المحتاج ٢: ٣١، وفتح العزيز ٨: ١٩٦.

(٦) انظرها في التهذيب ٧: ٣٧١ حديث ١٥٠٢، والاستبصار ٣: ٢٣٢ حديث ٨٢٥ وغيرهما.

مسألة ٢٠٣: إذا قال له: زوجتك بنتي هذه وبعثك عبيداً هذا جميعاً بألف، فهذا بيع ونكاح، فإنهما يصحان، ويقسط العوض عليهما بالحصة. وللشافعي فيهما قولان: أحدهما مثل ما قلناه (١). والثاني: يبطلان (٢). دليلنا: ما تقدم في المسائل الأولى سواء. مسألة ٢٠٤: إذا قال أبوها لزوجها: زوجتك بنتي هذه ولك هذا الألف بعبدك هذا، فالعبد بعضه مبيع وبعضه مهر، فعندنا يصحان. وللشافعي فيه قولان: أحدهما مثل ما قلناه، ويقسط العبد على مهر المثل، والألف بالحساب (٣). والآخر: يبطلان (٤). دليلنا: ما تقدم في المسألة الأولى سواء. مسألة ٢٠٥: إذا قال لرجل: زوجتك بنتي هذه ولك

هذا الالف معا يهذين الالفين من عندك، صح البيع والمهر معا، ويكون صرفا ونكاحا. وقال الشافعي: يبطل - قولنا واحدا - وذلك أنه فصة ويضع بفضة، فهو كما لو باعه ثوبا وفضة بفضة (٥). دليلنا: ما قلناه في المسألة الاولى سواء، ولانا بينا أن الاصل الذي بني عليه غير صحيح عندنا.

- (١) الام ٥: ٦٥، والمجموع ٩: ٢٨٩، وفتح العزيز ٨: ٢٨١ - ٢٨٢، والسراج الوهاج: ١٨٢، ومغني المحتاج ٢: ٤٢، والمغني لابن قدامة ٤: ٢١٥، وبداية المجتهد ٢: ٢٧، والشرح الكبير ٤: ٤٥.
- (٢) الام ٥: ٦٥، والوجيز ١: ١٤٠، والمجموع ٩: ٢٨٩، ومغني المحتاج ٢: ٤٢، والسراج الوهاج: ١٨٢، وفتح العزيز ٨: ٢٨١ - ٢٨٢، والمغني لابن قدامة ٤: ٢١٤، والشرح الكبير ٤: ٤٤ - ٤٥. (٣) الام ٥: ٦٧، والمجموع ٩: ٢٨٩، والوجيز ١: ١٤٠، وفتح العزيز ٨: ٢٨١ - ٢٨٢.
- (٤) الام ٥: ٦٧، والمجموع ٩: ٢٨٩، وفتح العزيز ٨: ٢٨١ - ٢٨٢.
- (٥) الام ٣: ٢٥، والمجموع ٩: ٢٨٨ و ٢٨٩.

### [ ١٣١ ]

مسألة ٢٠٦: إذا قال زوجتك بنتي هذه ولك هذا الالف درهم بهذا الالف دينار، كان صحيحا، ويكون نكاحا وصرفا مع اختلاف الجنس. وللشافعي فيه قولان (١). دليلنا: ما تقدم في المسألة الاولى سواء. مسألة ٢٠٧: إذا ملك العبد سيده شيئا، ملك التصرف فيه، ولا يملكه. وللشافعي فيه قولان: قال في القدم: يملك إذا ملكه سيده (٢). وبه قال مالك، وعثمان البتي، وداود، وأهل الظاهر (٣)، وزاد مالك فقال: يملك وإن لم يملكه سيده (٤). وقال في الجديد: لا يملك (٥). وبه قال أكثر أهل العلم أهل العراق، وأحمد، وإسحاق (٦). دليلنا على أنه لا يملك قوله تعالى: " ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شئ " (٧). وفيه دليلان: أحدهما: أنه قال: " لا يقدر على شئ " (٨)، ونحن نعلم أنه ما نفى القدرة

- (١) المجموع ٩: ٢٨٩، والمغني لابن قدامة ٤: ٢١٤.
- (٢) المجموع ١٤: ٣٩٧، وفتح العزيز ٩: ١٤٧، والسراج الوهاج: ٢٠٤، ومغني المحتاج ٢: ١٠٢، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٧٧ و ١٢: ٢٩٠، والبحر الزخار ٤: ٢٩٢، ونيل الاوطار ٥: ٢٧٤، وفتح الرحيم ٣: ٣٢ (٣) المغني لابن قدامة ٤: ٢٧٧، وفتح العزيز ٩: ١٤٧، والبحر الزخار ٤: ٣٠٣، وأحكام القرآن للجصاص ٣: ١٨٧، ونيل الاوطار ٥: ٢٧٤.
- (٤) أشار الى ذلك في الموطأ ٢: ٦١١ فلاحظ.
- (٥) المجموع ١٤: ٣٩٧، وفتح العزيز ٩: ١٤١ و ١٤٧، والسراج الوهاج: ٢٠٤، ومغني المحتاج ٢: ١٠٢، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٧٧، ونيل الاوطار ٥: ٢٧٤، وأحكام القرآن للجصاص ٣: ١٨٧.
- (٦) المغني لابن قدامة ٤: ٢٧٧، وفتح العزيز ٩: ١٤٧، ونيل الاوطار ٥: ٢٧٤.
- (٧) و (٨) النحل: ٧٥.

### [ ١٣٢ ]

على الفعل، لانه قادر على الافعال، فبقي أن يكون أراد أنه لا يملكه. الثاني: أنه نفى عنه القدرة على كل حال، فوجب حمل الآية على عمومها إلا ما أخرجه الدليل. وأيضا قوله تعالى: " ضرب لكم مثلا من أنفسكم هل لكم مما ملكت أيما نكم من شركاء فيما رزقناكم فأنتم فيه سواء " (١) فنفي أن يشاركه أحد في ملكه، وجعل الاصل العبد مع ماله، فقال: إذا لم يشارك عبد أحدكم موله في ملكه فيساويه، فكذلك لا يشاركني أحد في ملكي فيساويني فيه، ثبت أن العبد لا يملك أبدا. وأيضا فلو ملك العبد لادى الى تناقض الاحكام، لانه إذا ملك السيد عبده مالا، واشترى العبد بذلك المال عبدا، ثم ملكه مالا، فمضى عبد العبد الى سيد سيده فاشترى سيده منه، فيصير كل واحد منهما عبدا لصاحبه، وهذا تناقض، وليس لاحدهما أن يسافر بصاحبه إلا وله أن يقول بل أسافر بك، فانك عبدي، وإذا أفضى الى هذا بطل في نفسه. واستدل من خالف بما روى سالم عن أبيه أن النبي صلى الله عليه وآله قال: " من باع عبدا وله مال، فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع " (٢). وروي هذا الخبر عن علي عليه السلام، وعمر، وجابر، وعائشة (٣). وفيه دليلان: أحدهما: أنه أضاف المال الى العبد بلام الملك، فقال: " وله مال "

(١) الروم: ٢٨.

(٢) السنن المأثورة: ٢٤٩، والسنن الكبرى ٥: ٣٢٤، وفي سنن ابن ماجه ٢: ٥٤٦ حديث ٣٢١١، وصحيح مسلم ٢: ١١٧٣ حديث ٨٠ نحوه.  
(٣) صحيح مسلم ٣: ١١٧٣ حديث ٨٠، وسنن الترمذي ٣: ٥٤٦ حديث ١٢٤٤، والسنن الكبرى ٥: ٣٢٤ و ٣٢٦، ورواه مالك في الموطأ ٢: ٦١١ حديث ٢ عن عمر.

### [ ١٢٣ ]

وحقيقته يقتضي صحة الملك. والثاني: قال: " فماله للبائع " فلولا أن هناك ما يوهم أن يكون بالبيع للعبد فيبقى على ملكه لما قال فهو للبائع. وأيضاً روى نافع، عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وآله قال: " من أعتق عبداً وله مال، فماله للعبد إلا أن يستثنيه السيد " (١). وروي أن سلمان كان عبداً، فأتى النبي صلى الله عليه وآله بشئ، فقال: " هو صدقة فرده " فأتاه ثانياً، فقال: " هو هدية فقبله " (٢). فلولا أنه كان يملكه لما قبله. وأيضاً قوله تعالى: " وانكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم إن يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله " (٣) فيبين أنه يغنيهم بعد فقر، فلو لم يكن يملك لما كان الأمر كذلك، ولما تصور فيه الغنى. والجواب عن الآية أولاً: أن معناه يغنيهم بالعتق، بدليل أن من كان في يده مال للغير لا يملك منعه منه فليس يغني، وهذه صفة العبد، فثبت أنه أراد ما قلناه. والجواب عن الخبر الأول: أن إضافة المال إلى العبد إضافة محل، لا إضافة ملك، أو إضافة جواز التصرف فيه، لانا قد أجزنا ذلك، بدلالة أنه أضاف الملك إلى العبد بعد البيع، فقال: " من باع عبداً وله مال ". وأيضاً فإنه قال: " فماله للبائع " ولا يجوز أن يكون هذا المال لكل واحد منهما، ثبت أنه أضاف إلى العبد مجازاً لا حقيقة.

(١) سنن الدارقطني ٤: ١٣٣ حديث ٣١، وفي سنن أبي داود ٤: ٢٨ حديث ٣٩٦٢

نحوه.

(٢) أشار إلى هذا الحديث ابن حزم في المحلى ٨: ٣٢٢ فلاحظه أيضاً.

(٣) النور: ٣٢.

### [ ١٢٤ ]

وأيضاً ذكر أنه " للبائع " لأن هناك ما يوهم، لأن العادة أن أحداً لا يبيع عبده وعليه ثياب إلا والثياب يأخذها المشتري، فأراد أن يزيل هذا الظاهر لئلا يظن أنه ليس للبائع أخذ ثيابه. وأما الحديث الثاني فإنه ضعيف. وقال أحمد: من أعتق عبداً وله مال، فماله لسيدة إلا أنه يصح حديث عبد الله بن أبي حفص (١). وأيضاً فقد روي أنه قال: " مال العبد له " (٢). وروي أيضاً أنه قال: فماله لسيدة إلا أن يجعله له، فتعارض. وأما حديث سلمان ففيه جوابان: أحدهما: ما كان سلمان عبداً، وإنما كان مغلوباً على نفسه، مسترقاً بغير حق، والدليل عليه أن النبي صلى الله عليه وآله قال له: " سلهم أن يكتوبوك " فلما فعلوا قال النبي صلى الله عليه وآله: " استنقذوه " وإنما يقال هذا فيمن كان مقهوراً بغير حق. والثاني: أنه لو كان مملوكاً لا حجة فيه، لأنه لا خلاف أن هدايا المملوك لا تقبل بغير إذن سيده، فلما قبلها النبي صلى الله عليه وآله ثبت أنه كان باذن سيده. مسألة ٢٠٨: إذا كان مع العبد مائة درهم، فباعه بمائة درهم لم يصح البيع، فإن باعه بمائة درهم ودرهم صح. وبه قال أبو حنيفة (٣). وللشافعي فيه قولان (٤).

(١) المغنى لابن قدامة ١٢: ٣٩، والشرح الكبير ١٢: ٢٤٧.

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

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

(٤) المجموع ٩: ٢٨٨ و ١٠: ٣٦٤، وبداية المجتهد ٢: ١٩٥.

### [ ١٢٥ ]

دليلنا: قوله تعالى: " وأحل الله البيع " (١) والمنع منه يحتاج إلى دليل. مسألة ٢٠٩: إذا كان ماله ديناً، فباعه وماله صح البيع. وقال الشافعي: باطل، لأن بيع الديون لا يصح (٢). دليلنا قوله تعالى: " وأحل الله البيع " (٣) والمنع يحتاج إلى دليل، وأيضاً فإن

بيع الدين عندنا صحيح، فما بنى عليه من الاصل غير مسلم. مسألة ٢١٠: إذا باع عبده ومالا، ثم علم بالعيب، وما حدث به عنده عيب، ولا نقص، كان له رده والمال معه. وبه قال الشافعي (٤). وقال داود: يردده دون المال (٥). دليلنا: على أن له ردهما: أنه اشترى عبدا ذا مال، فلا يجوز له رد عبد بالعيب غير ذي مال، لانه يردده بغير الصفة فلا يقبل منه. مسألة ٢١١: من باع شيئا وبه عيب لم يبينه، ففعل فعلا محظورا، وكان للمشتري الخيار بين إمضاء العقد والرضا بالعيب وبين فسخه. وبه قال الشافعي (٦). وقال داود: البيع باطل (٧).

(١) البقرة: ٢٧٥.

(٢) المجموع ١٠: ١٠٧، والوجيز ١: ١٤٦، وفتح العزيز ٨: ٤٢٩ و ٤٤٠، ومغني المحتاج ٢: ٧١، وبداية المجتهد ٢: ١٩٨.

(٣) البقرة: ٢٧٥.

(٤) الام ٣: ٢٢٤.

(٥) المغني لابن قدامة ٤: ٢٧٦، والمحلى ٨: ٤٢٢، والشرح الكبير ٤: ٣٢٣.

(٦) المجموع ١٢: ١٢٢ - ١٢٣، ومغني المحتاج ٢: ٥٠، وكفاية الاخير ١: ١٥٥، والسراج الوهاج: ١٨٦، وفتح العزيز ٨: ٣٣٦ - ٣٣٧.

(٧) البحر الزخار ٤: ٢٥٦.

### [ ١٢٦ ]

دليلنا: الآية (١)، ودلالة الاصل، وإبطاله يحتاج الى دليل. وأيضاً روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وآله قال: " لا تصروا الابل والغنم، فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها، فإن رضيها أمسكها، وإن سخطها ردها وصاعا من تمر " (٢). فنهى عن التدليس وجعل المشتري بالخيار بين الامساك والرد، فلو كان البيع باطلا ما جعله بالخيار فيه. مسألة ٢١٢: من اختلط ماله الحلال بالحرام، فالشراء مكروه منه، وليس بحرام إذا لم يكن ذلك الحرام بعينه، سواء كان الحرام أقل أو أكثر أو متساويا. وبه قال الشافعي (٣). وقال مالك: ان كان الحرام أكثر حرم كله، وان كان الحلال أكثر فهو حلال (٤). دليلنا: قوله تعالى: " وأحل الله البيع " (٥) ومن حكم بتحريم الكل فعليه الدلالة. وأيضاً روى النعمان بن بشير قال (٦): سمعت رسول الله يقول: " الحلال

(١) البقرة ٢٧٥.

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

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

(٤) المحلى ٩: ١٦.

(٥) البقرة: ٢٧٥.

(٦) أبو عبد الله، النعمان بن بشير بن ثعلبة بن سعد بن خلاس الخزرجي ولد قبل وفاة رسول الله بثمانين سنين وسبعة أشهر، وقيل بست سنين، روى عنه ابنه محمد وبشير والشعبي وحميد بن عبد الرحمن وغيرهم. استعمله معاوية على حمص ثم على الكوفة، وكان هواه مع معاوية وميله إليه والى ابنه يزيد،

### [ ١٢٧ ]

بين والحرام بين وبين ذلك امور مشتبهات لا يدري كثير من الناس أمن الحلال هي أم من الحرام، فمن تركها استبرأ لدينه وعرضه فقد سلم، ومن واقع شيئا منها يوشك أن يواقع الحرام، كما انه من يرعى حول الحمى يوشك أن يواقع، ألا وان لكل ملك حمى، ألا وان حمى الله محارمه " (١). مسألة ٢١٣: إذا باع عبدا، أو حيوانا، أو غيرهما من المتاع بالبراءة من العيوب، صح البيع، وبرء من كل عيب ظاهرا كان أو باطنا، علمه أو لم يعلمه. وبه قال أبو حنيفة (٢). وللشافعي فيه ثلاثة أقوال: أحدها مثل ما قلناه (٣). والثاني: أنه لا يبرء من عيب بحال، علمه أو لم يعلمه، بحيوان كان أو بغيره (٤). وهو مذهب الاضطخري، وبه قال أحمد، واسحاق (٥). والثالث: أنه لا يبرء من عيب بحال علمه أو لم يعلمه، إلا من عيب واحد وهو عيب بباطن الحيوان لم يعلمه البائع، فأما غير هذا فلا يبرء منه، سواء كان

فلما مات معاوية بن يزيد دعا الناس الى بيعة عبد الله بن الزبير بالشام فخالفه أهل حمص فخرج منها فاتبعوه وقتلوه وذلك سنة أربع وستين في ذي الحجة. قاله ابن الاثير في أسد الغابة ٥: ٣٢ - ٢٤. (١) سنن الترمذي ٣: ٥١١، والمدونة الكبرى ٣: ٤٤١، ورواه ابن الاثير في أسد الغابة ٥: ٣٣ عند ترجمة النعمان بن بشير ورواه أيضا مسلم في صحيحه ٣: ١٢١٩ حديث ١٠٧ والبخاري في صحيحه ٣: ٦٩ - ٧٠، وابن ماجه في سننه ٢: ١٣١٨ حديث ٣٩٨٤، وابو داود في سننه ٣: ٢٤٣ حديث ٣٣٣٩ - ٣٣٣٠ بالالفاظ مختلفة.

(٢) المبسوط ١٣: ٩١، والفتاوى الهندية ٣: ٦٧ و ٩٥، واللباب ١: ٢٤١، وشرح فتح القدير ٥: ١٨٢، والمحلى ٩: ٤١، والام ٣: ٧٠، والمجموع ١٢: ٢٥٧، وفتح العزيز ٨: ٣٣٩، وبداية المجتهد ٢: ١٨٢.

(٣) الام ٣: ٧٠، والمحلى ٩: ٤١، والوجيز: ١٤٢، والسراج الوهاج: ١٨٧، وفتح العزيز ٨: ٣٣٩، وكفاية الاخيار ١: ١٥٦، وبداية المجتهد ٢: ١٨٢، والمبسوط ١٣: ٩١ - ٩٢، ومغني المحتاج ٢: ٥٣، وشرح فتح القدير ٥: ١٨٢.

(٤) المجموع ١٢: ٢٥٥ - ٢٥٧، والسراج الوهاج: ١٨٧، وفتح العزيز ٨: ٣٤٠ - ٣٣٩.

(٥) المجموع ١٢: ٢٥٥، والسراج الوهاج: ١٨٧، وفتح العزيز ٨: ٣٣٩ - ٣٤٠.

### [ ١٢٨ ]

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

(١) المجموع ١٢: ٢٥٧، وفتح العزيز ٨: ٣٣٩، والمحلى ٩: ٤١.

(٢) المدونة الكبرى ٤: ٣٤٩، وبداية المجتهد ٢: ١٨٢، والمجموع ١٢: ٢٥٧، وفتح العزيز ٨: ٣٣٩، والمحلى ٩: ٤١، وشرح فتح القدير ٥: ١٨٢.

(٣) المجموع ١٢: ٢٥٥.

(٤) المجموع ١٢: ٢٥٥، والسراج الوهاج: ١٨٧، ومغني المحتاج ٢: ٥٣.

(٥) المجموع ١٢: ٢٥٥.

(٦) المجموع ١٢: ٢٥٧، والسراج الوهاج: ١٨٧، وبداية المجتهد ٢: ١٨٢، ومغني المحتاج ٢: ٥٣.

(٧) الام ٣: ٧٠، والمجموع ١٢: ٢٥٧.

(٨) انظر دعائم الاسلام ٢: ٤٧ حديث ١١٧.

### [ ١٢٩ ]

وأیضا روي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: " المؤمنون عند شروطهم " (١). فينبغي أن يكون على ما شرطاه. مسألة ٢١٤: إذا اشترى ثوبا فصيغه، ثم علم أن به عيبا، كان له الرجوع بأرش العيب، ولم يكن له رده إلا أن يثاء البائع أن يقبله مصبوغا، ويضمن قيمة الصيغ، ويكون المشتري بالخيار بين إمساكه بغير أرش أو يردده ويأخذ قيمة الصيغ، وبه قال الشافعي (٢). وقال أبو حنيفة: المشتري بالخيار بين إمساكه ويطلب بالارش، وبين دفعه الى البائع ويأخذ قيمة الصيغ (٣). دليلنا: أنا قد بينا أن من اشترى شيئا فتصرف فيه، ثم علم أن به عيبا لم يكن له رده، وإنما له أرشه، وهذا قد تصرف فيه بالصيغ. وأما إذا قبل البائع الثوب مصبوغا فلا بد أن يرد على المشتري ثمن صيغه، لانه عين ماله، إلا أن يتبرع بتركه. مسألة ٢١٥: إذا اشترى ثوبا فقطعه وباعه أو صيغه، ثم باعه، ثم علم بالعيب، فليس له إلا المطالبة بالارش. وبه قال الشافعي (٤). وقال أبو حنيفة: إن كان قد قطع الثوب ثم باعه كما قلناه، وإن كان صيغه

(١) التهذيب ٧: ٣٧١، حديث ١٥٠٣، والاستبصار ٣: ٣٣٢ حديث ٨٣٥، والمصنف لابن أبي شيبة ٦: ٥٦٨ حديث ٢٠٦٤، وتلخيص الحبير ٣: ٢٣ و ٤٤ حديث ١١٩٥ و ١٢٤، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٨٤، والشرح الكبير ٤: ٣٨٦.  
(٢) المجموع ١٢: ٢٤٢، والوجيز: ١٤٤، وفتح العزيز ٨: ٣٥٧ - ٣٥٨، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٧٣ - ٣٧٤، والشرح الكبير ٤: ١٠٤، والمحلى ٩: ٧٨.  
(٣) اللباب ١: ٣٣٩، والفتاوى الهندية ٣: ٨٣، وشرح فتح القدير ٥: ١٦٠ - ١٦١، والمجموع ١٢: ٢٤٢، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٧٣، والشرح الكبير ٤: ١٠٤، والبحر الزخار ٤: ٣٦٥، والمحلى ٩: ٧٨.  
(٤) المجموع ١٢: ٢٤٢، والمحلى ٩: ٧٨، وفتح العزيز ٨: ٣٤٢ والوجيز ١: ١٤٣.

#### [ ١٣٠ ]

ثم باعه كان له الرجوع (١). وهذه المسألة مبنية على الاولى، وقد بينا ما فيها. مسألة ٢١٦: إذا وكل وكيلًا لبيع عبد له فباعه، فظهر عيب عند المشتري، فطالب الوكيل فانكر أن يكون العيب به قبل القبض فالقول قوله، فان حلف سقط الرد، وان نكل رددنا اليمين على المشتري، فان حلف رده على الوكيل، فإذا رده عليه لم يكن له رده على الموكل لانه عاد إليه باختياره. وبه قال الشافعي (٢). وقال أبو حنيفة: القول قول الوكيل، فان حلف سقط الرد، وان لم يحلف حكمنا عليه بالنكول ورد عليه العبد بذلك، وكان له رده على موكله (٣). دليلنا: ما أشرنا الى من أنه عاد إليه باختياره، ونكوله عن اليمين فيه ايجاب على الغير لا يقبل منه. مسألة ٢١٧: إذا ادعى عمرو عبدا في يد زيد، وأقام البينة أنه له اشتراه من زيد، وأقام زيد البينة أنه له وأنه هو اشتراه من عمرو، فالبينة بينة الخارج وهو عمرو. وبه قال محمد (٤). وقال أبو حنيفة والشافعي: البينة بينة الداخل (٥).

(١) المبسوط ١٢: ٩٨، وشرح فتح القدير ٥: ١٦٠، واللباب ١: ٣٣٩، والبحر الزخار ٤: ٣٦٥، والمحلى ٩: ٧٨، والفتاوى الهندية ٣: ٥٥.  
(٢) المجموع ١٢: ١٥٢.  
(٣) الفتاوى الهندية ٣: ٩٩. بدائع الصنائع ٥: ٢٨١، والمبسوط ١٩: ٣٣.  
(٤) بدائع الصنائع ٦: ٣٣٣، والفتاوى الهندية ٤: ٧٤، والمغني لابن قدامة ١٢: ١٧٣، والشرح الكبير ١٢: ١٨٦. وحاشية رد المختار ٥: ٥٧٦.  
(٥) المجموع ٢٠: ١٨٩، والسراج الوهاج: ٦٢٠، ومغني المحتاج ٤: ٤٨٠ - ٤٨١، والفتاوى الهندية ٤: ٧٤، وبدائع الصنائع ٦: ٣٣٣، وحاشية رد المختار ٥: ٥٧٦.

#### [ ١٣١ ]

دليلنا: قول النبي صلى الله عليه وآله: " البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه " (١). والمدعى عليه ها هنا زيد، لان العبد في يده. مسألة ٢١٨: إذا اشترى رجلان من رجل عبدا صفقة واحدة، ثم غاب أحد المشتريين قبل القبض وقبل دفع الثمن، فللحاضر أن يقبض قدر حقه ويعطي ما يخصه من الثمن، وله أن يعطي كل الثمن نصفه عنه، ونصفه عن شريكه، فإذا فعل فانما له قبض نصيبه دون نصيب شريكه، فإذا عاد شريكه كان له قبض نصيبه من البائع، وليس لشريكه الرجوع عليه بما قضى عنه من الثمن. وبه قال الشافعي وأصحابه (٢). وخالف أبو حنيفة في المسائل الثلاث فقال: ليس للحاضر أن ينفرد بقبض نصيبه بدفع نصيبه من الثمن، وقال: للحاضر أن يدفع جميع الثمن عن نفسه وعن شريكه، فإذا دفع كان له قبض كل العبد نصيبه ونصيب شريكه، قال: وإذا حضر الغائب كان للحاضر أن يرجع عليه بما قضى عنه من الثمن (٣). دليلنا على أن له قبض نصيبه: أنه حقه فله قبضه، ومن منع منه احتاج الى دليل، وقبض نصيب الغير يحتاج الى دليل في صحته، والرجوع عليه بما دفع عنه من الثمن مثل ذلك، لان قضى دينه بغير إذنه، فيحتاج الى دليل في صحة رجوعه عليه. مسألة ٢١٩: الاستبراء واجب على البائع في الجارية، وعلى المشتري معا.

(١) الكافي ٧: ٤١٥ حديث ١، والتهذيب: ٢٢٩ حديث ٥٥٣، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ٢٠ حديث ١، والسنن الكبرى ١٠: ٢٥٢، والدراية في تخريج أحاديث الهداية ٢: ١٧٥ حديث ٨٤٠.  
(٢) فتح العزيز ٨: ٢٨٦.  
(٣) شرح فتح القدير ٥: ٣٦٤، وشرح العناية على الهداية في هامش شرح فتح القدير ٥: ٣٦٤، وتبيين الحقائق ٤: ١٢٩، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٣٦، وحاشية رد المختار ٥: ٥٧٦.

## [ ١٣٣ ]

وبه قال الثوري، والحسن البصري، والنخعي، وابن سيرين (١). وقال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي ومالك: الاستبراء مستحب للبائع، واجب على المشتري (٢). وبه قال أكثر الفقهاء (٣). وقال عثمان البتي: الاستبراء واجب على البائع، مستحب للمشتري (٤). دليلنا: اجماع الفرقة وأخبارهم ظاهرها الوجوب (٥)، وطريقة الاحتياط تقتضيه، لأن بعد استبراءها يحل وطؤها بلا خلاف، وقبل ذلك فيها خلاف. مسألة ٢٢٠: إذا حاضت الجارية في مدة الخيار عند المشتري، جاز أن يعتد به في الاستبراء، ويكفيه ذلك. وقال الشافعي: إن كان الخيار للبائع أو لهما لا يعتد به، وإن كان للمشتري وحده فمبني على أقواله الثلاثة في انتقال الملك، فإذا قال أنه ينتقل بنفس العقد أو مراعى فقد كفاه في الاستبراء، وإذا قال بمجموعهما لم يعتد بذلك (٦). دليلنا: ما روي عنهم عليهم السلام انه " إذا اشترى جارية وهي حائض، جاز أن يعتد بذلك في الاستبراء " (٧) وهو اجماع بينهم لا أعرف فيه خلافاً.

(١) المحلى ١٠: ٣١٨، والمغني لابن قدامة ٩: ١٥٩ و ١٦٥.

(٢) المبسوط ١٣: ١٤٦ و ١٥١ و ١٨: ٢٠٢، وبدائع الصنائع ٥: ٢٥٢، والمغني لابن قدامة ٩: ١٥٩ و ١٦٥، ومختصر المزني: ٣٣٦، والمجموع ١٨: ٢٠٢، وكفاية الاخيار ٢: ٨٠، والمدونة الكبرى ٣: ١٢٦، ومقدمات ابن رشد ٢: ٦٠٢، والمحلى ١٠: ٣١٨، والشرح الكبير ٩: ١٧٣ و ١٨٣.

(٣) المجموع ١٨: ٢٠٢، والمحلى ١٠: ٣١٨، والمغني لابن قدامة ٩: ١٥٩ و ١٦٥، والشرح الكبير ٩: ١٧٣، و ١٨٣.

(٤) المغني لابن قدامة ٩: ١٥٩، والشرح الكبير ٩: ١٧٣.

(٥) انظرها في الكافي ٥: ٤٧٢ (باب استبراء الامة)، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ٢٨٣ (باب استبراء الاماء)، والتهذيب ٨: ١٧٠ حديث ٥٩٣ - ٥٩٤ والاستبصار ٣: ٢٥٨ - ٢٥٩ حديث ١٢٨٤ و ١٢٨٧.

(٦) انظر الام ٥: ٩٧، والمجموع ١٨: ٢٠٢.

(٧) الكافي ٥: ٤٧٣ حديث ٦ و ٨، والتهذيب ٨: ١٧٤ حديث ٦٠٦، والاستبصار ٣: ٢٥٧ و ٢٥٩ حديث ١٢٧٨ و ١٢٨٦.

## [ ١٣٣ ]

مسألة ٢٢١: الاستبراء يكون عند المشتري سواء كانت جميلة أو قبيحة، ولا يجب المواضعة - وهو جعلها عند عدل حتى تستبرء - وبه قال أبو حنيفة والشافعي (١). وقال مالك: ان كانت وخشة (٢) مثل ما قلناه، وان كانت جميلة رابعة وجبت المواضعة عند عدل حتى تستبرء، ثم يقبضها المشتري (٣). دليلنا: أن النبي صلى الله عليه وآله أوجب الاستبراء على المشتري ومنع من وطئها (٤)، ولا يكون ذلك الا مع تمكنه من ذلك، ومع المواضعة لا يتم ذلك. وروي عنه عليه السلام أنه قال: " لا توطأ حامل حتى تضع، ولا حائل حتى تحيض " (٥). مسألة ٢٢٢: إذا اشترى جارية في حال حيضها، احتسب بقية الحيض وكفاه. وقال الشافعي: لا يحتسب ببقيته، وعليه أن يستأنف للاستبراء حيضة اخرى (٦). وبه قال أبو حنيفة (٧).

(١) الام ٣: ٨٧ و ٥: ٩٦ - ٩٧، والمجموع ٨: ٤٢٧، وكفاية الاخيار ٢: ٨٠، والمحلى ٨: ٤٢٧، والمبسوط ١٣: ١٤٦ - ١٤٧.

(٢) وخش الشئ، بالضم وخوشة: أي صار رديئاً. والوخش من الناس: الرذل، يستوي فيه المذكر والمؤنث، والواحد والجمع، قاله ابن الاثير في النهاية ٥: ١٦٤.

(٣) المدونة الكبرى ٣: ١٢٤، والمحلى ٨: ٤٢٧.

(٤) انظر ما تقدم من مسائل الاماء والاستبراء من هذا الكتاب.

(٥) السنن الكبرى ٩: ١٢٤، وقد روي الحديث بالفاظ مختلفة أيضاً انظرها في السنن الكبرى ٩: ١٢٤ أيضاً والمصنف لعبد الرزاق ٧: ٢٢٧، وسنن أبي داود ٢: ٢٤٨، ومسند أحمد بن حنبل ٢: ٨٧ وغيرها.

(٦) الام ٥: ٩٧، ومختصر المزني: ٣٣٦، والمجموع ١٨: ٢٠٢.

(٧) المبسوط ١٣: ١٤٧.

## [ ١٣٤ ]



وقال مالك: إن مضي الاقل وبقي الاكثر يحتسب به (١). دليلنا اجماع الفرقة وأخبارهم (٢). مسألة ٣٢٣: يكره بيع المرابحة بالنسبة الى أصل المال، وصورته أن يقول: بعثك برأس مالي وربح درهم على كل عشرة، وليس ذلك بمفسد للبيع. وبه قال ابن عمر، وابن عباس (٣). قال ابن عباس: أكره أن أبيع ده يارده وده دوازده، لانه بيع الاعاجم (٤). وقال أبو حنيفة والشافعي ومالك وأكثر الفقهاء: أنه غير مكروه، والبيع صحيح طلق (٥)، وروي ذلك عن ابن مسعود وعمر (٦). وقال أحمد واسحاق بن راهويه: بيع المرابحة باطل (٧). دليلنا: اجماع الفرقة فإنهم لا يختلفون في ذلك، ومثل قول ابن عباس روهه في أخبارهم وهي كثيرة ذكرناها في الكتاب الكبير (٨).

- (١) المدونة الكبرى ٣: ١٢٣ - ١٢٤، ومقدمات ابن رشد ٢: ٦١٠.  
(٢) انظرها في الكافي ٥: ٤٧٣ حديث ٦ و ٨، والتهذيب ٨: ١٧١ و ١٧٤ حديث ٥٩٥ و ٦٠٦، والاستبصار ٢: ٢٥٧ و ٢٥٩ حديث ١٢٧٨ و ١٢٨٦.  
(٣) المجموع ١٣: ١١، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٨٠، والبحر الزخار ٤: ٣٧٧، والشرح الكبير ٤: ١١١.  
(٤) المصنف لعبد الرزاق ٨: ٢٣٢ حديث ١٥٠١١، والسنن الكبرى ٥: ٣٣٠.  
(٥) اللباب ١: ٢٥١، والمبسوط ١٣: ٩١، والفتاوى الهندية ٣: ١٦٠، والبحر الزخار ٤: ٣٧٧، والمجموع ١٣: ٤ و ١١، والموطأ ٢: ٦٦٨، وبلغة السالك ٢: ٧٧، والشرح الكبير ٤: ١١٢، والمدونة الكبرى ٤: ٢٢٧، ومقدمات ابن رشد ٢: ٥٩١، والوجيز ١: ١٤٧، والسراج الوهاج: ١٩٥، ومغني المحتاج ٢: ٧٧، وشرح فتح القدير ٥: ٢٥٣، وفتح العزيز ٩: ٥.  
(٦) المجموع ١٣: ٣، والشرح الكبير ٤: ١١٢، (٧) المجموع ١٣: ٤ و ١١، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٨٠، والشرح الكبير ٤: ١١٢، والبحر الزخار ٤: ٣٧٧.  
(٨) التهذيب ٧: ٤٧ و ٥٤ و ٥٩ حديث ٢٠٣ و ٢٣٦ و ٢٥٤. وانظرها أيضا في الكافي ٥: ١٩٧ حديث ٣ - ٤ و ٥: ٢٠٨ حديث ٣.

#### [ ١٢٥ ]

مسألة ٣٢٤: إذا اشترى سلعة بمائة الى سنة، ثم باعها في الحال مرابحة، وأخبر أن ثمنها مائة، فالبيع صحيح بلا خلاف، فإذا علم المشتري بذلك كان بالخيار بين أن يقبضه بالثمن حالا أو يرده بالعيب، لانه تدليس. وبه قال أصحاب الشافعي (١)، وقالوا: لا نص لنا في المسألة، والذي يحنى على المذهب هذا. وقال أبو حنيفة: يلزم البيع بما تعاقدا عليه، ويكون الثمن حالا لانه قد صدق فيما أخبر (٢). وقال الاوزاعي: يلزم العقد، ويكون الثمن في ذمة المشتري على الوجه الذي هو في ذمة البائع الى أجل (٣). دليلنا على أن له الخيار: ان هذا تدليس وعيب، لان ما يباع بثمن الى أجل لا بد أن يكون زائدا في ثمنه على ما يباع حالا، فلما لم يبين كان ذلك تدليسا، وله رده به. مسألة ٣٢٥: إذا قال: بعثك هذه السلعة بمائة ووضيعة درهم من كل عشرة، كان الثمن تسعين. وان كان قال: بوضيعة درهم من كل أحد عشر درهما، كان الثمن تسعين درهما ودرهما إلا جزء من أحد عشر جزء من درهم. وحكى أبو الطيب الطبري (٤) أن هذه المسألة التي يقول بها أبو ثور، ومحمد

- (١) الوجيز ١: ١٤٧، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٨٥.  
(٢) المبسوط ١٣: ٧٨، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٨٥.  
(٣) المجموع ١٣: ٤.  
(٤) أبو الطيب، طاهر بن عبد الله بن طاهر بن عمر الطبري البغدادي، فقيه، اصولي، ولد بأمل طبرستان سنة ٣٤٨، وسمع الحديث بجرجان ونيسابور وبغداد وتولى القضاء، وتوفي ببغداد في العشرين من شهر ربيع الاخر سنة ٤٥٠ هجرية. انظر طبقات الشافعية الكبرى ٣: ١٧٦ - ١٩٧، وطبقات الشافعية للشيرازي: ١٠٦، وطبقات الشافعية: ١٥.

#### [ ١٢٦ ]

بن الحسن دون الاخرى التي حكاها الهندنجي (١) في تعليقه. وقال أبو الطيب الطبري: وهكذا إذا قال: بعثك بوضيعة عشر أحد عشرة كان مثل ذلك، وان قال: بعثكها بمائة مواضع العشرة درهما اختلف الناس فيها. فقال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي: يكون مبلغ الثمن الذي وقع به البيع، ووجب للبائع على المشتري تسعين درهما ودرهم إلا جزء من أحد عشر جزء من درهم (٢). وقال أبو ثور: الثمن تسعون درهما (٣)

، وبه قال أبو الطيب الطبري في تعليقه. وخطأ أبا حامد الاسفرايني فيها لانه لو باعه مرابحة ربح درهم على كل عشرة كان قدر الربح عشرة، وكان مبلغ الثمن مائة وعشر، فإذا قال: مواضعة درهم من كل عشرة كانت الوضعية عشرة، فيكون المبلغ تسعين. دليلنا: ما ذكره حذاق العلماء، وهو أن البيع مرابحة ومواضعة، فإذا باعه مرابحة ربح درهم على كل عشرة كان مبلغ الثمن مائة وعشرة، وكان قدر الربح جزء من أحد عشر جزء من الثمن، وجب أن يكون المواضعة حط جزء من احد عشر جزء من الثمن، فإذا كان الثمن مائة حطت منه جزءا، من أحد عشر جزءا ينحط.

(١) أبو علي، الحسن بن عبد الله (عبيد الله) البندنجي - نسبة الى البندنجين وهي بلدة مشهورة آنذاك في طرف النهروان من ناحية الجبل من أعمال بغداد - الشافعي، من أصحاب أبي حامد، وله عنه تعليقة مشهورة، فقيه، تولى القضاء، وتوفي ببندنجين في جمادي الاول من سنة ٤٢٥ هجرية. انظر طبقات الشافعية: ٤٦، وطبقات الشافعية الكبرى ٣: ١٢٣ - ١٢٤، ومعجم البلدان ١: ٤٩٩، وتاريخ بغداد ٧: ٣٤٢.

(٢) المبسوط ١٣: ٩١، وبدائع الصنائع ٥: ٣٢٨، والفتاوى الهندية ٣: ١٦٥، والمجموع ٣: ٨ - ٩، وفتح العزيز ١٠: ٥ - ٦، والسراج الوهاج: ١٩٥، والشرح الكبير ٤: ١١٢، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٨٧.

(٣) المجموع ١٣: ٩، والشرح الكبير ٤: ١١٢، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٨٧.

### [ ١٣٧ ]

تسعة من تسعة وتسعين، لانها جزء من أحد عشر جزء من تسع وتسعين فيكون تسعين، ويبقى هناك واحد يحط به جزء من أحد عشر جزء من الثمن، فيكون المبلغ ما ذكرناه. وقيل فيه أيضا، قوله: وضعية درهم من كل عشرة، معناه يوضع من كل عشرة يبقى له درهم من أصل رأس المال. وتقديره: وضعية درهم بعد كل عشرة، فإذا حصل له تسعون من المائة، ووضعت لكل عشرة درهما، فتضع تسعة ويبقى درهم تضع منه جزء من أحد عشر جزء، فيكون الثمن تسعين ودرهما إلا جزء من أحد عشر جزء من درهم، وعلى هذا ابدأ. قالوا: إذا أردت مبلغ الثمن في ذلك، فعقد الباب فيه أن تضيف الوضعية الى رأس المال للمقابلة، ثم تنظر كم قدرهما؟ فما اجتمع فاسقط ذلك القدر من رأس المال وهو الثمن. وبإيه إذا قال: رأس مالي عشرون بعتكها برأس مالي مواضعة للعشرة درهمين ونصف، فتضيف الى العشرين قدر الوضعية وهو خمسة دراهم، فيصير خمسا وعشرين، فتنتظر كم خمسة من خمسة وعشرين، فإذا هو خمسا فاسقط من رأس المال وهو عشرون الخمس، وهو أربعة، يكون الثمن ستة عشر درهما، وعلى هذه ابدأ. وقول أبي ثور أقوى عندي، لانه إذا قال: مواضعة عشرة واحدة أضاف المواضعة الى رأس ماله، ورأس ماله مائة، فيجب فيه عشرة، فيبقى تسعين ولم يفضه الى ما يبقى في يده. ولو قال ذلك لكان الامر على ما قاله، فأما حمل الوضعية على الربح وإضافة ذلك الى اصله فهو قياس، ونحن لا نقول به. مسألة ٢٢: إذا قال: هذا علي بمائة، بعتك بربح كل عشرة درهم، فقال: إشتريت، ثم قال: غلطت، إشتريته بتسعين، كان البيع صحيحا. وبه

### [ ١٣٨ ]

قال أبو حنيفة، وأبو يوسف، ومحمد، وابن أبي ليلى، والشافعي قولا واحدا (١). وحكى أبو حامد المروزي في جامعه وجها آخر أنه لا يجوز (٢). وقال مالك: البيع باطل (٣). دليلنا: أن المشتري إذا بان له نقصان في الثمن، فقد بان ما ليس له، وذلك لا يفسد البيع، ولأن الاصل صحته، وبطلانه يحتاج الى دليل. مسألة ٢٢٧: إذا ثبت أن البيع صحيح، فلم يلزمه عندنا، انه بالخيار بين أن يأخذه بمائة وعشرة أو يرد، والخيار إليه. وبه قال أبو حنيفة، ومحمد، وأحد قولي الشافعي (٤). وقال ابن أبي ليلى، وأبو يوسف: يلزمه تسعة وتسعون درهما (٥)، وهو قول الشافعي الثاني (٦)، وهو قوي، لانه باعه مرابحة. دليلنا على الاول: أن العقد وقع على مائة وعشرة، فإذا تبين نقصانا في الثمن كان ذلك عيبا له رده به أو الرضا به فالخيار إليه في ذلك، ومن ألزمه بدون ذلك فعليه الدلالة، ولو قال له: بعتك برأس مالي وزيادة العشرة واحدا كان القول قول أبي يوسف. مسألة ٢٢٨: إذا باع سلعة، ثم حط من ثمنه بعد لزوم العقد، وأراد بيعه

(١) مختصر المزني: ٨٤، والمجموع ١٣: ٩ و ١١، والسراج الوهاج: ١٩٥ - ١٩٦، ومغني المحتاج ٣: ٧٩، التتف ١: ٤٤٠.

- (٢) المجموع ١٣: ٩، وفتح العزيز ٩: ١٣.  
 (٣) مقدمات ابن رشد ٢: ٥٩٢، وفتح العزيز ٩: ١٣.  
 (٤) المبسوط ١٣: ٨٦، والام ٣: ٩٣، والمجموع ١٣: ١١، وفتح العزيز ٩: ١٣ - ١٤، ومغني المحتاج ٢: ٧٩، والسراج الوهاج: ١٩٥ - ١٩٦، وبداية المجتهد ٢: ٢١٣.  
 (٥) المبسوط ١٣: ٨٦، والمجموع ١٣: ١١، وبداية المجتهد ٢: ٢١٣.  
 (٦) الام ٣: ٩٣، والمجموع ١٣: ١١، وفتح العزيز ٩: ١٣.

### [ ١٣٩ ]

مرابحة لم يلزمه حطه، وكان الثمن ما عقد عليه قبل الحط، وكان الحط هبة للمشتري، وبه قال الشافعي (١). وقال أبو حنيفة: يلحق ذلك بالعقد، ويكون الثمن ما بعد العقد (٢). دليلنا: أن الثمن قد استقر، فمن قال إن الحط بعد اللزوم يلحق به، فعليه الدلالة. مسألة ٢٢٩: إذا اشترى ثوبا بعشرة وباعه بخمسة عشر، ثم اشتراه بعشرة، فقد ربح خمسة، فإذا أراد بيعه مرابحة أخبر بالثمن الثاني وهو عشرة، ولم يجب عليه أن يخبر بدونه. وبه قال الشافعي (٣). وقال أبو حنيفة: عليه أن يخبر بما قد قام عليه، وهو أن يحط الخمسة التي قد ربحها (٤). دليلنا: أنه قد ملك بالثمن الثاني، فوجب أن يجوز له أن يخبر به، ولا يبنى عقد على عقد، لأنه لا دليل عليه. مسألة ٢٣٠: إذا باع عبدا أو سلعة، وقبض المشتري المبيع، ولم يقبض البائع الثمن، يجوز للبائع أن يشتريه منه بأي ثمن شاء، نقدا ونسيئة، وعلى كل

- (١) المجموع ١٣: ١٢، وفتح العزيز ٩: ١٠، والمبسوط ١٣: ٨٤، وشرح فتح القدير ٥: ٢٧٠، وشرح العناية على الهداية في هامش شرح فتح القدير ٥: ٢٧٠.  
 (٢) المبسوط ١٣: ٨٤، وبدائع الصنائع ٥: ٢٢٢، والمجموع ١٣: ١٢، وفتح العزيز ٩: ١٠، والبحر الزخار ٤: ٣٧٨، وشرح فتح القدير ٥: ٢٧٠، وشرح العناية على الهداية في هامش شرح فتح القدير ٥: ٢٧٠.  
 (٣) المجموع ١٣: ٦، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٨٤، وفتح العزيز ٩: ١٠، والشرح الكبير ٤: ١١٦، وشرح فتح القدير ٥: ٢٥٧.  
 (٤) المبسوط ١٣: ٨٢، والفتاوى الهندية ٣: ١٦٣ - ١٦٤، وبدائع الصنائع ٥: ٢٢٤، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٨٤، والشرح الكبير ٤: ١١٧، وفتح العزيز ٩: ١٠، والمجموع ١٣: ٦، وشرح العناية على الهداية في هامش شرح فتح القدير ٥: ٢٥٧، وشرح فتح القدير ٥: ٢٥٧.

### [ ١٤٠ ]

حال. وبه قال الشافعي (١)، وبه قال في الصحابة ابن عمر، وزيد بن أرقم (٢) واليه ذهب أبو ثور (٣). وفي أصحابنا من روى أن ذلك لا يجوز (٤)، وذهب إليه عائشة، وابن عباس (٥) وفي الفقهاء مالك، والاوزاعي، وأبو حنيفة وأصحابه (٦). وتفصيل مذهب أبي حنيفة: أن له أن يشتريه منه بمثل ذلك الثمن، أو أكثر منه، فإن اشتريه بأقل منه لم يخل من أحد أمرين. إما أن يكون الثمنان معا مما فيه الربا، أو مما لا ربا فيه: فإن لم يكن فيهما الربا، إشتراه كيف شاء، فلو باعه بثوبين واشتراه بثوب واحد جاز. وإن كان الثمنان فيهما الربا نظرت، فإن كان الثمنان جنسا واحدا كالطعامين، أو دراهم، أو دنانير لم يجز أن يشتريه بأقل من ذلك الثمن كيلا ولا وزنا ولا حكما. فإن كان النقص كيلا مثل أن باعه بمائة قفيز، واشتراه بخمسين قفيزا لم يجز.

- (١) مختصر المزني: ٨٥، والمجموع ١٣: ٤، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٧٧، والمبسوط ١٣: ١٢٢، وشرح فتح القدير ٥: ٢٠٨، وشرح العناية على الهداية في هامش شرح فتح القدير ٥: ٢٠٨، وتبيين الحقائق ٤: ٥٢، والعقود الدرية ١: ٢٤٥، والمحلى ٩: ٤٧.  
 (٢) المغني لابن قدامة ٤: ٢٧٧، والسنن الكبرى ٥: ٣٣١، والمحلى ٩: ٤٨.  
 (٣) بداية المجتهد ٢: ١٤١.  
 (٤) رواه الشيخ الكليني في الكافي ٥: ١٩٥ حديث ١.  
 (٥) المغني لابن قدامة ٤: ٢٧٧.  
 (٦) المجموع ١٣: ٤، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٧٧، والجواهر النقي المطبوع في هامش السنن الكبرى ٥: ٣٣٠، والمبسوط ١٣: ١٢٥، ومقدمات ابن رشد ٢: ٥٢٥، وشرح فتح القدير ٥: ٢٠٧، وشرح العناية على الهداية في هامش شرح فتح القدير ٥: ٢٠٧، وتبيين الحقائق ٤: ٥٣، والعقود الدرية ١: ٢٤٥، والمحلى ٩: ٤٨.

وإن كان النقص وزنا، مثل أن باعه بمائة درهم، واشتراه بخمسين لم يجز. والحكم أن يبيعه نقدا ويشتره بذلك إلى سنة، أو إلى سنة ويشتره إلى سنتين، كل هذا لا يجوز. قال: وإن كان جنسين جاز أن يشتريه بأقل إلا في الذهب والورق، فإن القياس يقتضي أنه جائز، لكن لا يجوز استحسانا، وهذا إنما يتصور في القيمة، فإذا باعه بمائة درهم لم يجز أن يشتريه بدينار قيمته أقل من مائة. قال: وكل موضع قلنا لا يجوز أن يشتريه البائع من المشتري، وكذلك عبد البائع المأذون له في التجارة، وكذلك مكاتبه ومديره ومضاربه، وكذلك شريكه إن دفع الثمن من مال الشركة (١). وبه قال أبو يوسف ومحمد (٢). قال أبو حنيفة: وكذلك لا يجوز أن يشتريه أبو البائع ولا ولده، وخالفه أبو يوسف ومحمد ها هنا (٣). قال: فإن عاب العبد في يد المشتري، جاز أن يشتريه منه بأي ثمن شاء. قال: فإن خرج العبد عن ملك المشتري نظرت: فإن خرج عن ملكه ببيع أو هبة، جاز له أن يشتريه ممن انتقل الملك إليه كيف شاء. وإن خرج عن ملكه بالموت إلى وارثه لم يجز له أن يشتريه من وارثه (٤). والخلاف معه في فصل واحد، وهو إذا كان الجنس واحدا، فأراد أن يشتريه بأقل من ذلك الثمن كيلا أو وزنا أو حكما على ما فصلناه. دليلنا: قوله تعالى: "وأحل الله البيع" (٥) وقوله: "إلا أن

(١) الميسوط ١٣: ١٢٢ - ١٢٣، والمحلى ٩: ٤٨.

(٢) الميسوط ١٣: ١٢٣.

(٣) و (٤) الميسوط ١٣: ١٢٤.

(٥) البقرة: ٢٧٥.

تكون تجارة عن تراض منكم" (١) وهذه تجارة عن تراض، ومن منع منه فعليه الدلالة، وأكثر أخبارنا تدل على ما قلناه (٢). واحتجوا بما روي: أن رجلا باع من رجل حريرة بمائة، ثم اشتراه بخمسين، فسأل ابن عباس عن ذلك فقال: دراهم بدراهم متفاضلة دخلت بينهما حريرة (٣). وروي يونس بن أبي اسحاق السبيعي (٤) عن امه عالية بنت أيفع (٥) قالت: خرجت إلى الحج أنا وام محبة (٦) فدخلنا على عائشة فسلمنا عليها، فقالت: من أين أنتن؟ فقلنا: من الكوفة - وكأنها أعرضت - فقالت لها ام محبة: يا ام المؤمنين كانت لي جارية، فبعتها من زيد بن أرقم بثمانمائة درهم إلى عطائه - وفي بعضها إلى العطاء - فأراد أن يبيعه، فاشتريتها منه بستمائة نقدا، فقالت: بئس ما شريت وبئس ما بعته، اخبرني زيد بن أرقم أنه أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وآله إلا أن يتوب، فقالت: أرايت أن أخذت رأس

(١) النساء: ٢٩.

(٢) انظرها في الكافي ٥: ١٩٧ حديث ١ - ٨ (باب بيع المرابحة)، والتهذيب ٧: ٤٧ - ٦٠ (باب بيع النقد والنسيئة).

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

(٤) أبو اسرائيل، يونس بن أبي اسحاق عمرو بن عبد الله السبيعي الكوفي، روى عن أبيه، وأنس، وأبي بردة، وأبي موسى الأشعري وغيرهم وعنه ابنه عيسى والثوري وابن المبارك وآخرون. مات سنة ١٥٢ هجرية، وقيل غير ذلك. تهذيب التهذيب ١١: ٤٣٣.

(٥) العالية بنت أيفع بن شراحيل (شرحبيل)، ذكرها ابن سعد في طبقاته الكبرى ٨: ٤٨٧ قائلاً: دخلت على عائشة وسألتها وسمعت منها. أخبرنا يحيى بن عباد، حدثنا يونس بن أبي اسحاق عن امه العالية بنت أيفع بن شراحيل أنها حجت مع ام محبة، فدخلنا على عائشة فسلمنا عليها، وسألناها، وسمعنا منها.

(٦) قال ابن سعد في طبقاته الكبرى ٨: ٤٨٨: ام محبة سألت ابن عباس وسمعت منه، وروي عنها أبو اسحاق السبيعي.

مالي؟ قالت: قوله تعالى: "فمن جاء موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف" (١) (٢). ورواه أبو اسحاق السبيعي (٣) عن امرأته قالت: حججت أنا وام ولد زيد بن أرقم، فدخلنا على عائشة، الحديث (٤). والجواب عن خبر عائشة أن راويه عالية بنت أيفع

وام محبة. قال الشافعي: هما امرأتان مجهولتان، والمجهول، أضعف من الضعيف المعروف. وقال الطحاوي: عالية بنت أيفع امرأة معروفة زوجة أبي اسحاق السبيعي، ولها ولدان فقيهان. قلنا ليس الكلام على أولادها، وإنما الكلام عليها، فإذا كانت مجهولة لم تتعرف بأولادها. قال الشافعي: وأصل الخبر لا يصح من وجه آخر، وذلك أنه لا يخلو زيد أن يكون قال ذلك اجتهادا أو سمع من النبي صلى الله عليه وآله شيئا وخالفه،

(١) البقرة: ٢٧٥.

(٢) اختلفت الفاظ الحديث حسب اختلاف طرقه وأسانيده وقد ذكر جملة منها البيهقي في سننه الكبرى ٥: ٣٣١، وقد استدلوا فيه في كتب الفقه كثيرا انظر مثلا كتاب المغني لابن قدامة ٤: ٢٧٧، والمبسوط ١٢: ١٢٢، ومقدمات ابن رشد ٣: ٥٢٥ وغيرها. (٣) عمرو بن عبد الله بن عبيد ويقال: علي، ويقال: ابن أبي شعيرة، أبو اسحاق السبيعي الكوفي، والسبيع بن همدان، ولد لسنتين بقينا من خلافة عثمان، روى عن خلق كثير من حملة الحديث منهم: سليمان بن صرد، وزيد بن أرقم والبراء بن عازب وجابر بن سمرة وغيرهم وروى عنه جماعة كثيرة منهم ابنه يونس وابن ابنه اسرائيل بن يونس وابن ابنه الآخر يوسف بن اسحاق وقتادة وسليمان التميمي وغيرهم قيل انه مات سنة ست وعشرين ومائة وقيل: سبع وقيل: ثمان وقيل: تسع وعشرين ومائة. تهذيب التهذيب ٨: ٦٣ - ٦٧. (٤) السنن الكبرى ٥: ٣٣١، وشرح فتح القدير ٥: ٢٠٩.

[ ١٤٤ ]

فان كان الثاني فهذا طعن على الصحابي ولا يقولون به. والقول الاول لا يحبط الجهاد مع رسول الله صلى الله عليه وآله، لانه صادر عن اجتهاد، فعلم بذلك بطلان الخبر، ولو صح، فابن عمر، وزيد بن أرقم يخالفان فيه (١)، فالمسألة خلاف من الصحابة. على أنه لو سلم الخبر من كل طعن، لم يكن فيه دلالة، لان المرأة أخبرت أن زيدا اشترى الجارية الى العطاء، ثم باعها، والشراء الى العطاء باطل، لانه أجل مجهول، والشراء بعد البيع الفاسد باطل، وكذلك نقول. وكلامنا إذا كان البيع صحيحا، يدل على ذلك قولها: (بئس ما شريت وبئس ما بعث) يعني بئس الشراء والبيع معا. مسألة ٢٣١: إذا اشترى سلعتين بثمن واحد، فإنه لا يجوز أن يبيع أحدهما مربحة، ويقسم الثمن عليهما على قدر قيمتهما. وبه قال أبو حنيفة في السلعتين، وأجاز في القفيزين (٢). وقال الشافعي: يجوز في الكل (٣). دليلنا: اجماع الفرقة وأخبارهم (٤)، وأيضا فإن تقويمه ليس هو الذي انعقد البيع عليه، فلا يجوز أن يخبر بذلك شراء، لانه كذب. مسألة ٢٣٢: إذا باع شيئين صفقة واحدة، أحدهما ينفذ فيه البيع والآخر لا ينفذ فيه البيع، بطل فيما لا ينفذ البيع فيه، وصح فيما ينفذ فيه، سواء كان أحدهما مالا والآخر ليس بمال ولا في حكم المال، مثل أن باع خلا وخمرا أو

(١) تقدم ذلك في أول هذه المسألة فراجع.

(٢) المبسوط ٣: ٨١، والفتاوى الهندية ٣: ١٦١، وشرح فتح القدير ٥: ٢٦٣ - ٢٦٤. وفتح العزيز ٩: ١١، والشرح الكبير ٤: ١١٤. (٣) المجموع ١٣: ١٤، وفتح العزيز ٩: ١١، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٨٣، والشرح الكبير ٤: ١١٤. (٤) الكافي ٥: ١٩٨ حديث ١، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٣٦ حديث ٥٩٠، والتهذيب ٧: ٥٥ حديث ١٣٩.

[ ١٤٥ ]

حرا وعبدا، أو شاة وخنزيرا. وما يكون أحدهما مالا والآخر في حكم المال، مثل أن باع أمته وأم ولده، أو عبده وعبدا موقوفا، أو كان أحدهما ماله والآخر مالا لكنه ملك الغير، الباب واحد. وقال الشافعي: يبطل فيما لا ينفذ فيه البيع قولاً واحداً. وهل يبطل في الآخر؟ علي قولين: أحدهما عندهم أن البيع يصح في أحدهما (١). وقال أبو حنيفة: إن كان أحدهما مالا والآخر ليس بمال ولا في حكم المال، بطل في المال. وإن كان أحدهما مالا والآخر في حكم المال، صح في المال. وإن كان أحدهما مالا له والآخر لغيره، نفذ في ماله وكان في ماله الغير موقوفاً (٢). وقال مالك ودأود: يبطل فيهما (٣). دليلنا: قوله تعالى: " وأحل الله البيع " (٤) وهذا بيع فيما يصح أن ينفذ ببيع، فوجب أن يكون صحيحا، فمن أبطله فعليه الدلالة، وعليه اجماع الفرقة، ولا يختلفون فيه.

مسألة ٢٣٣: إذا باع حرا وعيدا، بطل البيع في الحر وضح البيع في العبد. وقال أبو حنيفة: بطل البيع في العبد قولاً واحداً (٥).

- (١) المجموع ٩: ٢٨١ و ٢٨٨، والوجيز ١: ١٤٠، وفتح العزيز ٨: ٢٣٣ و ٢٣٧، والمغني لابن قدامة ٤: ٢١٦، والشرح الكبير ٤: ٤٢.
- (٢) اللباب ١: ٢٤٧، وشرح فتح القدير ٥: ٢٢٥ - ٢٢٦، وشرح العناية على الهداية في هامش شرح فتح القدير ٥: ٢٢٥، والمجموع ٩: ٢٨٨، وفتح العزيز ٨: ٢٣٧، والمغني لابن قدامة ٤: ٢١٦، وتبيين الحقائق ٤: ٦٠، والشرح الكبير ٤: ٤٤.
- (٣) المجموع ٩: ٢٨٨، والمغني لابن قدامة ٤: ٢١٦، والمحلّى ٩: ١٦، والشرح الكبير ٤: ٤٢.
- (٤) البقرة: ٢٧٥.
- (٥) اللباب ١: ٢٤٧، وشرح فتح القدير ٥: ٢٢٥ - ٢٢٦، والمجموع ٩: ٢٨٨، وتبيين الحقائق ٤: ٦٠.

### [ ١٤٦ ]

وعند الشافعي لا يبطل في أحد القولين (١). دليلنا: قوله تعالى: " وأحل الله البيع " (٢) وهذا بيع، وقوله تعالى: " إلا أن تكون تجارة عن تراض " (٣) وهذه تجارة عن تراض، فمن أبطله فعليه الدلالة. مسألة ٢٣٤: قد قلنا أنه إذا جمع في الصفقة ما يصح بيعه وما لا يصح، فإنه ينفذ فيما يصح، ويبطل فيما لا يصح. وللشافعي فيه قولان على ما مضى (٤). فللمشتري الخيار بين أن يرد أو يمسك ما يصح فيه البيع بما يخصه من الثمن الذي يتقسط عليه. وللشافعي فيه قولان: أحدهما مثل ما قلناه (٥). والآخر: أن له أن يمسكه بجميع الثمن أو يرد (٦). دليلنا: أن جميع الثمن إنما كان في مقابلتهما، ويقسط على الشئيين معا، فإذا بطل بيع أحدهما سقط عنه بحسابه، فمن أوجب الجميع فعليه الدلالة. مسألة ٢٣٥: إذا اختار امساكه بكل الثمن، فلا خيار للبائع، وإن اختار امساكه بما يخصه من الثمن، فلا خيار له أيضا عندنا. وللشافعي فيه وجهان، أحدهما: مثل ما قلناه. والآخر: له الخيار (٧). دليلنا: أن البيع صح من جهته، فمن أثبت له الخيار فعليه الدلالة، ولأنه قد دخل مع العلم بأنه لا يسلم له إلا بعض الثمن، وهو ما قابل العبد دون الحر،

- (١) المجموع ٩: ٢٨٨ - ٢٨٩، وفتح العزيز ٨: ٢٣٤.
- (٢) البقرة: ٢٧٥.
- (٣) النساء: ٢٩.
- (٤) لقد مضى الحديث عنها في المسألة " ٢٣٣ " فلاحظ.
- (٥) المجموع ٩: ٢٧٩ - ٢٨٠، والوجيز ١: ١٤٠، وفتح العزيز ٨: ٢٢٥ - ٢٢٦، والشرح الكبير ٤: ٤٤.
- (٦) المجموع ٩: ٢٨٠، والوجيز ١: ١٤٠، وفتح العزيز ٨: ٢٥٤، والشرح الكبير ٤: ٤٤.
- (٧) المجموع ٩: ٢٨٠، وفتح العزيز ٨: ٢٥٨.

### [ ١٤٧ ]

فلهذا لم يكن له الخيار. مسألة ٢٣٦: إذا اختلف المتبايعان في قدر الثمن، فقال البائع: بعتهك بألف، وقال المشتري: بخمس مائة، فالقول قول المشتري مع يمينه إن كانت السلعة تالفة، وإن كانت سالمة فالقول قول البائع مع يمينه. وقال الشافعي: يتحالفان وينفسخ البيع بينهما أو يفسخ، وسواء كانت السلعة قائمة أو تالفة، وإنما يتصور الخلاف إذا هلك في يد المشتري، فأما إذا هلك في يد البائع يبطل البيع (بلا خلاف) (١). وقال الشافعي: رجع محمد بن الحسن إلى قولنا وخالف صاحبه (٢). وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: إن كانت السلعة قائمة تحالفا، وإن كانت تالفة فالقول قول المشتري لأنه غارم (٣). وقال مالك: إن كانت تالفة فالقول قول المشتري، وإن كانت قائمة فعنه روايتان: أحدهما: القول قول المشتري أيضا (٤). والثانية: القول قول من في يده السلعة والآخر مدعى عليه، فإن كانت في يد البائع فالقول قوله، وإن كانت في يد المشتري فالقول قوله والبائع مدعى (٥).

- (١) في بعض النسخ المعتمدة: (ولا تحالف).

- (٢) الام ٣: ٩٠، ومختصر المزنبي: ٨٦ - ٨٧، والمجموع ١٣: ٧١ و ٧٦، وفتح العزيز ٩: ١٥٤، ومغني المحتاج ٢: ٩٥، والمحلى ٨: ٣٦٨، والمبسوط ١٣: ٣٠، وبداية المجتهد ٢: ١٩٠، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٨٨ - ٢٨٩، والبحر الزخار ٤: ٤١٢، وتبيين الحقائق ٤: ٣٠٧.
- (٣) المبسوط ١٣: ٣٠، والمحلى ٨: ٣٦٨، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٨٨ - ٢٨٩، والمجموع ١٣: ٧١ و ٧٦، وبداية المجتهد ٢: ١٩٠، وفتح العزيز ٩: ١٥٤، والبحر الزخار ٤: ٤١٢، وتبيين الحقائق ٤: ٣٠٧.
- (٤) بداية المجتهد ٢: ١٩٠، وبلغة السالك ٢: ٩٠، والمحلى ٨: ٣٦٨، وفتح العزيز ٩: ١٥٤، والبحر الزخار ٤: ٤١٢.
- (٥) بداية المجتهد ٢: ١٩٠، وبلغة السالك ٢: ٩٠ - ٩١، وفتح العزيز ٩: ١٥٤، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٨٨ - ٢٨٩.

#### [ ١٤٨ ]

وقال زفر وأبو ثور: القول قول المشتري، سواء كانت السلعة سالمة أو تالفة (١). دليلنا اجماع الفرقة وأخبارهم (٢). وأيضاً روى ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وآله قال: " البينة على المدعي واليمين على من أنكر " (٣). والمشتري مدعى عليه وهو المنكر، لانهما قد اتفقا على العقد وانتقال الملك، والمشتري معترف بذلك ويذكران الثمن خمسمائة والبائع يدعي عليه خمسمائة، فوجب أن يكون القول قول المشتري، ولا يلزمنا ذلك مع بقاء السلعة ان القول قول البائع، لانا لو خلىنا وظاهر الخبر لقلنا بذلك. ولكن روي عن أئمتنا عليهم السلام أنهم قالوا: " القول قول البائع " (٤) فحملناه على انه مع بقاء السلعة. فأما ما رواه ابن مسعود ان النبي صلى الله عليه وآله قال: " إذا اختلف المتبايعان ولا بينة مع واحد منهما والسلعة قائمة تحالفاً أو تراداً " (٥) فهو خبر واحد

- (١) المحلى ٨: ٣٦٠، وبداية المجتهد ٢: ١٩٠، والبحر الزخار ٤: ٤١٢.
- (٢) انظرها في الكافي ٥: ١٧٤ حديث ١ - ٢، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٧١ حديث ٧٦٥، والتهذيب ٧: ٢٦ حديث ١٠٩ - ١١٠ و ٧: ٣٢٩ حديث ١٠٠١.
- (٣) الكافي ٧: ٤١٥ حديث ١، والتهذيب ٦: ٣٢٩ حديث ٥٥٣، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ٢٠ حديث ١، والسنن الكبرى ١٠: ٢٥٢، والدرية في تخريج احاديث الهداية ٢: ١٧٥ حديث ٨٤٠.
- (٤) أشرنا الى مصادرها في الهامش رقم " ٧ " المتقدم من هذه المسألة.
- (٥) رواه البيهقي في سننه ٥: ٣٣٣ باختلاف يسير في اللفظ فلاحظ. وقال العسقلاني في تلخيص الجبير ٣: ٣١ ما لفظه: " وفي رواية إذا اختلف المتبايعان تحالفاً وفي رواية اخرى (تحالفاً أو تراداً) أما رواية التحالف فاعترف الرافعي في التذنيب انه لا ذكر لها في شئ من كتب الحديث، وإنما توجد في كتب الفقه، وكأنه عنى الغزالي فانه ذكرها في الوسيط، وهو تبع إمامه في الاساليب، وأما رواية التراد فرواها مالك بلاغا عن ابن مسعود ورواها احمد والترمذي وابن ماجه باسناد منقطع.. الى آخره ".

#### [ ١٤٩ ]

لا نعرفه، ولا يلزمنا العمل به. وهو معارض بما رواه سفيان بن عيينة (١)، عن محمد بن عجلان (٢)، عن عون بن عبد الله (٣)، عن عبد الله بن مسعود أن النبي صلى الله عليه وآله قال: " إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع والمبتاع بالخيار " (٤). مسألة ٣٣٧: إذا اختلفا في شرط يلحق بالعقد يختلف لاجله الثمن، مثل أن قال: يعتكه نقداً، فقال: بل الى سنة. أو قال: الى سنة، فقال: الى سنتين، فلا فصل بين أن يختلفا في أصل الاجل أو في قدره. وكذلك في العين إذا اختلفا في أصله، وكذلك الشهادة. وهكذا في ضمان العهدة، وهو أن يضمن عن البائع الثمن متى وقع

- (١) سفيان بن عيينة بن أبي عمران ميمم الهلالي، أبو محمد الكوفي سكن مكة، وقيل: ان أباه عيينة هو المكي أبا عمران، روى عن عبد الملك بن عمير وأبي اسحاق السبيعي وزياد بن علاقة وابن عجلان وجمع كثير غيرهم، وروى عنه الأعمش وابن جريح وشعبة والثوري والحسن بن حي وهمام وغيرهم الكثير. ولد سنة (١٠٧) وانتقل من الكوفة الى مكة سنة (١٦٣) ومات سنة (١٩٨). انظر تهذيب التهذيب ٤: ١١٧ - ١٢٢.
- (٢) أبو عبد الله، محمد بن عجلان المدني القرشي مولى فاطمة بنت الوليد بن عتبة



بن ربيعة. روى عن أبيه وانس بن مالك وعون بن عبد الله وغيرهم وعنه صالح بن كيسان وعبد الوهاب بن بخت وإبراهيم بن أبي عبلة والسفيانان وغيرهم. مات سنة (١٤٨ - أو ١٤٩) هـ. انظر تهذيب التهذيب ٩: ٣٤١.

(٣) عون بن عبد الله بن عتبة بن مسعود الهذلي، أبو عبد الله الكوفي، روى عن أبيه وعمه ويوسف بن عبد الله بن سلام والشعبي وغيرهم، وعنه المسعودي وأبو العميس ومحمد بن عجلان والزهري وغيرهم. ذكره البخاري فيمن مات بين عشر ومائة إلى عشرين ومائة. انظر تهذيب التهذيب ٨: ١٧١ - ١٧٣.

(٤) تلخيص الحبير ٣: ٣٠ حديث ١٢٢١، وروي الخبر بألفاظ وطرق مختلفة أيضا انظرها في مسند أحمد بن حنبل ١: ٤٦٦، والسنن الكبرى ٥: ٣٣٢، وسنن أبي داود ٣: ٢٨٥، ومستدرک الصحيحين ٢: ٤٥، وسنن الدارقطني ٣: ١٨ - ٢١.

### [ ١٥٠ ]

الاختلاف في شئ من هذا، فالقول قول البائع مع يمينه. وقال الشافعي: يتحالفان (١). وقال أبو حنيفة: لا يتحالفان، ويكون القول قول من ينفي الشرط (٢). دليلنا: عموم الاخبار، وانه متى اختلف المتبايعان فالقول قول البائع (٣). وحديث ابن مسعود المقدم ذكره أن النبي صلى الله عليه وآله قال: " إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع والمبتاع بالخيار " (٤) وهو على عمومته في كل شئ. مسألة ٢٣٨: إذا اختلفا في شرط يفسد البيع، فقال البائع: بعثك إلى أجل معلوم، وقال المشتري: إلى أجل مجهول. أو قال: بعثك بدراهم أو دنائير، فقال: اشتريته بخمر أو خنزير، كان القول قول من يدعي الصحة، وعلى من ادعى الفساد البينة. وبه قال الشافعي (٥). وقال أبو علي ابن أبي هريرة من أصحابه في الافصاح: فيه وجهان، وصوبه أبو الطيب الطبري (٦). دليلنا: أن الاصل في العقد الصحة، فمن ادعى الفساد فعليه الدلالة.

- (١) المجموع ١٣: ٨١، والوجيز ١: ١٥٣، وفتح العزيز ٩: ١٥٧، وتبيين الحقائق ٤: ٣٠٧، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٩١.
- (٢) المبسوط ١٣: ٢٥، والمجموع ١٣: ٨١، وتبيين الحقائق ٤: ٣٠٦، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٩١.
- (٣) انظرها في الكافي ٥: ١٧٤ حديث ١ - ٢، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٧١ حديث ٧٦٥. والتهذيب ٧: ٢٦ حديث ١٠٩ - ١١٠.
- (٤) تلخيص الحبير ٣: ٣٠ حديث ١٢٢١، وروي بألفاظ وطرق مختلفة أيضا انظر ذلك في: مسند أحمد بن حنبل ١: ٤٦٦، السنن الكبرى ٥: ٣٣٢، وسنن أبي داود ٣: ٢٨٥، ومستدرک الصحيحين ٢: ٤٥، وسنن الدارقطني ٣: ١٨ - ٢١.
- (٥) المجموع ١٣: ٧٩، وفتح العزيز ٩: ١٦٢ و ١٦٥.
- (٦) المجموع ١٣: ٧٩، وفتح العزيز ٩: ١٦٥.

### [ ١٥١ ]

مسألة ٣٣٩: إذا باع شيئا بثمن في الذمة، فقال البائع: لا أسلم المبيع حتى أقبض الثمن، وقال المشتري: لا أسلم الثمن حتى أقبض المبيع، فعلى الحاكم أن يجبر البائع على تسليم المبيع أولا، ثم يجبر المشتري على تسليم الثمن بعد ذلك، بعد أن يحضر الثمن والمبيع. وقال الشافعي فيه ثلاثة أقوال: أحدها: يجبر البائع، وهو ظاهر كلامه. والثاني: يجبر كل واحد منهما، مثل ما قلناه، وهو الصحيح عندهم. والثالث: لا يجبر واحد منهما (١). وقال أبو حنيفة ومالك: يجبر المشتري على تسليم الثمن أولا (٢). دليلنا: على ما قلناه: أن الثمن انما يستحق على المبيع، فيجب أولا تسليم المبيع فيستحق الثمن، فإذا سلم المبيع استحق الثمن، فوجب حينئذ اجباره على تسليمه، فلا بد إذا مما قلناه. مسألة ٣٤٠: إذا كان البيع عينا بعين، فالحكم فيه كالحكم في المسألة الاولى سواء. وللشافعي فيه ثلاثة أقوال: أحدها: يجبر كل واحد منهما على احضار ما عليه. والثاني: لا يجبر واحد منهما، وأيهما تطوع بالدفع أجز الآخر على التسليم. والثالث: يجبر الحاكم أيهما شاء على التسليم، فإذا سلم أحبر الآخر على

- (١) انظر الاقوال الثلاثة في الام ٣: ٨٧، ومختصر المزني: ٨٧، والمجموع ١٣: ٨٤ و ٨٦ و ٨٧، ومغني المحتاج ٢: ٧٤، والسراج الوهاج: ١٩٣ - ١٩٤، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٩٢.
- (٢) الفتاوى الهندية ٣: ١٦، وشرح فتح القدير ٥: ١٠٨، وشرح العناية على الهداية

المطبوع في هامش فتح القدير ٥: ١٠٩، والمجموع ١٣: ٨٦، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٩٢.

### [ ١٥٢ ]

التسليم (١). وقال أبو حنيفة: إن كان الثمن دراهم أو دنائير فالحكم فيه كما لو كان في الذمة، لأن الأثمان عنده لا تتعين، وإن كان من غيرها فالحاكم يجبر من شاء منهما أولاً، فإذا دفع دفع الآخر ما عليه (٢). دليلنا: ما قلناه في المسألة الأولى. مسأله ٢٤١: إذا اختلفا فقال: بعثك هذا العبد بألف درهم، وقال المشتري: بل بعثني هذه الجارية بألف ولم تعني العبد، وليس هناك بينة، كان القول قول البائع مع يمينه أنه ما باع الجارية، والقول قول المشتري مع يمينه أنه ما اشترى العبد، ولا يجب على واحد منهما الجمع بين النفي والاثبات. ولا يكون هذا تحالفاً وإنما يحلف كل واحد منهما على النفي، فإذا حلف البائع أنه ما باع الجارية بقيت الجارية على ملكه كما كانت، وجاز له التصرف فيها. وأما المشتري فإنه يحلف أنه ما اشترى العبد، فإذا حلف فإنه ينظر، فإن كان العبد في يد المشتري فإنه لا يجوز للبائع مطالبته به لأنه لا يدعيه. وإن كان في يد البائع فإنه لا يجوز له التصرف فيه، لأنه معترف بأنه للمشتري وإن ثمنه في ذمته، ويجوز له بيعه بقدر الثمن. وبه قال أبو حامد الأسفرايني (٣). وقال أبو الطيب الطبري: ذكر أبو بكر ابن الحداد (٤) في كتاب الصداق

(١) الام ٣: ٨٧، والمجموع ١٣: ٨٦ - ٨٧، والسراج الوهاج: ١٩٤، ومغني المحتاج ٢: ٧٤ - ٧٥، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٩٢.  
(٢) المجموع ١٣: ٨٦، ومغني المحتاج ٢: ٧٤، والسراج الوهاج: ١٩٤، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٩٢.  
(٣) المجموع ١٣: ٧٨، وفتح العزيز ٩: ١٥٦.  
(٤) محمد بن أحمد بن محمد بن جعفر، أبو بكر، ابن الحداد المصري البغدادي، ولد يوم موت المزني وأخذ الفقه عن أبي سعيد محمد بن عقيل الفريابي وبشر بن نصر وإسماعيل الضرير وبعد من كبار علماء

### [ ١٥٣ ]

نظير هذه المسألة وقال: يتحالفان، فقال: إذا اختلف الزوجان فقال الزوج: مهترك أبك، وقالت: مهرتني أمي تحالفاً. وقال: وكذلك إذا قال: مهترك أبك ونصف أمك، وقالت: بل مهرتني أمي ونصف أبي تحالفاً، قال: ولا يختلف أصحابنا في ذلك، فسقط ما قال أبو حامد (١). دليلنا على ما قلناه: أن هنا دعويين، يجب في كل واحد منهما البينة، فإذا عدت كان في مقابلتها اليمين، فالبائع إذا ادعى ابتياع العبد كان عليه البينة، فإذا عدتها على المشتري اليمين أنه ما اشتراه، وكذلك إذا ادعى المشتري أنه اشترى الجارية كان عليه البينة، فإذا عدتها كان على البائع اليمين، ولا وجه للتحالف في شئ واحد، ولا دليل عليه. مسألة ٢٤٢: إذا مات المتبايعان، واختلف ورثتهما في مقدار الثمن أو المثل، فالقول قول ورثة المشتري مع يمينهم في مقدار الثمن، وقول ورثة البائع في الثمن مع اليمين. وقال الشافعي: يتحالفان (٢). وقال أبو حنيفة: إن كان المبيع في يد وارث البائع تحالفاً، وإن كان في يد وارث المشتري كان القول قوله مع يمينه (٣). دليلنا: على أن القول قول ورثة المشتري في مقدار الثمن: أنهما قد اتفقا على

الشافعية، تولى قضاء مصر ودخل بغداد سنة عشر وثلاثمائة واجتمع بالصيرفي والاصطخري، صنف كتاب الفروع وغيره، توفي يوم الثلاثاء لأربع بقين من المحرم سنة خمس وأربعين وقيل سنة أربع وأربعين وثلاثمائة وعاش تسعاً وسبعين سنة وشهوراً. انظر طبقات الشافعية الكبرى ٢: ١١٢ - ١٢٥. (١) فتح العزيز ٩: ١٥٥ - ١٥٦. (٢) المجموع ١٣: ٧٧ - ٧٨، وفتح العزيز ٩: ١٥٤ - ١٥٥، ومغني المحتاج ٢: ٩٧. (٣) فتح العزيز ٩: ١٥٥.

### [ ١٥٤ ]

البيع، وادعى ورثة البائع ثمناً أكثر مما يذكره ورثة المشتري، فعليه البينة، فإذا عدت كان على ورثة المشتري اليمين. ودليلنا على أن القول قول ورثة البائع في المثل: أن الأصل أن لا يبيع، فمن ادعى البيع في شئ بعينه فعليه الدلالة، والأصل

بفء ملك البائع على ورثته. مسألة ٢٤٣: إذا تلف المبيع قبل القبض للسلعة، بطل العقد. وبه قال أبو حنيفة والشافعي (١). وقال مالك: لا يبطل (٢). دليلنا: أنه إذا باع، فانما يستحق الثمن إذا قبض المبيع، فإذا تلف، تعذر عليه التسليم، فلا يستحق العوض. مسألة ٢٤٤: إذا كان الثمن معيناً، فتلف قبل القبض، سواء كان من الاثمان أو غيرها، بطل العقد. وبه قال الشافعي (٣). وقال أبو حنيفة: إن كان من غير الاثمان (٤) كقولنا، وإن كان من الاثمان دراهم أو دنائير لم يبطل (٥)، بناء على أصله أن الثمن لا يتعين بالعقد. دليلنا: أنه إذا عين الثمن وعقد عليه العقد، كان مثل السلعة الباقية في تعيينه، وإنما لم يتعين إذا كان بثمن بالذمة، فالاصل الذي بنى عليه غير مسلم.

- (١) اللباب ١: ٢٣١، وعمدة القاري ١١: ٢٥٥، وشرح فتح القدير ٥: ١١٦، والمجموع ٩: ٢٢٠ و ١٣: ٨٩، والوجيز ١: ١٤٥، وفتح العزيز ٨: ٣٩٨، والسراج الوهاج: ١٩١، ومغني المحتاج ٢: ٦٥ - ٦٦، والمحلى ٨: ٣٧٩، والبحر الزخار ٤: ٣٦٨، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٢٧.
- (٢) المدونة الكبرى ٤: ١٨١، ومقدمات ابن رشد ٢: ٥٦٣، والمحلى ٨: ٣٧٩، والوجيز ١: ١٤٥، وفتح العزيز ٩: ٣٩٨، وعمدة القاري ١١: ٢٥٥، والبحر الزخار ٤: ٣٦٨.
- (٣) الوجيز ١: ١٤٦، وفتح العزيز ٨: ٤٣٠.
- (٤) اللباب ١: ٢٥٤، وشرح فتح القدير ٥: ٣٧٠، وفتح العزيز ٨: ٤٣٠، وبدائع الصنائع ٥: ١٨١.
- (٥) اللباب ١: ٢٥٤، وشرح فتح القدير ٥: ٣٧٠، وفتح العزيز ٨: ٤٣٠، وبدائع الصنائع ٥: ١٨١.

#### [ ١٥٥ ]

مسألة ٢٤٥: إذا كانت له أجمة يحبس فيها السمك، فحبس فيها سمكا وباعه، لا يخلو من أحد أمرين: إما أن يكون الماء قليلاً صافياً يشاهد فيه السمك، ويمكن تناوله من غير مؤنة، فالبيع جائز بلا خلاف، فإنه مبيع مقدر على تسليمه، وإن كان الماء كدرا بطل البيع، لأنه مجهول. والامر الآخر: أن يكون الماء كثيراً صافياً والسمك مشاهداً إلا أنه لا يمكن أخذه إلا بمؤنة وتعب حتى يصطاد، فعندنا أنه لا يصح بيعه، إلا بأن يبيعه مع ما فيه من القصب، أو يصطاد شيئاً منه ويبيعه مع ما يبقى فيه، فمتى لم يفعل ذلك بطل البيع. وقال أبو حنيفة والشافعي والنخعي: البيع باطل (١)، ولم يفصلوا. وقال ابن أبي ليلى جائز (٢)، وبه قال عمر بن عبد العزيز (٣). دليلنا على جواز بيعه مع شئ آخر: إجماع الفرقة، وعلى بطلانه منفرداً أيضاً ذلك. وروي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه نهى عن بيع الغرر (٤). وهذا غرر، ولأن صحة بيعه تحتاج إلى دليل شرعي.

- (١) مختصر المزني: ٨٧، وعمدة القاري ١١: ٣٦٤، وفتح العزيز ٨: ١٢٦، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٩٤، وشرح فتح القدير ٥: ١٩١، وتبيين الحقائق ٤: ٤٥، وحاشية رد المختار ٥: ٦٠.
- (٢) و (٣) المغني لابن قدامة ٤: ٢٩٤. (٤) صحيح مسلم ٣: ١١٥٣ حديث ١٥١٣، وسنن الترمذي ٣: ٥٣٢ حديث ١٢٣٠، وسنن الدارقطني ٣: ١٥ حديث ٤٦ و ٤٧، ومسند أحمد بن حنبل ١: ٣٠٢، وسنن الدارمي ٢: ٢٥١، وسنن النسائي ٧: ٢٦٢ والموطأ ٢: ٦٦٤ حديث ٧٥، وسنن أبي داود ٣: ٢٥٤ حديث ٣٣٧٦، وسنن ابن ماجه ٢: ٧٣٩ حديث ٢١٩٤ و ٢١٩٥، والسنن الكبرى ٥: ٣٢٨، ودعائم الاسلام ٢: ٢١، وعيون اخبار الرضا ٢: ٤٥ حديث ١٦٨.

#### [ ١٥٦ ]

مسألة ٢٤٦: إذا باع عبداً بيعة فاسداً وتقابض، فأكل البائع الثمن وفلس، كان على المشتري رد العبد على البائع، وكان اسوة للغرماء. وبه قال أبو العباس بن سريج (١). وقال أبو حنيفة أحق بعين العبد - يعني له إمساكه على قبض الثمن، ويكون ثمنه مقدماً على الغرماء - (٢). دليلنا: أنه إنما قبضه على أنه ملكه، فإذا لم يكن ملكاً له فعليه رده إلى مالكه، فمن قال له إمساكه فعلياً الدلالة. مسألة ٢٤٧: إذا قال لرجل: بع عبدك هذا من فلان بخمسائة، على أن علي خمسمائة، قال أبو العباس: بن سريج يحتمل معنيين، أحدهما: البيع باطل، والثاني: يصح ويكون على الضامن (٣) . والذي عندي أن هذا بيع صحيح، لأنه شرط لا ينافي الكتاب والسنة، والنبي صلى الله عليه وآله قال: " المؤمنون عند شروطهم " (٤). مسألة ٢٤٨: إذا قال له: بع عبدك

منه بألف، على أن على فلان خمسمائة، فيه مسألتان. ان سبق الشرط العقد، وعقد البيع مطلقا عن الشرط، لزم البيع ولم يلزم الضامن شئ. وان قارن العقد فقال: بعثك بألف على أن فلانا ضامن خمسمائة، صح

- (١) المجموع ٩: ٣٧٧، والشرح الكبير ٤: ٦٥، والمغني لابن قدامة ٤: ٣١٢.  
(٢) المغني لابن قدامة ٤: ٣١٢، والمجموع ٩: ٣٧٧، والشرح الكبير ٤: ٦٥، والبحر الزخار ٤: ٣٨٤.  
(٣) المجموع ٩: ٣٧٥، وفتح العزيز ٨: ٢١٠.  
(٤) التهذيب ٧: ٣٧١ حديث ١٥٠٣، والاستبصار ٣: ٢٣٢ حديث ٨٣٥، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٨٤، والشرح الكبير ٤: ٣٨٦، وتلخيص الحبير ٣: ٢٣ و ٤٤ حديث ١١٩٥ و ١١٤٦، وكفاية الاخير ١: ١٩٣، والمصنف لابن أبي شيبة ٦: ٥٦٨ حديث ٢٠٦٤.

### [ ١٥٧ ]

البيع بشرط الضمان، فإن ضمن فلان ذلك مضي، وإن لم يضمن كان البائع بالخيار، لانه لم يصح له الضمان. وبه قال أبو العباس (١) وأبو الحسن (٢). دليلنا: ما قلناه في المسألة الاولى سواء. مسألة ٢٤٩: إذا اشترى جارية بشرط أن لا خسارة عليه إذا باعها، أو بشرط أن لا يبيعها، أو لا يعتقها، أو لا يطأها، ونحو هذا كان العقد صحيحا، والشرط باطلا. وبه قال ابن أبي ليلى، والنخعي، والحسن البصري (٣). وقال أبو حنيفة والشافعي: الشرط والبيع باطلان (٤). وقال ابن شبرمة: البيع جائز، والشرط جائز (٥). دليلنا على صحة البيع: قوله تعالى: " وأحل الله البيع " (٦) وهذا بيع. وعلى بطلان الشرط: انه مخالف للكتاب والسنة، وكل شرط يخالفهما فهو باطل. وأيضا روي أن عائشة اشترت بريرة بشرط العتق، ويكون ولائها لمواليها،

- (١) حكى الصيدلاني لابي العباس بن سريج في مسألة بنحو ما ذكرها المصنف رحمه الله قائلا: فهل يصح العقد؟ فيه وجهان انظر المجمع ١٤: ٢٠ - ٢١.  
(٢) الظاهر هو أبو الحسن علي بن مسلم بن محمد بن الفتح بن علي السلمى الدمشقي الشافعي. (٣) عمدة القاري ١١: ٢٨٨، وشرح فتح القدير ٥: ٢١٤، وبدائع الصنائع ٥: ١٧٥، والمجموع ٩: ٣٧٦، وبداية المجتهد ٢: ١٥٩، والشرح الكبير ٤: ٦١، ومقدمات ابن رشد ٢: ٥٤٥.  
(٤) مختصر المزني: ٨٧، والمجموع ٩: ٣٦٨ و ٣٧٦، وفتح العزيز ٨: ٢٠٥، وشرح معاني الآثار ٤: ٤٨، وشرح فتح القدير ٥: ٢١٤، و ٢١٧، وعمدة القاري ١١: ٢٨٩، وبداية المجتهد ٢: ١٥٩، وبدائع الصنائع ٥: ١٧٥، والاشباه والنظائر للسيوطي: ٤٤٩ و ٤٥٣، والشرح الكبير ٤: ٦١، ومقدمات ابن رشد ٢: ٥٤٤.  
(٥) عمدة القاري ١١: ٢٨٨ - ٢٨٩، والمجموع ٩: ٣٧٦، وبدائع الصنائع ٥: ١٧٥، وشرح فتح القدير ٥: ٢١٤، وبداية المجتهد ٢: ١٥٩، ومقدمات ابن رشد ٢: ٥٤٥.  
(٦) البقرة: ٣٧٥.

### [ ١٥٨ ]

فأجاز النبي صلى الله عليه وآله البيع وأبطل الشرط، فانه صعد المنبر وقال: " ما بال أقوام يشربون شروطا ليست في كتاب الله، كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، كتاب الله أحق، وشروطه أوثق " (١). مسألة ٢٥٠: إذا اشترى جارية شراء فاسدا، ثم قبضها فاعتقها، لم يملك بالقبض ولم ينفذ عتقها، ولا يصح شئ من تصرفه فيها، مثل البيع والهبة والوقف وغير ذلك، ويجب على ردها على البائع بجميع نمائها المنفصل منها. وبه قال الشافعي (٢). وقال أبو حنيفة: يملك بالقبض، ويصح تصرفه فيها، ويجب كل واحد منهما فسخ الملك ورد المبيع على صاحبه (٣). دليلنا على ذلك: أنه إذا كان البيع فاسدا فملك الاول باق لم يزل، وإذا لم يزل فكل من تصرف في ملكه بغير إذنه يجب أن لا يصح تصرفه، لانه لا دليل على صحته. مسألة ٢٥١: إذا اشترى جارية بيعا فاسدا فوطأها، فانه لا يملكها ووجب عليه ردها، وعليه إن كانت بكرًا عشر قيمتها، وإن كانت ثيبا نصف عشر قيمتها. وقال الشافعي: إن كانت ثيبا فمهر مثلها الثيب، وإن كانت بكرًا مهر

- (١) روي الحديث بألفاظ مختلفة انظرها في صحيح البخاري ٣: ٩٥ - ٩٦، وصحيح

مسلم ٢: ١١٤١ حديث ٦، والموطأ ٢: ٧٨٠ حديث ١٧، والسنن الكبرى ٥: ٣٣٨ وسنن الدارقطني ٣: ٢٢ حديث ٧٧.  
 (٢) مختصر المزني: ٨٧، والمجموع ٩: ٣٧٧، وفتح العزيز ٨: ٢١٢، وشرح فتح القدير ٥: ٢٢٧، وشرح العناية على الهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٥: ٢٢٧، وتبيين الحقائق ٤: ٦٢.  
 (٣) اللباب ١: ٢٤٦ - ٢٤٧، وشرح فتح القدير ٥: ٢٢٧ - ٢٢٣، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٥: ٢٢٧ و ٢٢٣، والمجموع ٩: ٣٧٧، وفتح العزيز ٨: ٢١٢، وتبيين الحقائق ٤: ٦١، والمحلى ٨: ٤٢١.

#### [ ١٥٩ ]

البكر وأرش الافتراض (١). دليلنا: اجماع الفرقة وأخبارهم، فانهم رووا ذلك منصوصا عن الأئمة عليهم السلام (٢)، وجماعهم حجة. مسألة ٢٥٢: إذا حبلت وأتت بولد، كان الولد حرا بالاجماع، وعلى الواطئ قيمة الولد يوم سقط حيا. وبه قال الشافعي (٣). وقال أبو حنيفة: يوم التحاكم (٤). دليلنا على ذلك: أنا أجمعنا على وجوب قيمته يوم سقط حيا، ولا دليل على وجوب قيمته يوم المحاكمة، والاصل براءة الذمة، فمن ادعى ذلك فعليه الدلالة. مسألة ٢٥٢: إذا ملك هذه الجارية فيما بعد بعد صحيح، وكانت ولدت منه بالعقد الفاسد، فانها تكون ام ولده. وللشافعي فيه قولان، أحدهما: مثل ما قلناه (٥). والثاني: انها لا تصير ام ولده (٦). دليلنا: ان له ولدا منها، وثبت له نسب إليه نسبا شرعيا، فوجب أن تكون ام ولده، ولان ظاهر اللغة والشرع يقتضيه، ومن نفاه فعليه الدلالة.

(١) المجموع ٩: ٣٦٨ و ٣٧١، وفتح العزيز ٨: ٢١٢.  
 (٢) انظرها في الكافي ٥: ٢١٤ حديث ٢ و ٣ و ٥: ٤٦٨ حديث ١، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ٢٨٩ حديث ١٣٧٧، والتهذيب ٧: ٦١ - ٦٢ حديث ٣٦٦ و ٢٧٨، و ٧: ٢٤٤ حديث ١٠٦٤، والاستبصار ٣: ٨٠ حديث ٢٧٠ و ٢٧٢.  
 (٣) مختصر المزني: ٧٥ و ٨٧، والمجموع ٩: ٢١٨ و ٣٦٨ و ٣٧١، وفتح العزيز ٨: ٢١٢.  
 (٤) النتف ٢: ٧٣٧، واللباب ٢: ١٣٧، والمبسوط ١٣: ٣٦، وبدائع الصنائع ٥: ٣٠٢ و ٧: ١٥١، وشرح فتح القدير ٧: ٣٦٤، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٧: ٣٦٤، والشرح الكبير ٥: ٤٣١.  
 (٥) المجموع ٩: ٣٧١، وفتح العزيز ٨: ٢١٢.  
 (٦) المجموع ٩: ٣٧١ - ٣٧٢، وفتح العزيز ٨: ٢١٢.

#### [ ١٦٠ ]

مسألة ٢٥٤: إذا اشترى من رجل عبدا، وشرط البائع على المشتري أن يعتقه، كان العقد صحيحا والشرط صحيحا. وهو الذي نص عليه الشافعي في كتبه (١). وروى أبو ثور عنه أنه قال: الشرط فاسد والبيع صحيح. حكاه القاضي أبو حامد عنه، والاول هو المشهور (٢). وقال أبو حنيفة: الشرط فاسد والبيع فاسد (٣). دليلنا: قوله عليه السلام: " المؤمنون عند شروطهم " (٤). ولانه لا مانع يمنع من كتاب ولا سنة ولا اجماع. مسألة ٢٥٥: إذا باع دارا واستثنى سكنها لنفسه مدة معلومة جاز البيع وثبت الشطر، وكذلك إذا باع دابة واستثنى ركوبها مدة أو مسافة معلومة صح البيع والشرط. وبه قال الاوزاعي، وأحمد، واسحاق بن خزيمة (٥). وقال مالك: يجوز في مدة يسيرة كالיום واليومين (٦). وقال أبو حنيفة والشافعي: لا يصح البيع في جميع ذلك (٧).

(١) الام ٣: ٨٨، والمجموع ٩: ٣٦٤ و ٣٦٦، ومغني المحتاج ٢: ٣٣، والسراج الوهاج: ١٨١، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٠٩، والشرح الكبير ٤: ٦٢، وعمدة القاري ١١: ٢٨٩، وشرح فتح القدير ٥: ٢١٤.  
 (٢) المجموع ٩: ٣٦٩، وعمدة القاري ١١: ٢٨٩، وفتح العزيز ٨: ٢١١.  
 (٣) اللباب ١: ٢٤٤، وعمدة القاري ١١: ٢٨٩، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٥: ٢١٤، وشرح فتح القدير ٥: ٢١٤، والام ٣: ٨٨، والمجموع ٩: ٣٦٦، وفتح العزيز ٨: ٢١٢، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٠٩، والشرح الكبير ٤: ٦٢، وبداية المجتهد ٢: ١٥٩، وتبيين الحقائق ٤: ٥٧.  
 (٤) التهذيب ٧: ٣٧١ حديث ١٥٠٣، والاستبصار ٣: ٢٣٢ حديث ٨٣٥، والمصنف لابن أبي شيبة ٦: ٥٦٨ حديث ٢٠٦٤، وتلخيص الحبير ٣: ٢٣ و ٤٤ حديث ١١٩٥ و ١٢٤٦، والمغني

لابن قدامة ٤: ٢٨٤، والشرح الكبير ٤: ٢٨٦.  
(٥) المجموع ٩: ٣٦٩ و ٣٧٨، وفتح العزيز ٨: ٢٠٩، وعمدة القاري ١١: ٢٨٩.  
(٦) المجموع ٩: ٣٧٨، وعمدة القاري ١١: ٢٨٩.  
(٧) اللباب ١: ٢٤٤ - ٢٤٥، وعمدة القاري ١١: ٢٨٩، وشرح فتح القدير ٥: ٣١٧،  
والمجموع ٩: ٣٦٩ و

#### [ ١٦١ ]

دليلنا: قول النبي صلى الله عليه وآله " المؤمنون عند شروطهم " (١) وهذا شرط، ولأنه لا مانع يمنع منه في اشرع من كتاب أو سنة أو اجماع، والاصل جوازه. وروى جابر بن عبد الله أنه باع من رسول الله صلى الله عليه وآله جملا واشترط حملانه الى أهله بالمدينة (٢)، وهذا يدل على جوازه. مسألة ٢٥٦: إذا قال: بعتك هذه الدار وأجرتك هذه الدار الأخرى، فجمع بين البيع والاجارة في صفقة واحدة كان صحيحا، وثبت البيع والاجارة وهو أصح قولي الشافعي (٣). والقول الآخر: انهما يبطلان (٤). دليلنا: أن البيع والاجارة مباحان، فمن أبطلهما في حال الاجتماع فعليه الدلالة. مسألة ٢٥٧: إذا باع زرعا بشرط أن يحصده، وكان الزرع مما يجوز بيعه، إما أن يكون قصيلا أو يكون قد عقد الجب واشتد وهو شعير، لان بيع سنبل الشعير جائز، ولا يجوز بيع سنبل لانه في غلاف، كان البيع صحيحا، ووجب عليه أن يحصده له.

(١) ٣٧٨، وفتح العزيز ٨: ٢٠٩. (١) التهذيب ٧: ٢٧١ حديث ١٥٠٣، والاستبصار ٢: ٢٣٢ حديث ٨٢٥، والمصنف لابن أبي شيبة ٦: ٥٦٨ حديث ٢٠٦٤، وتلخيص الحبير ٢: ٢٣ و ٤٤ حديث ١١٩٥ و ١٢٤٦، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٨٤، والشرح الكبير ٤: ٢٨٦.  
(٢) روى الشيخ أيضا في أماليه ٢: ٤ نحوه، وأبو داود في سننه ٢: ٢٨٢ حديث ٣٥٠٣ بالفاظ أخرى.  
(٣) المجموع ٩: ٢٨٨، والسراج الوهاج: ١٨٢، ومغني المحتاج ٢: ٤١ - ٤٢، والمغني لابن قدامة ٤: ٣١٤ - ٣١٥، والشرح الكبير ٤: ٤٥.  
(٤) المجموع ٩: ٢٨٨، والسراج الوهاج: ١٨٢، ومغني المحتاج ٢: ٤٢، وبداية المجتهد ٢: ١٦٣، والمغني لابن قدامة ٢: ٣١٥، والشرح الكبير ٤: ٤٥.

#### [ ١٦٢ ]

وقال أبو اسحاق المروزي: فيه قولان، أحدهما: يبطلان. والثاني: يصحان، لانه بيع واجارة في صفقة واحدة (١). وقال غيره: لا يصح هذا قولاً واحداً (٢). دليلنا: أنه لا مانع منه في الشرع، والاصل جوازه. وأيضاً قوله عليه السلام: " المؤمنون عند شروطهم " (٣) وهذا شرط. مسألة ٢٥٨، ما يباع كيلا لا يصح بيعه جزافاً وإن شوهده. وقال الشافعي: إذا قال: بعتك هذه الصبرة، وقد شاهدها، بثمن معلوم كان صحيحاً (٤). دليلنا: اجماع الفرقة وأخبارهم (٥)، ولانا أجمعنا على أنه إذا باعه كيلا صح البيع، ولم يدل دليل على أنه إذا باعه جزافاً كان صحيحاً. مسألة ٢٥٩: إذا قال: بعتك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم صح البيع. وبه قال الشافعي (٦). وقال أبو حنيفة: لا يصح (٧).

(١) المجموع ٩: ٢٧٣، وفتح العزيز ٨: ١٩٥، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٢٧.  
(٢) مختصر المزني: ٨٧، والمجموع ٩: ٢٧٣، ومغني المحتاج ٢: ٣١، والسراج الوهاج: ١٨٠، وفتح العزيز ٨: ١٩٥، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٢٧.  
(٣) التهذيب ٧: ٢٧١ حديث ١٥٠٣، والاستبصار ٢: ٢٣٢ حديث ٨٢٥، والمصنف لابن أبي شيبة ٦: ٥٦٨ حديث ٢٠٦٤ وتلخيص الحبير ٢: ٢٣ و ٤٤ حديث ١١٩٥ و ١٢٤٦، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٨٤، والشرح الكبير ٤: ٢٨٦.  
(٤) المجموع ٩: ٢١٢، وفتح العزيز ٨: ١٥١.  
(٥) من لا يحضره الفقيه ٢: ١٤١ حديث ٦١٨، والتهذيب ٧: ١٢٢ حديث ٥٣٠ و ٥٣١، والاستبصار ٢: ١٠٢ حديث ٢٥٥ و ٢٥٦.  
(٦) المجموع ٩: ٣١٢، والوجيز ١: ١٢٥، ومغني المحتاج ٢: ١٧، والسراج الوهاج: ١٧٥، وفتح العزيز ٨: ١٣٩ - ١٤٠، والبحر الزخار ٤: ٣٢٧.  
(٧) المبسوط ١٢: ٥، وفتح العزيز ٨: ١٣٩، والبحر الزخار ٤: ٣٢٧.

#### [ ١٦٣ ]

دليلنا: قوله تعالى: " وأحل الله البيع " (١) والاصل أيضاً جوازه، والمنع يحتاج الى

دليل. مسألة ٣٦٠: إذا قال: بعتك عشرة أفقرة من هذه الصبرة بكذا، صح البيع. وبه قال الشافعي (٢). وقال داود: لا يصح (٣). دليلنا: الآية (٤)، ولا مانع يمنع منه. مسألة ٣٦١: إذا قال: بعتك من هذه الصبرة كل قفيز بدرهم صح البيع، إذا لم يرد بمن التبويض، فإن أراد التبويض لم يصح، لأن البعض مجهول. وقال الشافعي: لا يجوز، ولم يفصل (٥). دليلنا علي جواز ما قلناه: أن الاصل جوازه، والآية (٦) تدل عليه، والمنع يحتاج إلى دليل. مسألة ٣٦٢: إذا قال: بعتك نصف هذه الصبرة، أو ثلثها، أو ربعها، لا يصح البيع. وقال الشافعي: يصح (٧). دليلنا: ما قدمناه من أن ما يباع كيلا لا يصح بيعه جزافا، وهذا بيع في غير كيل، فوجب أن لا يصح. مسألة ٣٦٣: إذا قال: بعتك هذه الدار كل ذراع بدينار، كان جائزا. وبه

(١) البقرة: ٢٧٥.

(٢) المجموع ٩: ٣١٣.

(٣) المحلى ٩: ٢٠، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٤٩، والبحر الزخار ٤: ٣٢٧.

(٤) البقرة: ٢٧٥.

(٥) المجموع ٩: ٣١٣، وكفاية الاخير ١: ١٥٠، وفتح العزيز ٨: ١٤٣.

(٦) البقرة: ٢٧٥.

(٧) المجموع ٩: ٣١٢، وفتح العزيز ٨: ١٣٥ و ١٤٢.

#### [ ١٦٤ ]

قال الشافعي (١). وقال أبو حنيفة: لا يجوز (٢). دليلنا: الآية (٣)، ودلالة الاصل، والمنع يحتاج الى دليل. مسألة ٣٦٤: إذا قال: هذه الدار مائة ذراع، وقد بعتك عشرة أذرع منها بكذا، كان جائزا. وبه قال الشافعي (٤). وقال أبو حنيفة: لا يجوز (٥). دليلنا: الآية (٦)، ودلالة الاصل، ولا مانع يمنع منه. ولا ن عشرة أذرع من مائة عشرها، فلا فرق بين أن يقول: بعتك عشرها، وبين أن يقول: عشرة أذرع من مائة. مسألة ٣٦٥: إذا قال: بعتك من هذه الدار عشرة أذرع، من موضع معين الى حيث ينتهي، كان البيع صحيحا. وللشافعي فيه وجهان، أحدهما: مثل ما قلناه (٧). والثاني: انه لا يصح (٨).

(١) المجموع ٩: ٣١٦، وفتح العزيز ٨: ١٤٣، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٤٩ - ٢٥٠.

(٢) المبسوط ١٣: ٦، وبدائع الصنائع ٥: ١٥٩، وفتح العزيز ٨: ١٤٣، والمغني لابن قدامة

٤: ٢٥٠، واللباب ١: ٢٢٥ - ٢٢٦، وشرح فتح القدير ٥: ٩٠.

(٣) البقرة: ٢٧٥.

(٤) المجموع ٩: ٣١٦، وفتح العزيز ٨: ١٣٦ و ١٤٣، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٤٩ - ٢٥٠،

وشرح فتح القدير ٥: ٩٣.

(٥) المبسوط ١٣: ٦، وبدائع الصنائع ٥: ١٥٩، وفتح العزيز ٨: ١٣٦ و ١٤٣، والمجموع ٩:

٣١٦، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٥٠، والبحر الزخار ٤: ٣٢٨، وشرح فتح القدير ٥: ٩٣،

وشرح العناية على الهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٥: ٩٣.

(٦) البقرة: ٢٧٥.

(٧) المجموع ٩: ٣١٧، وفتح العزيز ٨: ١٣٦.

(٨) المجموع ٩: ٣١٦ - ٣١٧، وفتح العزيز ٨: ١٣٦.

#### [ ١٦٥ ]

دليلنا: أنه باعه جزء معلوما من موضع معين، فيجب أن لا يمنع منه مانع، لانه ليس بمجهول. مسألة ٣٦٦: إذا باع ذراعا معيناً من ثوب، كان البيع صحيحا، مثل ما قلناه في الدار. واختلف أصحاب الشافعي، فقال بعضهم مثل ما قلناه (١)، واليه ذهب ابن القفال (٢) في التقريب، واختاره أبو الطيب الطبري (٣). وقال بعضهم: لا يجوز، ذكره أبو العباس بن القاص (٤). دليلنا: الآية (٥)، ودلالة الاصل، والمنع يحتاج إلى دليل. مسألة ٣٦٧: إذا قال: بعتك هذا السمن مع الظرف كل رطل بدرهم، كان جائزا. وقال الشافعي: إن كان وزن كل واحد منهما معلوما، بأن يكون الظرف ربعا أو سدسا أو غير ذلك كان جائزا، وإن لم يكن كذلك بطل العقد، لانه إذا باع موازنة يجب أن يكون مقدار المبيع من كل جنس الذي جعل الثمن في مقابلته معلوما، وهذا مجهول (٦). دليلنا: الآية (٧)، ودلالة الاصل، والمنع يحتاج إلى دليل.



- (١) المجموع ٩: ٣١٧، وفتح العزيز ٨: ١٣٧.
- (٢) أبو الحسن، القاسم بن محمد بن علي بن اسماعيل القفال الشافعي الشافعي، فقيه، توفي في حدود سنة ٤٠٠ هجرية، انظر طبقات الشافعية الكبرى ٢: ٣١٤، وطبقات الشافعية لابن هداية الله: ٣٨، ومعجم المؤلفين ٨: ١١٩.
- (٣) المجموع ٩: ٣١٧، وفتح العزيز ٨: ١٣٧.
- (٤) فتح العزيز ٨: ١٣٧ - ١٣٨ و ١٤٤.
- (٥) البقرة: ٣٧٥.
- (٦) مختصر المزني: ٨٧، والمجموع ٩: ٣١٨ و ٣١٩.
- (٧) البقرة: ٣٧٥.

### [ ١٦٦ ]

مسألة ٣٦٨: إذا اشترى من رجل عشرة أفزة من صيرة، فكالها على المشتري وقبضها، ثم ادعى المشتري انه كان تسعة، كان القول قول البائع مع يمينه. وللشافعي فيه قولان، أحدهما وهو الصحيح مثل ما قلناه (١). والثاني: أن القول قول المشتري مع يمينه (٢). دليلنا: أن المشتري قد قبض حقه في الظاهر، وإنما يدعي الخطأ في الكيل، فعليه البينة. مسألة ٣٦٩: إجارة الفحل للضراب مكروه، وليس بمحذور، وعقد الاجارة عليه غير فاسد. وقال مالك: يجوز. ولم يكرهه (٣). وقال أبو حنيفة والشافعي: إن الاجارة فاسدة، والاجارة محظورة (٤). دليلنا: أن الاصل الاباحة، فمن ادعى الحظر والمنع فعليه الدلالة. فاما كراهية ما قلناه فعليه اجماع الفرقة وأخبارهم (٥). مسألة ٣٧٠: بيض ما لا يؤكل لحمه لا يجوز أكله ولا بيعه، وكذلك مني ما لا يؤكل لحمه. وللشافعي فيه وجهان (٦).

- (١) المجموع ١٣: ٨٠، وفتح العزيز ٩: ١٧١.
- (٢) المجموع ١٣: ٧٩، وفتح العزيز ٩: ١٧٠.
- (٣) المدونة الكبرى ٤: ٤٢٧، وفتح العزيز ٨: ١٩٢، وفتح الباري ٤: ٤٦١.
- (٤) المجموع ١٥: ٣ - ٤، وفتح العزيز ٨: ١٩١، والسراج الوهاج: ١٧٩، ومغني المحتاج ٢: ٣٠، وفتح الباري ٤: ٤٦١.
- (٥) الكافي ٥: ١١٥ حديث ٢، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٠٥ حديث ٤٣٣، والتهذيب ٦: ٣٥٤ حديث ١٠٠٩، والاستبصار ٣: ٥٨ حديث ١٩٠.
- (٦) مختصر المزني: ٨٧، والمجموع ٩: ٢٥٣.

### [ ١٦٧ ]

دليلنا: اجماع الفرقة وأخبارهم (١)، فانها تتضمن ذكر البيض، فأما المنى فإنه نجس عندنا، وما كان نجسا لا يجوز بيعه ولا أكله بلا خلاف. مسألة ٣٧١: بيض ما يؤكل لحمه، إذا وجد في جوف الدجاجة الميتة واكتسى الجلد الفوقاني، فإنه يجوز أكله وبيعه. وللشافعي فيه وجهان، أحدهما: مثل ما قلناه. والثاني: لا يجوز (٢). دليلنا: اجماع الفرقة وأخبارهم (٣)، ودلالة الاصل، وقوله تعالى: "وأحل الله البيع" (٤) والمنع يحتاج إلى دليل. مسألة ٣٧٢: بذر دود القز يجوز بيعه. وللشافعي فيه وجهان (٥). دليلنا: الآية (٦)، ودلالة الاصل، والمنع يحتاج إلى دليل. مسألة ٣٧٣: يجوز بيع دود القز، وبيع النحل إذا رآها، ثم اجتمعت في بيتها وجسها فيه حتى لا يمكنها أن تطير، ثم يعقد البيع عليها. وبه قال الشافعي (٧). وقال أبو حنيفة: لا يجوز بيع دود القز، ولا بيع النحل (٨).

- (١) يستفاد من عموم الاخبار التي رواها الشيخ الكليني في الكافي ٥: ١٢٤ (باب المكاسب المحرمة) وفي ٦: ٣٤٨ (باب ما يعرف به البيض)، وما رواه السيد المرتضى في رسالة المحكم والمتشابه: ٥٧، وابن شعبة في تحف العقول: ٣٣٣، وما رواه أيضا الشيخ المؤلف قدس سره في التهذيب ٦: ٣٦٩ (باب أخبار ما لا يجوز التمسك به) حديث ١٠٦٧ و ١٠٦٨ وغيرها.
- (٢) المجموع ٢: ٥٧٠، والمغني لابن قدامة ١: ٩١، والشرح الكبير ١: ١٠٢.
- (٣) الكافي ٦: ٢٥٨ حديث ٣ و ٥ والتهذيب ٩: ٧٦ و ٧٨ حديث ٣٢٢ و ٣٢٤ و ٣٣٣.
- (٤) البقرة: ٣٧٥.
- (٥) المجموع ٩: ٢٥٣.
- (٦) البقرة: ٣٧٥.
- (٧) المجموع ٩: ٢٥٣، وبدائع الصنائع ٥: ١٤٤، وفتح العزيز ٨: ١١٨، وشرح فتح القدير ٥:

## [ ١٦٨ ]

دليلنا: الآية (١)، والمنع يحتاج الى دليل. مسألة ٢٧٤: لا يجوز بيع العبد الابق منفردا، ويجوز بيعه مع سلعة اخرى. وقال الفقهاء بأسرهم: لا يجوز بيعه (٢)، ولم يفصلوا. وحكي عن ابن عمر أنه أجازه (٣)، وعن محمد بن سيرين أنه قال: ان لم يعلم موضعه لم يجز وان علم موضعه جاز (٤). دليلنا على منع بيعه منفردا: اجماع الفرقة، ولأنه لا يقدر على تسليمه، ولأنه بيع الغرر، فاما جوازه مع السلعة الاخرى فاجماع الفرقة، ودلالة الاصل، والمنع يحتاج إلى دليل. مسألة ٢٧٥: إذا باع انسان ملك غيره بغير اذنه، كان البيع باطلا. وبه قال الشافعي (٥). وقال أبو حنيفة: ينعقد البيع، ويقف على اجازة صاحبه (٦). وبه قال قوم من أصحابنا (٧). دليلنا: اجماع الفرقة، ومن خالف منهم لا يعتد بقوله، ولأنه لا خلاف أنه ممنوع من التصرف في ملك غيره، والبيع تصرف.

٤: ٩، وشرح فتح القدير ٥: ١٩٨، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٥: ١٩٨، وحاشية رد المحتار ٥: ٥٨. (١) البقرة: ٢٧٥.  
 (٢) المجموع ٩: ٢٨٤، والمبسوط ١٢: ١٠، والمحلى ٨: ٣٩١، وبداية المجتهد ٢: ١٥٦، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٩٣، والوجيز ١: ١٢٤، وعمدة القاري ١١: ٢٦٤، وفتح الباري ٤: ٢٨٤، وشرح فتح القدير ٥: ١٩٩.  
 (٣) المجموع ٩: ٢٨٥، والمحلى ٨: ٣٩١، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٩٣.  
 (٤) المحلى ٨: ٣٩١، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٩٣.  
 (٥) المجموع ٩: ٢٢٥ و ٢٦١، والوجيز ١: ١٢٤، وفتح العزيز ٨: ١٢١.  
 (٦) المجموع ٩: ٢٦١، والوجيز ١: ١٣٤.  
 (٧) منهم الشيخ المفيد قدس سره في المقنعة: ٩٤، وابن حمزة في الوسيلة: ٧٠٧.

## [ ١٦٩ ]

وأيا روى حكيم (١)، عن النبي صلى الله عليه وآله أنه نهى عن بيع ما ليس عنده (٢)، وهذا نص. وروى عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: " لا تطلق إلا فيما يملك، ولا عتق إلا فيما يملك، ولا يبيع إلا فيما يملك " (٣). فنفى عليه السلام البيع في غير الملك، ولم يفصل. مسألة ٢٧٦: لا يجوز بيع الصوف على ظهور الغنم منفردا. وبه قال أبو حنيفة والشافعي (٤). وقال مالك والليث بن سعد: يجوز (٥). دليلنا: اجماع الفرقة، ولأنه بيع الغرر. وروى ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وآله نهى أن يباع الثمرة حتى يتبين صلاحها، أو يباع صوف على ظهر (٦).

(١) حكيم بن حزام بن خويلد بن أسد بن عبد العزى الفرشي الاسدي، كان مولده قبل الفيل بثلاث عشرة سنة على اختلاف في ذلك، وعاش مائة وعشرين سنة وتوفي سنة أربع وخمسين أيام معاوية، وشهد بدرا مع الكفار ونجا منهزما، أسد الغابة ٢: ٤٠ - ٤٢.  
 (٢) انظر سنن الترمذي ٢: ٥٣٤ حديث ١٢٣٢ و ١٢٣٣ وسنن أبي داود ٢: ٢٨٢ حديث ٣٥٠٣، وترتيب مسند الشافعي ٢: ١٤٢ حديث ٤٧٨، ومسند أحمد بن حنبل ٣: ٤٠٢ و ٤٣٤، والسنن الكبرى ٥: ٣٦٧، ولفظ الحديث " لا تبع ما ليس عندك " و " نهاني رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أن أبيع ما ليس عندي ".  
 (٣) المصنف لعبد الرزاق ٦: ٤١٧ حديث ١١٤٥٦، وسنن الترمذي ٣: ٤٨٦ حديث ١١٨١، ومسند أحمد بن حنبل ٢: ٢٠٧، والسنن الكبرى ٧: ٣١٨، وسنن الدارقطني ٤: ١٤ حديث ٤٢ باختلاف في الالفاظ.  
 (٤) اللباب ١: ٢٤٣، وتبيين الحقائق ٤: ٤٦، وشرح فتح القدير ٥: ١٩٢، والمجموع ٩: ٣٢٧ - ٣٢٨، والبحر الزخار ٤: ٣٣١، وحاشية رد المحتار ٥: ٦٣.  
 (٥) المجموع ٩: ٢٢٨، والبحر الزخار ٤: ٢٢١ - ٢٢٣.  
 (٦) سنن الدارقطني ٣: ١٤ حديث ٤٠، والسنن الكبرى ٥: ٣٤٠.

## [ ١٧٠ ]

والنهي يدل على فساد المنهي عنه. مسألة ٢٧٧: المسك طاهر يجوز بيعه وشراؤه. وبه قال أكثر الفقهاء (١)، وفي الناس من قال: نجس لا يجوز بيعه، لأن دم (٢) . دليلنا: ان النجاسة حكم شرعي، ولا دلالة في الشرع على نجاسة المسك. وروى أبو سعيد الخدري ان النبي صلى الله عليه وآله قال: "أطيب الطيب المسك" (٣) ولا خلاف ان النبي صلى الله عليه وآله كان يتطيب به، ولم يكن يتطيب بالنجاسات. مسألة ٢٧٨: يجوز بيع المسك في فأرة، والاحوط أن يفتح وبشاهد، وبه قال ابن سريج (٤). وقال باقى أصحاب الشافعي: لا يجوز بيعه في فأرة حتى يفتح (٥). دليلنا: الآية (٦)، ودلالة الاصل، والمنع يحتاج إلى دليل. مسألة ٢٧٩: يجوز بيع الاعمى وشراؤه، سواء ولد أعمى أو عمي بعد صحته. وبه قال أبو حنيفة (٧). وقال الشافعي: ان كان ولد أعمى فلا يجوز بيعه وشراؤه في الاعيان، بل يوكل. وإن كان بصيرا ثم عمى، فان باع شيئا أو اشتراه ولم يكن رآه فلا يجوز

- (١) المجموع ٢: ٥٧٣ و ٩: ٣٠٦، وعمدة القاري ١١: ٢٢١، وارشاد الساري ٤: ٣٩، وفتح الباري ٤: ٣٢٤.  
(٢) عمدة القاري ١١: ٢٢١، والمجموع ٩: ٣٠٦.  
(٣) انظر ما روي في صحيح مسلم ٢: ٨٤٩ حديث ٤٥، وسنن النسائي ٥: ١٢٨، ومسند أحمد بن حنبل ٢: ٣٦ و ٤٠ و ٦٢ و ١٨٦، والمجموع ٩: ٣٠٦.  
(٤) مختصر المزني: ٨٧، والمجموع ٩: ٣٠٦، وكفاية الاخير ١: ١٥٤، وارشاد الساري ٤: ٦٣.  
(٥) البقرة: ٢٧٥.  
(٦) اللباب ١: ٢٣٥، وتبيين الحقائق ٤: ٢٨، وشرح فتح القدير ٥: ١٤٦، وشرح العناية على الهداية المطبوع في هامش شرح فتح القدير ٥: ١٤٦، والمجموع ٩: ٣٠٣.

#### [ ١٧١ ]

بيعه وشراؤه، وان كان قد رآه فان كان الزمان يسيرا لا يتغير في العادة، أو كان الشيء مما لا يفسد في الزمان الطويل مثل الحديد والرصاص جاز بيعه، فان وجد على ما رآه فلا خيار له، وان وجد متغيرا كان بالخيار. وان كان الزمان تطاول والشيء مما يتغير، مثل أن يكون عبدا صغيرا فكبر، أو شجرة صغيرة فكبرت، فان بيعه لا يجوز، لان المبيع مجهول الصفة. هذا إذا قال: ان بيع خيار الرؤية لا يجوز، وإذا قال: انه يجوز بيع خيار الرؤية، ففيه وجهان: أحدهما: لا يجوز، لان بيع خيار الرؤية يتعلق برؤيته، وهذا لا يصح في الاعمى. والثاني: يجوز ويوكل من يصفه، فان رضيه قبضه، وان كرهه فسخ البيع (١). دليلنا: قوله تعالى: "وأحل الله البيع" (٢) ولم يخص. وقوله: "وأشهدوا إذا تبايعتم" (٣) ولم يفرق. وأيضا فان جماعة من الصحابة كفوا ولم يقل أحد أنهم منعوا من البيع، ولو منعوا لنقل ذلك. مسألة ٢٨٠، إذا نجش بأمر البائع ومواطاته، وهو أن يزيد في السلعة، ليقتردي به المشتري فيشتره، يصح البيع بلا خلاف، ولكن للمشتري الخيار. واختلف أصحاب الشافعي في ذلك، فقال أبو اسحاق المروزي مثل ما قلناه (٤).

- (١) مختصر المزني ١: ٨٨، والمجموع ٩: ٣٠٢ - ٣٠٣ وشرح العناية على الهداية في هامش شرح فتح القدير ٥: ١٤٧.  
(٢) البقرة: ٢٧٥.  
(٣) البقرة: ٢٨٢.  
(٤) فتح العزيز ٨: ٢٢٥، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٠١.

#### [ ١٧٢ ]

ومنه من قال: لا خيار له، وهو قول ابن أبي هريرة وطاره قول الشافعي (١). دليلنا: أن هذا تدليس، وعيب وجب أن يثبت الخيار مثل سائر العيوب. وإن قلنا: أنه لا خيار له كان قويا، لان العيب ما يكون بالمبيع، وهذا ليس كذلك، وللبائع والمشتري حكم نفسه فيما يشتره دون حكم غيره، فإذا اشترى مضى شراؤه. مسألة ٢٨١: لا يجوز أن يبيع حاضر لباد، سواء كان بالناس حاجة الى ما معهم، أو لم يكن لهم حاجة، فان خالف أثم، وهو الظاهر من مذهب الشافعي (٢). وفي أصحابه من قال: إذا لم يكن بهم حاجة الى ما معهم جاز أن يبيع لهم (٣). دليلنا: عموم الخبر في النهي عن ذلك من قوله عليه السلام: " لا يبيع حاضر لباد" (٤). مسألة ٢٨٢: تلقي الركبان لا

يجوز، فان تلقى واشترى كان البائع بالخيار إذا ورد السوق، إلا أن ذلك محدود بأربعة فراسخ، فان زاد على ذلك كان جلبا، ولم يكن به بأس. وللشافعي فيه قولان، أحدهما: لا يجوز، ولم يحده (٥).

- (١) الام ٣: ٩١، والمجموع ١٣: ١٥، وفتح العزيز ٨: ٢٢٥، ومغني المحتاج ٢: ٣٧، والسراج الوهاج: ١٨٢، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٠١.
- (٢) الام ٣: ٩٢، والمجموع ١٣: ٢٠ و ٢٢، وفتح العزيز ٨: ٢١٨، ومغني المجازي ٢: ٣٦، والسراج الوهاج: ١٨١، وفتح الباري ٤: ٣٧٢.
- (٣) المجموع ١٣: ٢٠، وفتح العزيز ٨: ٢١٨، وفتح الباري ٤: ٣٧٢.
- (٤) صحيح البخاري ٣: ٩٥، والكافي ٥: ١٧٧ حديث ١٥.
- (٥) الام ٣: ٩٣، والمجموع ١٣: ٢٣، وفتح العزيز ٨: ٢١٩، ومغني المحتاج ٢: ٣٦، والسراج الوهاج: ١٨٢، وفتح الباري ٤: ٣٧٤، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٠٥.

### [ ١٧٣ ]

والثاني: ليس له الخيار (١). دليلنا: اجماع الفرقة وأخبارهم (٢). وروى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وآله نهى عن تلقي الجلب، فان تلقى متلق فاشتره، فصاحب السلعة بالخيار إذا ورد السوق (٣). وهذا نص. مسألة ٢٨٣: يكره البيع والسلف في عقد واحد، وليس بمحظور ولا فاسد، وهو أن يبيع دارا على أن يقرض المشتري ألف درهم، أو يقرضه البائع ألف درهم، وليس ذلك بمحظور. وقال الشافعي: ذلك حرام (٤). دليلنا: اجماع الفرقة وأخبارهم (٥). وأيضا الاصل الاباحة، والمنع يحتاج الى دليل. وأيضا البيع صحيح بالانفراد، والقرض صحيح مثله، فمن ادعى أن الجمع بينهما فاسد فعليه الدلالة. مسألة ٢٨٤: من أقرض غيره مالا على أن يأخذه في بلد آخر، ويكتب له به نسخة كان جائزا. وقال الشافعي: إذا شرط ذلك كان حراما (٦). (١)

- الام ٣: ٩٣، والمجموع ١٣: ٢٣، وفتح العزيز ٨: ٢١٩، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٠٥.
- (٢) انظر ذلك في الكافي ٥: ١٦٩ حديث ٤.
- (٣) سنن أبي داود ٣: ٢٦٩ حديث ٣٤٣٧، وسنن الترمذي ٣: ٥٢٤ حديث ١٢٢١.
- (٤) مختصر المزني: ٨٩، والمجموع ١٣: ١٧١، وبداية المجتهد ٢: ١٦٠، وفتح العزيز ٩: ٢٨٤، والمغني لابن قدامة ٤: ٣١٤. (٥) الكافي ٥: ٢٠٥ حديث ٩ و ١٢، والتهذيب ٧: ٥٢ حديث ٢٢٦ و ٢٢٨.
- (٦) المجموع ١٣: ١٧٠ و ١٧٢، والوجيز ١: ١٥٨، وفتح العزيز ٩: ٢٧٥، ومغني المحتاج ٢: ١٢٠، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٩٠، والشرح الكبير ٤: ٣٩٢.

### [ ١٧٤ ]

دليلنا: اجماع الفرقة وأخبارهم (١). وأيضا الاصل الاباحة، والمنع يحتاج الى دليل. مسألة ٢٨٥: يجوز أن يقرض غيره مالا ويرد عليه بدله خيرا منه من غير شرط، سواء كان ذلك عادة، أو لم يكن. وبه قال أكثر أصحاب الشافعي (٢). ومنهم من قال: إذا كان ذلك عادة لا يجوز (٣). دليلنا: أن الاصل جوازه، والمنع يحتاج الى دليل، وعليه اجماع الفرقة وأخبارهم (٤). مسألة ٢٨٦: إذا شرط في القرض أن يرد عليه أكثر منه أو أوجد منه فيما لا يصح فيه الربا، مثلا أن يقول اقرضتك ثوبا بثوبين كان حراما. وهو مذهب أكثر أصحاب الشافعي (٥). وقال أبو علي في الافصاح: يجوز ذلك كما يجوز في البيع (٦). دليلنا: اجماع الفرقة، وأيضا قوله عليه السلام: " كل قرض جر منفعة فهو ربا " (٧)

- (١) الكافي ٥: ٢٥٥ - ٢٥٦ حديث ١ و ٢.
- (٢) المجموع ١٣: ١٧٢ - ١٧٣، ومغني المحتاج ٢: ١١٩، والسراج الوهاج: ٢١١، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٩٢، والشرح الكبير ٤: ٣٩٢.
- (٣) المجموع ١٣: ١٧٣، وفتح العزيز ٩: ٢٧٦ - ٢٧٧.
- (٤) الكافي ٥: ٢٥٣ حديث ١ - ٦، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٨٠ حديث ٨١٥ - ٨١٦، والتهذيب ٦: ٢٠٠ حديث ٤٤٧ - ٤٥٠.
- (٥) المجموع ١٣: ١٧٢، والوجيز ١: ١٥٨، وفتح العزيز ٩: ٢٧٢ - ٢٧٤، والسراج الوهاج: ٢١١، ومغني المحتاج ٢: ١١٩.

(٦) ذكره النووي في المجموع ١٣ : ١٧٢، من دون نسبة.  
(٧) السنن الكبرى ٥ : ٣٥٠، والمطالب العالية ١ : ٤١١ حديث ١٣٧٣، وتلخيص الحبير ٣ : ٣٤  
حديث ١٣٣٧، وسبل السلام ٣ : ٨٧٢.

#### [ ١٧٥ ]

مسألة ٢٨٧ : إذا لم يجد مال القرض بعينه، وجب عليه مثله. وعليه أكثر أصحاب الشافعي (١). وفيهم من قال: يجب عليه قيمته كالمثلف (٢). دليلنا: أنه إذا قضى مثله برئت ذمته، وإذا رد قيمته لم يدل دليل على براءتها. وأيضاً فالذي أخذه عين مخصوصة، فمن نقل إلى قيمتها فعليه الدلالة. مسألة ٢٨٨ : كلما يضبط بالوصف أو يصح السلم فيه يجوز إقراضه من المكمل، والموزون، والمدروع، والحيوان وغيره. وبه قال الشافعي (٣). وقال أبو حنيفة: لا يجوز القرض في الثياب، ولا في الحيوان، ولا يجوز إلا فيما له مثل من المكمل والموزون (٤). دليلنا: عموم الاخبار في جواز القرض، والحث على فعله (٥)، والتخصيص يحتاج إلى دلالة، وأيضاً الاصل الاباحة، والحظر يحتاج إلى دليل. مسألة ٢٨٩ : يجوز استقراض الخبز. وبه قال الشافعي (٦). وقال أبو حنيفة: لا يجوز (٧).

(١) المجموع ١٣ : ١٧٤، وفتح العزيز ٩ : ٣٤٥ - ٣٤٦.  
(٢) المجموع ١٣ : ١٧٤. (٣) المجموع ١٣ : ١٦٨، والوجيز ١ : ١٥٨، وفتح العزيز ٩ : ٣٥٨، ومغني المحتاج ٢ : ١١٨، والسراج الوهاج: ٢١١، والمبسوط ١٤ : ٣٢.  
(٤) المبسوط ١٤ : ٣١ - ٣٢، والمغني لابن قدامة ٤ : ٣٨٥.  
(٥) انظرها في الكافي ٣ : ٥٥٨ حديث ٣ وغيره. ومن لا يحضره الفقيه ٣ : ١١٦ حديث ٤٩٤، وثواب الاعمال: ١٦٦ حديث ١ - ٥.  
(٦) المجموع ١٣ : ١٧٥، وفتح العزيز ٩ : ٣٦٥، والسراج الوهاج: ٢١١ والبحر الزخار ٤ : ٣٩٣.  
(٧) المبسوط ١٤ : ٣١، والمجموع ١٣ : ١٧٥، وفتح العزيز ٩ : ٣٦٥، والمغني لابن قدامة ٤ : ٣٨٩، والشرح الكبير ٤ : ٣٨٩، والبحر الزخار ٤ : ٣٩٣.

#### [ ١٧٦ ]

وقال أبو يوسف: يجوز وزناً (١). وقال محمد يجوز عدداً (٢). دليلنا: عموم الاخبار في جواز القرض (٣)، ودلالة الاصل. وأيضاً هو اجماع، فان الناس يستقرضون من عهد النبي صلى الله عليه وآله إلى يومنا الخبز. من غير تناكر بينهم، فمن خالف خالف الاجماع. مسألة ٢٩٠ : ليس لأصحابنا نص في جواز اقراض الجوارى، ولا أعرف لهم فيه فتياً، والذي يقتضيه الاصول أنه على الاباحة، ويجوز ذلك سواء كان ذلك من أجنبي أو من ذي رحم لها، ومتى أقرضها ملكها المستقرض بالقرض، ويجوز له وطؤها إن لم تكن ذات رحم محرمة. وبه قال داود، ومحمد بن جرير الطبري (٤). وقال الشافعي: يجوز اقراضها من ذي رحمها، مثل أبيها أو أخيها أو عمها أو خالها، لانه لا يجوز لهم وطؤها، فأما الاجنبي ومن يجوز له وطؤها من القرابة فلا يجوز قولاً واحداً (٥). دليلنا: أن الاصل الاباحة، والحظر يحتاج إلى دليل. وأيضاً الاخبار التي رويت في جواز القرض والحث عليه عامة في جميع الاشياء (٦)، إلا ما أخرجه الدليل. وأيضاً روي عن النبي صلى الله عليه وآله انه قال: " الناس مسلطون على

(١) و (٢) المبسوط ١٤ : ٣١.  
(٣) انظرها في الكافي ٣ : ٥٥٨ حديث ٣، ومن لا يحضره الفقيه ٣ : ١١٦ حديث ٤٩٤، وثواب الاعمال: ١٦٦ حديث ١ - ٥.  
(٤) المجموع ١٣ : ١٦٩، والبحر الزخار ٤ : ٣٩٣.  
(٥) المجموع ١٣ : ١٦٩، والوجيز ١ : ١٥٨، وفتح العزيز ٩ : ٣٦٣، والبحر الزخار ٤ : ٣٩٣.  
(٦) تقدمت الاشارة إليها في هامش المسألتين السابقتين فلاحظ.

#### [ ١٧٧ ]

أموالهم " (١). وقال: " لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه " (٢). وقال الله تعالى: " اوفوا بالعقود " (٣) والقرض عقد بلا خلاف. مسألة ٢٩١ : المستقرض يملك القرض بالقبض. واختلف أصحاب الشافعي في ذلك، فمنهم من قال مثل ما قلناه (٤). ومنهم من قال: يملك بالتصرف فيه (٥). دليلنا على أنه يملك بالقبض: أنه إذا قبض،

جاز له التصرف فيه، فلو لم يملكه لم يجز له التصرف فيه. مسألة ٢٩٣: يجوز للمستقرض أن يرد مال القرض على المقرض بلا خلاف، وأما المقرض فعندنا أن له الرجوع فيه. ولأصحاب الشافعي فيه قولان، أحدهما: مثل ما قلناه (٦). ومنهم من قال: إن قلنا يملك بالقبض، فليس له الرجوع، وإن قلنا: يملك بالتصرف، فليس له الرجوع بعد التصرف (٧). دليلنا: أنه عين ماله، فكان له الرجوع فيه، لأن المنع يحتاج إلى دليل. مسألة ٢٩٣: من كان له على غيره دين من ثمن متاع حالا، أو أجرة، أو صداقا، فحط منه شيئا، أو حط جميعه، كان جائزا، وإن أجله لم يصر مؤجلا ويستحب له الوفاء به، سواء كان ذلك ثمنا، أو أجرة، أو صداقا، أو كان

(١) السنن الكبرى ٦: ١٠٠، وسنن الدارقطني ٣: ٣٦ حديث ٩١.

(٢) لم أرف على مصدر هذا الحديث في الوقت الحاضر سوى ما رواه مرسلا العلامة الحلبي في التذكرة ١: ٤٨٩، وما رواه ابن أبي جمهور الاحسائي في عوالي الالبي فلاحظ.

(٣) المائدة: ١.

(٤) المجموع ١٣: ١٦٦، والوجيز ١: ١٥٩، وفتح العزيز ٩: ٢٨٨، ومغني المحتاج ٢: ١٢٠، والسراج الوهاج: ٢١١ (٥) الوجيز ١: ١٥٩، والمجموع ١٣: ١٦٦، ومغني المحتاج ٢: ١٢٠، وفتح العزيز ٩: ٢٨٨، والسراج الوهاج: ٢١١ (٦) المجموع ١٣: ١٦٧، وفتح العزيز ٩: ٢٩٨، والسراج الوهاج: ٢١١، ومغني المحتاج ٢: ١٢٠.

(٧) المجموع ١٣: ١٦٧، وفتح العزيز ٩: ٢٩٨، ومغني المحتاج ٢: ١٢٠.

#### [ ١٧٨ ]

قرضا، أو أرش جنابة، وإن اتفقا على الزيادة لم يصح ولم يثبت، وإن حط من الثمن شيئا أو حط جميعه كان ذلك إبراء ولا يلحق بالعقد، ويون إبراء في الوقت الذي أبراه فيه. وبه قال الشافعي (١). وقال أبو حنيفة: التأجيل يثبت في الثمن والأجرة والصداق، ويلحق بالعقد، وكذلك الزيادة. وأما الحط فينظر فيه، فإن كان لبعض الثمن لحق بالعقد، وإن كان لجميع الثمن لم يلحق بالعقد، وكان إبراء من الوقت الذي أبراه منه. قال: وأما في الدين من جهة القرض أو أرش الجنابة فإنه لا يثبت فيهما التأجيل ولا الزيادة بحال (٢). وقال مالك: يثبت التأجيل في الجميع من الثمن، والأجرة والصداق والقرض وأرش الجنابة، وقال في الزيادة مثل قول أبي حنيفة (٣). دليلنا: أنه إذا ثبت الحق بأحد الأسباب المتفق عليه، فالزيادة عليه، والحاقها به يحتاج إلى دلالة، والأصل عدمها. مسألة ٢٩٤: لا يصح بيع الصبي وشراؤه، سواء أذن له فيه الولي أو لم يأذن. وبه قال الشافعي (٤). وقال أبو حنيفة: إن كان يأذن الولي صح، وإن كان بغير إذنه وقف على إجازة الولي (٥). دليلنا: إن البيع والشراء حكم شرعي، ولا يثبت إلا بشرع، وليس فيه ما يدل على أن بيع الصبي وشراؤه صحيحان.

(١) و (٢) و (٣) المجموع ١٣: ١٦٥، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٨٤، والشرح الكبير

٤: ٣٨٧.

(٤) المجموع ٩: ١٥٨، والوجيز ١: ١٣٣، وفتح العزيز ٨: ١٠٦، وكفاية الاخير ١: ١٤٧.

(٥) الفتاوى الهندية ٣: ١٥٤، وحاشية رد المختار ٥: ١٠٢، والمجموع ٩: ١٥٨، وفتح العزيز ٨: ١٠٦، وبدائع الصنائع ٥: ١٥٠.

#### [ ١٧٩ ]

وأيا قول عليه السلام: رفع القلم عن ثلاثة: " عن المجنون حتى يفيق، وعن الصبي حتى يبلغ، وعن النائم حتى يستيقظ " (١). مسألة ٢٩٥: الولي إذا كان فقيرا جاز له أن يأكل من مال اليتيم أقل الأمرين من كفايته، أو أجرة مثله ولا يجب عليه القضاء. وللشافعي فيه وجهان، أحدهما: مثل ما قلناه. والثاني أن عليه القضاء (٢). دليلنا: قوله تعالى: " ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف " (٣) ولم يوجب القضاء. مسألة ٢٩٦: لا يصح شراء العبد بغير إذن مولاه بئمن في ذمته. وبه قال أبو سعيد الاصطخري من أصحاب الشافعي (٤). وقال ابن أبي هريرة: يصح (٥). دليلنا: قوله تعالى: " عبدا مملوكا لا يقدر على شئ " (٦) والبيع من جملة الأشياء، فوجب أن لا يكون قادرا عليه. مسألة ٢٩٧: إذا أذن المولى للعبد في التجارة، فركبه دين، فإن كان أذن له في الاستدانة قضى مما في يده من المال، وإن لم يكن في يده مال كان على المولى القضاء عنه، وإن لم يكن أذن له في الاستدانة كان ذلك في ذمته، يطالب به

- (١) اختلفت ألفاظ الحديث، وأسانيده كثيرة، والمعنى واحد، انظر ما روي في سنن أبي داود ٤: ١٤١ حديث ٤٤٠٣، وسنن ابن ماجه ١: ٦٥٨ حديث ٢٠٤١، ومسند أحمد بن حنبل ٦: ١٠٠، والخصال: ٩٣ حديث ٤٠، وتكملة المجموع ٢٠: ٢٩٠.
- (٢) المجموع ١٢: ٣٥٧، والوجيز ١: ١٧٧، وفتح العزيز ١٠: ٢٩٣، والمغني لابن قدامة ٤: ٣١٩.
- (٣) النساء: ٦.
- (٤) المجموع ١٤: ٣٩٦، وفتح العزيز ٩: ١٤٣.
- (٥) المجموع ١٤: ٣٩٦، وفتح العزيز ٩: ١٤٢ - ١٤٣.
- (٦) النحل: ٧٥.

### [ ١٨٠ ]

إذا اعتق. وقال الشافعي: متى أذن له في التجارة، فركبه دين، فان كان في يده مال قضى عنه، وإن لم يكن في يده مال يقضى منه كان في ذمته يتبع به إذا اعتق، ولا يباع فيه (١). وقال أبو حنيفة: يباع العبد فيه إذا طالبه الغرماء ببيعه (٢). دليلنا: اجماع الفرقة وأخبارهم وقد ذكرناها (٣). وأيضاً فقد ثبت أن العبد لا يملك، فإذا أذن له في التجارة فركبه الدين فلا يجوز أن يباع فيه، لان ملك الغير، وإيجاب بيعه والقضاء به يحتاج الى دلالة، والشرع خال منه، والأصل براءة الذمة. مسألة ٢٩٨: إذا أقر العبد على نفسه بجنابة توجب القصاص عليه، أو الحد، لا يقبل إقراره في حق المولى، ولا يقتص منه ما دام مملوكاً. وبه قال زفر، والمزني، وداود، وابن جرير (٤). وقال أبو حنيفة، ومالك، والشافعي: يقبل إقراره ويقتص منه (٥). دليلنا: اجماع الفرقة، وأيضاً فان إقراره على نفسه يتضمن إقراراً على الغير، لانه ملك الغير، فإذا أقر بما يوجب القصاص كان ذلك إقراراً بإتلاف مال الغير، فيجب أن يكون باطلاً. مسألة ٢٩٩: إذا أقر العبد بسرقة توجب القطع، لا يقبل إقراره.

- (١) المجموع ١٤: ٣٩٦، والوجيز ١: ١٥٢، وفتح العزيز ٩: ١٣٧ - ١٣٨.
- (٢) الوجيز: ١٥٢.
- (٣) التهذيب ٦: ٢٠٠ حديث ٤٤٥. وانظرها في الكافي ٥: ٢٠٣ حديث ٣، والاستبصار ٣: ١١ حديث ٣١.
- (٤) فتح العزيز ١١: ٩٣.
- (٥) الام ٦: ٢١٧، والمجموع ٢٠: ٢٩٠، وفتح العزيز ١١: ٩٣، والسراج الوهاج: ٢٥٥، ومغني المحتاج ٢: ٢٣٩.

### [ ١٨١ ]

وقال الشافعي: يقبل إقراره قولاً واحداً، وتقطع يده (١). دليلنا: ما قلناه في المسألة الاولى سواء. مسألة ٣٠٠: إذا أقر العبد بمال وقد تلف المال، لا يقبل إقراره. وقال الشافعي: ان كان تالفاً فيه وجهان، أحدهما: مثل ما قلناه، وهو الصحيح عندهم. والثاني: يقبل إقراره (٢). دليلنا: ما قلناه في المسألة الاولى سواء. مسألة ٣٠١: إذا أقر العبد بمال في يده لغير سيده، لا يقبل إقراره. وقال ابن سريج: فيه قولان (٣). وفي أصحابه من قال: لا يقبل إقراره قولاً واحداً (٤). دليلنا: ما قلناه في المسألة الاولى سواء. مسألة ٣٠٢: يجوز بيع كلاب الصيد، ويجب على قاتلها قيمتها إذا كانت معلمة، ولا يجوز بيع غير الكلب المعلم على حال. وقال أبو حنيفة ومالك: يجوز بيع الكلاب مطلقاً، إلا أنه مكروه. فان باعه صح البيع ووجب الثمن، وإن أتلفه متلف لزمته قيمته (٥).

- (١) المجموع ٢٠: ٢٩٠، والوجيز ١: ١٩٥، وفتح العزيز ١١: ٩٢ - ٩٣، والسراج الوهاج: ٢٥٥، ومغني المحتاج ٢: ٢٣٩.
- (٢) المجموع ٢٠: ٢٩١، والوجيز ١: ١٩٥، وفتح العزيز ١١: ٩٣، ومغني المحتاج ٢: ٢٣٩.
- (٣) فتح العزيز ١١: ٩٣.
- (٤) مختصر المزني: ٨٩، المجموع ٢٠: ٢٩١، وفتح العزيز ١١: ٩٣.
- (٥) تبين الحقائق ٤: ١٢٥ - ١٢٦، وشرح فتح القدير ٥: ٢٥٧، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٥: ٢٥٧، والفتاوى الهندية ٣: ١١٤، وبداية المجتهد ٢: ١٢٦، والام ١٣: ١١، والمجموع ٩: ٢٢٨، والوجيز ١: ١٢٣، وفتح العزيز ٨: ١١٣، وكفاية الاخيار ١: ١٤٨، ومغني المحتاج ٢: ١١، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٢٤، والشرح الكبير ٤:



[ ١٨٣ ]

وقال الشافعي: لا يجوز بيع الكلاب معلمة كانت أو غير معلمة، ولا يجب على قاتلها القيمة (١). دليلنا: إجماع الفرقة، فانهم لا يختلفون فيه، وبدل على ذلك أيضا قوله تعالى: " وأحل الله البيع " (٢) وقوله: " إلا أن تكون تجارة عن تراض " (٣) ولم يفصل. وروى جابر أن النبي صلى الله عليه وآله نهى عن ثمن الكلب والسنور إلا كلب الصيد (٤). وهذا نص. مسألة ٣٠٣: يجوز إجارة كلب الصيد. واختلف أصحاب الشافعي، فمنهم من قال: لا يجوز إجارته مطلقا، وهو الصحيح عندهم (٥). ومنهم من قال: يجوز إجارته، ذهب إليه أبو العباس بن القاص في التلخيص (٦). دليلنا: أنا قد دللنا على جواز بيعه، وكل من قال بجواز بيعه قال بجواز إجارته.

- (١) الام ٣: ١١ - ١٢، والمجموع ٩: ٢٢٥ و ٢٢٨، والوجيز ١: ١٣٣، وفتح العزيز ٨: ١١٢ - ١١٣، وبداية المجتهد ٢: ١٣٦، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٢٤، والشرح الكبير ٤: ١٥، وتبيين الحقائق ٤: ١٢٥، وشرح فتح القدير ٥: ٢٥٨، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٥: ٢٥٨، والبحر الزخار ٤: ٣٠٧، وبدائع الصنائع ٥: ١٤٢ - ١٤٣.  
(٢) البقرة: ٢٧٥.  
(٣) النساء: ٢٩.  
(٤) سنن الدارقطني ٣: ٧٣ حديث ٢٧٦ و ٢٧٧، وسنن النسائي ٧: ٣٠٩، والدرية في تخريج أحاديث الهداية ٢: ١٦١ حديث ٨٠٧، والمصنف لعبد الرزاق ٤: ٢٨٠.  
(٥) المجموع ٩: ٢٣١ و ١٥: ٣، والوجيز ١: ٢٣٠، وفتح العزيز ١٢: ٢٣٢، ومغني المحتاج ٢: ٣٣٥، والسراج الوهاج: ٢٨٨، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٢٥.  
(٦) لعدم وجود كتاب التلخيص في أيدينا انظر قوله في المجموع ٩: ٢٣١ و ١٥: ٣، والوجيز ١: ٢٣٠، وفتح العزيز ١٢: ٢٣٢، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٢٥.

[ ١٨٣ ]

مسألة ٣٠٤: يجوز اقتناء الكلب لحفظ البيوت. ولأصحاب الشافعي فيه قولان: أحدهما: مثل ما قلناه. وهو الصحيح عند محصلهم (١). ومنهم من قال لا يجوز، لأن السنة خصت كلب الصيد، والماشية، والزرع (٢). دليلنا: إجماع الفرقة، وأخبارهم (٣). مسألة ٣٠٥: يجوز اقتناء الكلب لحفظ الماشية، أو الحرث، أو الصيد إن احتاج إليه، وإن لم يكن له في الحال ماشية ولا حرث. ولأصحاب الشافعي فيه قولان: أحدهما: مثل ما قلناه (٤). والثاني: أنه لا يجوز (٥). وقالوا في تربية الجرو - وهو فرخ الكلب - أيضا وجهان (٦). دليلنا: ظواهر الأخبار (٧)، ولأن الأصل الإباحة، والمنع يحتاج إلى دليل. مسألة ٣٠٦: القرد لا يجوز بيعه. وقال الشافعي: يجوز بيعه (٨).

- (١) المجموع ٩: ٢٣٤، ومغني المحتاج ٢: ١١، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٣٦، والشرح الكبير ٤: ١٦٦.  
(٢) الام ٣: ١١، ومختصر المزني: ٩٠، والمجموع ٩: ٢٣٤، ومغني المحتاج ٢: ١١، وسبل السلام ٤: ١٣٩٩.  
(٣) انظر الكافي ٥: ١٣٦ حديث ٢ و ٥، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٠٥ حديث ٤٢٤ و ٤٢٥، والتهذيب ٦: ٢٥٦ حديث ١٠١٦ و ١٠١٧ و ٧: ١٢٥ حديث ٥٩٩ و ٩: ٨٠ حديث ٣٤٠ و ٣٤٢ و ٣٤٤.  
(٤) مختصر المزني: ٩٠، والمجموع ٩: ٢٣٤، ومغني المحتاج ٢: ١١، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٣٦.  
(٥) الام ٣: ١١، والمجموع ٩: ٢٣٤، ومغني المحتاج ٢: ١١.  
(٦) المجموع ٩: ٢٣٤، ومغني المحتاج ٢: ١١.  
(٧) تقدمت الإشارة إلى عموم الأخبار في المسألة المتقدمة " ٣٠٤ " فلاحظ.  
(٨) المجموع ٩: ٢٤٠، وفتح العزيز ٨: ١١٨، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٢٨، والشرح الكبير ٤: ١١.

[ ١٨٤ ]

دليلنا: إجماع الفرقة على أنه مسخ نجس، وما كان كذلك لا يجوز بيعه بالاتفاق. مسألة ٣٠٧: لا يجوز بيع الغراب الأبقع أجماعا، والأسود عندنا مثل ذلك، سواء كانت

كبارا أو صغارا. وقال الشافعي: الصغار منها على وجهين (٢). دليلنا: اجماع الفرقة، وأخبارهم فانها عامة (٢). مسألة ٣٠٨: لا يجوز بيع شئ من المسوخ مثل القرد، والخنزير، والدب، والثعلب، والارنب، والذئب، والفيل وغير ذلك مما سنبينه. وقال الشافعي: كلما ينتفع به يجوز بيعه مثل القرد، والفيل، وغير ذلك (٣). دليلنا: اجماع الفرقة. وأيضا قوله عليه السلام: " ان الله تعالى إذا حرم شيئا حرم ثمنه " (٤). وهذه الاشياء محرمة اللحم بلا خلاف إلا الثعلب، فان فيه خلافا، وهذا نص. مسألة ٣٠٩: الزيت النجس لا يمكن تطهيره بالغسل. واختلف أصحاب الشافعي فيه: فقال أبو اسحاق المروزي، وأبو العباس بن سريج: يمكن غسله وتنظيفه، وهل يجوز بيعه؟ فيه وجهان، والصحيح عندهم أنه لا يجوز (٥).

- (١) المجموع ٩: ١٨، وفيه التفصيل في حرمة أكله، وما حرم أكله حرم بيعه فلاحظ.
- (٢) يستفاد ذلك مما رواه السيد المرتضى في رسالته المحكم والمتشابه: ٥٧، والشيخ الصدوق في الخصال: ٢٩٧ حديث ٦٦.
- (٣) الام ٣: ١١ - ١٢، والمجموع ٩: ٢٤٠، والوجيز ١: ١٢٤، وكفاية الاخير ١: ١٤٨، وفتح العزيز ٨: ١١٨، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٢٨، والشرح الكبير ٤: ١٠.
- (٤) سنن الدارقطني ٣: ٧ حديث ٢٠.
- (٥) المجموع ٩: ٢٢٧ - ٢٢٨، وفتح العزيز ٨: ١١٤، وبداية المجتهد ٢: ١٢٦.

#### [ ١٨٥ ]

وقال أبو علي ابن أبي هريرة في الافصاح: من أصحابنا من قال: لا يصح غسله كالسمن (١). دليلنا: انا قد علمنا نجاسته بالاتفاق، وطريق تطهيره الشرع، وليس في الشرع ما يدل عليه. مسألة ٣١٠: سرجين ما يؤكل لحمه يجوز بيعه. وقال أبو حنيفة: يجوز بيع السراجين (٢). وقال الشافعي: لا يجوز بيعها. ولم يفصلا (٣). دليلنا: على جواز ذلك أنه طاهر عندنا، ومن منع منه فانما منع لنجاسته، ويدل على ذلك بيع أهل الامصار في جميع الاعصار لزروعهم وثمارهم، ولم نجد أحدا كره ذلك، ولا خلاف فيه، فوجب أن يكون جائزا. وأما النجس منه، فللدلالة إجماع الفرقة. وروي عن النبي صلى الله عليه وآله انه قال: " ان الله تعالى إذا حرم شيئا حرم ثمنه " (٤). وهذا محرم بالاجماع، فوجب أن يكون بيعه محرما. مسألة ٣١١: لا يجوز بيع الخمر. وبه قال الشافعي (٥).

- (١) أشار الى هذا القول النووي في مجموعه ٩: ٢٢٨ فلاحظ.
- (٢) بدائع الصنائع ٥: ١٤٤، وشرح فتح القدير ٥: ٢٠٣ و ٢٥٧، والفتاوى الهندية ٣: ١١٦، وحاشية رد المحتار ٥: ٥٨، والمجموع ٩: ٣٣٠، والوجيز ١: ١٣٣، وفتح العزيز ٨: ١١٢، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٢٧، والشرح الكبير ٤: ١٦.
- (٣) المجموع ٩: ٣٣٠، والوجيز ١: ١٣٣، وفتح العزيز ٨: ١١٢، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٢٧، والشرح الكبير ٤: ١٦.
- (٤) سنن الدارقطني ٣: ٧ حديث ٢٠.
- (٥) المجموع ٩: ٢٢٧، وفتح العزيز ٨: ١١٢، وكفاية الاخير ١: ١٤٨، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٠٧، وشرح فتح القدير ٥: ٢١٣.

#### [ ١٨٦ ]

وقال أبو حنيفة: يجوز أن يوكل ذميا ببيعها وشرائها (١). دليلنا: اجماع الفرقة. وأيضا روي عن عائشة أنها قالت: أن النبي صلى الله عليه وآله حرم التجارة في الخمر (٢). وروي عنه انه قال: " ان الذي حرم شربها حرم بيعها " (٣). وروي ابن عباس قال: ان رسول الله صلى الله عليه وآله أتاه جبريل فقال: يا محمد إن الله لعن الخمر وعاصرها ومعتصرها وحاملها والمحمول إليه وشاربها وبتاعها ومبتاعها وساقها (٤). وروي جابر أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وآله عام الفتح بمكة يقول: " إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والاصنام " ففيل: يا رسول الله أفرايت شحوم الميتة فانه يطلى بها السفن ويدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس؟ فقال: " لا، هو حرام " ثم قال: " قاتل الله اليهود، ان الله لما حرم عليهم شحومها، جملوها (٥)، ثم باعوها فأكلوا ثمنها " (٦).

(١) شرح فتح القدير ٥: ٢١٣، وتبيين الحقائق ٤: ٥٦، والفتاوى الهندية ٣: ١١٥، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٥: ٢١٣، والمجموع ٩: ٣٢٧، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٠٧، والبحر الزخار ٤: ٣٠٨ - ٣٠٩.

(٢) انظر ما رواه مسلم في صحيحه ٣: ١٢٠٦ حديث ٧٠، والدارمي في سننه ٢: ٢٥٥، وابن ماجه في سننه ٢: ١١٢٢ حديث ٣٣٨٢، والنسائي في سننه ٦: ٣٠٨، وأبو داود في سننه ٣: ٢٨٠ حديث ٣٤٩٠.

(٣) صحيح مسلم ٣: ١٢٠٦ ذيل الحديث ٦٨، والموطأ ٢: ٨٤٦ حديث ١٢، وسنن الدارمي ٢: ١١٥ و ٢٥٦، وسنن النسائي ٧: ٣٠٨.

(٤) مسند أحمد بن حنبل ١: ٣١٦، ورواه الترمذي في سننه ٣: ٥٨٩ حديث ١٣٩٥ عن أنس باختلاف يسير في اللفظ.

(٥) جملة الشحم وأجملته: إذا أذبتة واستخرجت دهنه. وجملة أفصح من أجملت. قاله ابن الاثير في النهاية ١: ٢٩٨ مادة (جمل). وفي بعض النسخ المعتمدة وكذا في بعض الفاظ الاحاديث " حملوها " بدلا من " جملوها ".

(٦) صحيح مسلم ٣: ١٢٠٧ حديث ٧١، وسنن الترمذي ٢: ٥٩١ حديث ١٢٩٧، ورواه النسائي في سننه

### [ ١٨٧ ]

مسألة ٣١٢: يجوز بيع الزيت النجس لمن يستصحب به تحت السماء. وقال أبو حنيفة: يجوز بيعه مطلقا (١). وقال مالك والشافعي: لا يجوز بيعه بحال (٢). دليلنا: اجماع الفرقة وأخبارهم (٣)، وأيضاً قوله تعالى: " وأحل الله البيع وحرم الربا " (٤) وقوله: " إلا أن تكون تجارة عن تراض " (٥) وهذا بيع وتجارة. وأيضاً دلالة الاصل، والمنع يحتاج إلى دليل. وروى أبو علي ابن أبي هريرة في الافصاح أن النبي صلى الله عليه وآله اذن في الاستصباح بالزيت النجس (٦)، وهذا يدل على جواز بيعه للاستصباح، وأن لغيره لا يجوز إذا قلنا بدليل الخطاب. مسألة ٣١٣: يجوز بيع لبن الادميات، وبه قال الشافعي وأحمد (٧). وقال أبو حنيفة ومالك: لا يجوز (٨).

٧: ٣٠٩، وأبو داود في سننه ٣: ٢٧٩ حديث ٣٤٨٦ باختلاف يسير في الفاظه. (١)  
شرح فتح القدير ٥: ٢٥٧، وحاشية رد المختار ٥: ٧٣، والفتاوى الهندية ٣: ١١٦، وأحكام القرآن للجصاص ١: ١١٨، والمجموع ٩: ٣٣٨، وفتح العزيز ٨: ١١٦ - ١١٧، وبداية المجتهد ٢: ١٢٦.

(٢) المجموع ٢: ٥٩٩، و ٩: ٣٨ و ٩: ٢٢٨، والوجيز ١: ١٣٣، وفتح العزيز ٨: ١١٧، وأحكام القرآن للجصاص ١: ١١٨، وبداية المجتهد ٢: ١٢٦.

(٣) التهذيب ٧: ١٢٩ حديث ٥٦٣ و ٥٦٢.

(٤) البقرة: ٢٧٥.

(٥) النساء: ٢٩.

(٦) أقول: لم يكن كتاب الافصاح من الكتب المتوفرة بأيدينا، ولكن يدل على ذلك أيضا ما روي عن ائمة الهدى عليهم أفضل التحية والسلام الجواز في بيعه، انظر قرب الاسناد: ٦٠، والكافي ٦: ٢٦١ حديث ١ و ٢، والتهذيب ٩: ٨٥ حديث ٣٦٠ و ٣٦٢.

(٧) المجموع ٩: ٢٥٤، وفتح العزيز ٨: ١٢١، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٣٠، والشرح الكبير ٤: ١٤، وبدائع الصنائع ٥: ١٤٥، وشرح فتح القدير ٥: ٢٠١، وتبيين الحقائق ٤: ٥٠، وبداية المجتهد ٢: ١٢٧.

(٨) بدائع الصنائع ٥: ١٤٥، وشرح فتح القدير ٥: ٢٠١، وحاشية رد المختار ٥: ٧١، والفتاوى الهندية

### [ ١٨٨ ]

دليلنا: الاية (١)، ودلالة الاصل، والمنع يحتاج الى دليل. مسألة ٣١٤: يجوز بيع لبن الاثن (٢). وخالف جميع الفقهاء في ذلك. دليلنا: اجماع الفرقة، وأيضاً فقد ثبت عندنا ان لحم الحمار غير محرم، بل هو مباح، وكل من قال باباحته قال بجواز بيع لبنه. مسألة ٣١٥: إذا اشترى كافرا عبدا مسلما، لا ينعقد الشراء، ولا يملكه الكافر. وبه قال الشافعي في الاملاء (٣). وقال في الام: يصح الشراء ويملكه، ويجوز بيعه (٤). وبه قال أبو حنيفة وأصحابه (٥). دليلنا: قوله تعالى: " ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا " (٦) وهذا عام في جميع الاحكام. مسألة ٣١٦: لا يجوز بيع رباة مكة واجارتها، وبه قال أبو حنيفة ومالك (٧). وقال الشافعي: يجوز (٨).

٣: ١١٦، وتبيين الحقائق ٤: ٥٠، والمجموع ٩: ٢٥٤، وفتح العزيز ٨: ١٢١، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٣٠، والشرح الكبير ٤: ١٤. (١) البقرة: ٣٧٥.  
(٢) الاتان: الحمارة الانثى خاصة. النهاية: ١: ٢١ مادة (أتن).  
(٣) المجموع ٩: ٣٥٥، وفتح العزيز ٨: ١٠٨، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٣٢، والشرح الكبير ٤: ٤٧.  
(٤) حكي في المجموع ٩: ٣٥٥، وفتح العزيز ٨: ١٠٧ عن الام أيضا.  
(٥) الفتاوى الهندية ٣: ١١٥، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٣٢، والشرح الكبير ٤: ٤٧، وفتح العزيز ٨: ١٠٨، والبحر الزخار ٤: ٣٠١.  
(٦) النساء: ١٤١.  
(٧) بدائع الصنائع ٥: ١٤٦، والفتاوى الهندية ٣: ١١٤، وأحكام القرآن للجصاص ٣: ٢٣٩، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٣٠، والشرح الكبير ٤: ٢٢، والمجموع ٩: ٢٤٨.  
(٨) المجموع ٩: ٢٤٨، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٣٠، والشرح الكبير ٤: ٢٣، وبدائع الصنائع.

### [ ١٨٩ ]

دليلنا: قوله تعالى: " ان الذين كفروا ويصدون عن سبيل الله والمسجد الحرام الذي جعلناه للناس سواء العاكف فيه والباد " (١). والمسجد الحرام، اسم لجميع الحرم بدلالة قوله تعالى: " سبحان الذي أسرى بعبده ليلا من المسجد الحرام إلى المسجد الأقصى " (٢)، وإنما أسرى به من بيت خديجة (٣)، وروي من شعب أبي طالب (٤)، فسماه مسجدا، فدل على ما قلناه. وروي عن عبد الله بن عمر أنه قال: الحرم كله مسجد. ويدل على أن بيعها وأجارتها لا يجوز: ما رواه عبد الله بن عمرو بن العاص عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: " مكة حرام وحرام بيع رباعها وحرام اجرة بيوتها " (٥) وهذا نص. وروي عن علقمة بن نضلة الكندي (٦) أنه قال: كانت تدعى بيوت مكة على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وأبي بكر وعمر: السوائب لا تباع من احتاج سكن، ومن استغنى أسكن (٧).

(١) الحج: ٢٥.

(٢) الاسراء: ١.

(٣) رواه القطب الراوندي في الخرائج والجرائح: ١٥ (الطبعة الحجرية)، وحكاه عنه الشيخ المجلسي في البحار ١٨: ٢٧٨ حديث ٨٤ عنه. وحكى أيضا في ص ٢٨٠ عن السدي والواقدي انه كان في بيت خديجة.

(٤) رواه ابن سعد في طبقاته الكبرى ١: ٢١٤، والسيوطي في الدر المنثور ٤: ١٤٩.

(٥) سنن الدارقطني ٣: ٥٧ حديث ٢٢٣، والمستدرک على الصحيحين ٢: ٥٣.

(٦) علقمة بن نضلة بن عبد الرحمن بن علقمة الكناني، ويقال: الكندي، سكن مكة، روى عثمان بن أبي سليمان عن علقمة بن نضلة قال: توفي رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وأبو بكر وعمر وما تدعى رباع مكة إلا السوائب من احتاج سكن ومن استغنى أسكن. وقال ابن مندة ذكر في الصحابة وهو من التابعين. قال ابن الاثير الجزري في اسد الغابة ٤: ١٢ - ١٥.

(٧) سنن الدارقطني ٣: ٥٨ حديث ٢٣٠، وسنن ابن ماجه ٢: ١٠٣٧ حديث ٣١٠٧، وأحكام القرآن للجصاص ٣: ٢٢٩.

### [ ١٩٠ ]

وروي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: " منى مناخ من سبق " (١). وعليه اجماع الفرقة وأخبارهم، وهي كثيرة أوردناها في الكتاب الكبير (٢)، ولا أعرف خلافا بينهم في ذلك. مسألة ٣١٧: إذا وكل مسلم كافرا في شراء عبد مسلم، لم يصح ذلك. وللشافعي فيه قولان (٣). دليلنا: قوله تعالى: " ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا " (٤). وهذا عام في جميع الاحكام. مسألة ٣١٨: إذا قال كافر لمسلم: اعتق عبدك عن كفارتي، فأعتقه، لم يصح إذا كان مسلما، وإن كان كافرا يصح. وقال الشافعي: يصح على كل حال، ويدخل في ملكه، ويخرج منه بالعتق (٥)، ولم يفصل. دليلنا: أنا قد بينا أن الكافر لا يصح أن يملك المسلم، والعتق فرع على الملك، فإذا لم يصح ملكه لم يصح عتقه. وإذا كان كافرا جاز أن يملكه، فيصح عتقه، فينتقل إليه بالملك ثم يعتق. مسألة ٣١٩: إذا استأجر كافر مسلما العمل في الذمة، صح بلا خلاف. وإذا استأجره مدة من الزمان شهرا أو سنة ليعمل له عملا، صح أيضا عندنا. واختلف أصحاب الشافعي، ففيهم من قال: فيه قولان كالشراء (٦).

- (١) المستدرک علی الصحیحین ١: ٤٦٧.
- (٢) لم نقف علیها فی موارد مظانها فی کتاب التهذیب، وانظر ما روی فی قرب الاسناد: ٥٢ و ٦٥.
- (٣) المجموع ٩: ٢٥٦، وفتح العزیز ٨: ١١٠.
- (٤) النساء: ١٤١.
- (٥) المجموع ٩: ٢٥٨، وفتح العزیز ٨: ١٠٨.
- (٦) المجموع ٩: ٢٥٩، وفتح العزیز ٨: ١٠٨.

### [ ١٩١ ]

ومنهم من قال: لا یصح قولاً واحداً (١). دلیلنا: ان الاصل جواز ذلك، والمنع یحتاج إلى دلیل. مسألة ٣٢٠: إذا اشترى رجل من غیره عبداً فقبضه، ثم ظهر به عیب، فإنه یرده بكل عیب یظهر فیہ فی مدة الثلاثة أيام من حین العقد. وما یظهر بعد الثلاث فإنه لا یرده منه إلا بثلاثة عیوب: الجنون، والجذام، والبرص فإنه یرده بها إلى سنة، ولا یرده بعد سنة بشئ من العیوب. وقال الشافعی: لا یرده بشئ من العیوب التي تحدث بعد القبض (٢). دلیلنا: اجماع الفرقة وأخبارهم (٣). وأیضاً فقد بینا فیما تقدم أن الخيار فی حیوان ثلاثة أيام شرط أو لم یشرط، وإذا ثبت ذلك فكل عیب یحدث فی مدة الثلاثة للمشتري الخيار فیہ. وأیضاً روی الحسن البصري، عن عقبه بن عامر، أن النبی صلی الله علیه وآله قال: " عهدة الرقیق ثلاثة أيام " (٤). مسألة ٣٢١: إذا رهن المبیع قبل قبضه من البائع صح رهنه. ولأصحاب الشافعی فیہ قولان: أحدهما: مثل ما قلناه، وهو نص الشافعی فی التلخیص (٥). والآخر: لا یصح إلا بعد القبض (٦). دلیلنا: اننا قد بینا أنه یملك بالعقد، فإذا ثبت ذلك فلا مانع یمنع من ارهانه ما یملكه، ولا دلیل علیہ.

- (١) المجموع ٩: ٢٥٩.
- (٢) الام ٣: ٦٩، والمجموع ١٢: ١٢٧، وفتح العزیز ٨: ٣٣١.
- (٣) انظرها فی الکافی ٥: ١٧٠ حدیث ٤ و ٦، ومن لا یحضره الفقیه ٣: ١٢٦ حدیث ٥٤٩، والتهذیب ٧: ٢٣ - ٢٤ حدیث ٩٩ و ١٠٣.
- (٤) سنن الدارمی ٢: ٢٥١، وسنن أبی داود ٣: ٢٨٤ حدیث ٣٥٠٦، ومسند أحمد بن حنبل ٤: ١٥٢ (٥) و (٦) المجموع ١٣: ٢٠٥.

### [ ١٩٢ ]

#### کتاب السلم

مسألة ١: یجوز السلم فی المعدوم إذا كان مأمون الانقطاع فی وقت المحل. وبه قال مالک، والشافعی، وأحمد، وإسحاق (١). وقال أبو حنیفة: لا یجوز، إلا أن یتكون جنسه موجوداً فی حال العقد والمحل وما بینهما (٢). وبه قال الثوري والاوزاعي (٣). دلیلنا: اجماع الفرقة وأخبارهم (٤). وروی عبد الله بن عباس قال: قدم رسول الله صلی الله علیه وآله بالمدينة وهم یسلفون فی التمر السنة والسنین والثلاث، فقال النبی صلی الله علیه وآله: " من سلف فلیسلف فی کیل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم " (٥).

- (١) المدونة الكبرى ٤: ٢٩، ومقدمات ابن رشد ٢: ٥١٢، وبداية المجتهد ٢: ٢٠٢، والمجموع ١٣: ٩٨ و ١٠٩، ومغني المحتاج ٢: ١٠٦، والوجيز ١: ١٥٥، وكفاية الاخيار ١: ١٦١، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٦١، والشرح الكبير ٤: ٣٦١، والمحلّى ٩: ١١٤، وشرح فتح القدير ٥: ٣٣١ و ٣٣٥، وتبيين الحقائق ٤: ١١٢، وعمدة القاري ١٢: ٦٧، وبدائع الصنائع ٥: ٢١١.
- (٢) اللباب ١: ٣٦٠، وبدائع الصنائع ٥: ٢١١، وتبيين الحقائق ٤: ١١٣، والفتاوى الهندية ٣: ١٨٠، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٥: ٣٣١، والمبسوط ١٢: ١٢٤، والمجموع ٣: ٩٨ و ١٠٩، وبداية المجتهد ٢: ٢٠٢، والمحلّى ٩: ١١٤، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٦١، والشرح الكبير ٤: ٣٦١.
- (٣) المحلّى ٩: ١١٤، وبداية المجتهد ٢: ٢٠٢، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٦١، والشرح الكبير ٤: ٣٦١، وعمدة القاري ١٢: ٦٧، وشرح فتح القدير ٥: ٣٣١.

(٤) انظر الكافي ٥: ١٨٤، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٦٨، والتهذيب ٧: ٢٧، والاستبصار ٣: ٧٥.  
(٥) سنن الترمذي ٣: ٦٠٢، وروي في صحيح البخاري ٣: ١١١، وصحيح مسلم ٣: ١٢٢٧، وسنن

#### [ ١٩٦ ]

وأقرهم على ما كانوا عليه من السلف في التمر سنتين، ونحن نعلم أن التمر ينقطع في خلال هذه المدة. مسألة ٢: إذا أسلم في رطب إلى أجل، فلما حل الاجل لم يتمكن من مطالبته لغيبة المسلم إليه، أو لغيبته، أو هرب منه، أو توارى من سلطان، وما أشبه ذلك ثم قدر عليه وقد انقطع الرطب، كان المسلف بالخيار بين أن يفسخ العقد وبين أن يصبر إلى العام القابل. وللشافعي فيه قولان: أحدهما مثل ما قلناه، وهو الصحيح عندهم (١). والآخر: أن العقد يفسخ (٢). دليلنا: أن هذا العقد كان ثابتاً بلا خلاف، فمن حكم بانفساخه فعليه الدلالة. مسألة ٣: السلم لا يكون إلا مؤجلاً، ولا يصح أن يكون حالاً، قصر الاجل أم طال. وبه قال أبو حنيفة (٣). وقال الشافعي: يصح أن يكون حالاً إذا اشترط ذلك، أو يطلق فيكون حالاً (٤).

أبي داود ٣: ٢٧٥ حديث ٣٤٦٣، وسنن النسائي ٧: ٣٩٠، وسنن ابن ماجه ٢: ٧٦٥ حديث ٢٢٨٠، والسنن الكبرى ٦: ٢٤ باختلاف يسير في الفاظها. (١) الام ٣: ١٢٧ - ١٢٨، ومختصر المزني: ٩٠، والمجموع ١٣: ١٥٨، والوجيز ١: ١٥٥، وكفاية الاخيار ١: ١٦١، وبداية المجتهد ٢: ٢٠٢، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٦١، والشرح الكبير ٤: ٣٦١، وفتح العزيز ٩: ٢٤٥.  
(٢) مختصر المزني ٩٠، والمجموع ١٣: ١٥٨، وكفاية الاخيار ١: ١٦١، وفتح العزيز ٩: ٢٤٥.  
(٣) المبسوط ١٢: ١٢٥، واللباب ١: ٣٦١، والفتاوى الهندية ٣: ١٨٠، وبدائع الصنائع ٥: ٢١٢، وعمدة القاري ١٢: ٦٣، وشرح فتح القدير ٥: ٣٣٥، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٥٥، والشرح الكبير ٤: ٢٥٤، وبداية المجتهد ٢: ٢٠١، وفتح القدير ٩: ٢٢٦.  
(٤) الام ٣: ٩٧، والمجموع ١٣: ١٠٧ - ١٠٨ و ١٤٠، والوجيز ١: ١٥٤، وفتح العزيز ٩: ٢٢٦، وكفاية

#### [ ١٩٧ ]

ومنهم من قال: من شرطه أن يكون حالاً، ويكون السلم في الموجود. فأما إذا أسلم في المعدوم، فلا يجوز حالاً ولا مؤجلاً إلى حين لا يوجد فيه، وإنما يجوز إلى حين يوجد فيه غالباً (١). وبه قال عطاء، وأبو ثور (٢)، وهو اختيار أبو بكر بن المنذر (٣). وعن مالك روايتان: أحدهما مثل ما قلناه، روى عنه ابن عبد الحكم (٤). والآخرى: لا بد فيه من أيام يتغير فيه الاسواق، روى عنه ابن القاسم (٥). وقال الاوزاعي: إن سميت أجلاً ثلاثة أيام فهو بيع السلف، فجعل أقل الاجل ثلاثة أيام (٦). دليلنا: اجماع الفرقة، وأيضاً فلا خلاف في صحة ما اعتبرناه، وما قاله المخالف ليس عليه دليل. وروى ابن عباس، عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: " من سلف فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم، وأجل معلوم " (٧) وروي " إلى أجل معلوم " والامر يقتضي الوجوب.

الاخيار ١: ١٥٨، والسراج الوهاج: ٢٠٦، ومغني المحتاج ٢: ١٠٥، وبداية المجتهد ٢: ٢٠١، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٥٥، والشرح الكبير ٤: ٣٥٤، وبدائع الصنائع ٥: ٢١٢، وعمدة القاري ١٢: ٦٣، وشرح فتح القدير ٥: ٣٣٥. (١) عمدة القاري ١٢: ٦٧.  
(٢) عمدة القاري ١٢: ٦٧، والمجموع ١٣: ١٤٠، وشرح فتح القدير ٥: ٣٣٥.  
(٣) شرح فتح القدير ٥: ٣٣٥، والمجموع ١٣: ١٤٠.  
(٤) مقدمات ابن رشد ٢: ٥١٧، وبداية المجتهد ٢: ٢٠١ - ٢٠٢، وفتح العزيز ٩: ٢٢٦.  
(٥) مقدمات ابن رشد ٢: ٥١٧، وبداية المجتهد ٢: ٢٠١ - ٢٠٢، والشرح الصغير المطبوع بهامش بلغة السالك ٢: ٩٤.  
(٦) المغني لابن قدامة ٤: ٣٥٧، والشرح الكبير ٤: ٣٥٥.  
(٧) تقدمت الاشارة الى مصادر الحديث في المسألة الاولى فلاحظ.

#### [ ١٩٨ ]

مسألة ٤: رأس المال إن كان معينا في حال العقد، ونظر إليه، فإنه لا يكفي إلا

بعد أن يذكر مقداره، سواء كان مكبلا أو موزونا أو مذبوحا، ولا يجوز جزافا، وإن كان مما يباع كذلك مثل الجواهر، واللؤلؤ، فإنه يغني المشاهدة عن وصفه. وللشافعي فيه قولان: أحدهما مثل ما قلناه (١)، وهو اختيار أبي اسحاق المروزي في الشرح (٢). والثاني لا يصح (٣)، وهو اختيار المزني (٤)، وهو الصحيح عند سائر أصحابه. وقال أبو حنيفة: إن كان رأس المال من جنس المكبل أو الموزون، لا بد من بيان مقداره، وضبطه بصفاته، ولا يجوز أن يكون جزافا. وإن كان من جنس المذبوح مثل الثياب، فلا يجب ذلك، ويكفي تعيينه ومشاهدته (٥). وقال أصحاب مالك: لا تعرف لمالك نسا (٦). دليلنا: إن ما اعتبرناه لا خلاف أنه يصح معه السلم، ولا دليل على صحة ما قالوه، فوجب اعتبار ما قلناه.

- (١) المجموع ١٣: ١٤٤، وفتح العزيز ٩: ٢١٧، ومغني المحتاج ٢: ١٠٤، والسراج الوهاج: ٢٠٥. (٢) فتح العزيز ٩: ٢١٨، والمجموع ١٣: ١٤٤. (٣) الأم ٣: ١١٦، ومختصر المزني: ٩٠، والمجموع ١٣: ١٤٤، وفتح العزيز ٩: ٢١٨، وبداية المجتهد ٢: ٢٠٢، ومغني المحتاج ٢: ١٠٤، والسراج الوهاج: ٢٠٥. (٤) مختصر المزني: ٩٠، والوجيز ١: ١٥٤، والمجموع ١٣: ١٤٥، ومغني المحتاج ٢: ١٠٤، والسراج الوهاج: ٢٠٥، وفتح العزيز ٩: ٢١٨. (٥) المبسوط ١٢: ١٢١ و ١٣٣، واللباب ١: ٣٦١، والفتاوى الهندية ٣: ١٧٨، وشرح فتح القدير ٥: ٣٢٨، وتبيين الحقائق ٤: ١١٦، وبداية المجتهد ٢: ٢٠٢. (٦) بداية المجتهد ٢: ٢٠٢.

#### [ ١٩٩ ]

مسألة ٥: كل حيوان يجوز بيعه يجوز السلم فيه، من الرقيق، والابل، والبقر، والغنم، والحمر، والدواب، والبيغال. وبه قال مالك، والشافعي، وأحمد، وإسحاق (١). وقال أبو حنيفة: لا يجوز السلم في الحيوان (٢). وبه قال الثوري، والأوزاعي (٣). دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم، وقد ذكرناها في الكتاب الكبير (٤). وأيضاً قال الله تعالى: " وأحل الله البيع " (٥) وهذا بيع. وروى عبد الله بن عمرو بن العاص أنه قال: أمرني رسول الله صلى الله عليه وآله أن أجهز جيشا، وليس عندنا ظهر، فأمر النبي صلى الله عليه وآله أن يبتاع البعير بالبعيرين وبالابرة الى خروج المصدق (٦)، وهو نص.

- (١) الام ٣: ١١٨، ومختصر المزني: ٩١، والمجموع ١٣: ١١٤، والوجيز ١: ١٥٦، وفتح العزيز ٩: ٢٨٥، وبداية المجتهد ٢: ٢٠٠، ومقدمات ابن رشد ٢: ٥١٢، والسراج الوهاج: ٢٠٨، ومغني المحتاج ٢: ١١٠ - ١١١، والشرح الكبير ٤: ٣٣٩ - ٣٤٠، وشرح فتح القدير ٥: ٣٢٧، والمبسوط ١٢: ١٣١، والمحلى ٩: ١٠٧، وتبيين الحقائق ٤: ١١٢، والشرح الصغير في هامش اقرب المسالك ٢: ٩٦، وبلغة السالك ٢: ٩٦، جواهر الاكليل ٢: ٦٨. (٢) المبسوط ١٢: ١٢١، واللباب ١: ٣٦٠، وشرح فتح القدير ٥: ٣٢٧، والفتاوى الهندية ٣: ١٨٠، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٥: ٣٢٨، وتبيين الحقائق ٤: ١١٢، والمحلى ٩: ١٠٧، وبداية المجتهد ٢: ٢٠٠، والمجموع ١٣: ١١٤، وفتح العزيز ٩: ٢٨٥، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٤٠، والشرح الكبير ٤: ٣٣٩، والوجيز ١: ١٥٦. (٣) المجموع ١٣: ١١٤، وبداية المجتهد ٢: ٢٠٠، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٤٠، وشرح فتح القدير ٥: ٣٢٧، والشرح الكبير ٤: ٣٣٩. (٤) انظرها في التهذيب ٧: ٤١ - ٤٢ حديث ١٧٣ و ١٧٩، والكافي ٥: ٢٢٠ حديث ١ و ٣ و ٦، ومن لا يحضره الفقيه ٢: ١٦٦ حديث ٧٣٣، والاستبصار ٣: ٧٤ - ٧٥ حديث ٢٤٨ و ٢٤٩. (٥) البقرة: ٢٧٥. (٦) رواه الدارقطني في سننه ٣: ٦٩ - ٧٠، والبيهقي في سننه الكبرى ٥: ٢٨٧، وابو داود في سننه ٣: ٢٥٠.

#### [ ٢٠٠ ]

وروي أن الحسن بن محمد بن علي بن أبي طالب (١) عليهم السلام باع (علي) جملا له يدعى عصيفيرا بعشرين بعيرا إلى أجل (٢). وروي نافع، أن عبد الله بن عمر إشتري راحلة بأربعة أبعرة (مضمونة عليه) يوفيهها صاحبها بالريذة (٣). وروي القاسم بن محمد، أن عبد الله بن مسعود أسلم في وصائف أحدهم أبو زائدة مولاه (٤). وروي عن عبد الله بن عمر أنه سئل عن السلم في الوصائف؟ فقال: لا بأس.



وروى عطاء عن عبد الله بن عباس أنه لم ير بذلك بأساً (٥). وهذا يدل على إجماع الصحابة، لأنه لمن يروى عن أحد النكير في ذلك. مسألة ٦: من شرط صحة السلم، قبض رأس المال قبل التفرق. وبه قال

حديث ٣٣٥٧ والمصنف لعبد الرزاق ٨: ٢٢، وتلخيص الحبير ٣: ٢٣ بمعناه وبالفاظ مختلفة فلاحظ. (١) الحسن بن محمد بن علي بن أبي طالب الهاشمي، أبو محمد المدني، روى عن أبيه محمد بن الحنفية وابن عباس وجابر بن عبد الله وغيرهم وعنه عمرو بن دينار، وعاصم بن عمر بن قتادة، والزهري وأبان بن صالح وغيرهم، توفي في خلافة عمر بن عبد العزيز وليس له عقب، وقيل سنة (٩٩) وقيل: سنة مائة للهجرة. تهذيب التهذيب ٢: ٣٢٠.

(٢) الموطأ ٢: ٦٥٢، والسنن الكبرى ٦: ٢٢، المصنف لعبد الرزاق ٨: ٢٢ حديث ١٤١٤٢، وتلخيص الحبير ٣: ٢٣، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٤١، الام ٣: ١١٨.

(٣) صحيح البخاري ٢: ١٠٨ والموطأ ٢: ٦٥٢، والسنن الكبرى ٦: ٢٢، وتلخيص الحبير ٣: ٢٣، وترتيب مسند الشافعي ٢: ١٦١ حديث ٥٥٦.

(٤) ذكره الشافعي في أمه ٢: ١٢١، وجاء في السنن الكبرى ٦: ٢٣ ما لفظه: عن المسعودي عن القاسم بن عبد الرحمن قال: أسلم لعبد الله بن مسعود في وصفاء أحدهم أبو زيادة أو أبو زائدة مولانا.

(٥) السنن الكبرى ٦: ٢٢، والام ٣: ١٢١.

### [ ٢٠١ ]

أبو حنيفة، والشافعي (١). وقال مالك: إن تفرقا قبل القبض من غير أن يكون تأخير القبض شرطاً، كان جائزاً، وإن لم يقبضه أبداً، وإن كان شرطاً تأخير القبض، فإن كان ذلك اليوم واليومين جاز، وإن كان أكثر من ذلك لم يجز (٢). دليلنا: أنا أجمعنا على أنه متى قبض الثمن صح العقد، ولم يدل دليل على صحته قبل قبض الثمن، فوجب اعتبار ما قلناه. مسألة ٧: لا يجوز أن يؤجل السلم إلى الحصاد، والدياس، والجذاد، والصرام (٣). وبه قال أبو حنيفة والشافعي (٤). وقال مالك: ذلك جائز (٥).

(١) الام ٣: ٩٥، ومختصر المزني: ٩٠، والمجموع ١٣: ١٠٦ و ١٤٤، والوجيز ١: ١٥٤، وكفاية الاخير ١: ١٦٢، وفتح العزيز ٩: ٢٠٨ - ٢٠٩، والسراج الوهاج: ٢٠٥، ومغني المحتاج ٢: ١٠٢، والمبسوط ١٢: ١٤٤، واللباب ١: ٣٦٢، وشرح فتح القدير ٥: ٣٤٢، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٥: ٣٤٢، والفتاوى الهندية ٣: ١٧٩، وحاشية رد المحتار ٥: ٢١٦، وتبيين الحقائق ٤: ١١٧، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٦٢، والشرح الكبير ٤: ٣٦٢، والمحلى ٩: ١١٠، وبداية المجتهد ٢: ٢٠١ (٢) بداية المجتهد ٢: ٢٠١، والمحلى ٩: ١١٠، والمبسوط ١٢: ١٤٤، وفتح العزيز ٩: ٢٠٨ - ٢٠٩، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٦٢، والشرح الكبير ٤: ٣٦٢، ومقدمات ابن رشد ٢: ٢١٥، وجواهر الاكلیل ٢: ٦٦، وبلغة السالك ٢: ٩٤، والشرح الصغير في هامش أقرب المسالك ٢: ٩٥.

(٣) الصرام: الصرم: القطع.

(٤) الام ٣: ٩٦، ومختصر المزني: ٩٠، والوجيز ١: ١٥٥، والمجموع ٩: ٣٤٠ و ١٣: ١٣٦، وفتح العزيز ٩: ٣٣١، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٥٦، والشرح الكبير ٤: ٣٥٨، وبداية المجتهد ٢: ٢٠١ - ٢٠٢، والمبسوط ١٢: ١٢٥، واللباب ١: ٣٦١، وشرح فتح القدير ٥: ٣٣٨، وتبيين الحقائق ٤: ١١٥، وكفاية الاخير ١: ١٦١، وفتح البارئ ٤: ٤٢٥.

(٥) بداية المجتهد ٢: ٢٠١ - ٢٠٢، والوجيز ١: ١٥٥، وفتح العزيز ٩: ٣٣١، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٥٦، والشرح الكبير ٤: ٣٥٨، وفتح البارئ ٤: ٤٢٥، والمجموع ٩: ٣٤٠، وجواهر الاكلیل ٢: ٦٩، وأقرب المسالك ٢: ٩٨، والشرح الصغير ٢: ٩٨.

### [ ٢٠٢ ]

دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (١). وأيضاً فإذا عين أجلاً معلوماً، فلا خلاف في صحة العقد، ولا دليل على صحته إذا ذكر ما قاله المخالف. وروى عن عبد الله بن عباس أنه قال: لا تبايعوا إلى الحصاد ولا إلى الدياس، ولكن إلى شهر معلوم (٢) وهذا نص. مسألة ٨: إذا جعل محله في يوم كذا، أو في شهر كذا، أو في سنة كذا، جاز، ولزمه بدخول الشهر واليوم والسنة. وبه قال ابن أبي هريرة من أصحاب الشافعي نفا (٣)، وباقي أصحابه لا يجوزونه (٤)، لأنه جعل اليوم طرفاً لحلوله، ولم يبين، فيصير تقديره يحل في ساعة من ساعاته، ووقت من أوقاته، وذلك لا يجوز. دليلنا: أن هذا معلوم، وليس بمجهول، لأنه إذا كان اليوم معلوماً، وأوله معلوماً وهو طلوع الفجر، وجب

بطلوعه، فصار الوقت والساعة معلومين. وكذلك إذا كان الشهر معلوماً، وأوله معلوماً، فليس ذلك بمجهول، فبطل قول المخالف. مسألة ٩: إذا كان السلم مؤجلاً، فلا بد من ذكر موضع التسليم، فإن كان في حمله مؤنة، فلا بد من ذكره أيضاً. وللشافعي في ذكر الموضوع قولان:

- (١) الكافي ٥: ١٨٤ حديث ١، والتهذيب ٧: ٢٧ حديث ١١٦، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٦٧ حديث ٧٤٠.  
(٢) رواه الشافعي في أمه ٣: ٩٦، وابن قدامة في المغني ٤: ٢٥٦، والشرح الكبير ٤: ٣٥٩.  
(٣) المجموع ١٣: ١٣٦، والوجيز ١: ١٥٥، وفتح العزيز ٩: ٣٢٨.  
(٤) مختصر المزني: ٩٠ - ٩١، ومغني المحتاج ٢: ١٠٦، والمجموع ١٣: ١٣٦، والوجيز ١: ١٥٥، وفتح العزيز ٩: ٣٢٨.

### [ ٢٠٣ ]

أحدهما: يجب ذكره (١)، واليه ذهب أبو اسحاق في الشرح، قال: فإذا أخل به بطل السلم (٢). والثاني: لا يجب ذكره (٣)، واليه ذهب القاضي أبو حامد في جامعه، وقال: أولى القولين أنه يجب ذكره (٤)، وهكذا ذكر أبو علي في الإفصاح. وأما المؤنة إن كانت، وجب ذكرها، ذكره ابن القاص (٥). وقال أبو الطيب الطبري: الصحيح أنه يجب ذكر الموضوع والمؤنة (٦). دليلنا: طريقة الاحتياط، لأنه إذا ذكر الموضوع والمؤنة صح السلم بلا خلاف، وإذا لم يذكرهما فلا دليل على صحته. مسألة ١٠: يجوز السلم في الأثمان، مثل الدراهم والدنانير إذا كان رأس المال من غير جنسهما، مثل الثياب، والحيوان أو غيرهما. وبه قال الشافعي (٧). وقال أبو حنيفة: لا يجوز السلم في الأثمان (٨). دليلنا: عموم الاخبار المتضمنة لذكر السلم، مثل قوله عليه السلام: " من

- (١) المجموع ١٣: ١٤٣، والسراج الوهاج: ٢٠٦، وكفاية الاخير ١: ١٦١، وفتح العزيز ٩: ٢٥٢، والمحلى ٩: ١١٠، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٦٨، والشرح الكبير ٤: ٣٦٩.  
(٢) فتح العزيز ٩: ٢٥٢.  
(٣) المجموع ١٣: ١٤٣، وفتح العزيز ٩: ٢٥٢، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٦٧، والشرح الكبير ٤: ٣٦٩.  
(٤) فتح العزيز ٩: ٢٥٢.  
(٥) المجموع ١٣: ١٤٣، وفتح العزيز ٩: ٢٥٢.  
(٦) فتح العزيز ٩: ٢٥٢.  
(٧) الام ٣: ٩٨، وفتح العزيز ٩: ٣١٦ - ٣١٧، وعمدة القاري ١٢: ٦٢، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٦٧، والشرح الكبير ٤: ٣٦٧، والبحر الزخار ٤: ٤٠٦.  
(٨) المبسوط ١٢: ١٨٢، وعمدة القاري ١٢: ٦٢، وشرح فتح القدير ٥: ٣٢٥، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٥: ٣٢٥، وحاشية رد المحتار ٥: ٢٠٩، وتبيين الحقائق ٤: ١١١، وفتح العزيز ٩: ٣١٦، والفتاوى الهندية ٣: ١٨٠، والبحر الزخار ٤: ٤٠٦.

### [ ٢٠٤ ]

سلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم وأجل معلوم " (١) ولم يفرق، وهي على عمومها. وقوله تعالى: " وأحل الله البيع " (٢) وهذا بيع، وأيضاً دلالة الاصل. مسألة ١١: إذا سلف دراهم في دراهم، أو في دنانير مطلقاً، كان باطلاً. وقال الشافعي: إذا أطلق كان حالاً، فان قبضه في المجلس وقبضه رأس المال جاز (٣). وهو اختيار أبي الطيب الطبري (٤). وفي أصحابه من قال: لا يجوز (٥). دليلنا: ما قدمناه من أن السلم لا يصح إلا مؤجلاً (٦)، فإذا ثبت ذلك لا يصح في الدراهم مع الدنانير، والدراهم مع الدراهم، لان الصرف لا يجوز فيه التأخير أصلاً بالاجماع. مسألة ١٢: لا يجوز السلم في اللحوم. وقال الشافعي: يجوز في اختلافها إذا ذكر أوصافها (٧). دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٨)، ولان ذلك لا يمكن ضبطه بالصفة من

- (١) تقدمت الاشارة الى بعض مصادر الحديث في المسألة الاولى من هذا الكتاب فلاحظ.

- (٣) البقرة: ٣٧٥.  
 (٣) المجموع ١٣: ١٠٦ - ١٠٧، وفتح العزيز ٩: ٢١٠ و ٢١٢، وعمدة القاري ١٢: ٦٢، والبحر الزخار ٤: ٤٠٦ (٤) المجموع ١٣: ١٠٦.  
 (٥) عمدة القاري ١٢: ٦٢، وفتح العزيز ٩: ٢١٢.  
 (٦) تقدم في المسألة "٣" من هذا الكتاب فراجع.  
 (٧) الام ٣: ١١٠ و ١٣٨، والسراج الوهاج: ٢٠٨، والوجيز ١: ١٥٧، ومختصر المزني: ٩١، والمجموع ١٣: ١١٣، وفتح العزيز ٩: ٢٩٧، وبداية المجتهد ٢: ٢٠٠، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٤٢، والشرح الكبير ٤: ٣٤٢.  
 (٨) الكافي ٥: ٢٢٢ حديث ١٢، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٦٧ حديث ٧٣٨، والتهذيب ٧: ٤٥ حديث ١٩٣.

### [ ٢٠٥ ]

السمن والهزال، لانه لا ينحصر، وذلك يؤدي الى كونه مجهولا. مسألة ١٣: الاقالة فسخ في حق المتعاقدين، سواء كان قبل القبض أو بعده، وفي حق غيرهما. وبه قال الشافعي (١). وقال مالك: الاقالة بيع (٢). وقال أبو حنيفة: في حق المتعاقدين فسخ، وفي حق غيرهما بيع (٣). وفائدته في وجوب الشفعة بالاقالة، فعند أبي حنيفة يجب الشفعة بالاقالة، وعندنا وعند الشافعي لا تجب. وقال أبو يوسف: الاقالة فسخ قبل القبض، وبيع بعده، إلا في العقار، فان الاقالة بيع فيها، سواء كان قبل القبض أو بعده (٤)، لان بيع العقار جائز قبل القبض وبعده عنده. دليلنا: ما روى أبو صالح (٥) عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: من أقال نادما في بيع أقاله الله نفسه يوم القيامة (٦). واقالة نفسه هي العفو والتترك، فوجب أن يكون الاقالة في البيع هي التترك والعفو. وأيضا فلو كان الاقالة بيعا، لوجب أن يكون الى المتبايعين نقصان الثمن

- (١) الام ٣: ٩٣ و ١٣٣، ومختصر المزني: ٩٢، والمجموع ١٣: ١٦٠.  
 (٢) المدونة الكبرى ٤: ٦٩ و ٧٦، والمجموع ١٣: ١٦٠.  
 (٣) اللباب ١: ٢٥٠، وشرح فتح القدير ٥: ٢٤٦، وبدائع الصنائع ٥: ٢١٥، والفتاوى الهندية ٣: ١٥٦، وشرح العناية بهامش شرح فتح القدير ٥: ٢٤٦، والمجموع ١٣: ١٦٠، وتبيين الحقائق ٤: ١١٩.  
 (٤) بدائع الصنائع ٥: ٢١٥ و ٢١٨، وشرح فتح القدير ٥: ٢٤٧ و ٢٥٠، وشرح العناية على الهداية ٥: ٢٤٧، والمجموع ١٣: ١٦٠. (٥) مشترك بين عدة، ولا يمكن التحديد منهما.  
 (٦) السنن الكبرى ٦: ٢٧، الاحسان بترتيب صحيح ابن حبان ٧: ٢٤٣ باختلاف يسير في اللفظ.

### [ ٢٠٦ ]

وزيادته، والتأجيل والتعجيل، فلما أجمعنا على أن الاقالة لا يصح فيها شئ من ذلك، دل على أنها ليست ببيع. وأيضا لو كانت الاقالة بيعا لم يصح الاقالة في السلم، لان البيع في السلم لا يجوز قبل القبض، فلما صحت الاقالة فيه إجماعا، دل على أنها ليست ببيع. وأيضا فقد أجمعنا على أن رجلا لو اشترى عبدين، فمات أحدهما، ثم تقايلا، صحت الاقالة. فلو كانت بيعا وجب أن لا يصح، لان بيع الميت مع الحي لا يصح. مسألة ١٤: إذا أقاله بأكثر من الثمن، أو بأقل، أو بجنس غيره، كانت الاقالة فاسدة، والمبيع على ملك المشتري كما كان. وبه قال الشافعي (١). وقال أبو حنيفة: يصح الاقالة، ويبطل الشرط (٢). دليلنا: أن كل من قال بأن الاقالة فسخ على كل حال، قال بهذه المسألة، فالفرق بين الامرين خارج عن الاجماع. مسألة ١٥: تصح الاقالة في بعض السلم، كما تصح في جميعه. وبه قال الشافعي، وأبو حنيفة، وسفيان الثوري، وبه قال عطاء، وطاوس، وعمرو بن دينار، والحكم بن عيينة، وفي الصحاح عبد الله بن عباس، وقال: لا بأس به، وهو من المعروف، وهو اختيار أبي بكر بن المنذر (٣). وقال مالك، وربيعه، والليث بن سعد، وابن أبي ليلى: لا يجوز ذلك (٤).

- (١) المجموع ١٣: ١٦٠، والبحر الزخار ٤: ٤٠٩.  
 (٢) شرح فتح القدير ٥: ٢٤٨ - ٢٤٩، والفتاوى الهندية ٣: ١٥٦، وشرح العناية بهامش شرح فتح القدير ٥: ٢٤٩، والمجموع ١٣: ١٦٠، والبحر الزخار ٤: ٤٠٩.  
 (٣) مختصر المزني: ٩٢، والمجموع ١٣: ١٦٠، وشرح فتح القدير ٥: ٢٥٣، وبدائع الصنائع ٥: ٢١٥، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٧٢، والشرح الكبير ٤: ٣٧٢، وبداية المجتهد ٢: ٢٠٤.  
 (٤) بداية المجتهد ٢: ٢٠٤، والمجموع ١٣: ١٦٠، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٧٢، والشرح

[ ٢٠٧ ]

وكره أحمد بن حنبل ذلك (١)، وقال أبو بكر بن المنذر: هو قول ابن عمر، والحسن البصري، وابن سيرين، والنخعي (٢). دليلنا: ما روينا عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: " من أقال نادما في بيع أقاله الله نفسه يوم القيامة " (٣) وهذا إقالة. وروي عن ابن عباس أنه قال: لا بأس بذلك، وهو من المعروف (٤)، ولا مخالف له. مسألة ١٦: إذا أقاله جاز أن يأخذ مثل ما أعطاه من غير جنسه، مثل أن يكون أعطاه دنانير، فيأخذ دراهم أو عرضا، فيأخذ دراهم وما أشبه ذلك. وبه قال الشافعي (٥). وقال أبو حنيفة: لا يجوز أن يأخذ بدله شيئا آخر إستحسانا (٦). دليلنا: قوله تعالى: " وأحل الله البيع " (٧) وقوله: " أوفوا بالعقود " (٨) وهذا عام.

- (١) و (٢) المغني لابن قدامة ٤: ٣٧٢، والشرح الكبير ٤: ٣٧٢.  
 (٣) السنن الكبرى ٦: ٢٧، والاحسان بترتيب صحيح ابن حبان ٧: ٢٤٢ حديث ٥٠٠٧ باختلاف يسير في اللفظ.  
 (٤) المغني لابن قدامة ٤: ٣٧٢، والشرح الكبير ٤: ٣٧٢، وقال الشافعي في امه ٧: ١٠٨ (ان ابا حنيفة كان يقول هو جائز، بلغنا عن عبد الله بن عباس انه قال ذلك المعروف الحسن الجميل) وقال الشافعي أيضا: (وقد سئل عن هذا ابن عباس فلم ير به بأسا وقال هذا المعروف الحسن الجميل).  
 (٥) الام ٣: ١٣٢، والمجموع ١٣: ١٦١، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٧٢، والشرح الكبير ٤: ٣٧٢، وتبيين الحقائق ٤: ١١٩.  
 (٦) شرح فتح القدير ٥: ٢٤٩ - ٢٥٠، وبدائع الصنائع ٥: ٢١٤، وتبيين الحقائق ٤: ١١٩، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٥: ٢٤٩ - ٢٥٠، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٧٢، والشرح الكبير ٤: ٣٧٢.  
 (٧) البقرة: ٢٧٥.  
 (٨) المائدة: ١.

[ ٢٠٨ ]

وقول النبي صلى الله عليه وآله: " إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم " (١). ولم يفرق، فو على عمومته. مسألة ١٧: إذا أسلف في شئ، فلا يجوز أن يشرك فيه غيره، ولا أن يوليه بالشركة، وهو أن يقول له رجل: شاركني في نصفه بنصف الثمن، والتولية أن يقول: ولني جميعه بجميع الثمن، أو ولني نصفه بنصف الثمن، فلا يجوز. وبه قال أبو حنيفة والشافعي (٢). وقال مالك: يجوز ذلك (٣). دليلنا: أن جواز ذلك يحتاج الى دليل. وروي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه نهى عن بيع ما لم يقبض (٤). وروي ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وآله قال: من ابتاع طعاما فلا يبيعه حتى يستوفيه (٥). وروي أبو سعيد الخدري أن النبي صلى الله عليه وآله قال: " من أسلف في شئ فلا يصرفه الى غيره " (٦).

- (١) ذكره ابن قدامة في الشرح الكبير ٤: ١٦٥، وقد ورد في أكثر كتب الحديث بلفظ آخر نصه: " إذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم ". انظر على سبيل المثال صحيح مسلم ٣: ١٢١١ حديث ٨١، والسنن الكبرى ٥: ٢٨٤، وغيرهما الكثير.  
 (٢) الام ٣: ٧٧ و ٩٣، والمجموع ١٣: ١٥٦، واللباب ١: ٢٦٣، وشرح فتح القدير ٥: ٢٤٥، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٥: ٢٤٥، وتبيين الحقائق ٤: ١١٨، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٤١ و ٣٧٠، والشرح الكبير ٤: ٣٧٠.  
 (٣) المغني لابن قدامة ٤: ٢٤١ و ٣٧٠، والشرح الكبير ٤: ٣٧٠، والبحر الزخار ٤: ٤٠٠.  
 (٤) سنن الترمذي ٣: ٥٨٦ حديث ١٢٩١، والسنن الكبرى ٥: ٢١٢، وسنن الدارقطني ٣: ٨ حديث ٢٥.  
 (٥) صحيح البخاري ٣: ٩٠، وصحيح مسلم ٣: ١١٦٠ حديث ٣٢، وسنن أبي داود ٣: ٢٨١ حديث ٢٤٩٢، وسنن النسائي ٧: ٢٨٥، وسنن ابن ماجه ٢: ٧٤٩، والموطأ ٢: ٦٤٠ حديث ٢٢٢٦، ومسنند أحمد بن حنبل ٢: ٦٣ - ٦٤، والسنن الكبرى ٥: ٣١٢.  
 (٦) سنن الدارقطني ٣: ٤٥ حديث ١٨٧، والسنن الكبرى ٦: ٣٠ وفيه من أسلف.

[ ٢٠٩ ]

والتولية، والشركة بيع قبل القبض، وصرف للمسلم فيه قبل قبضه، فوجب أن لا يصح لعموم الخبر. مسألة ١٨: إذا قال المسلم للمسلم إليه: عجل لي حقي وأنا أخذ دون ما أستحقه، أو أدلي منه بطيبة من نفسه، كان جائزا. وقال الشافعي: لا يجوز (١). دليلنا: أن الصلح والتراضي بين المسلمين جائز، والمنع منه يحتاج الى دليل. مسألة ١٩: لا يجوز السلم في الجوز، والبيض إلا وزنا. وبه قال الشافعي (٢). وقال أبو حنيفة: يجوز عددا (٣). دليلنا: أن ذلك يختلف بالصغر والكبر، ويختلف ثمنه بذلك، فلا يضبط بالصفة، فوجب أن لا يصح السلف فيه لذلك. فأما البطيخ فلا يجوز السلم فيه إجماعا. مسألة ٢٠: لا يصح السلم في الرؤوس سواء كانت مشوية أو نيئة. أما المشوية فلا خلاف فيها، مثل اللحم المطبوخ، فإنه لا خلاف أنه لا يجوز السلم فيه. وأما النيئة فللشافعي فيه قولان:

(١) المجموع ١٣: ١٥٠.

(٢) الام ٣: ١٢٧، مختصر المزني: ٩٢، والمجموع ١٣: ١٣٥، والوجيز ١: ١٥٥، وفتح العزيز ٩: ٣٦٠، وعمدة القاري ١٢: ٦٢، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٤١ و ٣٥٤، والشرح الكبير ٤: ٣٤١ و ٣٥٤، وعمدة القاري ١٢: ٦٢.

(٣) المبسوط ١٢: ١٣٦، والليالي ١: ٣٦٠، وعمدة القاري ١٢: ٦٢، وبدائع الصنائع ٥: ٢٠٨، وشرح فتح القدير ٥: ٣٦٦، والفتاوى الهندية ٣: ١٨٢، والمجموع ١٢: ١٢٥، وفتح العزيز ٩: ٣٦١، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٥٤، والشرح الكبير ٤: ٣٥٤.

### [ ٢١٠ ]

أحدهما: يجوز (١). وبه قال مالك (٢). والثاني لا يجوز (٣). وبه قال أبو حنيفة (٤). دليلنا: أن ذلك يختلف، ولا يمكن ضبطه بالصفة، فيجب أن لا يجوز. مسألة ٢١: اختلف روايات أصحابنا في السلم في الجلود، فروي أنه لا بأس به إذا شاهد الغنم (٥)، وروي أنه لا يجوز (٦). وقال الشافعي: لا يجوز (٧)، ولم يفصل. دليلنا على جوازه: قوله تعالى: " وأحل الله البيع " (٨) ولم يفصل والخبار المروية في هذا المعنى مؤكدة له. وأيضا الاصل الجواز، ولا مانع في الشرع يمنع منه. مسألة ٢٢: إذا أسلم مائة درهم في كر من طعام، وشرط خمسين نقدا وخمسين دينارا له في ذمة المسلم إليه، صح السلم فيما نقده بحصته من المسلم فيه،

(١) المجموع ١٣: ١٢١، والوجيز ١: ١٥٧، وكفاية الاخير ١: ١٥٩، وفتح العزيز ٩: ٣٠٣، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٤١، والشرح الكبير ٤: ٣٤١ - ٣٤٢، والبحر الزخار ٤: ٤٠٥. (٢) بداية المجتهد ٢: ٣٠٠، والمغني لابن قدامة ١٤: ٣٤١، والشرح الكبير ٤: ٣٤٢، والمجموع ١٣: ١٢١، وفتح العزيز ٩: ٣٠٣، والبحر الزخار ٤: ٤٠٥. (٣) الام ٣: ١١٢، والمجموع ١٣: ١٢١، والوجيز ١: ١٥٧، وفتح العزيز ٩: ٣٠٤، وكفاية الاخير ١: ١٥٩، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٤٢، والبحر الزخار ٤: ٤٠٥. (٤) المبسوط ١٢: ١٣١، وشرح فتح القدير ٥: ٣٣٠، وبدائع الصنائع ٥: ٢٠٩، والفتاوى الهندية ٣: ١٨٤، وتبيين الحقائق ٤: ١١٢، والمجموع ١٣: ١٢١، وفتح العزيز ٩: ٣٠٤، وبداية المجتهد ٢: ٣٠٠، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٤٢، والشرح الكبير ٤: ٣٤٢. (٥) الكافي ٥: ٣٢١ حديث ١٠، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٦٥ حديث ٧٣٠، والتهذيب ٧: ٢٨ حديث ١٩ و ١٢٠. (٦) الكافي ٥: ٣٩٣ حديث ٤، والتهذيب ٧: ٧٩ حديث ٣٤١. (٧) الام ٣: ١٢٣، ومختصر المزني: ٩٢، والمجموع ١٣: ١١٨، ومغني المحتاج ٢: ١١٤، والسراج الوهاج: ٢٠٩، وفتح العزيز ٩: ٣١٨، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٤٢، والشرح الكبير ٣٤٢. (٨) البقرة: ٣٧٥.

### [ ٢١١ ]

ولا يصح في الدين. وبه قال أبو حنيفة (١). وقال أصحاب الشافعي: لا يصح في الدين (٢)، كما قلناه. وهل يصح في النقد؟ قولان بناء على تفريق الصفقة (٣). دليلنا: قوله تعالى: " وأحل الله البيع " (٤)، وأيضا اجمعنا على فساد العقد في الدين، ومن ادعى فساده في النقد فعليه الدلالة. مسألة ٢٣: إذا أسلم في جنسين مختلفين، في حنطة وشعير صفقة واحدة، أو أسلم في جنس واحد الى أجلين، أو آجال، فإن السلم صحيح. وهو الاظهر من قول الشافعي (٥)، وله قول آخر أنه لا يصح (٦). دليلنا: الآية (٧)، ودلالة الاصل، والمنع يحتاج الى دليل. مسألة ٢٤: إذا اختلفا في قدر

المبيع، أو قدر الاجل، كان القول قول البائع مع يمينه، وإن اختلفا في قدر الثمن، كان القول قول المشتري مع يمينه، إذا لم يكن مع أحدهما بينة، وقال الشافعي: يتحالفان في جميع ذلك (٨).

- (١) المبسوط ١٢: ١٤٢ - ١٤٣، وحاشية رد المحتار ٥: ٢١٨، وتبيين الحقائق ٤: ١١٨، والمجموع ١٢: ١٤٥، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٦٤، والشرح الكبير ٤: ٣٦٥.
- (٢) المجموع ٩: ٤٠٢ و ١٣: ١٤٥، وكفاية الاخيار ١: ١٦٢، والبحر الزخار ٤: ٣٩٨، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٦٣ - ٣٦٤، والشرح الكبير ٤: ٣٦٢ - ٣٦٥.
- (٣) المجموع ٩: ٢٨٧، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٦٣، والشرح الكبير ٤: ٣٦٣.
- (٤) البقرة: ٢٧٥.
- (٥) الام ٣: ١٠١، والمجموع ١٣: ١٤٠ - ١٤١، وفتح العزيز ٩: ٢٤١، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٧٤.
- (٦) المجموع ١٣: ١٤٠، والام ٣: ١٠١، وفتح العزيز ٩: ٢٤٠، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٧٤.
- (٧) البقرة: ٢٧٥.
- (٨) الام ٣: ١٣٦، ومختصر المزني: ٨٦، ومغني المحتاج ٢: ٩٥، والوجيز ١: ١٥٢، وفتح العزيز ٩: ١٥٢ - ١٥٥، والسراج الوهاج: ٢٠٢، وبداية المجتهد ٢: ١٩٠، والشرح الكبير ٤: ٣٦٦، وحاشية اعانة الطالبين ٣: ٤٤ - ٤٥.

### [ ٢١٢ ]

دليلنا: أن كل واحد منهما مدعى عليه فيما أوجبنا عليه فيمن اليمين، فيجب أن يكون صحيحا مع فقد البينة. مسألة ٢٥: إذا خالف انسان أهل السوق بزيادة سعر أو نقصانه، فلا اعتراض لاحد عليه. وبه قال الفقهاء أجمع، إلا مالكا فإنه قال: يقال له: إما أن تبيع بسعر أهل السوق وإما تنزل (١). دليلنا: أن النبي صلى الله عليه وآله إمتنع من التسعير (٢) بلا خلاف فيه، ولم يسئل عن السعر هل هو من الجماعة من أهل السوق، أو من بعضهم، بل أخبر أن ذلك من جهة الله تعالى. وأيضا فإنه مالك، لا يجوز لاحد الاعتراض عليه إلا بدليل، ولا دلالة في الشرع على ذلك. مسألة ٢٦: إذا أسلم في تمر، فأتاه بزبيب، أو أسلم في ثوب قطن، فأتاه بكتان وتراضيا به كان جائزا. وقال الشافعي: لا يجوز (٣). دليلنا: قوله عليه السلام: " الصلح جائز بين المسلمين إلا ما حرم حلالا، أو حلل حراما " (٤).

- (١) الموطأ ٢: ٦٥١، والمجموع ١٣: ٣٣ - ٣٤، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٠٣، والشرح الكبير ٤: ٥٠، ومختصر المزني: ٩٢.
- (٢) سنن الترمذي ٣: ٦٠٥ حديث ١٣١٤، وسنن أبي داود ٣: ٢٧٢ حديث ٣٤٥٠ - ٣٤٥١، وسنن الدارمي ٢: ٢٤٩، وسنن ابن ماجه ٢: ٧٤١ حديث ٢١٩٩ - ٢٢٠٠، ومسند أحمد بن حنبل ٣: ١٥٦.
- (٣) الام ٣: ١٠٤ و ١٣٤، والمجموع ١٣: ١٤٨، وفتح العزيز ٩: ٣٢٦ - ٣٢٧، ومغني المحتاج ٢: ١١٥، والوجيز ١: ١٥٧، والسراج الوهاج: ٢٠٩ - ٢١٠.
- (٤) من لا يحضره الفقيه ٣: ٢٠ حديث ٥٢، والسنن الكبرى ٦: ٦٥.

### [ ٢١٣ ]

وأیضا الاصل جوازه، والمنع يحتاج الى دليل. مسألة ٢٧: إذا أسلم في زبيب رازقي مثلا، فأتاه بزبيب خراساني، أو أسلم في ماعز، فأتاه بضأن وتراضيا به، كان جائزا. وللشافعي فيه وجهان: أحدهما: لا يجوز. وبه قال أبو اسحاق (١). والثاني: يجوز. وبه قال ابن أبي هريرة (٢). ومنهم من قال: في الزبيب خلاف هذا، وإنما هو في الاجبار على فعله وجهان، ويجوز التراضي وحدها واحدا (٣). دليلنا: قوله عليه السلام: " الصلح جائز بين المسلمين " (٤). مسألة ٢٨: من كان له عند غيره سلم لا يخلف عليه، ولا هو مما يحتاج الى موضع كبير يحفظه فيه، فأتاه به قبل محله، لم يلزمه قبوله، ولا يجبر عليه. وقال الشافعي: يجبر عليه، وذلك مثل الحديد والرصاص وما أشبه ذلك (٥). دليلنا: أنه يجوز أن يكون له غرض في تأخيره وأخذه في محله، وإن لم يظهر لنا ذلك، وكان اجباره على ذلك يحتاج إلى دليل، وعليه اجماع الفرقة، فإنها

- (١) الام ٣: ١٠٤، والمجموع ١٣: ١٤٦، والوجيز ١: ١٥٧، وفتح العزيز ٩: ٣٢٩.

والسراج الوهاج: ٢٠٩ - ٢١٠، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٧٦.  
 (٢) المجموع ١٣: ١٤، والوجيز ١: ١٥٧، وفتح العزيز ٩: ٣٢٩، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٧٦.  
 (٣) المجموع ١٣: ١٤٩، والسراج الوهاج: ٢٠٩ - ٢١٠، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٧٥ - ٣٧٦.  
 (٤) الكافي ٥: ٢٥٩ حديث ٥، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ٢٠ حديث ٥٢، والتهذيب ٦: ٢٠٨ حديث ٤٧٩، وسنن الدارقطني ٣: ٢٧ حديث ٩٦ و ٩٧، والسنن الكبرى ٦: ٦٥ وغير ذلك الكثير من المصادر.  
 (٥) الام ٣: ١٣٧، ومختصر المزني: ٩٣، والمجموع ١٣: ١٤٦، و ١٤٩، وفتح العزيز ٩: ٣٣٤، ومغني المحتاج ٢: ١١٦، وكفاية الاخير ١: ١٦٢، وبداية المجتهد ٢: ٢٠٥.

#### [ ٢١٤ ]

منصوصة لهم (١). مسألة ٢٩: إذا شرط عليه مكان التسليم، وأعطاه في غيره، وبذل له أجرة الحمل، وتراضيا به كان جائزا. وقال الشافعي: لا يجوز أن يأخذ العوض عن ذلك (٢). دليلنا: أنه لا مانع منه، والاصل الاباحة. مسألة ٣٠: إذا أخذ المسلم السلم، وحدث عنده فيه عيب، ثم وجد به عيبا كان قبل القبض، لم يكن له رده، وكان له المطالبة بالارش. وبه قال الشافعي (٣). وقال أبو حنيفة: ليس له الرجوع بالارش (٤). دليلنا: أنه إذا ثبت أنه إنما يستحقه بريئا من العيب، فإذا أخذه معيبا كان له أرش عيبه، فأما الرد فليس له اجماعا. مسألة ٣١: إذا جاء المسلم إليه بالمسلم فيه أجد مما شرط من الصفة، وقال: خذ هذا، واعطني بدل الجودة دراهم. لم يجز. وبه قال الشافعي (٥). وقال أبو حنيفة: يجوز (٦). دليلنا: أن الجودة صفة لا يمكن افرادها بالبيع، ولا دليل على صحة ذلك. مسألة ٣٢: إذا أسلم جارية صغيرة في جارية كبيرة كان جائزا.

(١) انظر سنن الدارقطني ٤: ١٢٢ حديث ٣.  
 (٢) المجموع ١٣: ١٥٠، والسراج الوهاج: ٢٠٩، ومغني المحتاج ٢: ١١٥، وحاشية اعانة الطالبين ٣: ١٩ (٣) المجموع ١٣: ١٥٧، والوجيز ١: ١٤٤، وفتح العزيز ٨: ٢٥٠ - ٢٥١.  
 (٤) اللباب ١: ٢٤٠، والفتاوى الهندية ٣: ٨٠ و ١٩٨، وشرح فتح القدير ٥: ١٥٩ - ١٦٠، والمجموع ١٣: ١٥٧ - ١٥٨. (٥) المجموع ١٣: ١٤ و ١٤٨.  
 (٦) شرح فتح القدير ٥: ٣٥٣، والفتاوى الهندية ٣: ١٨٦، والشرح الكبير ٤: ٣٥١، والمبسوط ٢: ١٥٣، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٧٦.

#### [ ٢١٥ ]

وقال أبو اسحاق المروري: لا يجوز (١). وقال باقي أصحاب الشافعي: يجوز (٢)، مثل ما قلناه. دليلنا: قوله تعالى: " وأحل الله البيع " (٣) ودلالة الاصل، والمنع يحتاج الى دليل. مسألة ٣٣: استصناع الخفاف، والنعال، والاوناني من الخشب والصفير والرصاص والحديد، لا يجوز. وبه قال الشافعي (٤). وقال أبو حنيفة: يجوز، لان الناس قد اتفقوا على ذلك (٥). دليلنا على بطلانه: أنا أجمعنا على أنه لا يجب تسليمها، وأنه بالخيار بين التسليم ورد الثمن، والمشتري لا يلزمه قبضه، فلو كان العقد صحيحا لما جاز ذلك، ولان ذلك مجهول غير معلوم بالمعينة، ولا موصوف بالصفة في الذمة، فيجب المنع منه. مسألة ٣٤: يجوز أن يشتري قلعة (٦) بدراهم، على أن يجعلها مشتركة. وبه

(١) فتح العزيز ٩: ٢٩٣، والمغني ٤: ٣٦٧، والشرح الكبير ٤: ٣٦٧، والمجموع ١٣: ١٦٩.  
 (٢) فتح العزيز ٩: ٢٩٤، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٦٧، والشرح الكبير ٤: ٣٦٧، والمجموع ١٣: ١٦٩.  
 (٣) البقرة: ٢٧٥.  
 (٤) الام ٣: ١٣١، وشرح فتح القدير ٥: ٢٥٥.  
 (٥) شرح فتح القدير ٥: ٢٥٤ - ٢٥٥، وتبيين الحقائق ٤: ١٢٣، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٥: ٢٥٤، والفتاوى الهندية ٣: ٢٠٧، وحاشية رد المحتار ٥: ٢٢٤.  
 (٦) كذا في جميع النسخ المعتمدة، وتأتي في المسألة التالية أيضا، ولم أقف على معنا مناسبة لهذه الكلمة في المسألتين المذكورتين في كتب اللغة، ولم ترد في كتب



الفقه على اختلاف مذاهبها بهذا النحو. نعم وردت في كتاب المغني لابن قدامة ما لفظه: " في الرجل يشتري البغلة على أن يحذوها جاز إذا أراد الشراك ". وذكر المسألة أيضا المرغيناني في الهداية وشرحها ابن الهمام في شرح فتح القدير ٥: ٢٢١ وقال: من اشترى نعلا على أن يحذوها البائع، والمراد اشترى اديما على أن يجعله البائع نعلا له... الى آخر حديثه فتأمل.

### [ ٢١٦ ]

قال أبو حنيفة (١). وقال الشافعي: لا يجوز (٢). دليلنا: إجماع الفرقة، وأخبارهم تدل عليه (٣). وأيضا فالاصل جوازه، والمنع يحتاج الى دلالة. وأيضا فالناس يفعلون هذا من عهد النبي صلى الله عليه وآله الى يومنا هذا، وما أنكر ذلك أحد عليهم. مسألة ٣٥: إذا قال: اشتريت منك هذه القلعة، واستأجرت على أن تشركها أو تحذوها كان جائزا. واختلف أصحاب الشافعي: فمنهم من قال: فيه قولان، لانه بيع في عقد اجارة (٤). ومنهم من قال: لا يجوز قولوا واحدا، لانه استأجره في العمل فيما لا يملك (٥). دليلنا: أن البيع والاجارة جميعا جائزان على الانفراد بلا خلاف، فمن منع الجمع بينهما وحكم بفساده فعليه الدلالة. مسألة ٣٦: إذا أذن لمملوك غيره أن يشتري نفسه له من مولاه بكذا، فاشتره به لا يصح ذلك. ولأصحاب الشافعي فيه وجهان: أحدهما: مثل ما قلناه. والثاني: أنه يجوز (٦).

- (١) المبسوط ١٣: ١٤، والفتاوى الهندية ٣: ١٣٣ وتبيين الحقائق ٤: ٥٧ و ٥٩، وشرح فتح القدير ٥: ٢١١، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٥: ٢٢١، والشرح الكبير ٤: ٨٥.
- (٢) المجموع ١٢: ١٥٦ والشرح الكبير لابن قدامة ٤: ١٣٠، ومغني المحتاج ٢: ٢١، والسراج الوهاج: ١٨٠، وفتح العزيز ٨: ١٩٦.
- (٣) انظر التهذيب ٧: ١٨٥ - ١٨٧ حديث ٨١٧ و ٨٢٢ و ٨٢٤ و ٨٢٥.
- (٤) المجموع ٩: ٢٨٩، وفتح القدير ٨: ١٩٠ و ٢٧٩ - ٢٨٠، ومغني المحتاج ٢: ٢١، والسراج الوهاج: ١٨٠.
- (٥) المجموع ٩: ٢٨٩، وفتح العزيز ٨: ١٩٥ - ٢٧٩، ومغني المحتاج ٢: ٢١، والسراج الوهاج: ١٨٠.
- (٦) المجموع ١٤: ١٢٢، وفتح العزيز ١١: ٧٢، ومغني المحتاج ٢: ١٢٨.

### [ ٢١٧ ]

دليلنا: ما ثبت أن العبد لا يملك شيئا، وليس له التصرف في نفسه، وإذا ثبت ذلك لم يجز أن يكون وكيفا لغيره إلا إذا أذن له مولاه فيه. مسألة ٢٧: إذا اشترى العبد نفسه من مولاه لغيره، فصدقه ذلك الغير، أو لم يصدقه، لم يكن البيع صحيحا. ولا يلزمه شئ. وقال الشافعي على قوله بصحة ذلك: ان صدقه لزمه الشراء، وان كذبه حلفه وبرء، وكان الشراء للعبد فيملك نفسه وينتق، ويكون الثمن في ذمته يتبعه السيد فيطالبه (١). دليلنا: أنا قد بينا أن بيعه فاسد، وإذا كان كذلك فالتفريع عليه فاسد. مسألة ٣٨: إذا قال: اشتريت منك أحد هذين العبدين بكذا، أو أحد هؤلاء العبيد الثلاثة بكذا، لم يصح الشراء. وبه قال الشافعي (٢). وقال أبو حنيفة: إذا شرط فيه الخيار ثلاثة أيام جاز، لان هذا غرر يسير، وأما في الاربعة فما زاد عليها فلا يجوز (٣). دليلنا: أن هذا بيع مجهول، فيجب أن لا يصح، ولانه بيع غرر لاختلاف قيم العبيد، ولانه لا دليل على صحة ذلك في الشرع. وقد ذكرنا هذه المسألة في البيوع، وقلنا: أن أصحابنا رووا جواز ذلك في العبد (٤)، فان قلنا بذلك تبعا فيه الرواية، ولم نقس غيرها عليها.

- (١) المجموع ١٤: ١٢٢ و ١٢٣، والمغني لابن قدامة ٥: ٢٤٠، والشرح الكبير ٥: ٢١١ - ٢١٢.
- (٢) الوجيز ١: ١٣٤، وفتح العزيز ٨: ١٣٤، والمجموع ٩: ٢٨٨، وكفاية الاخير ١: ١٥٠، وإرشاد الساري ٦: ٢٥٨، وتبيين الحقائق ٤: ٢١.
- (٣) المبسوط ١٣: ٥٥، وشرح فتح القدير ٥: ١٣٠، والمحلى ٨: ٤٣٠، والوجيز ١: ١٣٤، وفتح العزيز ٨: ١٣٤، والمجموع ٩: ٢٨٨، والشرح الكبير ٤: ٢٣، والفتاوى الهندية ٣: ٥٢ و ٥٤، وحاشية رد المحتار ٤: ٥٨٥ - ٥٨٦، وتبيين الحقائق ٤: ٢١.
- (٤) انظر المسألة " ٥٤ " من الكتاب المتقدم.

مسألة ١: يجوز الرهن في السفر والحضر. وبه قال جميع الفقهاء (١). وقال مجاهد: لا يجوز إلا في السفر (٢). وحكي ذلك عن داود (٣). دليلاً: إجماع الفرقة، وأخبارهم (٤). وأيضاً روى أنس أن النبي صلى الله عليه وآله رهن درعا له بالمدينة عند يهودي وأخذ منه شعيراً (٥)، وهذا نص. مسألة ٢: يجوز أخذ الرهن في كل حق ثابت في الذمة. وبه قال جميع الفقهاء (٦).

(١) الام ٣: ١٢٨، والمجموع ١٣: ١٧٧، والمبسوط ٢١: ٦٤، وأحكام القرآن للجصاص ١: ٥٢٣، والفتاوى الهندية ٥: ٤٢٣، وفتح الباري ٥: ١٤٠، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٩٨، والشرح الكبير ٤: ٣٩٨، والاقناع ٢: ١٥٠، ونيل الأوطار ٥: ٣٥٢، وبداية المجتهد ٢: ٢٧١.

(٢) أحكام القرآن ١: ٥٢٣، وفتح الباري ٥: ١٤٠، والمجموع ١٣: ١٧٨، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٩٨، والشرح الكبير ٤: ٣٩٨، والبحر الزخار ٥: ١١٠، والمحلى ٨: ٨٧، ونيل الأوطار ٥: ٣٥٢، وبداية المجتهد ٢: ٢٧١.

(٣) المحلى ٨: ٨٧، وفتح الباري ٥: ١٤٠، والمجموع ١٣: ١٧٨، وبداية المجتهد ٢: ٢٧١، وعمدة القاري ١٣: ٦٧ ونيل الأوطار ٥: ٣٥٢، والبحر الزخار ٥: ١١٠.

(٤) انظرها في الكافي ٥: ٣٣٣ (باب الرهن) ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٦٥ - ١٦٨، والتهذيب ٧: ٤٢ و ٧: ١٦٨ (باب الرهن).

(٥) صحيح البخاري ٣: ٧٤، وسنن ابن ماجه ٢: ٨١٥ حديث ٢٤٣٧، وأحكام القرآن للجصاص ١: ٥٢٣، ورواه النسائي ٧: ٢٨٨ باختلاف يسير في اللفظ.

(٦) الام ٣: ١٣٩، ومختصر المزني: ٩٣، والوجيز ١: ١٥٩ و ١٦١، والمجموع ١٣: ١٨٠، وكفاية الأختيار ١: ١٦٢ - ١٦٣، وفتح الباري ٥: ١٤٠، وبداية المجتهد ٢: ٢٧١، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٩٩، والشرح الكبير ٤: ٣٩٩، وسبل السلام ٣: ٨٦٩.

### [ ٢٢٢ ]

وحكي عن بعضهم - ولم يذكر اسمه لندوره - أنه قال: لا يجوز الرهن إلا في السلم (١). دليلاً: إجماع الفرقة، بل إجماع المسلمين، لان هذا الخلاف قد انقضى، ولان النبي صلى الله عليه وآله رهن درعا عند يهودي في المدينة وأخذ شعيراً لاهله (٢). وأيضاً قوله تعالى: " يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين الى أجل - الى قوله - فرهان مقبوضة " (٣) وكان أول الآية عاماً في جميع الاحوال، وكذلك آخرها. مسألة ٣: إذا قال إنسان لغيره: من رد عبدي فله دينار، لم يجز له أخذ الرهن عليه إلا بعد رد العبد. وبه قال ابن أبي ليلى، وابن أبي هريرة من أصحاب الشافعي في الافصاح، واختاره أبو الطيب الطبري، وقال: وهو الصحيح عندي (٤). وفي أصحابه من قال: يجوز ذلك، لان يؤل الى اللزوم (٥). دليلاً: أنه لم يستحق قبل الرد شيئاً، فلا يجوز له أخذ الرهن على ما لا يستحقه. مسألة ٤: لا يجوز شرط الرهن، ولا عقده قبل الحق. وبه قال الشافعي (٦). وقال أبو حنيفة: يجوز عقده، وقال: إذا دفع إليه ثوباً وقال: رهنتك هذا الثوب على عشرة دراهم تقرضنيها، وسلم إليه، ثم أقرضه من الغد، جاز ولزم (٧).

(١) المجموع ١٣: ١٨٠، وبداية المجتهد ٢: ٣٦٩ و ٢٧١.

(٢) تقدم في المسألة السابقة الاشارة الى الحديث فلاحظ.

(٣) البقرة: ٢٨٢ - ٢٨٣.

(٤) المجموع ١٣: ١٨١، والوجيز ١: ١٦١، وفتح العزيز ١٠: ٣٤.

(٥) المجموع ١٣: ١٨١، والوجيز ١: ١٦١، وفتح العزيز ١٠: ٣٤، ومغني المحتاج ٢: ١٢٧.

(٦) الام ٣: ١٣٩، ومختصر المزني: ٩٣، والمجموع ١٣: ١٨٢، والسراج الوهاج: ٢١٢، وكفاية الأختيار ١: ١٦٣، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٩٩، والشرح الكبير ٤: ٣٩٩، وفتح العزيز ١٠: ٤٢، والبحر الزخار ٥: ١٢٠.

(٧) الفتاوى الهندية ٥: ٤٢٤، وتبيين الحقائق ٦: ٧٧، وحاشية رد المحتار ٦: ٤٩٧، والمجموع ١٣: ١٨٢، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٩٩، والشرح الكبير ٤: ٣٩٩، وفتح العزيز ١: ٤٢، والبحر الزخار ٥: ١٢٠.

### [ ٢٢٣ ]

دليلنا أن ما اعتبرناه مجمع على جوازه، وما ذكره ليس على جوازه دليل. مسألة ٥: يلزم الرهن بالإيجاب والقبول. وبه قال أبو ثور، ومالك (١). وقال أبو حنيفة، والشافعي: عقد الرهن ليس بلازم، ولا يجبر الراهن على تسليم الرهن، فإن سلم باختياره، لزم بالتسليم (٢). دليلنا: قوله تعالى: "أوفوا بالعقود" (٣) وهذا عقد مأمور به، والأمر يقتضي الوجوب. وقوله تعالى: "فرهان مقبوضة" (٤) لا يدل على أن قبض الرهن وهو جائز التصرف، ثم جن الراهن، أو أغمي عليه، أو مات، لم يبطل الرهن. وبه قال أكثر أصحاب الشافعي (٥). وقال أبو اسحاق المروزي في الشرح: يبطل الرهن (٦). دليلنا: أن الرهن قد ثبت صحته، وإبطاله يحتاج إلى شرع، وليس في الشرع

- (١) بداية المجتهد ٢: ٢٧٠ - ٢٧١، وأسهل المدارك في شرح ارشاد السالك ٢: ٣٦٨، والشرح الصغير المطبوع بهامش بلغة السالك ٢: ١١٢، والمجموع ١٣: ١٨٥، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٠٠، والشرح الكبير ٤: ٤٢٠.
- (٢) اللباب ٢: ٤، وتبيين الحقائق ٦: ٦٣، والمبسوط ٢١: ٦٨، وشرح فتح القدير ٨: ١٩٢، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٨: ١٩٢، والمجموع ١٣: ١٨٥، وكفاية الاخيار ١: ١٦٣، وفتح العزيز ١٠: ٦٦، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٩٩، والشرح الكبير ٤: ٤٢٠، وأسهل المدارك ٢: ٣٦٨، وحاشية إعانة الطالبين ٣: ٥٨.
- (٣) المائة: ١.
- (٤) البقرة: ٢٨٣.
- (٥) المجموع ١٣: ١٩٢، والوجيز ١: ١٦٣، ومغني المحتاج ٢: ١٢٩، والسراج الوهاج: ٢١٥، وفتح العزيز ١٠: ٧٦ و ٧٨، وحاشية إعانة الطالبين ٣: ٥٨.
- (٦) المجموع ١٣: ١٩٢، وفتح العزيز ١٠: ٧٦ و ٧٨، والبحر الزخار ٥: ١١٣.

#### [ ٢٢٤ ]

ما يدل عليه. مسألة ٧: رهن المشاع جائز. وبه قال الشافعي، ومالك، والاوزاعي، وابن أبي ليلى، وعثمان البتي (١)، وعبيد الله بن الحسن العنبري، وسوار (٢)، وداود (٣). وقال أبو حنيفة: رهن المشاع غير جائز (٤). دليلنا: قوله تعالى: "فرهان مقبوضة" (٥)، ولم يفصل، وأيضاً الاخبار على عمومها.

- (١) عثمان بن مسلم بن جرموز وقيل: هرمرز البتي، أبو عمرو البصري، روى عن أنس والشعبي وعبد الحميد بن سلمة، وعنه شعبة والثوري وحماد بن سلمة وغيرهم. كان صاحب رأي وفقه، مات سنة ١٤٢ هـ. تهذيب التهذيب ٧: ١٥٢، والانساب للسمعاني: ٦٦ / أ.
- (٢) سوار بن عبد الله بن قدامة بن عنزة بن نقب بن عمرو بن الحارث العنبري البصري. قال ابن حبان: كان فقيهاً، وولاه أبو جعفر القضاء بالبصرة سنة ١٢٨ هـ وبقي على القضاء إلى أن مات وهو أمير البصرة وقاضيا سنة ١٥٦ هـ، تهذيب التهذيب ٤: ٣٦٩.
- (٣) مختصر المزني ٩٣، والام ٣: ١٩٢، والمجموع ١٣: ١٩٨، والوجيز ١: ١٥٩، وكفاية الاخيار ١: ١٦٤، ومغني المحتاج: ٢: ١٢٢، والسراج الوهاج: ٢١٢، وبداية المجتهد ٢: ٣٦٩، وبلغة السالك ٢: ١٠، وأسهل المدارك: ٢٧١، والمدونة الكبرى ٥: ٢٩٦ و ٢٩٩، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٠٧، والشرح الكبير ٤: ٤٠٥، والأقناع ٢: ١٥٢، والمحلى ٨: ٨٨، والمبسوط ٢١: ٦٩، وأحكام القرآن للجصاص ١: ٥٢٤، وتبيين الحقائق ٦: ٦٨، وشرح فتح القدير ٨: ٢٠٤، وبدائع الصنائع ٦: ١٢٨، والبحر الزخار ٥: ١١٥.
- (٤) اللباب ٢: ٥. والمبسوط ٢١: ٦٩، وأحكام القرآن للجصاص ١: ٥٢٤، وبدائع الصنائع ٦: ١٢٨، وشرح فتح القدير ٨: ٢٠٣، وتبيين الحقائق ٦: ٦٨، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٦: ٦٨، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٨: ٢٠٣، وحاشية رد المحتار ٦: ٤٨٩، والمحلى ٨: ٨٨، وبداية المجتهد ٢: ٣٦٩، وبلغة السالك ٢: ١١٠، وأسهل المدارك ٢: ٢٧١، والمجموع ١٣: ١٩٨، و ٢٠٣، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٠٧، والشرح الكبير ٤: ٤٠٥، والبحر الزخار ٥: ١١٥.
- (٥) البقرة: ٢٨٣.

#### [ ٢٢٥ ]

وأيضاً على المسألة إجماع الفرقة، وأخبارهم (١) تدل عليها. مسألة ٨: إستدامة القبض ليس بشرط في الرهن. وبه قال الشافعي (٢). وقال أبو حنيفة: ذلك

شرط (٣). دليلنا: قوله تعالى " فراهان مقبوضة " (٤)، فشرط القبض ولم يشترط الاستدامة. وأيضا فانا قد بينا أن بنفس العقد يثبت الرهن، فهذا الفرع يسقط عنا. وأيضا روي عنه عليه السلام أنه قال: " الرهن محلوب ومركوب " (٥). فلا يخلو من أن يكون ركوبها للراهن أو للمرتهن، وقد أجمعنا على أنه لا يحل للمرتهن ذلك، فدل على أنه مركوب للراهن، وذلك يدل على أن استدامة القبض ليس بشرط، وأخبار الفرقة دالة على ذلك (٦). مسألة ٩: إذا مات الراهن لا يفسخ الرهن. واليه ذهب أكثر أصحاب الشافعي (٧).

- (١) انظر الكافي ٥: ٢٣٣ (باب الرهن)، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٩٥ (باب ٩٥)، والتهذيب ٧: ١٦٧ (باب ١٥) (٢) المجموع ١٣: ١٩٢، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٠٢، والشرح الكبير ٤: ٤٢١، وبداية المجتهد ٣: ٢٧١، وبدائع الصنائع ٦: ١٤٢، والبحر الزخار ٥: ١١٢.
- (٢) بدائع الصنائع ٦: ١٤٢، وتبيين الحقائق ٦: ٦٧، والمجموع ١٣: ١٩٢، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٠٢، والشرح الكبير ٤: ٤٢٠، والبحر الزخار ٥: ١١٢.
- (٤) البيهقي ٢٨٣.
- (٥) سنن الدارقطني ٣: ٢٤ حديث ١٣٦، والمصنف لعبد الرزاق ٨: ٢٤٥، حديث ١٥٠٧٠، والسنن الكبرى ٦: ٢٨.
- (٦) يستفاد من عموم الاخبار الواردة في باب الرهن من كتاب الكافي ٥: ٢٣٣، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٩٥، والتهذيب ٧: ١٦٨، والاستبصار ٣: ١١٨.
- (٧) المجموع ١٣: ١٩٢، والوجيز ١: ١٦٣، وفتح العزيز ١٠: ٧٦، ومغني المحتاج ٢: ١٢٩، والسرّاج الوهاج: ٢٢٥، وحاشية اعانة الطالبين ٣: ٥٨، والبحر الزخار ٥: ١١٢ - ١١٣.

#### [ ٢٣٦ ]

وقال أبو اسحاق: يفسخ مثل الوكالة (١). دليلنا: أن الرهن كان صحيحا. ولا دلالة على أن الموت يبطله، فمن ادعاه فعليه الدلالة. مسألة ١٠: إذا غلب على عقل المرتهن، فولى الحاكم عليه رجلا، لزم الراهن تسليم الرهن إليه، ولا يفسخ الرهن. وقال الشافعي: يكون الراهن بالخيار (٢). دليلنا: أنا قد بينا أن الرهن يجب إقباضه بالايجاب والقبول، فمن قال بذلك قال بما قلناه. مسألة ١١: إذا أذن الراهن للمرتهن في قبض الرهن، ثم رجع عن الأذن ومنعه، لم يكن له ذلك. وقال الشافعي: له ذلك (٣). دليلنا: ما ذكرناه في المسألة الاولى، لان هذا فرع عليها. مسألة ١٢: إذا أذن له في قبض الرهن، ثم جن، أو أغمي عليه، جاز للمرتهن قبضه. وقال الشافعي: ليس له ذلك (٤). دليلنا: أنه قد ثبت أن إذنه صحيح قبل جنونه وإغمائه، فمن أبطله فيما بعد فعليه الدلالة. مسألة ١٣: إذا رهنه وديعة عنده في يده، وأذن له في قبضه، ثم جن، فقد

- (١) المجموع ١٣: ١٩٢، وفتح العزيز ١٠: ٧٦، والبحر الزخار ٥: ١١٢.
- (٢) الام ٣: ١٤٠، ومختصر المزني: ٩٣، وفتح العزيز ١٠: ٧٨، وبداية المجتهد ٢: ٢٧٠ - ٢٧١.
- (٣) الام ٣: ١٣٩، والمجموع ١٣: ١٩١، والوجيز ١: ١٦٠، وكفاية الاخير ١: ١٦٣، وفتح العزيز ١٠: ٧٥، والسرّاج الوهاج: ٢١٥، ومغني المحتاج ٢: ١٢٩.
- (٤) الام ٣: ١٣٩، والمجموع ١٣: ١٩١، وفتح العزيز ١٠: ٧٨.

#### [ ٢٣٧ ]

صار مقبوضا. وقال الشافعي: إذا لم يأت عليه زمان يمكن فيه قبضه، لم يصر مقبوضا بعد جنونه (١). دليلنا: ما قلناه في المسألة الاولى سواء. مسألة ١٤: إذا رهنه شيئا، ثم تصرف فيه الراهن بالبيع، أو الهبة، أو الرهن عند آخر قبضه أو لم يقبضه، أو قبضه البائع أو لم يقبضه، أو أصدقه إمرأته، لم يصح جميع ذلك، وكان باطلا. وقال الشافعي: يكون ذلك فسخا للرهن، وإن زوجها لم يفسخ الرهن (٢). دليلنا: أن القول بفسخ الرهن بذلك يحتاج الى دليل، والاصل صحته. مسألة ١٥: لا يجوز للوصي أن يشتري من مال اليتيم لنفسه، وإن اشتراه بزيادة. وبه قال الشافعي (٣). وقال أبو حنيفة: يجوز ذلك (٤). دليلنا: أن جواز ذلك يحتاج الى دليل. وأيضا فإنه متهم في ذلك، فيجب أن لا يجوز. مسألة ١٦: إذا كان له في يد رجل مال وديعة، أو إعارة، أو غصبا، فجعله

- (١) الام ٣: ١٤١، ومختصر المزني: ٩٣، والمجموع ١٣: ١٨٦، والوجيز ١: ١٦٣، وفتح العزيز ١٠: ٦٩ و ٧١، والسراج الوهاج: ٢١٥، ومغني المحتاج ٢: ١٢٨.
- (٢) الام ٣: ١٤٠، والوجيز ١: ١٦٣، والمجموع ١٣: ١٩١، وكفاية الاخير ١: ١٦٣، وفتح العزيز ١٠: ٧٥، ومغني المحتاج ٢: ١٢٩، والسراج الوهاج: ٢١٥، وحاشية اعانة الطالبين ٣: ٦٣.
- (٣) المجموع ١٣: ٣٥٧، ومغني المحتاج ٢: ١٧٦، وفتح العزيز ١٠: ٢٩٢، والشرح الكبير ٤: ٥٦٣.
- (٤) المبسوط ١٤: ٤٦، والفتاوى الهندية ٣: ١٧٥، وتبيين الحقائق ٦: ٢١١، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٨: ٤٩٩، وحاشية رد المحتار ٦: ٧٠٩.

### [ ٢٢٨ ]

رهننا عنده بدين له عليه، كان الرهن صحيحا بلا خلاف، ويصير الرهن مقبوضا باذنه فيه. وللشافعي فيه قولان: أحدهما مثل ما قلناه (١). والثاني: يصير مقبوضا وإن لم يأذن له فيه (٢). دليلنا: ان الشئ إذا كان في يده، فأذن له في قبضه عن الرهن، كان ذلك قبضا، وأغنى عن النقل. وأيضا إذا أذن له صار قبضا بالاجماع، وإن لم يأذن له، فليس على كونه قبضا دليل. مسألة ١٧: إذا غصب رجل من غيره عينا من الاعيان، ثم جعلها المغصوب منه رهنا في يد الغاصب بدين له عليه قبل أن يقبضها منه، فالرهن صحيح بالاجماع، ولا يزول ضمان الغصب. وبه قال الشافعي، ومالك، وأبو ثور (٣). وقال أبو حنيفة والمزني: ليس عليه ضمان الغصب (٤). دليلنا: أنا أجمعنا على أن عليه ضمانه قبل الرهن، فمن ادعى براءته منه بعد الرهن فعليه الدلالة. وروي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: " على اليد ما أخذت حتى تؤديه " أو " حتى تؤدي " (٥).

- (١) الام ٣: ١٤١ - ١٤٢، ومختصر المزني: ٩٣ - ٩٤، والمجموع ١٣: ١٨٩، والوجيز ١: ١٦٣، ومغني المحتاج ٢: ١٢٨، والسراج الوهاج: ٢١٥، وفتح العزيز ١٠: ٦٥.
- (٢) المجموع ١٣: ١٨٩، ومغني المحتاج ٢: ١٢٨، والسراج الوهاج: ٢١٥، وفتح العزيز ١٠: ٦٥.
- (٣) الام ٣: ١٤٢، ومختصر المزني: ٩٤، والوجيز ١: ١٦٣، والمجموع ١٣: ١٨٩، والسراج الوهاج: ٢١٥، ومغني المحتاج ٢: ١٢٨، وفتح العزيز ١٠: ٧١ - ٧٢، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٠٥، والشرح الكبير ٤: ٤٢٧، والبحر الرخار ٥: ١١٧، وحاشية اعانة الطالبين ٣: ٥٩.
- (٤) مختصر المزني: ٩٤، والوجيز ١: ١٦٣، والمجموع ١٣: ١٨٩، وفتح العزيز ١٠: ٧٢، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٠٥، والشرح الكبير ٤: ٤٢٧.
- (٥) سنن ابن ماجه ٢: ٨٠٢ حديث ٢٤٠٠، وسنن الترمذي ٣: ٥٦٦ حديث ١٢٦٦، وسنن أبي داود

### [ ٢٢٩ ]

مسألة ١٨: إذا رهن جارية وقد أفر بوطئها، فولدت لستة أشهر من وقت الوطاء فصاعدا الى تمام تسعة أشهر، فالولد للاحق به. وعند الشافعي الى أربع سنين (١). ولا ينفسخ الرهن في الام عندنا. وقال الشافعي في الجارية: لها ثلاثة احوال: إما أن يكون أفر بالوطء في حال العقد، أو بعد العقد وقبل القبض، أو بعد القبض. فان كان في حال العقد، فان المرتهن إذا علم باقراره، ودخل فيه، فقد رضي بحكم الوطاء، وما يؤدي إليه، فعلى هذا يخرج من الرهن، ولا خيار للمرتهن إن كان ذلك شرطا في عقد البيع. وإن كان أفر بذلك بعد عقد الرهن، وقبل القبض، فكذلك، لانه لما علم باقرار الراهن بوطئها، وقبضها مع العلم بذلك، كان راضيا به. وإن كان أفر بذلك بعد القبض، فهل يخرج من الرهن؟ فيه قولان: أحدهما يقبل إقراره. والثاني: لا يصح إقراره (٢). دليلنا: ما ثبت عندنا من أن ام الولد مملوكة يجوز بيعها، على ما استدل عليه فيما بعد، فإذا ثبت ذلك لم ينفسخ الرهن، سواء كان الاقرار بالوطء قبل العقد أو بعده، وقبل القبض أو بعده، وعلى كل حال. مسألة ١٩: إذا وطأ الراهن جاريته المرهونة، وحملت، وولدت، فانها تصير أم ولده، ولا يبطل الرهن، فان كان موسرا الرمز قيمة الرهن من غيرها لحرمة

- (١) ٣: ٢٩٦ حديث ٣٥٦١، ومسند أحمد بن حنبل ٥: ٨ و ١٢ و ١٣، والسنن الكبرى ٦: ٩٥. (١) الام ٣: ١٥٧ - ١٥٨، والوجيز ١: ١٦٤، وفتح العزيز ١٠: ١٨٧.
- (٢) الام ٣: ١٥٨، والوجيز ١: ١٦٤، وفتح العزيز ١٠: ١٨٧، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٢٨ - ٤٢٩، والشرح الكبير ٤: ٤٢٨.

ولدها، ويكون رهنا مكانها، وإن كان معسرا كان الدين باقيا، وجاز بيعها فيه. وللشافعي فيه ثلاثة أقوال: أحدها: يفرق بين الموسر والمعسر، فإن كان موسرا صارت أم ولده، فإن أعتقها عتقت، ووجب عليه قيمتها، يكون رهنا مكانها، أو قضاها من حقه. وإن كان معسرا، لم تخرج من الرهن، وتباع في حق المرتهن، هذا نقله المزني (١). والثاني: تصير أم ولده، وتعتق، سواء كان موسرا أو معسرا، ولكنه يوجب قيمتها على الموسر يكون رهنا مكانها (٢). والثالث: لا تخرج من الرهن، وتباع في دين المرتهن، سواء كان موسرا أو معسرا (٣). وقال أبو حنيفة: تصير أم ولده، وتعتق، سواء كان موسرا أو معسرا، فإن كان موسرا لزمه قيمتها، يكون رهنا مكانها، وإن كان معسرا تستسعي الجارية في قيمتها، إن كانت دون الحق، ويرجع بها على الراهن (٤). دليلنا: ما ثبت من كونها مملوكة. وإذا ثبت ذلك جاز بيعها إلا أنا نمنع من

- (١) الام ٣: ١٤٤، ومختصر المزني: ٩٤، والمجموع ١٣: ٢٣٦ - ٢٣٧، والمحلّى ٨: ٩٤، وعمدة القاري ١٣: ٧٣ - ٧٤، وتبيين الحقائق ٦: ٨٥.  
 (٢) الام ٣: ١٤٤، ومختصر المزني: ٩٤، والمجموع ١٣: ٢٣٦ - ٢٣٧، وعمدة القاري ١٣: ٧٣ - ٧٤، وتبيين الحقائق ٦: ٨٥.  
 (٣) المجموع ١٣: ٢٣٦ - ٢٣٧، والمحلّى ٨: ٩٤، وعمدة القاري ١٣: ٧٣ - ٧٤، والنتف ٢: ٦٠٩ وتبيين الحقائق ٦: ٨٥.  
 (٤) النتف ٢: ٦٠٩، والفتاوى الهندية ٥: ٤٦٣ - ٤٦٣، وعمدة القاري ١٣: ٧٤، وشرح فتح القدير ٨: ٢٧٧، وتبيين الحقائق ٦: ٨٥ و ٨٧، وحاشية رد المحتار ٦: ٥٠٩ - ٥١٠، والمحلّى ٨: ٩٥.

بيعها إذا كان موسرا، لمكان ولدها ما دام ولدها حيا، وإن مات جاز بيعها على كل حال، وسندل على ذلك فيما بعد، وعليه اجماع الفرقة وأخبارهم (١) تدل عليه. مسألة ٢٠: لا يجوز للراهن أن يطل الجارية المرهونة، سواء كانت ممن تحيل أو لا تحيل. واختلف أصحاب الشافعي، فقال ابن أبي هريرة مثل ما قلناه (٢). وقال المروزي: يجوز له وطؤها (٣). دليلنا: اجماع الفرقة، وأخبارهم تدل على ذلك، لأنها عامة في المنع من وطئها (٤)، ولم يفرقوا. مسألة ٢١: إذا وطأ الراهن الجارية المرهونة باذن المرتهن، لم يفسخ الرهن، سواء حملت أو لم تحمل - لان عندنا لا يزول ملكه بالحمل - فإن أعتقها باذنه انفسخ. وقال الشافعي: إذا وطأ الراهن الجارية المرهونة باذن المرتهن، فأحبلها، فإنها تخرج من الرهن، ولا يجب على الواطن قيمتها، لانه اذن في فعل ينافي الرهن، وبطل الرهن، كما إذا أذن في البيع فباعها أو أذن في الاكل فيما يؤكل (٥).

- (١) انظر الكافي ٦: ١٩٢ حديث ٤ و ٥، والتهذيب ٧: ٨٠ حديث ٣٤٤.  
 (٢) المجموع ١٣: ٢٣١، وفتح العزيز ١٠: ٩٧.  
 (٣) المجموع ١٣: ٢٣١، وفتح العزيز ١٠: ٩٧، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٣٦، والشرح الكبير ٤: ٤٣٦، وعمدة القاري ١٣: ٧٣، والبحر الزخار ٥: ١٢٠.  
 (٤) الكافي ٥: ٢٣٥ حديث ١٥ و ٢٠ ومن لا يحضره الفقيه ٣: ٢٠١ حديث ٩٠١، والتهذيب ٧: ١٦٩ حديث ٧٥٢ و ٧٥٣.  
 (٥) الام ٣: ١٤٣، ومختصر المزني: ٩٤، وفتح العزيز ١٠: ١١١، ومغني المحتاج ٢: ١٢٣، والسراج الوهاج: ٢١٦، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٢٧ - ٤٢٨، والشرح الكبير ٤: ٤٢٧ - ٤٢٨.

دليلنا: ما ثبت عندنا من أن ملكه باق لم يزل، وإذا ثبت فالرهن بحاله، فمن ادعى زواله فعليه الدلالة. مسألة ٢٢: إذا وطأ المرتهن الجارية المرهونة باذن الراهن، مع العلم بتحريم ذلك، لم يجب عليه المهر. وللشافعي فيه قولان: أحدهما مثل ما قلناه (١). والآخر: يجب (٢). دليلنا: أن الاصل براءة الذمة، وليس في الشرع ما يدل على وجوبه عليه. مسألة ٢٣: إذا أتت هذه الجارية الموطوءة باذن الراهن بولد، كان حرا لاحقا بالمرتهن بالاجماع، ولا يلزمه عندنا قيمته. وللشافعي فيه قولان: أحدهما يجب عليه قيمته. وبه قال المروزي (٣). والآخر: لا يجب (٤). دليلنا: ما قدمناه من أن

الاصل براءة الذمة، ووجوب القيمة يحتاج الى دليل. مسألة ٢٤: إذا بيعت هذه الجارية، ثم اشتراها المرتهن، فانها تكون أم ولده.

(١) الام ٣: ١٤٥ - ١٤٦، ومختصر المزني: ٩٤، والوجيز ١: ١٦٦، والمجموع ٩: ٢١٨، وفتح العزيز ١٠: ١٤٣، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٤١ - ٤٤٢، والشرح الكبير ٤: ٤٩٠، وحاشية اعانة الطالبين (٢) الام ٣: ١٤٥ - ١٤٦، ومختصر المزني: ٩٤، والوجيز ١: ١٦٦، والمجموع ٩: ٢١٨، وفتح العزيز ٣: ٦٤. ١٠: ١٤٣، ومغني المحتاج ٢: ١٢٨، والسراج الوهاج: ٢١٩، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٤١ - ٤٤٢، والشرح الكبير ٤: ٤٩٠. (٢) الام ٣: ١٤٥ - ١٤٦، ومختصر المزني: ٩٤، والمجموع ٩: ٢١٨، وفتح العزيز ١٠: ١٤٣، ومغني المحتاج ٢: ١٢٨، والسراج الوهاج: ٢١٩، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٤١ - ٤٤٢، والشرح الكبير ٤: ٤٩٠، والوجيز ١: ١٦٦. (٤) مختصر المزني: ٩٤، والمجموع ٩: ٢١٨، والوجيز ١: ١٦٦، وفتح العزيز ١٠: ١٤٣، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٤١ - ٤٤٢، والشرح الكبير ٤: ٤٩٠.

### [ ٢٣٣ ]

وللشافعي فيه قولان: أحدهما مثل ما قلناه (١). والثاني: لا تصير أم ولده (٢). دليلنا: أن الاشتقاق يقتضي ذلك، لان الولد إذا كان لاحقا به، وهذه أمه، فينبغي أن تسمى ام ولده. مسألة ٢٥: إذا أذن المرتهن للراهن في بيع الرهن بشرط أن يكون ثمن الرهن رهنا، كان صحيحا. وللشافعي فيه قولان: أحدهما مثل ما قلناه (٣). والثاني: يبطل البيع (٤). دليلنا: قوله تعالى: " وأحل الله البيع " (٥). وأبضا قوله عليه السلام: " المؤمنون عند شروطهم " (٦). مسألة ٢٦: إذا قال المرتهن للراهن: بيع الرهن بشرط أن تجعل ثمنه من ديني قبل محله، فإذا باع الراهن صح البيع، ويكون الثمن رهنا الى وقت حلوله، ولا يلزمه الوفاء بتقديم الحق قبل الاجل، لانه لا دليل على ذلك. وللشافعي فيه قولان:

(١) مختصر المزني: ٩٤، والمجموع ٩: ٢١٨ و ١٣: ٢٢٨، وفتح العزيز ١٠: ١٤٣. (٢) الام ٣: ١٤٦، ومختصر المزني: ٩٤، والمجموع ٩: ٢١٨، والسراج الوهاج: ٢١٩، ومغني المحتاج ٢: ١٢٨، وفتح العزيز ١٠: ١٤٣. (٣) المجموع ١٣: ٢٤٠، والوجيز ١: ١٦٥، وفتح العزيز ١٠: ١١٤، والسراج الوهاج: ٢١٧، ومغني المحتاج ٢: ١٢٣، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٨٧ - ٤٨٨. (٤) الام ٣: ١٤٥، والوجيز ١: ١٦٥، ومختصر المزني: ٩٤ - ٩٥، والمجموع ١٣: ٢٤٠، والسراج الوهاج ٢١٧، ومغني المحتاج ٢: ١٢٣، وفتح العزيز ١٠: ١١٤، والبحر الزخار ٥: ١٢٠. (٥) البقرة: ٢٧٥. (٦) التهذيب ٧: ٢٧١ حديث ١٥٠٣، والاستبصار ٣: ٢٣٢ حديث ٨٣٥، والمصنف لابن أبي شيبه ٦: ٥٦٨ حديث ٢٠٦٤ وتلخيص الحبير ٣: ٢٣ و ٤٤ حديث ١١٩٥ و ١٢٤٦، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٨٤، والشرح الكبير ٤: ٣٨٦.

### [ ٢٣٤ ]

أحدهما: أن البيع باطل، وهو المنصوص عليه (١). وقال المزني: يصح، ويكون ثمنه رهنا مكانه (٢). دليلنا: قوله تعالى: " وأحل الله البيع " (٣)، ودلالة الاصل أيضا، والمنع يحتاج الى دليل. مسألة ٢٧: رهن أرض الخراج - وهي أرض سواد العراق وحده، من القادسية الي حلوان عرضا، ومن الموصل الى عبادان طولاً - باطل. وللشافعي فيه قولان: أحدهما: أن عمر قسم بين الغانمين، فاشتغلوا بها سنتين أو ثلاثا، ثم رأى من المصلحة أن يشتريها منهم لبيت المال، فاستنزلهم عنها، فمنهم من نزل عنها بعوض، ومنهم من ترك حقه، فلما حصلت لبيت المال لا مالك لها معين، وقفها على المسلمين، ثم أجرها منهم باجرة ضربها على الجريان، فجعل على كل جريب نخل عشرة دراهم، وعلى كل جريب كرم ثمانية دراهم، وعلى كل جريب شجر ستة دراهم، وعلى جريب الحنطة أربعة، وعلى الشعير درهمين (٤). وبه قال الاصلخري (٥) والمأخوذ من القوم اجرة باسم الخراج. وقال أبو العباس: ما وقفها، ولكن باعها من المسلمين بثمن مضروب على الجريان، فالمأخوذ من القوم ثمن (٦).



- (١) الام ٣: ١٤٥، ومختصر المزماني ٩٤ - ٩٥، والوجيز ١: ١٦٥، والمجموع ١٣: ٢٤٠، وفتح العزيز ١٠: ١١٥، وكفاية الاخيار ١: ١٦٤، والسراج الوهاج: ٢١٧، ومغني المحتاج ٢: ١٣٣.
- (٢) مختصر المزماني: ٩٥، والمجموع ١٣: ٢٤٠، وفتح العزيز ١٠: ١١٥.
- (٣) البقرة: ٣٧٥.
- (٤) المجموع ١٣: ٢٠٩، والوجيز ١: ١٥٩، وفتح العزيز ١٠: ٧، والاحكام السلطانية ١: ١٤٨.
- (٥) المجموع ١٣: ٢٠٩.
- (٦) المجموع ١٣: ٢٠٩، والوجيز ١: ١٥٩ - ١٦٠، والبحر الزخار ٥: ١١٤.

### [ ٢٣٥ ]

فعلى قول أبي العباس: الرهن والبيع فيها صحيح. وعلى قول الشافعي والاصطخري: باطل (١). وقال أبو حنيفة: أن عمر أقر هذه الارضين في يد أربابها المشركين، وضرب عليهم الجزية هذا القدر، فمن باع منهم حقه على مسلم أو أسلم كان المأخوذ منه خراجا، ولا يسقط ذلك الجزية باسلامه، فهي تطلق تباع، وتورث، وترهن (٢). دليلنا: اجماع الفرقة على أن أرض الخراج لا يصح بيعها، ولا رهنها، لأنها أرض المسلمين قاطبة، لا يتعين ملاكها، ومن ادعى أحد الاحكام التي ذكرنا، فعليه الدلالة. وكونها أرض الخراج، وانها لجميع المسلمين على ما نقوله، أو ملك الغانمين على ما يقول المخالف، لا خلاف فيه، فمن ادعى انتقالها عنهم، فعليه الدلالة. مسألة ٢٨: إذا جنى العبد جناية، ثم رهنه، بطل الرهن، سواء كانت الجناية عمدا أو خطأ، أو توجب القصاص أو لا توجيهه ولاصحاب الشافعي فيه ثلاث طرق: فقال أبو اسحاق: المسألة على قولين عمدا كانت أو خطأ، أحدهما: يصح والاخر: لا يصح (٣). ومنهم من قال: إن كانت عمدا صح، قولاً واحداً. وان كانت خطأ فعلى قولين (٤). ومنهم من قال إن كانت خطأ بطل، قولاً واحداً وان كانت عمدا فعلى

- (١) المغني لابن قدامة ٤: ٤١٦، والشرح الكبير ٤: ٤١٥، والوجيز ١: ١٥٩، والبحر الزخار ٥: ١١٤.
- (٢) انظر الخراج لابي يوسف: ٢٨، والاحكام السلطانية ١: ١٥١ - ١٥٢.
- (٣) المجموع ١٣: ٢٠٧ - ٢٠٨، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٠٨، والبحر الزخار ١٢٤: ٥.
- (٤) المجموع ١٣: ٢٠٧ - ٢٠٨، والبحر الزخار ٥: ١٢٤.

### [ ٢٣٦ ]

قولين (١). قالوا: وهذا القول الاخير هو المذهب (٢). دليلنا: على بطلانه: أنه إذا كان عمدا فقد استحق المجني عليه العبد، وإن كان خطأ تعلق الارش بقرنته، فلا يصح رهنه. مسألة ٢٩: إذا رهن عبده رهنا على ألف، وقبضه الراهن، ثم افترض ألفا آخر على ذلك الرهن بعينه، كان ذلك صحيحا، ويكون الرهن بالالفين ألف متقدمة وألف متأخرة. وبه قال الشافعي في القديم (٣)، وهو اختيار المزماني (٤)، واليه ذهب أبو يوسف (٥). وقال في الجديد: لا يجوز (٦). وبه قال أبو حنيفة ومحمد (٧). دليلنا قوله تعالى: " فرهان مقبوضة " (٨) ولم يفرق. والاختار المروية في جواز الرهن تدل عليه من غير تفصيل. مسألة ٣٠: إذا أقر أن عبده جنى على غيره، ثم رهنه، وأنكر المرتهن ذلك.

- (١) المجموع ١٣: ٢٠٧ - ٢٠٨.
- (٢) الوجيز ١: ١٦٠، وفتح العزيز ١٠: ١٣.
- (٣) مختصر المزماني: ٩٥، والمجموع ١٣: ٢٠٧، ومغني المحتاج ٢: ١٢٧ - ١٢٨، وفتح العزيز ١٠: ٥٢ - ٥٣، والسراج الوهاج: ٢١٤، والبحر الزخار ٥: ١١٦.
- (٤) مختصر المزماني: ٩٥، والمجموع ١٣: ٢٠٧، والبحر الزخار ٥: ١١٦.
- (٥) شرح فتح القدير ٨: ٢٤١، وبدائع الصنائع ٦: ١٣٩، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٨: ٢١٤، والمجموع ١٣: ٢٠٧، والبحر الزخار ٥: ١١٦.
- (٦) الام ٣: ١٥٤، ومختصر المزماني: ٩٥ و ١٠٠، والمجموع ١٣: ٢٠٧، والسراج الوهاج: ٢١٤، ومغني المحتاج ٢: ١٢٧ - ١٢٨، وكفاية الاخيار ١: ١٦٤، وشرح فتح القدير ٨: ٢٤١، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٨: ٢٤١، وفتح العزيز ١٠: ٥٢ - ٥٣، والبحر الزخار ٥: ١١٦.
- (٧) شرح فتح القدير ٨: ٢٤١، شرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٨:

٢٤١، وبدائع الصنائع ٦: ١٣٩، وتبيين الحقائق ٦: ٩٥، والمجموع ١٣: ٢٠٧، والبحر الزخار ٥: ١١٦.  
(٨) البقرة: ٢٨٣.

### [ ٢٣٧ ]

أو أقر أنه كان غصبه من فلان، ثم رهنه أو باعه منه، ثم رهنه. أو أنه أعتقه، ثم رهنه، وأنكر ذلك المرتهن، كان إقراره لمن أقر له به صحيحا في حقه، ويلزمه، ولا يلزم ذلك في حق المرتهن. وللشافعي فيه قولان: أحدهما: لا ينفذ إقراره، وهو أصح القولين (١)، وبه قال أبو حنيفة (٢). والثاني: ينفذ (٣). دليلنا: أن إقرار العاقل على نفسه جائز، فمن منع منه في موضع فعليته الدلالة. مسألة ٢١: إذا دبر عبده، ثم رهنه، بطل التدبير، وصح الرهن إن قصد بذلك فسخ التدبير، وإن لم يقصد بذلك فسخ التدبير لم يصح الرهن. وللشافعي فيه ثلاثة أقوال: أحدها: مثل ما قلناه، إذا قال أنه وصية (٤). والثاني: أن التدبير عتق بصفة، فينفذ التدبير ويبطل الرهن، لأنه لا يصح الرجوع فيه إلا بالبيع والهبة، فأما بالقول فلا يصح بأن يقول قد فسخت التدبير (٥).

(١) الام ٣: ١٥٧ - ١٥٨، ومختصر المزني: ٩٥، والمجموع ١٣: ٢٦٣، والوجيز ١: ١٦٩، وفتح العزيز ١٠: ١٨٣، ومغني المحتاج ٢: ١٤٢، والسراج الوهاج: ٢٢١، والبحر الزخار ٥: ١٢٥.  
(٢) تبيين الحقائق ٦: ٩٠، والام ٣: ١٥٧ - ١٥٨، وفتح العزيز ١٠: ١٨٣، والبحر الزخار ٥: ١٢٥.  
(٣) الام ٣: ١٥٧، ومختصر المزني: ٩٥، والوجيز ١: ١٦٩، وفتح العزيز ١٠: ١٨٣، ومغني المحتاج ٢: ١٤٢، والسراج الوهاج: ٢٢١، والبحر الزخار ٥: ١٢٥.  
(٤) الام ٣: ١٥٨، ومختصر المزني: ٩٦، والمجموع ١٣: ٢٠١ - ٢٠٢، ومغني المحتاج ٢: ١٢٣، والسراج الوهاج: ٢١٣، وفتح العزيز ١٠: ١٣ - ١٤، والأشباه والنظائر: ٤٥٧. (٥) الام ٣: ١٥٨، ومختصر المزني: ٩٦، ومغني المحتاج ٢: ١٢٣، والمجموع ١٣: ٢٠١ - ٢٠٢، وفتح العزيز ١٠: ١٣ - ١٤، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٠٨، والشرح الكبير ٤: ٤٠٨.

### [ ٢٣٨ ]

ومنهم من قال: الرهن باطل، سواء قلنا التدبير وصية، أو عتق بصفة (١). دليلنا: إجماع الفرقة، وأخبارهم على أن التدبير بمنزلة الوصية (٢)، والوصية له الرجوع فيها بلا خلاف، فكذلك التدبير. فأما إذا لم يقصد الرجوع، فلا دلالة على بطلانه، ولا دلالة على صحة الرهن، فينبغي أن يكون باطلا. وإن قلنا أنه يصح التدبير والرهن معا، لأنه لا دلالة على بطلان واحد منهما، كان قويا. وبه قال قوم من أصحاب الشافعي، واختاروه، وهو المذهب عندهم (٣)، لأن ما جاز بيعه جاز رهنه، وبيع المدير جائز بلا خلاف عندنا، وكذلك عندهم، وهذا قوي. مسألة ٣٢: إذا علق عتق عبده بصفة، ثم رهنه، كان الرهن صحيحا والعتق باطل، سواء كان حلول الحق قبل حلول الشرط أو بعده، أو لا يدري أيهما سبق. وقال الشافعي وأصحابه فيها: ثلاث مسائل: إحداها: يحل الحق قبل العتق، مثل أن علق عتقه بصفة إلى سنة، ثم رهنه بحق يحل بعد شهرين، فالرهن صحيح (٤). والثانية: يوجد الصفة قبل محل الحق، مثل أن قال: أنت حر بعد شهر، ثم

(١) مختصر المزني: ٩٦، والمجموع ١٣: ٢٠١ - ٢٠٢، ومغني المحتاج ٢: ١٢٣، والوجيز ١: ١٦٠، وفتح العزيز ١٠: ١٢ - ١٤.  
(٢) الكافي ٦: ١٨٣، حديث ١ و ٢، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ٧٢، حديث ٢٤٨، والتهذيب ٨: ٢٥٨، حديث ٩٢٨ و ٩٣٩، والاستبصار ٤: ٣٠، حديث ١٠١ و ١٠٥.  
(٣) المغني لابن قدامة ١٢: ٢١٦، والشرح الكبير ١٢: ٢١٦ - ٣١٧.  
(٤) المجموع ١٣: ٢٠٠، والوجيز ١: ١٦٠، ومغني المحتاج ٢: ١٢٣، والسراج الوهاج: ٢١٣ و ٢١٥، وفتح العزيز ١٠: ١٦ - ١٧.

### [ ٢٣٩ ]

رهنه بحق يحل إلى سنة، فالرهن باطل (١). والثالثة: إذا لم يعلم أيهما السابق، مثل أن يقول: إذا قدم زيد فانت حر، ثم رهنه، بحق يحل إلى سنة، ولا يعلم متى يقدم زيد. فهذه على قولين: أحدهما يصح (٢). والثاني: باطل (٣). دليلنا: إجماع

الفرقة على أن العتق بصفة لا يصح، وإذا لم يصح ذلك، كان الملك باقيا، وصح رهنه. مسألة ٣٣: إذا رهنه عبدا، ثم دبره، كان التدبير باطلا. وبه قال الشافعي وأصحابه (٤). وحكى الربيع فيها قولاً آخر: إن الرهن صحيح، والتدبير صحيح (٥). دليلنا: إجماع الفرقة على أن الراهن لا يجوز له التصرف في الرهن بغير إذن المرتهن، والتدبير تصرف، فيجب أن يكون باطلاً. مسألة ٣٤: إذا كان الرهن شاة فماتت، زال ملك الراهن عنها، وانفسخ الرهن إجماعاً، فإن أخذ الراهن جلدتها، فدبغها، لم يعد ملكه. وقال الشافعي: يعود ملكه، قولاً واحداً (٦).

- (١) الام ٣: ١٥٩، والمجموع ١٣: ٢٠٠، والوجيز ١: ١٦٠، ومغني المحتاج ٢: ١٢٣، وفتح العزيز ١٠: ١٧، والاشباه والنظائر: ٤٥٧، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٠٩، والشرح الكبير ٤: ٤٠٢.
- (٢) المجموع ١٣: ٢٠٠، ومغني المحتاج ٢: ١٢٣ و ١٣٠، والسراج الوهاج: ٢١٢ و ٢١٦، وفتح العزيز ١٠: ١٧، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٠٩، والشرح الكبير ٤: ٤٠٢.
- (٣) المجموع ١٣: ٢٠٠، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٠٩، ومغني المحتاج ٢: ١٢٣، والسراج الوهاج: ٢١٥ - ٢١٦، وفتح العزيز ١٠: ١٧، والشرح الكبير ٤: ٤٠٢.
- (٤) الام ٣: ١٥٨، ومختصر المزني: ٩٦، والمجموع ١٣: ٢٠٢، والسراج الوهاج: ٢١٥، ومغني المحتاج ٢: ١٢٩.
- (٥) مختصر المزني: ٩٦، والمجموع ١٣: ٢٠٢، والسراج الوهاج: ٢١٥، ومغني المحتاج ٢: ١٢٩، والبحر الزخار ٥: ١١٩.
- (٦) المجموع ١٣: ٢٤٨.

#### [ ٢٤٠ ]

وهل يعود الرهن؟ على وجهين. قال ابن خيران: يعود الرهن (١). وقال أبو اسحاق: لا يعود (٢). دليلنا: إجماع الفرقة على أن جلد الميتة لا يطهر بالديباغ، وإذا ثبت ذلك لم يعد الملك إجماعاً، لأن من خالف في ذلك خالف في طهارته. ويدل عليه أيضاً قوله تعالى: " حرمت عليكم الميتة " (٣) وذلك على عمومته. مسألة ٣٥: إذا اشترى عبداً باللف، ورهن به عصيراً، وقبضه، واختلفا، فقال الراهن: أقبضتكَ عصيراً، وقال المرتهن: أقبضتني خمرًا، فلي الخيار، كان القول قول المرتهن مع يمينه. وبه قال أبو حنيفة والمزني (٤)، وهو أحد قولي الشافعي (٥). والثاني: القول قول الراهن، وهو اختيار الاسفراييني (٦). دليلنا: أن هذا اختلاف في القبض، لأنه إذا ادعى المرتهن أنه قبضه خمرًا، وقبض الخمر كلاً قبض، فصار كأنه اختلاف في القبض، وفي اختلاف القبض القول قول المرتهن، لأنه يكون فائدته أن المرتهن يقول ما قبضت رهنًا، والراهن يقول قبضت رهنًا، فمن يدعي القبض فعليه البينة، وعلى من ينكره اليمين. والقول الآخر أيضاً قوي، لأنهما اتفقا على القبض، وإنما يدعي المرتهن أنه قبض فاسد، فعليه البينة، والأصل الصحة.

(١) و (٢) المصدر السابق.

(٣) المائدة: ٣.

(٤) و (٥) مختصر المزني: ٩٦، والمجموع ١٣: ٢٥٩، وفتح العزيز ١٠: ١٩٤.

(٦) مختصر المزني: ٩٦، والوجيز ١: ١٦٨، والمجموع ١٣: ٢٥٩، وفتح العزيز ١٠: ١٩٤.

#### [ ٢٤١ ]

مسألة ٣٦: الخمر ليست بمملوكة، ويجوز إمساكها للتخلل، وللتخليل. وقال الشافعي: ليست بمملوكة، ولا يحل إمساكها، ويجب إراققتها (١). وقال أبو حنيفة: هي مملوكة كالعصير، ولا يجب عليه إراققتها، ويجوز له إمساكها للتخلل أو التخليل (٢). دليلنا: إجماع الفرقة على نجاسة الخمر، وعلى تحريمها الإجماع، فمن ادعى صحة أنه يملكها، فعليه الدلالة. وأما التخلل والتخليل فلا خلاف بين الطائفة فيه، فلاجل ذلك لم نتشاعل به، ولأنه لو صار خلا، تناولته الطواهر المتناولة لباحة الخل، فمن خصص ذلك فعليه الدلالة. مسألة ٣٧: إذا رهن نخلاً مطلعا، ولم يشترط أن يكون الطلع رهنًا، لم يدخل الطلع في الرهن. وللشافعي فيه قولان: أحدهما مثل ما قلناه، وهو قوله الجديد (٣). والثاني يدخل فيه، وهو قوله القديم (٤). دليلنا: أن الأصل عدم كونه رهنًا، فمن ادعى دخوله في الرهن لدخول النخل فيه، فعليه الدلالة. مسألة ٣٨: إذا رهن ما يسرع إليه الفساد، ولم يشترط أنه إذا خيف هلاكه به، كان الرهن فاسداً. وللشافعي فيه قولان: أحدهما مثل ما قلناه (٥).

- (١) الام ٣: ١٥٩، والمجموع ٢: ٥٧٧ و ١٣: ٢٤٧، وفتح العزيز ١٠: ٨٢ و ٨٥.
- (٢) الفتاوى الهندية ٥: ٤٢٧، وتبيين الحقائق ٦: ٩٣، والمجموع ١٣: ٢٤٧، وفتح العزيز ١٠: ٨٢.
- (٣) مختصر المزني: ٩٦ و ٩٩، والمجموع ١٣: ٢١٠ - ٢١١، والوجيز ١: ١٦٢، وفتح العزيز ١٠: ٥٥.
- (٤) المجموع ١٣: ٢١٠ - ٢١١، والوجيز ١: ١٦٢.
- (٥) المجموع ١٣: ١٩٩، والوجيز ١: ١٦٠، والسراج الوهاج: ٢١٣، ومغني المحتاج ٢: ١٢٤، وفتح العزيز

### [ ٢٤٢ ]

والثاني: يصح الرهن، ويجبر على بيعه (١). دليلنا: أنه لا دليل على أنه يجبر على بيعه، وإذا لم يكن عليه دلالة لم ينتفع المرتهن بهذا الرهن أصلاً، فيجب أن يكون باطلاً. مسألة ٣٩: إذا رهن عند غيره شيئاً، وشرط للمرتهن إذا حل الحق أن يبيعه، صح شرطه، ويجوز توكيل المرتهن في بيع الرهن. وبه قال أبو حنيفة (٢). وقال الشافعي: لا يصح شرطه، ولا توكيله إلا بحضرة الراهن، فإن حضره الراهن صح بيعه (٣). ومنهم من قال: لا يجوز على كل حال (٤). دليلنا: أن الأصل جواز ذلك، فمن منع منه فعليه الدلالة. وأيضاً قال النبي صلى الله عليه وآله: "المؤمنون عند شروطهم" (٥) وذلك عام. مسألة ٤٠: إذا رهن عند غيره شيئاً، وشرط أن يكون موضوعاً على يد

- ١٠: ١١، والمغني لابن قدامة ٤: ٤١٠، والشرح الكبير ٤: ٤٠٣. (١) مختصر المزني: ٩٦، والمجموع ١٣: ١٩٩، والوجيز ١: ١٦٠، والسراج الوهاج: ٢١٣، ومغني المحتاج ٢: ١٢٤، وفتح العزيز ١٠: ١١، والمغني لابن قدامة ٤: ٤١٠، والشرح الكبير ٤: ٤٠٣.
- (٢) اللباب ٢: ٨، وبدائع الصنائع ٦: ١٤٦، والمجموع ١٣: ٢٢٥، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٦٤، وفتح العزيز ١٠: ١٢٩.
- (٣) المجموع ١٣: ٢٢٥، ومغني المحتاج ٢: ١٣٥، والسراج الوهاج: ٢١٧، وفتح العزيز ١٠: ١٢٩، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٦٤.
- (٤) ممن قال به الطبري، انظر المجموع ١٣: ٢٢٦، ومغني المحتاج ٢: ١٣٥، والسراج الوهاج: ٢١٧، وفتح العزيز ١٠: ١٢٩.
- (٥) التهذيب ٧: ٣٧١ حديث ١٥٠٣، والاستبصار ٣: ٢٣٢ حديث ٨٣٥، والمصنف لابن أبي شيبة ٦: ٥٦٨ حديث ٢٠٦٤، وتلخيص الحبير ٣: ٢٣ و ٤٤ حديث ١١٩٥ و ١٢٤٦، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٨٤، والشرح الكبير ٤: ٢٨٦.

### [ ٢٤٣ ]

عدل، صح شرطه، فإذا قبضه العدل، لزم الرهن. وبه قال جميع الفقهاء (١)، إلا ابن أبي ليلى، فانه قال: لا يصح قبضه (٢). دليلنا اجماع الأمة، وخلاف ابن أبي ليلى قد انقضى. وأيضاً: قوله عليه السلام: "المؤمنون عند شروطهم" (٣). مسألة ٤١: إذا عزل الراهن عن البيع، لم تنفسخ وكالته، وجاز له بيع الرهن. وقال الشافعي: تنفسخ وكالته، ولا يجوز له بيعه (٤). دليلنا: أنه قد ثبت وكالته بالاجماع، فمن ادعى انفساخها، فعليه الدلالة. مسألة ٤٢: إذا عزل المرتهن العدل لم يعزل أيضاً. وللشافعي فيه قولان: أحدهما مثل ما قلناه (٥). وفي أصحابه من قال: يعزل (٦). دليلنا: أن الأصل ثبوت الوكالة، وثبوت العزل بعدها يحتاج إلى دليل.

- (١) المبسوط ٢١: ٧٧، وبدائع الصنائع ٦: ١٣٧، وشرح فتح القدير ٨: ٢٢٠، والفتاوى الهندية ٥: ٤٤٠، وتبيين الحقائق ٦: ٨٠، والمجموع ١٣: ٢٢١، والوجيز ١: ١٦٥، ومغني المحتاج ٢: ١٣٣، والسراج الوهاج: ٢١٧، وفتح العزيز ١٠: ١٢١، والمغني لابن قدامة ٤: ٤١٩، والشرح الكبير ٤: ٤٤٨.
- (٢) المجموع ١٣: ٢٢١، والمغني لابن قدامة ٤: ٤١٩، والشرح الكبير ٤: ٤٤٩، والمبسوط ٢١: ٧٧، وتبيين الحقائق ٦: ٨٠، وبدائع الصنائع ٦: ١٣٧.
- (٣) تقدمت الإشارة الى مصادر الحديث في المسألة السابقة فلاحظ.
- (٤) الام ٣: ١٦٩، والمجموع ١٣: ٢٢٤، ومغني المحتاج ٢: ١٣٥، وفتح العزيز ١٠: ١٢٠، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٢٣، والشرح الكبير ٤: ٤٥٤، والبحر الزخار ٥: ١٢٢.

(٥) المجموع ١٣ : ٢٢٤، ومغني المحتاج ٢ : ١٣٥، وفتح العزيز ١٠ : ١٣٠، والمغني لابن قدامة ٤ : ٤٢٣ - ٤٢٤، والشرح الكبير ٤ : ٤٥٤ - ٤٥٥، والبحر الزخار ٥ : ١٢٢.  
(٦) المجموع ١٣ : ٢٢٤، وفتح العزيز ١٠ : ١٣٠، والمغني لابن قدامة ٤ : ٤٢٣ - ٤٢٤، والشرح الكبير ٤ : ٤٥٤ - ٤٥٥.

#### [ ٢٤٤ ]

مسألة ٤٣: إذا أراد العدل بيع الرهن، فلا بد من إذن المرتهن، ولا يلزم إذن الراهن. وللشافعي في إذن الراهن وجهان: أحدهما مثل ما قلناه (١)، والثاني: لا بد من إذنه (٢). دليلنا: أنه قد أذن له في بيعه في حال التوكيل، فهو يملك الأذن فيه، فلا يحتاج إلى تجديده، ولأنه لا دلالة عليه، ولأنه يؤدي إلى أن لا يباع الرهن أصلاً، إن امتنع من الأذن أبداً. مسألة ٤٤: لا يجوز للعدل أن يبيع الرهن إلا بثمن مثله حالاً، ويكون من نقد البلد، إذا أطلق له الأذن، فإن شرط له جواز ذلك كان جائزاً. وبه قال الشافعي (٣). وقال أبو حنيفة: يجوز له بيعه بأقل من ثمن مثله، وبنسبة، حتى قال: لو وكله في بيع ضيعة تساوي مائة ألف دينار، فباعها بدائق نسبية إلى ثلاثين سنة كان جائزاً (٤). دليلنا: أنا قد اتفقنا أنه إذا باعه بما قلناه كان البيع ماضياً، ولا دليل على أن ما قاله صحيح.

(١) المجموع ١٣ : ٢٢٣، ومغني المحتاج ٢ : ١٣٥، وفتح العزيز ١٠ : ١٢٩ - ١٣٠، والسراج الوهاج: ٢١٧، وحاشية اعانة الطالبين ٣ : ٦٢، والمغني لابن قدامة ٤ : ٤٢٣ - ٤٢٤.  
(٢) المجموع ١٣ : ٢٢٣، ومغني المحتاج ٢ : ١٣٥، والسراج الوهاج: ٢١٧، وفتح العزيز ١٠ : ١٢٩ - ١٣٠، والمغني لابن قدامة ٤ : ٤٢٣ - ٤٢٤.  
(٣) الوجيز ١ : ١٦٥، والسراج الوهاج: ٢١٨، ومغني المحتاج ٢ : ١٣٥، وفتح العزيز ١٠ : ١٣٣، والمغني لابن قدامة ٤ : ٤٢٦، والشرح الكبير ٤ : ٤٥٢.  
(٤) المبسوط ٢١ : ٨٤، والفتاوى الهندية ٥ : ٤٤٢، وبدائع الصنائع ٦ : ١٤٩، وتبيين الحقائق ٦ : ٨١، والمغني لابن قدامة ٤ : ٤٢٦، والشرح الكبير ٤ : ٤٥٢.

#### [ ٢٤٥ ]

مسألة ٤٥: إذا باعه بثمن مثله، أو بما يتغابن الناس في مثله، ثم جاءه الزيادة للراهن في حال خيار المجلس، أو خيار الشرط، فإن قبلها كان له فسخ العقد، وإن لم يقبلها لم يفسخ البيع، وللشافعي فيه قولان: فالذي نص عليه أنه يفسخ البيع على كل حال (١)، والثاني: لا يفسخ لمكان الزيادة إذا لم يفسخ (٢). دليلنا: أن العقد ثبت بلا خلاف، وانفساخه على كل حال يحتاج إلى دليل. مسألة ٤٦: الرهن غير مضمون. وبه قال الشافعي (٣). وقال أبو حنيفة: مضمون بأقل الأمرين (٤). دليلنا: إجماع الفرقة، وأخبارهم (٥)، ولأنه لا دلالة على كونه مضموناً، والأصل براءة الذمة. مسألة ٤٧: إذا باع العدل الرهن، وقبض ثمنه، فهو من ضمان الراهن حتى يقبضه المرتهن، لأنه بدل الرهن، فإذا تلف الثمن لم يسقط من دين المرتهن

(١) مغني المحتاج ٢ : ١٣٦، والسراج الوهاج: ٢١٨، وفتح العزيز ١٠ : ١٢٣.  
(٢) مغني المحتاج ٢ : ١٣٦، وفتح العزيز ١٠ : ١٢٣، والسراج الوهاج: ٢١٨.  
(٣) الأمر ٣ : ١٦٨ و ١٩٨، ومختصر المزني: ١٠١، والوجيز ١ : ١٦٦، وفتح العزيز: ١٠ : ١٢٨، والمجموع ١٣ : ٢٤٩، والسراج الوهاج: ٢١٨، ومغني المحتاج ٢ : ١٣٦، وكفاية الاخيار ١ : ١٦٣، والمبسوط ٢١ : ٦٥، وشرح فتح القدير ٨ : ١٩٤، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٨ : ١٩٤، وتبيين الحقائق ٦ : ٦٤، والمغني لابن قدامة ٤ : ٤٧٨، والشرح الكبير ٤ : ٤٤٤.  
(٤) اللباب ٢ : ٥، والمبسوط ٢١ : ٦٤ - ٦٥، وشرح فتح القدير ٨ : ١٩٨، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٨ : ١٩٨، وتبيين الحقائق ٦ : ٦٣ - ٦٤، والمجموع ١٣ : ٢٤٩، وفتح العزيز ١٠ : ١٢٨، والمغني لابن قدامة ٤ : ٤٧٩، والشرح الكبير ٤ : ٤٤٥.  
(٥) انظر الكافي ٥ : ٢٣٤ حديث ٨، ومن لا يحضره الفقيه ٣ : ١٩٦، حديث ٨٩٢، والتهذيب ٧ : ١٧٢ حديث ٧٦٢ و ٧٦٥، والاستبصار ٣ : ١٢٠ حديث ٤٢٧ و ٤٢٨.

#### [ ٢٤٦ ]

شئ. وبه قال الشافعي (١). وقال أبو حنيفة: يسقط من دين المرتهن إذا تلف

ثمن الرهن (٢). دليلنا: أنا قد بينا أن الرهن نفسه غير مضمون، وإذا كان كذلك، فضمان قيمته أولى بذلك. وأيضاً الاصل براءة الذمة، ومن جعله مضموناً فعلياً بالدلالة. وأيضاً ثبت الدين في ذمة الراهن، ولا دليل على براءة ذمته بهلاك ثمن الرهن، فيجب أن يكون باقياً على أصله. وأيضاً روي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: " الرهن من صاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه " (٣) يعني ضمانه من صاحبه الذي رهنه. مسألة ٤٨: إذا باع العدل الرهن بتوكيل الراهن، وقبض الثمن، وضاع في يده، واستحق المبيع من يد المشتري، فإن المشتري يرجع على الوكيل، والوكيل يرجع على الراهن. وكذلك كل وكيل باع شيئاً فاستحق وضاع الثمن في يد الوكيل، فإن المشتري يرجع على الوكيل، والوكيل يرجع على الموكل. وبه قال أبو حنيفة (٤).

(١) الام ٣: ١٩٢ و ١٩٨، والمجموع ١٣: ٢٢٥، والسراج الوهاج: ٢١٨، ومغني المحتاج ٢: ١٢٥، وفتح العزيز ١٠: ١٢١، والوجيز ١: ١٦٥، والنتف ١: ٦١٢، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٢٧، والشرح الكبير ٤: ٤٥٢.  
(٢) المبسوط ٢١: ٨١، والفتاوى الهندية ٥: ٤٤١، والنتف ١: ٦١٢، واللباب ٢: ٦، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٨: ٢٢١، والمجموع ١٣: ٢٢٥، والام ٣: ١٩٨، وفتح العزيز ١٠: ١٢١، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٢٧، والشرح الكبير ٤: ٤٥٢.  
(٣) سنن الدارقطني ٣: ٣٣ حديث ١٣٠ و ١٢٢، وترتيب مسند الشافعي ٢: ١٦٣ - ١٦٤، والسنن الكبرى ٦: ٣٩، ونيل الاوطار ٥: ٣٥٤.  
(٤) بدائع الصنائع ٦: ١٤٩، والفتاوى الهندية ٥: ٤٤٠، وشرح فتح القدير ٨: ٢٢١، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٨: ٢٢١، وتبيين الحقائق ٦: ٨٢ - ٨٣، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٢٧ - ٤٢٨، والشرح الكبير ٤: ٤٥٢.

#### [ ٢٤٧ ]

وقال الشافعي في جميع هذه المسائل: يرجع على الموكل دون الوكيل (١). فأما إذا كان الوكيل صبياً، أو باع الحاكم على اليتيم، أو أمين الحاكم، فإنه يرجع على الموكل إجماعاً. دليلنا: أن الوكيل إذا كان هو العاقد للبيع، فيجب أن يكون هو الضامن للدرك، ومن قال: أن الموكل ضامن من غير واسطة، فعلياً بالدلالة. مسألة ٤٩: إذا غاب المتراهنان، وأراد العدل رد الرهن لغير عذر به، لم يجز له رده إلى الحاكم، ومتى رده إلى الحاكم كانا ضامنين. وقال الشافعي: إن كان سفرهما بحيث يجب فيه التقصير - وهي ستة عشر فرسخاً عنده - جاز له أن يرده إلى الحاكم، وجاز له أن يقبضه منه. وإن نقص عن هذا المقدار كانا يحكم الحاضر (٢). دليلنا: أنه قد ثبت الرهن عنده بقبوله باختياره، ولا دليل على جواز دفعه إلى الحاكم، فيجب أن لا يجوز ذلك له. مسألة ٥٠: إذا شرط أن يكون الرهن عند عدلين، فأراد أحدهما أن يسلم إلى الآخر حتى ينفرد بحفظه، لم يكن له ذلك. وللشافعي فيه قولان: قال أبو العباس بن سريج: فيه وجهان، أحدهما: لا يكون له ذلك (٣). والثاني يجوز (٤).

(١) المجموع ١٣: ٢٢٥، وفتح العزيز ١٠: ١٢، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٢٧ - ٤٢٨، والشرح الكبير ٤: ٤٥٢.  
(٢) المجموع ١٣: ٢٢٢.  
(٣) المجموع ١٣: ٢٢٠ و ٢٢٢، ومغني المحتاج ٢: ١٢٤، وفتح العزيز ١٠: ١١٩، والسراج الوهاج: ٢١٧، والمغني لابن قدامة ٤: ٤١٩ - ٤٢٠، والشرح الكبير ٤: ٤٤٩.  
(٤) مغني المحتاج ٢: ١٢٤، والمجموع ١٣: ٢٢٠ و ٢٢٢، وفتح العزيز ١٠: ١١٩، والسراج الوهاج: ٢١٧، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٢، والشرح الكبير ٤: ٤٤٩.

#### [ ٢٤٨ ]

دليلنا: أنه لا دليل على جواز ذلك، والأصل كون الرهن عندهما. وأيضاً فإن الراهن لم يرض بامانة أحدهما، وإنما رضي بامانتهما جميعاً، فلا يجوز لأحدهما أن ينفرد بحفظه. مسألة ٥١: لا يجوز للعدلين أن يقتسما بالرهن إذا كان مما يصح قسمته من غير ضرر، مثل الطعام والشيرج وغير ذلك. وللشافعي فيه وجهان (١)، مثل المسألة الأولى سواء. دليلنا: ما قلناه في المسألة الأولى سواء. مسألة ٥٢: إذا استقرض ذمي من مسلم مالا، ورهن عنده بذلك خمراً يكون على يد ذمي آخر يبيعها عند محل الحق، فباعها وأتى بثمنها، جاز له أن يأخذها ولا يجبر عليه. ولأصحاب الشافعي في الاجبار عليه وجهان: أحدهما: مثل ما قلناه (٢). والثاني يجبر عليه (٣). دليلنا: أنه لا دليل على اجباره عليه، وله أن يطالب بما لا يكون من ثمن محرم، فلا وجه للاجبار.

مسألة ٥٣: إذا أقر العبد المرهون بجنائية توجب القصاص، أو جنائية الخطأ، فأقراره باطل في الحالين. وقال الشافعي: إن أقر بما يوجب القصاص قبل إقراره، لأنه لا يهتم بها نفسه، وإن أقر بجنائيتها خطأ لم يقبل إقراره، لأنه إقرار على المولى (٤). دليلنا: اجماع الفرقة على أن إقرار العبد لا يقبل على نفسه بجنائية، ولأن في

(١) انظر المجموع ١٣: ٢٢٣، وفتح العزيز ١٠: ١٢٠.

(٢) و (٣) المجموع ١٣: ٢٢٤.

(٤) الام ٣: ١٧٨ - ١٧٩، والمجموع ٢٠: ٢٩٠، وفتح العزيز ١١: ٩٣، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٢٣ - ٣٢٤.

### [ ٢٤٩ ]

الحالين يتضمن إقرارا على الغير، لأنه أقر بجنائية العمد، فلو وجب عليه القصاص كان في ذلك إتلاف مال السيد، فهو إقرار عليه. مسألة ٥٤: إذا أكره المولى عبده المرهون على جنائية توجب القصاص، فلا قصاص على المكروه، وإنما القصاص على المكروه. وقال الشافعي: المكروه يلزمه القصاص (١). وفي المكروه قولان: أحدهما: يجب القصاص (٢). والآخر: لا يجب للشبهة (٣). دليلنا: قوله تعالى: " وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس " (٤) الآية، ونحن نعلم أنه أراد النفس القاتلة، فمن أوجب على غير القاتلة القصاص فعليه الدلالة. مسألة ٥٥: إذا عفى على مال عن هذا العبد المكروه، فإن المال يتعلق برقبة العبد جميعه، لأنه الجاني. وقال الشافعي: يتعلق نصفه برقبة السيد، ونصفه برقبة العبد، يباع منه بقدر نصف الارش، ويقدم على حق المرتهن (٥). دليلنا: أن العبد هو الجاني، فيجب أن يلزمه المال في رقبته دون المولى، لأنه

(١) الام ٦: ٤٢، والمجموع ١٨: ٣٩٠ و ٣٩٤، ومغني المحتاج ٤: ٩، والوجيز ٢:

١٢٣، والسراج الوهاج: ٤٧٩، والمغني لابن قدامة ٩: ٣٣١ - ٣٣٢.

(٢) المجموع ١٨: ٣٩١ و ٣٩٤، والوجيز ٢: ١٢٣، ومغني المحتاج ٤: ٩، والسراج الوهاج: ٤٧٩.

(٣) مختصر المزني: ٩٧، ومغني المحتاج ٤: ٩، والوجيز ٢: ١٢٣، والسراج الوهاج: ٤٧٩، والمجموع ١٨: ٣٩١ و ٣٩٤.

(٤) المائدة: ٤٥.

(٥) المجموع ١٨: ٣٩٤، ومغني المحتاج ٤: ١٠.

### [ ٢٥٠ ]

لا دليل عليه، والاصل براءة الذمة. وأيضا فقد بينا أن القصاص يجب على المكروه، وكل من قال بذلك، قال بما قلناه. مسألة ٥٦: إذا باع شيئا بثمن معلوم الى أجل معلوم، وشرط رهنا مجهولا، فإن الرهن فاسد. وبه قال الشافعي (١). وقال مالك: يصح، ويجبر على أن يأتي برهن قيمته بقدر الدين (٢). دليلنا: أنه لا دلالة على صحته، فمن ادعى صحته فعليه الدلالة. مسألة ٥٧: إذا اختلف المتراهنان في عبيدين، فقال المرتهن: رهنتني عبيدين. وقال الراهن: رهنتك أحدهما. وكذلك إن اختلفا في مقدار الحق، فقال الراهن: رهنتك بخمسائة. وقال المرتهن: بألف، كان القول قول الراهن مع يمينه، وبه قال الشافعي (٣). وقال مالك: القول قول من شهد له قيمة الرهن، فإن كان الحق ألفا، وقيمة كل واحد من العبيدين ألفا، كان القول قول الراهن مع يمينه، لأن الظاهر أن أحد العبيدين رهن. وإن كان قيمتهما جميعا ألفا، وقيمة أحدهما خمسمائة كان القول قول المرتهن، لأن الظاهر أن العبيدين رهن.

(١) الام ٣: ١٦١، ومختصر المزني: ١٠٠، والمجموع ١٣: ٢٠٨، وفتح العزيز ١٠: ٥٧،

والمغني لابن قدامة ٤: ٤٦٠، والشرح الكبير ٤: ٤٦٠.

(٢) بلغة السالك ٢: ١١١، والشرح الصغير في هامش بلغة السالك ٢: ١١١، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٦٠، والشرح الكبير ٤: ٤٥٩ - ٤٦٠.

(٣) الام ٣: ١٩٢، ومغني المحتاج ٢: ١٤٢، والسراج الوهاج: ٢٢٠، وكفاية الاخير ١:

١٦٤، والمجموع ١٣: ٢٥٣ - ٢٥٤، وفتح العزيز ١٠: ١٦٩ - ١٧٠، وعمدة القاري ١٣: ٧٤،

وحاشية اعانة الطالبين ٣: ٦٤، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٨٢، والشرح الكبير ٤: ٤٦٥ - ٤٦٦،

وبداية المجتهد ٢: ٢٧٤ - ٢٧٥، وأرشاد الساري في شرح صحيح البخاري ٤: ٢٩٩.



وكذلك إذا كان الخلاف في قدر الحق الذي فيه الرهن، إذا كانت قيمة الرهن تشهد لقول أحدهما، كان القول قوله (١). دليلنا: أن الاصل عدم الرهن، وما أقر له الراهن فقد اتفقا عليه، وما زاد عليه فالمرتهن مدع فعليه البينة، وإلا فعلى الراهن اليمين. وكذلك القول في مقدار الحق، لأن الاصل براءة الذمة، وما أقر به وجب عليه، وما زاد عليه يحتاج الى بينة، وإلا فعليه الدلالة. مسألة ٥٨: منفعة الرهن للراهن دون المرتهن، وذلك مثل: سكنى الدار، وخدمة العبد، وركوب الدابة، وزراعة الارض. وكذلك نماء الرهن المنفصل عن الرهن لا يدخل في الرهن مثل: الثمرة، والصوف، والولد، واللبن. وبه قال الشافعي (٢). وقال أبو حنيفة: منفعة الرهن تبطل، فلا تحصل للراهن ولا للمرتهن. وأما النماء المنفصل، فإنه يدخل في الرهن مثل الثمرة، والولد، والصوف، واللبن وما أشبه ذلك، ويكون حكمه حكم الاصل (٣). وقال مالك: يدخل الولد، ولا يدخل الثمرة، لأن الولد يشبه الاصل، والثمره

(١) المدونة الكبرى ٥: ٣١٢، وبداية المجتهد ٢: ٢٧٤ - ٢٧٥، وأسهل المدارك في شرح ارشاد السالك ٢: ٣٦٩، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٨٢، والشرح الكبير ٤: ٤٦٥ - ٤٦٦، وفتح العزيز ١٠: ١٧٠.  
(٢) الام ٣: ١٥٥ و ١٦٣، ومختصر المزني: ٩٨، والمجموع ١٣: ٢٢٩، ومغني المحتاج ٢: ١٣١، وفتح العزيز ١٠: ١٤٨، والوجيز ١: ١٦٤، والسراج الوهاج: ٢١٦، والمحلّى ٨: ٩١، والنتف ١: ٦٠٤، والمبسوط ٢١: ٧٥، وعمدة القاري ١٣: ٧٣، وبدائع الصنائع ٦: ١٢٩، وبداية المجتهد ٢: ٢٧٢، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٧١، والشرح الكبير ٤: ٤٤٠.  
(٣) النتف ١: ٦٠٤، واللباب ٢: ١١، والمبسوط ٢١: ٧٥، وبدائع الصنائع ٦: ١٢٩، وعمدة القاري ١٣: ٧٣، وتبيين الحقائق ٦: ٩٤، والمجموع ١٣: ٢٢٩، وفتح العزيز ١٠: ١٤٨، والمحلّى ٨: ٩١، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٧١، والشرح الكبير ٤: ٤٤٠، وبداية المجتهد ٢: ٢٧٢.

لا تشبهه (١). دليلنا: أنه لا دليل على بطلان هذه المنفعة، ولا على دخوله في الرهن، فيجب أن يكون للراهن، لأن الاصل له. وروي أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: " الرهن محلوب ومركوب " (٢) فأثبت للرهن منفعة الحلب والركوب، ولا خلاف أنه ليس ذلك للمرتهن، ثبت أنه للراهن. وأيضاً روي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: " الرهن من صاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه " (٣) ونماؤه غنمه، فيجب أن يكون له، فمن ادعى خلافه فعليه الدلالة. مسألة ٥٩: ليس للراهن أن يكرى داره المرهونة، أو يسكنها غيره إلا باذن المرتهن، فإن أكرهاها وحصلت اجرتها كانت له. وقال الشافعي: له أن يؤجرها ويسكنها غيره (٤). وهل له أن يسكنها بنفسه؟ لهم فيه وجهان (٥).

(١) المدونة الكبرى ٥: ٣٠١، وبداية المجتهد ٢: ٢٧٢، وجواهر الاكليل في شرح مختصر الشيخ خليل ٢: ٨٢، وأسهل المدارك في شرح ارشاد السالك ٢: ٢٧٤، والنتف ١: ٦٠٤، والمجموع ١٣: ٢٢٩، وعمدة القاري ١٤: ٧٣، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٧١، والشرح الكبير ٤: ٤٤٠، وفتح العزيز ١٠: ١٤٨.  
(٢) سنن الدارقطني ٣: ٢٤ حديث ١٣٦، والسنن الكبرى ٦: ٢٨، والام ٣: ١٥٥.  
(٣) سنن الدارقطني ٣: ٢٣ حديث ١٢٣، وترتيب مسند الشافعي ٢: ١٦٣ حديث ٥٦٧، والمستدرک على الصحيحين ٢: ٥١، والسنن الكبرى ٦: ٣٩، ورواه ابن حبان في صحيحه باختلاف يسير في اللفظ، انظر الاحسان بترتيب بن حبان ٧: ٥٧٠ حديث ٥٩٠٤.  
(٤) المجموع ١٣: ٢٣٠ - ٢٣١، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٧٢ - ٤٧٣، والشرح الكبير ٤: ٤٣١.  
(٥) النتف ١: ٦٠٦، والمجموع ١٣: ٢٣٠ - ٢٣١، والوجيز ١: ١٦٤، ومغني المحتاج ٢: ١٣١، والسراج الوهاج: ٢١٦، وارشاد الساري ٤: ٢٩٨.

دليلنا: اجماع الفرقة، وأخبارهم (١)، ولأنه لا دليل على جواز ذلك. مسألة ٦٠: إذا زوج الراهن عبده المرهون، أو جاريته المرهونة، كان تزويجه صحيحاً. وبه قال أبو

حنيفة (٣). وقال الشافعي: لا يصح تزويجه (٣). دليلنا قوله تعالى: " وانكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم " (٤)، ولم يفصل، فمن ادعى التخصيص فعليه الدلالة. مسألة ٦١: إذا شرط في حال عقد الرهن شروطا فاسدة، كانت الشروط فاسدة، لم يبطل الرهن، ولا البيع الذي كان الرهن شرطا فيه. وقال الشافعي: إن كان الشرط ينقص من حق المرتهن، فإنه يفسد الرهن قولا واحدا (٥)، وإن زاد في حق المرتهن ففيه قولان: أحدهما: يفسده (٦). والآخر: لا يفسده (٧). فإذا قال: يفسد الرهن، فهل يبطل البيع؟ فيه قولان:

- (١) انظر الكافي ٥: ٢٣٢ (باب الرهن)، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٩٥ (باب ٩٥)، والتهديب ٧: ١٦٨ (باب ١٥)، والاستبصار ٣: ١١٨ (باب ٧٩).
- (٢) الفتاوى الهندية ٥: ٤٢٧، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٢٥، والشرح الكبير ٤: ٤٣٦، وفتح العزيز ١٠: ٨٨، والبحر الزخار ٥: ١١٩.
- (٣) الام ٣: ١٤٠، والمجموع ١٣: ٢٣١، والوجيز ١: ١٦٤، وفتح العزيز ١٠: ٨٨، وكفاية الاخيار ١: ١٦٣، والسراج الوهاج: ٢١٦، ومغني المحتاج ٢: ١٢١، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٢٥، والشرح الكبير ٤: ٤٢٥، وحاشية اعانة الطالبين ٣: ٦٣، والبحر الزخار ٥: ١١٩.
- (٤) النور: ٣٢.
- (٥) الام ٣: ١٥٥ - ١٥٦، والمجموع ١٣: ٢١٦، وفتح العزيز ١٠: ٤٦ - ٤٧، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٦٥، والشرح الكبير ٤: ٤٥٧.
- (٦) الام ٣: ١٥٥ - ١٥٦، والمجموع ١٣: ٢١٦، وفتح العزيز ١٠: ٤٢، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٦٥، والشرح الكبير ٤: ٤٥٧.
- (٧) المصادر السابقة.

#### [ ٢٥٤ ]

أحدهما: يبطل، وهو الصحيح عندهم (١). والثاني: لا يفسد البيع (٢). وإذا قال البيع صحيح، كان البائع بالخيار بين أن يجيزه بلا رهن، وبين أن يفسخه، لأنه لم يسلم له الرهن. دليلنا: إن فساد الشرط لا يتعدى الى فساد الرهن، ولا الى فساد البيع، لان تعديه اليهما يحتاج الى دليل، ولا دليل على ذلك. مسألة ٦٢: إذا كان له على غيره ألف فقال: أقرضني ألفا آخر حتى أرهن عندك هذه الضيقة بالالفين، صح ذلك، ولم يمنع منه مانع. وقال الشافعي: لا يصح الرهن، ولا القرض الثاني (٣). دليلنا: إن فساد ذلك يحتاج الى شرع، وليس في الشرع ما يدل عليه. مسألة ٦٣: إذا كانت المسألة بحالها إلا أن من عليه الالف قال الذي له الالف: يعني عبدك هذا بألف درهم، على أن ارهنك داري هذه بهذا الالف، وبالف الالف الذي علي، فباعه، صح البيع. وقال الشافعي: لا يصح (٤). دليلنا: ان البيع والرهن جميعا جائزان على الانفراد، فمن حكم بفسادهما عند الاجتماع فعليه الدلالة. مسألة ٦٤: إذا رهن نخلا، أو ماشية، على أن ما أثمرت أو نتجت يكون

- (١) الام ٣: ١٥٥ - ١٥٦، والمجموع ١٣: ٢١٦، وفتح العزيز ١٠: ٤٢ - ٤٤.
- (٢) المصادر السابقة.
- (٣) الام ٣: ١٥٥، ومختصر المزني: ١٠٠، والمجموع ١٣: ٢١٨، وكفاية الاخيار ١: ١٦٤، وفتح العزيز ١٠: ٥٢، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٦٦، والشرح الكبير ٤: ٤٥٨.
- (٤) الام ٣: ١٥٥، ومختصر المزني: ١٠٠، والمجموع ١٣: ٢١٧، وفتح العزيز ١٠: ٥٢، والشرح الكبير ٤: ٤٥٨ - ٤٥٩.

#### [ ٢٥٥ ]

رهننا معه، كان الشرط صحيحا، والرهن صحيحا، والبيع الذي يكون هذا شرطا فيه صحيحا. وللشافعي فيه أربعة أقوال: أولها مثل ما قلناه (١). والثاني: أن الثلاثة فاسدة (٢). والثالث: أن الشرط فاسد، والرهن والبيع صحيحان، ويكون البائع بالخيار (٣). والرابع يكون الرهن والشرط فاسدين، والبيع صحيحا (٤). دليلنا: أنه لا دلالة على فساد ذلك، والأصل جوازه. وأيضا قوله: " كل شرط لا يخالف الكتاب والسنة فهو جائز " (٥). وقوله: " المؤمنون عند شروطهم " (٦). مسألة ٦٥: إذا قال رهنتك هذا الحق بما فيه، لا يصح الرهن فيما فيه بلا خلاف، للجهل بما فيه، ويصح عندنا في الحق. وللشافعي في الحق قولان، بناء على تفريق الصفقة (٧). دليلنا: أنه لا دلالة على بطلانه في الحق، فوجب أن يصح.

- (١) الام ٣: ١٩٥، ومختصر المزني: ١٠٠، والمجموع ١٣: ٢١٨ - ٢١٩، وفتح العزيز ١٠: ٤٩ و ٥١ - ٥٢.
- (٢) الام ٣: ١٥٦ و ١٩٥، ومختصر المزني: ١٠٠، والمجموع ١٣: ٢١٨ - ٢١٩، وفتح العزيز ١٠: ٥٢.
- (٣) الام ٣: ١٥٦ و ١٦١ - ١٦٢، ومختصر المزني: ١٠٠، والمجموع ١٣: ٢١٨ - ٢١٩، وفتح العزيز ١٠: ٥٢.
- (٤) مختصر المزني: ١٠٠، والمجموع ١٣: ٢١٨ - ٢١٩، وفتح العزيز ١٠: ٥٢.
- (٥) الكافي ٥: ١٦٩ حديث ١، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٢٧ حديث ٥٥٣، والتهذيب ٧: ٢٢ حديث ٩٤ و ٧: ٢٥ حديث ١٠٧.
- (٦) التهذيب ٧: ٢٧١ حديث ١٥٠٣، والاستبصار ٣: ٢٣٢ حديث ٨٢٥، والمصنف لابن أبي شيبة ٦: ٥٦٨ حديث ٢٠٦٤، وتلخيص الحبير ٣: ٢٢ و ٤٤ حديث ١١٩٥ و ١٢٤٦، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٨٤، والشرح الكبير ٤: ٣٨٦.
- (٧) الام ٣: ١٦١، ومختصر المزني: ١٠٠، والمجموع ١٣: ٢٠٨، وفتح العزيز ١٠: ٥٧.

### [ ٢٥٦ ]

مسألة ٦٦: الرهن غير مضمون عندنا، فان تلف من غير تفريط فلا ضمان على المرتهن، ولا يسقط دينه عن الراهن. وبه قال علي عليه السلام. فانه روي عنه أنه قال: " الرهن أمانة " (١). وروي أنه قال: " إذا تلف الرهن بالجائحة فلا ضمان على المرتهن " (٢). وهو مذهب عطاء بن أبي رباح، واليه ذهب الشافعي، وأحمد بن حنبل، والاوزاعي، وأبو عبيد، وأبو ثور، وهو اختيار أبو بكر ابن المنذر (٣). وذهب أبو حنيفة، وسفيان الثوري إلى: أن الرهن مضمون بأقل الامرين من قيمته، أو الدين (٤)، وبه قال عمر بن الخطاب (٥). وذهب شريح، والشعبي، والنخعي، والحسن البصري إلى: أن الرهن مضمون بجميع الدين، فإذا تلف الرهن في يد المرتهن سقط جميع الدين، وإن كان أضعاف قيمته. وقالوا: الرهن بما فيه (٦).

- (١) لم أقف على لفظ الرواية ولكن يستفاد ذلك مما رواه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٤٣.
- (٢) انظر المصدر السابق.
- (٣) مختصر المزني: ١٠١، والمجموع ١٣: ٢٤٩، وكفاية الاخير ١: ١٦٣، ومغني المحتاج ٢: ١٣٧، وفتح العزيز ١٠: ١٣٨، والنتف ١: ٦٠٧، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٧٨، والاقناع ٢: ١٦٠ و ١٦٢، والشرح الكبير ٤: ٤٤٤، واحكام القرآن للجصاص ١: ٥٢٦ - ٥٢٧، وبداية المجتهد ٢: ٢٧٣، والمبسوط ٢١: ٦٥، والبحر الزخار ٥: ١١٣.
- (٤) أحكام القرآن للجصاص ١: ٥٢٦، والنتف ١: ٦٠٨، واللباب ٢: ٥، والمبسوط ٢١: ٦٤ - ٦٥، وبدائع الصنائع ٦: ١٥٤ و ١٦٠، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٧٩، والشرح الكبير ٤: ٤٤٥، والمجموع ١٣: ٢٤٩، وفتح العزيز ١٠: ١٣٨، وبداية المجتهد ٢: ٢٧٣، والبحر الزخار ٥: ١١٣.
- (٥) أحكام القرآن للجصاص ١: ٥٢٧، وسنن الدارقطني ٣: ٣١ حديث ١١٩ - ١٢٠، والمبسوط ٢١: ٦٤، وبدائع الصنائع ٦: ١٦٠، والمجموع ١٣: ٢٤٩، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٧٨ - ٤٧٩، والشرح الكبير ٤: ٤٤٥، والبحر الزخار ٥: ١١٣.
- (٦) أحكام القرآن للجصاص ١: ٥٢٧، والنتف ١: ٦٠٨، والمبسوط ٢١: ٦٥، وبدائع الصنائع ٦: ١٦٠، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٧٨ - ٤٧٩، والشرح الكبير ٤: ٤٤٤ - ٤٤٥، والمجموع ١٣: ٢٥٠.

### [ ٢٥٧ ]

دليلنا: اجماع الفرقة، وأخبارهم ذكرناها في الكتاب المذكور (١)، وما روينا عن علي عليه السلام دليل عليه، لان قوله حجة. وروي سعيد بن المسيب، عن أبي هريرة، عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: " لا يعلق الرهن والرهن من صاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه " (٢). وفيه دليلان: أحدهما: أنه قال: " له غنمه وعليه غرمه ". والثاني: " أنه قال: " الرهن من صاحبه " يعني من ضمان صاحبه. ومعنى قوله: " لا يعلق الرهن " أي لا يملكه المرتهن. وأيضاً قال النبي صلى الله عليه وآله: " الخراج بالضمان " (٣). وخراجه للراهن بلا خلاف، فوجب أن يكون من ضمانه. مسألة ٦٧: إذا ادعى المرتهن هلاك الرهن قبل قوله مع يمينه، سواء ادعى هلاكه بأمر ظاهر مثل: الغرق، والحرق، والنهب. أو بأمر خفي مثل: التلصص، والسرقعة الخفية، والضياع، وبه قال الشافعي (٤). وقال مالك: إن ادعى هلاكه بأمر ظاهر قبل قوله مع

يمينه، وإذا حلف

- (١) الكافي ٥: ٣٣٤ حديث ٨، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٦٦ حديث ٨٩٣،  
والتهذيب ٧: ٧٦٥ حديث ٧٦٢، والاستبصار ٣: ١٢٠ حديث ٤٢٧ - ٤٢٨.  
(٢) سنن الدارقطني ٣: ٢٢٢ حديث ١٢٢، وترتيب مسند الشافعي ٢: ١٦٣ حديث ٥٦٧،  
والسنن الكبرى ٦: ٣٩، والمستدرک على الصحيحين ٢: ٥١، والاحسان بترتيب صحيح  
ابن حبان ٧: ٥٧٠ حديث ٥٩٠٤.  
(٣) سنن ابن ماجه ٢: ٧٥٤ حديث ٢٢٤٢، وسنن الترمذي ٣: ٥٨٢ حديث ١٢٨٥ -  
١٢٨٦، وسنن النسائي ٧: ٢٥٥، وترتيب مسند الشافعي ٢: ١٤٢ حديث ٣٧٩، ومنحة  
المعبود ١: ٣٦٧ حديث ١٣٤٧.  
(٤) الام ٣: ١٦٧، وكفاية الاخيار ١: ١٦٣، وفتح العزيز ١٠: ١٣٩، والمغني لابن قدامة ٤:  
٤٧٨، والشرح الكبير ٤: ٤٤٤ - ٤٤٥، وبداية المجتهد ٢: ٢٧٣.

#### [ ٢٥٨ ]

لا ضمان عليه، وإذا ادعى هلاكه بأمر خفي لم يقبل قوله إلا بيينة، فان لم يكن  
له بيينة وجب عليه الضمان (١). دليلنا: اجماع الفرقة، وعموم الاخبار التي أوردناها (٢)  
، فمن ادعى تخصيصها فعليه الدلالة. مسألة ٦٨: إذا كاتب عبده على نجمين، وأخذ  
به رهنا، صح الرهن. وبه قال أبو حنيفة (٣). وقال الشافعي: لا يصح (٤). دليلنا قوله  
تعالى: " فرهان مقبوضة " (٥) ولم يفرق، فهو على عمومته.

- (١) بداية المجتهد ٢: ٢٧٣، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٧٩، والمجموع ١٣: ٢٥٠،  
وفتح العزيز ١٠: ١٣٩، والشرح الكبير ٤: ٤٤٥.  
(٢) انظر ما تقدمت الاشارة إليه في المسألة السابقة من الاخبار.  
(٣) المبسوط ٢١: ١٣٤ - ١٣٥، وتبيين الحقائق ٦: ٦٦، وفتح العزيز ١٠: ٣٤.  
(٤) الام ٣: ١٦٠، ومغني المحتاج ٢: ١٢٧، والوجيز ١: ١٦١، والسراج الوهاج: ٢١٤، وفتح  
العزيز ١٠: ٣٣ - ٣٤، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٠٩، والشرح الكبير ٤: ٤٠٠.  
(٥) البقرة: ٢٨٣.

#### [ ٢٥٩ ]

كتاب التفليس

مسألة ١: المفلس في الشرع: من ركبته الديون، وماله لا يفي بقضائها، فإذا  
جاء غرماؤه الى الحاكم، وسألوه الحجر عليه، فانه يجب على الحاكم أن يحجر عليه إلا  
مقدار نفقته إذا ثبت عنده دينهم، وأنه حال غير مؤجل، وان صاحبهم مفلس لا يفي  
ماله بقضاء دينهم، فإذا ثبت جميع ذلك عنده، فلسه وحجر عليه. وتعلق بحجره ثلاثة  
أحكام: أحدها: أنه يتعلق ديونهم بعين المال الذي في يده. والثاني: أنه يمنع من  
التصرف في ماله، وإن تصرف لم يصح تصرفه. والثالث: أن كل من وجد من غرمائه عين  
ماله عنده، كان أحق به من غيره. وقد روي: أنه يكون أسوة للغرماء، ويتعلق دينه  
بذمته (١). والصحيح الاول. وإن مات هذا المديون قبل أن يحجر الحاكم عليه، فهو  
بمنزلة مالهو حجر عليه في حال الحياة، يتعلق بماله الاحكام الثلاثة التي ذكرناها. وبه  
قال علي عليه السلام، وعثمان بن عفان، وأبو هريرة، وفي الفقهاء أحمد، واسحاق،  
والشافعي (٢).

- (١) التهذيب ٦: ١٩٣ حديث ٤٢١، والاستبصار ٣: ٨ حديث ٢٠.  
(٢) الام ٣: ١٩٩، والمجموع ١٣: ٢٧٩ و ٢٩٨، ومغني المحتاج ٢: ١٤٦ - ١٤٧، والوجيز ١:  
١٧٠ و ١٧٢.

#### [ ٢٦٢ ]

وقال أبو حنيفة: لا يجوز للغرماء أن يسألوا الحاكم الحجر عليه، فان سألوه وأدى  
اجتهاده الى الحجر عليه، فان ديونه لا تتعلق بعين ماله، بل تكون في ذمته، ويمنع  
من التصرف في ماله كما قلناه، لان حجر الحاكم عنده صحيح، ولا يجوز لمن وجد من

الغرماء عين ماله أن يفسخ البيع، وإنما يكون أسوة للغرماء كما روينا في بعض الاخبار (١)، وكذا الحكم إذا مات (٢). وقال مالك مثل قولنا إذا حجر عليه الحاكم، فأما بعد الموت فإنه قال: يكون أسوة للغرماء، ولا يكون صاحب العين أحق بها من غيره (٣). دليلاً: إجماع الفرقة وأخبارهم، وقد أوردناها في الكتابين، وبيننا الوجه في الرواية التي تخالفها (٤). وروى أبو هريرة قال: قضى رسول الله صلى الله عليه وآله أيما رجل مات أو أفلس، فصاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجده بعينه (٥). وروى غياث بن ابراهيم، عن جعفر بن محمد، عن أبيه، أن علياً كان

وفتح العزيز ١٠: ١٩٦، وكفاية الاخبار ١: ١٦٦، والمحلى ٨: ١٧٦، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٩٣ - ٤٩٤، والشرح الكبير ٤: ٥٠٠ و ٥٠٢، وعمدة القاري ١٢: ٣٣٨ و ٣٤٠. (١) تقدمت الإشارة إليه في الهامش رقم " ١ " من هذه المسألة. (٢) اللباب ٢: ٣٣، والمبسوط ٢٤: ١٦٣، والنتف ٢: ٧٥٢، وعمدة القاري ٢: ٣٤٠، والهداية المطبوع مع شرح فتح القدير ٧: ٣٣٠ و ٥٠٠، وتبيين الحقائق ٥: ١٩٩ و ٣٠١، والفتاوى الهندية ٥: ٦١ و ٦٤، وبداية المجتهد ٢: ٢٨٢، والمجموع ١٢: ٣٧٩، وفتح العزيز ١٠: ١٩٦، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٩٤، والشرح الكبير ٤: ٥٠٢. (٣) المدونة الكبرى ٥: ٢٣٧، وبداية المجتهد ٢: ٢٨٢ - ٢٨٤، والموطأ ٢: ٦٧٨، وفتح الرحيم ٢: ١٤٢، وأقرب المسالك ٢: ١٣٧، والمحلى ٨: ١٧٧، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٩٤، والشرح الكبير ٤: ٥٠٢، والمجموع ١٢: ٣٧٩، وفتح العزيز ١٠: ١٩٦. (٤) انظر التهذيب ٦: ١٩٣ حديث ٤٢١، والاستبصار ٣: ٨ حديث ٢٠. (٥) سنن ابن ماجه ٢: ٧٩١ حديث ٣٣٥٩ و ٢٣٦١، والمستدرک على الصحيحين ٢: ٥١، وترتيب مسند الشافعي ٢: ١٦٣ حديث ٥٦٤، وسنن الدارقطني ٣: ٢٩ حديث ١٠٧.

### [ ٣٦٣ ]

يفلس الرجل إذا التوى على غرمائه، ثم يأمر به فيقسم ماله بينهم بالحصص، فان أبي، باعه فقسمه بينهم (١)، يعني: ماله. وروى اسحاق بن عمار (٢)، عن جعفر، عن أبيه: أن علياً عليه السلام كان يفلس الرجل إذا التوى على غرمائه، ثم يأمر فيقسم ماله بينهم بالحصص، فان أبي باعه فيقسم بينهم (٣). يعني: ماله. فأما المسألة الثالثة يدل عليها ما رواه حماد بن عيسى، عن عمر بن يزيد (٤)، عن أبي الحسن عليه السلام، قال: سألت عن الرجل يركبه الدين، فيوجد متاع رجل عنده؟ قال: لا يحاصه الغرماء (٥). مسألة ٢: إذا مات المديون عليه، فكل من وجد من غرمائه عين ماله كان أحق بها إذا كان خلف ولاء للباقيين، وإن لم يخلف إلا الشيء بعينه كانوا سواء، ولم يكن واحد منهم أحق من غيره بعين ماله. وقال أبو سعيد الاصطخري: كل من وجد من غرمائه عين ماله فهو أحق بها، سواء خلف ولاء أو لم يخلف (٦). وقال الباقر من أصحاب الشافعي: إذا خلف ولاء للديون، لم يكن لاحد

(١) التهذيب ٦: ٢٩٩ حديث ٨٣٣.

(٢) اسحاق بن عمار بن موسى الساباطي، ممن روى عن الامام الصادق عليه السلام، قيل: انه فطحي ثقة، له أصل، وأصله معتمد عليه. انظر تنقيح المقال ١: ١١٥.

(٣) الكافي ٥: ١٠٣ حديث ١، والتهذيب ٦: ٢٩٩ حديث ٨٣٥، والاستبصار ٣: ٧ حديث ١٥.

(٤) عمر بن محمد بن يزيد، أبو الاسود، بياع السابري، مولى ثقيف، كوفي، ثقة جليل، أحد من كان يفد في كل سنة، روى عن أبي عبد الله وأبي الحسن عليهما السلام. انظر رجال النجاشي: ٢٠١، وتنقيح المقال ٢: ٣٤٧.

(٥) التهذيب ٦: ١٩٣ حديث ٤٢٠، والاستبصار ٣: ٨ حديث ١٩.

(٦) المجموع ١٣: ٣٤١، وفتح العزيز ١٠: ١٩٩، والشرح الكبير ٤: ٥٠٨.

### [ ٣٦٤ ]

أن يأخذ عين ماله، وإنما له ذلك إذا لم يخلف غيره، عكس ما قلناه (١). دليلاً: إجماع الفرقة. وأيضاً روى محمد بن علي بن محبوب (٢)، عن أحمد بن محمد (٣)، عن الحسن بن محبوب، عن أبي ولاد (٤) قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باع من رجل متاعاً إلى سنة، فمات المشتري قبل أن يحل ماله، وأصاب البائع متاعه بعينه، أله أن يأخذه إذا تحقق له؟ قال: فقال: إن كان عليه دين وترك نحواً من مقدار ما عليه، فليأخذ إن تحقق له، فان ذلك حلال له، وإن لم يترك نحواً من دينه، فان

صاحب المتاع كواحد ممن له عليه شئ، يأخذ بحصته، ولا سبيل له على المتاع (٥).  
مسألة ٣: إذا باع شقفا من أرض، أو دار، ولم يعلم شريكه بالبيع حتى فلس  
المشتري، فلما سمع جاء يطالبه بالشفعة، فانه يستحق الشفعة، ويؤخذ ثمن  
الشفص منه، فيكون بينه وبين الغرماء الباقيين. وللشافعي فيه ثلاثة أقوال:

(١) المجموع ١٣: ٣٤١، والوجيز ١: ١٧٢، وفتح العزيز ١٠: ١٩٩، وفتح الباري ٥:

٦٤.

(٢) أبو جعفر، محمد بن علي بن محبوب الاشعري القمي، شيخ القميين في زمانه،  
ثقة، عين، فقيه، صحيح المذهب، له كتب، روى عنه أحمد بن ادريس ومحمد بن  
يحيى العطار وغيرهما. تنقيح المقال ٣: ١٦٠.

(٣) أحمد بن محمد بن عيسى بن عبد الله بن سعد بن مالك الاشعري القمي أبو  
جعفر، شيخ القميين ووجههم وفقههم، لقي الامام الرضا والجواد والعسكري عليهم  
السلام وروى عنهم، وثقه رجل من ترجم له، روى عن الحسن بن محبوب. تنقيح  
المقال ١: ٩٠ - ٩٢.

(٤) أبو ولاد حفص بن سالم الحنط، مولى، جعفى، وقيل: حفص بن يونس، مخزومي.  
من أصحاب الامام الصادق عليه السلام، ثقة، من أصحاب الاصول، روى أصله الحسن  
بن محبوب. انظر رجال النجاشي: ٩٨، وتنقيح المقال ١: ٣٥٣.

(٥) التهذيب ٦: ١٩٣ حديث ٤٢١، والاستبصار ٣: ٨ حديث ٢٠.

### [ ٣٦٥ ]

أحدها: وهو الصحيح عند أصحابه، مثل ما قلناه (١). والثاني: أن البائع أحق  
بعين ماله، ولا حق للشفيع ولا لسائر الغرماء (٢). والثالث: أن الشفيع يأخذ الشقص  
بالشفعة، ويؤخذ منه الثمن، فيخص به شريكه البائع، ولا حق للغرماء فيه (٣). دليلنا:  
أن المشتري إذا فلس، إنتقل الملك عنه الى حق الغرماء، فلم يكن عين المبيع قائما،  
فلا يكون البائع أحق به، لان حق الشفيع ثابت على المشتري حين العقد، فيؤخذ  
ثمنه منه، فيكون أسوة للغرماء، ولا يكون أحق بالثمن، لان الحق إنما يثبت له في  
عين ماله، فأما في ثمنه فلا دلالة على ذلك. مسألة ٤: إذا اختار عين ماله في  
الموضوع الذي له ذلك، فقال له الغرماء: نحن نعطيك ثمنه، ونسقط حقك من العين،  
لم يجب عليه قبوله، وله أخذ العين، ويكون فائدته أن ثمن العين ربما كان أكثر،  
فيرتفع الغرماء بذلك. وبه قال الشافعي (٤). وقال مالك: يجبر على قبض الثمن، وسقط  
حقه من العين (٥). دليلنا: عموم الاخبار في أنه أحق بعين ماله (٦)، فمن خصصها  
فعليه الدلالة. مسألة ٥: إذا باع رجل من رجل عبيدين قيمتهما سواء بثمان، وأفلس

(١) المجموع ١٣: ٣٠٦، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٢٢، والشرح الكبير ٤: ٥١٤ -

٥١٥.

(٢) المصادر المتقدمة.

(٣) نفس المصادر المتقدمة.

(٤) الام ٣: ٢٠٠، والمجموع ١٣: ٣٠١، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٩٦، والشرح الكبير ٤:  
٥٠٥، وعمدة القاري ١٢: ٣٢٨.

(٥) المدونة الكبرى ٤: ٣٥٢ - ٣٥٣، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٩٦، والمجموع ١٣: ٣٠١،  
وعمدة القاري ١٢: ٣٢٨، والشرح الكبير ٤: ٥٠٥ (٦) انظر التهذيب ٦: ١٩٣، حديث ٤٢٠ و  
٤٢١، والاستبصار ٣: ٨، حديث ١٩ و ٢٠.

### [ ٣٦٦ ]

المشتري بالثمن، وكان قد قبض منه قبل الافلاس نصف ثمنهما، فان حقه يثبت  
في العين. وبه قال الشافعي في الجديد (١). وقال في القديم: إذا قبض بعض ثمن  
العين، لم يكن له فيها حق إذا وجدها (٢). وبه قال مالك (٣). دليلنا: قوله عليه  
السلام: " فصاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجده بعينه ". وهذا وجد عين متاعه، فيجب  
أن يكون أحق. مسألة ٦: إذا باع زيتا، فخلطه المشتري بأجود منه، ثم أفلس  
المشتري بالثمن، سقط حق البائع من عين الزيت، وبه قال الشافعي (٤). وقال  
المرزني: لا يسقط حقه من عينه (٥). دليلنا: أن عين زيته نافذة، بدلالة أنها ليست  
موجودة مشاهدة، لانا لا نشاهدها، ولا من طريق الحكم، لانه ليس له أن يطالب  
بقسمته. وإذا لم تكن موجودة من الوجهين، كانت بمنزلة التالفة، فسقط حقه من  
عينها. مسألة ٧: إذا باع رجل ثوبا من رجل وكان خاما، ففصره أو قطعه قميصا، وخاط

بخيوط منه، أو باعه حنطة فطحنها، أو غزلا فنسجه، ثم أفلس بالثمن، ثم

- (١) مختصر المزني: ١٠٣، والمجموع ١٣: ٣٠٣، وفتح العزيز ١٠: ٢٤٨، وعمدة القاري ١٢: ٢٢٨ - ٢٣٩، وبداية المجتهد ٢: ٢٨٤.  
(٢) الام ٣: ٢٠٢، والمجموع ١٣: ٢٠٣، وفتح العزيز ١٠: ٢٤٨، وعمدة القاري ١٢: ٢٢٨ - ٢٣٩.  
(٣) الموطأ ٢: ٦٧٩، وبداية المجتهد ٢: ٢٨٤، وجواهر الاكليل ٢: ٩٥، والشرح الصغير بهامش بلغة السالك ٢: ١٣٦، وعمدة القاري ١٢: ٢٢٨، والمجموع ١٢: ٣٠٣.  
(٤) الام ٣: ٢٠٣، ومختصر المزني: ١٠٣، وفتح العزيز ١٠: ٢٦٥، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٠١، والشرح الكبير ٤: ٥١٩.  
(٥) الام ٣: ٢٠٣، ومختصر المزني: ١٠٣، وفتح العزيز ١٠: ٢٦٥.

### [ ٢٦٧ ]

وجد البائع عين ماله، فالبائع أحق بعين ماله، وبشاركه المفلس فيها، ويستحق أجرة المثل في العمل عليه. وهو اختيار الشافعي (١). وقال المزني: لا يشاركه فيها، ويختص البائع بها (٢). دليلنا: أن هذه الصنائع إذا كان لها أجرة، والعمل غير منفصل من العين، فيجب أن يشاركه صاحب العين فيها بصنعتة، وإلا أدى الى بطلان حقه، وذلك لا يجوز. مسألة ٨: إذا قسم الحاكم مال المفلس بين غرمائه، ثم ظهر غريم آخر، فإن الحاكم ينقض القسمة، ويشاركهم هذا الغريم فيما أخذه. وبه قال الشافعي (٣). وقال مالك: لا ينقض الحاكم القسمة، وإنما يكون دين هذا الغريم فيما يظهر للمفلس من المال بعد ذلك (٤). دليلنا: عموم الاخبار التي رويناها في أن المال يقسم بين الغرماء (٥)، وذلك عام فيمن حضر ومن لم يحضر، فينبغي أن يكون مستحقا للقسمة، وإذا قسم في غيره لم يبطل قسمته، لانه لا دليل عليه.

- (١) الام ٣: ٢٠٣ و ٢٠٤، ومختصر المزني: ١٠٣، والمجموع ١٣: ٣٢٢ - ٣٢٣، وفتح العزيز ١٠: ٢٦٧، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٠٣، والشرح الكبير ٤: ٥٢٠.  
(٢) الام ٣: ٢٠٣، ومختصر المزني: ١٠٣، والمجموع ١٣: ٣٢٢، وفتح العزيز ١٠: ٢٦٧، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٠٣، والشرح الكبير ٤: ٥٢١.  
(٣) مختصر المزني: ١٠٤، والمجموع ١٣: ٣٤٢، ومغني المحتاج ٢: ١٥٢، والوجيز ١: ١٧١، وفتح العزيز ١٠: ٢١٩، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٣٢، والشرح الكبير ٤: ٥٤٦.  
(٤) جواهر الاكليل ٢: ٨٩، والمجموع ١٣: ٣٤٢، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٣٢، والشرح الكبير ٤: ٥٤٦.  
(٥) الكافي ٥: ١٠٢ حديث ١، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٩ حديث ٤٣ والتهذيب ٦: ٦٠ حديث ٤٤٤، والاستبصار ٣: ٧ حديث ١٥.

### [ ٢٦٨ ]

مسألة ٩: عندنا أن للحاكم أن يحجر على من عليه الدين. وبه قال الشافعي (١). وقال أبو حنيفة: لا يجوز له الحجر عليه بحال، بل يحبسه أبدا إلى أن يقضيه (٢). دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٣)، وقد أوردناها فيما مضى. مسألة ١٠: يجوز للحاكم أن يبيع مال المفلس، ويقسمه بين الغرماء. وبه قال الشافعي (٤). وقال أبو حنيفة: ليس له بيعه، وإنما يجبره على بيعه، فإن باعه وإلا حبسه إلى أن يبيعه، ولا يتولاه من غير اختياره (٥). دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم، وقد أوردناها فيما مضى (٦).

- (١) مختصر المزني: ١٠٤ - ١٠٥، والمجموع ١٣: ٢٧٨، والوجيز ١: ١٧١، وفتح العزيز ١٠: ١٩٦ و ٢١٦، ومغني المحتاج ٢: ١٤٦، والاشباه والنظائر للسيوطي: ٤٦٠، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٢٩، والشرح الكبير ٤: ٥٠٠، وتبيين الحقائق ٥: ١٩٢ و ١٩٩.  
(٢) اللباب ٢: ٢٠، والمبسوط ٢٤: ١٦٣، وتبيين الحقائق ٥: ١٩٢ و ١٩٩، والهداية المطبوع مع شرح فتح القدير ٧: ٣٢٤ و ٣٢٧، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٢٩، والشرح الكبير ٤: ٥٠٠، وفتح العزيز ١٠: ١٩٦ و ٢١٦، والمجموع ١٣: ٢٧٩.  
(٣) انظر التهذيب ٦: ٢٩٩ حديث ٨٢٣ و ٨٢٥.  
(٤) الام ٣: ٢١٢، والمجموع ١٣: ٢٧٢، والوجيز ١: ١٧١، وفتح العزيز ١٠: ٢١٦، ومغني المحتاج ٢: ١٥٠، والسراج الوهاج: ٢٢٤، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٢٩، وبداية المجتهد



٢: ٢٨٠.

(٥) المبسوط ٢٤: ١٦٤ و ١٦٥، وشرح فتح القدير ٧: ٣٢٨، والفتاوى الهندية ٣: ٤١٩، وتبيين الحقائق ٥: ١٩٩ - ٢٠٠، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٧: ٣٢٨، والمجموع ١٣: ٣٧٢، وفتح العزيز ١٠: ٢١٦، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٢٩ - ٥٣٠، وبداية المجتهد ٢: ٢٨٠، واللباب ٢: ٢٠.

(٦) انظر الكافي ٥: ١٠٢ حديث ١، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٩ حديث ١، والتهذيب ٦: ١٩١ حديث ٤١٢ و ٦: ٢٩٩ حديث ٨٣٣، والاستبصار ٣: ٧ حديث ١٥.

### [ ٢٦٩ ]

وأيا روى كعب بن مالك (١): أن النبي صلى الله عليه وآله حجر على معاذ، وباع عليه ماله في دينه (٢). وهذا يقتضي أنه باعه بغير اختياره. وأيا روى عن عمر بن الخطاب، أنه خطب الناس وقال: ألا إن الأسيف (٣) أسيف جهينة، قد رضى من دينه وأمانته بأن يقال: قد سبق الحاج، فأدان معرضاً، فأصبح وقد ربن (٤) به، فمن كان عليه دين، فليحضر غداً، فانا بائعوا ماله، وقاسموه بين غرمائه (٥). ولا يعرف له مخالف. مسألة ١١: إذا أفلس الرجل، وحجر عليه الحاكم، ثم تصرف في ماله إما بالهبة، أو البيع، أو الاجارة، أو العتق، أو الكتابة، أو الوفاء كان تصرفه باطلاً. وللشافعي فيه قولان:

(١) كعب بن مالك بن أبي كعب واسمه عمرو بن القين بن كعب بن سواد، أبو عبد الله السلمي، وقيل في كنيته غير هذا، شاعر، روى عن النبي صلى الله عليه وآله وعن أسيد بن حضير، وعنه أولاده وعبد الله بن عباس وجابر وغيرهم، قيل أنه مات قبل الأربعين وقيل احدى وخمسين، وقيل غير ذلك. انظر تهذيب التهذيب ٨: ٤٤٠، واسد الغابة ٤: ٢٤٧.

(٢) روى قصة الحجر على معاذ عبد الرزاق بن همام في مصنفه ٨: ٣٦٨ حديث ١٥١٧٧، والبيهقي في سننه ٦: ٤٨، والحاكم في المستدرک ٢: ٥٨، والذهبي في تلخيصه المطبوع في ذيل المستدرک على الصحيحين ٢: ٥٨، وابن قدامة في المغني ٤: ٤٩٣، والعسقلاني في تلخيص الحبير ٣: ٣٧، بالفاظ مختلفة، فلاحظ. (٣) الأسيف رجل من جهينة كان يشتري الرواحل فيغالي بها ثم يسرع السير فيسبق الحاج، فأفلس، فرفع أمره الى عمر بن الخطاب. أما قوله (أدان معرضاً) أي استقرض ممن أمكنه.

(٤) في أكثر النسخ "دين به" أما كلمة "ربن به" معناها: وقع فيما لا يستطيع الخروج منه.

(٥) رواه العسقلاني أيضا في تلخيص الحبير ٣: ٤٠ - ٤١ ذيل حديث ١٢٣٩، والرافعي في فتح العزيز ١٠: ٢١٧ فلاحظ.

### [ ٢٧٠ ]

أحدهما: مثل ما قلناه، وهو اختيار المزني (١)، وهو الصحيح عندهم (٢). والثاني: أن تصرفه موقوف، ويقسم ماله سوى ما تصرف فيه بين غرمائه، فإن كان وفا لهم صح تصرفه، وإن لم يف بطل تصرفه (٣). دليلنا: ظاهر الخبر أنه كان يفلس الرجل (٤)، فإذا ثبت ذلك، فمن خالف أمر الامام أو النائب عنه كان تصرفه باطلاً، ولأنه كان يؤدي إلى أنه لا فائدة للحجر متى فرضنا أن تصرفه يكون صحيحاً. مسألة ١٢: إذا أقر المحجور عليه بدين لغيره، وزعم أنه كان عليه قبل الحجر قبل إقراره، وشارك الغرماء. وهو اختيار الشافعي، وقال: وبه أقول (٥). وله قول آخر: وهو أن يكون في ذمته، يقضى من الفاضل من دين غرمائه (٦). دليلنا: أن إقراره صحيح، وإذا ثبت صحته، فالخبر على عمومته في قسمة ماله بين غرمائه (٧)، فمن خصه فعليه الدلالة.

(١) مختصر المزني: ١٠٤.

(٢) الام ٣: ٢١٠، ومختصر المزني: ١٠٤، والمجموع ١٣: ٢٨٢، ومغني المحتاج ٢: ١٤٨، والسراج الوهاج: ٢٢٣، وفتح العزيز ١٠: ٢٠٤، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٣٠، والشرح الكبير ٤: ٥٠١.

(٣) الام ٣: ٢١٠ و ٢١١، ومختصر المزني: ١٠٤، ومغني المحتاج ٢: ١٤٨، والسراج الوهاج: ٢٢٣، والمجموع ١٣: ٢٨٢، وفتح العزيز ١٠: ٢٠٤، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٣٠، والشرح الكبير ٤: ٥٠١.

(٤) انظره في الكافي ٥: ١٠٢ حديث ١، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٩ ذيل الحديث الاول،

والتهديب ٦: ٢٩٩ حديث ٨٣٥، والاستبصار ٣: ٧ حديث ١٥.  
(٥) الام ٣: ٢١٠، ومختصر المزني: ١٠٤، والمجموع ١٣: ٢٨٥ - ٢٨٦، ومغني المحتاج ٢: ١٤٨، والسراج الوهاج: ٢٢٣، وفتح العزيز ١٠: ٢٠٦.  
(٦) الام ٣: ٢١٠، ومختصر المزني: ١٠٤، ومغني المحتاج ٢: ١٤٨، والسراج الوهاج: ٢٢٣، والمجموع ١٣: ٢٨٥ - ٢٨٦، وفتح العزيز ١٠: ٢٠٦.  
(٧) انظر الكافي ٥: ١٠٢ حديث ١، والتهديب ٦: ١٩١ حديث ٤١٢، والاستبصار ٣: ٧ حديث ١٥.

### [ ٢٧١ ]

مسألة ١٣: من كان عليه ديون مؤجلة، وحجر عليه الحاكم بسبب الديون الحالة، لا تصير المؤجلة حالة. وبه قال المزني، وهو الصحيح من أحد قولي الشافعي عند أصحابه (١). وقوله الآخر: أنها تصير حالة (٢). وبه قال مالك (٣). دليلنا: أن الاصل كونها مؤجلة، ولا دليل على أنها تصير غير مؤجلة، فمن ادعى ذلك فعليه الدلالة. مسألة ١٤: من مات وعليه دين مؤجل، حل عليه بموته. وبه قال أبو حنيفة، والشافعي، ومالك، وأكثر الفقهاء (٤). إلا الحسن البصري، فانه قال: لا تصير المؤجلة حالة بالموت (٥). فأما إذا كانت له ديون مؤجلة، فلا تحل بموته بلا خلاف، إلا رواية شاذة رواها أصحابنا أنها تصير حالة (٦).

(١) الام ٣: ٢١٢، ومغني المحتاج ٢: ١٤٧، والسراج الوهاج: ٢٢٣، والوجيز ١: ١٧٣ والمجموع ١٣: ٢٨٩، وفتح العزيز ١٠: ٢٠١، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٢٥، والشرح الكبير ٤: ٥٤٣. (٢) المجموع ١٣: ٢٨٩، والسراج الوهاج: ٢٢٣، ومغني المحتاج ٢: ١٤٧، وفتح العزيز ١٠: ٢٠١، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٢٥، والشرح الكبير ٤: ٥٤٣. (٣) المدونة الكبرى ٥: ٢٣٥، وبلغة السالك ٢: ١٢٧، وبداية المجتهد ٢: ٢٨٢، وجواهر الاكليل ٢: ٨٨، والشرح الصغير بهامش بلغة السالك ٢: ١٢٧، وفتح الرحيم ٢: ١٤٣، والمجموع ١٣: ٢٨٩، وفتح العزيز ١٠: ٢٠١، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٢٥، والشرح الكبير ٤: ٥٤٣. (٤) الام ٣: ٢١٢، والمجموع ١٣: ٣٣٨، وفتح العزيز ١٠: ٢٠١، والسراج الوهاج: ٢٢٣، وبداية المجتهد ٢: ٢٨٢، وجواهر الاكليل ٢: ٨٨، والشرح الصغير المطبوع بهامش أقرب المسالك ٢: ١٢٧، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٢٦، والشرح الكبير ٤: ٥٤٥. (٥) المغني لابن قدامة ٤: ٥٢٦. (٦) انظر الكافي ٥: ٩٩ حديث ١، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١١٦ حديث ٤٩٦، والتهديب ٦: ١٩٠ حديث ٤٠٧.

### [ ٢٧٢ ]

دليلنا على بطلان مذهب الحسن: إجماع الفرقة، بل إجماع المسلمين، لان خلافه قد انقضى، ولانه واحد لا يعتد به لشذوذه. مسألة ١٥: إذا أفلس من عليه الدين، وكان ما في يده لا يفي بقضاء ديونه، لا يؤجر ليكتسب، ويدفع الى الغرماء. وبه قال أبو حنيفة، والشافعي، ومالك، وأكثر الفقهاء (١). وقال أحمد، وإسحاق، وعمر بن عبد العزيز، وعبيد الله بن الحسن العنبري، وسوار بن عبد الله القاضي: أنه يؤجر، ويؤخذ أجرته، فتقسم بين غرمائه (٢). دليلنا: أن الاصل براءة الذمة، ولا دليل على وجوب إجارتها وتكسبه. وأيضا قوله تعالى: " وإن كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة " (٣) ولم يأمر بالكسب. مسألة ١٦: المفلس إذا ماتت زوجته، وجب أن يجهزها من ماله. وللشافعي فيه قولان: أحدهما: يجب عليه تجهيزها ونفقتها (٤). والثاني: لا يجب ذلك عليه (٥). دليلنا: إجماع الفرقة، وأخبارهم على أن كف المرأة على زوجها (٦)، وذلك عام في كل موضع.

(١) الام ٣: ٢٠٢، ومختصر المزني: ١٠٤، ومغني المحتاج ٢: ١٥٤، والسراج الوهاج: ٢٢٥، والمجموع ١٣: ٢٧٢، وفتح العزيز ١٠: ٢٢٣، والمدونة الكبرى ٥: ٢٠٦، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٣٩، والشرح الكبير ٤: ٥٤٧، والنتف ٢: ٧٥٢، والمبسوط ٢٤: ١٦٤، وتبيين الحقائق ٥: ١٩٩، وفتاوى قاضيخان ٥: ٢٢٤. (٢) المجموع ١٣: ٢٧٢، وفتح العزيز ١٠: ٢٢٣، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٤٠، والشرح الكبير ٤: ٥٤٨. (٣) البقرة: ٢٨٠. (٤) مختصر المزني: ١٠٤، والمجموع ١٣: ٢٩١.

(٥) المجموع ١٣ : ٣٩١، والمغني لابن قدامة ٤ : ٥٣٤ - ٥٣٥، والشرح الكبير ٤ : ٥٣٩.  
(٦) من لا يحضره الفقيه ٤ : ١٤٣ حديث ٤٩١.

#### [ ٢٧٣ ]

مسألة ١٧ : لا يجب على المفلس بيع داره التي يسكنها، ولا خادمه الذي يخدمه. وقال الشافعي: يجب عليه ذلك (١). وبه قال باقي الفقهاء (٢). دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٣)، ولأنه لا دليل على وجوب بيع ذلك عليه. مسألة ١٨ : المفلس إذا ادعى على غيره مالا، ولم تقم له بينة، فرد عليه اليمين فلم يحلف، لا يرد على الغرماء اليمين. وللشافعي فيه قولان: أحدهما: قاله في الجديد مثل قولنا. والثاني: قاله في القديم: أنه يرد على الغرماء، فإذا حلفوا استحقوا المال وقسموه بينهم (٤). دليلنا: أن الأصل براءة الذمة من الايمان، وإيجاب رد اليمين على الغرماء يحتاج إلى الدلالة. مسألة ١٩ : إذا باع الوكيل على رجل ماله، أو الولي مثل: الأب، والجد، والحاكم، وأمينه، والوصي ثم استحق المال على المشتري، فإن ضمان العهدة يجب على من يبيع عليه ماله، فإن كان حيا كان في ذمته، وإن كان ميتا كانت العهدة في تركته. وبه قال الشافعي (٥).

(١) الام ٣ : ٢٠٢، والمجموع ١٣ : ٣٩١، ومغني المحتاج ٢ : ١٥٤، والسراج الوهاج: ٢٢٥، وفتح العزيز ١٠ : ٢٢١، والمغني لابن قدامة ٤ : ٥٣٧، والشرح الكبير ٤ : ٥٣٦.  
(٢) فتح العزيز ١٠ : ٢٢٢، والمغني لابن قدامة ٤ : ٥٣٧، والشرح الكبير ٤ : ٥٣٦.  
(٣) الكافي ٥ : ٩٦ حديث ٣، والتهذيب ٦ : ١٨٦ حديث ٢٨٧، والاستبصار ٣ : ٦ حديث ١٢.  
(٤) الام ٣ : ٢٠٢، والمجموع ١٣ : ٢٨٧، والمغني لابن قدامة ٤ : ٥٢٤، والشرح الكبير ٤ : ٥٥١.  
(٥) الام ٣ : ٢٠٩، ومختصر المزني: ١٠٤، والسراج الوهاج: ٢٢٥، والمجموع ١٣ : ٢٩٦، وفتح العزيز ١٠ : ٢٢٠، والمغني لابن قدامة ٤ : ٥٣٩، والشرح الكبير ٤ : ٥٣٩.

#### [ ٢٧٤ ]

وقال أبو حنيفة: يجب على الوكيل (١). وقال في الحاكم وأمينه: أنهما لا يضمنان (٢). دليلنا: أن الأصل براءة الذمة، ولا دليل على لزوم ذلك للوكيل أو هؤلاء، فيجب أن يلزم الموكل، وإلا لم يكن من يستحق عليه. مسألة ٢٠ : إذا كان للمفلس دار، فبيعت في دينه، وباعها أمين القاضي، وقبض الثمن، فهلك في يده، واستحقت الدار، فإن العهدة تكون من مال المفلس، فيوفى المشتري جميع الثمن الذي وزنه في ثمن الدار. وبه قال الشافعي على ما نقله المزني (٣). وروى حرمله عنه أنه قال: يكون المشتري كأحد الغرماء، فيضرب معهم بما وزن من الثمن، ويأخذ ما يخصه من المال (٤). وقال أصحابه: هذه المسألة على قولين. ومنهم من قال: على طريقين (٥). دليلنا: أن المال أخذ منه ببيع لم يسلم له، فوجب أن يرد على الثمن، وليس هذا دينا له على المفلس، فيكون كأحد الغرماء، ومن أحقه بهم فعليه الدلالة. مسألة ٢١ : تقبل البيعة على إعسار الانسان. وبه قال أبو حنيفة، والشافعي (٦).

(١) تبين الحقائق ٥ : ٢٢١.  
(٢) المبسوط ١٩ : ٢٩، والمجموع ١٣ : ٢٩٦.  
(٣) الام ٣ : ٢٠٩، ومختصر المزني: ١٠٤، والمجموع ١٣ : ٢٩٧، وفتح العزيز ١٠ : ٢٢١، والشرح الكبير ٤ : ٥٤١.  
(٤) و (٥) المجموع ١٣ : ٢٩٧، وفتح العزيز ١٠ : ٢٢١.  
(٦) الام ٣ : ٢١٢، ومختصر المزني: ١٠٤، والمجموع ١٣ : ٢٧٤ - ٢٧٥، واللباب ٢ : ٢٢، ومغني المحتاج ٢ : ١٥٦، والمغني لابن قدامة ٤ : ٥٤٥، والشرح الكبير ٤ : ٤٩٧ - ٤٩٨، وبداية المجتهد ٢ : ٢٨٩، وبدائع الصنائع ٧ : ١٧٣.

#### [ ٢٧٥ ]

وقال مالك: لا تقبل الشهادة على الاعسار، سواء كان الشهود من أهل المعرفة الباطنة به، أو لم يكونوا (١). دليلنا: أن هذه الشهادة ليست على مجرد النفي، وإنما يتضمن إثبات صفة في الحال وهي الاعسار، فوجب أن تكون مقبولة مثل سائر الحقوق والصفات. وروي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال لقبیصة بن مخارق (٢): " المسألة حرمت إلا في ثلاث: رجل يحمل حمالة فحلت له المسألة حتى يؤديها ثم

بمسك، ورجل أصابته فاقة وحاجة حتى يشهد أو يحكم ثلاثة من قومه من ذوي الحجى أن به فاقة وحاجة، فحلت له المسألة حتى يصيب سدادا من عيش أو قواما من عيش " (٣). وهذا نص في إثبات الفقر بالبينة. مسألة ٢٢: إذا قامت البينة على الاعسار وجب سماعها في الحال. وبه قال الشافعي (٤). وقال أبو حنيفة: يحبس المفلس شهرين (٥). هذا رواية الاصل.

- (١) المغني لابن قدامة ٤: ٥٤٥، والشرح الكبير ٤: ٤٩٨، والمجموع ١٣: ٣٧٤، وفتح العزيز ١٠: ٢٢٩.
- (٢) قبيصة بن المخارق بن عبد الله بن شداد بن ربيعة العامري الهلالي، أبو بشر، وفد على النبي صلى الله عليه وآله وروى عنه، وروى عنه أبو عثمان النهدي وأبو قلابة وابنه قطن بن قبيصة. تهذيب التهذيب ٨: ٢٥٠، وأسد الغابة ٤: ١٩٢.
- (٣) صحيح مسلم ٢: ٧٢٢ حديث ١٠٩، وسنن أبي داود ٢: ١٢٠ حديث ١٦٤٠، وسنن الدارقطني ٢: ١٢٠ حديث ٢، والسنن الكبرى ٦: ٧٣ و ٧: ٢١ باختلاف يسير في بعض ألفاظها.
- (٤) الام ٣: ٢١٢، والمجموع ٣: ٢٧٥، والوجيز ١: ١٧٢، ومغني المحتاج ٢: ١٥٦، والسراج الوهاج: ٢٢٦، وفتح العزيز ١٠: ٢٢٧، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٤٦، والشرح الكبير ٤: ٤٩٨.
- (٥) اللباب ٢: ٢٢، والفتاوى الهندية ٣: ٤١٥، والمجموع ١٢: ٢٧٥، وفتح العزيز ١٠: ٢٧٥، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٤٦، والشرح الكبير ٤: ٤٩٨، وفتاوى قاضيخان ٥: ٢٢٦، وتبيين الحقائق ٤: ١٨١.

#### [ ٢٧٦ ]

وقال الطحاوي: يحبس شهرا (١)، وروي أربعة أشهر ثم يسمع البينة (٢). دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم، مثل ما روي عن علي عليه السلام أنه كان يحبس في الدين، فإذا تبين إفلاسه خلى سبيله (٣). مسألة ٢٣: إذا أقام البينة من عليه الدين على إعساره، وسأل الغرماء يمينه، كان لهم ذلك. وللشافعي فيه قولان: روى الربيع أن هذه اليمين إستظهار (٤). والظاهر من رواية حرملة أنها إيجاب (٥). دليلنا: أن الشاهدين يشهدان على ظاهر الحال، ويجوز أن يكون له مال لا يقف عليه أحد، فيتوجه عليه اليمين، والاحتياط يقتضيه، ولا يؤدي الى تكذيب الشهود، لان الشهود يشهدون على ظاهر الحال دون الباطن. مسألة ٢٤: إذا ثبت إعساره، وخلاه الحاكم، لم يجز للغرماء ملازمته إلى أن يستفيد مالا. وبه قال الشافعي (٦). وقال أبو حنيفة: يجوز لهم ملازمته، فيمشون معه ولا يمنعون من التكسب والتصرف، فإذا رجع الى بيته فإن أذن لهم في الدخول معه دخلوا، وإن لم يأذن لهم منعوه من دخوله، وبيئته برا معهم (٧).

- (١) الفتاوى الهندية ٣: ٤١٥.
- (٢) الفتاوى الهندية ٣: ٤١٥، والمجموع ١٣: ٢٧٥، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٤٦، والشرح الكبير ٤: ٤٩٨.
- (٣) التهذيب ٦: ١٩٦ حديث ٤٣٣ و ٦: ٢٩٩ حديث ٨٢٤، والاستبصار ٣: ٤٧ حديث ١٥٦.
- (٤) و (٥) المجموع ١٣: ٢٧٥، وفتح العزيز ١٠: ٢٢١.
- (٦) مختصر المزني: ١٠٤ - ١٠٥، ومغني المحتاج ٢: ١٥٦، والسراج الوهاج: ٢٢٦، وفتح العزيز ١٠: ٢٢٨، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٤٣، والشرح الكبير ٤: ٥٠٠.
- (٧) النتف ٢: ٧٥٣، واللباب ٢: ٢٢ - ٢٣، وفتاوى قاضيخان ٥: ٢٢٧، والفتاوى الهندية ٣: ٤١٥ - ٤١٦، وتبيين الحقائق ٤: ١٨١، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٤٣، والشرح الكبير ٤: ٥٠٠، وحاشية رد المحتار ٥: ٣٨٧، وفتح العزيز ١٠: ٢٢٨.

#### [ ٢٧٧ ]

دليلنا: أن الاصل براءة الذمة من ذلك، والمنع منه، ومن أوجب ذلك فعليه الدلالة. وأيضا قوله تعالى: " وإن كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة " (١) ولم يذكر الملازمة. وروي أبو سعيد الخدري أن رجلا أصيب في ثمار ابتاعها، فكثر دينه، فقال النبي صلى الله عليه وآله: " تصدقوا عليه " فلم يبلغ وفاء دينه، فقال النبي صلى الله عليه وآله: " خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك " (٢). وهذا يدل على أنه ليس لهم ملازمته، وليس لهم إلا ما وجدوه. مسألة ٢٥: إذا فك حجره، فادعى الغرماء أن له مالا، سأله الحاكم، فإن أقر به ولم يكن المال وفاء لديونهم، وحدث ديان آخر بعد فك الحجر، سوى في

قسمته بين الغرماء الذين حدثوا بعد فك الحجر عنه وبين الاولين. وبه قال الشافعي (٣) . وقال مالك: يختص به الغرماء الذين حدثوا بعد فك الحجر (٤). دليلنا: أن هذه ديون تساوت في الثبوت، والذمة خالية من الحجر، فيجب أن تتساوى في القسمة، لأن تخصيص قوم دون قوم يحتاج الى دليل. مسألة ٣٦: من كان له على غيره مال مؤجل الى شهر، وأراد من عليه الدين السفر الى موضع بعيد مدة سنة، لم يكن لصاحب الدين منعه منه ولا

(١) البقرة: ٢٨٠.

(٢) سنن ابن ماجه ٢: ٧٨٩ حديث ٣٣٥٦، ومسند أحمد ٣: ٣٦ و ٥٨، وسنن الترمذي ٣: ٤٤ حديث ٦٥٥، والسنن الكبرى ٦: ٥٠ باختلاف يسير في بعض الفاظها.

(٣) المجموع ١٣: ٣٤٢.

(٤) جواهر الاكليل ٢: ٨٩، والمجموع ١٣: ٣٤٢.

### [ ٢٧٨ ]

مطالبته بالكفيل. وبه قال الشافعي، وأبو حنيفة (١). وقال مالك: له مطالبته بالكفيل (٢). دليلنا: أن الاصل براءة الذمة من المطالبة بالكفيل، فمن أوجب عليه فعلية الدلالة. مسألة ٣٧: إذا كان سفره الى الجهاد، فليس له أيضا منعه منه. وهو ظاهر قول الشافعي (٣)، وبه قال المزني من أصحابه (٤). وفي أصحابه من قال: له المطالبة بالوثيقة، أو منعه من الجهاد (٥). دليلنا: ما قلناه في المسألة الاولى سواء. ويدل على المسألتين أيضا: أن هذا المدعي لا يستحق على صاحبه شيئا في الحال، فكيف يطالبه باقامة كفيل في الحال.

(١) مختصر المزني: ١٠٥، والمجموع ١٣: ٢٧٢، ومغني المحتاج ٢: ١٥٧، والوجيز ١: ١٧١، وفتح العزيز ١٠: ٢١٥، واللباب ٢: ٢٢ - ٢٣، وحاشية رد المحتار ٥: ٣٨٤، والهداية ٧: ٣٣٩، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٧: ٣٣٩، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٤٩، وبدائع الصنائع ٧: ١٧٣. (٢) المجموع ١٣: ٢٧٢، وفتح العزيز ١٠: ٢١٥. (٣) المجموع ١٣: ٢٧٢ - ٢٧٣، وفتح العزيز ١٠: ٢١٦. (٤) لم أرف عليه في مظانه من الكتب المتوفرة. (٥) وهو قول الاصحري والقاضي الروياني، انظر المجموع ١٣: ٢٧٣، وفتح العزيز ١٠: ٢١٦.

### [ ٢٧٩ ]

#### كتاب الحجر

مسألة ١: الانبات دلالة على بلوغ المسلمين والمشركين. وقال أبو حنيفة: الانبات ليس بدلالة على بلوغ المسلمين، ولا المشركين، ولا يحكم به بحال (١). وقال الشافعي: هو دلالة على بلوغ المشركين (٢)، وفي دلالاته على بلوغ المسلمين قولان (٣). دليلنا: إجماع الفرقة، وأخبارهم (٤) من غير تفصيل. وأيضاً ما حكم به سعد بن معاذ (٥) في بني قريظة، فإنه قال: حكمت بأن يقتل مقاتلهم، ويسبي ذراريهم، وأمر بأن يكشف عن مؤنثهم، فمن أنبت فهو من المقاتلة، ومن لم ينبت فهو من الذراري، فيبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وآله

(١) عمدة القاري ١٣: ٢٣٩، وحاشية رد المحتار ٦: ١٥٢، والمجموع ١٣: ٣٦٤، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٥٦، والشرح الكبير ٤: ٥٥٧، وفتح العزيز ١٠: ٢٧٩. (٢) المجموع ١٣: ٣٦٤، والوجيز ١: ١٧٦، ومغني المحتاج ٢: ١٦٧، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٥٦، والشرح الكبير ٤: ٥٥٧، وعمدة القاري ١٣: ٢٣٩، وفتح العزيز ١٠: ٢٧٧. (٣) المجموع ١٣: ٢٤، والوجيز ١: ١٧٦، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٥٦، والشرح الكبير ٤: ٥٥٦، وفتح العزيز ١٠: ٢٧٧. (٤) الكافي ٧: ١٩٧ حديث ١. (٥) سعد بن معاذ بن النعمان بن امرئ القيس الانصاري، الاوسي ثم الاشهلي، أبو

عمرو، أسلم على يد مصعب بن عمير لما أرسله النبي صلى الله عليه وآله إلى المدينة يعلم المسلمين شهد بدرا واحدا والخندق ومات سنة خمس من الهجرة النبوية. تهذيب التهذيب ٣: ٤٨١، وأسد الغابة ٢: ٣٩٦ - ٣٩٩.

### [ ٢٨٢ ]

فقال: " لقد حكم سعد بحكم الله من فوق سبع سموات " (١) وروي " سبعة أرفعة " (٢) (٣). مسألة ٢: يراعى في حد البلوغ في الذكور، بالسن خمس عشرة سنة. وبه قال الشافعي (٤). وفي الإناث تسع سنين. وقال الشافعي: خمس عشرة سنة مثل الذكور (٥). وقال أبو حنيفة: الأنثى تبلغ باستكمال سبع عشرة سنة (٦). وفي الذكور عنه روايتان. إحداهما: يبلغ باستكمال تسع عشرة سنة، وهي رواية الأصل. والآخرى: ثمان عشرة سنة (٨)، وهي رواية الحسن بن زياد اللؤلؤي.

- (١) السنن الكبرى ٩: ٦٣، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٥٦، وانظر شرح معاني الآثار ٣: ٢١٦.
- (٢) أرفعة: جمع رقيق، كل سماء يقال لها رقيق، وقيل الرقيق اسم سماء الدنيا. انظر النهاية ٢: ٢٥١ مادة رقع.
- (٣) رواه الأربلي في كشف الغمة ١: ٢٠٨ وابن الأثير في النهاية ٢: ٢٥١ بالفاظ مختلفة قريبة لما ذكر أعلاه.
- (٤) الأم ٣: ٢١٥، ومختصر المزني: ١٠٥، والمجموع ١٣: ٣٦١، والوجيز ١: ١٧٦، ومغني المحتاج ٢: ١٦٦، وبدائع الصنائع ٧: ١٧٢، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٥٧، وعمدة القاري ١٣: ٣٣٩، وفتح العزيز ١٠: ٣٧٧.
- (٥) الأم ٣: ٢١٥، ومختصر المزني: ١٠٥، والوجيز ١: ١٧٦، والمجموع ١٣: ٣٦١ و ٣٦٢، ومغني المحتاج ٢: ١٦٦، وبدائع الصنائع ٧: ١٧٢، وفتح العزيز ١٠: ٣٧٧.
- (٦) اللباب ٢: ١٩، وعمدة القاري ١٣: ٣٣٩، وبدائع الصنائع ٧: ١٧٢، والفتاوى الهندية ٥: ٦١، وحاشية رد المحتار ٦: ١٥٢ وشرح فتح القدير ٥: ٣٢٢، والمجموع ١٣: ٣٦٢، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٥٧، والشرح الكبير ٤: ٥٥٦، وشرح معاني الأخبار ٣: ٢١٨.
- (٧) الفتاوى الهندية ٥: ٦١، وعمدة القاري ١٣: ٣٣٩، والمجموع ١٣: ٣٦٢، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٥٧، والشرح الكبير ٤: ٥٥٦.
- (٨) اللباب ٢: ١٩، وعمدة القاري ١٣: ٣٣٩، وبدائع الصنائع ٧: ١٧٢، والمبسوط ٢٤: ١٦٢، والفتاوى الهندية ٥: ٦١، وحاشية رد المحتار ٦: ١٥٢، وشرح فتح القدير ٥: ٣٢٢، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٥٧، والشرح الكبير ٤: ٥٥٦، والتفسير ٩: ١٨٩، والمجموع ١٣: ٣٦٢، وشرح معاني الآثار ٣: ٢١٨.

### [ ٢٨٣ ]

وحكي عن مالك أنه قال: البلوغ بان يغلظ الصوت، وأن ينشق الغضروف - وهو رأس الأنف -، وأما السن فلا يتعلق به البلوغ (١). وقال داود: لا يحكم بالبلوغ بالسن (٢). دليلنا: اجماع الفرقة، وأخبارهم قد أوردناها في الكتاب الكبير (٣). وروي أنس بن مالك أن النبي صلى الله عليه وآله قال: " إذا استكمل المولود خمس عشرة سنة كتب ماله، وما عليه، وأخذت منه الحدود " (٤). وروي عبد الله بن عمر أنه قال: عرضت على رسول الله صلى الله عليه وآله عام بدر وأنا ابن ثلاث عشرة سنة فردني، ولم يرني بلغت، وعرضت عام أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فردني، ولم يرني بلغت، وعرضت عام الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة، فأجازني في المقاتلة (٥). فنقل الحكم وهو الرد والاجازة، وسببه وهو السن. مسألة ٣: لا يدفع المال إلى الصبي، ولا يفك حجره حتى يبلغ بأحد ما قدمنا ذكره، ويكون رشيدا وحده: أن يكون مصلحا لماله، عدلا في دينه، فإذا كان مصلحا لماله غير عدل في دينه، أو كان عدلا في دينه غير مصلح لماله، فانه

(١) المجموع ١٣: ٣٦٢.

(٢) المجموع ١٣: ٣٦٢.

(٣) الكافي ٧: ١٩٧ (باب حد الغلام والجارية.. الحديث ١ و ٢، والتهذيب ٩: ١٨٣ - ١٨٤ حديث ٧٣٩ و ٧٤٢، ومن لا يحضره الفقيه ٤: ١٦٣ حديث ٥٧٠ و ٥٧٥).

(٤) حكاه ابن حجر العسقلاني في تلخيص الحبير ٣: ٤٢ حديث ١٢٤١ عن البيهقي في الخلافيات. وقال أيضا: وقال الغزالي في الوسيط تبعا للامام في النهاية رواه الدارقطني باسناده فلعله في الافراد وغيرها فانه ليس في السنن المذكورا، وذكره البيهقي في

السنن الكبرى عن قتادة عن أنس، ورواه الرافعي الكبير في فتح العزيز ١٠: ٣٧٨.  
(٥) السنن الكبرى ٦: ٥٥، وتلخيص الحبير ٣: ٤١ حديث ١٢٤٠. ورواه أكثر أرباب كتب الحديث من دون ذكر القسم الاول من الحديث فلا حظ.

#### [ ٢٨٤ ]

لا يدفع إليه ماله. وبه قال الشافعي (١). وقال أبو حنيفة: إذا كان مصلحا لماله، ومديرا له، وجب فك الحجر عنه، سواء كان عدلا في دينه، مصلحا له، أو لم يكن (٢). دليلنا: قوله تعالى " فان أنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم " (٣) فاشتراط الرشيد، ومن كان فاسقا في دينه كان موصوفا بالغي، ومن وصف بالغي لا يوصف بالرشيد، لان الغي والرشيد صفتان متناقضتان، لا يجوز اجتماعهما. ولانه إذا كان عدلا في دينه، مصلحا لماله، فلا خلاف في جواز دفع المال إليه، وليس على جواز الدفع مع انفراد إحدى الصفتين دليل. وروي عن ابن عباس أنه قال في قوله تعالى: " فان أنستم منهم رشدا " (٤) هو أن يبلغ ذا وقار، وحلم، وعقل (٥). ويدل أيضا على ذلك ذلك قوله تعالى: " ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياما " (٦) والفاسق سفيه.

(١) الام ٣: ٢١٥، ومختصر المزني: ١٠٥، والمجموع ١٣: ٣٦٨، والوجيز ١: ١٧٦، وفتح العزيز ١٠: ٢٨٦، والمغني لابن قدام ٤: ٥٦٦، ومغني المحتاج ٢: ١٦٨، وبداية المجتهد ٢: ٣٧٨، وبلغة السالك ٢: ١٢٨، والشرح الكبير ٤: ٥٥٩، والتفسير الكبير للرازي ٩: ١٨٨، وشرح العناية على الهداية ٥: ٣١٥، والمبسوط ٢٤: ١٥٧.  
(٢) اللباب ٢: ١٧، والمبسوط ٢٤: ١٥٧، وبدائع الصنائع ٧: ١٧٠، وشرح فتح القدير ٥: ٣٢١ - ٣٢٢، ٧: ٣١٤ و ٣١٥، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٧: ٣١٥، والفتاوى الهندية ٥: ٥٦، وحاشية رد المحتار ٦: ١٥٠، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٦٦، والشرح الكبير ٤: ٥٥٩، والمجموع ١٣: ٣٦٨، والتفسير الكبير للرازي ٩: ١٨٨، وفتح العزيز ١٠: ٢٨٦. (٣) و (٤) النساء: ٦.  
(٥) أخرجه السيوطي في الدر المنثور ٢: ١٢١ في تفسير الآية الكريمة، والنووي في المجموع ١٣: ٣٦٨.  
(٦) النساء: ٥.

#### [ ٢٨٥ ]

والاخبار التي نتفرد بروايتها كثيرة في هذا المعنى ذكرناها في كتابنا الكبير (١). مسألة ٤: إذا بلغ من وجد فيه الرشيد فك حجره، وإن لم يؤنس منه الرشيد لم يفك حجره الى أن يصير شيئا كبيرا. وبه قال الشافعي (٢). وقال أبو حنيفة: إذا بلغ خمسا وعشرين سنة، فك حجره على كل حال، ولو تصرف في ماله قبل بلوغ خمس وعشرين سنة صح تصرفه بالبيع والشراء والاقرار (٣). دليلنا: قوله تعالى: " فان أنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم " (٤) وهذا لم يؤنس منه الرشيد، وقوله تعالى: " ولا تؤتوا السفهاء أموالكم " (٥) وهذا سفيه فيجب أن لا يؤتى المال. مسألة ٥: إذا بلغت المرأة وهي رشيدة، دفع إليها مالها، وحاز لها أن تتصرف فيه، سواء كان لها زوج أو لم يكن. وبه قال الشافعي (٦). وقال مالك: إن لم يكن لها زوج، لم يدفع إليها مالها، وإن كان لها زوج

(١) انظر ما رواه في التهذيب ٩: ١٨١ (باب وصية الصبي والمحجور عليه).  
(٢) الام ٣: ٢١٨، ومختصر المزني: ١٠٥، والمجموع ١٣: ٣٦٨، والوجيز ١: ١٧٦، والتفسير الكبير ٩: ١٨٩، وبدائع الصنائع ٧: ١٧٠، وسبل السلام ٢: ٨٧٩، وتفسير القرطبي ٥: ٣٠.  
(٣) اللباب ٢: ١٧، والمبسوط ٤: ١٦١، والفتاوى الهندية ٥: ٥٦، وشرح فتح القدير ٥: ٣١٨، وحاشية رد المحتار ٦: ١٥٠، والعقود الدرية ٢: ١٤٧ و ١٤٨، وبدائع الصنائع ٧: ١٦٩ و ١٧٠، والمحلى ٨: ٢٨٠، وبداية المجتهد ٢: ٢٧٦، والمجموع ١٣: ٣٦٨، والتفسير الكبير ٩: ١٨٩، وسبل السلام ٢: ٨٧٩، وتفسير القرطبي ٥: ٣٠.  
(٤) النساء: ٦.  
(٥) النساء: ٥.  
(٦) الام ٣: ٢١٦، ومختصر المزني: ١٠٥، والمجموع ١٣: ٣٧٢، وفتح العزيز ١٠: ٢٨٦، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٦٠، والشرح الكبير ٤: ٥٦٠.

#### [ ٢٨٦ ]



دفع إليها، لكن لا يجوز لها أن تتصرف فيه إلا بأذن زوجها (١). دليلنا: إجماع الفرقة، وقوله تعالى: " حتى إذا بلغوا النكاح " (٢) وإنما المعنى وقت النكاح، وأيضاً قوله تعالى: " فان أنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم " (٣) ولم يشترط الزوج، فمن ادعى فعلية الدلالة. مسألة ٦: إذا كان لها زوج فتصرفها لا يفتقر إلى إذن زوجها، وروي أن ذلك يستحب لها. وبه قال الشافعي (٤). وقال مالك: لا يجوز لها التصرف إلا بأذن زوجها (٥). دليلنا: قوله تعالى: " فان أنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم " (٦) ولم يشترط الزوج، ولا إذنه، فمن ادعاه فعلية الدلالة. وروي أن أم الفضل أرسلت إلى رسول الله فدا من لبن، وهو واقف بعرفة، فثبره (٧)، ولم يسأل عن إذن زوجها. وروي أن أسماء بنت أبي بكر قالت: يا رسول الله أتتني أمي راغبة أصلها؟ فقال النبي صلى الله عليه وآله: " نعم " (٨) ولم يعتبر إذن زوجها الزبير. مسألة ٧: إذا بلغ الصبي، وأونس منه الرشد، ودفع إليه ماله، ثم صار ميذراً

- (١) بداية المجتهد ٢: ٣٧٧ و ٣٧٨، وبلغه السالك ٢: ١٢٨، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٦٠، والشرح الكبير ٤: ٥٦١، والمجموع ١٣: ٣٧٢، وفتح العزيز ١٠: ٢٨٦.  
(٢) و (٣) النساء: ٦.  
(٤) الام ٢: ٢١٦ و ٢١٧، والمجموع ١٣: ٣٧٢.  
(٥) بداية المجتهد ٢: ٣٧٧، وبلغه السالك ٢: ١٢٧ و ١٤٦، والمجموع ١٣: ٣٧٢، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٦١، وسبل السلام ٣: ٨٨٢، وفتح العزيز ١٠: ٢٨٦.  
(٦) النساء: ٦.  
(٧) رواه أحمد بن حنبل ٦: ٣٣٨ و ٣٤٠ باختلاف يسير في بعض الالفاظ.  
(٨) رواه أحمد بن حنبل باسانيد وطرق والفاظه مختلفة، منها ورواه في مسنده ٦: ٣٤٤ فلاحظ.

#### [ ٢٨٧ ]

مضيعاً لماله في المعاصي، حجر عليه. وبه قال الشافعي، ومالك، وأحمد وإسحاق، والاوزاعي، وأبو ثور، وأبو عبيد وغيرهم (١)، وهو مذهب أبي يوسف، ومحمد (٢). وقال أبو حنيفة وزفر: لا يحجر عليه وتصرفه نافذ في ماله (٣). وحكي ذلك عن النخعي وابن سيرين (٤). دليلنا قوله تعالى: " فان كان الذي عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يمل هو فليمل عليه بالعدل " (٥). وقيل: السفية الميذر، والصغير، والشيخ الكبير، والذي لا يستطيع أن يمل المغلوب على عقله (٦). فدل هذا على أن الميذر يحجر عليه. وأيضاً قوله تعالى: " ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياماً " (٧) والميذر سفيهاً، فوجب أن لا يدفع إليه المال.

- (١) الام ٣: ٢١٩، ومختصر المزني: ١٠٥، والمجموع ١٣: ٣٧٧، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٦٨، والشرح الكبير ٤: ٥٧٠، وبداية المجتهد ٢: ٣٧٦، والوجيز ١: ١٧٦، والتفسير الكبير ٩: ١٩٠، وفتح العزيز ١٠: ٢٨٥، ونيل الاوطار ٥: ٣٦٨، وتفسير القرطبي ٥: ٣٠.  
(٢) المجموع ١٣: ٣٧٧، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٦٨، والشرح الكبير ٤: ٥٧٠، ونيل الاوطار ٥: ٣٦٨، وتفسير القرطبي ٥: ٣٠.  
(٣) شرح فتح القدير ٧: ٣١٧، والمجموع ١٣: ٣٧٧، وبداية المجتهد ٢: ٣٧٦، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٦٨، والشرح الكبير ٤: ٥٧٠، والتفسير الكبير ٩: ١٩٠، وفتح العزيز ١٠: ٢٨٥، ونيل الاوطار ٥: ٣٦٨، وتفسير القرطبي ٥: ٣٠.  
(٤) المجموع ١٣: ٣٧٧، وبداية المجتهد ٢: ٣٧٦، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٦٨، والشرح الكبير ٤: ٥٧٠، ونيل الاوطار ٥: ٣٦٨.  
(٥) البقرة: ٢٨٢.  
(٦) انظر المغني لابن قدامة ٤: ٥٦٩ - ٥٧٠.  
(٧) النساء: ٥.

#### [ ٢٨٨ ]

وروي تفسير هذه الآية عن ابن عباس: أن لا يدفع الانسان ماله الى امرأته، والى من يلزمه نفقته، ولكن يحفظه بنفسه، وينفق منه بالمعروف (١). وأيضاً قال الله تعالى: " إن الميذرين كانوا إخوان الشياطين " (٢) فذم الميذر، فوجب المنع، ولا يصح المنع إلا بالحجر. وروي عن النبي عليه السلام أنه قال: " اقبضوا على أيدي سفهائكم

" (٣) ولا يصح القبض إلا بالحجر. وروى عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: " ان الله كره لكم ثلاثا - قيل: وما هي؟ قال: - كثرة السؤال، واضاعة المال " (٤) وما يكرهه الله تعالى لا يكون إلا محرما، ويجب المنع منه. وروى عروة بن الزبير أن عبد الله بن جعفر ابتاع بيعا، فأتى الزبير، فقال له: اني قد ابتعت بيعا، وأن عليا يريد أن يأتي عثمان ويسأله الحجر علي، فقال الزبير: أنا شريكك في البيع، ثم أتى علي عثمان، فقال له: إن ابن جعفر ابتاع بيع كذا، فاحجر عليه، فقال الزبير: أنا شريكه في البيع، فقال عثمان: كيف احجر على رجل شريكه الزبير (٥).

(١) ذكر السيوطي في الدر المنثور ٢: ١٢٠، والقرطبي في تفسيره ٥: ٢٩ نحوه

فلاحظ.

(٢) الاسراء: ٢٧.

(٣) لم أف في هذا الحديث في المصادر المتوفرة مكانا.

(٤) رواه مسلم في صحيحه ٣: ١٢٤١ حديث ١٢ وفيه: ان الله كره لكم ثلاثا القيل والقال، وكثرة السؤال، واضاعة المال والبيهقي في سننه ٦: ٦٣ مثله، وروى نحوه مسلم أيضا وبأسانيد أخرى في نفس الباب حديث ١٠ و ١٢ و ١٤ فلاحظ، وكذلك رواه مالك في موطأ ٢: ٩٩٠ حديث ٢٠، وأحمد بن حنبل في مسنده ٢: ٣٢٧ و ٤: ٢٤٦ و ٢٤٩.

(٥) اختلفت الفاظ حملة الحديث ورواته في حكاية هذه القصة وبألفاظ مختلفة، نحو ما تقدم انظر على سبيل المثال ما رواه البيهقي في سننه الكبرى ٦: ٦١، والقرطبي في تفسيره ٥: ٣٠ - ٢١، والنووي في المجموع ١٣: ٣٧٦، والرافعي الكبير في تلخيص الحبير ٣: ٤٢ حديث ١٢٤٥، وابن حزم في المحلى

#### [ ٢٨٩ ]

ولم يقل عثمان، ولا أحد: أن الحجر على العاقل لا يجوز. وروى أبو بكر بن المنذر أن عثمان مر بسيخة، فسأل عنها، فقالوا لفلان، اشتراها عبد الله بن جعفر بستين ألفا، فقال: ما يسرني أنها لي بنعلي هذه، ثم لقي عليا، فقال له: ألا تأخذ على يد ابن أخيك، اشتري سيخة بستين ألفا، ما يسرني أنها بنعلي (١). وهذا يدل على أن الحجر جائز باجماع الصحابة، لأن أحدا منهم لم ينكره، وإنما دفعه الزبير بالمشاركة، وامتنع عثمان لكون الزبير شريكا فيه. مسألة ٨: إذا صار فاسقا إلا أنه غير مبذر، فالاحوط أن يحجر عليه. وللشافعي فيه وجهان: أحدهما مثل ما قلناه، وهو اختيار أبي العباس بن سريج (٢). والثاني: لا يحجر عليه وهو اختيار المزني (٣). دليلنا قوله تعالى: " ولا تؤتوا السفهاء أموالكم " (٤) وروى عنهم عليهم السلام أنهم قالوا: " شارب الخمر سفيه " (٥) فوجب أن يمنع دفع المال إليه. مسألة ٩: المحجور عليه إذا كان بالغا يقع طلاقه. وبه قال جميع الفقهاء (٦)

٨: ٢٩١ - ٢٩٢. وانظر أيضا ترتيب مسند الشافعي ٢: ١٦٠ - ١٦١. (١) دعائم الاسلام ٢: ٦٧ حديث ١٨٦، وتلخيص الحبير ٣: ٤٢ - ٤٤ حديث ١٢٤٥. أقول: ممن تقدم ذكره في الهامش المتقدم أشار الى الحديثين معا بقصة واحدة فلاحظ.  
(٢) المجموع ١٣: ٣٦٨ و ٣٧٤ و ٣٧٧، والوجيز ١: ١٧٦، وفتح العزيز ١٠: ٢٨٦.  
(٣) المجموع ١٣: ٣٦٨ و ٣٧٤ و ٣٧٧، والوجيز ١: ١٧٦، وفتح العزيز ١٠: ٢٨٦.  
(٤) النساء: ٥.  
(٥) تفسير العياشي ١: ٢٢٠ حديث ٢٢، في تفسير الآية المتقدمة.  
(٦) المدونة الكبرى ٥: ٢٢١، وبداية المجتهد ٢: ٢٧٩، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٧١، وبلغة السالك ٢: ١٣٩، ومغني المحتاج ٢: ١٧٢، والشرح الكبير ٤: ٥٧٤، والمجموع ٣: ٣٧٥ و ٢٨٠، والفتاوى الهندية ٥: ٥٦، وكفاية الاخيار ١: ١٦٥، والوجيز ١: ١٧٦.

#### [ ٢٩٠ ]

إلا ابن أبي ليلى، فانه قال: لا يملك طلاقه (١). دليلنا: قوله تعالى: " الطلاق مرتان - الى قوله - فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره " (٢) ولم يخص. وآيات الطلاق كلها كذلك. وأيضا فهي مسألة إجماع، وابن أبي ليلى لا يعتد به إذا كان الاجماع بخلافه.

(١) المجموع ٣: ٣٨٠، وبداية المجتهد ٢: ٢٧٩، والمغني لابن قدامة ٤: ٥٧١،  
والشرح الكبير ٤: ٥٧٤. (٢) البقرة: ٣٣٩ - ٣٣٠.

[ ٢٩١ ]

#### كتاب الصلح

مسألة ١: الصلح على الانكار جائز. وبه قال أبو حنيفة، ومالك، وقالوا: لا يكون  
الصلح إلا مع الانكار (١). وقال الشافعي: لا يجوز الصلح على الانكار، قال: وصورة  
المسألة أن يدعي رجل على غيره عينا في يده، أو دينا في ذمته، فأنكر المدعي  
عليه، ثم صالحه منه على مال يتفقان عليه، لم يصح الصلح، ولم يملك المدعي  
المال الذي قبضه من المدعي عليه، وله أن يرجع فيطالبه به، ووجب على المدعي  
رده عليه، وكان على دعواه كما كان قبل الصلح، وإن كان قد صرح بإبرائه مما ادعاه  
عليه، واسقاط حقه عنه، لانه أبرأه ليسلم له ما قبضه، فإذا لم يسلم ماله، لم يلزمه  
ما عليه (٢). وعندنا، وعند أبي حنيفة، ومالك يملك المدعي المال، وليس للمدعي  
عليه مطالبته به.

(١) اللباب ٢: ١١١، والنتف ١: ٥٠٤، والمبسوط ٢٠: ١٣٩ و ١٤٣ - ١٤٤، وبدائع  
الصنائع ٦: ٤٠، وشرح فتح القدير ٧: ٢٤، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح  
القدير ٧: ٢٤، وتبيين الحقائق ٥: ٣٠، والمدونة الكبرى ٤: ٣٧٤ - ٣٧٥، وبلغة السالك ٢:  
١٤٦، وبداية المجتهد ٢: ٢٩٠، والام ٣: ٣٢٨، والمجموع ١٣: ٣٨٨، والمغني لابن قدامة  
٥: ١٠، والشرح الكبير ٥: ١٠، والبحر الزخار ٦: ٩٥.  
(٢) الام ٣: ٣٢١ و ٣٢٨، والمجموع ١٣: ٣٨٨، ومغني المحتاج ٢: ١٧٩ - ١٨٠، والسراج  
الوهاج: ٣٣٤، وكفاية الاخيار ١: ١٦٧، والمغني لابن قدامة ٥: ١٠، والشرح الكبير ٥:  
١٠، وبداية المجتهد ٢: ٢٩٠، والنتف ١: ٥٠٤، والمبسوط ٢٠: ١٣٩، وبدائع الصنائع ٦:  
٤٠، وشرح فتح القدير ٧: ٣٦ وتبيين الحقائق ٥: ٣١، والبحر الزخار ٦: ٩٥.

[ ٢٩٤ ]

دليلنا: قوله تعالى: " والصلح خير " (١) ولم يفرق بين الاقرار والانكار. وقوله عليه  
السلام: " الصلح جائز بين المسلمين " (٢) ولم يفرق. وروي عنه عليه السلام أنه  
قال: " كل مال وقى الرجل به عرضه فهو صدقة " (٣) فيجب أن يكون ما بذله المدعي  
عليه جائزا، ويكون صدقة، لانه قصد به وقاية عرضه. مسألة ٢: إذا أخرج من داره روشنا  
(٤) الى طريق المسلمين، وكان عاليا لا يضر بالمارة، ترك ما لم يعارض فيه واحد من  
المسلمين، فان عارض فيه واحد منهم وجب قلعه. وبه قال أبو حنيفة (٥). وقال  
الشافعي: لا يجب قلعه إذا لم يضر بالمارة، وترك (٦). وبه قال مالك، والاوزاعي، وأحمد،  
واسحاق، وأبو يوسف، ومحمد (٧).

(١) النساء: ١٢٨.

(٢) من لا يحضره الفقيه ٣: ٢٠ حديث ٥٢، والتهذيب ٦: ٢٢٦ حديث ٥٤١، وسنن  
الدارقطني ٣: ٢٧ حديث ٩٧، وسنن أبي داود ٢: ٣٠٤ حديث ٢٥٩٤، وسنن الترمذي ٣:  
٦٣٥ حديث ١٢٥٢، والسنن الكبرى ٦: ٦٣ و ٦٥، والمستدرک على الصحيحين ٢: ٤٩،  
ومسند أحمد بن حنبل ٢: ٣٦٦، وسنن ابن ماجه ٢: ٧٨٨.  
(٣) لم أعثر على هذا الحديث بنفس اللفظ في المصادر المتوفرة، وقد ورد بلفظ آخر  
نصه: " كل معروف صدقة، وما أنفق الرجل على أهله وماله كتبت له صدقه، وما وقى  
به عرضه فهو له صدقة.. " انظر ذلك في سنن الدارقطني ٣: ١٠٠ حديث ١٠١، والسنن  
الكبرى ١٠: ٢٤٢، والمستدرک على الصحيحين ٢: ٥٠، ومجمع الزوائد ٣: ١٣٦.  
(٤) الروشن: وهي أن تخرج أخشابا الى الدرب وتبني عليها، وتجعل لها قوائم من  
أسفل. قاله الطريحي في مجمع البحرين ٦: ٢٥٥ مادة (رشن). (٥) المبسوط ٢٠:  
١٤٤، والمجموع ١٣: ٣٩٦، والمغني لابن قدامة ٥: ٣٤، والشرح الكبير ٥: ٢٧ - ٢٨،  
(٦) الام ٣: ٣٢١ - ٣٢٢، والمجموع ١٣: ٣٩٦ و ٤٠٢ - ٤٠٣، ومختصر المزني: ١٠٦،  
ومغني المحتاج ٢: ١٨٢، والسراج الوهاج: ٢٢٥، وكفاية الاخيار ١: ١٦٨.  
(٧) المبسوط ٢٠: ١٤٤، والمجموع ١٣: ٣٩ و ٤٠٢ - ٤٠٣، والمغني لابن قدامة ٥: ٣٤،  
والشرح الكبير ٥: ٢٧ - ٢٨، ومغني المحتاج ٢: ١٨٢.

دليلنا: أن طريق المسلمين حق لجميعهم، فإذا أنكروا واحد منهم ذلك لم يجز أن يغضب على حقه، ومتى طالبه بقلعه كان له ذلك كسائر الحقوق. وأيضا لا خلاف أنه لا يجوز أن يملك شيئا من القرار والهواء تابع للقرار. وأيضا فلو سقط ذلك، فوقع على إنسان فقتله، أو على مال فأتلفه، لزمه الضمان بلا خلاف، فلو كان ذلك جائزا لم يلزمه ضمان. مسألة ٣: معاهد القمط - وهي: مشاد الخيوط من الخص (١) - إذا كان إلى أحد الجانبين، وكان الخلف في الخص، قدم دعوى من العقد تليه. وبه قال أبو يوسف، وزاد: بخوارج الحائط، وأنصاف اللبن، ويقدم بهما (٢). وقال أبو حنيفة، والشافعي: لا يقدم بشئ من ذلك (٣). دليلنا: إجماع الفرقة، لان الخبر الذي روه مجمع عليه، لا يدفعه أحد منهم. وروى نمران بن جارية اليمامي (٤)، عن أبيه (٥): أن قوما اختصموا إلى رسول الله صلى الله عليه وآله في خص كان بينهم، فبعث حذيفة بن اليمان ليحكم بينهم، فحكم به لمن تليه القمط، ثم رجع إلى رسول الله صلى الله عليه وآله فأخبره بذلك، فقال: "أصبت" أو "أحسنست" (٦). مسألة ٤: إذا تنازعا في جدار بين ملكيهما، وهو غير متصل ببناء أحدهما،

- (١) الخص: البيت الذي يعمل من القصب. سمي به لما فيه من الخصائص وهي الفرج والانقلاب.
- (٢) المغني لابن قدامة ٥: ٤٤، والشرح الكبير ١٢: ١٦٩.
- (٣) الام ٣: ٣٢٥، ومختصر المزني: ١٠٦، والوجيز ١: ١٨٠، ومغني المحتاج ٢: ١٩٢، وفتح العزيز ١٠: ٣٣٢ - ٣٣٣، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٤، والشرح الكبير ١٢: ١٦٩.
- (٤) نمران بن جارية بن ظفر اليمامي الحنفي، عده ابن حبان في الثقات، روى عن أبيه وعنه دهثم بن قران. اسد الغابة ١: ٣٦٢، وتهذيب التهذيب ١٠: ٤٧٥.
- (٥) جارية بن ظفر اليمامي الحنفي، أبو نمران، يعد في الكوفيين، حديثه عند ابنه نمران ومولاه عقيل بن دينار، وروى عنه من الصحابة زيد بن معبد. قاله ابن الاثير في اسد الغابة.
- (٦) سنن ابن ماجه ٢: ٧٨٥ حديث ٣٣٤٣، والسنن الكبرى ٦: ٦٧ - ٦٨، واسد الغابة ١: ٣٦٢.

وانما هو مطلق ولاحدهما عليه جذوع، فانه لا يحكم بالحائط لمن الجذوع له. وبه قال الشافعي (١). وقال أبو حنيفة: يحكم بالحائط لصاحب الجذوع إذا كان أكثر من جذع واحد، فان كان واحدا فلا يقدم به، بلا خلاف (٢). دليلنا: قوله عليه السلام: "البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه" (٣) ولم يفرق. وأيضا فان هذا الحائط قبل طرح الجذوع عليه كان بينهما نصفين بلا خلاف، فمن قال بطرح الجذوع يتغير الحكم، فعليه الدلالة، بل يقال لصاحب الجذوع: أقم البينة على أنك وضعت هذه الجذوع فيه بحق، فان أقامها وإلا كان على حاله قبل وضعها فيه. وأيضا فان وضع الجذوع يجوز أن يكون عارية، لان في الناس من يوجب إعاره ذلك وهو مالك، فانه قال: يجبر على ذلك لقوله عليه السلام: "لا يمنعن أحدكم جاره أن يضع خشبة على جداره" (٤). مسألة ٥: إذا تنازع إثنان دابة، أحدهما راكبها، والآخر أخذ بلجامها، ولم يكن مع أحدهما بيعة، جعلت بينهما نصفين. وبه قال أبو اسحاق المروري (٥).

- (١) الام ٣: ٣٢٥، ومختصر المزني: ١٠٦، ومغني المحتاج ٢: ١٩، والسراج الوهاج: ٣٣٨، والوجيز ١: ١٨٠، وفتح العزيز ١٠: ٣٣٣، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٣، والشرح الكبير ١٢: ١٦٨.
- (٢) المبسوط ٢٠: ١٥٧، والفتاوى الهندية ٤: ٩٨، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٣ - ٤٤، والشرح الكبير ١٢: ١٦٩، وفتح العزيز ١٠: ٣٣٣ - ٣٣٤.
- (٣) الكافي ٧: ٤١٥ حديث ٢، ومن لا يحضره الفقيه ٢: ٢٠ حديث ٥٢، والتهذيب ٦: ٣٢٩ حديث ٥٥٣، وصحيح البخاري ٣: ١٨٧، وسنن الدارقطني ٤: ١٥٧ حديث ٨ و ٤: ٢١٨ حديث ٥٢.
- (٤) مسند أحمد بن حنبل ٢: ٢٧٤ و ٤٤٧، والسنن الكبرى ٦: ٦٨، وتلخيص الحبير ٣: ٤٥، وحكاية المتقي الهندي في كنز العمال ٩: ٦١ حديث ٢٤٩٤٦ من الخرائطي في مساوي الاخلاق.
- (٥) فتح العزيز ١٠: ٣٣٤.

وقال أبو حنيفة وباقي الفقهاء: يحكم بذلك للراكب (١). دليلنا: أنه لا دلالة على وجوب تقديمه على الآخر، فمن ادعى تقديمه فعليه الدلالة. مسألة ٦: إذا كان حائط مشترك بين نفسين، لم يجز لأحدهما أن يدخل فيه خشبة خفيفة لا تضر بالحائط ضرا كثيرا إلا بإذن صاحبه. وبه قال الشافعي في الجديد (٢) وقال في القديم: يجوز ذلك (٣). وبه قال مالك (٤). دليلنا: أنه قد ثبت أن الحائط مشترك بينهما، فلا يجوز له مع ذلك التصرف فيه إلا بإذن صاحبه وشريكه، فمن ادعى جواز ذلك فعليه الدلالة. وروي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: " لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه " (٥) وهذا الحائط فيه ملك لشريكه، فلم يحل لأحدهما إلا بطيب نفس من الآخر على ظاهر الخبر. مسألة ٧: إذا كان حائط مشترك بين نفسين، فأذن أحدهما لصاحبه أن يضع عليه خشبا يبني عليه، فبنى عليه، ثم انهدم السقف أو قلع، فليس له أن يعيدها إلا بإذن مجدد. وهو أحد قولي الشافعي، ومالك (٦).

- (١) الفتاوى الهندية ٤: ٩٥، ورد المختار ٥: ٥٧٨، والوجيز ١: ١٨١، وفتح العزيز ١٠: ٣٣٤.  
 (٢) المجموع ١٢: ٤٠٥، والوجيز ١: ١٧٦ و ١٧٩، ومغني المحتاج ٢: ١٨٩، والسراج الوهاج: ٣٢٧، والمغني لابن قدامة ٥: ٣٧ - ٣٨، والشرح الكبير ٥: ٣٧ وفتح العزيز ١٠: ٣١٦.  
 (٣) مغني المحتاج ٢: ١٨٩، والسراج الوهاج: ٣٢٧، والمجموع ١٣: ٤٠٥، والوجيز ١: ١٧٩، وفتح العزيز ١٠: ٣١٦، والمغني لابن قدامة ٥: ٣٧ - ٣٨، والشرح الكبير ٥: ٣٧.  
 (٤) المغني لابن قدامة ٥: ٣٧ - ٣٨، والشرح الكبير ٥: ٣٧، وفتح العزيز ١٠: ٣١٥.  
 (٥) سنن الدارقطني ٣: ٣٦، ومسند أحمد بن حنبل ٥: ٧٢، والسنن الكبرى ٦: ١٠٠، وتلخيص الحبير ٣: ٤٥.  
 (٦) المجموع ١٣: ٤٠٩، ومغني المحتاج ٢: ١٨٩، والسراج الوهاج: ٣٣٦، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٠ - ٤١.

والقول الآخر: أنه يجوز ذلك له (١). دليلنا: أن إعادته يحتاج الى دليل. والأصل أن لا يجوز له أن يضع إلا بأذنه، وليس الأذن في الأول إذنا في الثاني. مسألة ٨: إذا كان لرجل بيت وعليه عرفة لآخر، وتنازعا في سقف البيت الذي عليه الغرفة، ولم يكن لأحدهما بينة، اقرع بينهما، فمن خرج اسمه حلف لصاحبه، وحكم له به. وإن قلنا: أنه يقسم بينهما نصفين، كان جائزا. وقال الشافعي: يحلف كل واحد منهما، فإذا حلفا معا جعل بينهما نصفين (٢). وقال أبو حنيفة: القول قول صاحب السفلى، وعلى صاحب العلو البينة (٣). وقال مالك: القول قول صاحب العلو، وعلى صاحب السفلى البينة (٤). دليلنا: إجماع الفرقة على أن كل مجهول يستعمل فيه القرعة، وهذا من الأمر المشتبه. مسألة ٩: إذا كان بين رجلين حائط مشترك وانهدم، وأراد أحدهما أن يبنيه، وطالب الآخر بالانفاق معه، فإنه لا يجبر على ذلك. وكذلك إن كان بينهما نهر أو بئر، فطالب أحدهما بالنفقة، لا يجبر عليها. وكذلك إن كان بينهما دولا ب يحتاج الى العمارة، وطالب شريكه بالنفقة، لا يجبر عليه. وكذلك إن كان السفلى لواحد والعلو لآخر فانهدم، فلا يجبر صاحب السفلى

- (١) مغني المحتاج ٢: ١٨٩، والمجموع ١٣: ٤٠٩، والسراج الوهاج: ٣٣٦، وفتح العزيز ١٠: ٣١٧، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٠.  
 (٢) الأم ٣: ٢٣٦، ومختصر المزني: ١٠٦، وفتح العزيز ١٠: ٣٣٤، والشرح الكبير ١٢: ١٧١.  
 (٣) المبسوط ٣٠: ١٥٨، والفتاوى الهندية ٤: ١٠٣، والشرح الكبير ١٢: ١٧١، وفتح العزيز ١٠: ٣٣٤.  
 (٤) الشرح الكبير ١٢: ١٧١، وفتح العزيز ١٠: ٣٣٤ - ٣٣٥.

على إعادة الحيطان التي تكون عليها الغرفة. وللشافعي في هذه المسائل قولان: أحدهما: مثل ما قلناه، وهو قوله في الجديد (١). وبه قال أبو حنيفة (٢). والآخر: قوله في القديم، يجبر عليه (٣). وبه قال مالك (٤). وقال في مسألة الغرفة أنه يجبر صاحب السفلى على النفقة منفردا، ولا يلزم صاحب العلو شيئا. والثاني: لا يجبر

عليه (٥). دليلنا: أن الاصل براءة الذمة، فمن أوجب إجباره على النفقة فعليه الدلالة. وأيضاً قول النبي صلى الله عليه وآله: " لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه " (٦) فيجب أن لا يجبر شريكه على الانفاق إلا بطيب نفس منه. مسألة ١٠: إذا أتلّف رجل على غيره ثوباً يساوي ديناراً، فأقر له به وصالحه على دينارين، لم يصح ذلك. وبه قال الشافعي (٧). وقال أبو حنيفة: يجوز ذلك (٨).

- (١) الام ٣: ٢٢٦، مختصر المزني: ١٠٦، والمجموع ١٣: ٤١٥، ومغني المحتاج ٢: ١٩٠، والسراج الوهاج: ٢٣٧، والوجيز ١: ١٧٩ وفتح العزيز ١٠: ٣٢٠، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٩، والشرح الكبير ٥: ٤٧.  
(٢) ٢٠: ١٥٩، والفتاوى الهندية ٤: ١٠٣، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٨ - ٤٩، والشرح الكبير ٥: ٤٧، وفتح العزيز ١٠: ٣٢٠.  
(٣) المجموع ١٣: ٤١٤، والسراج الوهاج: ٢٣٧، ومغني المحتاج ٢: ١٩٠، وفتح العزيز ١٠: ٣٢١، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٨، والشرح الكبير ٥: ٤٧.  
(٤) المغني لابن قدامة ٥: ٤٨، والشرح الكبير ٥: ٤٧، وفتح العزيز ١٠: ٣٢٠.  
(٥) فتح العزيز ١٠: ٣٢١.  
(٦) سنن الدارقطني ٢: ٣٦، ومسند أحمد بن حنبل ٥: ٧٢، والسنن الكبرى ٦: ١٠٠، وتلخيص الحبير ٢: ٤٥.  
(٧) المجموع ١٣: ٢٨٨.  
(٨) شرح فتح القدير ٧: ٣٦، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٧: ٣٦، والمجموع ١٣: ٢٨٨.

#### [ ٢٠٠ ]

دليلنا: أنه إذا أتلّف عليه الثوب، وجب في ذمته قيمته، بدلالة أن له مطالبته بقيمته، ويجبر صاحب الثوب على أخذها، فإذا ثبت أن القيمة هي الواجبة في ذمته، فالقيمة هاهنا دينار واحد، فلو أجزنا أن يصلحه على أكثر من دينار كان بيعاً للدينار بأكثر منه، وذلك ربا لا يجوز. مسألة ١١: إذا ادعى عليه مالا مجهولاً، فأقر له به وصالحه منه على مال معلوم صح الصلح. وبه قال أبو حنيفة (١). وقال الشافعي: لا يصح (٢). دليلنا: قول النبي صلى الله عليه وآله: " الصلح جائز بين المسلمين إلا ما أحل حراماً أو حرم حلالاً " (٣) ولم يفرق. وقوله تعالى: " والصلح خير " (٤) ولم يفرق. مسألة ١٢: إذا كان لرجل داران في زقاقين غير نافذين، وظهر كل واحدة منهما إلى الأخرى، فأراد أن يفتح بين الدارين باباً حتى ينفذ كل واحدة منهما إلى الأخرى، كان له ذلك. وبه قال أبو الطيب الطبري من أصحاب الشافعي (٥). وقال باقي أصحابه: ليس له ذلك (٦).

- (١) النتف ١: ٥٠٥، والفتاوى الهندية ٤: ٢٥٤ و ٢٥٧، والمجموع ١٣: ٢٨٨، والبحر الزخار ٦: ٩٥.  
(٢) الام ٣: ٢٢٣، والمجموع ١٣: ٢٨٨، والمغني لابن قدامة ٥: ٢٥ - ٢٦، والشرح الكبير ٥: ٩، والبحر الزخار ٦: ٩٥.  
(٣) من لا يحضره الفقيه ٣: ٢٠ حديث ٥٢، والسنن الكبرى ٦: ٦٥، وسنن الترمذي ٣: ٦٣٥ حديث ١٢٥٢، وسنن أبي داود ٣: ٣٠٤ حديث ٣٥٩٤، والتهذيب ٦: ٢٢٦ حديث ٥٤١.  
(٤) النساء: ١٢٨.  
(٥) المجموع ١٣: ٤١٣، ومغني المحتاج ٢: ١٨٦، والسراج الوهاج: ٢٣٦.  
(٦) المجموع ١٣: ٤١٣، ومغني المحتاج ٢: ١٨٦، والسراج الوهاج: ٢٣٦.

#### [ ٢٠١ ]

قال أبو الطيب: ولا أعرف خلافاً فيه. دليلنا: أنه لا يمنع من التصرف في ملكه إلا بدليل، ولا دليل على ذلك. وأيضاً فلا خلاف أنه يجوز أن يجعل الدارين داراً واحدة، فيرفع الحاجز بينهما، ويكون البابان في الزقاقين على حالهما. وهذا يدل على صحة ما قلناه.

#### [ ٢٠٢ ]

كتاب الحوالة

مسألة ١: المحتال هو الذي يقبل الحوالة؛ فلا بد من اعتبار رضاه. وبه قال جميع الفقهاء (١) إلا داود، فإنه قال: لا يعتبر رضاه، ومضى ما أحاله من عليه الحق على غيره لزمه ذلك (٢). دليلنا: أنا أجمعنا على أنه إذا رضي صحت الحوالة، وليس على صحتها مع عدم رضاه دليل. وقول النبي صلى الله عليه وآله: " إذا أحيل أحدكم على ملي فليحتل " (٣) المراد به الاستحباب، لأنه إذا أراد أن يحيله على غيره، استحب له أن يجيبه إليه، لما فيه من قضاء حاجة أخيه، واجابته الى ما يبتغيه. مسألة ٢: المحال عليه يعتبر رضاه. وبه قال المزني في اختياره (٤)، وإليه ذهب أبو سعيد الاصطخري (٥) وذكر ابن سريج في التلخيص أن الشافعي ذكر ذلك في الاملاء .

(١) اللباب ٢: ١٠٨، وبداية المجتهد ١: ٣٩٥، وكفاية الاخير ١: ١٧٠، والمجموع ١٣: ٤٢٣، وفتح العزيز ١٠: ٣٢٨، وارشاد الساري ٤: ١٤٢، وفتح الباري ٤: ٣٦٤، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٨، والسراج الوهاج: ٣٢٨، وحاشية اعانة الطالبين ٣: ٧٥، والشرح الكبير ٥: ٦١، ومغني المحتاج ٢: ١٩٢، والبحر الزخار ٦: ٦٧.  
(٢) المجموع ١٣: ٤٢٣، وبداية المجتهد ١: ٣٩٥، والبحر الزخار ٦: ٦٧.  
(٣) السنن الكبرى ٦: ٧٠، وتلخيص الحبير ٣: ٤٦.  
(٤) المجموع ١٣: ٤٢٣. (٥) المجموع ١٣: ٤٢٣، وفتح العزيز ١٠: ٣٣٩، والبحر الزخار ٦: ٦٧.

### [ ٢٠٦ ]

والمشهور من مذهب الشافعي أنه لا يعتبر رضاه (١). دليلنا: ما قلناه في المسألة الاولى سواء، من اجماع الامة على أنه إذا رضي صحت الحوالة، ولم يدل على صحتها من غير رضاه دليل. مسألة ٢: إذا أحاله على من ليس له عليه دين، وقبل الحوالة، صحت الحوالة. وقال الشافعي: إذا أحال على من ليس له عليه دين، فالمذهب أن ذلك لا يصح، لأنه إذا لم تجز الحوالة عليه بجنس آخر غير الذي عليه، فالاولى أن لا تجوز إذا لم يكن عليه الحق (٢). دليلنا: أن الاصل جواز ذلك، والمنع يحتاج إلى دليل. مسألة ٤: إذا أحال رجلا على رجل بالحق، وقبل الحوالة، صح تحول الحق من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه، وبه قال جميع الفقهاء (٣)، إلا زفر بن الهذيل، فإنه قال: لا يتحول الحق عن ذمته، كما لا يتحول عن ذمة المضمون عنه (٤). دليلنا: أن الحوالة مشتقة من التحويل، فينبغي أن يعطي اللفظ حقه من الاشتقاق والمعنى إذا حكم الشرع بصحته، فإذا أعطيناه حقه، وجب أن ينتقل الحق من المحيل الى المحال عليه.

(١) الوجيز ١: ١٨١، والمجموع ١٣: ٤٢٣ و ٤٢٣ وفتح العزيز ١٠: ٣٣٩، وكفاية الاخير ١: ١٧٠، والسراج الوهاج: ٣٢٨، ومغني المحتاج ٢: ١٩٤، والبحر الزخار ٦: ٦٧.  
(٢) المجموع ٣: ٤٣٠، والسراج الوهاج: ٣٢٨، وارشاد الساري ٤: ١٤٢، وحاشية اعانة الطالبين ٣: ٧٥، ومغني المحتاج ٢: ١٩٤، وفتح العزيز ١٠: ٣٣٩، والبحر الزخار ٦: ٦٩.  
(٣) مختصر المزني: ١٠٧، والمجموع ١٣: ٤٢٤، وكفاية الاخير ١: ١٧٠، واللباب ٢: ١٠٩، وحاشية اعانة الطالبين ٣: ٧٥، ومغني المحتاج ٢: ١٩٥، وفتح العزيز ١٠: ٣٤٢، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٨ - ٥٩، والشرح الكبير ٥: ٥٥، والبحر الزخار ٦: ٦٨.  
(٤) المجموع ١٣: ٤٢٤، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٨ - ٥٩، والبحر الزخار ٦: ٦٨، والشرح الكبير ٥: ٥٥.

### [ ٢٠٧ ]

مسألة ٥: إذا انتقل الحق من ذمة المحيل الى المحال عليه بحوالة صحيحة، فإنه لا يعود عليه، سواء بقي المحال عليه على غناه حتى أداه، أو جرده حقه وحلف عند الحاكم أو مات مفلسا، أو أفلس وحجر عليه الحاكم. وبه قال الشافعي (١)، وهو المروي عن علي عليه السلام (٢). وقال أبو حنيفة: له الرجوع عليه بالحق إذا جرده المحال عليه، أو مات مفلسا (٣). وقال أبو يوسف ومحمد ويرجع عليه في هذين الموضوعين، وإذا أفلس وحجر عليه الحاكم (٤). وبه قال عثمان (٥). دليلنا: أنه قد ثبت انتقال الحق عن ذمته، ولا دليل على انتقاله ثانيا إليه، فمن ادعى ذلك فعليه الدلالة، فينبغي أن يلزمه الاحتياط، ولا يكون له الرجوع، ولأنه شرط الملاءة في الحوالة، فلو كان له الرجوع عند الاعسار لم يكن لشرط الملاءة فائدة. مسألة ٦: إذا شرط المحتال في الحوالة ملاءة المحال عليه، فوجده معسرا، لم تصح الحوالة.



(١) الام ٣: ٢٢٨، ومختصر المزني: ١٠٧، والمجموع ١٣: ٤٣٥، وارشاد الساري ٤: ١٤٣، وفتح العزيز ١٠: ٣٤٤، والسراج الوهاج: ٢٣٩، وعمدة القاري ١٢: ١٠٩، والمحلى ٨: ١٠٩، ومغني المحتاج ٢: ١٩٥ - ١٩٦، والوجيز ١: ١٨٢، والبحر الزخار ٦: ٦٨.  
(٢) المجموع ١٣: ٤٣٦، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٩، والبحر الزخار ٦: ٦٨ (٣) اللباب ٢: ١٠٩، وفتح الباري ٤: ٤٦٤، وعمدة القاري ١٢: ١٠٩، والمحلى ٨: ١٠٩، والمجموع ٣: ٤٣٥، وفتح العزيز ١: ٣٤٤، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٩، وبداية المجتهد ٢: ٣٩٦، وارشاد الساري ٤: ١٤٣، والبحر الزخار ٦: ٦٨.  
(٤) الام ٣: ٢٢٩، ومختصر المزني: ١٠٧، واللباب ٢: ١٠٩، والمحلى ٨: ١٠٩، والمجموع ١٣: ٤٣٥، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٩، وارشاد الساري ٤: ٤٤٣، والبحر الزخار ٦: ٦٨.  
(٥) عمدة القاري ١٢: ١٠٩، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٩، وفتح الباري ٤: ٤٦٤، وبداية المجتهد ٢: ٣٩٦.

### [ ٢٠٨ ]

وقال الشافعي: إذا شرط المحتال ملاءة المحال عليه، فوجده معسرا، أو لم يشترط فوجده معسرا، صحت الحوالة (١). وقال أبو العباس بن سريج: الذي يقتضيه اصول الشافعي أن يكون له الرجوع إذا شرط الملاءة فوجده بخلافه (٢)، والاول قول المزني، وهو الذي صححه باقي أصحابه (٣). دليلنا: اجماع الفرقة، فانهم يعتبرون الملاءة. وأيضا قول النبي صلى الله عليه وآله: " إذا احيل أحدكم على ملي فليحتل " (٤) فأمر بالاحتيايل إذا كان مليا، دون أن يكون معسرا. مسألة ٧: إذا اشترى رجل من غيره عبدا بألف درهم، ثم أحال البائع المشتري بألف على رجل للمشتري عليه ألف درهم، وقبل البائع الحوالة، صحت الحوالة، ثم إن المشتري وجد بالعبد عيبا فرده به، وفسخ البيع، فهل تبطل أم لا؟ الصحيح أنها تبطل. وبه قال المزني، وأبو اسحاق (٥). وقال أبو علي الطبري: ذكر المزني في الجامع الكبير: أن الحوالة صحيحة، واختاره هو (٦). قال أبو حامد المروزي: طلبت في عدة نسخ من الجامع الكبير فلم

(١) الام ٣: ٢٢٩، والمجموع ١٣: ٤٣٧، ومغني المحتاج ٢: ١٩٦، وفتح العزيز ١٠: ٣٤٤، والمغني لابن قدامة ٥: ٦٠، والشرح الكبير ٥: ٦٢.  
(٢) المجموع ١٣: ٤٣٧، ومغني المحتاج ٢: ١٩٦، وفتح العزيز ١٠: ٣٤٤، والمغني لابن قدامة ٥: ٦٠، والشرح الكبير ٥: ٦٢.  
(٣) المجموع ١٣: ٤٣٧، ومغني المحتاج ٢: ١٩٦، وفتح العزيز ١٠: ٣٤٤، والمغني لابن قدامة ٥: ٦٠، والشرح الكبير ٥: ٦٢.  
(٤) السنن الكبرى ٦: ٧٠، وتلخيص الحبير ٣: ٤٦.  
(٥) مختصر المزني: ١٠٧، والمجموع ١٣: ٤٣٨، وفتح العزيز ١٠: ٣٤٦.  
(٦) المجموع ١٣: ٤٣٩، وفتح العزيز ١٠: ٣٤٦.

### [ ٢٠٩ ]

أجده (١). دليلنا: أن الحوالة إنما صحت عن ثمن العبد، فإذا انفسخ العقد سقط ثمن العبد، فيجب أن تبطل الحوالة. مسألة ٨: إذا أحال رجل على رجل يحق له عليه، واختلفا، فقال المحيل: أنت وكيل في ذلك، وقال المحتال: إنما احلنتني لآخذ ذلك لنفسي على وجه الحوالة بما لي عليك، واتفقا على أن القدر الذي جرى بينهما من اللفظ أنه قال: أحلتك عليه بمالي عليه من الحق، وقبل المحتال ذلك، كان القول قول المحيل. وبه قال المزني، وأكثر أصحاب الشافعي (٢). وقال ابن سريج: القول قول المحتال (٣). دليلنا: انهما قد اتفقا على أن الحق كان للمحيل على المحال عليه، وانتقاله الى المحتال يحتاج الى دليل، لانه ليس في إحالة المحيل بذلك دليل على أنه أقر له به، وأحاله بحق له عليه. وإن شئت قلت: الاصل بقاء حق المحيل على المحال عليه، وبقاء حق المحتال على المحيل، والمحتال يدعي زوال ذلك، والمحيل ينكره، فكان القول قوله مع يمينه. مسألة ٩: الحوالة عند الشافعي بيع (٤)، وليس لأصحابنا في ذلك نص، والذي يقتضيه المذهب أن نقول: أنه عقد قائم بنفسه، لانه لا دليل على أنه بيع،

(١) فتح العزيز ١٠: ٣٤٦.  
(٢) مختصر المزني: ١٠٧، والمجموع ١٣: ٤٤١ - ٤٤٣، وفتح العزيز ١٠: ٣٥١، ومغني المحتاج ٢: ١٩٧، والوجيز ١: ١٨٢.

(٣) المجموع ١٣ : ٤٤١، وفتح العزيز ١٠ : ٣٥١.  
(٤) المجموع ١٣ : ٤٣٦، وكفاية الاخير ١ : ١٦٩، والاشباه والنظائر: ٤٦١، وحاشية إعانة الطالبين ٣ : ٧٤، والوجيز ١ : ١٨١، وفتح العزيز ١٠ : ٣٣٨، ومغني المحتاج ٢ : ١٩٣.

### [ ٣١٠ ]

وليس من ألفاظ البيع، والحاقه به قياس لا يجوز عندنا، لبطلان القول بالقياس. مسألة ١٠: يجوز الحوالة بما لا مثل له من الثياب والحيوان إذا ثبت تفي الذمة بالقرض، ويجوز إذا كان في ذمته حيوان وجب عليه بالجناية، مثل أرش الموضحة وغيرها، يصح الحوالة فيها، وكذلك يصح أن يجعلها صداقا لامرأة. واختلف أصحاب الشافعي فيه: فقال بعضهم: لا يجوز، وإنما يجوز فيما له مثل (١). وقال ابن سريج: يجوز فيما يثبت في الذمة، وهو معلوم (٢)، وإذا كان في ذمته حيوان فهل يصح الحوالة بها فيه وجهان (٣). دليلنا: أن الاصل جواز ذلك، ومن منع منه فعليه الدلالة. ومن قال: لا يجوز قال: لأنه مجهول، وليس الامر على ذلك، لأنه لا بد أن يكون معلوما بوصفه وسنه وجنسه، فان لم يكن كذلك لم تصح الحوالة به. مسألة ١١: إذا أحال زيد على عمرو بآلف درهم، فقبله عمرو، صحت الحوالة في ذلك. وللشافعي فيه وجهان: أحدهما مثل ما قلناه (٤). والثاني: لا يجوز، لان الحوالة بيع، والمعدوم لا يجوز بيعه (٥). دليلنا: أنه إذا قبله فقد أقر بلزوم ذلك المال في ذمته، فيجب عليه الوفاء به، ومن قال: لا يصح، فعليه الدلالة، على أن قد بينا أن الحوالة ليست ببيع، فالاصل الذي بنى عليه غير مسلم.

(١) و (٢) المجموع ١٣ : ٤٢٧، وفتح العزيز ١٠ : ٣٤٢.  
(٣) المجموع ١٣ : ٤٢٨، وفتح العزيز ١٠ : ٣٤٢.  
(٤) و (٥) المجموع ١٣ : ٤٣٠، وفتح العزيز ١٠ : ٣٣٩.

### [ ٣١١ ]

#### كتاب الضمان

مسألة ١: ليس من شرط الضمان أن يعرف المضمون له، أو المضمون عنه. وللشافعي فيه ثلاثة أوجه، أحدها: مثل ما قلناه (١). والثاني: أن من شرطه معرفتهما (٢). والثالث: أن من شرطه معرفة المضمون له دون المضمون عنه (٣). دليلنا: ما روي أن عليا عليه السلام وأبا قتادة لما ضمنا الدين عن الميت (٤) لم يسألهما النبي صلى الله عليه وآله عن معرفتهما لصاحب الدين، ولا الميت، فدل على أنه ليس من شرطه معرفتهما. مسألة ٢: ليس من شرط صحة الضمان رضاهما أيضا، وإن قيل: إن من شرطه رضا المضمون له كان أولى. وقال الشافعي: المضمون عنه لا يعتبر رضاه (٥)، والمضمون له فيه قولان:

(١) المجموع ١٤ : ٥، أحكام القرآن لابن العربي ٣ : ١٠٨٦، ومغني المحتاج ٢ : ٢٠٠، والسراج الوهاج: ٢٤٠، وفتح العزيز ١٠ : ٣٥٨ - ٣٥٩، والمغني لابن قدامة ٥ : ٧١ - ٧٢، والشرح الكبير ٥ : ٧٩.  
(٢) المجموع ١٤ : ٥، وفتح العزيز ١٠ : ٣٥٨، وأحكام القرآن لابن العربي ٣ : ١٠٨٦ والمغني لابن قدامة ٥ : ٧١ - ٧٢، والشرح الكبير ٥ : ٧٩.  
(٣) المجموع ١٤ : ٥، ومغني المحتاج ٢ : ٢٠٠، والسراج الوهاج: ٢٤٠، وكفاية الاخير ١ : ١٧١، وفتح العزيز ١٠ : ٣٥٩، والمغني لابن قدامة ٥ : ٧١ - ٧٢، والشرح الكبير ٥ : ٧٩.  
(٤) سنن الدارقطني ٣ : ٧٨ حديث ٢٩١ و ٢٩٢، والسنن الكبرى ٦ : ٧٣.  
(٥) المجموع ١٤ : ١٣، والوجيز ١ : ١٨٣، والسراج الوهاج: ٢٤٠، ومغني المحتاج ٢ : ٢٠٠، وكفاية الاخير ١ : ١٧١، وفتح العزيز ١٠ : ٣٥٨.

### [ ٣١٤ ]

فقال أبو علي الطبري: من شرطه رضاه مثل الثمن في المبيعات (١). وقال ابن سريج: ليس ذلك من شرطه، لان عليا عليه السلام وأبا قتادة لم يسألوا المضمون له (٢). دليلنا: ضمان علي عليه السلام وأبي قتاده (٣)، فان النبي صلى الله عليه وآله لم يسأل عن رضا المضمون له، وأما رضا المضمون عنه فكان غير ممكن، لأنه كان ميتا

يدل على أنه لا اعتبار برضاها، وإذا اعتبرنا رضا المضمون له، فلأنه إثبات حق في الذمة، فلا بد من اعتبار رضاه كسائر الحقوق، والاول ألبق بالمذهب، لان الثاني قياس، ونحن لا نقول به. مسألة ٣: إذا صح الضمان، فإنه ينتقل الدين من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن، ولا يكون له أن يطالب أحدا غير الضامن. وبه قال أبو ثور، وابن أبي ليلى، وابن شبرمة، وداود (٤). وقال الشافعي وباقي الفقهاء: ان المضمون له مخير في أن يطالب أيهما شاء، والضمان لا ينقل الدين من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن (٥). دليلنا: أن النبي صلى الله عليه وآله قال لعلي عليه السلام لما ضمن الدرهمين عن الميت: " جزاك الله عن الاسلام خيرا، وفك رهانك كما فككت

- (١) الوجيز ١: ١٨٣، ومغني المحتاج ٣: ٢٠٠، والمجموع ١٤: ١٣ - ١٤، والمغني لابن قدامة ٥: ٧١، والشرح الكبير ٥: ٧٩.
- (٢) المجموع ١٤: ١٤، والمغني لابن قدامة ٥: ٧١، والشرح الكبير ٥: ٧٩، والبحر الزخار ٦: ٧٦.
- (٣) سنن الدارقطني ٣: ٧٨ - ٧٩ حديث ٢٩١ و ٢٩٣، وسنن أبي داود ٣: ٢٤٧ حديث ٣٣٤٣، وسنن النسائي ٤: ٦٥، والمستدرک على الصحيحين ٢: ٥٨، ومختصر المزني: ١٠٨.
- (٤) المحلى ٨: ١١٣، والمجموع ١٤: ٢٤، والمغني لابن قدامة ٥: ٨٢، وبداية المجتهد ٢: ٢٩٢، والبحر الزخار ٦: ٧٧.
- (٥) مختصر المزني: ١٠٨، والمجموع ١٤: ٢٤ - ٢٥، وكفاية الاخيار ١: ١٧١، ومغني المحتاج ٢: ٢٠٨، والسراج الوهاج: ٢٤٣، والاقناع ٢: ١٧٦، والمحلى ٨: ١١٣، والمغني لابن قدامة ٥: ٨١ - ٨٢، وبداية المجتهد ٢: ٢٩٢، والبحر الزخار ٦: ٧٧.

#### [ ٢١٥ ]

رهان أخيك " (١) فدل على أن الميت قد انتقل الحق من ذمته. وقال عليه السلام لابي قتادة لما ضمن الدينارين: " هما عليك والميت منهما برئ، قال: نعم " (٢). فدل على أن المضمون عنه يبرأ من الدين بالضمان. مسألة ٤: ليس للمضمون له أن يطالب إلا الضامن. وقال مالك: لا يجوز له أن يطالب الضامن إلا عند تعذر المطالبة من المضمون عنه، إما بغيته، أو بافلاسه، أو بجحوده (٣). وقال الشافعي وباقي الفقهاء: هو بالخيار في مطالبته أيهما شاء (٤). دليلنا: ما ذكرناه في المسألة الاولى سواء، من أن الضمان ينقل المال من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن، فإذا ثبت ذلك، فليس له أن يطالب إلا من ثبت المال في ذمته. مسألة ٥: إذا ضمن بغير إذن المضمون عنه، وأدى بغير أمره، فإنه يكون متبرعا، ولا يرجع به عليه. وبه قال الشافعي (٥). وقال مالك وأحمد: يرجع به عليه (٦).

- (١) سنن الدارقطني ٣: ٧٨ حديث ٢٩١ - ٢٩٢، والسنن الكبرى ٦: ٧٣، ومختصر المزني: ١٠٨.
- (٢) سنن الدارقطني ٣: ٧٩ حديث ٢٩٣، وسنن النسائي ٤: ٦٥، وسنن أبي داود ٣: ٢٤٧ حديث ٣٣٤٣، والسنن الكبرى ٦: ٧٤.
- (٣) بداية المجتهد ٢: ٢٩٢، وبلغة السالك ٢: ١٥٨، وفتح الرحيم ٢: ١٢٤ - ١٢٥، والمجموع ١٤: ٢٤، والمحلى ٨: ١١٣، والجامع لاحكام القرآن للقرطبي ١٠: ٢٣٣، والمغني لابن قدامة ٥: ٨٢، والبحر الزخار ٦: ٧٧.
- (٤) المجموع ١٤: ٢٤، وكفاية الاخيار ١: ١٧١، والسراج الوهاج: ٢٤٣، ومغني المحتاج ٢: ٢٠٨، والاقناع ٢: ١٧٦، والمغني لابن قدامة ٥: ٨١ و ٨٢، والجامع لاحكام القرآن للقرطبي ١: ٢٣٣، وبداية المجتهد ٢: ٢٩٢، والمحلى ٨: ١١٣، والبحر الزخار ٦: ٧٧.
- (٥) المجموع ١٤: ٢٩، وكفاية الاخيار ١: ١٧٢، والوجيز ١: ١٨٥، ومغني المحتاج ٢: ٢١٠، والسراج الوهاج: ٤٣ - ٤٤، وفتح العزيز ١٠: ٣٨٩، والمغني لابن قدامة ٥: ٨٨، والشرح الكبير ٥: ٨٩.
- (٦) المغني لابن قدامة: ٥: ٨٨، والشرح الكبير ٥: ٨٩، والمحلى ٨: ١١٦، ومختصر المزني: ١٠٨، والمجموع ١٤: ٢٩، وفتح العزيز ١٠: ٣٨٩.

#### [ ٢١٦ ]

دليلنا: أن عليا عليه السلام وأبا قتادة ضمنا الدينين عن الميتين (١) بغير إذن أحد فلو كان لهما أن يرجعا عليهما إذا أديا الدينين لم يكن لضمانيهما فائدة، ولكان الدين باقيا على الميت كما كان. مسألة ٦: إذا ضمن عنه باذنه، وأدى بغير إذنه، فإنه يرجع

عليه واختلف أصحاب الشافعي في ذلك. فقال أبو علي بن أبي هريرة بمثل ما قلناه، وهو اختيار أبي الطيب الطبري (٢). وقال أبو إسحاق: إن أدى عنه مع إمكان الوصول إليه واستئذانه لم يرجع عليه، وإن أدى مع تعذر ذلك رجع عليه (٣). دليلنا: إنا قد بينا أن بنفس الضمان انتقل المال إلى ذمته، فإذا انتقل إلى ذمته فلا اعتبار باستئذانه في القضاء، ومن قال بالخيار ونصر ما قلناه قال: إذنه له في الضمان إذن له في القضاء، فلا يحتاج إلى استئذانه ثانياً. مسألة ٧: يصح ضمان مال الجعالة إذا فعل ما شرط الجعالة له. وللشافعي فيه وجهان: أحدهما مثل ما قلناه (٤). والثاني: لا يصح ضمانه (٥).

- (١) سنن الدارقطني ٣: ٧٨ - ٧٩ حديث ٢٩١ و ٢٩٣، وسنن النسائي ٤: ٦٥، وسنن أبي داود ٣: ٢٤٧ حديث ٣٣٤٣، والسنن الكبرى ٦: ٧٢ - ٧٤، والمستدرک علی الصحیحین ٢: ٥٨.
- (٢) المجموع ١٤: ٢٨ و ٣٠، والمغني لابن قدامة ٥: ٨٧، والشرح الكبير ٥: ٨٨.
- (٣) المجموع ١٤: ٣٠، وفتح العزيز ١٠: ٣٩، والمغني لابن قدامة ٥: ٨٧، والشرح الكبير ٥: ٨٨.
- (٤) المجموع ١٤: ١٨، والوجيز ١: ١٨٤، ومغني المحتاج ٢: ٢٠٢، وكفاية الاخير ١: ١٧١، والسراج الوهاج: ٢٤١، وفتح العزيز ١: ١٨٤، والمغني لابن قدامة ٥: ٧٤، والشرح الكبير ٥: ٨٧.
- (٥) المجموع ١٤: ١٨، وكفاية الاخير ١: ١٧١، والسراج الوهاج: ٢٤١، ومغني المحتاج ٢: ٢٠٢، وفتح العزيز ١٠: ٣٦٩، والمغني لابن قدامة ٥: ٧٤، والشرح الكبير ٥: ٨٧.

### [ ٢١٧ ]

دليلنا: قوله تعالى " ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم " (١) وهذا نص. وقول النبي صلى الله عليه وآله: " الزعيم غارم " (٢) وهذا عام إلا ما أخرجه الدليل. مسألة ٨: يصح ضمان مال المسابقة. وقال الشافعي: إن جعلناه مثل الاجارة صح ضمان ذلك (٣)، وإن جعلناه مثل الجعالة فعلى وجهين (٤). دليلنا: قوله عليه السلام: " الزعيم غارم " (٥) وهو على عمومته. مسألة ٩: إذا جنى على حر، فاستحق بالجنابة إبلا، صح ضمانها. وللشافعي فيه قولان، بناء على القولين في بيعها وإدائها (٦). دليلنا: قوله عليه السلام: " الزعيم غارم " (٧) وهذا زعيم. ولأنه لا مانع يمنع من صحة ذلك، والأصل جوازه. مسألة ١٠: نفقة الزوجة إذا كانت مستقبلة لا يصح ضمانها. وللشافعي فيه قولان:

- (١) يوسف: ٧٢.
- (٢) سنن الترمذي ٣: ٥٦٥ حديث ١٣٦٥ و ٤: ٤٣٣ حديث ٢١٢٠، ومسند أحمد بن حنبل ٥: ٣٦٧ و ٢٩٣، وسنن ابن ماجه ٢: ٨٠٤ حديث ٢٤٠٥، والسنن الكبرى ٦: ٧٢.
- (٣) المجموع ١٤: ١٦ - ١٧، وفتح العزيز ١٠: ٣٦٩.
- (٤) المجموع ١٤: ١٦، وفتح العزيز ١٠: ٣٦٩، والمغني لابن قدامة ٥: ٧٤، والشرح الكبير ٥: ٨٧.
- (٥) سنن الترمذي ٣: ٥٦٥ حديث ١٣٦٥ و ٤: ٤٣٣ حديث ٢١٢٠، ومسند أحمد بن حنبل ٥: ٣٦٧ و ٢٩٣، وسنن ابن ماجه ٢: ٨٠٤، حديث ٢٤٠٥، والسنن الكبرى ٦: ٧٢.
- (٦) المجموع ١٤: ١٨، والوجيز ١: ١٨٤، والسراج الوهاج: ٢٤١، ومغني المحتاج ٢: ٢٠٢ - ٢٠٣، وفتح العزيز ١٠: ٣٧١.
- (٧) سنن ابن ماجه ٢: ٨٠٤ حديث ٢٤٠٥، وسنن الترمذي ٣: ٥٦٥ حديث ١٣٦٥ و ٤: ٤٣٣ حديث ٢١٢٠، ومسند أحمد بن حنبل ٥: ٣٦٧ و ٢٩٣، والسنن الكبرى ٦: ٧٢.

### [ ٢١٨ ]

إذا قال: يلزم النفقة بنفس العقد، صح ضمانها (١). وإن قال: تجب بالتمكين من الاستمتاع قال: لا يصح (٢). دليلنا: أن النفقة إنما تلزم بالتمكين من الاستمتاع، بدلالة أنها متى نشرت سقطت نفقتها، فإذا ثبت ذلك فالتمكين من ذلك لم يحصل في المستقبل، فلا يجب به النفقة. مسألة ١١: يصح ضمان الثمن مدة الخيار. وللشافعي فيه طريقتان: أحدهما مثل ما قلناه، وهو الصحيح عندهم (٣). والثاني: لا يصح، لأنه مثل مال الجعالة، وهو على قولين (٤). دليلنا: أن هذا مال يؤل إلى اللزوم، فيصح ضمانه. وأيضاً قوله عليه السلام: " الزعيم غارم " (٥). مسألة ١٢: يصح ضمان عهدة الثمن إذا خرج المبيع مستحقاً، إذا كان قد سلم الثمن إلى البائع. وبه قال أكثر الفقهاء، والمشهور من مذهب الشافعي (٦). وقال أبو العباس بن سريج، وأبو العباس

بن القاص: لا يجوز ذلك (٧).

- (١) الوجيز ١: ١٨٣، والمجموع ١٤: ١٨، وفتح العزيز ١٠: ٣٦٣ - ٣٦٤.  
(٢) المجموع ١٤: ١٨، والوجيز ١: ١٨٣، وفتح العزيز ١٠: ٣٦٣ - ٣٦٤، وحاشية اعانة الطالبين ٣: ٧٨.  
(٣) المجموع ١٤: ١٧، والوجيز ١: ١٨٤، والسراج الوهاج: ٢٤١، ومغني المحتاج ٢: ٢٠٢، وكفاية الاخير ١: ١٧١، وفتح العزيز ١٠: ٣٦٩.  
(٤) الوجيز ١: ١٨٤، وكفاية الاخير ١: ١٧١، والمجموع ١٤: ١٧، والسراج الوهاج: ٢٤١، ومغني المحتاج ٢: ٢٠٢، وفتح العزيز ١٠: ٣٦٩.  
(٥) سنن الترمذي ٢: ٥٦٥ حديث ١٣٦٥ و ٤: ٤٣٣ حديث ٢١٢٠، ومسند أحمد بن حنبل ٥: ٢٦٧ و ٢٩٢، وسنن ابن ماجة ٢: ٨٠٤ حديث ٢٤٠٥، والسنن الكبرى ٦: ٧٢.  
(٦) الام ٢: ٢٣٠، والوجيز ١: ١٨٣، والمجموع ١٤: ٢٧، والسراج الوهاج: ٢٤١، ومغني المحتاج ٢: ٢٠١، وكفاية الاخير ١: ١٧٣، وفتح العزيز ١٠: ٣٦٥، وحاشية اعانة الطالبين ٣: ٧٧، والمغني لابن قدامة ٥: ٧٦، والشرح الكبير ٥: ٨٤ - ٨٥، والافناع ٢: ١٧٩. (٧) المجموع ١٤: ٢٧، وفتح العزيز ١٠: ٣٦٥، والمغني ٥: ٧٦، والشرح الكبير ٥: ٨٤.

### [ ٣١٩ ]

دليلنا: قوله عليه السلام: " الزعيم غارم " (١) ولم يفصل، والاصل جواز ذلك، والمنع منه يحتاج الى دلالة. وأيضا فان الاستيثاق من الحقوق جائز، فلا يخلو من أن يكون بالشهادة أو بالرهن أو الضمان، ولا فائدة في الشهادة لانها ليست وثيقة، والرهن لا يجوز في هذا الموضوع بلا خلاف، لانه كان يؤدي الى أن يتعطل الرهن أبدا، فلم يبق بعد هذا إلا الضمان، وإلا خلا المال من الوثيقة. مسألة ١٢: لا يصح ضمان المجهول، سواء كان واجبا أو غير واجب، ولا يصح ضمان ما لا يجب، سواء كان معلوما أو مجهولا. وبه قال الشافعي، وسفيان الثوري، وابن أبي ليلى، والليث بن سعد، وأحمد بن حنبل (٢). وقال أبو حنيفة، ومالك: يصح ضمان ذلك (٣). دليلنا: ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه نهى عن الغرر (٤).

- (١) سنن ابن ماجة ٢: ٨٠٤ حديث ٢٤٠٥، وسنن الترمذي ٢: ٥٦٥ حديث ١٣٦٥ و ٤: ٤٣٣ حديث ٢١٢٠، ومسند أحمد بن حنبل ٥: ٢٦٧ و ٢٩٢، والسنن الكبرى ٦: ٧٢.  
(٢) الام ٧: ١١٨، والمجموع ١٤: ١٩، والوجيز ١: ١٨٤، وكفاية الاخير ١: ١٧٣، والسراج الوهاج ١: ٢٤١، ومغني المحتاج ٢: ٢٠٢، وفتح العزيز ١٠: ٣٧٠، وحاشية اعانة الطالبين ٣: ٧٧، وبداية المجتهد ٢: ٢٩٤.  
(٣) المجموع ١٤: ١٩، وفتح العزيز ١٠: ٣٧٠، وبداية المجتهد ٢: ٢٩٤، والبحر الزخار ٦: ٧٦.  
(٤) في المصادر الاتية الذكر نهى النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر. ولم أقف بشمولية الحديث لكل غرر في المصادر المتوفرة، ولعل سقوط كلمة " البيع " هنا في موضع من كتاب الشركة من سهو النساخ، والله اعلم بالصواب. انظر بعض مصادر نهى بيع الغرر: صحيح مسلم ٣: ١١٥٣ حديث ١٥١٣، وسنن أبي داود ٣: ٢٥٤ حديث ٣٣٧٦، وسنن الترمذي ٢: ٥٣٢ حديث ١٣٣٠، وسنن الدارقطني ٢: ١٥ حديث ٤٦ و ٤٧، وسنن الدارقطني ٢: ٢٥١، وسنن ابن ماجة ٢: ٧٣٩ حديث ٢١٩٤ و ٢١٩٥، وسنن النسائي ٧: ٢٦٢، والموطأ ٢: ٦٦٤ حديث ٧٥، ومسند أحمد بن حنبل ١: ٣٠٢، والسنن الكبرى ٥: ٣٣٨، ودعائم الاسلام ٢: ٢١، وعيون اخبار الرضا ٢: ٤٥ حديث ١٦٨.

### [ ٣٢٠ ]

و ضمان المجهول غرر، لانه لا يدري كم قدرا من المال عليه. وأيضا فلا دليل على صحة ذلك، فمن ادعى صحته فعليه الدلالة. مسألة ١٤: يصح الضمان عن الميت، سواء خلف وفاء أو لم يخلف. وبه قال الشافعي، ومالك، وأبو يوسف، ومحمد (١). وقال أبو حنيفة وسفيان الثوري: لا يصح الضمان عن الميت إذا لم يخلف وفاء بمال، أو ضمان ضامن. وإن خلف وفاء بمال، أو ضمان صح الضمان عنه (٢). دليلنا: خير علي عليه السلام وابي قتادة وضمانهما عن الميت (٣)، وإجازة النبي صلى الله عليه وآله ذلك مطلقا من غير فصلل، فدل على أن الحكم لا يختلف. وروي عن أنس بن مالك أنه قال: من استطاع منكم أن يموت وليس عليه دين فليفعل، فاني رأيت رسول الله صلى الله عليه وآله وقد اتى بجنائزته صلى الله عليه وآله، فقال: " هل عليه دين ؟ فقالوا: نعم، فقال: " ما تنفعه صلاتي وهو مرتهن، بدينه، فلو قام أحدكم فضمن عنه فصليت عليه كانت

تنفعه صلاتي " (٤).

- (١) الام ٣: ٢٢٩ و ٢٢١، المجموع ١٤: ٨، والوجيز ١: ١٨٣، وفتح العزيز ١٠: ٣٥٨، والمحلّى ٨: ١١٢، وبداية المجتهد ٢: ٢٩٤، والشرح الكبير ٥: ٨٣، وبدائع الصنائع ٦: ٦، ونيل الاوطار ٥: ٢٥٨، والبحر الزخار ٦: ٧٦.
- (٢) الام ٧: ١١٨، والمجموع ١٤: ٨، وفتح العزيز ١٠: ٢٥٨، والمحلّى ٨: ١١٢، والمغني لابن قدامة ٥: ٧٣، وبداية المجتهد ٢: ٢٩٤، ونيل الاوطار ٥: ٢٥٨، وبدائع الصنائع ٦: ٦، والشرح الكبير ٥: ٨٣.
- (٣) سنن الدارقطني ٣: ٧٨ - ٧٩ حديث ٢٩١ و ٢٩٣، وسنن أبي داود ٣: ٢٤٧ حديث ٢٣٤٢، وسنن النسائي ٤: ٦٥، والسنن الكبرى ٦: ٧٢ و ٧٤، والمستدرک علی الصحیحین ٢: ٥٨.
- (٤) السنن الكبرى ٦: ٧٥.

### [ ٢٢١ ]

وهذا صريح في جواز ابتداء الضمان بعد موت المضمون عنه. مسألة ١٥: إذا ضمن العبد الذي لم يؤذن له في التجارة بغير إذن سيده، لم يصح ضمانه. وبه قال أبو سعيد الاصطخري، وحكى ذلك عن ابن سريج (١). وقال ابن أبي هريرة في تعليقه: يصح. وحكى ذلك عن أبي إسحاق المروزي (٢). دليلنا: قوله تعالى: " عبدا مملوكا لا يقدر على شئ " (٣) والضمان شئ، فوجب أن لا يصح، لانه تعالى إنما نفى حكم ذلك، لا نفس القدرة عليه. مسألة ١٦: كفاية الابدان تصح. وبه قال من الفقهاء أبو حنيفة وغيره، وهو المشهور من مذهب الشافعي (٤). وله قول آخر ذكره المروزي في تعليقه: أنها لا تصح (٥). دليلنا: قوله تعالى: " لتاتنني به إلا أن يحاط بكم " (٦) فطلب يعقوب منهم كفيلا ببدنه، وقال اخوة يوسف ليوسف: " إن له أبا شيخا كبيرا فخذ أحدا

- (١) الوجيز ١: ١٨٣، والمجموع ١٤: ٩، وفتح العزيز ١٠: ٣٦١، ومغني المحتاج ٢: ١٩٩، والسراج الوهاج: ٢٤٠.
- (٢) المجموع ١٤: ٩، والوجيز ١: ١٨٣، وفتح العزيز ١٠: ٣٦١ واعانة الطالبين ٣: ٧٨، والسراج الوهاج: ٢٤٠، ومغني المحتاج ٢: ١٩٩.
- (٣) النحل: ٧٥.
- (٤) المجموع ١٤: ٤١ و ٤٥، والوجيز ١: ١٨٤، وكفاية الاخير ١: ١٧٣، ومغني المحتاج ٢: ٢٠٣، والسراج الوهاج: ٢٤١، وحاشية اعانة الطالبين ٣: ٧٨، والنتف ٢: ٧٥٨، واللباب ٢: ١٠٠، والفتاوى الهندية ٣: ٢٥٨، وحاشية رد المحتار ٥: ٢٨٦، وبداية المجتهد ٢: ٢٩١، وبلغة السالك ٢: ١٦٤، والمغني لابن قدامة ٥: ٩٥، والشرح الكبير ٥: ٩٨، وفتح العزيز ١٠: ٣٧٢.
- (٥) المجموع ١٤: ٤٤، وكفاية الاخير ١: ١٧٣، وفتح العزيز ١٠: ٣٧٣، والمغني لابن قدامة ٥: ٩٥، والشرح الكبير ٥: ٩٨، والنتف ٢: ٧٥٨، وبداية المجتهد ٢: ٢٩١.
- (٦) يوسف: ٦٦.

### [ ٢٢٢ ]

مكانه " (١) وذلك كفاية بالبدن. وروى أبو اسحاق السبيعي، عن حارثة بن مضرب (٢) أنه قال: صليت مع عبد الله بن مسعود الغداة فلما سلم، قام رجل، فحمد الله وأثنى عليه، وقال: أما بعد فو الله لقد بت البارحة - الى آخر الخطبة (٣) فقال -: استتبهم وكفلهم عشائرتهم، فاستتابهم فتابوا، وكفلهم عشائرتهم (٤). وهذا يدل على إجماعهم على أن الكفاية بالبدن صحيح. وروى المخالفون لنا: أن عبد الله بن عمر كان له دين على علي عليه السلام، فكفلت به أم كلثوم ابنته زوجة عمر بن الخطاب (٥).

- (١) يوسف: ٧٨.
- (٢) حارثة بن مضرب العبد الكوفي، روى عن علي عليه السلام وعمر وابن مسعود وخباب بن الارت، وسلمان الفارسي وغيرهم وعنه أبو إسحاق السبيعي. انظر تهذيب التهذيب ٢: ١٦٦ - ١٦٧، وتقريب التهذيب ١: ١٤٥.

(٣) ذكرها في المجموع ١٤ : ٤١، والنص فيه: " أما بعد فو الله لقد بت البارحة وما في نفسي على أحد احنة، واني كنت استطرقت رجلا من بني حنيفة وكان أمرني أن أتبه بغلس فانتهيت الى مسجد بني حنيفة، مسجد عبد الله بن النواحة فسمعت مؤذنه يشهد أن لا إله إلا الله، وأن مسليمة رسول الله، فكذبت سمعي، وكففت فرسي، حتي سمعت أهل المسجد قد تواطأوا على ذلك، فقال عبد الله بن مسعود: علي بعبد الله بن النواحة، فحضر واعترف، فقال له عبد الله: اين ما كنت تقرأ من القرآن، قال: كنت اتقيكم به، فقال له: تب، فأبى، فأمر به فاخرج الى السوق، فجز رأسه، ثم شاور أصحاب محمد صلى الله عليه وآله وسلم في بقية القوم، فقال عدي بن حاتم: تؤول كفر قد أطلع رأسه فاحسمه ". وقال جرير بن عبد الله، والاشعث بن قيس: استتبههم فان تابوا كفلهم عشائهم، فاستتابهم فتابوا، وكفلهم عشائهم.

(٤) قال في المجموع ١٤ : ٤٢ الحديث أخرجه أبو داود من طريق حارثة بن مضرب العبدي الكوفي. أقول: وأخرجه البيهقي في سننه الكبرى ٦ : ٧٧ باختلاف يسير في بعض الالفاظ.

(٥) ذكر السرخسي في المبسوط ١٩ : ١٦٣ كفاية أم كلثوم أمير المؤمنين عليه السلام فلاحظ.

### [ ٢٢٢ ]

مسألة ١٧: إذا تكفل ببدن رجل، فغاب المكفول به غيبة يعرف موضعه، ألزم الكفيل إحضاره، ويمهل مقدار زمان ذهابه ومجيئه لاحتضاره، فان لم يحضره بعد إنقضاء هذه المدة المذكورة حبس أبدا حتى يحضره أو يموت. وبه قال جميع من أجاز الكفاية بالبدن (١). وقال ابن شبرمة: يحبس في الحال ولا يمهل، لان الحق قد حل عليه (٢). دليلنا: أن من شرط الكفاية إمكان تسليمه، والغائب لا يمكن تسليمه في الحال، فوجب أن يمهل حتى يمضي زمان الامكان. مسألة ١٨: إذا تكفل ببدن رجل، فمات المكفول به، زالت الكفاية وبرأ الكفيل، ولا يلزمه المال الذي كان عليه. وبه قال جميع الفقهاء الذين أجازوا كفاية الابدان (٣). وقال مالك: يلزمه ما عليه، واليه ذهب ابن سريج (٤). دليلنا: أن الاصل براءة الذمة، فمن علق عليها شيئا فعليه الدلالة. وأيضا فانه تكفل ببدنه دون ما في ذمته، فلا يلزمه تسليم ما لم يتكفل به، ولم

(١) اللباب ٢ : ١٠١، والفتاوى الهندية ٣ : ٢٥٨، والمجموع ١٤ : ٥٢، والسراج الوهاج: ٢٤٢، ومغني المحتاج ٢ : ٢٠٥، وفتح العزيز ١٠ : ٣٧٧ - ٣٧٨، والوجيز ١ : ١٨٤، وبداية المجتهد ٢ : ٢٩١، والمغني لابن قدامة ٥ : ٩٨ - ٩٩، والشرح الكبير ٥ : ١٠٥ - ١٠٦، والاقناع ٢ : ١٨٥، وكفاية الاخير ١ : ١٧٣، والبحر الزخار ٦ : ٧٤.

(٢) المجموع ١٤ : ٤٦ و ٥٤، والوجيز ١ : ١٨٤، وكفاية الاخير ١ : ١٧٣، ومغني المحتاج ٢ : ٢٠٥، والسراج الوهاج ٢ : ٢٤٢، واللباب ٢ : ١٠٢، والنتف ٢ : ٧٥٩، والفتاوى الهندية ٣ : ٢٦٢، والمغني لابن قدامة ٥ : ١٠٥، والشرح الكبير ٥ : ١٠٤، والاقناع ٢ : ١٨٥، والبحر الزخار ٦ : ٧٣، والجامع لاحكام القرآن القرطبي ١٠ : ٢٣٣.

(٣) المدونة الكبرى ٥ : ٢٥٧، والمجموع ١٤ : ٤٦ و ٥٤، والجامع لاحكام القرآن للقرطبي ١٠ : ٢٣٣، والمغني لابن قدامة ٥ : ١٠٥، والشرح الكبير ٥ : ١٠٤، والبحر الزخار ٦ : ٧٣.

### [ ٢٢٤ ]

يضمنه. مسألة ١٩: إذا رهن شيئا ولم يسلمه، فتكفل رجل بهذا التسليم صح. وقال الشافعي: لا يصح (١). دليلنا: انا قد بينا أن الراهن يجب عليه تسليم الرهن، فصحت الكفاية عنه، والشافعي بناه على أنه لا يجب عليه تسليمه، وقد بينا خلافه.

(١) انظر الام ٣ : ١٤٠ - ١٤١، وفتح العزيز ١٠ : ٣٧٥.

### [ ٢٢٥ ]

كتاب الشركة

### [ ٢٢٧ ]

مسألة ١: شركة المسلم لليهودي والنصراني وسائر الكفار مكروهة. وبه قال



جميع الفقهاء (١). وقال الحسن البصري: إن كان المتصرف المسلم لا يكره، وإن كان المتصرف الكافر أوهما، كره (٢). دليلنا: إجماع الفرقة، يل إجماع الأمة، لان خلاف الحسن لا يعتد به، ومع ذلك قد انقرض. وروي عن عبد الله بن عباس أنه قال: أكره أن يشارك المسلم اليهودي أو النصراني (٣). ولا يعرف له مخالف. مسألة ٢: لا تعتقد الشركة إلا في مالين مثلين في جميع صفاتهما، وبإذن كل واحد من الشريكين لصاحبه في التصرف فيه. وبه قال الشافعي (٤). وقال أبو حنيفة: تعتقد الشركة بالقول وإن لم يخالطاهما، بأن يعينا المال

(١) المحلى ٨: ١٢٥، واللباب ٢: ٧٠، والمجموع ١٤: ٦٤، وعمدة القاري ١٣: ٦١، وفتح العزيز ١٠: ٤٠٥، والمغني لابن قدامة ٥: ١١٠، والشرح الكبير ٥: ١١٠، والزخار ٥: ٩٢ - ٩٣.  
(٢) المجموع ١٤: ٦٤، والمغني لابن قدامة ٥: ١٠٩ - ١١٠، والشرح الكبير ٥: ١١٠، والبحر الزخار ٥: ٩٣.  
(٣) المجموع ١٤: ٦٤، والمغني لابن قدامة ٥: ١١٠، والشرح الكبير ٥: ١١٠، والبحر الزخار ٥: ٩٣.  
(٤) المجموع ١٤: ٦٦، وكفاية الاخير ١: ١٧٤، ومغني المحتاج ٢: ٢١٣، والسراج الوهاج: ٢٤٥، والمبسوط ١١: ١٥٦، وبداية المجتهد ٢: ٢٥٠، والمغني لابن قدامة ٥: ١٢٧ و ١٢٨، وفتح العزيز ١٠: ٤٠٥.

### [ ٢٣٨ ]

وبحضراه، ويقولوا: قد تشاركنا في ذلك، صحت الشركة (١). وقيل: هذه شركة العنان. وإذا أخرج أحدهما دراهم، والآخر دنانير، انعقدت الشركة بينهما (٢). دليلنا: أن ما اعتبرناه مجمع على انعقاد الشركة به، وليس على انعقادها بما قاله دليل، فوجب بطلانه. مسألة ٣: العروض التي لها أمثال، مثل: المكيلات، والموزونات تصح الشركة فيها. واختلف أصحاب الشافعي فيه: فقال أبو اسحاق المروري مثل ما قلناه (٣). وقال غيره: لا تصح (٤). دليلنا: أن الاصل جواز ذلك، والمنع يحتاج الى دليل، ولا دليل في الشرع. مسألة ٤: إذا أخرج أحدهما دراهم، والآخر دنانير، لم تعتقد الشركة. وبه قال الشافعي.  
(٥). وقال أبو حنيفة: تصح (٦). دليلنا: أنهما مالان متميزان، ولا يختلطان، ومن حق الشركة إختلاط المالين، فوجب أن تبطل، ولان ما اعتبرناه لا خلاف في عقد الشركة به، وما ذكره لا دليل على صحته.

(١) اللباب ٢: ٧٤، والمبسوط ١١: ١٥٦، وفتاوى قاضيخان ٣: ٦١٢، والمجموع ١٤: ٦٩، وبداية المجتهد ٢: ٢٥٠، والمغني لابن قدامة ٥: ١٢٨، وفتح العزيز ١٠: ٤٠٦.  
(٢) اللباب ٢: ٧٣ - ٧٤، وفتاوى قاضيخان ٣: ٦١٢، والمجموع ١٤: ٦٩، والمغني لابن قدامة ٥: ١٢٨.  
(٣) المجموع ١٤: ٦٦، وفتح العزيز ١٠: ٤٠٧.  
(٤) المجموع ١٤: ٦٥ و ٦٦، وفتح العزيز ١٠: ٤٠٧.  
(٥) المجموع ١٤: ٦٨، ومغني المحتاج ٢: ٢١٣، والسراج الوهاج: ٢٤٥، وفتح العزيز ١٠: ٤٠٨، والمبسوط ١١: ١٥٣.  
(٦) اللباب ٢: ٧٣ - ٧٤، والمبسوط ١١: ١٥٢ - ١٥٣، والمجموع ١٤: ٦٩.

### [ ٢٣٩ ]

مسألة ٥: شركة المفاوضة باطلة. وبه قال الشافعي (١)، قال: ولها حكم في اللغة دون الشرع. قال صاحب إصلاح المنطق (٢): شركة المفاوضة: أن يكون مالهما من كل شئ يملكانه بينهما، ووافقه على ذلك مالك، وأحمد، واسحاق، وأبو ثور (٣). وقال أبو حنيفة: هي صحيحة إذا صحت شرائطها وموجباتها. فشرائطها أن يكون الشريكان مسلمين حرين، فإذا كان أحدهما مسلما والآخر كافرا، أو كان أحدهما حرا والآخر مكاتباً، لم تجز الشركة. ومن شروطها أن يتفق قدر المال الذي تعتقد الشركة في جنسه، وهو الدراهم والدنانير، فإذا كان مال أحدهما أكثر لم تصح هذه الشركة، أو أخرج أحدهما من الشركة من ذلك المال أكثر مما أخرج الآخر لم يصح. وأما موجباتها فهو أن يشارك كل واحد منهما صاحبه فيما يكتسبه، قل ذلك أو كثر، وفيما يلزمه من غراماته بغصب وكفالة بمال، فهذه جملة ما يشترطونه من

(١) الام ٣: ٣٣١ و ٦: ٢٢٤، ومختصر المزماني: ١٠٩، والمجموع ١٤: ٧٤، ومغني المحتاج ٢: ٢١٢، والسراج الوهاج: ٢٤٤ - ٢٤٥، والمبسوط ١١: ١٥٣، وفتح العزيز ١٠: ٤١٥، وبداية المجتهد ٢: ٢٥١، والمغني لابن قدامة ٥: ١٣٩، والشرح الكبير ٥: ١٩٨، والوجيز ١: ١٨٧، وبدائع الصنائع ٦: ٥٧، والبحر الزخار ٥: ٩١.

(٢) للشيخ الاديب يعقوب بن إسحاق الشهير بابن السكيت. كان عالما بنحو الكوفيين وعلم القرآن واللغة والشعر، راوية ثقة، أخذ عن البصريين والكوفيين كالفراء وأبي عمرو الشيباني والاثرم وابن الاعرابي، وله تصانيف كثيرة في النحو ومعاني الشعر وتفسير دواوين الشعر. وكان مؤدبا لاولاد المتوكل العباسي، قتله المتوكل بعد أن سأله: يا يعقوب من أحب اليك ابناي هذان أم الحسن والحسين؟ قال: والله ان قنبر خادم علي خير منك ومن إبنك، فامر الاتراك فسلوا لسانه من قفاه، فمات يوم الاثنين لخمس خلون من رجب سنة أربع وأربعين ومائتين. انظر بغية الوعاة: ٤١٨ - ٤١٩.

(٣) المبسوط ١١: ١٥٣، والمغني لابن قدامة ٥: ١٣٩، والشرح الكبير ٥: ١٩٨.

### [ ٢٣٠ ]

الشرائط والموجبات (١). وبه قال سفيان الثوري والاوزاعي (٢). دليلنا: أنه لا دليل على صحة ذلك، وانعقاد الشركة حكم شرعي يحتاج الى دلالة شرعية. وأيضا هذه الشرائط التي ذكرها من اكتساب المال والغرامة باطلة، فلا يصح معها الشركة. وأيضا روي عنه عليه السلام أنه " نهى عن الغرر " (٣) وهذا غرر، لانه يدخل في العقد على أن يشاركه في جميع ما يكسبه وما يضمنه بعد، من غصب وضمن وكفالة، وقد يلزمه غرامة، فيحتاج أن يشاركه فيها على حسب ما دخل عليه في العقد، وهذا غرر عظيم. مسألة ٦: شركة الابدان عندنا باطلة - وهي أن يشترك الصانعان على أن ما يرتفع لهما من كسبهما فهو بينهما على حسب شرطهما، سواء كان متفقي الصنعة كالنجارين والخبازين، أو مختلفي الصنعة كالنجار والخباز - وبه قال الشافعي (٤). وقال أبو حنيفة يجوز مع اتفاق الصنعة واختلافها، ولا يجوز في الاحتطاب

(١) النتف ١: ٥٣١ واللباب ٢: ٧٠، وفتاوى قاضيخان ٣: ٦١٨، والمبسوط ١١: ١٥٣، والمجموع ١٤: ٧٤، وفتح العزيز ١٠: ٤١٥، وبداية المجتهد ٢: ٢٥١، والمغني لابن قدامة ٥: ١٣٩، والشرح الكبير ٥: ١٩٨، والفتاوى الهندية ٢: ٣٠٧ - ٣٠٨، وبدائع الصنائع ٦: ٥٧، والبحر الزخار ٥: ٩١.

(٢) المجموع ١٤: ٧٤، والمغني لابن قدامة ٥: ١٣٩، والشرح الكبير ٥: ١٩٨، والبحر الزخار ٥: ٩١.

(٣) انظر تعليقتنا حول الحديث في المسألة " ١٣ " من كتاب الضمان المتقدم. (٤) المجموع ١٤: ٧٢، والوجيز ١: ١٨٧، وكفاية الاخير ١: ١٧٣، ومغني المحتاج ٢: ٢١٢، والسراج الوهاج: ٢٤٤ - ٢٤٥، وفتح العزيز ١٠: ٤١٤، والمغني لابن قدامة ٥: ١١١، والشرح الكبير ٥: ١٨٦، وبداية المجتهد ٢: ٢٥٢، والمبسوط ١١: ١٥٤، والمحلى ٨: ١٢٣، والبحر الزخار ٥: ٩٤، وسبل السلام ٣: ٨٩٣.

### [ ٢٣١ ]

والاحتشاش، والاصطياد والاعتنام (١). وقال مالك: يجوز الاشتراك مع اتفاق الصنعة، ولا يجوز مع اختلافها (٢). وقال أحمد: يجوز الاشتراك في جميع الصنائع، وفي الاحتشاش والاحتطاب، والاصطياد والاعتنام (٣). دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٤). وأيضا العقود الشرعية تحتاج الى أدلة شرعية، وليس في الشرع ما يدل على صحة هذه الشركة. وأيضا نهى النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر (٥)، وهذا غرر، بدلالة أن كل واحد منهما لا يدرى أيكسب صاحبه شيئا أم لا يكسب، وكم مقدار ما يكسبه. مسألة ٧: شركة الوجوه باطلة - وصورتها: أن يكون رجلان وحيهان في السوق، وليس لهما مال، فيعقدان الشركة على أن يتصرف كل واحد منهما بجاهه في ذمته، ويكون ما يرتفع بينهما - وبه قال الشافعي (٦).

(١) اللباب ٢: ٧٥ - ٧٦، والنتف ١: ٥٣٥، والمبسوط ١١: ١٥٤ و ٢١٦، وفتاوى قاضيخان ٢: ٦٢٣ - ٦٢٤، والمغني لابن قدامة ٥: ١١١، والشرح الكبير ٥: ١٨٥، والمحلى ٨: ١٢٣، وبداية المجتهد ٢: ٢٥٢، وكفاية الاخير ١: ١٧٣، وسبل السلام ٣: ٨٩٣، وفتح العزيز ١٠: ٤١٤ - ٤١٥، والبحر الزخار ٥: ٩٤.

(٢) بداية المجتهد ٢: ٢٥٢، وكفاية الاخير ١: ١٧٣، والمحلى ٨: ١٢٣، والمغني لابن

قدامة ٥: ١١٣، والشرح الكبير ٥: ١٨٧، وفتح العزيز ١٠: ٤١٤، والبحر الزخار ٥: ٩٤.  
(٣) المغني لابن قدامة ٥: ١١١، والشرح الكبير ٥: ١٨٥ و ١٨٧، وفتح العزيز ١٠: ٤١٥.  
(٤) انظرها في عيون أخبار الرضا ٢: ٨٦ حديث ١٦٨، وصحيح مسلم ٣: ١١٥٣، وسنن أبي داود ٣: ٢٥٤، وسنن الترمذي ٣: ٥٣٢، وسنن الدارقطني ٣: ١٥ - ١٦.  
(٥) تقدمت الإشارة الى مصادر النهي عن المسألة " ٥ " من هذا الكتاب فلاحظ.  
(٦) المجموع ١٤: ٧٥، ومغني المحتاج ٢: ٢١٢، والسراج الوهاج: ٢٤٤ - ٢٤٥، والمبسوط ١١: ١٥٤، وبداية المجتهد ٢: ٢٥٢، والوجيز: ١٨٧، وفتح العزيز ١: ٤١٦، والشرح الكبير ٥: ١٨٤، والبحر الزخار ٥: ٩٤.

### [ ٣٣٢ ]

وقال أبو حنيفة: أنها تصح، فإذا عقدها كان ما يرتفع لهما على حسب ما شرطاه بينهما (١). دليلنا: ما قدمناه في المسألة الاولى من أن العقود الشرعية تحتاج الى أدلة شرعية، وليس في الشرع ما يدل على صحة هذه الشركة، فيجب أن تكون باطلة. مسألة ٨: لا فرق بين أن يتفق المالكان في المقدار، أو يختلفا فيخرج أحدهما أكثر مما أخرجه الآخر، وبه قال أكثر أصحاب الشافعي (٢). وقال أبو القاسم الانماطي من أصحابه: إذا اختلف مقدار المالين، بطلت الشركة (٣). دليلنا: أنه لا دلالة على بطلان هذه الشركة، والاصل جوازها. وقوله عليه السلام: " المؤمنون عند شروطهم " (٤). مسألة ٩: لا يجوز أن يتفاضل الشريكان في الربح مع التساوي في المال، ولا أن يتساويا فيه مع التفاؤل في المال، ومتى شرطا خلاف ذلك كانت الشركة باطلة. وبه قال الشافعي (٥).

(١) اللباب ٢: ٧٦، والمبسوط ١١: ١٥٤، وفتاوى قاضيخان ٦: ٦٣٣، والمجموع ١٤: ٧٥، وبداية المجتهد ٢: ٢٥٢، والفتاوى الهندية ٢: ٣٢٧، والشرح الكبير ٥: ١٨٤، وفتح العزيز ١٠: ٤١٦ - ٤١٧، والبحر الزخار ٥: ٩٤.  
(٢) مغني المحتاج ٢: ٢١٤، والمجموع ١٤: ٦٧، والسراج الوهاج: ٢٤٥، وفتح العزيز ١: ٤١٠.  
(٣) المجموع ١٤: ٦٧ و ٦٩، وفتح العزيز ١٠: ٤١٠، والوجيز ١: ١٨٧.  
(٤) التهذيب ٧: ٣٧١ حديث ١٥٠٣، والاستبصار ٣: ٢٣٢ حديث ٨٣٥، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٨٤، والشرح الكبير ٤: ٢٨٦، وتلخيص الحبير ٣: ٣٣ و ٤٤.  
(٥) المجموع ١٤: ٦٩، ومغني المحتاج ٢: ٢١٥، وفتح العزيز ١٠: ٤٢٥، والمبسوط ١١: ١٥٧، وبداية المجتهد ٢: ٢٥٠، والوجيز ١: ١٨٧، وكفاية الاخير ١: ١٧٤، والسراج الوهاج: ٢٤٦، والنتف ١: ٥٣٣، والبحر الزخار ٥: ٩٢.

### [ ٣٣٣ ]

وقال أبو حنيفة: يجوز ذلك (١). دليلنا: أن ما قلناه مجمع على جوازه، وليس على جواز ما ذكره دليل. مسألة ١٠: إذا اشترى الشريكان عبدا بمال الشركة، ثم أصابا به عيبا، كان لهما أن يرداه، وكان لهما إمساكه، فإن أراد أحدهما الرد والآخر الامسك كان لهما ذلك. وبه قال الشافعي (٢). وقال أبو حنيفة: إذا امتنع أحدهما من الرد، لم يكن للآخر أن يرده (٣). دليلنا: أن المنع من الرد بالعيب يحتاج الى دليل، والاصل جوازه، وليس ها هنا ما يدل على المنع منه. مسألة ١١: إذا باع أحد الشريكين عبدا بألف، فأقر البائع على شريكه بالقبض، وادعى ذلك المشتري وأنكره الشريك الآخر الذي لم يبيع، لم يبرء المشتري من الثمن. وبه قال الشافعي (٤). وله في إقرار الوكيل على موكله بقبض ما وكله فيه قولان: أحدهما: يقبل (٥). وبه قال أبو حنيفة، ومحمد (٦). والآخر: لا يقبل (٧).

(١) المبسوط ١١: ١٥٦ - ١٥٧، واللباب ٢: ٧٣، وفتاوى قاضيخان ٣: ٦١٣ وفتح العزيز ١٠: ٤٢٦، والنتف ١: ٥٣٣، والفتاوى الهندية ٢: ٣١٩ - ٣٢٠، والبحر الزخار ٥: ٩٢.  
(٢) مختصر المزني: ٨٣ و ١٠٩، والمجموع ١٤: ٧٩، وبداية المجتهد ٢: ١٧٨، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٦٨، والشرح الكبير ٤: ١٠٦، وشرح فتح القدير ٨: ٣٦٧، وشرح فتح العزيز ٨: ٣٦٧.  
(٣) المبسوط ١٣: ٥٠، وبدائع الصنائع ٥: ٢٨٣، وشرح فتح القدير ٨: ٣٦٧، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٦٨، والشرح الكبير ٤: ١٠٦، وشرح فتح العزيز ٨: ٣٦٧.  
(٤) المجموع ١١: ٨٧، وفتح العزيز ١٠: ٤٤٨ و ٤٥٤.  
(٥) المجموع ١٤: ٨٧ و ١٦٣، وفتح العزيز ١٠: ٤٥٢.

(٦) المبسوط ١٩: ٦٩ و ٧٥ و ١٠٣، والمجموع ١٤: ٨٨.  
(٧) المجموع ١٤: ١٦٣، وفتح العزيز ١٠: ٤٤٢ و ٤٥٤.

### [ ٢٣٤ ]

وقال أبو حنيفة، ومحمد بن الحسن: إن إقرار الشريك مقبول على شريكه، بناء منهما على أن إقرار الوكيل مقبول على موكله بقبض ما وكله فيه (١). دليلنا على ذلك: أن الخمسمائة التي للبائع لا يبرأ منها، لأنه يقول ما أعطيتني ولا أعطيت من وكلته في قبضها، وإنما أعطيتها أجنبيا، ولا تبرأ من حقي بذلك، وأما الخمسمائة التي للذي لم يبع فلا يبرأ منها أيضا، لأنه يزعم أنها على المشتري لم يقبضها بعد، وإنما البائع هو الذي يقر بقبضه، وهو وكيل الذي لم يبع في قبض حقه. والوكيل إذا أقر على موكله الحق الذي وكله في استيفائه لم يقبل قوله، إلا أنه إن شهد مع البائع شاهد آخر، أو امرأتان، أو يمين المشتري، فإنه يحكم على الشريك الذي لم يبع بقبض حقه، وإن لم يكن توجهت عليه اليمين لا غير. مسألة ١٢: إذا كان مال بين شريكين، فغصب غاصب أحد الشريكين نصيبه، وباع مع ما لشريكه، مضى العقد يفيمًا للشريك، ويبطل فيما للغاصب. ولأصحاب الشافعي فيه طريقان: منهم من قال: المسألة مبنية على تفريق الصفقة، فيبطل البيع في القدر المغصوب، وهل يبطل في حصة الشريك البائع؟ على قولين: إذا قال: لا تفرق الصفقة، بطل في الجميع. وإذا قال: تفرق، يصح في حصة الشريك البائع، ويبطل في الباقي (٢). ومنهم من قال: المسألة على قول واحد كما قال الشافعي، لأن هذا البيع صفتان، لأن في طرفيه عقدين، فإذا جمع بين الصفتين في العقد فبطلت

(١) المبسوط ١٩: ١٠٣.

(٢) مختصر المزني ١: ١٠٩، والمجموع ١٤: ٨٢، وفتح العزيز ١٠: ٤٥٦.

### [ ٢٣٥ ]

إحداهما لم تبطل الاخرى، وإنما تبني المسألة على تفريق الصفقة إذا كانت الصفقة واحدة (١)، وهو الصحيح عندهم. فأما إذا غصب أحد الشريكين من الاخر، وباع الجميع، بطل في نصيب شريكه، وفي نصيبه قولان (٢): وإذا وكل الشريك الذي لم يغصب الغاصب في بيع حصته، فباع الغاصب جميع المال، وأطلق البيع، بطل في القدر المغصوب، وهل يبطل في حصة الموكل؟ على قولين (٣)، بناء على تفريق الصفقة، ولا خلاف بينم إذا أطلق ذلك البيع، وإن لم يطلق وأخبر المشتري أنه وكيل، فهو على الخلاف الذي مضى. دليلنا على أنه لا يبطل في الجميع قوله تعالى: " وأحل الله البيع " (٤) وهذا بيع صادق ملكا، وأما ما لا يملك فلا خلاف في أنه لا يمضى البيع فيه. مسألة ١٣: إذا كان لرجلين عيذان، لكل واحد منهما عيد بانفراده، فباعهما من رجل واحد بثمن واحد، لا يصح البيع. وللشافعي فيه قولان: أحدهما يصح (٥). والآخر: لا يصح (٦)، وهو الأصح عندهم. دليلنا: أن هذا العقد بمنزلة العقدين، لأنه لعاقدين، وثمن كل واحد منهما مجهول، لأن ثمنهما يتقسط على قدر قيمتهما وذلك مجهول، والثمن إذا كان مجهولا

(١) المجموع ١٤: ٨٢.

(٢) المجموع ١٤: ٨٣.

(٣) المجموع ١٤: ٨٢ - ٨٣.

(٤) البقرة: ٢٧٥.

(٥) فتح العزيز ٨: ٢٥٢ - ٢٥٣.

(٦) فتح العزيز ٨: ٢٥٢ - ٢٥٣.

### [ ٢٣٦ ]

بطل العقد، ولا يلزم إذا كانا جميعا لواحد فباعهما بثمن معلوم، لأن ذلك يكون عقدا واحدا، وإنما يبطل الاول من حيث كانا عقدين. مسألة ١٤: إذا عقدا شركة فاسدة، إما بأن يتفاضل المالان ويتساوى الربح، أو يتساوى المالان ويتفاضل الربح، وتصرفا، وارتفع الربح، ثم تفاضلا، كان الربح بينهما على قدر المالين، ويرجع كل واحد منهما على صاحبه باجرة مثل عمله، بعد إسقاط القدر الذي يقابل عمله في ماله. وبه قال الشافعي (١). وقال أبو حنيفة: لا يرجع واحد منهما على صاحبه باجرة مثل

علمه، لان هذه الاجرة لما لم تثبت في الشركة الصحيحة، فكذلك في الفاسدة (٢).  
دليلنا: أن كل واحد منهما قد شرط في قابلية عمله جزء من الربح، ولم يسلم له  
لفساد العقد، وقد تعذر عليه الرجوع الى المبدل، فكان له الرجوع الى قيمته، كما لو  
باع منه سلعة بيعا فاسدا وسلمها إليه وتلفت في يد المشتري رجع عليه بقيمتها،  
لان المسمى لم يسلم له، وقد تعذر عليه الرجوع في السلعة بتلفها، فكان له الرجوع  
في قيمتها. ويفارق ذلك الشركة الصحيحة، لان المسمى قد سلم له فيها، وفي  
الفاسدة لم يسلم له المسمى، وقد تعذر عليه الرجوع الى المبدل، فيرجع الى عوض  
المثل. مسألة ١٥: إذا كان بينهما شئ، فباعاه بثمن معلوم، كان لكل واحد منهما أن  
يطلب المشتري بحقه. فإذا أخذ قدر حقه، شاركه فيه صاحبه. وللشافعي فيه قولان:  
أحدهما مثل ما قلناه (٣).

- (١) المجموع ١٤: ٧٢، ومغني المحتاج ٢: ٢١٥ - ٢١٦، والسراج الوهاج: ٢٤٦.  
(٢) الفتاوى الهندية ٢: ٣٢٠، واللباب ٢: ٧٣، والمجموع ١٤: ٧٢.  
(٣) المجموع ١٤: ٨٨، وفتح العزيز ١٠: ٢٥٠ و ٢٥٤.

### [ ٢٣٧ ]

والاخر هو الاظهر عندهم: أنه لا يشاركه فيه (١). دليلنا: إجماع الفرقة فان هذه  
المسألة منصوصة لهم (٢)، ورواياتهم واردة بها (٣). وأيضاً فان المال الذي في ذمة  
المشتري غير متميز فكل جزء يحصل من جهته فهو بينهما.

- (١) المجموع ١٤: ٨٨، وفتح العزيز ١٠: ٢٥٠ و ٢٥٤.  
(٢) حكاة العلامة الحلى في المختلف ٢: ٢٢ عن ابن الجنيدي من متقدمي علمائنا  
السابقين على الشيخين وعن ابن البراج وأبي الصلاح وابن حمزة من المتأخرين.  
(٣) استدلل العلامة أيضاً في مقام الرد على ابن ادريس في هذه المسألة التي ذكرها  
أيضاً في المختلف ٢: ٢١ - ٢٢ بما رواه الشيخ في التهذيب ٧: ١٨٥ - ١٨٦ حديث ٨١٨ و  
٨٢١.

### [ ٢٣٩ ]

#### كتاب الوكالة

مسألة ١: يجوز وكالة الحاضر، ويلزم الخصم مخاصمة الوكيل، وله أن يوكل أيضاً  
كذلك. وبه قال الشافعي، وابن أبي ليلى، وأبو يوسف، ومحمد (١). وقال أبو حنيفة:  
وكان الحاضر تصح، غير أنها لا تلزم خصمه، إلا أن يرضى بها، ومتى أبي ذلك كان على  
خصمه أن يخاصمه بنفسه، وأجبر على ذلك إن امتنع (٢). دليلنا: أن الاخبار الواردة  
في جواز التوكيل عامة في الحاضر والغائب (٣)، فمن خصص فعلية الدلالة. وأيضاً الاصل  
جواز ذلك، والمنع يحتاج الى دليل. مسألة ٢: ليس من شرط سماع البيعة على  
الوكالة من الوكيل إحضار خصم من خصومه، أو غريم من غرمائه. وبه قال الشافعي  
(٤).

- (١) المجموع ١٤: ١٠٠، والوجيز ١: ١٨٨، وفتح العزيز ١١: ٩، وبداية المجتهد ٢:  
٢٩٨، واللباب ٢: ٨٧، وبدائع الصنائع ٦: ٢٢، وعمدة القاري ١٢: ١٣٤، وتبيين الحقائق ٤:  
٢٥٥، والمغني لابن قدامة ٥: ٢٠٤، والشرح الكبير ٥: ٢٠٦ و ٢٠٧، والبحر الزخار ٦: ٦٥.  
(٢) التنف ٢: ٥٩٨، واللباب ٢: ٨٧، وبدائع الصنائع ٦: ٢٢، وعمدة القاري ١٢: ١٣٤،  
وتبيين الحقائق ٤: ٢٥٥، والمجموع ١٤: ١٠٠، والمغني لابن قدامة ٥: ٢٠٤، والشرح  
الكبير ٥: ٢٠٧، وفتح العزيز ١١: ٩، والبحر الزخار ٦: ٦٦. (٣) انظر الكافي ٦: ١٢٩ (باب  
الوكالة في الطلاق) ومن لا يحضره الفقيه ٣: ٤٧ (باب ٢٧)، والتهذيب ٦: ٢١٣ (باب ٨٦)  
والاستبصار ٣: ٢٧٨ (باب ١٦٦).  
(٤) فتح العزيز ١١: ٥٥، والمغني لابن قدامة ٥: ٢٦٧ و ٢٧٠، والشرح الكبير ٥: ٢٦٧ و  
٢٧٠، وبداية المجتهد ٢: ٢٩٨.

### [ ٢٤٣ ]

وقال أبو حنيفة: من شرطه ذلك، فإذا أحضره وادعى حق الموكل على خصمه أو غريمه، وتوجه الجواب على المدعى عليه، فحينئذ يسمع الحاكم بينة الوكيل (١) فجوز سماع الدعوى قبل ثبوت الوكالة، وألزم الخصم الجواب، وجعل تقديم الدعوى شرطا في سماع البينة بناء منه على أصله، لأن عنده لا يلزم وكالة الحاضر إلا برضا الخصم، ولا يجوز القضاء على الغائب. وهذا عندنا جائز على ما بيناه، لانا لا نعتبر رضا الخصم، ويجوز القضاء على الغائب، وقد مضى الكلام في جواز وكالة الحاضر وإن لم يرض الخصم، وسيجئ الكلام في القضاء على الغائب في موضعه. مسألة ٣: إذا عزل الموكل وكيله عن الوكالة في غيبة من الوكيل، فلا صحابنا فيه روايتان: إحداهما: أنه ينزل في الحال وإن لم يعلم الوكيل، وكل تصرف يتصرف فيه الوكيل بعد ذلك يكون باطلا (٢). وهو أحد قولي الشافعي، أو أحد وجهيه (٣). والثانية: أنه لا ينزل حتى يعلم الوكيل ذلك، وكلما يتصرف فيه يكون واقعا موقعه الى أن يعلم (٤)، وهو قول الشافعي الآخر (٥). وبه قال

(١) الفتاوى الهندية ٤: ١١١، والشرح الكبير ٥: ٣٦٧ و ٢٧٠، والمغني لابن قدامة ٥: ٣٦٧ و ٢٧٠، وبداية المجتهد ٢: ٢٩٨، وفتح العزيز ١١: ٥٥.  
(٢) لم أظفر على رواية تدل على خلاف العلم والله العالم.  
(٣) الوجيز ١: ١٩٢، والمجموع ١٤: ١٥٥، ومغني المحتاج ٢: ٢٣٢، والسراج الوهاج: ٢٥٢، وفتح العزيز ١١: ٦٧، والمغني لابن قدامة ٥: ٢٤٢، والشرح الكبير ٥: ٢١٧ - ٢١٨، وتبيين الحقائق ٤: ٢٨٧.  
(٤) انظر الكافي ٦: ١٢٩ حديث ٤، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ٤٧ و ٥١ حديث ١٦٦ و ١٧١، والتهذيب ٦: ٢١٣ - ٢١٤ حديث ٥٠٢ و ٥٠٢، و ٥٠٥.  
(٥) المجموع ١٤: ١٥٥، والوجيز ١: ١٩٢، ومغني المحتاج ٢: ٢٣٢، والسراج الوهاج: ٢٥٢، وفتح العزيز ١١: ٦٧، والمغني لابن قدامة ٥: ٢٤٢، والشرح الكبير ٥: ٢١٨.

#### [ ٢٤٢ ]

أبو حنيفة (١). دليلنا على ذلك: أخبار الطائفة، وهي مختلفة، وقد ذكرناها في الكتابين المتقدم ذكرهما (٢). ومن راعى العلم، إستدل على ذلك، بأن قال: أن النهي لا يتعلق به حكم في حق المنهي، إلا بعد حصول العلم به. وهكذا أبواب نواهي الشرع كلها، ولهذا لما بلغ أهل قبا أن القبلة قد حولت الى الكعبة وهم في الصلاة داروا وبنوا على صلاتهم، ولم يؤمروا بالاعادة، فكذلك نهى الموكل وكيله عن التصرف ينبغي أن لا يتعلق به حكم في حق الوكيل إلا بعد العلم، وهذا القول أقوى من الاول، وقد رجحناه في الكتابين (٣). مسألة ٤: إذا وكل رجل رجلا في الخصومة عنه، ولم يأذن له في الاقرار، فأقر على موكله بقبض الحق الذي وكل في المخاصمة فيه، لم يلزمه إقراره عليه بذلك، سواء كان في مجلس الحكم أو في غيره. وبه قال مالك، والشافعي وابن أبي ليلى، وزفر (٤). وقال أبو حنيفة ومحمد: يصح إقراره على موكله في مجلس الحكم، ولا يصح

(١) اللباب ٢: ٩٢، والمبسوط ١٩: ١٦، والنتف ٢: ٦٠٢، وبدائع الصنائع ٦: ٣٧ وحاشية رد المحتار ٥: ٥٣٧، والمغني لابن قدامة ٥: ٢٤٢، والشرح الكبير ٥: ٢١٨، وفتح العزيز ١١: ٦٧.  
(٢) التهذيب ٦: ٢١٣ و ٢١٦ حديث ٥٠٢ و ٥٠٨ و ٢١٤ حديث ٥٠٤ و ٥٠٦، والاستبصار ٣: ٢٧٨ حديث ٩٨٦ و ٩٨٨.  
(٣) التهذيب ٦: ٢١٣ حديث ٥٠٢، والاستبصار ٣: ٢٧٨ حديث ٩٨٦ - ٩٨٨.  
(٤) الام ٣: ٢٣٢، ومختصر المزني: ١١٠، والمجموع ١٤: ١١٥، وفتح العزيز ١١: ٥٣، والنتف ٢: ٥٩٩، وبدائع الصنائع ٦: ٢٤، والمبسوط ١٩: ٤، وتبيين الحقائق ٤: ٢٧٨ و ٢٨٠، والمغني لابن قدامة ٥: ٢١٨، والشرح الكبير ٥: ٢٤٢، وبداية المجتهد ٢: ٢٩٧.

#### [ ٢٤٤ ]

في غيره (١). وقال أبو يوسف: يصح في مجلس الحكم وفي غيره (٢). دليلنا: أن الاصل براءة الذمة، فمن ألزمه باقرار وكيله فعليه الدلالة. مسألة ٥: إذا أذن له في الاقرار صح إقراره، ولزم الموكل ما أقر به، فان كان معلوما لزمه ذلك، وإن كان مجهولا رجع في تفسيره الى الموكل دون الوكيل. وللشافعي فيه قولان (٣)، وفي أصحابه من قال مثل ما قلناه (٤). وقال ابن سريج: لا يصح من الوكيل الاقرار على الموكل بحال، ولا يصح الوكالة في ذلك (٥). دليلنا: أنه لا مانع من ذلك، والاصل جوازه، وأيضا قوله عليه

السلام: " المؤمنون عند شروطهم " (٦) وهذا شرط إن يلزمه ما يقر به الوكيل، فيجب أن يكون ذلك جائزا. مسألة ٦: إذا وكل رجل رجلا في تثبيت حد القذف، أو القصاص عند

- (١) اللباب ٢: ٩٩، والنتف ٢: ٥٩٩، والمبسوط ١٩: ٥، وبدائع الصنائع ٦: ٢٤، والمغني لابن قدامة ٥: ٢١٨، والشرح الكبير ٥: ٢٤٢، والمجموع ١٤: ١١٥، وفتح العزيز ١١: ٥٣، وتبيين الحقائق ٤: ٢٧٩.
- (٢) النتف ٢: ٥٩٨، واللباب ٢: ٩٩، وبدائع الصنائع ٦: ٢٤، وتبيين الحقائق ٤: ٢٧٩ - ٢٨٠، والمغني لابن قدامة ٥: ٢١٨، والشرح الكبير ٥: ٢٤٢.
- (٣) مغني المحتاج ٢: ٢٢١، والسراج الوهاج: ٢٤٨، وفتح العزيز ١١: ٨، وحاشية رد المحتار ٥: ٥١٥.
- (٤) السراج الوهاج: ٢٤٨، ومغني المحتاج ٢: ٢٢١، وفتح العزيز ١١: ٨، وحاشية رد المحتار ٥: ٥١٥.
- (٥) فتح العزيز ١١: ٨، وحاشية رد المحتار ٥: ٥١٥.
- (٦) التهذيب ٧: ٢٧١ حديث ١٥٠٢، والاستبصار ٢: ٣٣٢ حديث ٨٣٥، والمصنف لابن أبي شيبة ٦: ٥٦٨ حديث ٢٠٦٤، وتلخيص الحبير ٣: ٢٣ و ٤٤، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٨٤، والشرح الكبير ٤: ٢٨٦.

### [ ٢٤٥ ]

الحاكم، أو إقامة البينة عليه، فالتوكيل صحيح. وبه قال جميع الفقهاء (١)، إلا أبي يوسف، فإنه قال: لا يصح التوكيل في تثبيت الحد بحال (٢). دليلنا: عموم الاخبار في جواز التوكيل (٣)، والاصل أيضا جوازه، والمنع يحتاج إلى دلالة. مسألة ٧: يصح التوكيل في استيفاء الحدود التي للادميين وإن لم يحضر الموكل. واختلف أصحاب الشافعي على ثلاثة طرق: فذهب أبو اسحاق المروزي، أن الصحيح حما ذكره في كتاب الجنابات من: أن التوكيل صحيح مع غيبة الموكل (٤). ومنهم من قال: أن الصحيح ما ذكره ها هنا من: إعتبار حضور الموكل (٥). ومنهم من قال: المسألة على قولين. واختار أبو الطيب قول المروزي (٦). وقال أبو حنيفة: لا يجوز إستيفاؤها مع غيبة الموكل (٧).

- (١) الام ٣: ٣٣٢، وبدائع الصنائع ٦: ٢١، وبداية المجتهد ٢: ٢٩٧، وتبيين الحقائق ٤: ٢٥٥، والبحر الزخار ٦: ٦٢ - ٦٣.
- (٢) بدائع الصنائع ٦: ٢١، وتبيين الحقائق ٤: ٢٥٥، والبحر الزخار ٦: ٦٢ - ٦٣.
- (٣) انظر الكافي ٦: ١٢٩ (باب الوكالة في الطلاق)، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ٤٧ (باب ٣٧ من الوكالة)، والتهذيب ٦: ٢١٢ (باب ٨٦ الوكالة)، والاستبصار ٣: ٢٧٨ (باب ١٦٦ الوكالة).
- (٤) الوجيز ١: ١٨٨، والسراج الوهاج: ٢٤٨، وفتح العزيز ١١: ١٠، وعمدة القاري ١٢: ١٥١، والمبسوط ١٩: ٩، وتبيين الحقائق ٤: ٢٥٥، والبحر الزخار ٦: ٦٣.
- (٥) السراج الوهاج: ٢٤٨، والوجيز ١: ١٨٨، وفتح العزيز ١١: ١٠، والمغني لابن قدامة ٥: ٢٠٨، والشرح الكبير ٥: ٢٠٨، والبحر الزخار ٦: ٦٣.
- (٦) البحر الزخار ٦: ٣٦، والوجيز ١: ١٨٨.
- (٧) المبسوط ١٩: ٩ و ١٠٦ - ١٠٧، وعمدة القاري ١٢: ١٥١، وبدائع الصنائع ٦: ٢١، وتبيين الحقائق

### [ ٢٤٦ ]

دليلنا: أن الاصل جواز ذلك، والمنع يحتاج الى دلالة، ومن قال: لا يجوز إلا مع حضور الموكل استدلل بقول النبي صلى الله عليه وآله: " إدرووا الحدود بالشبهات " (١) قال: وفي استيفاء هذا الحد شبهة، لانه لا يدري الوكيل هل عفى عن هذا القصاص الموكل فيه أو لم يعف؟ وما ذكرناه أولى. مسألة ٨: إذا وكله في تصرف سماه له، ثم قال: (وقد أذنت لك أن تصنع ما شئت) كان ذلك إذنا في التوكيل. وللشافعي فيه وجهان، أحدهما: مثل ما قلناه (٢). والثاني: ليس له ذلك، لانه ما صرح بالاذن فيه (٣). دليلنا: أنه إذا قال: (أذنت لك أن تعمل ما شئت) دخل فيه التوكيل، لانه من جملة ما يشاء، فحمل قوله على عمومه أولى. مسألة ٩: جميع من يبيع مال غيره، ستة أنفس: الاب، والجد، ووصيهما، والحاكم، وأمين الحاكم، والوكيل. لا يصح لاحد منهم أن يبيع المال الذي في يده من نفسه إلا لائنين: الاب، والجد، ولا يصح لغيرهما. وبه قال مالك، والشافعي (٤).



٤: ٢٥٥، وحاشية رد المحتار ٥: ٥١٣، والمغني لابن قدامة ٥: ٢٠٧ - ٢٠٨، والشرح الكبير ٥: ٢٠٨، وفتح العزيز ١١: ١٠، والبحر الزخار ٦: ٦٣. (١) من لا يحضره الفقيه ٤: ٥٣ حديث ١٩٠، ونقله السيوطي في الجامع الصغير ١: ٥٢ حديث ٢١٤ عن ابن عدي في جزء له من حديث أهل مصر والجزيرة، وعن أبي مسلم الكجي وابن السمعاني. انظر تفصيل ذلك في فيض القدير للمناوي ١: ٢٢٧.

(٢) المجموع ١٤: ١١١، والمغني لابن قدامة ٥: ٢١٥، والشرح الكبير ٥: ٢٠٩.

(٣) مغني المحتاج ٢: ٢٢٦، والمجموع ١٤: ١١١، والمغني لابن قدامة ٥: ٢١٥، والشرح الكبير ٥: ٢٠٩.

(٤) المجموع ١٤: ١٢٣ - ١٢٤، ومغني المحتاج ٢: ٢٢٤، والسراج الوهاج: ٢٤٩، والوجيز ١: ١٩، وكفاية الاخير ١: ١٧٧، وبداية المجتهد ٢: ٢٩٨، والمغني لابن قدامة ٥: ٢٢٧، والشرح الكبير ٥: ٢٢١، وفتح العزيز ١١: ٢٩، وتبيين الحقائق ٤: ٢٧٠.

#### [ ٢٤٧ ]

وقال الاوزاعي: يجوز ذلك للجميع (١). وقال زفر: لا يجوز لاحد منهم أن يبيع من نفسه شيئاً (٢). وقال أبو حنيفة: يجوز للاب، والجد، والوصي إلا أنه اعتبر في الوصي أن يشتره بزيادة ظاهرة، مثل أن يشتري ما يساوي عشرة بخمس عشرة، فإن اشتراه بزيادة درهم لم يمس ذلك البيع. قاله استحساناً (٣). دليلنا: إجماع الفرقة، وأخبارهم أنه يجوز للاب أن يقوم جارية ابنه الصغير على نفسه، ويستبيح وطؤها بعد ذلك (٤). وأيضاً روي أن رجلاً أوصى إلى رجل في بيع فرس له، فاشتره الوصي لنفسه، واستفتى عبد الله بن مسعود، فقال: ليس له ذلك (٥)، ولا يعرف له مخالف. وإن قيل: عندكم أن البيع من صحة إنعقاده التفرق بالابدان، ولا يتصور ذلك بين الانسان وبين نفسه. قيل: أجيب عن ذلك بجوابين: أحدهما: أن البيع قد يلزم من غير التفرق، وهو أن يقول بعد العقد: (أجزت (٦) هذا البيع، أو أمضيته) فإنه يلزم ولا يحتاج الى التفرق. والثاني: أنه إلا عقد الاب أو الجد هذا العقد، فإنه يقوم من موضعه حتى يلزم العقد ويمضي، فيكون ذلك بمنزلة افتراق المتبايعين.

(١) المجموع ١٤: ١٢٣، والمغني لابن قدامة ٥: ٢٢٧، والشرح الكبير ٥: ٢٢١، وتبيين الحقائق ٤: ٢٧٠.

(٢) المجموع ١٤: ١٢٤.

(٣) تبيين الحقائق ٤: ٢٧١، والمغني لابن قدامة ٥: ٢٢٧، والشرح الكبير ٥: ٢٢٢.

(٤) الكافي ٧: ٦٧ حديث ٢، ومن لا يحضره الفقيه ٤: ١٦١ حديث ٥٦٤، والتهديب ٩: ٢٣٩ حديث ٩٢٨.

(٥) روي في المجموع ١٤: ١٢٤، والمغني لابن قدامة ٥: ٢٢٨ مع اختلاف يسير في بعض الفاظه.

(٦) في بعض النسخ " اخترت ".

#### [ ٢٤٨ ]

مسألة ١٠: إذا أطلق الوكالة في البيع، فاطلاقها يقتضي أن يبيع بنقد ذلك البلد، بثمن المثل حالاً، فإن خالف في ذلك، كان البيع باطلاً. وبه قال مالك، والشافعي (١). وقال أبو حنيفة: لا يقتضي الاطلاق الحلول، ولا نقد البلد، ولا عوض المثل. فإذا باعه بخلاف ذلك صح، حتى قال: لو أن السلعة تساوي ألوفاً، فباعها بدانق الى أجل، صح البيع (٢). دليلنا: أنه إذا باع بما وصفناه صح بيعه بلا خلاف، وإذا خالف لم يدل دليل على جواز بيه، فوجب المنع منه. مسألة ١١: إذا اختلف الخياط وصاحب الثوب، فقال صاحب الثوب: أذنت لك في قطعه قميصاً، وقال الخياط: أذنت لي في قطعه قباء، وقد فعلت. فالقول قول الخياط. وللشافعي فيه قولان: أحدهما مثل ما قلناه (٣). والثاني: القول قول صاحب الثوب (٤). وبه قال ابن أبي ليلى (٥).

(١) بداية المجتهد ٢: ٢٩٨، والمجموع ١٤: ١٣٠، وكفاية الاخير ١: ١٧٧، والوجيز ١: ١٩٠، ومغني المحتاج ٢: ٢٢٣ - ٢٢٤، والسراج الوهاج: ٢٤٩، وفتح العزيز ١١: ٣٦، والمغني لابن قدامة ٥: ٢٥٤ - ٢٥٥، وبدائع الصنائع ٦: ٢٧، وتبيين الحقائق ٤: ٢٧٠، والبحر الزخار ٦: ٥٩.

(٢) التنف ٢: ٥٩٧، واللباب ٩٥: ٢، وبدائع الصنائع ٦: ٢٧، وفتاوى قاضيخان ٢: ٢٩٣، وتبيين الحقائق ٤: ٢٧٠، وحاشية رد المحتار ٥: ٥٢٢، والمغني لابن قدامة ٥: ٢٥٤ -

٢٥٥، والشرح الكبير ٥: ٢٢٦، والمجموع ١٤: ١٣٠، وفتح العزيز ١١: ٣٦، وبداية المجتهد ٢: ٢٩٨، والبحر الزخار ٦: ٥٩.  
(٢) المجموع ١٥: ١٠٥ - ١٠٦، ومغني المحتاج ٢: ٣٥٤، والسراج الوهاج: ٢٩٥، والوجيز ١: ٢٢٨، وفتح العزيز ١١: ٧٤، والمغني لابن قدامة ٦: ١٢٥.  
(٤) الام ٤: ٤٠، والوجيز ١: ٢٢٨، والمجموع ١٥: ١٠٥ - ١٠٦، والسراج الوهاج: ٢٩٥، ومغني المحتاج ٢: ٣٥٤، وفتح العزيز ١١: ٧٤، والمغني لابن قدامة ٦: ١٢٥.  
(٥) المجموع ١٥: ١٠٧.

#### [ ٢٤٩ ]

دليلنا: على ما ذهبنا إليه: أن صاحب الثوب مدع بذلك أرش القطع على الخياط، فعليه البينة، وإلا فعلى الخياط اليمين. مسألة ١٢: إذا كان لرجل على غيره دين، فجاء آخر فادعى أنه وكيله في المطالبة، وأنكر ذلك عليه الدين، فإن كان مع الوكيل بينة أقامها وحكم له بها، وإن لم يكن معه بينة، وطالب من عليه الدين باليمين لا يجب عليه، فإن ادعى عليه علمه بذلك لم يلزمه أيضا اليمين. وبه قال الشافعي (١). وقال أبو حنيفة: يلزمه اليمين، بناء منه على أصله أنه لو صدقه، أجبر على التسليم إليه (٢). ونحن نبنى على أصلنا أنه لو صدقه من عليه الدين في توكيله، لم يجبر على التسليم إليه. دليلنا: الاصل براءة الذمة، وإيجاب اليمين عليه يحتاج الى دليل شرعي، ولا دليل في الشرع يدل عليه. مسألة ١٣: إذا صدقه من عليه الدين في توكيله، لم يجبر على التسليم إليه، وبه قال الشافعي (٣). وقال أبو حنيفة: إن كان ذلك دينا، أجبر على الدفع إليه، وإن كان عينا فالمشهور من مذهبه أنه لا يجبر عليه (٤).

(١) المجموع ١٤: ١٥١ و ١٥٢، وفتح العزيز ١١: ٨٥، والشرح الكبير ٥: ٣٦١.  
(٢) اللباب ٢: ٩٩، والمبسوط ١٩: ٧٦، وبدائع الصنائع ٦: ٢٦، وتبيين الحقائق ٤: ٢٨٤، والمجموع ١٤: ١٥٣، والشرح الكبير ٥: ٣٦١.  
(٣) المجموع ١٤: ١٥١، والسراج الوهاج: ٢٥٤، ومغني المحتاج ٢: ٢٣٧، والشرح الكبير ٥: ٣٦١، وفتح العزيز ١١: ٨٦.  
(٤) المبسوط ١٨: ٢٠، وبدائع الصنائع ٦: ٣٦، وتبيين الحقائق ٤: ٢٨١ و ٢٨٤، والشرح الكبير ٥: ٣٦١، والمجموع ١٤: ١٥٢.

#### [ ٢٥٠ ]

وعنه رواية اخرى شادة: أنه يجبر عليه (١). دليلنا: أنه لا دليل على إجباره على ذلك، ولان ذمته مرتبهة بالوديعة والدين وغيره، ولا يقطع على براءتها بالدفع الى الوكيل المدعى له ذلك، وتصديقه إياه، لان لصاحبه أن يكذبهما، فيجب أن لا يجب عليه التسليم. مسألة ١٤: إذا وكل رجلا في كل قليل وكثير، لم يصح حذلك، وبه قال جميع الفقهاء (٢)، إلا ابن أبي ليلى، فان قال: يصح ذلك (٣). دليلنا: أن في ذلك غررا عظيما، لانه ربما ألزمه بالعقود مالا يمكنه الوفاء به، وما يؤدي الى ذهاب ماله، مثل أن يزوجه بأربع حرائر، ثم يطلقهن قبل الدخول، فيلزمه نصف مهرهن، ثم يتزوج بأربع آخر، وعلى هذا أبدا. ويشترى له من الارضين والعقارات وغيرها مالا يحتاج إليه، وفي ذلك غرر عظيم، فما يؤدي إليه فهو باطل. وأيضا فانه لا دليل على صحة هذه الوكالة في الشرع. مسألة ١٥: يكره أن يتوكل مسلم لكافر على مسلم. ولم يكره ذلك أحد من الفقهاء. دليلنا: إجماع الفرقة، لانه لا دليل على جوازه. مسألة ١٦: إذا وكل رجلا في بيع ماله، فباعه، كان للوكيل والموكل المطالبة بالثمن. وبه قال الشافعي (٤).

(١) تبيين الحقائق ٤: ٢٨٤.  
(٢) الام ٢: ٢٢٣، والمجموع ١٤: ١٠٦ - ١٠٧، وكفاية الاخير ١: ١٧٦، ومغني المحتاج ٢: ٢٢١، والسراج الوهاج: ٢٤٨، والوجيز ١: ١٨٨، والمبسوط ٩: ٧٠، وفتح العزيز ١١: ١١، والمغني لابن قدامة ٥: ٢١١، والشرح الكبير ٥: ٢٤١، وبداية المجتهد ٢: ٢٩٧.  
(٣) المبسوط ١٩: ٧٠، المغني لابن قدامة ٥: ٢١١، والشرح الكبير ٥: ٢٤١.  
(٤) الوجيز ١: ١٩٢، وفتح العزيز ١١: ٦٠ و ٦٤، وبدائع الصنائع ٦: ٣٣، والمغني لابن قدامة ٥: ٣٦٢ و

#### [ ٢٥١ ]

وقال أبو حنيفة: للوكيل المطالبة به، وليس ذلك للموكل (١). دليلنا: أن الثمن قد ثبت أنه للموكل دون الوكيل، ويدخل في ملكه في مقابلة المبيع الذي زال ملكه بالعقد، وإذا كان الثمن ملكا له كان له المطالبة به، ولأن المطالبة بالثمن من حقوق العقد لامن شرائطه - مثل خيار المجلس والتفرق بالأبدان، فإن ذلك من شرط العقد - فلاجل ذلك يتعلق بالعقد دون الموكل. مسألة ١٧: لا يصح إبراء الوكيل من دون الموكل، من الثمن الذي على المشتري. وبه قال الشافعي (٢). وقال أبو حنيفة: يصح إبراء الوكيل بغير إذن موكله (٣). دليلنا: أن الإبراء تابع للملك، وإذا كان الوكيل لا يملك الثمن، فلا يصح منه الإبراء، وإنما قلنا أنه لا يملك، لانه لا يملك هبته بلا خلاف، فلو ملكه لصح منه هبته. مسألة ١٨: إذا وكل رجلا في شراء سلعة، فاشترها بثمن مثلها، فإن ملكها يقع للموكل من غير أن يدخل في ملك الوكيل. وبه قال الشافعي (٤). وقال أبو حنيفة: يدخل أولا في ملك الوكيل، ثم ينتقل الى الموكل (٥).

٣٦٤، والشرح الكبير ٥: ٢٢٧ - ٢٢٨. (١) الباب ٢: ٨٩، وبدائع الصنائع ٦: ٣٣، وتبيين الحقائق ٤: ٢٥٧، والمغني لابن قدامة ٥: ٣٦٤، والشرح الكبير ٥: ٢٢٨. (٢) المجموع ١٤: ١١٦، وفتح العزيز ١١: ١٤، وتبيين الحقائق ٤: ٢٥٦. (٣) المبسوط ١٩: ٢٥، وتبيين الحقائق ٤: ٢٥٨، وحاشية رد المحتار ٥: ٥٢١ و ٥٢٢، والمجموع ١٤: ١١٦. (٤) المجموع ١٤: ١٤٦، وبداية المجتهد ٢: ٢٩٨، والمغني لابن قدامة ٥: ٣٦٣، والشرح الكبير ٥: ٢٢٧، وتبيين الحقائق ٤: ٢٥٦. (٥) تبيين الحقائق ٤: ٢٥٦، والمجموع ٤: ١٤٧، وبداية المجتهد ٢: ٢٩٨، والمغني لابن قدامة ٥: ٣٦٣، والشرح الكبير ٥: ٢٢٧، وفتح العزيز ١: ٧٦.

#### [ ٢٥٢ ]

دليلنا: أنه لو وكله في شراء من يعتق عليه لم يعتق عليه، فلو كان الملك قد انتقل إليه لوجب أن يعتق عليه، فلما أجمعنا أنه لا يعتق على الوكيل لو اشترى من يعتق عليه إذا اشتراه لنفسه، دل ذلك على أنه لا ينتقل الملك الى الوكيل. مسألة ١٩: إذا وكل مسلم ذميا في شراء خمر، لم يصح الوكالة، فإن ابتاعه الذمي له، لم يصح البيع. وبه قال الشافعي (١). وقال أبو حنيفة: يصح التوكيل، ويصح البيع، وعنده أن المسلم لا يملك الخمر إذا تولى الشراء بنفسه، ولا يصح ذلك، وبملكه بشراء الوكيل الذمي (٢). دليلنا: أن عقود البيع تحتاج الى دلالة شرعية، ولا دليل في الشرع على صحة هذا العقد، فوجب أن يكون باطلا. على أنه بينا في المسألة الاولى: أن شراء الوكيل يقع لموكله. فإذا كان كذلك، فوجب أن لا يصح شراؤه، كما لو اشتراه بنفسه. مسألة ٢٠: إذا وكله في بيع فاسد، مثل أن يوكله في البيع والشراء الى أجل مجهول مثل قدوم الحاج، وإدراك الثمار، لم يملك بذلك التوكيل البيع الصحيح وبه قال الشافعي (٣). وقال أبو حنيفة: يملك بذلك البيع الصحيح، فإذا باع أو اشترى الى أجل معلوم صح البيع والشراء (٤). دليلنا: أنه لو لم يوكله في هذا العقد، فيجب أن لا يصح، وإنما وكله في غيره،

(١) المغني لابن قدامة ٥: ٣٦٣، والشرح الكبير ٥: ٢٢٧. (٢) المبسوط ١٩: ٨، وتبيين الحقائق ٤: ٢٥٤، وحاشية رد المحتار ٥: ٥١١، والمغني لابن قدامة ٥: ٣٦٣، والشرح الكبير ٥: ٢٢٧. (٣) المجموع ١٤: ١٢٨، والوجيز ١: ١٩٢، وفتح العزيز ١١: ٥٧، والمغني لابن قدامة ٥: ٢٥٢، والشرح الكبير ٥: ٢٤٠، والبحر الزخار ٦: ٦٠. (٤) المغني لابن قدامة ٥: ٢٥٢، والشرح الكبير ٥: ٢٤٠، والمجموع ١٤: ١٢٨، وفتح العزيز ١١: ٥٧، والبحر الزخار ٦: ٦٠.

#### [ ٢٥٣ ]

فإذا فسد، فيجب فساد الوكالة. مسألة ٢١: إذا وكل صبيا في بيع أو شراء أو غيرهما، لم يصح التوكيل. وإن تصرف، لم يصح تصرفه. وبه قال الشافعي (١). وقال أبو حنيفة: يصح توكيله، وإذا تصرف صح تصرفه إذا كان يعقل ما يقول، ولا يفتر ذلك الى إذن وليه (٢). دليلنا: قوله عليه السلام: " رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفيق، وعن النائم حتى يستيقظ " (٣). ورفع القلم يقتضي أن لا يكون لكلامه حكم. وأنه لا دلالة على صحة هذه الوكالة، فيجب بطلانها. مسألة ٢٢: إذا وكله في شراء شاة بدينار أعطاه، فاشترى به شاتين يساوي كل واحدة منهما

دينارا، فان الشراء يلزم الموكل، فيكون الشاتان له. وبه قال أكثر أصحاب الشافعي (٤).  
وقال الشافعي في كتاب الاجارات: ان احدهما نلزمه بنصف دينار، وهو بالخيار في  
الآخري، إن شاء أمسكها بالنصف الآخر، وإن شاء ردها، ويرجع على الوكيل بنصف دينار  
(٥).

- (١) الوجيز ١: ١٨٩، والسراج الوهاج: ٢٤٧، ومغني المحتاج ٢: ٢١٨، وكفاية  
الاخيار ١: ١٧٥، وفتح العزيز ١١: ١٥ - ١٦، وبدائع الصنائع ٦: ٢٠، وبداية المجتهد ٢:  
٣٩٧.  
(٢) اللباب ٢: ٨٨، وبدائع الصنائع ٦: ٢٠، وتبيين الحقائق ٤: ٢٥٤، وحاشية رد المحتار  
١٥: ٥١١، وفتح العزيز ١١: ١٦.  
(٣) اختلفت الفاظ حديث الرفع في المصادر الحديثية، انظر فيها: الخصال ١: ٩٣ و ١٧٥  
حديث ٤٠ و ٢٣٣، والسنن الكبرى ٦: ٨٤ و ٢٠٦، والمستدرک على الصحيحين ٢: ٥٩.  
(٤) المجموع ١٤: ٩٥ - ٩٦، ومغني المحتاج ٢: ٢٢٩، والسراج الوهاج: ٢٥١، والوجيز ١:  
١٩١، وفتح العزيز ١١: ٤٩ - ٥٠، والمغني لابن قدامة ٥: ٢٥٩، والشرح الكبير ٥: ٢٣١.  
(٥) الام ٣: ١٦، و ٤: ٣٣ - ٣٣.

### [ ٢٥٤ ]

وقال الطبري لا وجه لهذا القول، إلا أن يكون بناء على ما حكى عنه من أنه يجوز  
بيع الموقوف. وحكى المروزي في الجامع عن الشافعي أنه قال: إذا وكله في بيع  
سلعة فباعها بما لا يتغابن الناس بمثله، كان له أن يرد. وهذا أيضا بناء على ما ذكرناه  
من ذلك القول. قال أبو الطيب الطبري: والمذهب الصحيح الاول. وقال أبو حنيفة: يلزم  
الوكيل البيع في إحدى الشاتين بنصف دينار، ولا يلزم الموكل في الآخري بنصف دينار،  
ويرجع الموكل عليه بنصف دينار (١). دليلنا: أن شراء الشاتين وقع للموكل بماله، وقد  
بينا أن عقد الوكيل للموكل، فيجب أن يكون شراءهما له. وأيضا روي عن النبي عليه  
السلام أنه عرض له جلب، فأعطى عروة البارقي (٢) دينارا ليشتري به شاة للضحية،  
فاشترى به شاتين، ثم باع احدهما بدينار، فجاء الى رسول الله صلى الله عليه وآله  
بشاة ودينار، فقال: هذه الشاة وهذا ديناركم، فقال النبي كيف صنعت؟ فذكر له ما  
صنع، فقال له النبي: " بارك الله لك في صفقة يمينك " (٣). مسألة ٢٣: إذا قال: إن  
قدم الحاج، أو جاء رأس الشهر، فقد وكلتك في

- (١) المغني لابن قدامة ٥: ٢٩٥، والشرح الكبير ٥: ٢٣١، والمجموع ١٤: ٩٦.  
(٢) عروة بن الجعد ويقال: ابن أبي الجعد، ويقال: عروة بن عياض بن أبي الجعد الأزدي  
البارقي، سكن الكوفة. وبارق: جبل نزله سعد بن عدي بن مازن روى عن النبي وعن  
عمر وسعد بن أبي وقاص. وعنه شبيب بن غرقدة والشعبي وأبو اسحاق السبيعي  
وغيرهم: انظر تهذيب التهذيب ٧: ١٧٨.  
(٣) رواه البخاري في صحيحه ٤: ٢٥٢، والدارقطني في سننه ٣: ١٠ حديث ٢٩ و ٣٠،  
والترمذي في سننه ٣: ٥٥٩ حديث ١٢٥٨، وأبو داود في سننه ٣: ٢٥٦، وأحمد بن  
حنبل في مسنده ٤: ٣٧٥ - ٣٧٦، وفي بعضها باختلاف يسير في الالفاظ ومنهم من  
عزى الحديث لحكيم بن حزام فلاحظ.

### [ ٢٥٥ ]

البيع، فان ذلك لا يصح. وبه قال الشافعي (١). وقال أبو حنيفة: يصح (٢). دليلنا:  
أنه لا دليل على صحة هذا العقد، وعقد الوكالة يحتاج الى دليل.

- (١) المجموع ١٤: ١٠٨ - ١٠٩، وفتح العزيز ١١: ٢١ - ٢٢، ومغني المحتاج ٢: ٢٢٣،  
والسراج الوهاج: ٢٤٨، والمغني لابن قدامة ٥: ٢١٠.  
(٢) المغني لابن قدامة ٥: ٢١٠، وفتح العزيز ١١: ٢٢.

### [ ٢٥٧ ]

كتاب الاقرار

مسألة ١: إذا قال: له عندي مال جليل، أو عظيم، أو نفيس، أو خطير، لم يتقدر ذلك بمقدار، وأي مقدار فسره به كان مقبولاً، قليلاً كان أو كثيراً، وبه قال الشافعي (١). وإن قال: له عندي مال كثير، فإنه يكون إقراراً بثمانين على الرواية التي تضمنت بأن الوصية بالمال الكثير وصية بثمانين (٢). ولم يعرف تفسير "كثير" بما قلناه أحد من الفقهاء. واختلف أصحاب أبي حنيفة في الالفاظ الاولى: فمنهم من قال: لا يقبل منه بأقل من عشرة دراهم، وهي مقدار نصاب القطع عندهم (٣). ومنهم من قال: لا يقبل منه أقل من مائتي درهم، وهو مقدار نصاب

(١) الام ٣: ٢٣٧، والمجموع ٢٠: ٣١ و ٣١٧، والسراج الوهاج: ٢٥٧، ومغني المحتاج ٢: ٢٤٨، وفتح العزيز ١١: ١٢٤، والمبسوط ١٨: ٩٨، والشرح الكبير ٥: ٣٣٩، والمغني لابن قدامة ٥: ٣١٦، والبحر الزخار ٦: ٨.  
(٢) تفسير العياشي ٢: ٨٤ حديث ٣٧، والكافي ٧: ٤٦٣ حديث ٢١، والتهذيب ٨: ٣٠٩ حديث ١١٤٧، و ٨: ٣١٧ حديث ١١٨٠، ومعاني الاخبار: ٢١٨ حديث ١.  
(٣) المبسوط ١٨: ٩٨، والليالي ٢: ٢٥، وبدائع الصنائع ٧: ٢٢٠، والفتاوى الهندية ٤: ١٧٤، وتبيين الحقائق ٥: ٥، والمغني لابن قدامة ٥: ٣١٦، والشرح الكبير ٥: ٣٣٩، وفتح العزيز ١١: ١٢٤، والبحر الزخار ٦: ٨.

### [ ٣٦٠ ]

الزكاة (١). وكان أبو عبد الله الجرجاني (٢) من أصحاب أبي حنيفة يقول: نص أبو حنيفة على ذلك، وقال: إذا أقر بأموال عظيمة يلزمه ستمائة درهم (٣). وقال مالك: يقبل منه ثلاثة دراهم فما فوقها، وهي نصاب القطع عنده (٤). وقال الليث بن سعد: يلزمه إثنان وسبعون درهماً (٥). دليلنا على ذلك: أنه لا دليل على مقدار مقطوع به، وما يفسره به مقطوع به، فوجب الرجوع إليه، وأن الاصل براءة الذمة. وأما تفسير "الكثير" فعليه إجماع الطائفة. وروي في تفسير قوله تعالى: "لقد نصرم الله في مواطن كثيرة" (٦) أنها كانت ثمانين موطناً (٧)، وهذه الآية دليل الليث بن سعد، غير أنه قال: اثنين وسبعين، فإنه ذكر أنها كانت اثنين وسبعين موطناً (٨).

(١) الليالي ٢: ٢٥، والمبسوط ١٨: ٩٨، وبدائع الصنائع ٧: ٢٢٠، والفتاوى الهندية ٤: ١٧٣ - ١٧٤، وتبيين الحقائق ٥: ٥، والشرح الكبير ٥: ٣٣٩، والمغني لابن قدامة ٥: ٣١٦، والبحر الزخار ٦: ٨.  
(٢) محمد بن يحيى بن مهدي أبو عبد الله الجرجاني، الفقيه، أحد الاعلام، تفقه على أبي بكر أحمد بن علي الرازي، وتفقه عليه أبو الحسين القدوري وأحمد بن محمد الناطفي، مات سنة ٣٩٨ هـ. انظر الجواهر المضية ٢: ١٤٣، وطبقات الفقهاء للشيرازي: ١٢٣.  
(٣) بدائع الصنائع ٧: ٢٢٠، والفتاوى الهندية ٤: ١٧٤، وتبيين الحقائق ٥: ٥، والمغني لابن قدامة ٥: ٣١٦، والشرح الكبير ٥: ٣٣٩، وفتح العزيز ١١: ١٢٤.  
(٤) المغني لابن قدامة ٥: ٣١٦، والشرح الكبير ٥: ٣٣٩، والبحر الزخار ٦: ٨، وفتح العزيز ١١: ١٢٤، والشرح الصغير في هامش بلغة السالك ٢: ١٩٣، والخروشي ٦: ٩٤ - ٩٥.  
(٥) المغني لابن قدامة ٥: ٣١٦، والشرح الكبير ٥: ٣٣٩، والبحر الزخار ٦: ٨.  
(٦) التوبة: ٢٥.  
(٧) التبيان: ٥: ١٩٧، ومجمع البيان ٣: ١٧.  
(٨) المغني لابن قدامة ٥: ٣١٦، والشرح الكبير ٥: ٣٣٩.

### [ ٣٦١ ]

وروي عن النبي عليه السلام أنه قال: "لا يجل مال امرئ مسلم الا بطيب نفس منه" (١) وهذا المقرر إذا فسر إقراره بمقدار ما، وجب أن لا يطالب بأكثر منه، لظاهر الخبر، وليس لاحد أن يقول بأن دانقاً لا يسمى عظيماً، وذلك أنه قد يكون عظيماً في حال الضرورة. ويحتمل أن يكون أراد عظيماً بالاضافة الى ما هو دونه. ويحتمل أن يكون أراد عظيماً عند الله، لانه يستحق العقاب بجهوده، قال تعالى: "وتحسبونه هيناً وهو عند الله عظيم" (٢) وقوله تعالى: "وان كان مثقال حبة من خردل أتينا بها وكفى بنا حاسبين" (٣). وروي عن عائشة أنها قالت: كان رسول الله ينهانا عن المحقرات، ويقول: "ان لها من الله طالبا" (٤). وروي عن ابن عباس أنه قال: كلما عصي الله به كان عظيماً (٥). وإذا احتمل هذه الوجوه وجب الرجوع الى تفسيره بما أراد. مسألة ٢: إذا قال: لفلان علي. مال أكثر من مال فلان، الزم مقدار مال الذي سماه، وقبل منه

تفسيره في الزيادة قليلا كان أو كثيرا، وإن فسر الكل بمثل ما له لم يقبل ذلك منه.

- (١) سنن الدارقطني ٣: ٢٥ حديث ٨٧ و ٨٩ و ٩١، ومسند أحمد بن حنبل ٥: ٧٢ و ١١٣، والسنن الكبرى ٦: ١٠٠، و ٨: ١٨٢.  
(٢) النور: ١٥.  
(٣) الانبياء: ٤٧.  
(٤) أخرج الدارمي في سننه ٢: ٣٠٣ حديثا عن عائشة أنها قالت: قال لي رسول الله صلى الله عليه (وآله) وسلم: " يا عائشة إياك ومحقرات الذنوب فان لها من الله طالبا " وكذلك أخرجه أحمد بن حنبل في مسنده ٦: ٧٠ و ١٥١.  
(٥) الدر المنثور ٣: ١٤٤ أخرجه هكذا: كل ما نهى الله عنه فهو كبيرة.

### [ ٣٦٢ ]

وقال الشافعي: يقبل منه إذا فسره بمثل ماله من غير زيادة (١). دليلنا: أن هذه اللفظة موضوعة في اللغة للزيادة، لأن أمثلة " أفعل من كذا " تفيد مساواته له، والزيادة عليه، وأما من غير زيادة لا يقال أنه أكثر منه، والرجوع في مثل ذلك يجب أن يكون إلى اللغة. فأما حمل أكثر على أن المراد به أنفع، أو أبرك، فانه ترك للظاهر. مسألة ٢: إذا قال: له علي دراهم، فانه يلزمه ثلاثة دراهم. وإن قال: دراهم عظيمة، أو كثيرة، أو خطيرة، فعلى ما مضى من الخلاف. وقال الشافعي: يلزمه ثلاثة على الاحوال كلها (٢). وفي الناس من قال: يلزمه درهما (٣). دليلنا: إن أقل الجمع ثلاثة على ما بيناه في اصول الفقه، وابطلنا قول من يقول أن أقله إثنان (٤). مسألة ٤: إذا قال: له علي ألف ودرهم، لزمه درهم، ويرجع في تفسير الالف إليه. وكذلك إن قال: مائة ودرهم، أو عشرة ودرهم، أو ألف ودينار، أو ألف وعبد، فان جميع ذلك كالالف. وبه قال الشافعي (٥).

- (١) الام ٣: ٢٣٨، والمجموع ٢٠: ٣١١، وفتح العزيز ١١: ١٢٥ - ١٣٦، والمغني لابن قدامة ٥: ٣١٧، والشرح الكبير ٥: ٣٤٨.  
(٢) الام ٦: ٢١٧ و ٢٢٠، والمجموع ٢٠: ٣١٣، وفتح العزيز ١١: ١٣٣، والمغني لابن قدامة ٥: ٢٩٩، والشرح الكبير ٥: ٣٤١، والبحر الزخار ٦: ٩.  
(٣) انظر فتح العزيز ١١: ١٣٣.  
(٤) عدة الاصول: ١١٦ (طبعة بمبي).  
(٥) ٦: ٢٢٣، والمجموع ٢٠: ٣١٤، ومغني المحتاج ٢: ٢٤٩، والسراج الوهاج: ٢٥٨، والوجيز ١: ١٩٨، وفتح العزيز ١١: ١٣٠، والمبسوط ١٨: ٩٩، والشرح الكبير ٥: ٣٤٦.

### [ ٣٦٣ ]

وقال أبو حنيفة: إن عطف على الالف من المكمل أو الموزون كان ذلك تفسيراً للالف، وإن عطف عليها غير المكمل والموزون لم يكن تفسيراً لها (١). دليلنا: أنه صريح فيما زاد على الالف، والالف مبهم، فيجب أن يرجع إليه في تفسيره. ولأن الاصل براءة الذمة، وما يفسره مقطوع به، وما لم يصرح به يحتاج الى دليل. فأما إذا قال: له عندي مائة وخمسون درهما، فانه يكون الكل دراهم، لان الخمسين أفادت الزيادة ولم تفسد التفسير والتمييز. وقوله: درهما في آخر الكلام يفيد تفسيراً وتمييزاً، فوجب أن يكون تمييزاً وتفسيراً لجميع العدد. ومن الناس من قال: أن المائة تكون مبهمه، وقوله: " وخمسون درهما " يكون قوله درهما تفسيراً للخمسين دون المائة، لانها جملة أخرى. والصحيح هو الاول. وبه قال أكثر أصحاب الشافعي. وبالثاني قال أبو علي بن خيران، وأبو سعيد الاصطخري (٢). وقوله: ألف ودرهم مفارق لذلك، لان قوله ودرهم لا يكون مفسراً للالف، لان فيه واو العطف، والمفسر لا يكون بواو العطف. مسألة ٥: إذا قال: لفلان علي ألف ودرهما، كان مثل قوله: ألف ودرهم، وقد مضى. وإن قال: ألف وثلاثة دراهم، كان ذلك مفسراً للالف، لان فيه واو العطف.

- (١) المبسوط ١٨: ٩٩، والمغني لابن قدامة ٥: ٣٠٧، والشرح الكبير ٥: ٣٤٤، وفتح العزيز ١١: ١٣٠.  
(٢) فتح العزيز ١١: ١٣٠، ومغني المحتاج ٢: ٢٤٩.

### [ ٣٦٤ ]

وكذلك إذا قال: له ألف وخمسون درهما، أو ألف ومائة درهم، أو مائة وثلاثة دراهم، أو مائة وخمسون درهما، أو مائة وخمسة عشر درهما، أو خمسون وألف درهم، أو خمسون ومائة درهم، أو خمسة وعشرون درهما في كل ذلك يكون مفسرا للجميع وبه قال أبو اسحاق المروزي، وأكثر أصحاب الشافعي (١). وقال أبو علي بن خيران، وأبو سعيد الاصطخري: أن التفسير يرجع إلى ما وليه، والاول على إبهامه (٢). وعلى هذا قالوا: لو قال: بعثك بمائة وخمسين درهما، كان البيع باطلا، لان بعض الثمن مجهول. وعلى قول أبي إسحاق: يصح البيع (٣)، لان الجميع معلوم، وهذا هو الصحيح. دليلنا: أن الزيادة الثانية معطوفة بالواو على الاولى، فصارت بمنزلة جملة واحدة، فإذا جاء بعد ذلك التفسير والتمييز وجب أن يكون راجعا الى الجميع، ويفارق ما قلناه في ألف ودرهم، وألف ودرهمان، لان تلك زيادة، وليس بتفسير، فلا يجوز أن يجعل الزيادة في العدد تفسيرا على أنا بينا أن التفسير لا يكون بواو العطف، فلا يصح ذلك فيه. مسألة ٦: إذا قال: لفلان علي درهم ودرهم إلا درهما، فانه يلزم درهم واحد.

- (١) المجموع ٢٠: ٣١٤، والسراج الوهاج: ٢٥٨، ومغني المحتاج ٢: ٢٤٩، والوجيز ١: ١٩٨، وفتح العزيز ١١: ١٣٠.  
(٢) المجموع ٢٠: ٣١٤، وفتح العزيز ١١: ١٣٠.  
(٣) فتح العزيز ١١: ١٢٨.

### [ ٣٦٥ ]

وقال الشافعي نضا: أنه يلزمه درهما (١). وفي أصحابه من قال: أنه يصح الاستثناء، ويلزمه درهم واحد. وكذلك إذا قال: أنت طالق طلقة وإلا طلقة، يقع طلقة واحدة، وعلى قول الشافعي يقع طلقتان. دليلنا: أن الجملتين إذا كان بينهما حرف العطف كانتا بمنزلة الجملة الواحدة، فهو بمنزلة أن يقول: لفلان علي درهما إلا درهم، أو أنت طالق طلقتين إلا طلقة، فانه يكون إقرارا بدرهم، وتقع طلقة واحدة فكذا ها هنا. مسألة ٧: إذا قال غضبتك ثوبا في منديل كان إقرارا بغضب الثوب دون المنديل. وبه قال الشافعي (٢). وقال أبو حنيفة: يكون إقرارا بهما (٣). دليلنا: انه يحتمل أن يكون أراد (في منديل لي) فلا يلزمه إلا الثوب، كما لو قال: له عندي ثوب في منديل، أو تمر في جراب. أو قال غضبتك دابة في إصطبل، أو نخلا في بستان، أو غنم في ضيعة ولا فرق بينهما. مسألة ٨: إذا قال: لفلان عندي كذا درهما، فانه يكون إقرارا بعشرين درهما. وبه قال محمد بن الحسن (٤).

- (١) الام ٦: ٢٢١، والمجموع ٢٠: ٣١٢، و ٣١٤، والشرح الكبير ٥: ٣٠٧.  
(٢) الام ٣: ٢٤٠، والمجموع ٢٠: ٣١٩، ومغني المحتاج ٢: ٢٥١، والسراج الوهاج: ٢٥٨، والوجيز ١: ١٩٨، وبدائع الصنائع ٧: ٢٢١، والمغني لابن قدامة ٥: ٣٠٠ - ٣٠١، والشرح الكبير ٥: ٢٥٢، والبحر الزخار ٦: ١٠.  
(٣) اللباب ٢: ٢٨، وبدائع الصنائع ٧: ٢٢١، وتبيين الحقائق ٥: ٩ - ١٠، والمغني لابن قدامة ٥: ٣٠١، والشرح الكبير ٥: ٢٥٢ - ٢٥٣، والبحر الزخار ٦: ١٠، والمجموع ٢٠: ٢٢١.  
(٤) المغني لابن قدامة ٥: ٣١٩، والشرح الكبير ٥: ٢٤٢.

### [ ٣٦٦ ]

وقال الشافعي: يكون إقرارا بدرهم واحد (١). دليلنا: أن ذلك أقل عدد ينصب الدرهم بعده فيجب حمله عليه. مسألة ٩: إذا قال: له عندي كذا كذا درهما، يلزمه أحد عشر درهما. وبه قال محمد بن الحسن (٢). وقال الشافعي: يلزمه درهم واحد، وإنما كرر (٣). دليلنا: أن ذلك أقل عددين ركبا ونصب بعدهما الدرهم، فوجب حمله عليه. مسألة ١٠: إذا قال: له عندي كذا وكذا درهما، لزمه أحد وعشرون درهما. وبه قال محمد بن الحسن (٤). وللشافعي فيه قولان: أحدهما: أنه يلزمه درهم واحد (٥). والثاني: أنه يلزمه درهما (٦). دليلنا: أن ذلك أقل عددين عطف أحدهما على صاحبه، ونصب بعدهما

- (١) المجموع ٢٠: ٣١٤، ومغني المحتاج ٢: ٢٤٨، والسراج الوهاج: ٢٥٧، وفتح العزيز ١١: ١٢٧، والمغني لابن قدامة ٥: ٣١٩، والشرح الكبير ٥: ٢٤٢، والبحر الزخار ٦: ٩.



- (٢) المغني لابن قدامة ٥: ٣١٩ - ٣٢٠، والشرح الكبير ٥: ٣٤٣.  
 (٣) الام ٦: ٢٢٣، والمجموع ٢٠: ٣١٤، والسراج الوهاج: ٢٥٧، ومغني المحتاج ٢: ٢٤٨،  
 والوجيز ١: ١٩٨، وفتح العزيز ١١: ١٢٧، والمغني لابن قدامة ٥: ٣١٩، والشرح الكبير ٥:  
 ٣٤٣، والبحر الزخار ٦: ٩.  
 (٤) المغني لابن قدامة ٥: ٣١٩، والشرح الكبير ٥: ٣٤٣.  
 (٥) الام ٣: ٢٢٣، ومختصر المزني: ١١٢، والمجموع ٢٠: ٣١٤، والسراج الوهاج: ٢٥٧،  
 ومغني المحتاج ٢: ٢٤٩، والوجيز ١: ١٩٨، وفتح العزيز ١١: ١٢٨، والمغني لابن قدامة ٥:  
 ٣١٩، والشرح الكبير ٥: ٣٤٣.  
 (٦) انظر المصادر المتقدمة.

### [ ٣٦٧ ]

الدرهم. مسألة ١١: إذا قال: له علي كذا درهم، لزمه مائة درهم. وبه قال محمد بن الحسن (١). وقال الشافعي: يلزمه أقل من درهم واحد، ويفسره بما شاء (٢). وفي أصحابه من قال: يلزمه درهم واحد، وهو غلط عندهم (٣). دليلنا: أن ذلك أقل عدد يخفض بعده الدرهم، فوجب حمله عليه. مسألة ١٢: إذا أقر بدين في حال صحته، ثم مرض، فأقر بدين آخر في حال مرضه، نظر، فإن اتسع المال لهما استوفيا معا، وإن عجز المال قسم الموجود على قدر الدينين. وبه قال الشافعي (٤). وقال أبو حنيفة: إذا ضاق المال، قدم دين الصحة على دين المرض، فإن فضل شيء صرف إلى دين المرض (٥). دليلنا: قوله تعالى: " من بعد وصية يوصى بها أو دين " (٦) ولم يفضل أحد الدينين على الآخر، فوجب أن يتساويا فيه. وأيضا فإنهما دينان ثبتا في الذمة، فوجب أن يتساويا في الاستيفاء، لان

- (١) المغني لابن قدامة ٥: ٣١٩ - ٣٢٠، والشرح الكبير ٥: ٣٤٣ - ٣٤٤، وفتح العزيز ١١: ١٢٧.  
 (٢) الام ٦: ٢٢٣، والوجيز ١: ١٩٧، والمغني لابن قدامة ٥: ٣١٩، والشرح الكبير ٥: ٣٤٣.  
 (٣) مختصر المزني: ١١٢، والمجموع ٢٠: ٣١٣، والوجيز ١١: ١٢٧، ومغني المحتاج ٢: ٢٤٨، وفتح العزيز ١١: ١٢٧، والمغني لابن قدامة ٥: ٣١٩، والشرح الكبير ٥: ٣٤٣.  
 (٤) المجموع ٢٠: ٢٩٥، وكفاية الاخير ١: ١٨٠، وفتح العزيز ١١: ٩٧، والمحلّى ٨: ٢٥٥، والمبسوط ١٨: ٢٦، وبدائع الصنائع ٧: ٢٢٥، وتبيين الحقائق ٥: ٢٣، والمغني لابن قدامة ٥: ٣٤٣، والشرح الكبير ٥: ٣٧٥.  
 (٥) اللباب ٢: ٣٢ - ٣٣، والمبسوط ١٨: ٢٦، وبدائع الصنائع ٧: ٢٢٥، وتبيين الحقائق ٥: ٢٣، والمحلّى ٨: ٢٥٥، والمغني لابن قدامة ٥: ٣٤٣، والشرح الكبير ٥: ٣٧٥، وفتح العزيز ١١: ٩٧.  
 (٦) النساء: ١١.

### [ ٣٦٨ ]

تقديم أحدهما على الآخر يحتاج الى دليل. مسألة ١٣: يصح الاقرار للوارث في حال المرض. وبه قال أبو عبيد، وأبو ثور، وعمر بن عبد العزيز، والحسن البصري (١)، وهو أحد قولي الشافعي (٢). والقول الآخر: أنه لا يصح. وبه قال مالك، وأبو حنيفة، وسفيان الثوري، وأحمد (٣). وقال أبو إسحاق المروزي: المسألة علي قول واحد، وهو أنه يصح إقراره (٤). دليلنا: أنه لا مانع يمنع منه، والأصل جوازه. وأيضا قوله تعالى: " كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين " (٥) والشهادة على النفس هو الاقرار، وذلك عام في جميع الاحوال، لكل أحد، والتخصيص يحتاج الى دلالة. وأيضا قوله تعالى: " قالوا أقرنا قال فاشهدوا " (٦) وهذه أيضا عامة. وعلى المسألة إجماع الفرقة. مسألة ١٤: إنا قد بينا أن الاقرار للوارث يصح، وعلى هذا لا فرق بين حال الاقرار وبين حال الوفاء، فإنه يثبت الاقرار. وكل من قال: لا يصح الاقرار للوارث، فإنما اعتبر حال الوفاة كونه وارثا لا حال الاقرار، حتى قالوا: لو أقر

- (١) المغني لابن قدامة ٥: ٣٤٤.  
 (٢) المجموع ٢٠: ٢٩٣، وكفاية الاخير ١: ١٨٠، وفتح العزيز ١١: ٩٦، والمبسوط ١٨: ٢١، وبدائع الصنائع ٧: ٢٢٤، وتبيين الحقائق ٥: ٢٥، والمغني لابن قدامة ٥: ٣٤٤.  
 (٣) المبسوط ١٨: ٢١، وبدائع الصنائع ٧: ٢٢٤، والفتاوى الهندية ٤: ١٧٦، وتبيين الحقائق ٥: ٢٥، والمغني لابن قدامة ٥: ٣٤٤ و ٣٤٧، والشرح الكبير ٥: ٣٧٩، والمجموع ٢٠: ٢٩٣ - ٢٩٤، وكفاية الاخير ١: ١٨٠، وفتح العزيز ١١: ٩٦ - ٩٧، والمحلّى ٨: ٢٥٥.

- (٤) المجموع ٢٠: ٣٩٤، وفتح العزيز ١١: ١٠١.  
(٥) النساء: ١٣٥.  
(٦) آل عمران: ٨١.

### [ ٣٦٩ ]

لاخيه وله ابن، ثم مات الابن ومات هو بعده، لا يصح إقراره لآخيه. ولو أقر لآخيه وليس له ولد، ثم رزق ولدا، صح إقراره له، لانه حال الموت ليس بوارث (١). وقال عثمان البتي: الاعتبار بحال الاقرار، فان أقر لآخيه وليس له ابن لم يصح إقراره وإن رزق ولدا بعد ذلك ثم مات، لانه كان في التقدير وارثا حال الاقرار. وإن أقر لآخيه وله ابن صح الاقرار له وإن مات ابنه قبله ثم مات هو (٢). وهذا الفرع ساقط عنا، لما قدمناه من أن الاقرار للوارث يصح على كل حال، بل الوصية للوارث عندنا صحيحة على ما سنبينه فيما بعد، وعلى ذلك إجماع الطائفة. مسألة ١٥: إذا كانت له جارية، ولها ولد، فأقر في حال مرضه بأن ولدها ولد له منها، وليس له مال غيرها قبل إقراره والحق الولد به، سواء أطلق ذلك أو بين كيفية الاستيلاء لها في ملكه، أو في ملك الغير، بعقد أو شبهة. وأما الجارية فانها تصير ام ولده على كل حال أيضا، إلا أنها تباع في الدين إذا لم يخلف غيرها، فان خلف غيرها شيئا قضى منه الدين وانعتقت هي على الولد، وإن بقي شئ من الدين استسغيت فيما بقي من الدين. وقال الشافعي: لا يخلو إما أن يبين كيفية الاستيلاء أو يطلق، فان بين ففيه ثلاثة أقوال: أحدها: أن يقول: استولدتها في ملكي. فعلى هذا القول يكون الولد حر الاصل، ولا يكون عليه ولاء، ويثبت نسبه، وتصير الجارية أم ولده، وتعتق بموته

- (١) فتح العزيز ١١: ٩٧، والشرح الكبير ٥: ٢٧٨، والفتاوى الهندية ٤: ١٧٦، وتبيين الحقائق ٥: ٢٦.  
(٢) فتح العزيز ١١: ٩٧، والشرح الكبير ٥: ٢٧٨.

### [ ٣٧٠ ]

من رأس المال، فان كان هناك دين قدم عليه، لانه لو ثبت بالبينة لقدم عليه فكذلك إذا ثبت بالاقرار (١). وإن قال: استولدتها في ملك الغير بشبهة، فان الولد حر الاصل، وهل تصير الجارية ام ولده؟ على قولين (٢). وإن قال: استولدتها بنكاح. فان الولد قد انعقد مملوكا، وعتق عليه لما ملكه، ويثبت عليه الولاء، والجارية لا تصير أم ولده، خلافا لابي حنيفة (٣). وإن أطلق، ولم يعين حتى مات، فالولد حر في جميع الاحوال، ولا ولاء عليه (٤). والجارية فيها خلاف بين أصحابه: منهم من قال: لا تصير أم ولده، وتباع في ديون الغرماء. ومنهم من قال: تصير أم ولده (٥). دليلنا: إجماع الفرقة على أن إقراره جائز، وأن الولد يلحق بالحرية على كل حال، وعلى أنها تباع في الدين، وانها تعتق على الولد إذا ملكها، وذلك يأتي على التفصيل الذي ذكرناه. مسألة ١٦: إذا أقر بحمل وأطلق، فان إقراره باطل على ما قاله الشافعي في كتاب الاقرار والمواهب (٦)، وهو قول ابي يوسف (٧). وذكر في كتاب الاقرار: أن بالحكم الظاهر أنه يصح (٨). وبه قال

- (١) و (٢) المجموع: ٢٠ - ٣٣٣ - ٣٣٤، وفتح العزيز ١١: ١٩٠ و ١٩٧.  
(٣) و (٤) و (٥) نفس المصادر.  
(٦) الام ٦: ٢١٩ - ٢٢٠، ومختصر المزني: ١١٢، والوجيز ١: ١٩٥ - ١٩٦، وفتح العزيز ١١: ١٠٠ - ١٠١، والمغني لابن قدامة ٥: ٢٧٦، والشرح الكبير ٥: ٢٩٢.  
(٧) اللباب ٢: ٣١، وتبيين الحقائق ٥: ١٢، والفتاوى الهندية ٤: ١٦٩.  
(٨) الام ٣: ٢٤٠، والوجيز ١: ١٩٥ - ١٩٦، وفتح العزيز ١١: ١٠١، والمغني لابن قدامة ٥: ٢٧٦، والشرح الكبير ٥: ٢٩٢.

### [ ٣٧١ ]

محمد (١)، وأصحاب ابي حنيفة ينصرون قول ابي يوسف (٢). فالمسألة على قولين على مذهب الشافعي. والاولى أن نقول: أنه يصح إقراره، لانه يحتمل أن يكون إقراره من جهة صحيحة مثل ميراث أو وصية، ويحتمل أن يكون من جهة فاسدة، والظاهر من الاقرار الصحة، فوجب حمله عليه. مسألة ١٧: إذا أقر العبد بما يجب عليه به الحد - مثل القصاص والقطع والجلد - لم يقبل إقراره. وقال جميع الفقهاء: يقبل

إقراره (٣). دليلنا: إجماع الفرقة، وأخبارهم قد ذكرناها في الكتاب الكبير (٤). مسألة ١٨: إذا أقر العبد بالسرقة، لا يقبل إقراره، ولا يقطع. وعند الفقهاء يقبل ويقطع (٥). ولا يباع في المال المسروق. وعند الشافعي فيه قولان (٦). دليلنا: ما قدمناه في المسألة الأولى سواء (٧).

- (١) اللباب ٢: ٣١، والفتاوى الهندية ٤: ١٦٩، وتبيين الحقائق ٥: ١٢.  
(٢) اللباب ٢: ٣٣، والفتاوى الهندية ٤: ١٦٩، وتبيين الحقائق ٥: ١١ - ١٢.  
(٣) الام ٣: ٢٣٤، والمجموع ٢٠: ٢٩٠، والفتاوى الهندية ٤: ١٧٠، والمغني لابن قدامة ٥: ٢٧٣ - ٢٧٤، وفتح العزيز ١١: ٩٣.  
(٤) الكافي ٧: ٢٠٥ حديث ١٠، ومن لا يحضره الفقيه ٤: ٥٠ حديث ١٧٤، و ٩٥ حديث ٣١٤، والتهذيب ١٠: ١١٢ حديث ٤٤٠ و ١٩٤ حديث ٧٦٨، والاستبصار ٤: ٢٤٣ حديث ٩٢٠.  
(٥) الام ٣: ٢٣٤، والمجموع ٢٠: ٢٩٠ - ٢٩١، وفتح العزيز ١١: ٩٣، والمغني لابن قدامة ٥: ٢٧٤، والفتاوى الهندية ٤: ١٧٠.  
(٦) الام ٣: ٢٣٤، والمجموع ٢٠: ٢٩١، والمغني لابن قدامة ٥: ٢٧٤.  
(٧) تقدم في المسألة " ١٧ " فلاحظ.

### [ ٢٧٢ ]

مسألة ١٩: إذا قال: لفلان علي ألف درهم. فجاء بألف، فقال: هذه التي أقررت لك بها كانت لك عندي وديعة، كان القول قوله. وبه قال الشافعي (١). وقال أبو حنيفة: يكون ذلك للمقر له، وله أن يطالبه بالالف التي أقر بها (٢). دليلنا: أن الاصل براءة الذمة، ولا يعلق عليها شئ إلا بدليل. وأيضاً قوله: " لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب من نفسه " (٣) يدل عليه. فان قيل: لفظة " علي " تقتضي الايجاب في الذمة بدلالة أنه إذا قال: الالف الذي على فلان علي. كان ذلك ضمناً، فدل على أنها تقتضي الايجاب في الذمة، فإذا كان كذلك فقد الزم نفسه في الذمة مالا، فجاء بمال آخر، فلم يسقط ما الزم في الذمة، كما لو أقر بثوب، فأتاه بعبد، فان العبد يكون له، وله المطالبة بالثوب. قيل لهم: لفظة " علي " وإن كانت تقتضي الايجاب، فقد يكون الحق في الذمة، فيجب عليه تسليمه باقراره، وقد يكون في يده، فيجب عليه رده وتسليمه الى المقر له باقراره، فبايهما فسرته كان مقبولاً، كما إذا قال: علي ثوب لفلان. كان عليه أن يعينه من أي نوع شاء، فإذا عينه كان القول قوله فيه.

- (١) الام ٦: ٢٢١، والمجموع ٢٠: ٣٢٠ و ٣٢٢، والوجيز ١: ٢٠٠، ومغني المحتاج ٢: ٢٥٦، والسراج الوهاج: ٢٥٩، وفتح العزيز ١١: ١٦٤ و ١٧٠، والشرح الكبير ٥: ٣٢٠، ومغني المحتاج ٥: ٣٠٩ - ٣١٠.  
(٢) بدائع الصنائع ٧: ٢٠٩، وفتح العزيز ١١: ١٧٠، والمغني لابن قدامة ٥: ٣٠٩ - ٣١٠، والشرح الكبير ٥: ٣٢٠.  
(٣) سنن الدارقطني ٣: ٢٥ حديث ٨٧ و ٨٩ و ٩١، ومسند أحمد بن حنبل ٥: ٧٢ و ١١٢، والسنن الكبرى ٦: ١٠٠ و ٨: ١٨٢.

### [ ٢٧٣ ]

ألا ترى أنا أجمعنا على أنه إذا قال: لفلان علي ألف درهم وديعة. قيل ذلك منه، فلو كان قوله: لفلان علي ألف. يقتضي الذمة، لوجب أن لا يقبل تفسيره بالوديعة، لان أقر بألف ثم عقبه بما يسقطه، فلما أجمعنا على قبول تفسيره بذلك، دل ذلك على ما ذكرناه. على أن حروف الصفات يقوم بعضها مقام بعض، بدلالة قوله تعالى: " ولهم علي ذنب فأخاف أن يقتلون " (١) يعني: عندي. وقوله: " ولا صلبنكم في جذوع النخل " (٢) يعني: على جذوع النخل. فيجوز أن يكون قوله: " علي " يريد به عندي. وأما قول القائل: الالف التي على فلان علي. فانما جعلناه ضمناً في الذمة، لانه يقصد به إثبات المال في ذمته على نفسه، وذلك لا يثبت إلا على وجه الضمان، فكان ذلك دليلاً على أنه قصد به الالتزام في الذمة، وليس في مسألتنا قرينة تدل على ذلك. مسألة ٢٠: إذا قال: لفلان علي قفيز، لا بل قفيزان، أو درهم، لا بل درهماً. لزمه قفيزان ودرهماً. وبه قال الشافعي (٣). وقال زفر وداود: يلزمه ثلاثة أقفزة وثلاثة دراهم (٤). دليلنا: أن قوله. (لا بل) للاضراب عن الاول، والاقتصار على الثاني، واستدراك للزيادة على الاول، فان كان من جنسه لم يلزمه إلا ما استدركه. كما لو قال: لفلان علي درهم لا بل أكثر، فانه لا يلزمه إلا درهم بزيادة،

(١) الشعراء: ١٤.

(٢) طه: ٧١.

(٣) الام ٦: ٢٦١، والمجموع ٢٠: ٣١٢، والوجيز ١: ١٩٩، وفتح العزيز ١١: ١٥٢ - ١٥٣، والمغني لابن قدامة ٥: ٣٩٧، والشرح الكبير ٥: ٣٥١.

(٤) المغني لابن قدامة ٥: ٣٩٧، والشرح الكبير ٥: ٣٥١، وتبيين الحقائق ٥: ٢٣.

#### [ ٢٧٤ ]

ولا يلزمه درهم ودرهم بزيادة. ويفارق إذا قال: قفيز حنطة لا بل قفيز شعير، لانه استدرك جنسا آخر، فلم يسقط الجنس الذي أقر به أولا. مسألة ٢١: إذا أقر لرجل يوم السبت بدرهم، ثم قال يوم الاحد: له علي درهم. لم يلزمه إلا درهم واحد، ويرجع إليه في التفسير. وبه قال الشافعي (١). وقال أبو حنيفة: يلزمه درهمان (٢). دليلنا: أنه يحتمل أن يكون ذلك تكرارا وإخبارا عن الدرهم المتقدم، والاصل براءة الذمة، فلا يلزم ما لا دليل عليه. ولان هذا يؤدي الى أن يكلف المقر على نفسه بمال، إذا أراد أن يشهد على نفسه، أن يجمع الشهود، فيقر دفعة واحدة، لانه إذا أشهد دفعتين لم تتفق الشهادة على مقدار واحد، لان الاقرار كلما تكرر عند شاهد أوجب الزيادة على ما تقدم، وهذا يدل على بطلان قولهم. مسألة ٢٢: إذا قال: له علي من درهم الى عشرة. لزمه تسعة. وبه قال بعض أصحاب الشافعي (٣). ومنهم من قال: يلزمه ثمانية. وبه قال زفر، قال: لانه جعل الاول والعاشر حدا، والحد لا يدخل في المحدود (٤).

(١) الام ٦: ٢٦١، ومختصر المزنبي: ١١٣، والمجموع ٢٠: ٣١٢، والسراج الوهاج: ٢٥٩، ومغني المحتاج ٢: ٢٥٤، والوجيز ١: ١١٩ - ١٢٠، وفتح العزيز ١١: ١٥١، والمغني لابن قدامة ٥: ٣٩٥، والشرح الكبير ٥: ٣٣٠، والبحر الزخار ٦: ١٢.

(٢) الفتاوى الهندية ٤: ١٦٦ و ١٦٨، والمغني لابن قدامة ٥: ٣٩٥، والشرح الكبير ٥: ٣٣٠، والبحر الزخار ٦: ١٢.

(٣) المجموع ٢٠: ٣١٢، ومغني المحتاج ٢: ٢٥٠، والسراج الوهاج: ٢٥٨، والوجيز ١: ١٩٨، وفتح العزيز ١١: ١٣٤.

(٤) المجموع ٢٠: ٣١٢، وفتح العزيز ١١: ١٣٤، والسراج الوهاج: ٢٥٨، ومغني المحتاج ٢: ٢٥٠، واللباب ٢ - ٢٩، وبدائع الصنائع ٧: ٢٢٠ - ٢٢١، وتبيين الحقائق ٥: ١١.

#### [ ٢٧٥ ]

ومنهم من قال: يلزمه العشرة، لان " من " للابتداء، وهو داخل، والعاشر حد، وهو داخل في الحدود (١). دليلنا: أن " من " للابتداء كما إذا قال: سرت من الكوفة الى البصرة. والحد هو العشرة، ويحتمل أن تكون داخله فيه، ويحتمل أن لا يكون كذلك، فلا يلزم إلا اليقين، لان الاصل براءة الذمة. مسألة ٢٣: إذا قال: له عندي ما بين الواحد الى العشرة. لزمته ثمانية. وبه قال أكثر أصحاب الشافعي (٢). وقال أبو العباس بن القاص: يلزمه تسعة. وبه قال محمد بن الحسن، لان عندهما أن الحد يدخل في المحدود (٣). وقد قلنا: أن ذلك محتمل، ولا يلزم مع الاحتمال. مسألة ٢٤: إذا قال: له علي ألف درهم من ثمن مبيع، ثم قال: لم أقبضه. لم يلزمه عين المبيع إن لم يعينه. وبه قال الشافعي (٤). وقال أبو حنيفة: إذا عينه قبل منه، وصل أو فصل. وإن أطلقه لم يقبل منه، ولزمه الالف، لانه مبيع مجهول. والمبيع إذا كان مجهولا لم يثبت الثمن في مقابلته، كما لا يثبت في مقابلة الخمر والخنزير، فإذا ثبت ذلك فقد فسر إقراره بما لم يقبل، فلم يصح (٥).

(١) السراج الوهاج: ٢٥٨، ومغني المحتاج ٢: ٢٥٠، وفتح العزيز ١١: ١٣٤، واللباب ٢: ٢٩، وبدائع الصنائع ٧: ٢٢٠ - ٢٢١، وتبيين الحقائق ٥: ١١.

(٢) المجموع ٢٠: ٣١٢، ومغني المحتاج ٢: ٢٥١، وفتح العزيز ١١: ١٣٤.

(٣) انظر المجموع ٢٠: ٣١٢، وفتح العزيز ١١: ١٣٤.

(٤) المجموع ٢٠: ٣٢٣، والسراج الوهاج: ٢٥٩، ومغني المحتاج ٢: ٢٥٥، وفتح العزيز ١١: ١٦٧، والمغني لابن قدامة ٥: ٣٢١.

(٥) اللباب ٢: ٢٠، وبدائع الصنائع ٧: ٢١٦ - ٢١٧، وتبيين الحقائق ٥: ١٨، وحاشية رد المحتار ٥: ٦٠٨، وفتح العزيز ١١: ١٦٧، والمجموع ٢٠: ٣٢٥.

دليلنا: أنه أقر بحق في مقابلة حق لا ينفك أحدهما عن الآخر، فإذا لم يسلم ما له لم يلزمه ما عليه كما لو عين المبيع، هذا دليل الشافعي. ودليلنا: أن الأصل براءة الذمة، ولا دليل على أنه يلزمه. مسألة ٢٥: إذا شهد له رجل بألف، وشهد آخر بألفين، ولم يضيفاه إلى سببين مختلفين، أو أضافاه إلى سبب متفق، أو أضاف أحدهما إلى سبب وأطلق الآخر، مثل أن يقول أحدهما: ألف من ثمن عبده. ويقول الآخر: بألفين. ففي هذه المسائل الثلاث تتفق الشهادة على ألف، فيحكم له بألف بشهادتهما، ويحصل له بالألف الآخر شاهد واحد، فيحلف معه، ويستحق به. وبه قال الشافعي (١). وقال أبو حنيفة: لا يكون ذلك إتيان شهادة على شيء من الألف، ولا يحكم له بألف (٢). دليلنا: أن هذه الشهادة متفقة، فيثبت له الألف بشهادة الشهود، لأن من شهد بألفين شهد بألف وزيادة، فقد اتفقا. ويستحق الألف الثاني إذا حلف، " لأن النبي صلى الله عليه وآله حكم بشاهد ويمين " (٣) وعليه إجماع الفرقة المحقة (٤). مسألة ٣٦: قد مضى لنا أن شرط الخيار يصح في الكفالة والضمان (٥).

(١) الام ٧: ١٢٢، وفتح العزيز ١١: ١٥٨.

(٢) الفتاوى الهندية ٤: ١٦٨، والام ٧: ١٢٢، وفتح العزيز ١١: ١٥٨.

(٣) انظر التهذيب ٦: ٢٧٢ - ٢٧٣ حديث ٧٤١ و ٧٤٥.

(٤) جاء لفظ الدليل في بعض النسخ المعتمدة كما يلي: ان الألف الذي شهد به أحدهما داخل في الألفين فلا اختلاف بينهما، فيثبت الشاهدان على ألف ويبقى شاهد الألفين منفردا بالألف، فوجب أن يحكم له به.

(٥) تقدم في المسألة " ١١ " فلاحظ.

وقال أبو حنيفة والشافعي: لا يصح (١). فان شرط، إختلفا، فقال الشافعي: يبطل العقد والشرط (٢). وقال أبو حنيفة: يبطل الشرط، ويصح العقد (٣). دليلنا: ما قدمناه من أنه لا مانع من ذلك في الشرع، فوجب أن يصح. مسألة ٢٧: إذا أقر بكفالة أو ضمان بشرط الخيار، صح إقراره، ولا يقبل دعواه في شرط الخيار، ويحتاج إلى بينة. وللشافعي فيه قولان: أحدهما: يقبل إقراره، ولا يلزمه شيء، وهو اختيار المزني وأبي إسحاق (٤). والثاني: يبعض إقراره، فيلزمه العقد، ويسقط الشرط الذي إدعاه (٥). دليلنا: أنه أقر بالكفالة والضمان، وإدعى شرط الخيار، فلا يقبل إلا بينة. مسألة ٢٨: إذا قال: له علي ألف درهم إلى وقت كذا، لزمه الألف، ويحتاج في ثبوت التأجيل إلى بينة. وبه قال أبو حنيفة (٦). وللشافعي فيه قولان: أحدهما: مثل ما قلناه (٧).

(١) المجموع ١٤: ٢٢.

(٢) المجموع ١٤: ٢٢، والوجيز ١: ١٨٥، وفتح العزيز ١٠: ٣٨٠.

(٣) اللباب ٢: ٢٧، والمجموع ١٤: ٢٢، وفتح العزيز ١٠: ٣٨٠.

(٤) الام ٣: ٢٣٠، ومختصر المزني: ١١٤.

(٥) الام ٣: ٢٣٠، ومختصر المزني: ١١٤.

(٦) اللباب ٢: ٢٦، وبدائع الصنائع ٧: ٢١٧، وتبيين الحقائق ٥: ٨، والشرح الكبير ٥: ٣١٥، وفتح العزيز ١١: ١٤ و ١٦٩.

(٧) المجموع ٢٠: ٣٢٤، والوجيز ١: ٢٠٠، وفتح العزيز ١١: ١٦٤ و ١٦٩، والشرح الكبير ٥: ٣١٥.

والآخر: يثبت التأجيل فيلزمه الألف مؤجلا (١). ومنهم من قال فيها قول واحد في ثبوت التأجيل (٢). دليلنا: أنه أقر بألف، وإدعى ثبوت التأجيل، فكان عليه البينة فيما ادعاه. مسألة ٢٩: إذا مات رجل وله إنان، فأقر أحدهما بأخ ثالث، فانكره الآخر، لا خلاف أنه لا يثبت نسبه، وإنما الخلاف في أنه يشاركه في المال أم لا؟ فعندنا أنه يشاركه ويلزمه أن يرد عليه ثلث ما في يده. وبه قال مالك، وابن أبي ليلى (٣). وقال أبو حنيفة: يشاركه بالنصف مما في يده، لأنه يقر أنه يستحق من المال مثل ما يستحقه. فيجب أن يقاسمه المال (٤). وقال الشافعي: لا يشاركه في شيء مما في يده (٥). وقال أبو الطيب الطبري: هذا في حكم الظاهر، فأما فيما بينه وبين الله فان كان سمع الأب يقر به أو بأنه ولد على فراشه فانه يلزمه تسليم حقه إليه، كما قال

مالك (٦). وحكي ذلك عن قوم من أصحابه. وبه قال محمد بن سيرين (٧).

- (١) المجموع ٢٠: ٣٢٤، والوجيز ١: ٢٠٠، وفتح العزيز ١١: ١٦٤ و ١٦٩.
- (٢) المجموع ٢٠: ٣٢٤، والوجيز ١: ٢٠٠، وفتح العزيز ١١: ١٦٤ و ١٦٩.
- (٣) بداية المجتهد ٢: ٢٥٠، وفتح العزيز ١١: ٢٠٢، والمغني لابن قدامة ٥: ٣٣٦، والبحر الزخار ٦: ١٣. (٤) شرح فتح القدير ٧: ١٩، والمغني لابن قدامة ٥: ٢٢٥ - ٣٣٦، وفتح العزيز ١١: ٢٠١ و ٢٠٢، وبداية المجتهد ٢: ٢٥٠، والبحر الزخار ٦: ١٣.
- (٥) الام ٦: ٢٢٥، ومختصر المزني: ١١٤، والوجيز ١: ٢٠٢، والسراج الوهاج: ٣٦٢، والمجموع ٢٠: ٣٢٨، وفتح العزيز ١١: ٢٠٢، وبداية المجتهد ٢: ٢٥٠، والمغني لابن قدامة ٥: ٢٢٥، وشرح فتح القدير ٧: ١٩، والبحر الزخار ٦: ١٣.
- (٦) لم أعثر على هذا القول في مظانه من الكتب المتوفرة.
- (٧) شرح فتح القدير ٧: ١٩ - ٢٠.

### [ ٢٧٩ ]

دليلنا: إجماع الفرقة، وأيضاً فإنه يقر بأنه يستحق من التركة ثلثها، وهو ثلث ما في يده، وما زاد عليه فللذي أقر له به، فوجب تسليمه إليه. ولأن الأقرار قائم مقام البينة، ولو قامت البينة لم يلزمه أكثر من ثلث ما في يده. مسألة ٣٠: إذا كان الوارث جماعة، فأقر إثنان رجلان أو رجل وامرأتان بنسب، وكانوا عدولاً، يثبت النسب ويقاسمهم الميراث. وبه قال أبو حنيفة إلا أنه لم يعتبر العدالة في المقرين (١). وقال الشافعي: إذا أقر جميع الورثة بنسب، مثل أن يكونوا بنين، فيقروا بنسب أخ، فإنه يثبت نسبه ويثبت له المال، ولا فرق بين أن يكون من يرث المال جماعة أو واحداً، ذكرنا كان أو انثى (٢). وفي الناس من قال: لا يثبت النسب بأقرار الورثة (٣). دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٤). وأيضاً فإن إقرار الشاهدين على نفوسهما جائز، وشهادتهما على غيرها لا مانع منه. وقوله تعالى: " ولا تكتنوا الشهادة ومن يكتنهما فإنه أثم قلبه " (٥) يدل عليه أيضاً، لأن هذه شهادة فيما يتعلق بحق الغير. مسألة ٣١: إذا أقر ببنوة صبي، لم يكن ذلك إقراراً بزوجة أمه، سواء

- (١) المغني لابن قدامة ٥: ٣٢٧ و ٣٣٣، وفتح العزيز ١١: ٢٠٦.
- (٢) مختصر المزني: ١١٤، والمجموع ٢٠: ٣٣٥، وفتح العزيز ١١: ١٩٩، والمغني لابن قدامة ٥: ٣٣٦ - ٣٣٧.
- (٣) فتح العزيز ١١: ١٩٩ و ٢٠١ - ٢٠٢، والمغني لابن قدامة ٥: ٣٢٨ - ٣٣٣.
- (٤) قرب الاسناد: ٢٥، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١١٧ حديث ٥٠٠، والتهذيب ٦: ١٩٨، حديث ٤٤٢، و ٩: ١٦٣ حديث ٦٧٠، والاستبصار ٤: ١١٤ حديث ٤٢٥.
- (٥) البقرة: ٢٨٣.

### [ ٢٨٠ ]

كانت مشهورة الحرية أو لم تكن. وبه قال الشافعي (١). وقال أبو حنيفة: إن كانت معروفة الحرية كان ذلك إقراراً بزوجيتها، وإن لم تكن معروفة الحرية لم يثبت زوجيتها. قال: لأن أنساب المسلمين وأحوالهم ينبغي أن تحمل على الصحة، فإذا أقر ببنوة الصبي، فوجه الصحة أن يكون ذلك الولد بنكاح، وإذا كان بنكاح يثبت زوجية أمه (٢). دليلنا: أنه يحتمل أن يكون الولد من نكاح صحيح كما قال، ويحتمل أن يكون من نكاح فاسد، أو من وطء شبهة، فإذا احتمل الوجوه لم يحمل على الصحيح دون غيره، وقوله باطل ببنوة أخيه. مسألة ٣٢: إذا دخلت امرأة من دار الحرب إلى دار الإسلام ومعها ولد، فأقر رجل في دار الإسلام أنه ولده، ويمكن أن يكون كما قال - بأن يجوز دخوله إلى دار الحرب، أو مجئ المرأة إلى دار الإسلام - ألحق به. وإن علم أنه لم يخرج إلى دار الحرب، ولا المرأة دخلت إلى بلد الإسلام، لا يلحق به. وقال الشافعي: يلحق به إذا أمكن ذلك، وإن كان الظاهر أنه ما دخل إلى بلد الكفر ولا المرأة دخلت إلى بلد الإسلام، لأنه يجوز أن يكون أنفذ إليها بمائه في قارورة فاستدخلته فخلق منه الولد (٣). وهذا بعيد جداً.

- (١) المجموع ٢٠: ٣٣٤، والمغني لابن قدامة ٥: ٣٣٥، والشرح الكبير ٥: ٢٨٦، والبحر الزخار ٦: ١٥.

(٢) المبسوط ١٨ : ١٦٢، والمغني لابن قدامة ٥ : ٣٣٥ - ٣٣٦، والشرح الكبير ٥ : ٢٨٦، والمجموع ٢٠ : ٣٣٤.  
(٣) انظر المجموع ١٦ : ٣٤٩.

#### [ ٢٨١ ]

دليلنا: إن الذي اعتبرناه لا خلاف أنه يلحق به الولد، وما ادعوه لا دليل عليه. مسألة ٣٣: إذا كان لرجل جاريتان، ولهما ولدان، فأقر أن أحد الولدين ابنه ولم يعين، ومات ولم يعين الوارث استخرجناه بالقرعة، فمن خرج اسمه الحفناه به وورثناه. وقال الشافعي: يعرض على الفاقه كما يعرض الولد الواحد إذا تنازعه اثنان، غير أنه قال: يلحق النسب لاجل الحرية، ولا يورث عليه (١). وأما الميراث له فيه قولان: أحدهما: يوقف الميراث. وبه قال المزني (٢). وقال باقي أصحابه: لا يوقف ويقسم المال الورثة، لأنه لا طريق الى تعيينه (٣). وقال أبو حنيفة: يعتق من كل واحد منهما نصفه (٤). دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم، وقد ذكرناها في الكتاب الكبير (٥). مسألة ٣٤: إذا كان له جارية، ولها ثلاثة أولاد، فأقر أن أحدهم ابنه، يسأل التعيين، فإن عين الحق به، ويكون الاثنان مملوكين، سواء كان الذي

(١) الام ٧ : ١٢١، والمجموع ٢٠ : ٣٣٢، وفتح العزيز ١١ : ١٩٢ - ١٩٣.  
(٢) مختصر المزني: ١١٥، والمجموع ٢٠ : ٣٣٢، وفتح العزيز ١١ : ١٩٢، والمغني لابن قدامة ٥ : ٢٨٨.  
(٣) المجموع ٢٠ : ٣٣٢، وفتح العزيز ١١ : ١٩٢، والمغني لابن قدامة ٥ : ٣٢٨، والشرح الكبير ٥ : ٢٨٨، والوجيز ١ : ٢٠٢.  
(٤) المبسوط ١٧ : ١٤٤، والمغني لابن قدامة ٥ : ٣٣٧ - ٣٣٨، والشرح الكبير ٥ : ٢٨٨، والام ٧ : ١٣١.  
(٥) التهذيب ٩ : ٣٦١ - ٣٦٣ حديث ١٢٩٠ و ١٢٩٨، وانظر الكافي ٧ : ١٢٧ - ١٢٨ حديث ٤ و ٧، ومن لا يحضره الفقيه ٤ : ٢٢٦ حديث ٧١٧.

#### [ ٢٨٢ ]

عينه الاكبر، أو الاوسط، أو الاصغر. فان لم يعين، سنل الورثة، فان عينوا كان مثل ذلك سواء، وان لم يعينوا أو لا ورثة له ومات، أقرع بينهم، فمن خرج اسمه الحق به، ويثبت حريته وورث، ويكون الاثنان مملوكين له، سواء كان من خرج اسمه الاكبر، أو الاوسط، أو الاصغر على كل حال. وقال الشافعي: إن عين هو أو الورثة الاصغر ثبتت حريته، ويكون الاوسط والاكبر مملوكين، وإن عين الاوسط كان حراً وكان الاكبر رقيقاً، وفي الاصغر وجهان. وإن عين الاكبر كان حراً، والاثنان على وجهين. وإن مات ولم يعين، ولا عين الورثة، عرض على القافة، فان عينوا واحداً كان حكمه حكم من عينه الوالد أو الورثة، وحكم الباقيين مثل ذلك سواء. وإن لم يكن قافة، أو اختلفوا، أقرع بينهم، فمن خرج اسمه حرر ولا يورث (١). وهل يوقف أم لا؟ على قولين: قال المزني: يوقف (٢). وقال الباقر: لا يوقف (٣). وحكم الباقيين على ما رتبناه فيمن تعين بتعيين المقر أو الورثة سواء. دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٤).

(١) المجموع ٢٠ : ٣٣٢ - ٣٣٣، والوجيز ١ : ٢٠٢، وفتح العزيز ١١ : ١٩٤ و ١٩٧، والمغني لابن قدامة ٥ : ٢٨٦ - ٢٨٧.  
(٢) مختصر المزني: ١١٥، والمجموع ٢٠ : ٣٣٢، وفتح العزيز ١١ : ١٩٦، والمغني لابن قدامة ٥ : ٣٢٨.  
(٣) المجموع ٢٠ : ٣٣٢، وفتح العزيز ١١ : ١٩٤ و ١٩٦، والمغني لابن قدامة ٥ : ٣٢٨، والشرح الكبير ٥ : ٢٨٨.  
(٤) تدل عليه الاخبار التي ذكرها الشيخ قدس سره في التهذيب ٩ : ٣٦١ و ٣٦٣ ديته ١٢٩٠ و ١٢٩٨ فلاحظ.

#### [ ٢٨٣ ]

وقال المزني: قول الشافعي يقرع بين الثلاثة خطأ، لان الاصغر حر على كل حال، لانه إن خرج اسمه فهو حر، وإن خرج اسم الاوسط فالاصغر حر أيضاً، لانها صارت فراشا بالاوسط والحق الاصغر به، وإن خرج الاكبر الحق الاوسط والاصغر به، لانها صارت فراشا بالاول، وهذا لازم له، غير أنه لا يصح على مذهبنا، لان الامة ليست فراشا عندنا



بحال، وإنما القول قول المالك في الحاق من يلحق به، وإنكار من ينكره (١). مسألة ٣٥: إذا شهد شاهدان على نسب لميت يستحق به ميراثا، وقالوا: لا نعرف له وارثا غيره، قبلت شهادتهما. وبه قال الشافعي (٢). وقال ابن أبي ليلى: لا يحكم بها حتى يقولوا: لا وارث له غيره. لانهما إذا قالا لا نعلم له وارثا غيره، فما نفيًا أن يكون له وارث، لانه يجوز أن يكون له وارث ولا يعلمانه، فعدم علمهما لا يخرجهم من أن يكون له وارث (٣). دليلنا: أن ذلك لا يمكن العلم به، لانه لا طريق إليه، وما لا طريق إليه لا يجوز إقامة الشهادة عليه.

- (١) مختصر المزنبي: ١١٥، وبلغة السالك ٢: ١٩٧.  
(٢) الام ٧: ١٢٣، والبحر الزخار ٦: ١٢.  
(٣) الام ٧: ١٢٣.

[ ٢٨٥ ]

#### كتاب العارية

مسألة ١: العارية أمانة غير مضمونة، إلا أن يشترط صاحبها الضمان، فإن شرط ذلك كانت مضمونة، وإلا فلا، إلا أن يتعدى فيها، فيجب عليه حينئذ ضمانها. وبه قال قتادة وعبيد الله بن الحسن العنبري، وأبو حنيفة، ومالك والنخعي، والشعبي، والحسن البصري، إلا أنهم لم يضمنوها بالشرط (١). وقال ربيعة: العواري مضمونة إلا موت الحيوان، فانه إذا استعاره، ثم مات في يده، لم يضمنه (٢). وقال الشافعي: هي مضمونة شرط ضمانها أو لم يشترط، تعدى فيها أو لم يتعد. وبه قال ابن عباس، وأبو هريرة، وعطاء، وأحمد، وإسحاق (٣). دليلنا: إجماع الطائفة وأخبارهم، فانهم لا يختلفون في ذلك (٤). وروى عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، أن النبي عليه السلام قال:

- (١) المجموع ١٤: ٢٠٥، وفتح العزيز ١١: ٢١٨، والمحلّى ٩: ١٧٠، واللباب ٢: ١٥١، والمغني لابن قدامة ٥: ٢٥٦، والشرح الكبير ٥: ٣٦٦، والنتف ٢: ٥٨٣، وشرح فتح القدير ٧: ١٠٣، وسبل السلام ٣: ٨٩٨، والمصنف لعبد الرزاق ٨: ١٨٠. (٢) المحلّى ٩: ١٧٠. (٣) الام ٣: ٢٤٤، والمجموع ١٤: ٢٠٤ - ٢٠٥، وفتح العزيز ١١: ٢١٧، والنتف ٢: ٥٨٣، وشرح فتح القدير ٧: ١٠٣، وسبل السلام ٣: ٨٩٨، والمصنف لعبد الرزاق ٨: ١٨٠، والمغني لابن قدامة ٥: ٢٥٦، والشرح الكبير ٥: ٣٦٦. (٤) الكافي ٥: ٢٣٨ حديث ١، والتهذيب ٧: ١٨٣ حديث ٨٠٥، والاستبصار ٣: ١٣٦ حديث ٤٤٩.

[ ٢٨٨ ]

" ليس على المستعير غير المغل ضمان " (١) وهذا نص. مسألة ٢: إذا رد العارية الى صاحبها أو وكيله، برئ من الضمان، وإن ردها الى ملكه - مثل أن تكون دابة فردها الى اصطلب صاحبها، وشدها فيه - لم يبرأ من الضمان. وبه قال الشافعي (٢). وقال أبو حنيفة: يبرأ، لان العادة هكذا جرت في رد العواري الى الاملاك، فيكون بمنزلة المأذون من طريق العادة (٣). دليلنا: ان كون ذلك ردا أو إبراء الذمة به من العارية يحتاج الى دليل، ولا دليل على ذلك، والاصل شغل ذمته بالعارية. مسألة ٣: إذا اختلف صاحب الدابة والراكب، فقال الراكب: أعرتنيها. وقال صاحب الدابة: أكرتتها بكذا. كان القول قول الراكب مع يمينه، وعلى صاحبها البينة. وللشافعي فيه قولان: أحدهما: مثل ما قلناه (٤). والثاني: أن القول قول صاحبها (٥). دليلنا: أن الاصل براءة الذمة، وصاحب الدابة مدعي الكراء، فعليه البينة.

- (١) سنن الدارقطني ٣: ٤١ حديث ١٦٨، والمصنف لعبد الرزاق ٨: ١٧٨ حديث ١٤٧٨٢، والسنن الكبرى ٦: ٩١.  
(٢) الام ٣: ٢٤٥، والمجموع ١٤: ٢٠٩، والمغني لابن قدامة ٥: ٢٥٨.  
(٣) اللباب ٢: ١٥٣، وشرح فتح القدير ٧: ١١١، والمبسوط ١١: ١٤٤، والمغني لابن قدامة ٥: ٢٥٨.

(٤) الام ٣: ٢٤٥، والمجموع ١٤: ٢٢٢، والوجيز ١: ٢٢٢، والمغني لابن قدامة ٥: ٣٧٣،  
والشرح الكبير ٥: ٣٧١ و ٣٧٣.  
(٥) المجموع ١٤: ٢٢٠ و ٢٢٢، ومغني المحتاج ٢: ٢٧٣ - ٢٧٤، والوجيز ١: ٢٦٦، وفتح  
العزير ١١: ٢٢٢.

#### [ ٢٨٩ ]

مسألة ٤: إذا اختلف الزارع وصاحب الارض، فقال الزارع: أعرتنيها. وقال صاحبها:  
أكرتتكها. كان القول قول الزارع مع يمينه. وللشافعي فيه قولان مثل المسألة الاولى  
سواء (١). دليلنا: ما قلناه في المسألة الاولى سواء، واختار المزني في المسألتين  
قولنا (٢). مسألة ٥: إذا اختلفا، فقال صاحب الدابة: غصبتها. وقال الراكب: بل أعرتنيها.  
فالقول قول الراكب. وبه قال المزني (٣). وقال أصحاب الشافعي: هذه المسألة والتي  
قبلها سواء على قولين: ومنهم من قال: على طريقين (٤)، ومنهم من قال: على قول  
واحد، وهو أن القول قول المستعير (٥). وذهب أبو إسحاق إلى أن الجواب في هذه  
المسألة مرجوع عنه، والقول في ذلك قول صاحبها قولاً واحداً (٦). دليلنا: ما قلناه في  
المسألة الاولى سواء، من أن الاصل براءة الذمة، والمدعي للغصب يحتاج إلى بينة،  
لانه يدعي ضمان الدابة ولزوم الاجرة إن كان ركبها. مسألة ٦: إذا تعدى المودع في  
إخراج الوديعة من حرزها، فانتفع بها، ثم ردها إلى موضعها، فان الضمان لا يزول بذلك.  
وبه قال الشافعي (٧).

(١) المجموع ١٤: ٢٢٠، والوجيز ١: ٢٠٥، وفتح العزير ١١: ٢٢٢.

(٢) انظر مختصر المزني: ١١٦.

(٣) مختصر المزني: ١١٦، وفتح العزير ١١: ٢٢٥، والمغني لابن قدامة ٥: ٣٧٣، والشرح  
الكبير ٥: ٣٧٤.

(٤) المجموع ١٤: ٢٢١ - ٢٢٢، وفتح العزير ١١: ٢٢٣ و ٢٢٥.

(٥) الام ٣: ٢٤٥، والمجموع ١٤: ٢٢١، وفتح العزير ١١: ٢٢٥.

(٦) المجموع ١٤: ٢٢٤، ومغني المحتاج ٢: ٢٧٤، والوجيز ١: ٢٦٦، وفتح العزير ١١: ٢٢٦،  
والمغني لابن قدامة ٥: ٣٧٣، والشرح الكبير ٥: ٣٧٣.

(٧) الام ٣: ٢٤٥، ومختصر المزني: ١١٦، والمجموع ١٤: ١٩٤ و ٢٠٩، والوجيز ١: ٢٨٥،  
وكفاية الاخير ٢: ٩، وبداية المجتهد ٢: ٣٠٧، والمبسوط ١١: ١١٤.

#### [ ٢٩٠ ]

وقال أبو حنيفة: يزول، لانه مأمور بالحفظ في جميع هذه الاوقات، فإذا خالف في  
جهة منها، ثم رجع وعاد إلى الحفظ، كان متمسكاً به على الوجه المأمور به، فينبغي  
أن يزول عنه الضمان (١). دليلنا: أن بالتعدي قد ثبت عليه الضمان بلا خلاف، فمن أزال  
ضمانه بالرد إلى موضعه فعليه الدلالة. مسألة ٧: إذا أبرأه صاحبها من الوديعة بعد  
تعديه فيها، من غير أن يردّها إليه أو إلى وكيله، فقد سقط عنه الضمان. وللشافعي  
فيه وجهان: أحدهما: ببراءة، وهو ظاهر قوله (٢). والثاني: لا ببراءة. قال: لان الابراء لا يصح  
عن القيمة، لانها لم تجب بعد، ولا يصح الابراء من العين لانها في يده باقية، فكيف  
يصح الابراء منها (٣). دليلنا: أن الضمان إذا كان من حقه، فله التصرف فيه بالابراء  
والمطالبة، وإذا أسقط وجب سقوطه، ومن منع من ذلك فعليه الدلالة. مسألة ٨: إذا  
أعاره أرضاً ليبنى فيها، أو ليغرس فيها، فلا يجوز له أن يخالف فيغرس في أرض البناء،  
ولا أن يبنى في أرض الغراس. وللشافعي فيه قولان: أحدهما: مثل ما قلناه (٤).  
والثاني: له ذلك، لان ضررها متقارب (٥).

(١) اللباب ٢: ١٤٧، والمبسوط ١١: ١١٤، وبداية المجتهد ٢: ٣٠٧، والمجموع ١٤:

٢٠٩.

(٢) المجموع ١٤: ١٩٤.

(٣) المصدر السابق.

(٤) المجموع ١٤: ٢٠٨، ومغني المحتاج ٢: ٢٦٩، والوجيز ١: ٢٠٤ و ٢٦٤، وفتح العزير  
١١: ٢٢٤.

(٥) مغني المحتاج ٢: ٢٦٩، والمجموع ١٤: ٢٠٨ و ٢١٠، والوجيز ١: ٢٠٤، وفتح العزير  
١١: ٢٢٣.

#### [ ٢٩١ ]

دليلنا: أن ما قلناه متفق على جوازه، وتجويز خلافه يحتاج الى دلالة، ولا دليل.  
مسألة ٩: إذا طالب المعير المستعير بقلع ما أذن له في غراسه من غير أن يضمن له  
أرش النقصان، وأبى ذلك صاحب الغراس، لم يجبر عليه. وبه قال الشافعي (١). وقال  
أبو حنيفة: يجبر على ذلك. وإن لم يضمن (٢). دليلنا: قول النبي عليه السلام: " ليس  
لعرق ظالم حق " (٣). وهذا ليس بظالم، فيجب أن يكون له حق. وروت عائشة أن  
النبي عليه السلام قال: " من بنى في رباع قوم باذنهم فله قيمته " (٤). وعند أبي  
حنيفة يجبر على القلع، ولا يجعل له قيمة بنائه. ولأن مع ضمان النقصان أجمعنا أن له  
قلعه، وليس على جواز قلعه مع عدم ذلك دليل.

- (١) المجموع ١٤: ٢١١ - ٢١٢، وبداية المجتهد ٢: ٣٠٩، والشرح الكبير ٥: ٣٦٠.  
(٢) المبسوط ١١: ١٤١، والنتف ٢: ٥٨٢، واللباب ٢: ١٥٢، وشرح فتح القدير: ١٠٩،  
والمجموع ١٤: ٢١٣، وفتح العزيز ١١: ٢٢٧ و ٢٢١، والشرح الكبير ٥: ٣٦٠.  
(٣) صحيح البخاري ٢: ١٤٠، وسنن أبي داود ٣: ١٧٨ حديث ٣٠٧٣.  
(٤) سنن الدارقطني ٤: ٢٤٣ حديث ١٤٢، والسنن الكبرى ٦: ٩١، وفردوس الاخبار ٣:  
٥٥١ حديث ٥٧٢٣.

[ ٢٩٣ ]

#### كتاب الغصب

مسألة ١: من غصب شيئاً يضمن بالمثلية، فإن أعوز المثل ضمن بالقيمة، فإن  
لم يقبض القيمة بعد الاعواز حتى مضت مدة يختلف فيها القيمة، كان له المطالبة  
بقيمتها حين القبض لا حين الاعواز، إن حكم الحاكم بالقيمة عند الاعواز، لم يؤثر  
حكمه فيه، وكان له المطالبة بقيمته يوم القبض، ولا يلتفت الى حكم الحاكم به. وبه  
قال أبو حنيفة (١) والشافعي (٢). وقال محمد وزفر: عليه قيمته يوم الاعواز (٣).  
دليلنا: أن الذي ثبت في ذمته هو المثل، وحكم الحاكم عليه بالقيمة لا ينقل المثله  
الى القيمة، بدلالة أنه متى زال الاعواز قبل القبض طولب بالمثل، وإذا كان الذي ثبت  
في الذمة هو المثل اعتبر بدل مثله حين قبض البدل، ولا ينظر إلى اختلاف قيمته بعد  
الاعواز ولا قبل الاعواز.

- (١) عند مراجعة كتب القوم المتوفرة لدينا ظهر أنه يقول: " ترد القيمة يوم  
المحاكمة والخصومة " ولعل الشيخ المؤلف قدس سره يعتمد في قوله هذا الى بعض  
المصادر التي لم نتوصل إليها. انظر: النتف ٢: ٧٣٧، والمبسوط ١١: ٥٠، والفتاوى  
الهندية ٥: ١١٩، وبدائع الصنائع ٧: ١٥١، واللباب ٢: ١٢٧، وحاشية رد المحتار ٦: ١٨٢،  
وتبيين الحقائق ٥: ٢٢٣، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٢١، والشرح الكبير ٥: ٤٢٨،  
والمجموع ١٤: ٢٢٩، وفتح العزيز ١١: ٢٧٤، والبحر الزخار ٥: ١٧٥.  
(٢) الام ٢: ٢٤٨، والمجموع ١٤: ٢٢٩، والمبسوط ١١: ٥٠، وفتح العزيز ١١: ٢٧٥،  
والمغني لابن قدامة ٥: ٤٢١، والشرح الكبير ٥: ٤٢٨.  
(٣) النتف ٢: ٧٣٧، والمبسوط ١١: ٥٠، وبدائع الصنائع ٧: ١٥١، والفتاوى الهندية ٥:  
١١٩، وتبيين الحقائق ٥: ٢٢٣، وحاشية رد المحتار ٦: ١٨٢، والبحر الزخار ٥: ١٧٥.

[ ٢٩٦ ]

مسألة ٢: إذا غصب مالا مثل له، ومعناه لا يتساوى قيمة اجزائه من غير جنس  
الاثمان - كالثياب، والحطب، والخشب، والحديد، والصفرة، والرصاص، والعقار، وغير ذلك  
من الاواني وغيرها - فانها تكون مضمونة بالقيمة. وبه قال جميع الفقهاء (١). وقال  
عبيد الله بن الحسن العنبري البصري: يضمن كل هذا بالمثل (٢). دليلنا: ما رواه ابن  
عمر أن النبي صلى الله عليه وآله قال: " من أعتق شقفا له من عبد قوم عليه " (٣)  
فأوجب صلى الله عليه وآله عليه الضمان بالقيمة دون المثل. ولأنه لا يمكن الرجوع  
فيه إلى المثل، لأنه إن ساواه في العدد خالفه في الثقل، وإن ساواه فيهما خالفه من  
وجه آخر وهو القيمة، فإذا تعذرت المثلية كان الاعتبار بالقيمة. مسألة ٣: إذا جنى  
على حمار القاضي، كان مثل جنايته على حمار الشوكي، سواء في أن الجناية إذا لم  
يسر الى نفسه يلزمه أرش العيب. وبه قال أبو حنيفة والشافعي (٤). وقال مالك: إن  
كان حمار القاضي، فقطع ذنبه، ففيه كمال قيمته، لأنه إذا

- (١) الام ٣: ٢٥٤ - ٢٥٥، والمجموع ١٤: ٢٣٧ و ٢٣٤، وكفاية الاخير ١: ١٨٣، واللباب ٢: ١٢٧، والمبسوط ١١: ٥٠ - ٥١، وبدائع الصنائع ٧: ١٤٨، والمحلى ٨: ١٤٢، وبداية المجتهد ٢: ٣١٦، وأسهل المدارك ٣: ٦٢، والشرح الكبير ٥: ٤٢٩، وفتح العزيز ١١: ٢٨٣، وتبيين الحقائق ٥: ٢٢٣.
- (٢) المجموع ١٤: ٣٢٤، والشرح الكبير ٥: ٤٢٩.
- (٣) رواه ابن رشد في بداية المجتهد ٢: ٣١٢ بنفس اللفظ، وقد ورد في أكثر الكتب الحديثية بتبديل " شقفا " ب " شركا " وهما بمعنى الحصة والنصيب في العين المشتركة من كل شئ. لاحظ النهاية ٢: ٤٦٧ و ٤٩٠.
- (٤) اللباب ٢: ١٣٩، والمجموع ١٤: ٢٤٥، والمبسوط ١١: ٥١، وفتح العزيز ١١: ٢٥٨، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٨٥.

### [ ٢٩٧ ]

قطع ذنبه فقد أتلفه عليه، لانه لا يمكنه ركوبه، لان القاضي لا يركب حمارا مقطوع الذنب. ويفارق حمار الشوكي، لانه يمكنه حمل الشوك على حمار مقطوع الذنب، ولم يقل هذا في غير ما يركبه من بهائم القاضي - مثل الثور وغيره - وكذلك لو قطع يد حماره (١). دليلنا: أن الاصل براءة الذمة، وقد ما أوجبناه مجمع على لزومه، والزائد عليه يحتاج الى دليل. مسألة ٤: إذا قلع عين دابة، كان عليه نصف قيمتها، وفي العينين جميع القيمة. وكذلك كل ما في البدن منه اثنان، ففي الاثنين جميع القيمة، وفي الواحد نصفها. وقال أبو حنيفة: في العين الواحدة ربع القيمة، وفي العينين نصف القيمة، وكذلك في كل ما ينتفع بظهره ولحمه (٢). وقال الشافعي ومالك: عليه الارش ما بين قيمته صحيحا ومعيبا (٣). دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٤).

- (١) مختصر العلامة خليل: ٣٢٨، وحاشية الخرخشي ٥: ١٤٩، وجواهر الاكليل ٢: ١٥٣، والمجموع ١٤: ٢٤٥، وفتح العزيز ١١: ٢٥٨، والمغني لابن قدامة ٥: ٢٨٥ - ٢٨٦، والبحر الزخار ٥: ١٧٥.
- (٢) النتف ٢: ٦٧٦، وشرح فتح القدير ٨: ٣٥١، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٨: ٣٥١، والمجموع ١٤: ٢٤٥، وفتح العزيز ١١: ٢٥٨، والمحلى ١٠: ٤٢٩.
- (٣) الام ٣: ٢٤٥، ومختصر المزني: ١١٧، والمجموع ١٤: ٢٤٥، والسراج الوهاج: ٣٦٨، ومغني المحتاج ٢: ٢٨١، والوجيز ١: ٢٠٨، وفتح العزيز ١١: ٢٥٨، والمحلى ١٠: ٤٢٩، وشرح فتح القدير ٨: ٣٥١، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٨: ٣٥١.
- (٤) لم أرف في كتب الحديث المتوفرة على نص يؤيد قول المصنف قدس سره من الاخبار الذي أشار إليها، علما انه قدس سره قال في كتابه " النهاية في مجرد الفقه والفتاوى " ص ٧٨١ ما لفظه: (وفي عين البهيمة إذا فقت ربع قيمتها على ما جاءت به الآثار). وانظر التهذيب ١٠: ٣٠٩ حديث ١١٤٩ و ١١٥٢.

### [ ٢٩٨ ]

وروي عن عمر أنه قضى في عين الدابة بربع قيمتها (١). ورووا ذلك عن علي عليه السلام (٢)، وهذا يدل على بطلان قول من يدعي الارش. فاما قولنا فدليله: إجماع الفرقة، وطريقة الاحتياط. مسألة ٥: إذا قتل عبدا كان عليه قيمته ما لم تتجاوز قيمته دية الحر عشرة آلاف درهم، وكذلك إن كانت أمة ما لم تتجاوز قيمتها خمسة آلاف درهم دية الحر، وإن كان دون الدية لم يلزمه أكثر من ذلك. وبه قال أبو حنيفة، إلا أنه قال: إن كان قيمته عشرة آلاف نقص منه عشرة دراهم، وكذلك في دية المملوكة (٣). وقال الشافعي: يلزمه قيمته بالغا ما بلغ (٤). دليلنا: إجماع الفرقة، وأخبارهم (٥)، فانهم لا يختلفون في ذلك. وأيضا الاصل براءة الذمة، وما قلناه لازم له بالاجماع، والزائد يحتاج الى دليل. مسألة ٦: إذا مثل بمملوك غيره، لزمه قيمته، وانعتق. وبه قال مالك (٦).

- (١) المصنف لعبد الرزاق ١٠: ٧٧ حديث ١٨٤١٨ و ١٨٤١٩ و ١٨٤٢٣.
- (٢) المصنف لعبد الرزاق ١٠: ٧٧ حديث ١٨٤٢١.
- (٣) المبسوط ١١: ٧٢ و ٣٦: ٢١، والمحلى ٨: ١٥١ و ١٥٤، والنتف ٢: ٦٧١، والشرح الكبير ٩: ٥٢٦.

(٤) الام ٣: ٢٤٦، ومختصر المزني ١١٧ و ٢٣٧، والسراج الوهاج: ٣٦٨، والوجيز ١: ٢٠٧، والمحلّى ٨: ١٥١ - ١٥٢ و ١٥٤ - ١٥٥، والشرح الكبير ٩: ٥٣٦، وفتح العزيز ١١: ٢٥٦.  
(٥) الكافي ٧: ٣٠٤ (باب الرجل الحر يقتل مملوك غيره...) حديث ١٥ و ١١، ومن لا يحضره الفقيه ٤: ٩٦ حديث ٣١٨، والتهذيب ١٠: ١٩٢ - ١٩٣ حديث ٧٦٠ و ٧٦٢، والاستبصار ٤: ٢٧٤ حديث ١٠٣٨ و ١٠٣٩.  
(٦) جواهر الاكليل ٢: ١٥٣، وحاشية الخرشي ٥: ١٥٠، والمحلّى ٨: ١٥٢، والمغني لابن قدامة ٥: ٢٨٩.

### [ ٣٩٩ ]

وقال الشافعي: لا ينعق (١). والتمثيل: أن يقطع أنفه أو أذنه. دليلنا: إجماع الفرقة، وأخبارهم (٢). وروى عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده أن النبي صلى الله عليه وآله قال: " من مثل بعبده عتق عليه " (٣). مسألة ٧: كل جناية مقدرة من الحر بحساب دينه، فهي مقدرة من العبد بقيمته مثل اليد، والرجل، والانف، والعين، والموضحة، والمنقلة وغير ذلك. وبه قال الشافعي (٤). وقال مالك: في ذلك أُرش ما نقص، إلا في أربعة مواضع: الموضحة، والمنقلة، والمأمومة، والجائفة فإن فيها المقدر (٥) كما قلناه. دليلنا: إجماع الفرقة، وأخبارهم (٦). مسألة ٨: الحارصة (٧) والباضة مقدرة في الحر، وكذلك في العبد

(١) المغني لابن قدامة ٥: ٢٨٩.

(٢) انظر الكافي ٧: ٣٠٣ حديث ٧ و ٨ و ٣٠٧ حديث ٢١، والتهذيب ١٠: ٢٦١ حديث ١٠٣٣.

(٣) لم أفق لهذا الحديث في المصادر المتوفرة ذكرا، إلا أنه روى الحاكم النيسابوري في مستدركه ٤: ٣٦٨ والهيثمى في مجمع الزوائد ٤: ٢٣٩ عن عبد الله بن عمر عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: " من مثل بعبده أو حرقه بالنار فهو حر وهو مولى الله ورسوله ".

(٤) الام ٦: ٤٩، ومختصر المزني: ١١٧، والوجيز ١: ٢٠٧، وفتح العزيز ١١: ٢٥٦ - ٢٥٧، والسراج الوهاج: ٢٦٨، ومغني المحتاج ٢: ٢٨٠ - ٢٨١.

(٥) المدونة الكبرى ٦: ٣١٦ و ٤٥٠، والام ٣: ٢٤٦.  
(٦) انظر الكافي ٧: ٣٠٦ حديث ١٤، ومن لا يحضره الفقيه ٤: ٩٤ - ٩٥ حديث ٣١٠ و ٣١٢، والتهذيب ١٠: ١٩٣ و ١٩٦ حديث ٧٦٤ و ٧٧٨، و ٢٩٣ حديث ١١٤١ و ٢٩٥ حديث ١١٤٧.

(٧) الحارصة: هي التي تخدش ولا تجري الدم.

(٨) الباطنة: هي التي تبضع اللحم وتقطعه. قاله الشيخ الكليني في الكافي ٧: ٣٢٩.

### [ ٤٠٠ ]

بحساب قيمته. وقال جميع الفقهاء: فيهما الارش، لانهما غير مقدرة في الحر (١). دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٢)، وسنين ذلك في الجنايات. مسألة ٩: إذا جنى على ملك غيره جناية لها أرش. قال الشافعي: فالمالك يمسكه، لانه ملكه، ويطالب الجاني بأرشها بكل حال، قليلا كان أرش الجناية أو كثيرا، سواء ذهب بالجناية منفعة مقصودة أو غير مقصودة، وسواء وجب بالمقصودة كمال قيمة المجني أو دون ذلك (٣). وقال أبو حنيفة: ينظر فيه: إن لم يذهب بالجناية منفعة مقصودة - مثل أن يخرق يسيرا من الثوب، أو قطع إصبعاً من العبد - أو جنى عليه حارصة أو دامية أو باضة فانه يمسك ملكه، ويطالب بالارش على ما قال الشافعي. وإن ذهب بها منفعة مقصودة، مثل أن خرق الثوب بطوله، أو قطع يدا واحدة من العبد، فالسيد بالخيار بين أن يمسك العبد ويطالب بأرش الجناية، وبين أن يسلم العبد برمته ويأخذ منه كمال قيمته. وقال: وإن وجب بالجناية كمال قيمة الملك - وهذا إنما يكون في الرقيق خاصة مثل أن يقطع يديه، أو رجله، أو يقلع عينيه، أو يقطع لسانه، أو أنفه - فالمالك بالخيار بين أن يمسكه ولا شئ له على الجاني، وبين أن يسلمه الى

(١) المحلّى ٨: ١٤٩، ومغني المحتاج ٢: ٢٨١، والسراج الوهاج: ٣٦٨، والوجيز ١:

٢٠٧، وفتح العزيز ١١: ٢٦٠، والمجموع ١٩: ٦٩، والنتف ٢: ٦٧٧، وبدائع الصنائع ٧: ٢٩٨، وتبيين الحقائق ٦: ١٣٣، والمغني لابن قدامة ٩: ٦٥٨، والشرح الكبير ٥: ٣٩٩ و ٩: ٦٣٠.

(٢) انظر الى ما أشرنا إليه من الاحاديث في الكافي ومن لا يحضره الفقيه والتهذيب في المسألة المتقدمة.

(٣) المجموع ١٤ : ٣٣٣، وفتح العزيز ١١ : ٣٩٤ و ٢٩٧، والمحلى ٨ : ١٥١.

#### [ ٤٠١ ]

الجاني ويأخذ كمال قيمته (١). وقال أبو يوسف ومحمد: في هذا الفصل السيد بالخيار من أن يسلمه ويأخذ كمال قيمته، وبين أن يمسكه ويأخذ من الجاني ما نقص بالقطع، ويسقط التخيير (٢). والذي تقتضيه أخبارنا ومذهبنا: أنه إذا جنى عللى عبد جنانية تحيط بقيمة العبد، كان بالخيار بين أن يسلمه ويأخذ قيمته، وبين أن يمسكه ولا شئ له، وما عدا ذلك فله الارش إما مقدرا أو حكومة على ما مضى القول فيه. وما عدا المملوك من الاملاك إذا جنى عليه فليس لصاحبه إلا أرش الجنانية. دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم، وقد ذكرناها في الكتاب الكبير المقدم ذكره (٣). مسألة ١٠: إذا غصب جارية، فزادت في يده بسمن، أو صنعة، أو تعليم قرآن فزاد بذلك ثمنها، ثم ذهب عنها ذلك في يده حتى عادت الى الصفة التي كانت عليها حين الغصب، كان عليه ضمان ما نقص في يده. وهكذا لو غصب حاملا، أو حائلا، فحملت في يده ضمنها وحملها في الموضوعين معا. وبه قال الشافعي (٤). وقال أبو حنيفة: لا يضمن شيئا من هذا أصلا، ويكون ما حدث في يده

(١) اللباب ٢ : ١٣٩، وتبيين الحقائق ٥ : ٢٢٨ - ٢٢٩، وشرح فتح القدير ٧ : ٣٨٢، والفتاوى الهندية ٥ : ١٢٢ - ١٢٣، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٧ : ٣٨٢.

(٢) المحلى ٨ : ١٥١، وفتح العزيز ١١ : ٣٩٤ - ٣٩٥.  
(٣) انظرها في التهذيب ١٠ : ١٩٣ و ١٩٤ و ١٩٦ و ٢٩٣ حديث ٧٦٤ و ٧٦٥ و ٧٧٨ و ١١٤١.  
(٤) الام ٣ : ٢٤٦، ومختصر المزني: ١١٧، والمجموع ١٤ : ٢٤٨، وفتح العزيز ١١ : ٢٤٨ و ٣٠٨، والمغني لابن قدامة ٥ : ٣٩٧، و ٤٠٠، وبداية المجتهد ٢ : ٣٢١، والمبسوط ١١ : ٥٤.

#### [ ٤٠٢ ]

أمانة، فان تلف بغير تفريط فلا ضمان، وإن فرط في ذلك - مثل أن جحد ثم اعترف أو منع ثم بذل - فعليه ضمان ذلك (١). دليلنا: أن هذا النماء إنما حدث في ملك المغصوب منه، لان ملكه لم يزل عنه، وإذا حدث في ملكه لزم الغاصب ضمانه إذا حال بينه وبين ملكه. مسألة ١١: المنافع تضمن بالغصب كالاغبيان مثل: منافع الدار، والداية، والعبيد، والثياب. وبه قال الشافعي (٢). وقال أبو حنيفة: لا تضمن المنافع بالغصب بحال، فان غصب أرضا فزرعها ببذره، كانت الغلة له، ولا أجرة عليه إلا أن تنقص الارض بذلك، فيكون عليه نقصان ما نقص. وزاد على هذا، لو أجرها وأخذ أجرها، ملك الأجرة دون مالكةا (٣). دليلنا: قوله تعالى: " فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم " (٤). والمثل مثلان، مثل من حيث الصورة، ومثل من حيث القيمة،

(١) اللباب ٢ : ١٤٢، والمبسوط ١١ : ٥٤، والفتاوى الهندية ٥ : ١٢٧، والمغني لابن قدامة ٥ : ٣٩٧ و ٤٠٠، والمجموع ١٤ : ٢٤٥ - ٢٤٦، وفتح العزيز ١١ : ٢٤٨.

(٢) الام ٣ : ٢٤٩ و ٢٥٣، ومختصر المزني: ١١٧، والمجموع ١٤ : ٢٢٧، والوجيز ١ : ٢٠٨، وفتح العزيز ١١ : ٣٦٢، والمغني لابن قدامة ٥ : ٤١٣ و ٤٢٥، والشرح الكبير ٥ : ٤٢٨، والمبسوط ١١ : ٧٨، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٧ : ٣٩٤، وشرح العناية بهامش شرح فتح القدير ٧ : ٣٩٤.

(٣) اللباب ٢ : ١٤٤، وبدائع الصنائع ٧ : ١٤٥، والمبسوط ١١ : ٧٨، والهداية المطبوع في هامش شرح فتح القدير ٧ : ٣٩٤، وحاشية رد المحتار ٦ : ٢٠٤، والمغني لابن قدامة ٥ : ٤١٣ - ٤١٤ و ٤٢٥، والشرح الكبير ٥ : ٤٢٨، والمحلى ٨ : ١٣٩، وبداية المجتهد ٢ : ٣١٨، وفتح العزيز ١١ : ٣٦٢.

(٤) البقرة: ١٩٤.

#### [ ٤٠٣ ]

فما لم يكن للمنافع مثل من حين الصورة، وجب أن يلزمه من حيث القيمة، وعلى المسألة إجماع الفرقة، وأخبارهم تدل عليها. مسألة ١٢: المقبوض ببيع فاسد لا يملك بالعقد، ولا بالقبض. وبه قال الشافعي (١). وقال أبو حنيفة: يملك بالقبض (٢). دليلنا: أنه لا دليل على أنه يملك بهذا القبض، فمن ادعى ذلك كان عليه الدلالة، لان

الاصل أنه على ملك مالكة. مسألة ١٣: إذا غضب جارية حاملا ضمنها، وضمن ولدها. وبه قال الشافعي (٣). وقال أبو حنيفة: يضمنها وحدها دون حملها (٤). دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٥). ولأن ذمته قد اشتغلت بالغضب، ولا تبرأ قطعا إلا بضمان الجارية وولدها، فوجب عليه ذلك لتبرأ ذمته بيقين. مسألة ١٤: إذا غضب ثوبا قيمته عشرة، فبلغت عشرين لزيادة السوق، ثم عاد الى عشرة أو دونها، ثم هلك قبل الرد، كان عليه قيمته أكثر ما كانت من حين الغضب إلى حين التلف. وبه قال الشافعي (٦).

- (١) المجموع ١٤: ٣٦٩، وفتح العزيز ١١: ٣٢١.  
(٢) بدائع الصنائع ٥: ٢٤٨ و ٧: ١٤٦، والام ٢: ٢٤٧، والمحلّى ٨: ٤٢١.  
(٣) المجموع ١٤: ٢٤٩، والوجيز ١: ٢٠٦، وفتح العزيز ١١: ٢٤٨، وبدائع الصنائع ٧: ١٥٨.  
(٤) اللباب ٢: ١٤٢، وبدائع الصنائع ٧: ١٥٨، والمبسوط ١١: ٥٤، والفتاوى الهندية ٥: ١٢٧، والمحلّى ٨: ١٢٩، والمجموع ١٤: ٢٤٩، وفتح العزيز ١١: ٢٤٨.  
(٥) انظر دعائم الاسلام ٢: ٤٨٥ حديث ١٧٣٢ و ١٧٣٣، والتهديب ٧: ٤٨٢ حديث ١٩٣٦.  
(٦) المجموع ١٤: ٢٩٥، والوجيز ١: ٢٠٩، والسراج الوهاج: ٢٧٠، وكفاية الاخيار: ١: ١٨٣، وفتح العزيز ١١: ٢٨٢، وبداية المجتهد ٢: ٣١٣.

#### [ ٤٠٤ ]

وقال أبو حنيفة: عليه قيمته يوم الغضب (١). دليلنا: أنه إذا أدى ما قلناه برئت ذمته بلا خلاف، وإذا أدى ما قاله لم يدل دليل على براءتها، فالاحتياط يقتضي ما قلناه. مسألة ١٥: إذا لم يتلف الثوب وكان قائما بحاله رده، ولا يرد ما نقص من القيمة. وبه قال جميع الفقهاء (٢)، إلا أبا ثور، فإنه قال: يرده، وما نقص من قيمته، فإن كانت قيمته يوم الغضب عشرة، ثم بلغت عشرين، ثم عاد الى عشرة، رده ومعه عشرة (٣). دليلنا: أن الاصل براءة الذمة، فمن علق عليها شيئا فعليه الدلالة. مسألة ١٦: إذا أكره امرأة على الزنا، وجب عليه الحد، ولا حد عليها. ولو كانت هي زانية، وهو واطئ بشبهة كان عليها الحد، ولم يكن عليه الحد، ولا يلزمه المهر في الموضعين. وقال الشافعي: متى وجب عليه الحد دونها لزمه المهر (٤). وقال أبو حنيفة: متى سقط عنه الحد دونها لزمه المهر (٥). دليلنا: أن الاصل براءة الذمة، فمن علق عليها المهر فعليه الدلالة. وقول النبي صلى الله عليه وآله ونهيه عن مهر البغي (٦)، دليل على أبي حنيفة.

- (١) بدائع الصنائع ٧: ١٥١، والمجموع ١٤: ٢٢٨ و ٢٩٥، وبداية المجتهد ٢: ٣١٢، وفتح العزيز ١١: ٢٨٤.  
(٢) الام ٣: ٢٤٨، والمحلّى ٨: ١٤٢، والوجيز ١: ٢٠٩، وفتح العزيز ١١: ٢٩١.  
(٣) فتح العزيز ١١: ٢٩١.  
(٤) الام ٣: ٢٤٨ و ٢٥٨، ومختصر المزني: ١١٧، والوجيز ١: ٢١٢، ومغني المحتاج ٢: ٢٩٣ - ٢٩٤، والسراج الوهاج: ٢٧٢، وفتح العزيز ١١: ٣٣٢، والمبسوط ٢٤: ٩٠، وبداية المجتهد ٢: ٣١٩، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٠٧ و ٤١٢.  
(٥) النتف ٢: ٦٣٩، والمبسوط ٢٤: ٩٠، والمغني لابن قدامة ٥: ٤١٢، وبداية المجتهد ٢: ٣٢٤، وفتح العزيز ١١: ٣٣٢ و ٣٣٤.  
(٦) سنن أبي داود ٣: ٢٧٩ حديث ٣٤٨١، ومسند أحمد بن حنبل ١: ٢٣٥ و ٢٥٦ و ٢: ٥٠٠، والسنن

#### [ ٤٠٥ ]

واستدل الشافعي على ما قاله بقوله عليه السلام: "أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها، فنكاحها باطل، فإن مسها فلها المهر بما استحل من فرجها" (١). فأوجب المهر وهذا ليس بصحيح، لأن ذلك يتناول العقد دون الاكراه. مسألة ١٧: السارق يقطع ويغرم ما يسرقه. وبه قال الشافعي (٢). وقال أبو حنيفة: الغرم والقطع لا يجتمعان، فإن غرم لم يقطع، وإن قطع لم يغرم (٣). دليلنا: قوله تعالى: "السارق والسارقة فاقطعوا أيديهما" (٤) ولم يفرق. مسألة ١٨: يصح غضب العقار، ويضمن بالغضب. وبه قال الشافعي ومحمد بن الحسن (٥). وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: لا يصح غضب العقار ولا يضمن بالغضب (٦).



الكبرى ٦: ٨، والتهذيب ٧: ١٣٥ حديث ٥٩٩. (١) مسند احمد بن حنبل ٦: ٦٦، وترتيب مسند الشافعي ٢: ١١، وسنن الترمذي ٣: ٤٠٨، حديث ١٠٢، والسنن الكبرى ٧: ١٠٥، ومجمع الزوائد ٤: ٢٨٥، وسنن الدارقطني ٣: ٢٢١، حديث ١، وفي البعض مما ذكرناه اختلاف يسير في اللفظ فلاحظ.

(٢) الام ٦: ١٥١، ومختصر المزني: ١١٨، والمجموع ٢٠: ١٠٢، والمغني لابن قدامة ١٠: ٢٧٤، والشرح الكبير ١٠: ٢٩٤، والمبسوط ٩: ١٥٦، وبدائع الصنائع ٧: ٨٤، وبداية المجتهد ٢: ٤٤٢.

(٣) النتف ٢: ٦٣٩، والمبسوط ٩: ١٥٦، وبدائع الصنائع ٧: ٨٤، والمجموع ٢٠: ١٠٢، وبداية المجتهد ٢: ٤٤٢، والمغني لابن قدامة ١٠: ٢٧٤، والشرح الكبير ١٠: ٢٩٤.

(٤) المائدة: ٢٨. (٥) المجموع ١٤: ٢٢٢ و ٢٥٨، وفتح العزيز ١١: ٢٥١، وكفاية الاخيار ١: ١٨٢، والوجيز ١: ٢٠٦، والمبسوط ١١: ٧٣، والنتف ٢: ٧٣٣ - ٧٣٤، وعمدة القاري ١٢: ٢٩٨ - ٢٩٩، وبدائع الصنائع ٧: ١٤٦ و ١٦٥ و شرح فتح القدير ٧: ٣٦٨ و ٢٨٥، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٧: ٣٦٨ وحاشية رد المحتار ٦: ١٨٦، وتبيين الحقائق ٥: ٢٢٤، وبداية المجتهد ٢: ٣١١، والمغني لابن قدامة ٥: ٣٧٩، والشرح الكبير ٥: ٣٧٥، وسبل السلام ٣: ٩٠٣، والبحر الزخار ٥: ١٧٦.

(٦) النتف ٢: ٧٣٣، واللباب ٢: ١٢٨، والمبسوط ١١: ٧٣، وعمدة القاري ١٢: ٢٩٨، وبدائع الصنائع ٧: ١٤٦، و ١٦٥، وشرح فتح القدير ٧: ٣٦٨ و ٢٨٥، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٧: ٣٦٨، وتبيين الحقائق ٥: ٢٢٤، وحاشية رد المحتار ٦: ١٨٦، وبداية المجتهد ٢: ٣١١،

#### [ ٤٠٦ ]

دليلنا: قوله تعالى: " فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم " (١). والمثل مثلان، مثل من حيث الصورة، ومثل من حيث القيمة، فلما لم يكن للعقار مثل من طريق الصورة، وجب أن يكون له مثل من طريق القيمة. مسألة ١٩: إذا غصب ثوبا فصبغه، كان للغاصب قلع الصبغ بشرط أن يضمن ما ينقص من قيمة الثوب. وبه قال الشافعي وأصحابه (٢). وقال المزني: ليس للغاصب قلع الصبغ، لانه لا منفعة له فيه، سواء كان الصبغ أسود أو أبيض (٣). وقال أبو حنيفة: إن كان مصبوغا بغير سواد قرب الثوب بالخيار بين أن يسلمه الى الغاصب ويأخذ منه قيمته أبيض، وبين أن يأخذ الثوب هو ويعطيه قيمة صبغه. وإن كان مصبوغا بالاسود قرب الثوب بالخيار بين أن يسلمه الى الغاصب ويأخذ منه قيمته أبيض، وبين أن يمسكه مصبوغا، ولا شئ عليه للغاصب (٤). قال الطحاوي: فان نقص الثوب بالصبغ قال أبو حنيفة: لا ضمان على الغاصب. قال الطحاوي: والذي يجئ على قوله أن عليه ما نقص.

والمغني لابن قدامة ٥: ٢٨٧، والشرح الكبير ٥: ٣٧٥، والمحلى ٨: ١٤٤، والمجموع ١٤: ٢٢٢ و ٢٥٨، وفتح العزيز ١: ٢٥١، والبحر الزخار ٥: ١٧٦. (١) البقرة: ١٩٤.

(٢) الام ٢: ٢٥٤، ومختصر المزني: ١١٨، والمجموع ١٤: ٢٦٤، والوجيز ١: ٢١٢، وفتح العزيز ١١: ٣١٢ و ٣١٦، والسراج الوهاج: ٢٧٣، والشرح الكبير ٥: ٤١٣، وتبيين الحقائق ٥: ٢٣٠.

(٣) مختصر المزني: ١١٨.

(٤) اللباب ٢: ١٤٢، والمبسوط ١١: ٨٤ - ٨٥، وبدائع الصنائع ٧: ١٦٠ - ١٦١، والفتاوى الهندية ٥: ١٢١، وتبيين الحقائق ٥: ٢٢٩ - ٢٣٠، والمجموع ١٤: ٢٦٥.

#### [ ٤٠٧ ]

وقال أبو يوسف: الصبغ بالسواد وغيره سواء (١). دليلنا: أن الصبغ عين مال الغاصب فله قله، ويلزمه قيمة ما نقص من الثوب، لانه بجنايته حصل. مسألة ٢٠: إذا غصب شيئا، ثم غيره عن صفته التي هو عليها أو لم يغيره مثل ان كانت نقرة فضررها دراهم، أو حنطة فطحنها، أو دقيقا فعجنه وخبره، أو شاة فذبحها وقطعها لحما وشواها أو طبخها، لم يملكه. وبه قال الشافعي (٢). وقال أبو حنيفة: إذا غير الغصب تغييرا أزال به الاسم والمنفعة المقصودة بفعله ملكه. فاعتبر ثلاث شرائط: أن يزول الاسم، والمنفعة المقصودة، وأن يكون ذلك بفعله، فإذا فعل هذا ملك، لكن يكره له التصرف فيه قبل دفع قيمة الشئ (٣). وحكى ابن جرير عن أبي حنيفة أنه قال: لو أن لصا نقب، فدخل دكان رجل، فوجد فيه بغلا وطعاما ورحى، فصمد (٤) البغل، وطحن الطعام ملك الدقيق، فان انتبه صاحب الدكان كان للص قناله ودفعه عن دقيقه، فان أتى الدفع عليه، فلا ضمان على اللص (٥). دليلنا: أنه ثبت أن هذا الشئ قبل التغيير كان ملكه، فمن ادعى أنه زال

(١) المبسوط ١١: ٨٥، وبدائع الصنائع ٧: ١٦١، والفتاوى الهندية ٥: ١٢١، وتبيين الحقائق ٥: ٣٣٠.  
(٢) الام ٣: ٢٥٧، والمجموع ١٤: ٢٤٣ و ٢٥١، والوجيز ١: ٢١، وفتح العزيز ١١: ٢٩٥ و ٣١١، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٠٣، وبدائع الصنائع ٧: ١٤٨، الهداية المطبوع في هامش شرح فتح القدير ٧: ٣٧٥، وتبيين الحقائق ٥: ٣٣٦.  
(٣) اللباب ٢: ١٤٠، وبدائع الصنائع ٧: ١٤٨، وشرح فتح القدير ٧: ٣٧٥، والهداية المطبوع في هامش شرح فتح القدير ٧: ٣٧٥، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٧: ٣٧٥، والفتاوى الهندية ٥: ١٢١، وتبيين الحقائق ٥: ٣٦٦، والمجموع ٢٤٣ - ٢٤٤ و ٢٥١، وفتح العزيز ١١: ٢٩٥ و ٣١١.  
(٤) الصمد: القصد. انظر مجمع البحرين ٣: ٨٩ مادة " صمد ".  
(٥) انظر فتاوى قاضيخان ٣: ٢٥٥ و ٢٥٧، والفتاوى الهندية ٥: ١٥١.

#### [ ٤٠٨ ]

ملكه بعد التغيير فعليه الدلالة. وروى قتادة، عن الحسن، عن سمرة عن النبي عليه السلام قال: " على اليد ما أخذت حتى تؤديه " (١). وقال النبي صلى الله عليه وآله: " لا يحل مال امرء مسلم إلا بطيب نفس منه " (٢). وما طابت نفس صاحب الحنطة بطنحها، فوجب أن لا يحل ولا يملكها. مسألة ٢١: إذا غصب منه عصيرا فاستحال خمرا، ثم صار خلا، رده الى صاحبه. وبه قال الشافعي (٣). وقال أبو حنيفة: إذا صار خلا ملكه، وعليه قيمته (٤). فأما إذا غصب منه خمرا، فاستحال خلا، يرد الخل بلا خلاف. دليلنا: أن زوال ملكه يحتاج الى دلالة، وهذا عين ماله التي كان يملكها، وإنما تغيرت صفته. مسألة ٢٢: إذا غصب ساجة، فبنى عليها أو في مجنبها، أو لوحا فأدخله في سفينة، كان عليه رده. سواء كان فيه قلع ما بناه في ملكه، أو لم يكن فيه قلع ما قد بناه في ملكه. وبه قال الشافعي (٥).

(١) سنن ابن ماجة ٢: ٨٠٢ حديث ٢٤٠٠، وسنن الترمذي ٣: ٥٦٦ حديث ١٣٦٦، وسنن أبي داود ٣: ٢٩٦ حديث ٣٥٦١، ومسند أحمد بن حنبل ٥: ٨ و ١٢ و ١٣، وسنن الترمذي ٢: ٢٦٤ حديث ٣، والمستدرک على الصحيحين ٢: ٤٧، والسنن الكبرى ٦: ٩٠ و ٩٥.  
(٢) سنن الدارقطني ٣: ٢٦ حديث ٩١، ومسند أحمد بن حنبل ٥: ٧٢، والسنن الكبرى ٦: ١٠٠ و ٨: ١٨٢، وتلخيص الحبير ٣: ٤٥.  
(٣) المجموع ١٤: ٢٤٩ و ٢٩٨، والوجيز ١: ٢١١، والسراج الوهاج: ٢٧٢، وبدائع الصنائع ٧: ١٤٨، وفتح العزيز ١١: ٣١٠.  
(٤) المبسوط ١١: ٩٦، وبدائع الصنائع ٧: ١٦٢، والفتاوى الهندية ٥: ١٢٦.  
(٥) مختصر المزني: ١١٨، والوجيز ١: ٢١٢، والسراج الوهاج: ٢٧٢، ومغني المحتاج ٢: ٢٩٣، والمجموع

#### [ ٤٠٩ ]

وحكى محمد في الاصول: أنه متى كان عليه ضرر في ردها لم يلزمه ردها. وظاهر هذا أنه لا يلزمه ردها متى كان عليه في ردها ضرر، سواء بنى عليها أو في مجنبها (١). وقال الكرخي: أن مذهب أبي حنيفة: أنه إن لم يكن في ردها قلع ما بناه في حقه - مثل أن بناها على بدن الساجة - فقد لزمه. وإن كان في ردها قلع ما بناه في حقه - مثل أن كان البناء مع طرفيها ولا يمكنه ردها إلا بقلع هذا - لم يلزمه ردها (٢). والمناظرة على ما حكاه محمد. وتحقيق الكلام معهم: هل ملكها بذلك أم لا؟ فعنده قد ملكها، كما قال: إذا غصب شاة، فذبحها وشواها، أو حنطة فطحنها (٣). وعندنا وعند الشافعي ما ملكها (٤). دليلنا: ما قلناه في المسألة الاولى سواء، من أن الساجة في ملكه قبل البناء عليها، فمن ادعى زواله بالبناء فعليه الدلالة. وروى سمرة أن النبي عليه السلام قال: " على اليد ما أخذت حتى تؤديه " (٥).

١٤: ٣٧٠، وفتح العزيز ١١: ٣٣٦، وبداية المجتهد ٢: ٣١٩، والمبسوط ١١: ٩٣، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٣٩، وتبيين الحقائق ٥: ٣٢٨. (١) الفتاوى الهندية ٥: ١٢٥.  
(٢) اللباب ٢: ١٤١، وبدائع الصنائع ٧: ١٤٩، وشرح فتح القدير ٧: ٣٨١، وتبيين الحقائق ٥: ٣٢٨، وحاشية رد المحتار ٦: ١٩٢، والمبسوط ١١: ٩٤، والمجموع ١٤: ٣٧٠، وفتح

العزير ١١: ٣٣٦، والفتاوى الهندية ٥: ١٢٤ - ١٢٥.  
(٣) المبسوط ١١: ٩٤، وبدائع الصنائع ٧: ١٤٨، وشرح فتح القدير ٧: ٣٧٩، واللباب ٢: ١٤٠، وحاشية رد المحتار ٦: ١٩٢، والهداية المطبوع في هامش شرح فتح القدير ٧: ٣٧٩، وفتح العزير ١١: ٣١١ و ٣٣٦.  
(٤) الوجيز ١: ٢١١، وفتح العزير ١١: ٣١١، وبدائع الصنائع ٧: ١٤٨.  
(٥) سنن ابن ماجه ٢: ٨٠٢ حديث ٢٤٠٠، وسنن الترمذي ٣: ٥٦٦ حديث ١٣٦٦، وسنن أبي داود

#### [ ٤١٠ ]

وهذه يد قد أخذت ساجدة، فعليها أن تؤديها. وأيضاً قوله صلى الله عليه وآله: " لا يحل مال امرء مسلم الا بطيب نفس منه " (١) يدل عليه، لانه ما طابت نفسه بالبناء على ساجته. وروي عنه صلى الله عليه وآله أنه قال: " لا يأخذن أحدكم متاع أخيه جادا ولا لاعبا، من أخذ عصا أحد فليردها " (٢). وعنه صلى الله عليه وآله أنه قال: " ليس لعرق ظالم حق " (٣) ولم يرد حقيقة العرق، وإنما أراد به كل شئ وضع عليه ظلما، وهذا داخل فيه مسألة ٢٣: إذا غصب طعاما، فأطعم مالكه فأكله مع الجهل بأنه ملكه، فإنه لا تبرأ ذمة الغاصب بذلك. وهو المنصوص للشافعي (٤). قال الربيع: وفيها قول آخر: أن ذمته تبرأ. وبه قال أهل العراق (٥). دليلنا: أنه ثبت اشتغال ذمته بالغصب، فمن ادعى براءتها بعد ذلك فعليه الدلالة، وليس ها هنا دليل على أنه إذا أطعمه برئت ذمته.

٣: ٢٩٦ حديث ٣٥٦١، ومسند أحمد بن حنبل ٥: ٨ و ١٢ و ١٣، وسنن الدارمي ٢: ٣٦٤ حديث ٣، والمستدرک على الصحيحين ٢: ٤٧، والسنن الكبرى ٦: ٩٠ و ٩٥. (١)  
سنن الدارقطني ٣: ٣٦، وتلخيص الحبير ٣: ٤٥، ومسند أحمد بن حنبل ٥: ٧٢، والسنن الكبرى ٦: ١٠٠ و ١٨٢.  
(٢) سنن الترمذي ٤: ٤٦٢ حديث ٢١٦٠، ومسند أحمد بن حنبل ٤: ٢٢١، والسنن الكبرى ٦: ١٠٠.  
(٣) الموطأ ٢: ٧٤٢ حديث ٣٦، والسنن الكبرى ٦: ٩٩، والدرية في تخریج أحاديث الهداية ٢: ٢٠١ حديث ٨٨٧.  
(٤) الام ٣: ٢٥٥، والمجموع ١٤: ٢٥٦، ومغني المحتاج ٢: ٢٨٠، وفتح العزير ١١: ٢٥٥، وبدائع الصنائع ٧: ١٥٠، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٣٦ - ٤٣٧، والشرح الكبير ٥: ٤٢٤ - ٤٢٥، وتبيين الحقائق ٥: ٢٢٢.  
(٥) الام ٣: ٢٥٥، والسراج الوهاج: ٣٦٨، والمجموع ١٤: ٢٥٦، وفتح العزير ١١: ٢٥٥ - ٢٥٥، وبدائع الصنائع ٧: ١٥٠، وتبيين الحقائق ٥: ٢٢٢.

#### [ ٤١١ ]

مسألة ٢٤: إذا حل دابة، أو فتح قفصا وفيه طائر، ووقفا ثم ذهب، كان عليه الضمان. وبه قال مالك (١). وقال أبو حنيفة، وظاهر قول الشافعي - نص عليه في اللفظ وهو قوله - في القديم: أنه لا ضمان عليه قولا واحدا (٢). دليلنا: هذا كالسبب في ذهابهما، لانه لو لم يحل، أو لم يفتح القفص لما أمكنهما الذهاب، فوجب عليه ضمانهما. مسألة ٢٥: إذا حل الدابة، أو فتح القفص، فذهب عقيب الفتح، والحل من غير وقوف، كان عليه الضمان. وبه قال مالك (٣)، وهو أحد قولي الشافعي (٤). وقال في القديم وهو الاصح عندهم: أنه لا ضمان عليه (٥). وبه قال أبو حنيفة (٦).

(١) بداية المجتهد ٢: ٣١١، وأسهل المدارك ٣: ٦٧، وجواهر الاكليل ٢: ١٤٨، والمجموع ١٤: ٢٨٨، وفتح العزير ١١: ٢٤٥ - ٢٤٦، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٤٩، والشرح الكبير ٥: ٤٤٤.  
(٢) بدائع الصنائع ٧: ١٦٦، ومختصر المزني: ١١٨، والمجموع ١٤: ٢٨٨، والوجيز ١: ٢٠٦، والسراج الوهاج: ٣٦٧، وكفاية الاخير ١: ١٨٣، وفتح العزير ١١: ٢٤٣ و ٢٤٥ - ٢٤٦، ومغني المحتاج ٢: ٢٧٨، وبداية المجتهد ٢: ٣١١، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٤٩، والشرح الكبير ٥: ٤٤٤.  
(٣) أسهل المدارك ٣: ٦٧، وجواهر الاكليل ٢: ١٤٨، وبداية المجتهد ٢: ٣١١، والمجموع ١٤: ٢٨٨، وفتح العزير ١١: ٢٤٦.  
(٤) المجموع ١٤: ٢٨٨، وكفاية الاخير ١: ١٨٣، والوجيز ١: ٢٠٦، ومغني المحتاج ٢: ٢٧٨، والسراج الوهاج: ٣٦٧، وفتح العزير ١١: ٢٤٥، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٤٩.

والشرح الكبير ٥: ٤٤٤، وبداية المجتهد ٢: ٣١١.  
(٥) المجموع ١٤: ٢٨٨، وكفاية الاخير ١: ١٨٣، ومغني المحتاج ٢: ٣٧٨، والسراج  
الوهاج: ٣٦٧، وبداية المجتهد ٢: ٣١١، وفتح العزيز ١١: ٢٤٥، والمغني لابن قدامة ٥:  
٤٤٩، والشرح الكبير ٥: ٤٤٤.  
(٦) فتاوى قاضيخان ٣: ٢٤٦، وبدائع الصنائع ٧: ١٦٦، وبداية المجتهد ٢: ٣١١، والمغني  
لابن قدامة ٥: ٤٤٩، والشرح الكبير ٥: ٤٤٤.

### [ ٤١٢ ]

دليلنا: ما قلناه في المسألة الاولى سواء. مسألة ٣٦: إذا غصب دابة أو عبدا أو  
فرسا، فأبق العبد أو شرد الفرس أو ند البعير، كان عليه القيمة، فإذا أخذها صاحبها  
ملك القيمة بلا خلاف، ولا يملك هو المقوم، فان رد انفسخ ملك المالك عن القيمة،  
وعليه ردها الى الغاصب، ويسلم العين منه. وبه قال الشافعي (١). وقال أبو حنيفة:  
إذا ملك صاحب العين قيمتها ملكها الغاصب بها، وكانت القيمة عوضا عنها، فان عادت  
العين الى يد الغاصب نظرت، فان كان المالك أخذ القيمة بتراضيهما، أو بينة تثبت عند  
الحاكم، وحكم الحاكم بها، لم يكن للمالك سبيل الى العين. وإن كان المالك قد أخذ  
القيمة بقول الغاصب مع يمينه، لانه هو الغارم نظرت، فان كانت القيمة قيمة مثلها أو  
أكثر فلا سبيل للمالك عليها، وإن كان أقل من قيمتها فللمالك رد القيمة واسترجاع  
العين، لان الغاصب ظلم المالك في قدر ما أخبره به من القيمة. فالخلاف في فصلين:  
أحدهما: أن الغاصب يدفع القيمة ملك أم لا؟ عندنا ما مالك، وعندهم قد ملك. والثاني:  
إذا ظهرت العين، صاحبها أحق بها، ترد عليه، وعند أبي حنيفة لا ترد (٢). دليلنا: أنه  
قد ثبت أن العين كان ملكها لمالكها، فمن ادعى زواله الى ملك

(١) المجموع ١٤: ٢٢٨ - ٢٣٩، وفتح العزيز ١١: ٢٧٥ - ٢٧٦، وبدائع الصنائع ٧:  
١٥٢، والشرح الكبير ٥: ٤٣٦، والبحر الزخار ٥: ١٨٧. (٢) بدائع الصنائع ٧: ١٥٢، والفتاوى  
الهندية ٥: ١٤٥ - ١٤٦، والمجموع ١٤: ٢٣٩، والشرح الكبير ٥: ٤٣٦، والبحر الزخار ٥:  
١٨٧.

### [ ٤١٣ ]

غيره فعليه الدلالة. وأيضا أخذ القيمة لا يخلو من أحد أمرين: إما أن يكون ذلك  
عوضا عن العين، أو لاجل الحيلولة كما قلناه. فبطل أن يقال عوضا يملكها به الغاصب،  
من وجوه ثلاثة: أحدها: لو كانت عوضا يملك به، لكان بيعا يتعلق به خيار الشرط  
والشفعة. والثاني: لو كان بيعا لم يصح أن ينجز للمالك تلك القيمة بدلا عن العين  
الفائتة بالاتلاف، لان البيع عندنا باطل، وعندهم يقف، حتى إذا عاد العبد تسلمه  
المشتري، وإن لم يعد يرد البائع الثمن، فلما ثبت أن ملكا يتعجل للمالك ها هنا والعبد  
أبق بطل أن يكون بيعا، أو عوضا. والثالث: لو كان بيعا، لوجب أن يكون للغاصب الرجوع  
بالقيمة متى تعذر عليه الوصول إلى العبد، فلما ثبت أن الغاصب لا يرجع بالقيمة على  
المالك وإن تعذر عليه أن يصل الى العبد الا بق بطل أن يكون هذا عوضا عنه، وثبت أن  
الاخذ لاجل الحيلولة. مسألة ٢٧: إذا باع عبدا، وقبضه المشتري أو لم يقبضه، فادعى  
مدع أن العبد له، وصدقه البائع، وكذبه المشتري، فانه لا يقبل إقرار البائع على  
المشتري، لانه إقرار على الغير، وللمدعي أن يرجع على البائع بقيمة العبد.  
وللشافعي فيه قولان: أحدهما مثل ما قلناه (١). والاخر: أنه لا ضمان عليه (٢).

(١) مختصر المزني: ١١٩، وفتح العزيز ١١: ٢٨٩.  
(٢) فتح العزيز ١١: ٢٨٩.

### [ ٤١٤ ]

ومنهم من قال: يلزمه القيمة، فولا واحدا (١) كما قلناه. دليلنا: أنه إذا صدقه  
البائع، فقد أقر بأنه باع مالا يملك، وأتلف ملك الغير ببيعه إياه، فيلزمه قيمته. مسألة  
٢٨: إذا كان في يد مسلم خمر أو خنزير، فأتلفه متلف، فلا ضمان عليه بلا خلاف،  
مسلمًا كان المتلف أو مشركا. وإن كان ذلك في يد ذمي، فأتلفه متلف مسلمًا كان أو  
ذميا، فعليه ضمانه، وهو قيمته عند مستحليه. وبه قال أبو حنيفة (٢). وقال  
الشافعي: لا ضمان عليه (٣). دليلنا إجماع الفرقة، وأخبارهم (٤). وقال أبو حنيفة: ثم  
ينظر: فان كان المتلف مسلمًا، فعليه قيمة ذلك خمرًا كان أو خنزيرًا، ولا يضمن المسلم

الخمير بالمثل. وإن كان المتلف ذميا، فعليه قيمة الخنزير ومثل الخمر (ه).

(١) فتح العزيز ١١: ٢٨٩ - ٢٩٠.

(٢) المبسوط ١١: ١٠٢، وبدائع الصنائع ٧: ١٤٧ و ١٦٧، واللباب ٢: ١٤٤ - ١٤٥، وشرح فتح القدير ٧: ٢٩٧، والهداية المطبوع في هامش شرح فتح القدير ٧: ٢٩٧، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٧: ٢٩٧، وتبيين الحقائق ٥: ٢٢٤، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٤٢، ومغني المحتاج ٢: ٢٨٥، والمجموع ١٤: ٢٨٢، وفتح العزيز ١١: ٢٥٨، والمحلى ٨: ١٤٧.

(٣) مختصر المزني: ١١٩، والمجموع ١٤: ٢٨٢، والسراج الوهاج: ٢٦٩، ومغني المحتاج ٢: ٢٨٥، والمبسوط ١١: ١٠٢، وبدائع الصنائع ٧: ١٦٧، وشرح فتح القدير ٧: ٢٩٧، والهداية المطبوع في هامش شرح فتح القدير ٧: ٢٩٧، وتبيين الحقائق ٥: ٢٢٤ - ٢٣٥ وفتح العزيز ١١: ٢٥٩، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٤٢.

(٤) الكافي ٧: ٣٦٨ حديث ٤، ومن لا يحضره الفقيه ٢: ١٦٣ حديث ٧١٧، والتهذيب ١٠: ٢٢٤ حديث ٨٨٠ و ١٠: ٢٠٩ حديث ١١٥٢.

(٥) اللباب ٢: ١٤٤، والمبسوط ١١: ١٠٢ و ١٠٤، والهداية المطبوع في هامش شرح فتح القدير ٧: ٢٩٧، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٧: ٢٩٧، وتبيين الحقائق ٥: ٢٣٤ - ٢٣٥، وفتح العزيز ١١: ٢٥٨.

#### [ ٤١٥ ]

قال الطحاوي: وإن أسلم المتلف وكان ذميا قبل أن يأخذ منه مثل الخمر سقط عن ذمته، وإن أسلم قبل أن يأخذ منه قيمة الخنزير لم يسقط عن ذمته باسلامه (١). وعندنا يضمن الخمر والخنزير بقيمتها عند مستحليهما بدليل أخبارنا وإجماع الفرقة على ذلك. مسألة ٢٩: إذا غصب ماله مثل - كالحبوب والادهان - فعليه مثل ما تلف في يديه، يشتره بأي ثمن كان بلا خلاف. وإن كان مما لا مثل له - كالثياب والحيوان - فعليه أكثر ما كانت قيمته من حين الغصب الى حين التلف. وبه قال الشافعي (٢). وقال أبو حنيفة: عليه قيمة يوم الغصب، ولا اعتبار بما زاد بعد هذا أو نقص (٣). دليلنا: أن كل زمان يأتي عليه وهو في يده، فانه مأمور برده على مالكه، وكل حال كان مأمورا برد الغصب فيها، لزمته قيمته في تلك الحال، مثل حال الغصب. مسألة ٣٠: إذا غصب ما لا يبقى، كالفواكه الرطبة - مثل التفاح، والكمثرى، والموز، والرطب ونحوها - فتلف في يده، وتأخرت المطالبة بقيمته، فعليه أكثر ما كانت قيمته من حين الغصب الى حين التلف، ولا يراعى ما وراء ذلك. وبه قال الشافعي (٤).

(١) المبسوط ١١: ١٠٤، واللباب ٢: ١٤٥، وتبيين الحقائق ٥: ٢٣٥.

(٢) المجموع ١٤: ٢٢٤ و ٢٥٤ و ٢٩٥، وفتح العزيز ١١: ٢٨٢، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٢٢.

(٣) المبسوط ١١: ٥٠، وبدائع الصنائع ٧: ١٦٥، وتبيين الحقائق ٥: ٢٢٢، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٢٢، والمجموع ١٤: ٢٩٥، وفتح العزيز ١١: ٢٨٤.

(٤) الام ٣: ٢٥٣، وفتح العزيز ١١: ٣٤٢.

#### [ ٤١٦ ]

وقال أبو يوسف: عليه قيمته يوم الغصب، فجرى على ذلك القياس في غير الاشياء الرطبة (١). وقال أبو حنيفة: عليه قيمته يوم المحاكمة (٢). وقال محمد: عليه قيمته في الوقت الذي انقطع عن ايدي الناس (٣). دليلنا: ما قلناه في المسألة الاولى سواء، فأما بعد التلف قبل المحاكمة فليس بمأمور برده بعينه، وإنما هو مأمور برد قيمته، فلا اعتبار إلا برد قيمته حين توجه الامر إليه بالرد دون حال المحاكمة. مسألة ٣١: ان غصب ما يجري فيه الربا - مثل الاثمان، والمكبل، والموزون - فجنى عليه جنابة إستقر ارشها، مثل ان كان الغصب دنائير وسبكها أو طعاما قبله، فاستقر نفسه، فعليه رده بعينه، وعليه ما نقص. وبه قال الشافعي (٤). وقال أبو حنيفة: المالك بالخيار بين أن يسلم العين المجني عليه الى الغاصب، ويطالبه بالبدل، وبين أن يمسكها ولا شئ عليه له، فان أراد الامساك والمطالبة بأرش النقصان لم يكن له (٥). دليلنا: أن الخيار الذي أثبتته أبو حنيفة يحتاج الى دليل، وليس في الشرع

- (١) اللباب ٢: ١٣٧، وبدائع الصنائع ٧: ١٥١، وشرح فتح القدير ٧: ٣٦٤، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٧: ٣٦٤، والنتف ٢: ٧٣٧، والشرح الكبير ٥: ٤٢٨.
- (٢) اللباب ٢: ١٣٧، وبدائع الصنائع ٧: ١٥١، والنتف ٢: ٧٣٧، وشرح فتح القدير ٧: ٣٦٣، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٧: ٣٦٤، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٢١، والشرح الكبير ٥: ٣٢٨.
- (٣) بدائع الصنائع ٧: ١٥١، واللباب ٢: ١٣٧، وشرح فتح القدير ٧: ٣٦٤، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٧: ٣٦٤.
- (٤) المجموع ١٤: ٢٥٦.
- (٥) اللباب ٢: ١٣٩، وبدائع الصنائع ٧: ١٦٦، والمجموع ١٤: ٢٥٦.

#### [ ٤١٧ ]

ما يدل عليه، والاصل بقاء عين ملكه وحصول الجناية عليها. مسألة ٣٢: إذا غصب جارية، فأنت بولد مملوك، ونقصت قيمتها بالولادة، فعليه ردها وأرش نقصها، فإن كان الولد قائما رده، وإن كان تالفا رد قيمته. وبه قال الشافعي (١). وقال أبو حنيفة: إن كان الولد تالفا عليه أرش النقص، وإن كان الولد باقيا جبرت الارش بقيمة الولد، فإن كان الارش مائة وقيمة الولد مائة فلا شئ عليه، وإن كان قيمة الولد أقل - مثل ان كانت قيمة الولد خمسين وأرش النقص مائة - يرد الولد ويضمن خمسين درهما باقي الارش (٢). دليلنا: أن هذا النقص حصل في يد الغاصب، فوجب عليه ضمانه كما لو مات الولد، ولانه إذا ضمن ما قلناه برئت ذمته بلا خلاف، فالاحوط ضمانه. مسألة ٣٣: إذا غصب مملوكا أمرد فنبئت لحيته، فنقص ثمنه، أو جارية ناهدا، فسقطت ثديها، أو رجلا شابا فايبيضت لحيته، فعليه ما نقص في هذه المسائل كلها. وبه قال الشافعي (٣). وقال أبو حنيفة: في الناهد والشاب (٤) مثل ما قلناه. وقال في الصبي: إذا نبئت لحيته فلا ضمان عليه (٥).

- (١) الام ٣: ٢٤٧، ومختصر المزني: ١١٧، والمجموع ١٤: ٢٥٠، وفتح العزيز ١١: ٣٥٥، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٤٩، وتبيين الحقائق ٥: ٣٣٢، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٧: ٣٩٠.
- (٢) اللباب ٢: ١٤٤، وبدائع الصنائع ٧: ١٥٨، والمبسوط ١١: ٥٨، ٦٠، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٧: ٣٩٠، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٧: ٣٩٠، والفتاوى الهندية ٥: ١٤٥، وتبيين الحقائق ٥: ٣٣٢ - ٣٣٣، وفتح العزيز ١١: ٣٥٥.
- (٣) الام ٣: ٢٤٨، وفتح العزيز ١١: ٣٥٧، والمغني لابن قدامة ٥: ٣٩١، والشرح الكبير ٥: ٣٩٩.
- (٤) المبسوط ١١: ٩٠، وبدائع الصنائع ٧: ١٥٥ - ١٥٦، والفتاوى الهندية ٥: ١٣٣، والمغني لابن قدامة ٥: ٣٩١، والشرح الكبير ٥: ٣٩٩، وفتح العزيز ١١: ٣٥٧.
- (٥) بدائع الصنائع ٧: ١٥٦، والمبسوط ١١: ٩٠، والفتاوى الهندية ٥: ١٣٣، والمغني لابن قدامة ٥: ٣٩١.

#### [ ٤١٨ ]

دليلنا: أن هذا نقصان حصل في يد الغاصب، فوجب عليه الضمان، ولان بالتزام ذلك تبرأ ذمته بيقين، فالاحوط التزامه. مسألة ٣٤: إذا غصب عبدا، ومات العبد، واختلفا، فقال الغاصب: رددته حيا ومات في يدك أيها المالك. وقال المالك: بل مات في يدك أيها الغاصب. وأقام كل واحد منهما البينة بما إدعاه سقطتا، وعدنا إلى الاصل وهو بقاء العبد عند الغاصب حتى يعلم أنه رده. وبه قال الشافعي (١). وقال أبو يوسف: تقدم بينة المالك، ويأخذ البديل، لان الاصل الغصب (٢). وقال محمد: تقدم بينة الغاصب، لان الاصل براءة ذمته (٣). دليلنا: أن كل واحد منهما مدع موت العبد عند صاحبه، وتكافئا، ولا ترجيح، فسقطتا وبقي الاصل، وهو بقاء العبد عند الغاصب حتى يعلم أنه رده. وإن عملنا في هذه المسألة على القرعة كان أيضا جائزا. مسألة ٣٥: إذا غصب ماله مثل - مثل الادهان، والحبوب، والاثمان، ونحوها - فجنى عليه جنابة واستقر أرشها، فعليه رد العين ناقصة وعليه أرش النقصان لا غير. وبه قال الشافعي (٤).

- والشرح الكبير ٥: ٣٩٩، وفتح العزيز ١١: ٣٥٧، (١) المجموع ١٤: ١٥٨، (٢) تبيين الحقائق ٥: ٣٢٤، وحاشية رد المحتار ٦: ١٨٥، وبدائع الصنائع ٧: ١٦٤،

وفتاوى قاضيخان في هامش الفتاوى الهندية ٣: ٢٥٥.  
(٣) المبسوط ١١: ٨١، وتبيين الحقائق ٦: ١٨٥، وحاشية رد المحتار ٦: ١٨٥، والفتاوى الهندية ٥: ١٣٩، وفتاوى قاضيخان في هامش الفتاوى الهندية ٣: ٢٥٥.  
(٤) الام ٣: ٢٥٣ - ٢٥٤.

#### [ ٤١٩ ]

وقال أبو حنيفة: نظر فيه، فان كان الارش في يد مالكة - مثل ان كان في يده زيت فصب غيره الماء فيه، أو كان في يده دينار فكسره غيره وهو في يده - فرب المال بالخيار بين أن يمسك ماله ناقصا ولا شيء له، وبين أن يسلمه الى الجاني ويأخذ منه كمال قيمته (١). قال: فان غصب الزيت أولا وصب فيه الماء فنقص، فالمالك بالخيار بين أن يأخذ عين ماله ولا شيء له لاجل النقص، وبين أن يترك ماله على الغاصب ويأخذ منه مثل زيت، ففرق بين أن يغصب أولا فيصب فيه الماء عنده، وبين أن يصب فيه الماء وهو في يد مالكة، فأوجب المثل إذا غصب، والقيمة إذا لم يغصب (٢). دليلنا على أنه ليس عليه غير الارش قد مضى. ودليلنا على أنه لا يضمن بالقيمة: هو أن العين إذا كان لها مثل فلا معنى لايجاب القيمة مع القدرة على مثلها. مسألة ٣٦: إذا غصب عبدا قيمته ألف، فزاد في يده فبلغ ألفين، فقتله قاتل في يد الغاصب، فللسيد أن يرجع بالالفين على من شاء منهما، فان رجع على القاتل بهما لم يرجع القاتل على الغاصب، لان الضمان استقر عليه، وان رجع على الغاصب رجع الغاصب على القاتل، لان الضمان استقر عليه، وبه قال الشافعي (٣). وقال أبو حنيفة: إن رجع على القاتل فالحكم على ما قلناه، وان ضمن الغاصب فليس له أن يضمنه أكثر من ألف، وهو قيمة العبد حين الغصب، ثم

(١) بدائع الصنائع ٧: ١٦٦.

(٢) بدائع الصنائع ٧: ١٦٦.

(٣) المغني لابن قدامة ٥: ٣٩٧.

#### [ ٤٢٠ ]

يأخذ الغاصب من القاتل ألفين، ألف منهما لنفسه بدل ما أخذ السيد منه، والالف الاخر يتصدق بها (١). دليلنا على أن له مطالبة الغاصب: أنه قتل العبد في يديه، وقيمته ألفان، وهو مأمور برده على مالكة، فإذا هلك في يده استقر ضمانه عليه. مسألة ٣٧: إذا غصب ألف درهم من رجل، وألغا من آخر، فخلط الالفين، فالالفان شركة بين المالكين بردهما عليهما. وبه قال الشافعي (٢). وقال أبو حنيفة: يملك الغاصب الالفين معا، ويضمن لكل واحد منهما بدل ألفه، بناه على أصله في تغيير الغصب في يد الغاصب (٣). دليلنا: ما تقدم من أن انتقال ذلك الى ملكه وزواله عن ملك مالكة يحتاج الى دلالة. مسألة ٣٨: إذا غصب حبا فزرعه، أو بيضة فأحتضنتها الدجاجة، فالزرع والفروخ للغاصب. وبه قال أبو حنيفة (٤). وقال الشافعي: هما معا للمغصوب منه (٥). وقال المزني: الفروخ للمغصوب منه، والزرع للغاصب (٦). دليلنا: أن عين الغصب قد تلفت، وإذا تلفت فلا يلزم غير القيمة، ومن

(١) المبسوط ١١: ٧٢، وبدائع الصنائع ٧: ١٦٥، والفتاوى الهندية ٥: ١٢٧ - ١٢٨، والمغني لابن قدامة ٥: ٣٩٧.

(٢) مغني المحتاج ٢: ٣٩٣، وفتح العزيز ١١: ٣٣٣ - ٣٣٣.

(٣) بدائع الصنائع ٧: ١٦٥، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٠٦، والفتاوى الهندية ٥: ١٣٣ - ١٣٣.

(٤) المبسوط ١١: ٩٤ - ٩٥، وفتاوى قاضيخان المطبوع في هامش شرح فتح القدير ٣: ٢٣٤، وبدائع الصنائع ٧: ١٤٨، والفتاوى الهندية ٥: ١٤٠، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٠٥، وفتح العزيز ١١: ٣١٠.

(٥) المجموع ١٤: ٢٤٨، والمبسوط ١١: ٩٥، وبدائع الصنائع ١٤: ٢٤٨، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٠٥، والشرح الكبير ٥: ٣٩٨ - ٣٩٩، وفتح العزيز ١١: ٣١٠.

(٦) فتح العزيز ١١: ٣١٠.

#### [ ٤٢١ ]

يقول: أن الفروخ هو عين البيض. وإن الزرع هو عين الحب مكابر، بل المعلوم



خلافه. مسألة ٣٩: إذا غصب عبدا، فمات في يده، فعليه قيمته، سواء كان قنا أو مديرا أو أم ولد، وسواء مات بسبب، أو مات حتف أنفه. وبه قال الشافعي (١). وقال أبو حنيفة في غير أم الولد بقولنا (٢). وأما أم الولد فان ماتت بسبب - مثل أن لدغتها عقرب، أو سقط عليها حائط - كقولنا، وإن ماتت حتف أنفها فلا ضمان عليه (٣). دليلنا: أنه مضمون بالقيمة، فإذا تلف في يد الغاصب فعليه ضمانه، كالعبد القن. هذا دليل الشافعي. ودليلنا: طريقة الاحتياط، لأنه إذا ضمنها برئت ذمته بيقين، وإن لم يضمنها فليس على براءة ذمته دليل. مسألة ٤٠: إذا غصب حرا صغيرا، فتلف في يده، فلا ضمان عليه. وبه قال الشافعي (٤). وقال أبو حنيفة إن مات حتف أنفه كقولنا (٥)، وإن مات بسبب - مثل أن لدغته عقرب أو حية أو أكله سبع أو سقط عليه حائط - فعليه الضمان (٦). دليلنا: أن الاصل براءة الذمة، فمن شغلها فعليه الدلالة. وإن قلنا بقول أبي حنيفة كان قويا، ودليله طريقة الاحتياط على ما بيناه.

(١) الام ٣: ٢٤٨ - ٢٤٩.

- (٢) النتف ٢: ٧٣٣، وبدائع الصنائع ٦: ١٤٦ و ١٦٧، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٧: ٤٠٥، والفتاوى الهندية ٥: ١٤٩.
- (٣) بدائع الصنائع ٦: ١٤٦، و ١٦٧، والفتاوى الهندية ٥: ١٤٩، والهداية المطبوع في هامش شرح فتح القدير ٧: ٤٠٥.
- (٤) المجموع ١٤: ٢٧٤، والوجيز ١: ٢٠٦، وفتح العزيز ١١: ٢٤٧ - ٢٤٨، والشرح الكبير ٥: ٣٧٩.
- (٥) بدائع الصنائع ٧: ١٤٦ و ١٦٦، والفتاوى الهندية ٥: ١٤٨ - ١٤٩، وفتح العزيز ١١: ٢٤٨.
- (٦) بدائع الصنائع ٧: ١٤٦، والنتف ٢: ٧٣٣، والفتاوى الهندية ٥: ١٤٨ - ١٤٩.

[ ٤٢٣ ]

كتاب الشفعة

مسألة ١: لا شفعة في السفينة، وكل ما يمكن تحويله من الثياب، والحبوب، والسفن، والحيوان وغير ذلك عند أكثر أصحابنا، وعلى الظاهر من رواياتهم (١). وبه قال الشافعي، وأبو حنيفة (٢). وقال مالك: إذا باع سهما من سفينة، كان لشريكه فيها الشفعة. فأجراها مجرى الدار (٣). وحكي عنه: أن الشفعة في كل شئ من الاموال والثياب والطعام والحبوب والحيوان (٤). وفي أصحابنا من قال بذلك (٥)، وهو اختيار المرتضى رضى الله عنه (٦).

- (١) انظر سنن أبي داود ٣: ٢٨٥ باب الشفعة، والسنن الكبرى ٦: ١٠٩ باب لا شفعة فيما ينقل ويحول.
- (٢) المجموع ١٤: ٢٩٩، وكفاية الاخير ١: ١٨٤، والوجيز ١: ٢١٥، وفتح العزيز ١١: ٣٦٤، والسراج الوهاج: ٢٧٤، ومغني المحتاج ٢: ٢٩٦، واللباب ٢: ٥٧، وشرح فتح القدير ٧: ٤٣٥، وبدائع الصنائع ٥: ١٢، والفتاوى الهندية ٥: ١٦٠، وتبيين الحقائق ٥: ٢٥٢، والمبسوط ١٤: ٩٢، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٦٤، والشرح الكبير ٥: ٤٧٢.
- (٣) بداية المجتهد ٢: ٢٥٤، وبدائع الصنائع ٥: ١٢، وشرح فتح القدير ٧: ٤٠٥، وتبيين الحقائق ٥: ٢٥٢، وفتح العزيز ١١: ٣٦٤.
- (٤) بداية المجتهد ٢: ٢٥٤، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٦٤، والشرح الكبير ٥: ٤٧٢، والمجموع ١٤: ٣٠٨، وفتح العزيز ١١: ٣٦٤، ونيل الاوطار ٦: ٨١.
- (٥) وبه قال ابن الجنيدي وأبو الصلاح - في الكافي: ٣٦٢ - وابن البراج - المهذب ١: ٤٥٨ - كما حكاه عنهم العلامة في المختلف: ١٢٤ كتاب الشفعة.
- (٦) الانتصار: ٢١٥.

[ ٤٢٦ ]

دليلنا: الاخبار المعتمدة التي ذكرناها في تهذيب الاحكام (١). وأيضا روى جابر قال: " إنما جعل رسول الله صلى الله عليه وآله الشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة " (٢). ولفظة " إنما " موضوعة لاشتمال ما تناوله اللفظ ونفي ما عداه، فكان الظاهر أنه لا شفعة إلا فيما يقع فيه الحدود، وتصرف له الطرق، فمن أوجبها في غير هذا فقد خالف في ذلك. وروى جابر أن النبي صلى الله

عليه وآله قال: " لا شفعة إلا في ربع أو حائط " (٣). ولان إيجاب الشفعة حكم شرعي، وما ذكرناه مجمع عليه، وليس على ما قالوه دليل. مسألة ٢: إذا باع زرعاً أو ثمرة مع الاصل بالشرط، كانت الشفعة ثابتة في الاصل دون الزرع والثمرة. وبه قال الشافعي (٤).

(١) من لا يحضره الفقيه ٣: ٤٦ حديث ١٥٩، والتهذيب ٧: ١٦٦ حديث ٧٢٨، والاستبصار ٣: ١١٨ حديث ٤٢٠.  
(٢) سنن أبي داود ٣: ٢٨٥ حديث ٢٥١٤، وسنن الدارقطني ٤: ٢٣٣ حديث ٩٩، والمصنف لعبد الرزاق ٨: ٧٩ حديث ١٤٣٩١، وسنن ابن ماجه ٢: ٢٥ حديث ٢٤٩٩، وصحيح البخاري ٣: ١١٤، والاحسان بترتيب صحيح ابن حبان ٧: ٢١٠ حديث ٥١٦١، والسنن الكبرى ٦: ١٠٢، ومسند أحمد بن حنبل ٣: ٢٩٦، وتلخيص الحبير ٣: ٥٥ حديث ١٢٧٤ و ١٢٧٥ والدراية في تخريج أحاديث الهداية ٢: ٢٠٣ حديث ٨٩٥ وفي البعض منها اختلاف يسير في لفظ الحديث.  
(٣) صحيح مسلم ٣: ١٢٢٩ حديث ١٢٤ و ١٢٥، وسنن الدارقطني ٤: ٢٢٤ حديث ٧٦، والسنن الكبرى ٦: ١٠٤، وفي الدراية في تخريج أحاديث الهداية ٢: ٢٠٢ حديث ٨٨ باختلاف يسير في اللفظ.  
(٤) المجموع ١٤: ٣٠٨، وكفاية الاخير: ١٨٤، والسراج الوهاج: ٢٧٤ ومغني المحتاج ٢: ٢٩٧، وفتح العزيز ١١: ٣٦٧ و ٣٧٠، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٦٤، والشرح الكبير ٥: ٤٧١.

#### [ ٤٢٧ ]

وقال أبو حنيفة: تجب في الزرع والثمار مع الاصل (١). دليلنا: أن ما قلناه مجمع عليه وليس على ما قالوه دليل. وأيضاً روى جابر قال: " إنما جعل رسول الله صلى الله عليه وآله الشفعة في كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة " (٢). فالظاهر انها تجب فيما يقع فيه الحدود وتصرف له الطرق، فمن أوجبها في غيرها فقد ترك الخبر المذكور. مسألة ٣: لا تثبت الشفعة بالجوار، وإنما تثبت للشريك المخالط. وبه قال في الصحابة عمر، وعثمان، وفي التابعين عمر بن عبد العزيز، وسعيد بن المسيب، وسليمان بن يسار، ويحيى بن سعيد الأنصاري، وفي الفقهاء ربيعة، ومالك، والشافعي، وأهل الحجاز، والاوزاعي، وأهل الشام، وأحمد، وإسحاق، وأبو ثور (٣). وتثبت عندنا زائداً على الخلطة بالاشتراك في الطريق. وبه قال سوار بن

(١) اللباب ٢: ٦٧، وبدائع الصنائع ٥: ٢٨، والهداية المطبوع في هامش شرح فتح القدير ٧: ٤٢٤، والفتاوى الهندية ٥: ١٨٠، والمجموع ١٤: ٣٠٨، وفتح العزيز ١١: ٣٦٧ و ٣٧٠، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٦٤، والشرح الكبير ٥: ٤٧١.  
(٢) سنن أبي داود ٣: ٢٨٥ حديث ٢٥١٤، وسنن الدارقطني ٤: ٢٣٣ حديث ٩٩، والمصنف لعبد الرزاق ٨: ٧٩ حديث ١٤٣٩١، وسنن ابن ماجه ٢: ٢٥ حديث ٢٤٩٩، وصحيح البخاري ٣: ١١٤، والاحسان بترتيب صحيح ابن حبان ٧: ٢١٠ حديث ٥١٦١، والسنن الكبرى ٦: ١٠٢، ومسند أحمد بن حنبل ٣: ٢٩٦، وتلخيص الحبير ٣: ٥٥ حديث ١٢٧٤ و ١٢٧٥، والدراية في تخريج أحاديث الهداية ٢: ٢٠٣ حديث ٨٩٥ وفي البعض منها اختلاف يسير في اللفظ لا يضر.  
(٣) الام ٤: ٥، والمجموع ١٤: ٣٠٥، والوجيز ١: ٢١٥، وفتح العزيز ١١: ٢٩٣، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٦١، والشرح الكبير ٥: ٤٦٦، وبداية المجتهد ٢: ٢٥٣، وبلغة السالك ٢: ٢٢٨، والشرح الصغير بهامش بلغة السالك ٢: ٢٨٨، وجواهر الاكليل ٢: ١٥٧، وأسهل المدارك ٣: ٣٧، وفتح الرحيم ٢: ١٢٢، والبحر الزخار ٥: ٩، وتبيين الحقائق ٥: ٢٤٠، ونيل الاوطار ٦: ٨١.

#### [ ٤٢٨ ]

عبد الله القاضي، وعبيد الله بن الحسن العنبري، فانهما أوجباها بالشركة في المبيع والطريق دون الجوار (١). كما نقوله نحن. وذهب أهل الكوفة إلى أنها تثبت بالشركة والجوار، لكن الشريك أحق، فان ترك فالجار أحق. ذهب إليه ابن شبرمة، والثوري، وأبو حنيفة وأصحابه، وعبد الله بن مبارك (٢). ولابي حنيفة تفصيل قال: الشفعة تجب بأحد أسباب ثلاثة: الشركة في المبيع، والشركة في الطريق، وان شريكا في الطريق أولى من الجار اللازم. ثم بالجوار بيان هذا: ان كان شريكا في المبيع فهو أحق من الشريك في الطريق، وان كان شريكا في الطريق فهو أحق وان لم يكن شريكا في المبيع. مثل: ان كان الدرب لا ينفذ وفيه دور كثيرة، فان الطريق

مشترك بين أهله، فان باع صاحب الصدر داره - وذلك في آخر الدرب - فالشفعة للذي يليه، فان ترك فللذي يليه ابدأ من الجانبين كذلك الى آخر الدرب. فان لم يبق في أهل الدرب من يريد الشفعة كانت للجار اللزيق الذي ليس بشريك في الطريق - وهو الذي في ظهر داره الى درب غير هذا الدرب - فان ترك هذا الشفيع الشفعة فلا شفيع هناك. وإن كان الدرب نافذاً، فالشفعة للجار اللزيق فقط، سواء كان باب داره في هذا الدرب أو في غيره، فإذا كان محاذياً في درب نافذ وعرض الطريق ذراع فلا شفعة (٣). وها هنا قال الشافعي: منعت من بينك وبينه ذراع واعطيت من

- (١) المجموع ١٤: ٣٠٥، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٦١، والشرح الكبير ٥: ٤٦٦.  
(٢) المبسوط ١٤: ٩٤، وبدائع الصنائع ٥: ٨، والمجموع ١٤: ٣٠٣، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٦١، والشرح الكبير ٥: ٤٦٦، والبحر الزخار ٥: ٨، ونيل الاوطار ٦: ٨١.  
(٣) اللباب ٢: ٥٤، والمبسوط ١٤: ٩٤ - ٩٥، وبدائع الصنائع ٥: ٨، والفتاوى الهندية ٥: ١٦٦، وعمدة

### [ ٤٢٩ ]

هو منك على ألف ذراع (١)، وهذا التفصيل يبين فيه مواضع المعاني. دليلنا: أخبارنا التي ذكرناها في كتابنا الكبير (٢)، وإجماع الفرقة عليها. وأيضاً فما قلناه مجمع على ثبوت الشفعة فيه، وما قالوه ليس عليه دليل. وروى جابر أن النبي صلى الله عليه وآله قال: " الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود فلا شفعة " (٣). وروى أبو هريرة قال: " قضى رسول الله صلى الله عليه وآله بالشفعة فيما لم يقسم " (٤). وأي مال اقتسم وأرف عليه فلا شفعة فيه " (٥). ومعنى أرف عليه: أي أعلم عليه. قال أبو عبيد: يقال أرفتها تأريفاً: أي أعلمت عليها علامات، وهي لغة أهل الحجاز (٦). وأما الذي يدل على أن الشفعة بالطريق تثبت فإجماع الفرقة. وروى جابر أن النبي صلى الله عليه وآله قال: " الجار أحق بشفعة جاره،

- القاري ٢: ٧٣، والهداية في هامش فتح القدير ٧: ٤٠٦، وتبيين الحقائق ٥: ٢٤٠، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٦١، والشرح الكبير ٥: ٤٦٦، وفتح العزيز ١١: ٣٩٣ و ٣٩٦. (١)  
الام ٤: ٩ و ٧: ١١١، ومختصر المزني: ١١٩، والبحر الزخار ٥: ٨.  
(٢) انظر التهذيب ٧: ١٦٤ حديث ٧٣٥ و ٧٣٦.  
(٣) سنن أبي داود ٣: ٢٨٥ حديث ٣٥١٤، وسنن الدارقطني ٤: ٢٣٢ حديث ٩٩، والمصنف لعبد الرزاق ٨: ٧٩ حديث ١٤٣٩١، وسنن ابن ماجه ٢: ٢٥ حديث ٢٤٩٩، وصحيح البخاري ٢: ١١٤، والاحسان بترتيب صحيح ابن حبان ٧: ٣١٠ حديث ٥١٦١، والسنن الكبرى ٦: ١٠٢، ومسند أحمد بن حنبل ٣: ٢٩٦، وتلخيص الحبير ٣: ٥٥ حديث ٤: ١٢٧ و ١٢٧٥، والدراية في تخريج أحاديث الهداية ٢: ٢٠٣ حديث ٨٩٥، وفي البعض منها اختلاف يسير في اللفظ لا يضر بالمعنى.  
(٤) السنن الكبرى ٦: ١٠٣.  
(٥) استشهد به ابن الاثير في النهاية ١: ٣٩، وابن منظور في لسان العرب ٩: ٦، والزيبي في تاج العروس ٦: ٣٩، ولم أقف عليه في الكتب المتوفرة لدي.  
(٦) لسان العرب ٩: ٦، وتاج العروس ٦: ٣٩ مادة " أرف ".

### [ ٤٣٠ ]

ينتظر بها وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً " (١). مسألة ٤: مطالبة الشفيع على الفور فان تركها مع القدرة عليها بطلت شفيعته وبه قال أبو حنيفة (٢). وهو أصح أقوال الشافعي، وهو الذي نقله المزني (٣)، وله ثلاثة أقوال آخر غير هذا. أحدها: الذي يرويه الطحاوي عن المزني عنه، أن الشفيع بالخيار ثلاثاً، فان مضت ثلاثة بطل خياره. وبه قال ابن أبي ليلى والثوري (٤). ونص في القديم على قولين: أحدهما: خياره على التراخي لا يسقط إلا بصريح العفو، فيقول: عفوت أو يلوح به بأن يقول للمشتري: بعني الشقص أو هبه لي فان فعل شيئاً من هذا والا كان للمشتري أن يرافعه إلى الحاكم، فيقول: إما أن تأخذ أو تدع. وهو ظاهر قول مالك، لانه قال: له الخيار ما لم يتناول الوقت. فقيل له: إذا مضت سنة فقد تناول الوقت، فقال: ما أظنه تناول (٥).

- (١) سنن أبي داود ٣: ٢٨٦ حديث ٢٥١٨، وسنن ابن ماجه ٢: ٨٣٣ حديث ٢٤٩٤.

والسنن الكبرى ٦: ١٠٦، وسنن الترمذي ٣: ٦٥١ حديث ١٣٦٩، والمصنف لعبد الرزاق ٨: ٨١، وشرح معاني الآثار ٤: ١٢٠، وتلخيص الحبير ٣: ٥٦ حديث ١٣٧٧، وفي البعض منها اختلاف يسير في اللفظ فلاحظ.

(٢) اللباب ٢: ٥٦، وعمدة القاري ١٢: ٧٣، وبدائع الصنائع ٥: ٢١، والفتاوى الهندية ٥: ١٦٢، وتبيين الحقائق ٥: ٢٤٢ - ٢٤٣ و ٢٤٩، والام ٤: ٧ و ٧: ١٠٩، والمجموع ١٤: ٣١٣، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٧٧، وبداية المجتهد ٢: ٢٥٩، والشرح الكبير ٥: ٤٧٣، والبحر الزخار ٥: ١٢.

(٣) مختصر المزني: ١٢٠، والوجيز ١: ٢٢٠، والمجموع ١٤: ٣١٣، ومغني المحتاج ٢: ٣٠٧، والسراج الوهاج: ٢٧٨، وفتح العزيز ١١: ٤٩٠، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٧٧، والشرح الكبير ٥: ٤٧٣، وبداية المجتهد ٢: ٣٦٠.

(٤) الام ٤: ٧ و ٧: ١٠٩، والمجموع ١٤: ٣١٣، والوجيز ١: ٢٢٠، وفتح العزيز ١١: ٤٩٠، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٧٨، والشرح الكبير ٥: ٤٧٣، وبداية المجتهد ٢: ٣٦٠.

(٥) الموطأ ٢: ٧١٥، والمدونة الكبرى ٥: ٤٠٤، وفتح الرحيم ٢: ١٢٣، وأسهل المدارك ٣: ٤١، وبداية

### [ ٤٣١ ]

والثاني أنه على التأبيد كالقصاص، حتى قال: لا يملك المشتري مرافعته الى الحاكم، بل الخيار إليه، ولا اعتراض عليه (١). قال ابن المنذر: وبهذا القول قال جماعة من أهل العلم، فيكون على القول الثالث يملك مطالبة الشفيع بالشفعة، أو الاخذ، وعلى الرابع لا يملك. دليلنا على ما قلناه: إجماع الفرقة أنه يملك فيه المطالبة، وما عداه ليس عليه دليل. مسألة ٥: الشفعة لا تبطل بالغيوبة، بل للغائب شفعة. وبه قال جميع الفقهاء (٢). وحكي عن النخعي أنه قال: الشفعة تبطل بالغيبة (٣). دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٤)، ولأن إبطالها بالغيبة يحتاج الى دلالة، وليس في الشرع ما يدل عليه. مسألة ٦: إذا اختلف المشتري والشفيع في الثمن، ومع كل واحد منهما بينة، قبلت بينة المشتري. وبه قال الشافعي وأبو يوسف (٥).

المجتهد ٢: ٢٥٩ - ٣٦٠، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٧٧، والشرح الكبير ٥: ٤٧٣، وعمدة القاري ١٢: ٧٣، وفتح العزيز ١١: ٤٩١، والبحر الزخار ٥: ١٢. (١) الام ٧: ١٠٩، والمجموع ١٤: ٣١٣، والوجيز ١: ٣٢٠، وفتح العزيز ١١: ٤٩١، والبحر الزخار ٥: ١٢.

(٢) الموطأ ٢: ٧١٥، والمدونة الكبرى ٥: ٤١٨، والمجموع ١٤: ٤٢٧، والوجيز ١: ٣٢٠، والسراج الوهاج: ٢٧٩، ومغني المحتاج ٢: ٣٠٧، وفتح العزيز ١١: ٤٩٣، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٨٥، والشرح الكبير ٥: ٤٧٧، وبداية المجتهد ٢: ٢٥٩، وأسهل المدارك ٣: ٤١ و ٤٤، وعمدة القاري ١٢: ٧٥، وتبيين الحقائق ٥: ٢٤٤.

(٣) المغني لابن قدامة ٥: ٤٨٥، والشرح الكبير ٥: ٤٧٧.

(٤) الكافي ٥: ٢٨١ حديث ٦، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ٤٦ حديث ١٦٠، والتهذيب ٧: ١٦٦ حديث ٧٣٧.

(٥) مختصر المزني: ١٢١، والمجموع ١٤: ٢٤٩، واللباب ٢: ٦٣، وعمدة القاري ١٢: ٧٥، والفتاوى الهندية ٥: ١٨٥، وبدائع الصنائع ٥: ٢١، والهداية في هامش شرح فتح القدير ٧: ٤٢٥، وتبيين

### [ ٤٣٢ ]

وقال أبو حنيفة ومحمد: البينة بينة الشفيع لانه الخارج (١). دليلنا: أن المشتري هو المدعي للثمن، والشفيع ينكره، والبينة على المدعي (٢). مسألة ٧: إذا كان الشراء بثمن له مثل كالحبوب والاثمان، كان للشفيع الشفعة بلا خلاف. وإن كان بثمن لا مثل له كالثياب والحيوان ونحو ذلك فلا شفعة له. وبه قال الحسن البصري وسوار القاضي (٣). وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي: له الشفعة، وبأخذها بقيمة الثمن، والاعتبار بقيمته حين العقد لا حين الاخذ بالشفعة على قول الشافعي (٤)، وعلى قول مالك: بقيمته حين المحاكمة (٥). دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٦)، ولأن إيجاب الشفعة في مثل هذا يحتاج

الحقائيق ٥: ٢٤٧، والمغني لابن قدامة ٥: ٥١٥، والشرح الكبير ٥: ٥٢٥، والبحر الزخار ٥: ٢٧. (١) اللباب ٢: ٦٣، وعمدة القاري ١٢: ٧٥، وبدائع الصنائع ٥: ٣١ - ٣٢، والفتاوى الهندية ٥: ١٨٥، وتبيين الحقائق ٥: ٢٤٧، والهداية في هامش شرح فتح القدير ٧: ٤٢٤، وشرح العناية على الهداية في هامش شرح فتح القدير ٧: ٤٢٤.

والمغني لابن قدامة ٥: ٥١٥، والشرح الكبير ٥: ٥٢٥، والمجموع ١٤: ٣٤٩، والبحر الزخار ٥: ٣٧.  
 (٢) إشارة الى الحديث المتقدم في المسألة ٢١٧ من كتاب البيع " البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه " فلاحظ.  
 (٣) المغني لابن قدامة ٥: ٥٠٥، والشرح الكبير ٥: ٥٢٤.  
 (٤) بدائع الصنائع ٥: ٣٦، وتبيين الحقائق ٥: ٢٤٩، وبداية المجتهد ٢: ٢٥٦، والمجموع ١٤: ٣١٨، والوجيز ١: ٢١٧، ومغني المحتاج ٢: ٣٠١، والسراج الوهاج: ٢٧٦، وفتح العزيز ١١: ٤٤٨، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٠٥، والشرح الكبير ٥: ٥٢٤.  
 (٥) المجموع ١٤: ٣٢٠، والسراج الوهاج: ٢٧٦، ومغني المحتاج ٢: ٣٠١، والوجيز ١: ٢١٧، وفتح العزيز ١١: ٤٤٨، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٠٥، والشرح الكبير ٥: ٥٢٤.  
 (٦) التهذيب ١٦٧ حديث ٧٤٠، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ٤٧ حديث ١٦٤، ويدل على ذلك أيضا عموم الاخبار الواردة في باب الشفعة من كتاب الكافي ٥: ٢٨٠، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ٤٥، والتهذيب ٧: ١٦٣ فلاحظ.

### [ ٤٢٣ ]

الى دليل. مسألة ٨: إذا تزوج امرأة وأمهرها شقصا، لا يستحق الشفعة عليها. وبه قال أبو حنيفة وأصحابه (١). وقال الشافعي: الشفعة تجب بمهر المثل. وبه قال الحارث العكلي (٢) (٣). وقال مالك وابن أبي ليلى: تجب الشفعة، لكنه يأخذ بقيمة الشقص لا بمهر المثل (٤). دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٥)، ولان إثبات الشفعة في مثل هذا يحتاج الى دلالة. مسألة ٩: إذا اشترى شقصا بمائة إلى سنة، كان للشفيع المطالبة بالشفعة، وهو مخير بين أن يأخذه في الحال ويعطي ثمنه حالا، وبين أن يصبر إلى سنة ويطلب بالثمن الواجب عندها.

(١) اللباب ٢: ٥٨، وبدائع الصنائع ٥: ١٢، والمبسوط ٤: ١٤٥، والهداية المطبوع في هامش شرح فتح القدير ٧: ٤٣٦، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٦٩، والشرح الكبير ٥: ٤٦٥ و ٥٣٣، والام ٤: ٧، والمجموع ١٤: ٣٢١، وفتح العزيز ١١: ٤٢٩.  
 (٢) أبو الحسن، الحارث بن يزيد العكلي التيمي. كان فقيها من أصحاب ابراهيم، من عليتهم، قديم الموت، لم يرو عنه إلا الشيوخ، روى عن أبي زرعة بن عمرو، والشعبي، وابراهيم النخعي، وعبد الله ابن يحيى الحضرمي، تهذيب التهذيب ٢: ١٦٣.  
 (٣) الام ٤: ٣ و ٧، والسراج الوهاج: ٢٧٥، والمجموع ١٤: ٣٢١، ومغني المحتاج ٢: ٢٩٨، وفتح العزيز ١١: ٤٤٩، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٦٩، والشرح الكبير ٥: ٤٦٥ و ٥٣٣، وبدائع الصنائع ٥: ١٢، والهداية المطبوع في هامش شرح فتح القدير ٧: ٤٣٦.  
 (٤) أسهل المدارك ٣: ٣٩ - ٤٠، والشرح الصغير في هامش بلغة السالك ٢: ٢٢٩، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٦٩، والشرح الكبير ٥: ٤٦٥ و ٥٣٣، والمجموع ١٤: ٣٢٢، وفتح العزيز ١١: ٤٤٩.  
 (٥) انظر ما رواه الشيخ الصدوق قدس سره في من لا يحضره الفقيه ٣: ٤٧ حديث ١٦٥ والشيخ المؤلف قدس سره في التهذيب ٧: ١٦٧ حديث ٧٤٢.

### [ ٤٢٤ ]

وللشافعي فيه ثلاثة أقوال: أحدها: مثل ما قلناه (١). والثاني: أنه يأخذه بمائة الى سنة كما اشتراه (٢). وبه قال مالك، غير أن مالكا قال: إن كان الشفيع غير ملى، كان للمشتري مطالبته بضمين ثقة بضمن له الثمن الى محله (٣). وهذا قوي أيضا، ذكرناه في النهاية (٤)، واليه ذهب قوم من أصحابنا (٥). والثالث: قال في الشروط: يأخذه بسلعة تساوي مائة الى سنة (٦). دليلنا: أن الشفعة قد وجبت بنفس الشراء، والذمم لا تتساوى، فوجب عليه الثمن حالا أو يصبر إلى وقت الحلول، فيطالبه بالشفعة مع الثمن. مسألة ١٠: إذا مات وخلف إبنين ودارا فهي بينهما نصفين، فان مات أحدهما وخلف إبنين كان نصف أبيهما بينهما نصفين، ولعمهما النصف، ولكل واحد منهما الربع، فان باع أحدهما نصيبه من أجنبي فلا شفعة لاحد. وللشافعي في أن الشفعة لآخيه وحده أم لا؟ قولان:

(١) الام ٤: ٣، والمجموع ١٤: ٣١١، والسراج الوهاج: ٢٧٦ - ٢٧٧، ومغني المحتاج ٢: ٣٠١، وفتح العزيز ١١: ٤٥٠، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٠٧، والشرح الكبير ٥: ٥٣٣، وبداية المجتهد ٢: ٢٥٦، والمحلّى ٩: ٩٥، والبحر الزخار ٥: ١٥.  
 (٢) المجموع ١٤: ٣١١، ومغني المحتاج ٢: ٣٠١، وفتح العزيز ١١: ٤٥٠، والمغني لابن قدامة

- ٥: ٥٠٧، والشرح الكبير ٥: ٥٢٣، وبداية المجتهد ٢: ٢٥٦، والمحلى ٩: ٩٥.  
 (٣) الموطا ٢: ٧١٥، وبداية المجتهد ٢: ٢٥٦، والشرح الصغير في هامش بلغة السالك  
 ٢: ٢٣٩، والمحلى ٩: ٩٥، والمجموع ١٤: ٣١٤، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٠٧، والشرح  
 الكبير ٥: ٥٢٣، ومغني المحتاج ٢: ٣٠١.  
 (٤) النهاية: ٤٢٥.  
 (٥) ممن ذهب إليه الشيخ المفيد محمد بن محمد بن النعمان قدس سره في  
 المقنعة: ٩٦.  
 (٦) المجموع ١٤: ٣١١، وفتح العزيز ١١: ٤٥٠، والبحر الزخار ٥: ١٥.

#### [ ٤٣٥ ]

أحدهما لآخيه وحده دون عمه. وبه قال مالك (١). والثاني: لآخيه وعمه سواء.  
 وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وهو اختيار المزني (٢). ومن قال من أصحابنا: أن الشفعة  
 على عدد الرؤوس (٣)، كذا يجب أن يقول به. دليلنا: الأخبار التي ذكرناها في الكتاب  
 الكبير (٤). ولأن الشريك إذا كان واحدا فالشفعة ثابتة بلا خلاف، وإن كانوا أكثر فليس  
 على ثبوتها دلالة، وهذه فرع على ذلك. مسألة ١١: عندنا أن الشريك إذا كان أكثر من  
 واحد بطلت الشفعة، فلا يتصور الخلاف في أن الشفعة على قدر الرؤوس، أو على قدر  
 الأنصاء (٥)، وهو انفراد. ذهب قوم من أصحابنا إلى أنها تستحق وإن كانوا أكثر من  
 واحد، وقالوا: على قدر الرؤوس (٦). وبه قال أهل الكوفة: النخعي، والشعبي، والثوري،  
 وأبو حنيفة وأصحابه، وهو أحد قولي الشافعي، وهو اختيار المزني (٧).

- (١) الام ٤: ٣، والمجموع ١٤: ٣٢٧ و ٣٣٣، وفتح العزيز ١١: ٤٧٨، والموطا ٢: ٧١٥،  
 والشرح الصغير في هامش بلغة السالك ٢: ٣٣٤، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٢٤، والشرح  
 الكبير ٥: ٥٤٣.  
 (٢) الام ٤: ٣، والمجموع ١٤: ٣٢٦ و ٣٣٣، وفتح العزيز ١١: ٤٧٧ و ٤٧٨، ومغني المحتاج  
 ٢: ٣٠٥، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٢٤، والشرح الكبير ٥: ٥٤٣.  
 (٣) ذهب إليه الشيخ الصدوق في من لا يحضره الفقيه ٣: ٤٦ ذيل حديث ١٦٢، وابن  
 الجنيدي على ما حكاه عنه العلامة الحلبي في المختلف: ١٢٥ من كتاب الشفعة.  
 (٤) الكافي ٥: ٢٨١ حديث ٧ و ٨، والفقيه ٢: ٤٦ حديث ١٦٢، والتهذيب ٧: ١٦٤ حديث  
 ٧٢٩ و ٧٣٠، والاستبصار ٣: ١١٦ حديث ٤١٢ و ٤١٣.  
 (٥) الأنصاء: العلائم. انظر مجمع البحرين ٢: ١٧٤ مادة " نصب ".  
 (٦) ذهب إليه ابن الجنيدي على ما حكاه عنه العلامة في مختلف الشيعة: ١٢٥ من  
 كتاب الشفعة، والشيخ الصدوق في من لا يحضره الفقيه ٣: ٤٦ ذيل الحديث ١٦٢  
 فلاحظ.  
 (٧) مختصر المزني: ١٢٠، والمجموع ١٤: ٣٢٦ و ٣٤٥، ومغني المحتاج ٢: ٢٠٥، والسراج  
 الوهاج:

#### [ ٤٣٦ ]

والقول الآخر: أنه على قدر الأنصاء، وهو الاصح عندهم، واختاره أبو حامد  
 الأسفرايني، وبه قال سعيد بن المسيب، والحسن البصري، وعطاء، ومالك، وهو قول  
 أهل الحجاز، وبه قال أحمد وإسحاق (١). دليلنا على المسألة الأولى: أنه إذا كان  
 الشريك واحدا فلا خلاف في ثبوت الشفعة، وإذا كانوا أكثر من ذلك فلا دليل على ثبوت  
 الشفعة لهم، وأخبار أصحابنا التي يعتمدونها ذكرناها في الكتاب الكبير (٢). ونصرة  
 القول الآخر أخبار رويت في هذا المعنى (٣)، والاقوى عندي الأول. مسألة ١٢:  
 المنصوص لأصحابنا أن الشفعة لا تورث (٤). وبه قال أبو حنيفة وأصحابه (٥). وقال قوم  
 من أصحابنا: أنها تورث مثل سائر الحقوق، وهو اختيار المرتضى

- ٢٧٨، وفتح العزيز ١١: ٤٧٧، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٢٣، والشرح الكبير ٥: ٤٩٠،  
 والهداية في هامش شرح فتح القدير ٧: ٤١٤، وشرح العناية على الهداية في هامش  
 شرح فتح القدير أيضا ٧: ٤١٤، والبحر الزخار ٥: ٩. (١) الموطا ٢: ٧١٥، وبداية المجتهد  
 ٢: ٢٥٧، والمدونة الكبرى ٥: ٤٠١، وفتح الرحيم ٢: ١٢٢ - ١٢٣، ومختصر المزني: ١٢٠،  
 والمجموع ١٤: ٣٣٦ و ٣٤٥، وفتح العزيز ١١: ٤٧٧، والسراج الوهاج: ٢٧٨، ومغني  
 المحتاج ٢: ٣٠٥، والوجيز ١: ٢١٩، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٢٣، والشرح الكبير ٥: ٤٩٠،  
 والبحر الزخار ٥: ٩، والهداية في هامش شرح فتح القدير ٧: ٤١٤، وشرح العناية  
 بهامش شرح فتح القدير أيضا ٧: ٤١٤.

(٢) التهذيب ٧: ١٦٤ حديث ٧٢٩ و ٧٣٠، والاستبصار ٣: ١١٦ حديث ٤١٢ و ٤١٣، والكافي ٥: ٢٨١ حديث ٧ و ٨.  
(٣) من لا يحضره الفقيه ٣: ٤٥ حديث ١٥٤ و ١٥٦، والتهذيب ٧: ١٦٥ حديث ٧٣٦ و ٧٣١، وص ١٦٦ حديث ٧٣٦، والاستبصار ٣: ١١٦ حديث ٤١٦ و ٤١٧.  
(٤) انظر من لا يحضره الفقيه ٣: ٤٥ حديث ١٥٨، والتهذيب ٧: ١٦٧ حديث ٧٤١.  
(٥) بدائع الصنائع ٥: ١٤ و ٢٢، وعمدة القاري ١٢: ٧٥، وبداية المجتهد ٢: ٣٦٠، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٣٦، والشرح الكبير ٥: ٥١٦، وفتح العزيز ١١: ٤٧٧.

#### [ ٤٣٧ ]

رضي الله عنه (١). وبه قال الشافعي، ومالك، وعبيد الله بن الحسن العنبري البصري (٢). دليلنا على أنها لا تورث: أن كونها ميراثا يحتاج إلى دليل، ولا دليل في الشرع، وأخبارنا في ذلك ذكرناها في الكتاب الكبير (٣). ومن نصر ما حكيناه من أنها تورث قال: إذا كان ذلك حقا للحق، ثابتا له، يملك المطالبة به، فورثته يقومون مقامه في جميع أملاكه وهذا من جملة ذلك. ودليل الأول أيضا أنه لا يخلو إما أن يكون ملكوها بما تجدد لهم من الملك أو بملك المورث، فبطل أن تكون ملكوها بما تجدد لهم من الملك، لأن ذلك لا يملك به شئ مضى، وبطل أن يكون ملكوها بملك المورث، لأن الانسان لا يستحق الشفعة بملك غيره، وبطل أن يكون للشفيع لأن ملكه زال عنه، فلم يبق إلا أنها بطلت. والقول الآخر استدل على صحته بقول الله تعالى: " ولكم نصف ما ترك أزواجكم " (٤) وهذا من جملة ما ترك. وطعن على هذا بأن لا نسلم، أنها تركت لأن حقها بطل بالموت. مسألة ١٣: إذا اشترى دارا، ووجب للشفيع فيها الشفعة، فأصابها هدم أو غرق أو ما أشبه ذلك، فإن كان ذلك بأمر سماوي، فالشفيع بالخيار بين أن

(١) ممن قاله الشيخ المفيد في المقنعة: ٦، وابن الجنيدي والسيد المرتضى على ما حكاه عنهم العلامة الحلبي في المختلف: ١٢٨ من كتاب الشفعة فلاحظ.  
(٢) مختصر المزني: ١٢٠، والمجموع ١٤: ٣٤٤ - ٣٤٥، ومغني المحتاج ٢: ٣٠٥، وفتح العزيز ١١: ٤٧٧، وعمدة القاري ١٢: ٧٥، وبدائع الصنائع ٥: ٢٢، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٣٧، والشرح الكبير ٥: ٥١٦، وبداية المجتهد ٢: ٣٦٠.  
(٣) انظر التهذيب ٧: ١٦٧ حديث ٧٤١، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ٤٥ حديث ١٥٨.  
(٤) النساء: ١٢.

#### [ ٤٣٨ ]

يأخذها بجميع الثمن، أو يترك. وإن كان يفعل آدمي، كان له أن يأخذ العرصة بحصتها من الثمن، وبه قال أبو حنيفة (١). وللشافعي فيه قولان (٢). وأصحابه على خمس طرق: أحدها: مثل ما قلناه، وهو أضعفها عندهم (٣). والثانية: إذا انتقض البناء وانفصل، فالشفيع يأخذ العرصة بالشفعة، وما اتصل بها من البناء دون المنفصل عنها على قولين: أحدهما: يأخذ المتصل بكل الثمن أو يتركه. والقول الآخر: أنه يأخذه بحصته من الثمن أو يدع، وهو أصح القولين عندهم (٤). وثالثها: إن كان البعض الذي لحقه عيب، مثل شق الحيطان، وتغير السقف، وميل الحائط، فإن المشتري بالخيار بين أن يأخذه بكل الثمن أو يرده. وإن كان النقصان انتقاض البناء والالة، لم يدخل النقص في الشفعة. وبكم يأخذ الشفيع ما عداه على القولين، وما انفصل لا يدخل في الشفعة كما قال الأول، ويأخذ ما عداه بالحصه من الثمن قولاً واحداً، وهو ما نص عليه في القديم (٥). ورابعها: أنه إذا انتقض البناء، وكانت الاعيان المنهدمة موجودة، دخلت

(١) اللباب ٢: ٦٧، وتبيين الحقائق ٥: ٢٥١، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٠٤، والشرح الكبير ٥: ٥٠٣، وفتح العزيز ١١: ٤٥٣.  
(٢) فتح العزيز ١١: ٤٥٣ - ٤٥٤، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٠٣ - ٥٠٤، والشرح الكبير ٥: ٥٠٣.  
(٣) فتح العزيز ١١: ٤٥٣، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٠٤، والشرح الكبير ٥: ٥٠٣.  
(٤) فتح العزيز ١١: ٤٥٣ - ٤٥٤.  
(٥) فتح العزيز ١١: ٤٥٣ - ٤٥٤، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٠٣.

#### [ ٤٣٩ ]



في الشفعة. وان كانت منفصلة عن العرصة، لان يتسلمها بالثمن الذي وقع البيع به، والاستحقاق وجب له حين البيع، وان كانت الاعيان مفقودة يأخذ بحصته من الثمن (١). وخامسها: إنه إذا كانت العرصة قائمة بحالها أخذه بجميع الثمن، سواء كانت الاعيان المنفصلة موجودة أو مفقودة، وان كان بعض العرصة هلك بالغرق اخذ بالحصّة من الثمن (٢). دليلنا: ما رواه جابر أن النبي صلى الله عليه وآله قال: " الشفعة في كل مشترك ربع أو حائط، ولا يحل له أن يبيعه حتى يعرضه على شريكه، فان باعه فشريكه أحق به بالثمن " (٣) فثبت انه يأخذه بذلك الثمن، فمن قال ببعضه فقد ترك الخير. مسألة ١٤: إذا اشترى شيئا وقاسم، وغرس فيه، وبنى، ثم طالب الشفيع بالشفعة، ولم يكن قبل ذلك عالما بالشراء، كان له إجباره على قلع الغراس والبناء إذا رد عليه ما نقص من الغراس والبناء بالقلع. وبه قال الشافعي، ومالك، والنخعي، والاوزاعي، وأحمد، وأسحاق (٤). وقال الثوري وأبو حنيفة وأصحابه: له مطالبته بالقلع، ولا يعطيه ما نقص

(١) فتح العزيز ١١: ٤٥٣ - ٤٥٤.

(٢) فتح العزيز ١١: ٤٥٣ - ٤٥٤.

(٣) صحيح مسلم ٣: ١٢٢٩ حديث ١٣٤ و ١٣٥، وسنن الدارقطني ٤: ٢٢٤ حديث ٧٦، والسنن الكبرى ٦: ١٠٤، والدراية في تخريج أحاديث الهداية ٢: ٢٠٢ حديث ٨٨ مع اختلاف يسير في اللفظ.

(٤) الام ٤: ٧ و ٧: ١٠٩، ومختصر المزني: ١٢٠، والمجموع ١٤: ٣٢٧ و ٣٣٩ - ٣٤٠، وفتح العزيز ١١: ٤٦٣، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٠١، والشرح الكبير ٥: ٥١٣، وبداية المجتهد ٢: ٢٦٠، وبدائع الصنائع ٥: ٢٩، وتبيين الحقائق ٥: ٢٥٠.

#### [ ٤٤٠ ]

بالقلع (١). دليلنا: أن المشتري غرس ملكه في ملكه، فلم يكن متعديا، وإذا لم يكن متعديا وجب أن يرد عليه ما نقص من غرسه بالقلع. ولانه إذا رد عليه ما نقص به من الغرس فلا خلاف أنه له مطالبته بالقلع، وان لم يرد فليس على وجوب القلع دليل. وأيضا قول النبي صلى الله عليه وآله: " لا ضرر ولا ضرار في الاسلام " (٢). يدل على ذلك، لانه متى لم يرد عليه قيمة ما نقص دخل عليه في ذلك الضرر. مسألة ١٥: إذا اشترى النخل والارض، وشرط الثمرة، كان للشفيع أن يأخذ الكل بالشفعة. وبه قال أبو حنيفة، ومالك (٣). وقال الشافعي: له أن يأخذ الكل دون الثمرة. وبه قال عبيد الله بن الحسن العنبري (٤). دليلنا: عموم الاخبار التي رويناها في وجوب الشفعة في المبيع (٥)، والمنع يحتاج الى دليل، وأبو حنيفة ومالك ادعيا أن هذه مسألة اجماع.

(١) اللباب ٢: ٦٦ - ٦٧، وبدائع الصنائع ٥: ٢٩ - ٣٠، والهداية المطبوع في هامش

شرح فتح القدير ٧: ٤٢٠، وتبيين الحقائق ٥: ٢٥٠، والمجموع ١٤: ٣٤٠، والام ٤: ٧ و ٧: ١٠٩، وفتح العزيز ١١: ٤٦٣، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٠١، وبداية المجتهد ٢: ٢٦٠.

(٢) سنن الدارقطني ٤: ٢٢٧ حديث ٨٣ ومسنند أحمد بن حنبل ٥: ٣٢٧، وسنن ابن ماجه ٢: ٧٨٤ حديث ٢٣٤٠ و ٢٣٤١، والدراية في تخريج أحاديث الهداية ٢: ٢٨٢ حديث ١٠٤١.

(٣) المدونة الكبرى ٥: ٤٢٧ - ٤٢٨، وبدائع الصنائع ٥: ٢٨، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٧: ٤٢٤، والفتاوى الهندية ٥: ١٦٥ و ١٨٠، وتبيين الحقائق ٥: ٢٥١، والمجموع ١٤: ٣٤١، وفتح العزيز ١١: ٣٦٧، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٦٤، والشرح الكبير ٥: ٤٧١ - ٤٧٢.

(٤) المجموع ١٤: ٣٤٠، وفتح العزيز ١١: ٣٦٧، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٦٤، والشرح الكبير ٥: ٤٧١ - ٤٧٢.

(٥) انظر الكافي ٥: ٢٨٠ حديث ٢ و ٥ و ٨، والتهذيب ٧: ١٦٤ - ١٦٥ و ١٦٧ حديث ٧٢٨ و ٧٣١ و ٧٤٢، والاستبصار ٣: ١١٧ حديث ٤١٧ و ٤١٨.

#### [ ٤٤١ ]

مسألة ١٦: إذا باع شقصا من مشاع، لا يجوز قسمته شرعا - كالحمام، والارحية (١)، والدور الضيقة، والعضائد (٢) الضيقة - فلا شفعة فيها. وبه قال أهل الحجاز: ربيعة، ومالك، والشافعي، وهو قول عثمان بن عفان (٣). وقال أبو حنيفة، وأصحابه، والثوري، وأبو العباس بن سريج: تجب الشفعة فيها (٤). دليلنا ما رواه أبو

هريرة وجابر، أن النبي صلى الله عليه وآله قال: " الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود فلا شفعة " (٥). وقال جابر: " إنما جعل رسول الله صلى الله عليه وآله الشفعة في كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة " (٦).

- (١) الأرحية: جمع. " والرحى " معروفة مؤنثة مقصورة، والأصل فيها - على ما قالوه - " رحى " قلبت ألفا وحذفت لالتقاء الساكنين بين الألف والتنوين، والمنقلبة عن الياء تكتب بصورة الياء فرقا بينها وبين المنقلبة عن الواو. وكل من مد قال: " رحاء ورحيان وأرحية " جعلها منقلبة عن الواو.
- (٢) العضائد: جمع، وعضادة الطريق ناحيته.
- (٣) المدونة الكبرى ٥: ٤٢٢، وبداية المجتهد ٢: ٢٥٨، والشرح الصغير في هامش بلغة السالك ٢: ٣٢٨، وجواهر الأكليل ٢: ١٥٨، ومختصر المزني: ١٢٠، والمجموع ١٤: ٣٠٠، والوجيز ١: ٢١٥، والسراج الوهاج: ٣٧٥، وفتح العزيز ١١: ٢٨٢، ومغني المحتاج ٢: ٢٩٧، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٦٥، والشرح الكبير ٥: ٤٦٨، وتبيين الحقائق ٥: ٢٥٢، والبحر الزخار ٥: ٥.
- (٤) الفتاوى الهندية ٥: ١٦٠ و ١٦٥، وتبيين الحقائق ٥: ٢٥٢، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٦٥، والشرح الكبير ٥: ٤٦٩، والوجيز ١: ٢١٥، وفتح العزيز ١١: ٢٨٢، والبحر الزخار ٥: ٥.
- (٥) شرح معاني الآثار ٤: ١٢٢، والسنن الكبرى ٦: ١٠٢ - ١٠٣ و ١٠٥، وتلخيص الحبير ٢: ٥٦ حديث ١٢٧٧، وترتيب مسند الشافعي ٢: ١٦٤ حديث ٥٧١.
- (٦) سنن أبي داود ٢: ٢٨٥ حديث ٢٥١٤، وسنن الدارقطني ٤: ٢٣٢ حديث ٩٩، والمصنف لعبد الرزاق ٨: ٧٩ حديث ١٤٣٩١، وسنن ابن ماجه ٢: ٨٢٥ حديث ٢٤٩٩، ومسند أحمد بن حنبل ٣: ٢٩٦، والاحسان بترتيب صحيح ابن حبان ٧: ٢١٠ حديث ٥١٦١، والسنن الكبرى ٦: ١٠٢، وتلخيص الحبير ٢: ٥٥ حديث ١٢٧٤ - ١٢٧٥، والدرية ٢: ٢٠٣ حديث ٨٩٥.

#### [ ٤٤٢ ]

فوجه الدلالة أنه ذكر الشفعة بالالف واللام وهما للجنس، فكان تقديرا لكلمة جنس الشفعة فيما لم يقسم، يعني ما يصح قسمته وما لا يصح قسمته لا يدخل تحته، ولأن إيجاب الشفعة حكم يحتاج الى دلالة شرعية. وأيضا قول النبي صلى الله عليه وآله: " إنما الشفعة في كل ما لم يقسم ". ولفظة " إنما " تفيد معنى " لا " فكأنه قال " لا شفعة في كل ما لم يقسم " فإذا ثبت هذا فان تقدير الدلالة أن قوله: " ما لم يقسم " إنما تفيد ما يقسم، إلا أنه لم يفعل فيه القسمة، لأنه لا يقال فيما لا يقسم ما لم يقسم، وإنما يقال فيما يقسم، فلما قال: " ما لم يقسم " دل على ما قلناه. يؤيد ذلك قوله: " فإذا وقعت الحدود فلا شفعة " فقد تقدر أنه لا شفعة فيما لا يقسم شرعا. وروى أبان بن عثمان بن عفان عن أبيه أنه قال: " لا شفعة في نخل (١) ولا بئر، والارف يقطع كل الشفعة " (٢). وأراد أبار الحجاز، فان اعتمادهم بالسقي عليها، ولا مخالف له في الصحابة. مسألة ١٧: إذا لم ينقص القيمة ولا الانتفاع بالقسمة، قسم بلا خلاف. وإذا نقص الانتفاع والقيمة بالقسمة فلا يقسم بلا خلاف. وما فيه الخلاف قال أبو حنيفة: كل قسمة لا ينتفع الشريك بحصته، أيهما كان، فهي قسمة ضرر، ولا يقسم (٢)، وهو ظاهر مذهب الشافعي (٤)، وهو

- (١) في الموطأ " فحل " موضعا مراده بالفحل هو: فحل النخل. انظر الموطأ ٢: ٧١٧.
- (٢) الموطأ ٢: ٧١٧، والسنن الكبرى ٦: ١٠٥.
- (٣) الفتاوى الهندية ٥: ٢٠٥ و ٢٠٨، وتبيين الحقائق ٥: ٣٦٨، والمجموع ٢٠: ١٨٢، وفتح العزيز ١١: ٣٨٢، وبداية المجتهد ٢: ٣٦٣.
- (٤) المجموع ٢٠: ١٧٤ - ١٧٥ و ١٨٢، والسراج الوهاج: ٢٧٥ و ٦٠٠. وكفاية الاخير ٢: ١٦٧، ومغني المحتاج ٢: ٢٩٧ و ٤: ٤٢٠، والوجيز ٢: ٢٤٨، وفتح العزيز ١١: ٢٨٢، وبداية المجتهد ٢: ٣٦٣.

#### [ ٤٤٣ ]

الصحيح عندي. وقال أصحاب الشافعي كلهم، واختاره أبو حامد الاسفرايني: أن القسمة إذا نقصت القيمة دون الانتفاع فانها غير جائزة (١). دليلنا: أن ما قلناه مجمع عليه، وإنما ادعوا أن ما فيه نقصان القيمة يمنع من القسمة، فعلى من ادعى ذلك فعليه الدلالة. مسألة ١٨: الصبي والمجنون والمجور عليه لسفه لهم الشفعة،

ولوليههم أن يأخذ لهم الشفعة - والولي الاب، أو الجد، أو الوصي من قبل واحد منهما، أو أمين الحاكم إذا لم يكن أب - وللولي ان يأخذ بالشفعة ولا يجب أن ينتظر بلوغ الصبي ورشاده. وبه قال جميع الفقهاء (٢). وقال ابن أبي ليلى: لا شفعة للمحجور عليه (٣). وقال الأوزاعي: ليس للولي الاخذ، لكنه يصبر حتى إذا بلغ ورشد كان له الاخذ أو الترك (٤). دليلنا خبر جابر، وأبي هريرة: أن النبي صلى الله عليه وآله قال: " الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود فلا شفعة " (٥) ولم يفصل وعليه إجماع الفرقة المحقة.

- (١) المجموع ٢٠: ١٧٤، والوجيز ٢: ٢٤٨، ومغني المحتاج ٤: ٤٢٠، والسراج الوهاج: ٦٠٠، وكفاية الاخيار ٢: ١٦٧.
- (٢) الام ٤: ٨، ومختصر المزني: ١٢٠، وبدائع الصنائع ٥: ١٦، وفتح العزيز ١١: ٤٢٤، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٩٥ - ٤٩٦، والشرح الكبير ٥: ٤٨٥، والفتاوى الهندية ٥: ١٩١ - ١٩٢.
- (٣) المحلى ٩: ٩٤، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٩٥، والشرح الكبير ٥: ٤٨٥، والام ٤: ٧، وعمدة القاري ١٢: ٧٥.
- (٤) المغني لابن قدامة ٥: ٤٩٦، والشرح الكبير ٥: ٤٨٧.
- (٥) تقدمت مصادر الحديث في المسألة " ١٦ " فلا حاجة للتكرار فلاحظ.

#### [ ٤٤٤ ]

مسألة ١٩: إذا كان للصبي شفعة، وله في أخذها الحظ، ولم يأخذ الولي عنه بالشفعة، لم يسقط حقه، وكان إذا بلغ له المطالبة بها أو تركها. وبه قال الشافعي، ومحمد بن الحسن، وزفر (١). وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: تسقط شفعتهم، وليس له أخذها (٢). دليلنا: أنه قد ثبت أنها حقه، وليس على سقوطها دلالة، وترك الولي الاخذ ليس بمؤثر في إسقاط حقه، كما لا يسقط ديونه كلها وحقوقه. مسألة ٢٠: إذا كان للصبي شفعة الحظ له تركها، فتركها الولي، وبلغ الصبي ورشد، فإن له المطالبة بالاخذ وله تركه. وبه قال محمد وزفر، وهو أحد قولي الشافعي (٣)، وهو ضعيف عندهم. وله قول آخر وعليه أكثر أصحابه أنه: ليس له المطالبة، وسقط حقه. وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف (٤). دليلنا: ما قلناه في المسألة الاولى سواء.

- (١) الام ٤: ٨، ومختصر المزني: ١٢٠، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٩٥، والشرح الكبير ٥: ٤٨٦، وبدائع الصنائع ٥: ١٦، وتبيين الحقائق ٥: ٣٦٣، والهداية المطبوع في هامش شرح فتح القدير ٧: ٤٥١، وشرح العناية على الهداية في هامش شرح فتح القدير ٧: ٤٥١.
- (٢) بدائع الصنائع ٥: ١٦، والهداية المطبوع في هامش شرح القدير ٧: ٤٥١، وشرح العناية على الهداية في هامش شرح القدير ٧: ٤٥١، وتبيين الحقائق ٥: ٣٦٣، والام ٤: ٧، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٩٦، والشرح الكبير ٥: ٤٨٦.
- (٣) الام ٤: ٨، ومختصر المزني: ١٢٠، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٩٥، والشرح الكبير ٥: ٤٨٦، وبدائع الصنائع ٥: ١٦، وتبيين الحقائق ٥: ٣٦٣، والهداية في هامش شرح فتح القدير ٧: ٤٥١، وشرح العناية على الهداية في هامش شرح فتح القدير ٧: ٤٥١.
- (٤) بدائع الصنائع ٥: ١٦، والفتاوى الهندية ٥: ١٩٢، والهداية المطبوع في هامش شرح فتح القدير ٧: ٤٥١، وشرح العناية على الهداية في هامش شرح فتح القدير ٧: ٤٥١، والام ٤: ٧ و ٨.

#### [ ٤٤٥ ]

وأيضاً جميع الاخبار التي وردت في وجوب الشفعة يتناول هذا الموضوع (١)، ولا دلالة على إسقاطها بترك الولي. مسألة ٢١: إذا باع شقفا بشرط الخيار، فإن كان الخيار للبائع أو لهما فلا شفعة للشفيع، وإن كان الخيار للمشتري فإنه يجب الشفعة للشفيع، وله المطالبة بها قبل إنقضاء الخيار. وبه قال أبو حنيفة (٢)، وهو المنصوص للشافعي (٣). وقال الربيع فيها قول آخر أنه: ليس له الاخذ قبل إنقضاء الخيار (٤). وبه قال مالك (٥)، وهو اختيار أبي إسحاق المروزي (٦). دليلنا: أن الملك قد ثبت بالعقد وانتقل، فوجبت الشفعة للشفيع على المشتري لانه ملكه، فمن قال لا شفعة له فعليه الدلالة. فان قالوا: لا نسلم أنه ملك بالعقد، بل يملك بهما، أو هو مراعى فقد دللنا على بطلان ذلك في البيوع. مسألة ٢٢: إذا اشترى شقفا وسيفا، أو شقفا وعبدا، أو شقفا وعرضا

- (١) انظر الكافي ٥: ٢٨٠، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ٤٥ (باب ٣٦)، والتهذيب ٧: ١٦٣ (باب ١٤) والاستبصار ٣: ١١٦ (باب ٧٨).
- (٢) بدائع الصنائع ٥: ١٢، وشرح فتح القدير ٧: ٤٢٨، والفتاوى الهندية ٥: ١٦١، وتبيين الحقائق ٥: ٢٥٤، والمجموع ١٤: ٣٤٣، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٧١، والشرح الكبير ٥: ٥٣٤، وفتح العزيز ١١: ٤١٠، والمجموع ١٤: ٣٤٣.
- (٣) الام ٤: ٤، ومختصر المزني: ١٢٠، والمجموع ١٤: ٣٠٩ و ٣٤٣، والسراج الوهاج: ٢٧٥، ومغني المحتاج ٢: ٣٩٩، وبداية المجتهد ٢: ٢٥٦، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٧١، والشرح الكبير ٥: ٥٣٤.
- (٤) الام ٤: ٤، والمجموع ١٤: ٣٤٣، وفتح العزيز ١١: ٤٠٩، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٧١، والشرح الكبير ٥: ٥٣٤.
- (٥) الموطأ ٢: ٧١٧، والمدونة الكبرى ٥: ٤٤١، وفتح العزيز ١١: ٤٠٩.
- (٦) فتح العزيز ١١: ٤٠٩.

#### [ ٤٤٦ ]

من العروض، كان للشفيع الشفعة بحصته من الثمن، ولا حق له فيما بيع معه. وبه قال أبو حنيفة، والشافعي (١). ولابي حنيفة رواية شاذة أنه يأخذ الشقص والسيف معا بالشفعة (٢). وقال مالك: لو باع شقفا من أرض فيها غلمان يعملون له، كان له أخذ الشقص والغلمان معا بالشفعة (٣). دليلنا: أن ما أوجبناه مجمع عليه، وما ادعوه ليس عليه دليل. مسألة ٢٣: إذا أخذ الشفيع الشقص من المشتري أو البائع - قبض المشتري أو لم يقبض - فإن دركه وعهدته على المشتري دون البائع. وبه قال مالك، والشافعي (٤). وقال أبو حنيفة: إن أخذها من البائع فالعهد على البائع، وإن أخذها من المشتري (٥) فكما قلناه. وقال ابن أبي ليلى وعثمان البتي: عهدة المبيع على البائع دون المشتري، سواء أخذها من يد البائع أو يد المشتري، لان المشتري كالسفير (٦).

- (١) مختصر المزني: ١٢٠، والوجيز ١: ٢١٧، وفتح العزيز ١١: ٤٥٢، والمحلّى ٩: ٩٧، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٠٨، والشرح الكبير ٥: ٥٠٢.
- (٢) المحلّى ٩: ٩٧.
- (٣) المحلّى ٩: ٩٧، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٠٨، والشرح الكبير ٥: ٥٠٢، والوجيز ١: ٢١٧، وفتح العزيز ١١: ٤٥٢.
- (٤) الام ٤: ٧، ومختصر المزني: ١٢٠، والمجموع ١٤: ٣٥٣، وفتح العزيز ١١: ٤٩٩، والمدونة الكبرى ٥: ٤٠٥، وبداية المجتهد ٢: ٣٦٠، وأسهل المدارك ٣: ٤٢، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٣٤، والشرح الكبير ٥: ٥٤٠. (٥) بدائع الصنائع ٥: ٢٤ و ٣٠، والفتاوى الهندية ٥: ١٧٦، والام ٤: ٧، والمجموع ١٤: ٣٥٣ - ٣٥٤، وفتح العزيز ١١: ٤٩٩، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٣٤، والشرح الكبير ٥: ٥٤٠.
- (٦) الام ٤: ٧، والمجموع ١٤: ٣٥٣، وبداية المجتهد ٢: ٣٦٠، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٣٤، والشرح الكبير ٥: ٥٤٠.

#### [ ٤٤٧ ]

دليلنا: أن المشتري ملك، وإذا ملك فانما يأخذ الشفيع منه ملكه بحق الشفعة فيلزمه دركه كما لو باعه. مسألة ٢٤: لا يأخذ الشفيع الشفعة من البائع أبدا. وبه قال الشافعي (١). وقال أبو حنيفة: له أخذها منه قبل القبض (٢). دليلنا: أن الشفيع إنما يستحق الاخذ بعد تمام العقد ولزومه، بدليل أنه لو كان الخيار للبائع أو لهما لم يستحق الشفعة، فإذا كان الاستحقاق بعد تمام العقد ولزومه، فالملك للمشتري، فوجب أن يكون الاخذ من مالكة لا من غيره. مسألة ٢٥: إذا تبايعا شقفا، فضمن الشفيع الدرك للبائع عن المشتري، أو للمشتري عن البائع في نفس العقد، أو تبايعا بشرط الخيار على أن الخيار للشفيع، فانه يصح شرط الاجنبي، وأيهما، كان لا تسقط شفيعته. وبه قال الشافعي (٣). وقال أهل العراق: تسقط الشفعة، لان العقد ما تم إلا به، كما إذا باع بعض حقه لم يجب له الشفعة على المشتري (٤). دليلنا: أنه لا مانع من جواز شرط الاجنبي، ولا دليل على إسقاط حق الشفيع. مسألة ٣٦: إذا كان دار بين ثلاثة، فباع أحدهم نصيبه، واشترى أحد الآخرين، إستحق الشفعة الذي لم يشتر - على قول من يقول الشفعة على عدد

- (١) المجموع ١٤ : ٣٥٥، والمغني لابن قدامة ٥ : ٤٧٥ - ٤٧٦.
- (٢) بدائع الصنائع ٥ : ٢٤ - ٢٥، والفتاوى الهندية ٥ : ١٧٦، والمغني لابن قدامة ٥ : ٤٧٥، والشرح الكبير ٥ : ٥٤٣، وفتح العزيز ١١ : ٤٩٩.
- (٣) فتح العزيز ١١ : ٥٠٠، والمغني لابن قدامة ٥ : ٥٤٣.
- (٤) اللباب ٢ : ٦٢، وبدائع الصنائع ٥ : ١٣ و ١١٦، وتبيين الحقائق ٥ : ٢٥٩، والفتاوى الهندية ٥ : ١٦٣، والمغني لابن قدامة ٥ : ٥٤٣.

#### [ ٤٤٨ ]

الرؤوس - وهو أحد وجهي الشافعي (١). وقال أبو حنيفة وأحد وجهي الشافعي: يستحق الشفعة الذي اشتراه مع الذي لم يشتر بينهما نصفين (٢). دليلنا: هو أنه لا يستحق الانسان الشفعة على نفسه، وقد بينا أن الشفعة تستحق على المشتري. مسألة ٢٧: إذا كان الشفيع وكيلًا في بيع الشقص الذي يستحق بالشفعة، لم تسقط بذلك شفيعته، سواء كان وكيل البائع في البيع، أو وكيل المشتري في الشراء. وبه قال الشافعي (٣). وقال أهل العراق: إن كان وكيل البائع لم تسقط شفيعته، وإن كان وكيل المشتري سقطت شفيعته - بناء على أصله أن الوكيل في الشراء ينتقل الملك عن البائع إليه، ثم عنه إلى الموكل - فلو أخذ بالشفعة استحق على نفسه (٤). وقد دللنا نحن على فساد ذلك، وبيننا أن شراء الوكيل يقع عن الموكل، وينتقل الملك إلى الموكل دون الوكيل. وأما دليلنا في هذه المسألة هو: أنه لا مانع من وكالته، ولا دلالة على سقوط حقه من الشفعة. مسألة ٢٨: إذا حط البائع من الثمن شيئًا بعد لزوم العقد واستقرار الثمن، لم يلحق ذلك بالعقد، ولا يثبت للشفيع، بل هو هبة مجددة للمشتري من البائع.

- (١) الام ٣ : ٣، والوجيز ١ : ٢١٩، والمجموع ٣٢٦ : ١٤، والسراج الوهاج: ٢٧٨، ومغني المحتاج ٢ : ٣٠٥، وفتح العزيز ١١ : ٤٢٥ و ٤٧٧، والمغني لابن قدامة ٥ : ٥٢٣ و ٥٢٥، والشرح الكبير ٥ : ٤٩٠.
- (٢) الام ٣ : ٣، والمجموع ١٤ : ٣٢٦، وفتح العزيز ١١ : ٤٢٥ و ٤٧٧، والشرح الكبير ٥ : ٤٩٠.
- (٣) فتح العزيز ١١ : ٤٢٤ - ٤٢٥، والمغني لابن قدامة ٥ : ٥٤٣، والبحر الزخار ٥ : ٢٥.
- (٤) تبيين الحقائق ٥ : ٢٥٩، والمغني لابن قدامة ٥ : ٥٤٢، والبحر الزخار ٥ : ٢٥.

#### [ ٤٤٩ ]

وبه قال الشافعي (١)، سواء كان الحط الكل أو البعض. وقال أبو حنيفة: إن حط بعض الثمن لحق العقد وسقط عن الشفيع، وإن حط كله لم يلحق العقد. وقد مضت في البيوع (٢). دليلنا: أن الثمن إذا استقر فالشفيع إنما يأخذ الشقص بذلك الثمن، فما حط بعد ذلك فهو هبة مجددة لا دلالة على لحوقها بالعقد، فمن ادعى ذلك فعليه الدلالة. مسألة ٣٩: إذا زاد في الثمن زيادة بعد استقرار العقد فهي هبة من المشتري للبائع، ولا يلزم الشفيع. وبه قال الشافعي (٣). وقال أبو حنيفة: هذه الزيادة تلحق العقد، ولا تلحق بالشفيع (٤). دليلنا: أنه لا دليل على لحوق هذه الزيادة بالعقد، فمن ادعى ذلك فعليه الدلالة ولا يجدها. مسألة ٣٠: إذا كانت دار بين نفسين، فادعى أحدهما على أحدهما ما في يده من النصف، فصالحه على ألف، صح صلحه، سواء صالحه على إنكار، أو صالحه على إقرار، ولا يستحق به الشفعة، لانه ليس ببيع. وقال الشافعي: إن كان الصلح على إقرار فهو بيع يستحق به الشفعة، وإن

- (١) الوجيز ١ : ٢١٧ - ٢١٨، وفتح العزيز ١١ : ٤٥٦، والمغني لابن قدامة ٥ : ٥٠٦، والشرح الكبير ٥ : ٥٢٢.
- (٢) اللباب ٢ : ٦٢ - ٦٤، وبدائع الصنائع ٥ : ٢٧، والفتاوى الهندية ٥ : ١٨٢ - ١٨٣، وتبيين الحقائق ٥ : ٢٤٨، والهداية المطبوع في هامش شرح فتح القدير ٧ : ٤٢٧، وشرح العناية على الهداية في هامش شرح فتح القدير ٧ : ٤٢٧، والمغني لابن قدامة ٥ : ٥٠٦، وفتح العزيز ١١ : ٤٥٦.
- (٣) المغني لابن قدامة ٥ : ٥٠٦، والشرح الكبير ٥ : ٥٢٢.
- (٤) اللباب ٢ : ٦٤، وبدائع الصنائع ٥ : ٢٧، والهداية المطبوع في هامش شرح فتح القدير ٧ : ٤٢٧، وشرح العناية على الهداية في هامش شرح فتح القدير ٧ : ٤٢٧، وتبيين الحقائق ٥ : ٢٤٨، والمغني لابن قدامة ٥ : ٥٠٦، والشرح الكبير ٥ : ٥٢٢.

كان على إنكار فالصلح باطل لا يستحق به الشفعة (١). دليلنا: أن ما يستحق به الشفعة البيع، وهذا ليس ببيع، فمن ألحقه بالبيع فعليه الدلالة. مسألة ٣١: فإن كانت الدار بينهما نصفين، فادعى أجنبي على أحدهما ألف درهم، فصالحه على نصفه من الدار، لا يستحق به الشفعة، سواء كان صلح إقرار أو صلح إنكار. وقال الشافعي: إن كان صلح إقرار فهو بيع يستحق به الشفعة، وإن كان صلح إنكار فهو باطل لا يستحق به الشفعة (٢). دليلنا: ما قلناه في المسألة الأولى سواء. مسألة ٣٢: إذا أخذ الشفيع الشقص فلا خيار للبائع، وللمشتري خيار المجلس بلا خلاف، وهل يثبت للشفيع خيار المجلس أم لا؟ عندنا أنه لا خيار له. وللشافعي فيه قولان: أحدهما: مثل ما قلناه، لأنه لا زالة الضرر، فهو مثل الرد بالعين (٣). والآخر: أن له الخيار مثل المشتري، نص عليه في اختلاف العراقيين (٤). دليلنا: أنه لا دليل على أن له الخيار، ومن ألحقه بالبيع فعليه الدلالة، لان القياس عندنا باطل.

- (١) المجموع ١٣: ٤٢١، والسراج الوهاج: ٢٢٣ - ٢٢٤، ومغني المحتاج ٢: ١٧٧ و ١٧٩ - ١٨٠، وفتح العزيز ١٠: ٣٠٢ و ٣٢٩ - ٣٣٠.  
 (٢) الام ٧: ١١٢، وكفاية الاخير ١: ١٦٧ - ١٦٨، والمجموع ١٣: ٢٨٨ و ٢٩٠، والسراج الوهاج: ٢٢٣ - ٢٢٤، ومغني المحتاج ٢: ١٧٧ و ١٧٩ - ١٨٠.  
 (٣) المجموع ١٤: ٣٤٢ - ٣٤٣، وفتح العزيز ١١: ٤٤٦.  
 (٤) المجموع ١٤: ٣٤٢، وفتح العزيز ١١: ٤٤٦.

مسألة ٣٣: إذا وهب شقفا لغيره، سواء كان فوقه أو دونه أو نظيره، فإنه لا يستحق به الشفعة. وقال الشافعي: إن كانت الهبة لمن هو مثله أو لمن هو دونه فإنه لا يستحق بها الشفعة (١). لان الهبة للنظير تودد، ولمن دونه استعطاف، فلا يستحق بهما العوض. وإن كانت لمن فوقه فهل يثاب عليها، على قولين. قال في الجديد: لا ثواب فيه (٢). وبه قال أبو حنيفة (٣). وقال في القديم: يقتضي الثواب (٤). وبه قال في بعض كتبه الجديدة، وهو قول مالك (٥). فإذا قال: لا يقتضي الثواب فلا شفعة، وإذا قال يقتضي الثواب إما بشرط أو بغير شرط فإنه تثبت فيه الشفعة (٦). دليلنا: أنه لا دليل على ثبوت الشفعة بالهبة، ومن ادعى أنها تثبت بها فعليه الدلالة، وأيضاً عليها إجماع الفرقة، فإنها منصوطة لهم. مسألة ٣٤: إذا كانت دار بين شريكين، فادعى أحدهما أنه باع نصيبه من أجنبي، وأنكر الأجنبي أن يكون إشتراه، فإنه تثبت الشفعة للشريك. وبه قال عامة أصحاب الشافعي، وهو تفريع المزني (٧).

- (١) المجموع ١٥: ٢٨٥ - ٢٨٦، و ٣٩٠، والوجيز ١: ٢٥٠، والسراج الوهاج: ٣٠٩، ومغني المحتاج ٢: ٤٠٤، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٦٧.  
 (٢) مغني المحتاج ٢: ٤٠٤، والوجيز ١: ٢٥٠، والمجموع ١٥: ٢٨٦، والسراج الوهاج: ٣٠٩.  
 (٣) انظر بدائع الصنائع ٦: ١٢٣.  
 (٤) المجموع ١٥: ٢٨٦، والوجيز ١: ٢٥٠، والسراج الوهاج: ٣٠٩، ومغني المحتاج ٢: ٤٠٤.  
 (٥) المدونة الكبرى ٦: ١٤٠ و ٤٣٩، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٦٨، والشرح الكبير ٥: ٤٦٣.  
 (٦) الام ٤: ٩ و ٧: ١١٥، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٦٨، والشرح الكبير ٥: ٤٦٣، والمجموع ١٥: ٢٨٦ و ٣٩٠، والسراج الوهاج: ٣٠٩، ومغني المحتاج ٢: ٤٠٤ - ٤٠٥، والوجيز ١: ٢٥٠ - ٢٥١.  
 (٧) المجموع ١٤: ٢٥٢ و ٣٥٥، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٧٦، والشرح الكبير ٥: ٥٢٨.

وقال أبو العباس: لا شفعة، لأنه إنما تثبت بعد ثبوت المشتري (١). دليلنا: أن البائع أقر بحقين. أحدهما: حق المشتري، والثاني: حق الشفيع. فإذا رد المشتري، ثبت حق الشفيع، كما لو أقر بدار لرجلين فرده أحدهما، يثبت للآخر حقه. مسألة ٣٥: على قول من قال من أصحابنا أن الشفعة على عدد الرؤوس (٢)، إذا كانت دار بين ثلاثة شركاء أثلاثاً، فاشترى أحدهم نصيب أحد الآخرين، إستحق الشفعة المشتري

مع الآخر بينهما نصفين، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه، ومالك، وعامة أصحاب الشافعي، وهو الذي نقله المزني (٣). ومن أصحابه من قال: يأخذ الشفيع بالشفعة، ولا حق للمشتري فيه. وبه قال الحسن البصري، وعثمان البتي قالوا: لأنه مشتري، فلا يستحق الشفعة على نفسه (٤)، وهو الذي نصرناه فيما تقدم (٥)، غير أن هذا القول الآخر أقوى. دليلنا: أنهما تساويا في الشركة الموجودة حين الشراء، فوجب أن لا ينفرد أحدهما بالشفعة، لأنه لا دليل على ذلك إلا أنه يكون أحدهما ملك نصفه بالعقد، والآخر بالشفعة يملك نصفه، فعلى هذا سقط دليلهم. مسألة ٣٦: إذا شج غيره موضحة عمدا أو خطأ، فصولح منها على شقص،

(١) المجموع ١٤: ٢٥٢.

(٢) انظر المسألة رقم " ١١ و ١٢ " من هذا الكتاب.

(٣) مختصر المزني: ١٢١، والمدونة الكبرى ٥: ٤٦٠ - ٤٦١، والمجموع ١٤: ٣٣٦، وفتح العزيز ١١: ٤٢٥ و ٤٧٧، وشرح العناية على الهداية في هامش شرح فتح القدير ٧: ٤١٤. (٤) المجموع ١٤: ٣٣٦، وفتح العزيز ١١: ٤٢٥، والمحلى ٩: ٩٧، والبحر الزخار ٥: ٢٥. (٥) انظر ما تقدم في المسألة " ١١ و ١٢ " من هذا الكتاب.

### [ ٤٥٣ ]

صح الصلح إذا كانا عالمين بأرش الموضحة، ولا يستحق الشفيع أخذها بالشفعة. وقال الشافعي وأصحابه: إن كانت الابل موحدة، فهل يصح الصلح أم لا؟ على قولين. وإن كانت معدومة، فعلى قولين في انتقال الارش الى القيمة أو الى مقدر، وعلى الوجهين جميعا يصح الصلح إذا علما القيمة أو المقدار. فكل موضع يصح الصلح تجب الشفعة، وكل موضع لا يصح الصلح لا تجب الشفعة. دليلنا: أن الشفعة إنما تستحق بعقد الشراء، والصلح ليس بعقد الشراء، فمن أحقه به فعليه الدلالة. مسألة ٣٧: إذا باع ذمي شقصا من ذمي بخمر أو خنزير وتقايبا، واستحق عليه الشفعة، أخذ الشفيع بمثل ثمن الخمر أو الخنزير عند أهله. وبه قال أبو حنيفة (١). وقال الشافعي: لا شفعة ها هنا، لان الخمر ليس بمال (٢). دليلنا: أن عندهم ذلك مال، وقد أمرنا أن نقرهم على ما يرونه، وهم يرون أن لذلك ثمنا، فوجب إقرارهم عليه. وأيضا لا خلاف في صحة هذا البيع، وإذا كان البيع صحيحا تجب الشفعة. مسألة ٣٨: لا يستحق الذمي الشفعة على المسلم، سواء اشتراه من مسلم أو

(١) اللباب ٢: ٦٢، وعمدة القاري ١٢: ٧٥، والمبسوط ١٤: ١٦٨، وبدائع الصنائع ٥: ١٦، وتبيين الحقائق ٥: ٢٤٩، والهداية المطبوع في هامش شرح فتح القدير ٧: ٤٣٠، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٥٢، وفتح العزيز ١١: ٤٠٠، والشرح الكبير ٥: ٥٤٥. (٢) فتح العزيز ١١: ٤٠٠، وبدائع الصنائع ٥: ١٦، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٥٢.

### [ ٤٥٤ ]

ذمي، وعلى كل حال. وبه قال الشعبي، وأحمد بن حنبل (١). وقال أبو حنيفة وأصحابه، ومالك، والشافعي، والاوزاعي: يستحق الذمي الشفعة على المسلم مثل المسلم سواء (٢). وقال الحسن بن صالح بن حي: لا شفعة له عليه في الامصار، وله الشفعة في القرى (٣). دليلنا: قوله تعالى: " ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا " (٤) وذلك عام في جميع الاحكام إلا ما خصه الدليل. وروى أنس، عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: " لا شفعة لذمي على مسلم " (٥) وهذا نص، وعليه إجماع الفرقة المحقة، فانهم لا يختلفون فيه. مسألة ٣٩: إذا اشترى شقصا من دار، وبني مسجدا قبل أن يعلم الشفيع، كان للشفيع إبطال تصرفه، ونقض المسجد، وأخذه بالشفعة، وبه قال الشافعي، وجميع الفقهاء (٦).

(١) مسائل أحمد بن حنبل: ٢٠٣، والمحلى ٩: ٩٤، وعمدة القاري ١٢: ٧٥، والمجموع ١٤: ٣١٤، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٥١، والشرح الكبير ٥: ٥٤٣، وفتح العزيز ١١: ٤٠٠.

(٢) اللباب ٢: ٥٨، وبدائع الصنائع ٥: ١٦، والهداية المطبوع في هامش شرح فتح القدير ٧: ٤٣٦، وتبيين الحقائق ٥: ٢٤٩، والمدونة الكبرى ٥: ٤٥٣، وبلغة السالك لا قرب المسالك ٢: ٢٢٧، وجواهر الاكليل ٢: ١٥٧، والمجموع ١٤: ٣١٠ و ٣١٤، والمغني لابن



قدامة ٥: ٥٥١، وفتح العزيز ١١: ٤٠٠.  
(٣) عمدة القاري ١٢: ٧٥، والهداية المطبوع في هامش شرح فتح القدير ٧: ٤٣٦،  
وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٧: ٤٣٦.  
(٤) النساء: ١٤١.  
(٥) لم أفف لهذا الحديث في كتب الحديث المتوفرة لدينا. وقد روى البيهقي في سننه  
٦: ١٠٨ - ١٠٩ عن أنس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: لا شفعة للنصراني،  
وعنه أيضا: ليس لليهودي والنصراني شفعة.  
(٦) مغني المحتاج ٢: ٣٠٢، والسراج الوهاج: ٢٧٧، والوجيز ١: ٢١٨، وفتح العزيز ١١:  
٤٦٧، وتبيين

#### [ ٤٥٥ ]

ولابي حنيفة روايتان: أحدهما مثل ما قلناه. وبه قال أبو يوسف (١). والثانية: لا  
ينقض المسجد (٢). دليلنا: أن حق الشفيع سابق لتصرفه، لأنه يستحقه حين العقد،  
وإذا تصرف بعد ذلك فيه فقد تصرف فيما يستحقه غيره، وذلك لا يصح. مسألة ٤٠: إذا  
باع في مرضه المخوف شقفا، وحابى فيه من وارث، صح البيع ووجبت به الشفعة  
بالثمن الذي وقع عليه البيع. وعند الفقهاء يبطل البيع (٣)، لأن المحاباة هبة ووصية،  
ولا وصية لو ارث، ويبطل البيع في قدر المحاباة، ويكون الشفيع بالخيار بين أن يأخذه أو  
يتركه وارثا كان أو غير وارث. دليلنا: أن هذا بيع صحيح، فمن جعل المحاباة فيه وصية  
فعليه الدلالة، ولو صح أنها وصية لكانت الوصية عندنا تصح للوارث على ما سنبينه  
فيما بعد، فما يبنى على فساده يجب أن لا يبطل على حال. مسألة ٤١: إذا وجب له  
الشفعة، فصالحه المشتري على تركها بعوض، صح وبطلت الشفعة. وعند الشافعي لا  
يصح (٤)، وهل تبطل الشفعة؟ على وجهين (٥).

الحقائق ٥: ٢٥٠، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٩٠، والشرح الكبير ٥: ٥٠٥، والشرح  
الصغير في هامش بلغة السالك ٢: ٢٣٣. (١) بدائع الصنائع ٥: ٢٢، وتبيين الحقائق ٥:  
٢٥٠، والمغني لابن قدامة ٥: ٤٩٠، والشرح الكبير ٥: ٥٠٥.  
(٢) بدائع الصنائع ٥: ٢٢.  
(٣) الوجيز ١: ٢١٦، وبدائع الصنائع ٥: ١٤، والشرح الكبير ٥: ٥٢٥، وفتح العزيز ١١: ٤٢٨ -  
٤٣٩.  
(٤) الوجيز ١: ٢٢٠، وفتح العزيز ١١: ٤٩٨.  
(٥) الوجيز ١: ٢٢١.

#### [ ٤٥٦ ]

دليلنا: قوله صلى الله عليه وآله: " الصلح جائز بين المسلمين " (١) وهذا عام،  
وتخصيصه يحتاج إلى دليل. مسألة ٤٢: إذا وجبت الشفعة، فسار إلى المطالبة، فلم  
يأت المشتري فيطالبه، ولا إلى الحاكم، بل مضى إلى الشهود وأشهد على نفسه  
بأنه مطالب بالشفعة، لم تبطل شفيعته. وبه قال أبو حنيفة (٢). وقال الشافعي: تبطل  
(٣). دليلنا: أنه قد وجب له الشفعة، وإبطالها يحتاج إلى دليل، ولا دليل يدل على ذلك.  
مسألة ٤٣: إذا بلغ الشفيع أن الثمن دنانير فعفى، فكانت دراهم، أو حنطة فكانت  
شعيرا، لم تبطل شفيعته. وبه قال جميع الفقهاء (٤)، إلا زفر فانه قال: إن كان الثمن  
دنانير فبان دراهم سقطت شفيعته، وإن كان حنطة فبان شعيرا لم تسقط (٥) كما  
قلناه. دليلنا: أنه قد ثبتت شفيعته، وبطلانها يحتاج إلى دلالة.

(١) سنن ابن ماجة ٢: ٧٨٨ حديث ٣٢٥٣، وسنن الترمذي ٣: ٦٣٤ حديث ١٢٥٢،  
وسنن أبي داود ٣: ٣٠٤ حديث ٣٥٩٤، وسنن الدارقطني ٣: ٢٧ حديث ٩٧.  
(٢) الفتاوى الهندية ٥: ١٧٣، وتبيين الحقائق ٥: ٢٤٤، والهداية المطبوع بهامش شرح  
فتح القدير ٧: ٤٢٠، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٧: ٤١٦ و ٤٢٠،  
والشرح الكبير ٥: ٤٧٤.  
(٣) الشرح الكبير ٥: ٤١٦ و ٤٧٤.  
(٤) بدائع الصنائع ٥: ١٩، والشرح الكبير ٥: ٤٧٩.  
(٥) الشرح الكبير ٥: ٤٧٩، وبدائع الصنائع ٥: ١٩ - ٢٠.

#### [ ٤٥٧ ]

[ ٤٥٩ ]

مسألة ١: لا يجوز القراض إلا بالاثمان التي هي الدراهم والدنانير. وبه قال أبو حنيفة، ومالك، والشافعي (١). وقال الأوزاعي وابن أبي ليلى: يجوز بكل شئ يتمول. فان كان مما له مثل كالحبوب والادهان يرجع الى مثله حين المفاصلة والريح حبعده بينهما نصفين. وان كان مما لا مثل له كالثياب والمتاع والحيوان كان رأس المال قيمته والريح بعد بينهما (٢). دليلنا: إن ما اخترناه مجمع على جواز القراض به، وليس على جواز ما قالوه دليل. مسألة ٢: القراض بالفلوس لا يجوز. وبه قال أبو حنيفة، وأبو يوسف، والشافعي (٣).

(١) اللباب ٢: ٧٩، والمبسوط ٢٢: ٢١، وبدائع الصنائع ٦: ٨٢، وتبيين الحقائق ٥: ٥٣، والمدونة الكبرى ٥: ٨٦، وجواهر الاكليل ٢: ١٧١، ومختصر المزني: ١٢٢، والمجموع ١٤: ٢٥٧ و ٣٦١، والوجيز ١: ٢٢١، وكفاية الاخيار ١: ١٨٦، وفتح العزيز ١٢: ٢، والسراج الوهاج: ٢٨٠، ومغني المحتاج ٢: ٣١٠، والفتاوى الهندية ٤: ٢٨٦، والمحلّى ٨: ٢٤٧. (٢) المجموع ١٤: ٣٦١، والمبسوط ٢٢: ٢٣، والمغني لابن قدامة ٥: ١٢٥، والشرح الكبير ٥: ١١٢ - ١١٣، وتبيين الحقائق ٥: ٥٣، والفتاوى الهندية ٤: ٢٨٥ - ٢٨٦، وبداية المجتهد ٢: ٣٣٤. (٣) المبسوط ٢٢: ٢١، وبدائع الصنائع ٦: ٨٢، والفتاوى الهندية ٤: ٢٨٦، وتبيين الحقائق ٥: ٥٣، والمجموع ١٤: ٢٥٧، وفتح العزيز ١٢: ٢، والوجيز ١: ٢٢١، والسراج الوهاج: ٢٨٠، ومغني المحتاج ٢: ٣١٠، وبداية المجتهد ٢: ٢٣٥، والمغني لابن قدامة ٥: ١٢٦، والشرح الكبير ٥: ١١٤، والبحر الزخار ٥: ٨١.

[ ٤٦٠ ]

وقال محمد: هو القياس، إلا أني أحيزه إستحسانا، لانها ثمن الاشياء في بعض البلاد (١). دليلنا: أن ما قلناه مجمع على جواز القراض به، وما ذكره ليس عليه دليل، والاستحسان عندنا باطل. مسألة ٣: لا يجوز القراض بالورق المغشوش، سواء كان الغش أقل أو أكثر أو سواء، وبه قال الشافعي (٢). وقال أبو حنيفة: إن كانا سواء أو كان الغش أقل جاز، وإن كان الغش أكثر لم يجز (٣). بناه على أصله في الزكاة، وقد مضى الكلام عليه. دليلنا: ما قلناه في المسألة الاولى سواء. مسألة ٤: إذا كان القراض فاسدا، إستحق العامل أجرة المثل على ما يعمله، سواء كان في المال ربح أو لم يكن. وبه قال الشافعي (٤). وقال مالك: إن كان في المال ربح فله أجرة مثله، وإن لم يكن ربح فلا شئ له (٥). دليلنا: أنه عمل باذن صاحب المال، فإذا لم يصح له ما قارضه عليه كان له

(١) المبسوط ٢٢: ٢١، وبدائع الصنائع ٦: ٨٢، والفتاوى الهندية ٤: ٢٨٦، وتبيين الحقائق ٥: ٥٣، وبداية المجتهد ٢: ٢٣٥، والمغني لابن قدامة ٥: ١٢٦، والشرح الكبير ٥: ١١٤، والبحر الزخار ٥: ٨١. (٢) المجموع ١٤: ٣٦٢، وكفاية الاخيار ١: ١٨٦، والوجيز ١: ٢٢١، وفتح العزيز ١٢: ٢، والسراج الوهاج: ٢٨٠، ومغني المحتاج ٢: ٣١٠، والمغني لابن قدامة ٥: ١٢٦، والشرح الكبير ٥: ١١٣، والبحر الزخار ٥: ٨١. (٣) المجموع ١٤: ٣٦٢، والمغني لابن قدامة ٥: ١٢٦، والشرح الكبير ٥: ١١٣، والبحر الزخار ٥: ٨١. (٤) الام ٦: ٤، والمجموع ١٤: ٣٦٨، وفتح العزيز ١٢: ٢٩، والسراج الوهاج: ٢٨١، ومغني المحتاج ٢: ٣١٥، والوجيز ١: ٢٢٣، وفتح المعين: ٨٠، وبداية المجتهد ٢: ٢٤٠، والشرح الكبير ٥: ١٣٦. (٥) بداية المجتهد ٢: ٢٤١، وبلغة السالك ٢: ٢٤٨، والخرشي ٦: ٢٠٧، والشرح الكبير ٥: ١٣٧، وفتح العزيز ١٢: ٢٩.

[ ٤٦١ ]

اجرة المثل، لانه دخل على أن يكون له المسمى في مقابلة عمله. مسألة ٥: ليس للعامل أن يسافر بمال القراض بغير إذن رب المال. وبه قال الشافعي (١). وقال أبو حنيفة ومالك: له ذلك (٢). وللشافعي في البويطي ما دل على ذلك (٣). قال أصحابه:

لا يجئ ذلك على مذهبه (٤). وبنى أبو حنيفة ومالك ذلك على الوديعة، وأن له أن يسافر بها (٥). وعندنا أنه ليس له ذلك في الوديعة أيضا. دليلنا: إجماع الفرقة، وأيضا الاصل أنه ليس له ذلك، لانه تصرف في مال الغير، وإثبات ذلك وإجازته يحتاج الى دليل، والى إذنه ولم يوجد. مسألة ٦: إذا سافر باذن رب المال كان نفقة السفر من المأكول والمشروب والملبوس من مال القراض.

- (١) المجموع ١٤: ٣٧٣ و ٣٧٧، والسراج الوهاج: ٢٨٢، والوجيز ١: ٣٢٤، وكفاية الاخير ١: ١٨٧، ومغني المحتاج ٢: ٢١٧، وفتح المعين: ٨٠، وفتح العزيز ١٢: ٥٠، والمغني لابن قدامة ٥: ١٥١، والشرح الكبير ٥: ١٤٦، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٧: ٩٣.
- (٢) اللباب ٢: ٨٠، والمبسوط ٢٢: ٢٠ و ٣٩، وتبيين الحقائق ٥: ٥٧ و ٧٠، والمدونة الكبرى ٥: ١١٩، وجواهر الاكليل ٢: ١٧٥، والخرشي ٦: ٢١٠، وفتح الرحيم ٢: ١٢٤، وبدائع الصنائع ٦: ٨٨، وشرح فتح القدير ٧: ٦٣، والمغني لابن قدامة ٥: ١٥١، والشرح الكبير ٥: ١٤٦، والمجموع ١٤: ٣٧٣، وفتح العزيز ١٢: ٥٠، والبحر الزخار ٥: ٨٣.
- (٣) فتح العزيز ١٢: ٥٠.
- (٤) السراج الوهاج: ٢٨٢، وحاشية إعانة الطالبين ٣: ١٠٢ وفتح العزيز ١٢: ٥٠ - ٥١.
- (٥) اللباب ٢: ١٤٧، وشرح فتح القدير ٧: ٩٣، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٧: ٩٣، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٧: ٩٣، والفتاوى الهندية ٤: ٣٤١ - ٣٤٢، وتبيين الحقائق ٥: ٧٩، والمدونة الكبرى ٦: ١٤٤ - ١٤٥، والمجموع ١٤: ١٨٧.

#### [ ٤٦٢ ]

وللشافعي فيه ثلاثة أوجه: أحدها: لا ينفق كالحضر. والثاني: ينفق كمال نفقته. كما قلناه. والثالث: ينفق القدر الزائد على نفقة الحضر لاجل السفر (١). دليلنا إجماع الفرقة وأخبارهم (٢). مسألة ٧: إذا أعطاه ألفين، وقال: ما رزق الله تعالى من الربح كان لي ربح ألف ولك ربح ألف، كان جائزا. وبه قال أبو حنيفة وأبو ثور (٣). وقال أبو العباس بن سريج: هذا غلط، لانه شرط لنفسه ربح ألف لا يشاركه العامل فيه، وكذلك العامل فكان باطلا، كما لو تميز الالفان (٤). دليلنا: أنه لا مانع من ذلك، والاصل جوازه. وقوله صلى الله عليه وآله: "المؤمنون عند شروطهم" (٥) يدل عليه. وأيضا فلا فرق بين أن يقول: ربح الالفين بيننا. وبين أن يقول: ربح ألف لي وربع ألف لك. لانهما غير متميزين، ومن حمل لك على المتميزين كان قايسا، وذلك لا يجوز عندنا. مسألة ٨: إذا دفع إليه مالا قراضا، وقال له: إتجر به، أو قال له: إصنع

(١) (٢) (٣) (٤) (٥)

#### [ ٤٦٣ ]

ما ترى، أو: تصرف كيف شئت. فانه يقتضي أن يشتري بئمن مثله نقدا بنقد البلد. وبه قال الشافعي (١). وخالفه أبو حنيفة في الثلاثة، وقال: له أن يشتري بئمن مثله، وبأقل، وبأكثر، ونقدا ونسيئة، وبغير نقد البلد (٢). دليلنا: أن ما ذكرناه مجمع على جوازه، وما ذكره ليس على جوازه دليل، والاصل المنع منه، لانه تصرف في ملك الغير. مسألة ٩: إذا اشترى العامل في القراض أباه بمال القراض، فان كان في المال ربح إنعتق منه بقدر نصيبه من الربح، وأستسعى في باقي ذلك لرب المال، وينفسخ القراض إذا كان معسرا، وان كان معسرا قوم عليه بقيمته لرب المال، وسواء كان الربح ظاهرا أو يحتاج الى أن يقوم ليعلم أن فيه ربحا. وللشافعي فيه قولان: أحدهما: مثل ما قلناه، أنه ينعتق بمقدار نصيبه، ويلزم شراء الباقي إن كان موسرا. قال: وإن كان معسرا يبقى بقيته رقا لرب المال. والقول الثاني: إن الشراء باطل (٣). دليلنا: إجماع الفرقة المحقة وأخبارهم (٤). مسألة ١٠: إذا فسخ ربح المال القراض، وكان في المال نسيئ، باعه العامل باذن رب المال نسيئة، لزمه أن يجيبه، سواء كان فيه ربح أو لم يكن فيه

- (١) المجموع ١٤: ٣٧٦، وفتح العزيز ١٢: ٣٣، والشرح الكبير ٥: ١٤٦.
- (٢) اللباب ٢: ٨٥، والمبسوط ٢٢: ٢٨، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح

القدير ٧: ٧٩، والهداية المطبوع في هامش فتح القدير ٧: ٧٩، وبدائع الصنائع ٦: ٨٧، والفتاوى الهندية ٤: ٢٩٢، وتبيين الحقائق ٥: ٥٧، والشرح الكبير ٥: ١٤٤.  
(٣) المجموع ١٤: ٣٧٨، والوجيز ١: ٣٣٣، وفتح العزيز ١٢: ٣٩ - ٤٠، والبحر الزخار ٥: ٨٤.  
(٤) الكافي ٥: ٢٤١ حديث ٨، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٤٤ حديث ٦٣٣، والتهذيب ٧: ١٩٠، والتهذيب ٧: ١٩٠ حديث ٨٤١.

#### [ ٤٦٤ ]

ربح. وبه قال الشافعي (١). وقال أبو حنيفة إن كان فيه ربح كما قلناه. وإن لم يكن فيه ربح لم يلزمه (٢). دليلنا: أن على العامل رد المال كما أخذه، وإذا أخذه ناضاً (٣) وجب عليه أن يرده مثله. مسألة ١١: إذا أعطاه قراضاً على أن يكون الربح بينهما، فحال الحول وهو ألفان، فعند أكثر أصحابنا لا زكاة على واحد منهما، لأنه لا زكاة في مال التجارة (٤). وفي أصحابنا من قال: يجب فيه الزكاة (٥). وعلى قول الأولين: فيه الزكاة استحباباً، فعلى القولين الفائدة لا تضم إلى الأصل، بل يراعى الحول منفرداً في الفائدة، كما يراعى في الأصل، فعلى هذا لا زكاة في الفائدة على واحد منهما، وزكاة الأصل على رب المال. وخالف جميع الفقهاء في ذلك على ما مضى في كتاب الزكاة، وقالوا: في مال التجارة الزكاة، والفائدة تضم إلى الأصل (٦).

(١) (٢) (٣) (٤) (٥)

#### [ ٤٦٥ ]

وعلى من تجب الزكاة؟ للشافعي فيه قولان: أحدهما: تجب زكاة الكل على رب المال إذا قال أن العامل لا يملك الربح بالظهور، وإنما يملكه بالمقاسمة. وبه قال أكثر أهل العراق، واختاره المزني، وهو أضعف القولين (١). والقول الثاني: أن على رب المال زكاة الأصل، وزكاة حصته من الربح، وعلى العامل زكاة ما يخصه من الربح (٢). دليلنا إجماع الفرقة، ولأن الأصل براءة الذمة، وإيجاب الزكاة في الذمة أو المال يحتاج إلى دليل. مسألة ١٢: إذا قال: خذ هذا المال قراضاً على أن يكون الربح كله لي. كان ذلك قراضاً فاسداً، ولا يكون بضاعة. وبه قال الشافعي (٣). وقال أبو حنيفة: يكون هذا بضاعة (٤). دليلنا: أن لفظ القراض يقتضي أن يكون الربح بينهما، فإذا شرط الربح لنفسه كان فاسداً، كما لو شرط الربح للعامل. مسألة ١٣: إذا كان العامل نصرانياً، فاشترى بمال القراض خمراً أو خنزيراً، أو باع خمراً، مثل أن كان عصيراً فاستحال خمراً فباعه، كان جميع ذلك باطلاً. وبه قال الشافعي (٥).

(١) (٢) (٣) (٤) (٥)

#### [ ٤٦٦ ]

وقال أبو حنيفة: البيع والشراء صحيحان (١). وقال أبو يوسف ومحمد: الشراء صحيح والبيع باطل (٢). والفصل بينهما أن الوكيل يملك أولاً عندهم، ثم ينتقل المال عنه إلى الموكل. فإذا كان العامل نصرانياً صح أن يملك الخمر، فصح الشراء، وليس كذلك البيع، لأن الملك ينتقل عن الموكل إلى المشتري، ولا يملك الوكيل شيئاً في الوسط، فلماذا لم يصح. دليلنا أن هذه الأشياء محرمة بلا خلاف، وجواز التصرف في المحرمات يحتاج إلى دلالة. وروي عن النبي عليه السلام أنه قال: " إن الله تعالى حرم الكلب وحرم ثمنه، وحرم الخمر وحرم ثمنها " (٣). مسألة ١٤: إذا قال إثنان لواحد: خذ هذا المال قراضاً ولك النصف من الربح، ثلثه من مال هذا، وثلثاه من مال الآخر، والنصف الباقي بيننا نصفين. قال الشافعي: القراض فاسد (٤). وقال أبو حنيفة وأبو ثور: يصح، ويكون على ما شرطاه، لأنهما قد جعلاه نصف جميع المال، فكان الباقي بينهما على ما شرطاه (٥).

(١) (٢) (٣) (٤) (٥)

#### [ ٤٦٧ ]

وقال أصحاب الشافعي: هذا غلط، لأن أحدهما، إذا شرط الثلث والآخر الثلثين بقي نصف الربح لهما وهو تسعة مثلاً، وكان من سبيله أن يكون لآحدهما منه ستة

وللاخر ثلاثة، فإذا شرطاه نصفين أخذ أحدهما فضلا عن شريكه بحق ماله سهما ونصف سهم، لانه كان يستحق ثلاثة من تسعة فأخذ أربعة ونصف سهم من تسعة، وهذا لا يجوز. والذي يقتضيه مذهبنا أنه لا يمنع من صحة هذا الشرط مانع. والنبي صلى الله عليه وآله قال: " المؤمنون عند شروطهم " (١). ولان الاصل جوازه، والمنع يحتاج الى دليل. مسألة ١٥: إذا دفع إليه ألفا للقراض، فاشترى به عبدا للقراض، فهلك الألف قبل أن يدفعه في ثمنه، اختلف الناس فيه على ثلاثة مذاهب. فقال أبو حنيفة ومحمد: يكون المبيع لرب المال، وعليه أن يدفع إليه ألفا غير الأول ليقضي به دينه، ويكون ألف الأول والثاني قراضا، وهما معا رأس المال (٢). وقال مالك: رب المال بالخيار بين أن يعطيه ألفا غير الأول ليقضي به الدين ويكون الألف الثاني رأس المال دون الأول، أو لا يدفع إليه شيئا فيكون المبيع للعامل والثمن عليه (٣). ونقل البيهقي عن الشافعي أن المبيع للعامل، والثمن عليه، ولا شئ على

(١) (٢) (٣) (٤) (٥)

[ ٤٦٨ ]

رب المال، وهو اختيار أبي العباس، وهو الذي يقوى في نفسي (١). وفي أصحابه من قال بمثل قول أبي حنيفة، إلا أنه قال: كلما دفع إليه ألفا وهلكت لزمه أن يدفع إليه ألفا آخر (٢). وأبو حنيفة: إذا هلك الألف الثانية لم يلزمه شئ آخر (٣). دليلنا: أنه لا يخلو ان يكون الألف تلف قبل الشراء أو بعده، فان كان التلف قبل الشراء وقع الشراء للعامل، لانه اشتراه بعد زوال القراض، وان كان التلف بعد الشراء فالباع وقع لرب المال وعليه أن يدفع الثمن من ماله الذي سلمه إليه، فإذا هلك المال تحول الملك الى العامل، وكان الثمن عليه، لان رب المال إنما فسح للعامل في التصرف في ألف إما أن يشتريه به بعينه أو في الذمة، وينقد منه ولم يدخل على أن يكون له في القراض أكثر منه. مسألة ١٦: ليس للعامل أن يبيع بالدين إلا باذن رب المال. وبه قال الشافعي (٤). وقال أبو حنيفة: له ذلك (٥). دليلنا: أن الاصل أنه لا يجوز له ذلك، لانه تصرف في مال الغير، فجازته

(١) (٢) (٣) (٤) (٥)

[ ٤٦٩ ]

تحتاج الى دليل. مسألة ١٧: لا يصح القراض إذا كان رأس المال جزافا. وبه قال الشافعي (١). وقال أبو حنيفة: يصح القراض ويكون القول قول العامل حين المفاضلة، وان كان مع كل واحد منهما بينة قدمت بينة رب المال (٢). دليلنا: أن القراض عقد شرعي يحتاج إلى دليل شرعي، وليس في الشرع ما يدل على صحة هذا القراض، فوجب بطلانه. مسألة ١٨: إذا قال خذ ألفا قراضا على أن لك نصف ربحها. صح بلا خلاف. وان قال: على أن لك ربح نصفها. كان باطلا. وبه قال الشافعي وأصحابه (٣). وقال أبو ثور: هو جائز. وحكى ذلك أبو العباس عن أبي حنيفة (٤). دليلنا: أن ما قلناه مجمع على جوازه، ولا دليل على جواز ما قالوه. وان قلنا بقول أبي ثور كان قويا، لانه لا فرق بين اللفظين.

(١) (٢) (٣) (٤) (٥)

[ ٤٧١ ]

كتاب المساقاة

مسألة ١: المساقاة جائزة وبه قال الصحابة أبو بكر، وعمر. وفي التابعين سعيد بن المسيب، وسالم بن عبد الله بن عمر، وفي الفقهاء مالك، والشافعي، والاوزاعي، وأبو يوسف، ومحمد، وأحمد، وإسحاق (١). وانفرد أبو حنيفة بأن المساقاة لا تجوز، قياسا على المخابرة (٢). دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٣)، ولان الاصل جواز ذلك، والمنع يحتاج الى دليل. وروى أحمد بن حنبل، عن يحيى بن سعيد (٤)، عن عبيد الله، عن نافع،

## [ ٤٧٤ ]

عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وآله عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج من ثمر أو زرع (١). وروى محمد بن اسحاق، عن نافع، عن ابن عمر، عن أبيه، قال: ساقى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يهود خيبر على تلك الاموال، وذلك بالشطر وسهامهم معلومة، قال: إذا شئنا أخرجناكم (٢). وروى ميمون بن مهران عن مقسم (٣)، عن ابن عباس قال: افتتح رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم خيبر واشترط عليهم أن له الأرض وكل صفراء وبياض. فقال أهل خيبر: نحن أعلم بالأرض منكم، فاعطناها على أن لكم نصف الثمرة ولنا النصف من ذلك، فزعم أنه أعطاهم على ذلك، فلما كان حين يصرم النخل بعث إليهم عبد الله بن رواحة (٤) فحرز عليهم النخل، وهو الذي يسميه أهل المدينة الخرص، فقال في ذكركم، فقالوا: أكثرت علينا يا ابن رواحة، قال: فأنا أتيت جذاذ النخل واعطيتكم نصف الذي قلت، قالوا: هذا هو

(١) صحيح البخاري ٣: ١٣٧ (باب المزارعة بالشطر ونحوه)، وصحيح مسلم ٣: ١١٨٦ حديث ١ و ٢، وسنن ابن ماجه ٢: ٨٢٤، حديث ٢٤٦٧، وسنن أبي داود ٢: ٢٦٢، حديث ٣٤٠٨، وتلخيص الحبير ٣: ٥٩ حديث ١٢٧٩، والسنن الكبرى ٦: ١٣٢ و ١١٥.

(٢) سنن الدارقطني ٣: ٣٨ حديث ١٥٤.

(٣) مقسم بن بجرة، ويقال: ابن نجدة، أبو القاسم، ويقال: أبو العباس، مولى عبد الله بن الحارث بن نوفل، ويقال له مولى ابن عباس للزومه له. روى عن ابن عباس وعبد الله بن الحارث بن نوفل وعبد الله بن عمرو بن العاص وغيرهم وعنه ميمون بن مهران والحكم بن عتيبة وخصيف وغيرهم مات سنة احدى ومائة. تهذيب التهذيب ١٠: ٢٨٨.

(٤) عبد الله بن رواحة بن ثعلبة بن امرئ القيس بن عمرو بن امرئ القيس الاكبر بن مالك بن كعب ابن الخزرج بن الحارث الخزرجي، أبو محمد، ويقال: أبو رواحة، ويقال: أبو عمرو المدني، شهد بدرًا والعقبية وهو احد النقباء وأحد الامراء في غزوة مؤتة وربها قتل. وكان موته في جمادى الاولى سنة " ٨ " للهجرة. روى عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم وعن بلال المؤذن وروى عنه ابن اخته النعمان بن بشير وأبو هريرة وابن عباس وغيرهم.

## [ ٤٧٥ ]

الحق وبه تقوم السماء والأرض، فقد رضينا أن نأخذه بالذي قلت (١). وقال أبو الزبير (٢): سمعت جابرًا يقول: خرصها ابن رواحة أربعين ألف وسق، وزعم أن اليهود لما خيرهم ابن رواحة، أخذوا الثمر وعليهم عشرون ألف وسق (٣). فدلّت هذه الاخبار على جواز المساقاة، لانه قال في الاول: عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج من ثمر أو زرع، وفي الثاني قال: ساقى بشطر. وفي الثالث قال: طلبوا منه أن يعطيهم ليكون بينهم نصفين فأجابهم الى ذلك. وروى نافع عن ابن عمر أنه قال: دفع رسول الله صلى الله عليه وآله خيبر إلى أهلها بالشطر، فلم تزل في أيديهم حياة رسول الله صلى الله عليه وآله، وحياة أبي بكر، وحياة عمر، ثم بعث بي عمر إليهم لاقسم عليهم، فسحروني فتكوت يدي، فانتزعتها من أيديهم (٤). فثبت في هذا سنة رسول الله صلى الله عليه وآله وإجماع الصحابة، فان أبا بكر أقرها في أيديهم وكذا عمر، وإنما انتزعتها من أيديهم بجناية كانت منهم، فان كانت مسألة يدعى فيها الاجماع فهذه. مسألة ٢: يجوز المساقاة في النخل والكرم. وبه قال كل من أجاز المساقاة (٥).

(١) سنن أبي داود ٣: ٣٦٣ حديث ٣٤١٠ و ٣٤١٢، والسنن الكبرى ٦: ١١٥.

(٢) أبو الزبير، محمد بن مسلم بن تدرس الاسدي مولاهم المكي. روى عن العبادلة الاربعة وعن عائشة وجابر وأبي الطفيل وغيرهم وعنه عطاء والزهري والاعمش وابن جريح وغيره قيل أنه مات سنة ست وعشرين ومائة.

(٣) سنن أبي داود ٣: ٣٦٤ حديث ٣٤١٥.

(٤) روى عبد الرزاق في مصنفه ٨: ٩٨ حديث ١٤٤٦٨ عن ابن المسيب بنحو ما تقدم فلاحظ.

(٥) تقدمت الاشارة الى القائلين بجواز المساقاة الاولى فلاحظ.

## [ ٤٧٦ ]

وخالف داود وقال: لا يجوز، إلا في النخل خاصة، لان الخبر به ورد (١). دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٢)، ولان الامة بين قائلين، قائل أحزابها في الجميع ومانع منعها في الجميع، فمن فرق بينهما فقد خالف الاجماع. مسألة ٣: يجوز المساقاة فيما عدا النخل والكرم من الاشجار، وللشافعي فيه قولان: قال في القديم: يجوز ذلك، وبه قال أكثر من أجاز المساقاة: مالك، وأبو يوسف، ومحمد. وزاد أبو يوسف فقال: تجوز المساقاة على البقل الذي يجز جزء بعد جزء (٣). وكذلك نقول. وقال في الجديد: لا يجوز المساقاة على ما عدا النخل والكرم (٤). دليلنا إجماع الفرقة، وأيضا الاصل جوازه، والمنع يحتاج الى دليل، وروى نافع، عن ابن عمر قال: عامل رسول الله صلى الله عليه وآله أهل خيبر بالشطر مما يخرج من النخل والشجر (٥). وهذا عام في سائر الاشجار. مسألة ٤: يجوز أن يعطي الارض غيره ببعض ما يخرج منها، بأن يكون منه الارض والبذر، ومن المتقبل القيام بها بالزراعة والسقي ومرعاتها.

(١) (٢) (٣) (٤) (٥)

[ ٤٧٧ ]

وخالف جميع الفقهاء في ذلك، وأجاز الشافعي في الارض اليسير إذا كان بين ظهرا نخل كثير، فيساقى على النخل ويخاير على الارض (١). دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٢). ولان الاصل جواز ذلك، والمنع من جوازه يحتاج الى دليل. وروى عبيد الله بن عمر، عن نافع، عن ابن عمر قال: عامل رسول الله صلى الله عليه وآله أهل خيبر بنشطر ما يخرج من ثمر أو زرع (٣). وما روي من نهى النبي عليه السلام عن المخابرة (٤)، نحمله على إجارة الارض ببعض ما يخرج منها. وذلك لا يجوز. مسألة ٥: إذا كانت نخل أنواعا مختلفة، معقلي، وبرني، وسكر، فساقى من المعقلي على النصف، ومن البرني على الثلث، ومن السكر على الربع كان جائزا. وبه قال الشافعي (٥). وقال مالك: لا يصح حتى يكون الحصاص سواء في الكل (٦).

(١) (٢) (٣) (٤) (٥)

[ ٤٧٨ ]

دليلنا: عموم الاخبار (١)، ولان الاصل جوازه، والمنع يحتاج الى دليل، وقوله: " المؤمنون عند شروطهم " (٢) يدل عليه. مسألة ٦: إذا شرط في حال العقد على العامل ما يجب على رب النخل أو بعضه، أو شرط على رب المال ما يجب على العامل عمله أو بعضه، لم يمنع ذلك من صحته إذا بقي للعامل عمل ولو كان قليلا. وقال الشافعي: يبطل ذلك العقد (٣). دليلنا: أن الاصل جوازه، والمنع يحتاج الى دليل. وقوله: " المؤمنون عند شروطهم " (٤) وهذا عام في كل شرط. مسألة ٧: إذا ساقاه بعد ظهور الثمرة، كان جائزا إذا كان قد بقي للعامل عمل وإن كان قليلا. وللشافعي فيه قولان: أحدهما: مثل ما قلناه. والثاني: لا يجوز (٥). دليلنا: أن الاصل جوازه، ولان الاخبار عامة في جواز المساقاة (٦)، ولم يفرقوا بين حال ظهور الثمرة وعدم ظهورها، والمنع يحتاج الى دليل.

(١) (٢) (٣) (٤) (٥)

[ ٤٧٩ ]

مسألة ٨: يجوز أن يشترط المساقى على رب المال أن يعمل معه غلام لرب المال. وللشافعي فيه قولان: أحدهما: يجوز بلا أجر (١). والاخر: لا يجوز (٢). دليلنا: ما قدمناه في المسألة الاولى سواء. مسألة ٩: إذا ثبت أن ذلك جائز، فلا فرق بين أن يكون الغلام موسوما يعمل هذا الحائط، أو يعمل غيره من حوائط صاحبه. وبه قال الشافعي على قوله الذي يجوز ذلك (٣). وقال مالك: لا يجوز إلا الغلام الذي هو موسوم بهذا الحائط فحسب (٤). دليلنا: ما قدمناه في المسألة الاولى سواء. مسألة ١٠: إذا شرط على المساقى نفقة الغلام جاز، ولا يلزم أن تكون مقدرة، بل الكفاية على موجب العادة. وبه قال الشافعي (٥). وقال محمد: لا بد من أن تكون مقدرة لانها كالأجرة (٦). دليلنا: أن الاصل جوازه، ولا دليل على وجوب تقديرها.



مسألة ١١: إذا اختلف رب النخل والعامل، فقال رب النخل شرطت على أن لك ثلث الثمرة. وقال العامل: على أن لي نصف الثمرة، كان القول قول رب النخل مع يمينه. وقال المزني وأصحاب الشافعي: يتحالفان (١). دليلنا: أن الثمرة كلها لصاحب النخل، لأنها نماء أصله، وإنما يثبت للعامل بالشرط، فإذا ادعى شرطاً فعليه البيعة، فإذا عدمها كان القول رب النخل مع يمينه. مسألة ١٢: إذا كان مع كل واحد منهما بيعة بما يدعيه، قدمنا بيعة العامل وللشافعي فيه قولان: أحدهما: يسقطان. والآخر: تستعملان. فإذا استعملهما، ففيه ثلاثة أقوال: أحدها: يوقف. والآخر: يقسم. والثالث: يقرع. وليس ها هنا غير القرعة، فمن خرج اسمه قدمت بيئته. وهل يحلف معها؟ على قولين (٢). دليلنا: أنا قد بينا أن العامل هو المدعي، وإذا كان هو المدعي فبيئته تقدم، لأن النبي عليه السلام قال: " البيعة على المدعي، واليمين على المدعى عليه " (٣) ورب المال مدعى عليه، كان عليه اليمين. مسألة ١٣: إذا ظهرت الثمرة، وبلغت الأوسق التي يجب فيها الزكاة، كان الزكاة على رب المال والعامل معاً، فإذا بلغ نصيب كل واحد منهما خمسة أوسق

وجبت فيه الزكاة، وإن نقص نصيب كل واحد منهما عن ذلك لم يجب على واحد منهما الزكاة. وإن بلغ نصيب أحدهما النصاب، ونقص نصيب الآخر، كان على من تمت حصته الزكاة، ولا تلزم الآخر. وللشافعي فيه قولان: أحدهما: أن الزكاة تجب على رب النخل دون العامل. والآخر: أنها على كل واحد منهما. فإذا قال: علي رب النخل، وبلغ خمسة أوسق، كان عليه الزكاة. ومن أين يخرج له، فيه وجهان: أحدهما من ماله. والثاني: من مالهما معاً. وإذا قال: تجب عليهما، نظرت، فإن كان نصيب كل واحد منهما النصاب وجبت الزكاة، وإن لم يبلغ نصيب كل واحد نصاباً، بل بلغ الحقان نصاباً، فهل فيه الزكاة؟ على قولين في الخلطة: إن قال: لا خلطة في غير الماشية، فلا زكاة. وإذا قال: تصح الخلطة في غير الماشية، وجبت الزكاة (١). دليلنا: أنه إذا كانت الثمرة ملكاً لهما، فوجبت الزكاة على كل واحد منهما، فمن أوجب على أحدهما دون الآخر، كان عليه الدليل. وأما الخلطة فقد بينا فسادها في كتاب الزكاة، وأنا لا نعتبرها، لا في الماشية ولا في غيرها، لأن الأصل براءة الذمة، ولا دليل على أن مال الخلطة تجب فيه الزكاة، فيجب أن يبقى على الأصل.

(١) مختصر المزني: ٤٦، والمجموع ٥: ٤٥٠ و ١٤: ٤١٢، والوجيز ١: ٨٣، وفتح العزيز ٥: ٤٠٤ - ٤٠٥.

مسألة ١: كلما جاز أن يستباح بالعارية، جاز أن يستباح بعقد الاجارة. وبه قال عامة الفقهاء (١)، إلا حكاية تحكى عن عبد الرحمن الاصم (٢)، فإنه قال: لا يجوز الاجارة أصلاً (٣). دليلنا: الكتاب، والسنة، والاجماع. أما الكتاب، فقوله تعالى: " فإن أرضعن لكم فاتوهن اجورهن " (٤) فالاجارة على الرضاع تجوز بلا خلاف. ومن الناس من قال: العقد يتناول اللبن والخدمة، والحضانة تابعة (٥). ومنهم من قال: يكون العقد متناولاً للخدمة والحضانة، واللبن تابع (٦). وأيضاً قوله تعالى: " يا أبت استأجره إن خير من استأجرت القوي الأمين،

(١) المغني لابن قدامة ٦: ٦، والشرح الكبير ٦: ٦، والمجموع ١٥: ٥، والبحر الزخار ٥: ٢٩.

- (٢) عبد الرحمن الاصم، وقيل: عبد الرحمن بن الاصم، ويقال إسم الاصم: عبد الله، وقيل: عمرو، أبو بكر العبدي ويقال الثقفي المدائني مؤذن الحاج، وأصله من البصرة، روى عن أبي هريرة وأنس، وعنه خلف أبو الربيع والثوري وأبي عوانة وغيرهم. قاله ابن حجر في تهذيب التهذيب ٦: ١٤١، وقيل في حقه في تكملة المجموع شرح المهذب ٥: ١٥ عبد الرحمن الاصم الذي قبل فيه: إنه عن الحق أصم.
- (٣) المغني لابن قدامة ٦: ٦، والشرح الكبير ٦: ٦، والمجموع ١٥: ٥، والبحر الزخار ٥: ٣٩.
- (٤) الطلاق: ٦.
- (٥) المغني لابن قدامة ٦: ٨٣ - ٨٤، والشرح الكبير ٦: ١٨ - ١٩.
- (٦) المغني لابن قدامة ٦: ٨٤، والشرح الكبير ٦: ١٨ - ١٩.

#### [ ٤٨٦ ]

قال إنني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثمانين حجج " (١). وقوله تعالى: " لو شئت لا اتخذت عليه أجرا " (٢) لما استضافوهم فأبوا. وأما السنة، فقد روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وآله قال: " أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه " (٣). وروى أبو سعيد الخدري، وأبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وآله قال: " من استأجر أجيروا فليعلمه أجره " (٤). وروى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وآله قال: " ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة: رجل باع حرا فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيروا واستوفى منه ولم يوفه أجره، ورجل أعطاني صفتة ثم غدر " (٥). وروت عائشة أن النبي صلى الله عليه وآله وأبا بكر استأجرا رجلا من قبيلة الدليل للهداية إلى المدينة (٦). ومن الإجماع هو قول علي عليه السلام، وابن عباس، وعبد الله بن عمر،

(١) (٢) (٣) (٤) (٥)

#### [ ٤٨٧ ]

وعبد الرحمن بن عوف (١)، ورافع بن خديج (٢). فأما علي عليه السلام فأجر نفسه من يهودي يسقي له الماء كل دلو بتمرة، وجمع التمرات، وحملها إلى النبي صلى الله عليه وآله فأكله (٣). وعبد الله بن عباس وابن عمر، فروي عنهما أنهما قالوا في تأويل قوله تعالى: " ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم " (٤) قالوا: معناه أن يحج ويواجر نفسه (٥). وأما عبد الرحمن بن عوف، فإنه استأجر أرضا، فلما حضرته الوفاة أمر ليعطي ما بقي عليه من الورق والذهب، فقال ابنه: كنت أراها أن تكون ملكا له لطول ما مكنت في يده (٦).

- (١) عبد الرحمن بن عوف بن عبيد بن عوف بن الحارث بن زهرة بن كلاب. قيل كان اسمه في الجاهلية عبد الحارث. عدده الشيخ الطوسي في رجاله من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وآله، وهو أحد الأركان يوم السقيفة في بيعة أبي بكر، وكان من إخصائه في الجاهلية، وهو أيضا أحد الستة الذين جعل ابن الخطاب الأمر شورى بينهم، وهو الذي اختار عند الشورى عثمان فبايعه وترك عليا، ولما هلك أوصى أن يصلي عليه عثمان. تنقيح المقال ٢: ١٤٦ - ١٤٧.
- (٢) رافع بن خديج، عدده الشيخ الطوسي تارة في أصحاب رسول الله صلى الله عليه وآله وأهله وأخرى من أصحاب أمير المؤمنين عليه السلام وقالوا فيه: انه عرض نفسه يوم بدر للجهاد فرده النبي صلى الله عليه وآله لاستصغاره إياه وأجازه يوم أحد، فشهد أحد والخذق فمات سنة أربع وسبعين، وهو ابن ست وثمانين سنة، وقالوا أيضا: أنه شهد صفين مع علي بن أبي طالب عليه السلام. تنقيح المقال ١: ٤٢٢.
- (٣) انظر سنن ابن ماجه ٢: ٨١٨ حديث ٣٤٤٦ و ٣٤٤٧، والسنن الكبرى ٦: ١١٩، والدراية في تخريج احاديث الهداية ٢: ١٨٧ ذيل الحديث ٨٦٢.
- (٤) البقرة: ١٩٨.
- (٥) سنن الدارقطني ٢: ٢٩٢ - ٢٩٣ حديث ٢٥٠ و ٢٥٥، وسنن أبي داود ٢: ١٤٢ حديث ١٧٣٣ و ١٧٣٤، واحكام القرآن للخصاص ١: ٢٠٩، وتفسير القرطبي ٢: ٤١٤.
- (٦) الموطأ ٢: ٧١٢ حديث ٤، والام ٤: ٢٥، والبحر الزخار ٥: ٣٠.

#### [ ٤٨٨ ]

وأما رافع بن خديج، فانه قال: يجوز إجارة الارض بالورق، والذهب (١). وأجمع

المسلمون على ذلك، وخلاف الاصم قد انقضى. مسألة ٢: عقد الاجارة من العقود اللازمة، متى حصل لم يكن لاحدهما فسخ الاجارة إلا عند وجود عيب بالثمن، أو فلس المستأجر، فحينئذ يملك المؤجر الفسخ. أو وجود عيب بالمستأجر مثل: غرق الدار، وانهدامها على وجه يمنع من استيفاء المنفعة، فإنه يملك المستأجر الفسخ. فأما من غير ذلك فلا. وبه قال الشافعي، ومالك، والثوري، وأبو ثور (٢). وقال أبو حنيفة وأصحابه: إن الاجارة يجوز فسخها لعذر، قالوا: إذا اكترى الرجل جملا ليحج به، ثم بدا له من الحج، أو مرض فلم يخرج، كان له أن يفسخ الاجارة. وكذلك إذا اكترى دكانا ليتجر فيه ويبيع ويشترى، فذهب ماله وأفلس، فإنه يجوز له أن يفسخ الاجارة. قال: وبمثل هذه الاعتذار لا يكون للمكري الفسخ، فإذا أكرى جماله من إنسان ليحج بها ثم بدا له من ذلك لم يملك فسخ الاجارة وكذلك إذا أجره داره أو دكانه، وأراد السفر، ثم بدا له من السفر لم يكن له فسخ الاجارة. إلا أن أصحابه يقولون: للمكري فسخ الاجارة لعذر كالمكثري سواء. ولا يبينون الموضوع الذي يكون له الفسخ (٣).

(١) (٢) (٣) (٤) (٥)

[ ٤٨٩ ]

دليلنا أن العقد قد ثبت، ومن ادعى أن لهما أو لا حدهما الفسخ فعليه الدلالة. وأيضا قوله تعالى: " أوفوا بالعقود " (١) فأمر بالوفاء بالعقود، والاجارة عقد، فوجب الوفاء به. مسألة ٣: من استأجر دارا أو دابة أو عبدا فإن المستأجر يملك تلك المنفعة، والموَجِر يملك الاجرة بنفس العقد، حتى أن المستأجر أحق عندنا بملك المنفعة من مالكةا. وبه قال الشافعي (٢). وذهب أبو حنيفة إلى أن المؤجر يملك الاجرة بنفس العقد، والمستأجر لا يملك المنفعة، وإنما تحدث في ملك المكري، ثم يملك المكثري من المكري حين حدوثه في ملكه، فعنده المنفعة غير مملوكة، وإنما المكري يملك حدوثها، والمكثري يملك من المكري بعد ذلك (٣). وعلى مذهبه المكثري يملك المنفعة بنفس العقد. دليلنا إجماع الفرقة وأخبارهم (٤). مسألة ٤: إذا أطلق عقد الاجارة ولم يشترط تعجيل الاجرة، ولا تأجيله، فإنه يلزم الاجرة عاجلا. وبه قال الشافعي (٥).

(١) (٢) (٣) (٤) (٥)

[ ٤٩٠ ]

وقال مالك: إنما يلزمه أن يسلم إليه الاجرة جزء فجزء، فكلما استوفى جزء من المنفعة لزمه أن يوفيه ما في مقابله من الاجرة (١). وقال أبو حنيفة وأصحابه: القياس ما قال مالك، ولكن يشق ذلك، فكلما استوفى منفعة يوم فعليه تسليم ما في مقابله (٢). وقال الثوري: لا يلزمه تسليم شئ من الاجرة ما لم تنقض مدة الاجارة كلها (٣). دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم، وقد ذكرناها في الكتاب الكبير (٤). وأيضا قوله تعالى: " فأن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن " (٥) وإنما أراد: فإن بذلن لكم الرضاع فأتوهن أجورهن. بدليل أنه قال في آخرها: " وان تعاسرتن فسترضعن له أخرى " (٦). والتعاسر: أن لا ترضى المرضعة بأجرة مثلها فأخبر أنها متى لم ترض بأجرة المثل، فإنه يواجر غيرها ليرضعه. مسألة ٥: إذا قال: أجرتك هذه الدار كل شهر بكذا، كانت إجارة صحيحة. وبه قال أبو حنيفة (٧)، وهو قول بعض أصحاب الشافعي (٨).

(١) (٢) (٣) (٤) (٥)

[ ٤٩١ ]

وفي أصحابه من قال: هذه إجارة باطلة (١). دليلنا: أنه لا دليل على بطلان ذلك، والاصل جوازه. مسألة ٦: إذا استأجر دارا أو عبدا سنة، فتلف المعقود عليه بعد القبض قبل استيفاء المنفعة، فإنه تنفسخ الاجارة. وبه قال أبو حنيفة، ومالك، والشافعي (٢). وقال أبو ثور: لا تنفسخ الاجارة، والتلف من ضمان المكثري، قال: لان هذه المنفعة صارت في حكم المقبوض كالعين (٣). دليلنا: إن المعقود عليه المنفعة، فإذا تعذرت وجب ان يفسخ الاجارة. مسألة ٧: الموت يبطل الاجارة، سواء كان موت المؤجر أو المستأجر. وبه قال أبو حنيفة وأصحابه، والليث بن سعد، والثوري (٤). وقال الشافعي:

الموت لا يفسخ الاجارة من أيهما كان. وبه قال عثمان البتي، ومالك، وأحمد وإسحاق، وأبو ثور (٥).

- (١) المجموع ١٥: ١٢ و ١٩، وفتح العزيز ١٢: ٢٤٢، وبحر الزخار ٥: ٣٥.  
(٢) المبسوط ١٦: ٥ و ١٥: ١٣٧، واللباب ٤: ١٠٤، والمجموع ١٥: ٧٣ - ٧٤، وكفاية الاخير ١: ١٩٢، ومغني المحتاج ٢: ٢٤٨، والسراج الوهاج: ٢٩٣، والوجيز ١: ٣٢٨، والملحى ٨: ١٨٧، وبداية المجتهد ٢: ٢٢٧، والمغني لابن قدامة ٦: ٣٠، والشرح الكبير ٦: ١١٩.  
(٣) المجموع ١٥: ٧٤، والملحى ٨: ١٨٧، والمغني لابن قدامة ٦: ٣٠، والشرح الكبير ٦: ١١٩.  
(٤) اللباب ٢: ٥٣، والمبسوط ١٥: ١٣٧ و ١٦: ٥، والهداية المطبوع في هامش شرح فتح القدير ٧: ٢٢٠، وشرح فتح القدير ٧: ٢٢٠، وتبيين الحقائق ٥: ١٤٤، والعقود الدرية ٢: ٩٩، وفتح الباري ٤: ٤٦٢، والاشباه والنظائر: ٢٧٢، وبداية المجتهد ٢: ٢٢٨، والملحى ٨: ١٨٤، والمغني لابن قدامة ٦: ٤٨، والشرح الكبير ٦: ١٢٤، والمجموع ١٥: ٩٠.  
(٥) الام ٤: ٢٠، ومختصر المزني: ١٣٦، والمجموع ١٥: ٨٨ و ٩٠، وكفاية الاخير ١: ١٩٢، والسراج الوهاج: ٢٩٥، ومغني المحتاج ٢: ٢٥٦، والوجيز ١: ٣٢٨ - ٣٢٩، والمدونة الكبرى ٤: ٤٧٧ و ٥٤٢، والملحى ٨: ١٨٤، والمغني لابن قدامة ٦: ٤٨، والشرح الكبير ٦: ١٢٤، وبداية المجتهد ١: ٢٢٨، وفتح الباري ٤: ٤٦٢.

#### [ ٤٩٢ ]

وفي أصحابنا من قال: موت المستأجر يبطلها، وموت المؤجر لا يبطلها (١).  
دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٢)، فان ما حكيناه عن بعضهم شاذ لا معول عليه. وأيضا فان المكتري دخل على أن يستوفي المنفعة من ملك المكري، فكيف يستوفي من ملك غيره، وقد زال ملك المكري. مسألة ٨: إذا أكرى دابة من بغداد الى حلوان، فركبها إلى همدان، فانه يلزمه اجرة المسمى من بغداد الى حلوان. ومن حلوان الى همدان اجرة المثل. وبه قال الشافعي (٣). وقال أبو حنيفة: لا يلزمه اجرة التي تعدى فيها، بنى على أصله: أن المنافع لا تضمن بالغصب (٤). وقال مالك: إن كان قد تجاوز بها شيئا يسيرا فانه كما قلنا، وإن تعدى فيها شيئا كثيرا، فان المكري بالخيار، إن شاء أخذ منه اجرة المثل لذلك التعدي، أو يأخذ منه الدابة (٥). دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٦) وأيضا فان الاحتياط يقتضي ذلك، لان

- (١) قال القاضي ابن البراج في المهذب ج ١: ٥٠١ ما لفظه: " وعمل الاكثر من أصحابنا على أن موت المستأجر هو الذي يفسخها ".  
(٢) انظر الكافي ٥: ٢٧٠ حديث ٢، والتهذيب ٧: ٢٠٧ حديث ٩١٢.  
(٣) الام ٤: ٣٢ و ٣٩ و ٧: ١٣٩، ومختصر المزني: ١٣٦، والمجموع ١٥: ٥٨ و ٩٨، والمغني لابن قدامة ٦: ٨٩، وبداية المجتهد ٢: ٢٢٩.  
(٤) المبسوط ١٥: ١٧٢، والفتاوى الهندية ٤: ٤٩٣، والام ٤: ٣٩، والمغني لابن قدامة ٦: ٨٩، وبداية المجتهد ٢: ٢٢٩.  
(٥) المدونة الكبرى ٤: ٤٧٩، وبداية المجتهد ٢: ٢٢٩، وبلغة السالك ٢: ٢٨٦، والشرح الصغير في هامش بلغة السالك ٢: ٢٨٦، والام ٧: ١٣٩، والمغني لابن قدامة ٦: ٨٩.  
(٦) الكافي ٥: ٢٩٠ حديث ٦، والتهذيب ٧: ٢١٥ حديث ٩٤٣، والاستبصار ٣: ١٢٤ حديث ٤٨٣.

#### [ ٤٩٣ ]

من أدى ما قلنا برئت ذمته بالاجماع، ومتى لم يفعل لم يبرأ ذمته بيقين، لانه فيه الخلاف. مسألة ٩: ويضمن الدابة بتعديه فيها من حلوان الى همدان بلا خلاف إذا لم يكن صاحبها معها، فان ردها إلى حلوان فانه لا يزول معه ضمانه عندنا، فان ردها إلى بغداد إلى يد صاحبها زال ضمانه، وعليه اجرة المثل فيما تعدى علي ما مضى، ويكون عليه ضمانها من وقت التعدي إلى حين التلف، لا من يوم أكرها. وقال الشافعي: لا يزول ضمانه إذا ردها إلى حلوان. وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف (١). قال أبو يوسف: وكان أبو حنيفة يقول: لا يزول الضمان بردها إلى هذا المكان، ثم رجع فقال بزوال الضمان عنه (٢). وقال زفر ومحمد: إنه يزول الضمان عنه، كما لو تعدى في الوديعة ثم ردها الى مكانها كما كانت (٣). دليلنا: أنه قد ثبت أنه ضمنها بالتعدي بلا خلاف، ومن قال: يزول ضمانه بردها الى موضع التعدي فعليه الدلالة، وعلى المسألة

إجماع الفرقة، وأخبارهم (٤) تدل عليها. مسألة ١٠: يجوز الاجارة إلى أي وقت شاء. وبه قال أهل العراق (٥).

- (١) الام ٤: ٣٢ و ٣٧ و ٣٩، ومختصر المزني: ١٢٦، والمجموع ١٥: ٩٤ و ٩٦ و ٩٨، والمبسوط ١٥: ١٧٣، والهداية المطبوع في هامش شرح فتح القدير ٧: ١٧٠، والفتاوى الهندية ٤: ٤٩٣، وتبيين الحقائق ٥: ١١٩، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٧: ١٧٠، والمغني لابن قدامة ٦: ٩١.
- (٢) الميسوط ١٥: ١٧٣.
- (٣) الميسوط ١٥: ١٧٣، والمغني لابن قدامة ٦: ٩١، والشرح الكبير ٦: ١٠٢.
- (٤) الفروع ٥: ٢٨٩ حديث ٣، والتهذيب ٧: ٢١٤ حديث ٩٣٩، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٦٢ حديث ٧٠٩.
- (٥) اللباب ٢: ٣٦، والمجموع ١٥: ١٩، والمغني لابن قدامة ٦: ١١.

#### [ ٤٩٤ ]

وللشافعي فيه قولان: أحدهما: لا تجوز المدة في الاجارة أكثر من سنة (١). والثاني: مثل ما قلناه (٢). وله قول آخر أنه يجوز ثلاثين سنة (٣). وقال: يجوز المسافة سنتين (٤). دليلنا: إجماع الفرقة، وأيضاً الاصل جواز ذلك، والمنع يحتاج إلى دليل. وأيضاً قوله تعالى: " على أن تأجرني ثمانى حجج، فإن أنتمت عشرا فمن عندك " (٥) يدل على جواز الاجارة أكثر من سنة. مسألة ١١: إذا استأجر داراً أو غيرها من الاشياء، وأراد أن يوجرها بأقل مما استأجرها، أو أكثر منه، أو مثله جاز ذلك إذا أحدث فيها حدثاً كيف ما أراد، وسواء أوجرها من المؤجر أو من غيره، كل ذلك جائز. وبه قال الشافعي، إلا أنه لم يراع إحداث الحدث (٦). وقال أبو حنيفة: إن أوجرها من المكري بمثل الاجرة أو أقل منها فإنه يجوز، وإن أوجرها بأكثر منه فإنه لا يجوز - كما قال في البيع - وإن أوجرها من غير

- (١) المجموع ١٤: ٤٠٥، و ١٥: ١٨، والوجيز ١: ٣٣٢، ومغني المحتاج ٢: ٣٤٩، والسراج الوهاج: ٣٩٣، وفتح العزيز ١٢: ٣٣٣ و ٣٣٧، وبداية المجتهد ٢: ٣٢٤، والمغني لابن قدامة ٦: ١١، والشرح الكبير ٦: ٥٧.
- (٢) المجموع ١٥: ١٩.
- (٣) المجموع ١٤: ٤٠٥، و ١٥: ١٨، ومغني المحتاج ٢: ٣٤٩، والسراج الوهاج: ٣٩٣، وفتح العزيز ١٢: ٣٣٤ - ٣٣٥ و ٣٣٧، والمغني لابن قدامة ٦: ١١، والشرح الكبير ٦: ٥٧.
- (٤) المجموع ١٤: ٤٠٦، والسراج الوهاج: ٣٨٦، ومغني المحتاج ٢: ٣٢٨. (٥) القصص: ٢٧.
- (٦) المجموع ١٥: ٥٨ - ٥٩ و ٦١، والوجيز ١: ٣٣٩، والمغني لابن قدامة ٦: ٦٢، والشرح الكبير ٦: ٥١، والمبسوط ١٥: ١٣٠، والبحر الزخار ٥: ٣٦.

#### [ ٤٩٥ ]

المكري (١) كما قلناه. دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٢)، ولان عند إحداث الحدث لا خلاف في جوازه، وقبل ذلك لم يرق دليل على صحته. مسألة ١٢: الاجارة لا تخلو من أحد أمرين: إما أن تكون معينة أو في الذمة. فان كانت معينة، مثل أن قال: استأجرت منك هذه الدار أو هذا العبد سنة، فإنه لا يمتنع دخول خيار الشرط فيها، وإن كانت في الذمة فكذا. وبه قال أبو حنيفة، لان عنده يجوز أن يستأجر أرضاً أو داراً بعد شهور (٣) وقال الشافعي: إن كانت الاجارة معينة لا يجوز أن يدخلها خيار الشرط، لان من شرط الاجارة أن تكون المدة متصلة بالعقد، فيقول: أجرتك سنة من هذا اليوم، فان شرط خيار الثلاث بطلت، لان هذه المدة لا يمكن أن ينتفع بها المكري، فلا يخلو أن تحتسب على المكري أو على المكري. ولا يجوز أن تحتسب على المكري، لانه إنما أجز شهر، فلو احتسبنا عليه هذه المدة لزدنا عليه، ولا يجوز أن تحتسب على المكري، لانه استأجر شهراً، فلا ينقص عن مدته، فدل ذلك على أنه لا يجوز (٤).

- (١) حاشية رد المحتار ٦: ٩١، والمجموع ١٥: ٦٠ - ٦١، والمغني لابن قدامة ٦: ٦٢، والشرح الكبير ٦: ٥١، والبحر الزخار ٥: ٣٦.
- (٢) الكافي ٥: ٢٧٢ حديث ٤: ٨، والتهذيب ٧: ٢٠٤ و ٢٢٣ حديث ٨٩٩ و ٩٧٩.

(٣) اللباب ٢: ٥٣، والهداية المطبوع في هامش شرح فتح القدير ٧: ٢٢١، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٧: ٢٢١، وتبيين الحقائق ٥: ١٤٥ و ١٤٨، والمجموع ١٥: ٤١، وفتح العزيز ١٢: ٢٥٧ - ٢٥٨، والبحر الزخار ٥: ٣٦.  
(٤) المجموع ١٥: ٤١ و ٤٣، وفتح العزيز ١٢: ٢٥٧ - ٢٥٨، والهداية المطبوع في هامش شرح فتح القدير ٧: ٢٢١، وتبيين الحقائق ٥: ١٤٥، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٧: ٢٢١، والبحر الزخار ٥: ٣٧.

#### [ ٤٩٦ ]

وأما خيار المجلس فهل يثبت أم لا؟ فيه وجهان (١). وعندنا أنه لا يمتنع ذلك إذا شرط، وإن لم يشترط فلا خيار للمجلس. دليلنا: قوله: "المؤمنون عند شروطهم" (٢). وأيضا الأصل جوازه، والمنع يحتاج إلى دليل. مسألة ١٣: إذا قال: آجرتك هذه الدار شهرا، ولم يقل من هذا الوقت وأطلق، فإنه لا يجوز. وكذلك إذا آجره الدار في شهر مستقبل بعد ما دخل، فإنه لا يجوز. وبه قال الشافعي (٣). وقال أبو حنيفة: إذا أطلق الشهر جاز، ويرجع الاطلاق إلى الشهر الذي يلي العقد ويتعقبه، وإذا آجره شهرا مستقبلا جاز ذلك (٤). دليلنا: أن عقد الاجارة حكم شرعي، ولا يثبت إلا بدلالة شرعية، وليس على ثبوت ما قاله دليل، فوجب أن لا يكون صحيحا. مسألة ١٤: إذا آجره شهرا من وقت العقد، ولم يسلمها إليه حتى مضت أيام، إنفسخت الاجارة في مقدار ما مضى، وتصح في الذي بقى. وقال الشافعي: تنفسخ فيما مضى، وفيما بقى على طريقتين (٥).

(١) المجموع ١٥: ٤١ و ٤٣، والبحر الزخار ٥: ٣٦.  
(٢) التهذيب ٧: ٢٧١ حديث ١٥٠٣، والاستبصار ٣: ٢٢٢ حديث ٨٣٥، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٨٤، والشرح الكبير ٤: ٢٨٦، وتلخيص الحبير ٣: ٢٣ و ٤٤، والمصنف لابن أبي شيبه ٦: ٥٦٨ دحيث ٢٠٦٤.  
(٣) المجموع ١٥: ١٢ و ١٩ و ٣٦، وفتح العزيز ١٢: ٢٥٧ و ٣٤٢، والوجيز ١: ٢٢١، ومغني المحتاج ٢: ٣٣٨، والمغني لابن قدامة ٦: ١٠، وبداية المجتهد ٢: ٢٢٤، والمبسوط ١٥: ١٣١.  
(٤) اللباب ٢: ٤٦، والمبسوط ١٥: ١٣١، والهداية المطبوع في هامش شرح فتح القدير ٧: ١٧٦، وتبيين الحقائق ٥: ١٢٢ - ١٢٣، والمغني لابن قدامة ٦: ١٠، وفتح العزيز ١٢: ٢٥٧ - ٢٥٨ و ٣٤٢.  
(٥) مغني المحتاج ٢: ٢٥٩، والسراج الوهاج: ٢٩٦، والوجيز ١: ٢٢٩.

#### [ ٤٩٧ ]

ومن أصحابه من قال: على قولين (١). ومنهم من قال: تصح قولوا واحدا (٢) مثل ما قلناه. دليلنا: إن انفساخها فيما مضى مجمع عليه، وفيما بعد يحتاج الى دلالة، وليس على ذلك دلالة. مسألة ١٥: إذا اكرت دابة ليركبها إلى النهروان مثلا، أو يقطع بها مسافة معلومة، فسلمها المكركب إليه وأمسكها مدة يمكنه المسير إليها، فلم يفعل، استقرت عليه الاجرة. وبه قال الشافعي (٣). وقال أبو حنيفة: لا تستقر عليه الاجرة حتى يسيرها في بقاع تلك المسافة (٤). دليلنا: أنه عقد على بهيمة، ويمكنه منها، فإذا لم يستوف المنفعة فقد ضيع حقه، والاجرة لازمة له لانها وجبت بالعقد، كما لو سيرها في بقاع السفر ولم يركبها، فإنه يلزمه الاجرة بلا خلاف. مسألة ١٦: إذا استأجر مرضعة مدة من الزمان بنفقتها وكسوتها، ولا يعين المقدار، لم يصح العقد. وبه قال الشافعي (٥). وقال أبو حنيفة: يصح (٦).

(١) المصادر السابقة.  
(٢) مغني المحتاج ٢: ٢٥٩، والسراج الوهاج: ٢٩٦.  
(٣) مختصر المزني: ١٢٨، والمجموع ١٥: ٣٣ - ٣٤، والسراج الوهاج: ٢٩٦، ومغني المحتاج ٢: ٣٥٨، والوجيز ١: ٢٢٧.  
(٤) المبسوط ١٥: ١٧٦ - ١٧٧ و ١٨٤، وشرح فتح القدير ٧: ١٥٨، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٧: ١٥٨.  
(٥) المجموع ١٥: ٢٩ - ٣٠، وفتح العزيز ١٢: ٢٠٠، وبداية المجتهد ٢: ٢٢٥، والمبسوط ١٥: ١١٩، وتبيين الحقائق ٥: ١٢٧، والمغني لابن قدامة ٦: ٧٨، والشرح الكبير ٦: ١٤ - ١٥، والبحر الزخار ٥: ٤٧.  
(٦) اللباب ٢: ٤٩، والمبسوط ١٥: ١١٩ و ١٦: ٣٤، والهداية المطبوع في هامش شرح

## [ ٤٩٨ ]

دليلنا: أنه إذا عين مقدار الاجرة صحت الاجارة بلا خلاف، وليس على قول من قال بصحته من غير تعيين الاجرة دليل. مسألة ١٧: إذا استاجر امرأة لترضع ولده، فمات واحد من الثلاثة، بطلت الاجارة. وقال الشافعي: إن ماتت المرأة بطلت الاجارة، وإن مات الاب لا تبطل، وإن مات الصبي ففيه قولان (١). دليلنا: عموم الاخبار التي وردت في أن الاجارة تبطل بالموت (٢)، وهي تناول هذا الموضوع. مسألة ١٨: إذا أجزت نفسها للرضاع أو لغيره باذن زوجها، صحت الاجارة بلا خلاف. وإن أجزتها بغير إذنه، لم تصح الاجارة. وللشافعي فيه جهان: أحدهما: مثل ما قلناه (٣). والثاني: تصح الاجارة، غير أنه يثبت له الخيار، فله أن يفسخ الذي عقده (٤). دليلنا: أنه لا دليل على صحة هذه الاجارة. وأيضا فان المرأة معقودة على منافعها لزوجها بعقد النكاح، فلا يجوز لها أن تعقد لغيرها، فيخل ذلك بحقوق زوجها.

وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٧: ١٨٥، والفتاوى الهندية ٤: ٤٢١، وتبيين الحقائق ٥: ١٢٧، وبداية المجتهد ٢: ٢٢٥، والمغني لابن قدامة ٦: ٧٧، والشرح الكبير ٦: ١٤، وفتح العزيز ١٢: ٢٠٠، والبحر الزخار ٥: ٤٧. (١) المجموع ١٥: ٨٠ و ٨٢، والوجيز ١: ٢٣٩، والمغني لابن قدامة ٦: ٨٧. (٢) انظر الكافي ٥: ٢٧٠ حديث ٢، والتهذيب ٧: ٢٠٧ حديث ٩١٢. (٣) المجموع ١٥: ٢٩، ومغني المحتاج ٢: ٣٢٧، والسراج الوهاج: ٢٨٩، وفتح العزيز ١٢: ٣٧٣. (٤) المجموع ١٥: ٢٩، والسراج الوهاج: ٢٨٩، وفتح العزيز ١٢: ٢٧٢ - ٢٧٣، ومغني المحتاج ٢: ٣٢٧.

## [ ٤٩٩ ]

مسألة ١٩: إذا وجد الاب من يرضع ولده بدون أجرة المثل، أو وجد من تتطوع برضاعه، وأم الصبي لا ترضى إلا بأجرة المثل، كان له أن ينتزع الصبي منها ويسلمه إلى غيرها. وللشافعي فيه قولان: أحدهما: مثل ما قلناه (١). والثاني: الام أولى (٢). دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٣)، ولأن كونها أولى مع زيادة الاجرة يحتاج إلى دليل، ولا دليل. مسألة ٢٠: إذا باع الرقبة المستأجرة لم تبطل الاجارة، سواء باعها من المستأجر أو من غيره. ثم ينظر، فان علم المشتري بالاجارة لم يكن له الخيار، وعليه أن يمسك حتى يمضي مدة الاجارة، وإن لم يعلم كان له الرد بالعيب، والخيار إليه. وللشافعي فيه قولان: أحدهما: ان البيع باطل (٤). والثاني: صحيح (٥).

(١) المجموع ١٨: ٣١١ و ٣١٤، والوجيز ٢: ١١٦، والسراج الوهاج: ٤٧٢، ومغني المحتاج ٢: ٤٥٠، والمغني لابن قدامة ٩: ٣١٢ - ٣١٤. (٢) نفس المصادر المتقدمة. (٣) الكافي ٦: ٤٤ حديث ١، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ٢٧٤ حديث ١٣٠٢، والتهذيب ٨: ١٠٤ حديث ٣٥٢، والاستبصار ٢: ٣٢٠ حديث ١١٢٨. (٤) المجموع ١٥: ٨٧ و ٨٩، والوجيز ١: ٢٣٩، ومغني المحتاج ٢: ٣٦٠، والسراج الوهاج: ٢٩٧، والمغني لابن قدامة ٦: ٥٢، والشرح الكبير ٦: ١٢٩. (٥) المجموع ١٥: ٨٧ و ٨٩، والوجيز ١: ٢٣٩، والسراج الوهاج: ٢٩٧، ومغني المحتاج ٢: ٣٦٠، والمحلى ٨: ١٨٦، والمغني لابن قدامة ٦: ٥٢، والشرح الكبير ٦: ١٢٩.

## [ ٥٠٠ ]

ويقول مثل ما قلناه إذا كان على أجنبي. فأما إذا باعها من المستأجر، فالبيع صحيح قولاً واحداً. وقال أبو حنيفة: يكون البيع موقفاً على رأي المستأجر، فان رضي به بطلت إجارته وصح البيع، وإن لم يرض به ورده بطل البيع وبقيت الاجارة (١). دليلنا: عموم الاخبار التي وردت في أن البيع لا يبطل الاجارة (٢)، وهي مجمع عليها عند الطائفة المحقة، ولأن كون البيع مبطلاً للاجارة التي ثبت صحتها يحتاج إلى دليل شرعي. مسألة ٢١: إذا أجر الاب أو الوصي الصبي أو شيئاً من ماله مدة، صحت الاجارة بلا خلاف، فان بلغ الصبي قبل انقضاء المدة، كان له ما بقي، ولم يكن للصبي فسخه. وللشافعي فيه قولان: أحدهما: مثل ما قلناه (٣). والثاني: له ذلك (٤). دليلنا:



أن العقد على عين الصبي أو على ماله وقع صحيحا بلا خلاف، فمن ادعى أن له الفسخ بعد بلوغه فعليه الدلالة. مسألة ٢٢: إذا استأجر رجلا لبيع له شيئا بعينه، أو ليشتري له شيئا موصوفا، فإن ذلك يجوز عندنا. وقال الشافعي مثل ما قلناه (٥).

- (١) المحلى ٨: ١٨٧، والشرح الكبير ٦: ١٢٩ - ١٣٠، والمغني لابن قدامة ٦: ٥٢ - ٥٤.  
(٢) انظر الكافي ٥: ٢٧١ حديث ٣، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٦٠ حديث ٧٠١، والتهذيب ٧: ٢٠٧ حديث ٩١٠.  
(٣) المجموع ١٥: ٨٨ و ٩٣، والوجيز ١: ٢٣٩، والمغني لابن قدامة ٦: ٥١ - ٥٢، والشرح الكبير ٦: ٥٢ - ٥٤.  
(٤) نفس المصادر المتقدمة.  
(٥) الام ٤: ٣٢، والمغني لابن قدامة ٦: ٤٧، والشرح الكبير ٦: ٧١، والبحر الزخار ٥: ٥٠.

#### [ ٥٠١ ]

وقال أبو حنيفة: لا يجوز (١). دليلنا: أن الاصل جواز ذلك، والمنع يحتاج الى دليل، وليس في الشرع ما يدل على المنع منه، فوجب جوازه. مسألة ٢٣: يجوز إجارة الدفاتر، سواء كان مصحفا أو غيره ما لم يكن به كفر. وبه قال الشافعي (٢). وقال أبو حنيفة: لا يجوز إجارة شئ من ذلك (٣). دليلنا: أن الاصل جوازه، والمنع يحتاج إلى دلالة. مسألة ٢٤: لا يجوز إجارة حائط مزوق أو محكم، للنظر إليه، والتفرج به، والتعلم منه. وبه قال أبو حنيفة (٤). وقال الشافعي: يجوز ذلك إذا كان فيه غرض من الفرحة أو التعلم منه (٥). دليلنا: أن ذلك عبث، والتعلم منه قبيح، وإذا لم يجز التعلم منه فإجارته قبيحة. مسألة ٢٥: إذا انفرد الاجير بالعمل في غير ملك المستأجر، فتلف الشئ الذي استؤجر فيه بتقصير منه، أو بشئ من أفعاله، أو بنقصان من صنعته، فإنه يلزمه ويكون ضامنا، سواء كان الاجير مشتركا أو منفردا. وقال أبو حنيفة في الاجير المشترك مثل ما قلناه. وذلك مثل أن يدق القصار

- (١) المغني لابن قدامة ٦: ٤٧، والشرح الكبير ٦: ٧١، والبحر الزخار ٥: ٥٠.  
(٢) المحلى ٨: ١٩٣ - ١٩٤، والمغني لابن قدامة ٦: ١٥٢، والشرح الكبير ٦: ٢٩، والبحر الزخار ٥: ٣٣.  
(٣) المبسوط ١٦: ٣٦ - ٣٧، والفتاوى الهندية ٤: ٤٤٩، وتبيين الحقائق ٥: ١٢٥، وحاشية رد المحتار ٦: ٥٥، والمغني لابن قدامة ٦: ١٥٢، والشرح الكبير ٦: ٢٩، والبحر الزخار ٥: ٣٣.  
(٤) الفتاوى الهندية ٤: ٤٤٩، والمغني لابن قدامة ٦: ١٥٢، والبحر الزخار ٥: ٣٣، والشرح الكبير ٦: ٣٩.  
(٥) يستفاد ذلك أيضا من قول السرخسي في المبسوط ١٦: ٣٧ فلاحظ.

#### [ ٥٠٢ ]

الثوب فينخرق، أو يقصره فيتمزق، فيكون عليه الضمان. وبه قال أحمد، واسحاق (١). وقال أبو يوسف ومحمد: إن تلف بأمر ظاهر لا يمكن دفعه كالحريق المنتشر واللهب الغالبة، فإنه لا يضمنه. وإن تلف بأمر يمكنه دفعه ضمنه (٢). وأما الاجير المنفرد فلا ضمان عليه عندهم (٣)، وللشافعي فيه قولان: أحدهما: أنه إذا انفرد بالعمل في غير ملك المستأجر فإنه يكون ضامنا متى تلف، بأي شئ تلف، بالسرقة أو بالحريق، أو شئ من فعله أو غير فعله، وهو قول مالك، وابن أبي ليلى، والشعبي (٤). والآخر: أنه لا ضمان عليه، سواء كان منفردا أو مشتركا، وقبضه قبض امانة. وهو قول عطاء، وطاوس (٥). وقال الربيع: كان الشافعي يعتقد أنه لا ضمان على الصناع بته (٦). دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٧). وأيضا فإن الاصل براءة الذمة، وما

- (١) اللباب ٢: ٤١ و ٤٢، والمبسوط ١٥: ٨٠ - ٨١، والهداية المطبوع في هامش شرح فتح القدير ٧: ٢٠١، وتبيين الحقائق ٥: ١٢٥ و ١٢٨، والمغني لابن قدامة ٦: ١١٨، والشرح الكبير ٦: ١٢٥، وبداية المجتهد ٢: ٢٢٩.  
(٢) اللباب ٢: ٤١ و ٤٢، والهداية ٧: ٢٠٧، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٧: ٢٠٧، والمبسوط ١٥: ٨٠ - ٨١، والفتاوى الهندية ٤: ٥٠٠، وتبيين الحقائق ٥:

١٣٤ و ١٣٨ .  
 (٣) انظر المصادر المتقدمة.  
 (٤) مختصر المزني: ١٢٧، والمجموع ١٥: ٩٥، وبداية المجتهد ٢: ٢٢٩، والمغني لابن قدامة ٦: ١١٨ و ١٢٩، والشرح الكبير ٦: ١٣٥.  
 (٥) مختصر المزني: ١٢٧، والمجموع ١٥: ٩٥ و ١٠٠، والمغني لابن قدامة ٦: ١١٨، والشرح الكبير ٦: ١٣٦.  
 (٦) الام ٤: ٤٠، والمجموع ١٥: ٩٦، والمغني لابن قدامة ٦: ١١٨، والشرح الكبير ٦: ١٣٦.  
 (٧) الكافي ٥: ٢٤١ باب ضمان الصناع، والتهذيب ٧: ٢١٨ - ٢٢١ حديث ٩٥٢ و ٩٥٥ و ٩٥٧ و ٩٥٨ و ٩٦٠ و ٩٦٣ و ٩٦٧، والاستبصار ٣: ١٣١ - ١٣٣ حديث ٤٧٠ و ٤٧٣ و ٤٧٥ و ٤٧٦ و ٤٨٠ و ٤٨١.

### [ ٥٠٣ ]

ذكرناه مجمع عليه. وما روي عن علي عليه السلام أنه كان يضمن الاجير (١)، محمول على أنه إذا كان بفعله. مسألة ٣٦: الختان، والبيطار، والحجام يضمنون ما يجنون بأفعالهم، ولم أجد أحدا من الفقهاء ضمنهم (٢)، بل حكى المزني أن أحدا لا يضمنهم (٣). دليلنا: إجماع الفرقة المحقة. مسألة ٢٧: إذا حبس حرا أو عبدا مسلما، فسرق ثيابه، لزمه ضمانها. وقال الشافعي: إن حبس حرا فلا ضمان على حابسه إذا سرق ثيابه، وإن كان عبدا لزمه ضمانها (٤). دليلنا: أن الحبس كان سبب السرقة، بدلالة أنه لو لم يحبس لم تسرق، فوجب عليه الضمان. مسألة ٢٨: الراعي إذا أطلق له الرعي حيث شاء، فلا ضمان على ما يتلف من الغنم، إلا إذا كان هو السبب فيه. وللشافعي فيه قولان: أحدهما: مثل ما قلناه (٥). والآخر: عليه الضمان. مثل القول في الصناع سواء (٦).

(١) الكافي ٥: ٢٤٢ - ٢٤٣ حديث ٤ و ٥ و ٩، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٦٢ - ١٦٣ حديث ٧١٤ و ٧١٦، والتهذيب ٧: ٢١٦ - ٢٢٠ حديث ٩٤٥ و ٩٥٦ و ٩٥٩ و ٩٦١ و ٩٦٢.  
 (٢) انظر مختصر المزني: ١٢٧، والمحلّى ٨: ٢٠٢، والمغني لابن قدامة ٦: ١٣٣ - ١٣٤، والشرح الكبير ٨: ٢٠٢.  
 (٣) مختصر المزني: ١٢٧، والمحلّى ٨: ٢٠٢.  
 (٤) انظر المجموع ١٤: ٢٧٤.  
 (٥) الام ٤: ٣٧ و ٤٠، ومختصر المزني: ١٢٧، والمجموع ١٥: ٩٨ و ٩٩.  
 (٦) الام ٤: ٣٧ و ٤٠، ومختصر المزني: ١٢٧، والمجموع ١٥: ٩٨ و ٩٩.

### [ ٥٠٤ ]

دليلنا: أن الاصل براءة الذمة، فمن شغلها فعليه الدلالة. مسألة ٣٩: إذا اكرى دابة فركبها أو حمل عليها، فضررها أو كبحها باللجام على ما جرت به العادة في التسيير، فتلفت، فلا ضمان عليه، وإن كان ذلك خارجا عن العادة لزمه الضمان. وهو قول الشافعي، وأبي يوسف، ومحمد (١). وقال أبو حنيفة: عليه الضمان في الحالين (٢). دليلنا: أن الاصل براءة الذمة، فعلى من شغلها بشئ الدلالة. مسألة ٣٠: إذا سلم مملوكا إلى معلم، فمات حتف أنفه، أو وقع عليه شئ من السقف فمات من غير تعد من المعلم، فلا ضمان عليه. وللشافعي فيه قولان مثل ما قال في الوديعة (٣). دليلنا: أن الاصل براءة الذمة، فمن علق عليها شيئا فعليه الدلالة. مسألة ٣١: إذا عزز الامام رجلا فادى الى تلفه، لم يجب عليه الضمان. وبه قال أبو حنيفة (٤). وقال الشافعي: يجب فيه الضمان (٥). وأين يجب؟ فيه قولان: أحدهما في بيت المال. والآخر على عاقلته.

(١) الام ٤: ٣٧، ومختصر المزني: ١٢٧، والمجموع ١٥: ٥٤ - ٥٥ وكفاية الاخير ١: ١٩٣، والسرّاج الوهاج: ٣٩٤، ومغني المحتاج ٢: ٢٥٣، واللباب ٢: ٤٠، والمبسوط ١٥: ١٧٤، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٧: ١٧٠، وتبيين الحقائق ٥: ١١٨.  
 (٢) اللباب ٢: ٤٠، والمبسوط ١٥: ١٧٤، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٧: ١٧٠، وشرح فتح القدير ٧: ١٧٠، والفتاوى الهندية ٤: ٤٩٣، وتبيين الحقائق ٥: ١١٨، وحاشية رد المحتار ٦: ٣٩، والمجموع ١٥: ٥٥.  
 (٣) المجموع ١٤: ١٧٨ و ١٥: ٩٥، والوجيز ١: ٢٨٤ و ٢٨٦، والمغني لابن قدامة ٦: ١٣٠ - ١٣١.

(٤) الفتاوى البزازية في هامش الفتاوى الهندية ٦: ٤٣٠، ومختصر المزني: ١٢٨، والشرح الكبير ١٠: ١٣١، والبحر الزخار ٦: ٢١٢،  
(٥) مختصر المزني: ١٢٨، والمجموع ٢٠: ١٢٢، والوجيز ٢: ١٨٣، والبحر الزخار ٦: ١٩٦، و  
٢١٢.

#### [ ٥٠٥ ]

وإذا قال: على عاقلته فالكفارة في ماله (١). وإذا قال: في بيت المال فالكفارة على قولين: أحدهما: في بيت المال أيضا. والثاني: في ماله (٢). دليلنا: أن الأصل براءة الذمة، فلا يعلق عليها شئ إلا بدليل. وأيضا فإنه فعل من التعزيز ما أمره الله به، فلا يلزمه الضمان، كما أن الحدود إذا أقامها فتلغ المحدود لم يلزمه الضمان بلا خلاف. مسألة ٣٢: إذا أسلم الثوب إلى غسال، وقال له: إغسله. ولم يشترط الاجرة، ولا عرض له بها، فغسله لزمته الاجرة. وإن لم يأمره بغسله، فغسله، لم تكن له أجره. وبه قال المزني (٣). والذي نص الشافعي عليه: أنه إذا لم يشترط، ولم يعرض، لا أجره له (٤). وفي أصحابه من قال: إن كان الرجل معروفاً بأخذ الاجرة على الغسل وجبت له الاجرة، وإن لم يكن معروفاً بأخذ الاجرة على الغسل، لم تجب له الاجرة (٥). ومنهم من قال: إن كان صاحب الثوب هو الذي سأله أن يغسله لزمته الاجرة، وإن كان الغسال هو الذي طلب منه الثوب ليغسله فلا أجره له، ومذهبهم ما نص عليه الشافعي أنه لا أجره له (٦).

(١) مختصر المزني: ١٢٨، والوجيز ٢: ١٨٤، والبحر الزخار ٦: ١٩٦.

(٢) مختصر المزني: ١٢٨، والوجيز ٢: ١٨٤.

(٣) المجموع ١٥: ١١٠ - ١١١.

(٤) المجموع ١٥: ١١٠ - ١١١، والسراج الوهاج: ٢٩٤، والوجيز ١: ٢٣٧، ومغني المحتاج ٢: ٣٥٢، والمغني لابن قدامة ٦: ١٦٢، والشرح الكبير ٦: ٢٢.

(٥) المجموع ١٥: ١١٠ - ١١١، والسراج الوهاج: ٢٩٤، ومغني المحتاج ٢: ٣٥٢، وفتح المعين: ٨٢ - ٨٣، والوجيز ١: ٢٣٧.

(٦) المجموع ١٥: ١١٠ - ١١١، ومغني المحتاج ٢: ٣٥٢، والسراج الوهاج: ٢٩٤، وفتح العين: ٨٢ - ٨٣.

#### [ ٥٠٦ ]

دليلنا: طريقة الاحتياط، لانه إذا أعطاه الاجرة برئت ذمته بلا خلاف، وإذا لم يعطه لم تبرأ ذمته بذلك. مسألة ٣٣: إجارة المشاع جائزة، وبه قال الشافعي (١). وقال أبو حنيفة: لا تجوز (٢). دليلنا: أن الأصل جواز ذلك، والمنع يحتاج إلى دليل. مسألة ٣٤: إذا سلم إلى الخياط ثوبا، فقطعه الخياط قباء، ثم اختلفا، فقال رب الثوب: أمرتك أن تقطعه قميصا فخالفت. وقال الخياط: بل قلت أقطع قباء فقد فعلت ما امرت، فالقول قول صاحب الثوب مع يمينه. وبه قال أبو حنيفة (٣). وهو الذي اختاره الشافعي على ما حكاه أبو اسحاق والقاضي أبو حامد ونقله المزني في جامعه عن الشافعي حكاية قوليهما - يعني أبا حنيفة وابن أبي ليلى - وقال: وكلاهما مدخول (٤). وقال أبو علي في الإفصاح: إن الشافعي ذكر في موضع من كتبه أنهما يتحالفان (٥).

والمغني لابن قدامة ٦: ١٦٢، والشرح الكبير ٦: ٢٢. (١) المجموع ١٥: ٧، وفتح العزيز ١٢: ٣٦٢، وبداية المجتهد ٢: ٢٢٥، والمحلى ٨: ٢٠٠، والشرح الكبير ٦: ٤٦، والبحر الزخار ٥: ٣٥.

(٢) اللباب ٢: ٤٨، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٧: ١٨٠، وشرح العناية على الهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٧: ١٨٠، وتبيين الحقائق ٥: ١٢٥، وبداية المجتهد ٢: ٢٢٥، والمحلى ٨: ٢٠١، والشرح الكبير ٦: ٤٦، وفتح العزيز ١٢: ٣٦٢، والبحر الزخار ٥: ٣٥.

(٣) اللباب ٢: ٥٠ - ٥١، والهداية المطبوع بهامش شرح الفتح القدير ٧: ٢١٨، وشرح العناية على الهداية ٧: ٢١٨، والفتاوى الهندية ٤: ٤٧٩، وتبيين الحقائق ٥: ١٤٢، وحاشية رد المحتار ٦: ٧٥، والام ٤: ٤٠، والمجموع ١٥: ١٠٥ و ١٠٩، ومختصر المزني: ١٢٨، والمغني لابن قدامة ٦: ١٢٥، والشرح الكبير ٦: ١٤٨.

(٤) الام ٤: ٤٠، ومختصر المزني: ١٢٨، والوجيز ١: ٢٣٧ - ٢٣٨، والمجموع ١٥: ١٠٥ - ١٠٦، والسراج الوهاج: ٢٩٥، ومغني المحتاج ٢: ٣٥٤، والمغني لابن قدامة ٦: ١٢٥، والشرح الكبير ٦: ١٤٨.

## [ ٥٠٧ ]

واختلف أصحابه في ترتيبهما: فمنهم من قال: المسألة على قولين: أخذهما: القول قول الخياط. والآخر: القول قول رب الثوب. والثاني: أنهما يتحالفان (١). ومنهم من قال: يتحالفان قولاً واحداً (٢). دليلنا: أن المالك رب الثوب، والخياط مدعي للآذن في قطع القباء فعليه البينة، فإذا فقدتها فعلى المالك اليمين. ولأنهما لو اختلفا في أصل القطع لكان القول قول رب الثوب، فكذلك في صفة القطع. وكنا قلنا فيما تقدم في هذه المسألة: أن القول قول الخياط، لانه غارم، وأن رب الثوب يدعي عليه قطعاً لم يأمره به، فيلزمه بذلك ضمان الثوب، فكان عليه البينة، فإذا فقدتها وجب على الخياط اليمين وهذا أيضاً قوي. مسألة ٢٥: إذا اكرت من بهيمة ليقطع بها مسافة، فامسكها قدر قطع المسافة ولم يسيرها فيها، استقرت عليه الاجرة. وبه قال الشافعي (٣). وقال أبو حنيفة: لا تستقر عليه حتى يسيرها في بقاع تلك المسافة (٤).

- (١) المجموع ١٥ : ١٠٦، ومغني المحتاج ٢ : ٣٥٤ - ٣٥٥، والسراج الوهاج: ٢٩٥، والمغني لابن قدامة ٦ : ١٢٥، والشرح الكبير ٦ : ١٤٨، والوجيز ١ : ٢٢٨.  
 (٢) المجموع ١٥ : ١٠٦، والوجيز ١ : ٣٢٨، والمغني لابن قدامة ٦ : ١٢٥، والشرح الكبير ٦ : ١٤٨.  
 (٣) مختصر المزني: ١٢٨، والسراج الوهاج: ٢٩٦، ومغني المحتاج ٢ : ٢٥٨، والوجيز ١ : ٢٢٧، والمغني لابن قدامة ٦ : ٢٠.  
 (٤) المبسوط ١٥ : ١٧٦ - ١٧٧ و ١٨٤، وشرح فتح القدير ٧ : ١٥٨، وشرح العناية المطبوع في هامش شرح فتح القدير ٧ : ١٥٨، والاشباه والنظائر لابن نجيم: ٢٦٧، والمغني لابن قدامة ٦ : ٢٠ - ٢١.

## [ ٥٠٨ ]

دليلنا: ما دللنا عليه من أن مال الاجارة يلزم بنفس العقد، والتمكين من التسير قد حصل، فوجب عليه الاجرة، فمن أسقطها فعليه الدلالة. مسألة ٣٦: إذا استاجر داراً على أن يتخذها مسجداً يصلي فيه، صحت الاجارة. وبه قال الشافعي (١). وقال أبو حنيفة: لا تصح (٢). دليلنا: أن الاصل جوازه، والمنع يحتاج الى دليل. مسألة ٣٧: إذا استجار داراً ليتخذها ماخوراً (٣) يبيع فيها الخمر، أو ليتخذها كنيسة، أو بيت نار، فإن ذلك لا يجوز والعقد باطل. وقال أبو حنيفة: العقد صحيح، ويعمل فيه غير ذلك من الاعمال المباحة دون ما استجاره له. وبه قال الشافعي (٤). دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٥). وأيضاً فهذه الاشياء محظورة بلا خلاف، فلا يجوز الاستيجار لها. مسألة ٣٨: إذا استاجر رجلاً لينقل له خمراً من موضع الى موضع لم تصح الاجارة. وبه قال الشافعي (٦).

- (١) المجموع ١٥ : ٣٩، وفتح العزيز ١٢ : ٢٥٦، والشرح الكبير ٦ : ٤٢، والبحر الزخار ٥ : ٣١، والمغني لابن قدامة ٦ : ١٤٦.  
 (٢) الفتاوى الهندية ٤ : ٤٥٠، والشرح الكبير ٦ : ٤٢، والبحر الزخار ٥ : ٣١، والمغني لابن قدامة ٦ : ١٤٦ - ١٤٧.  
 (٣) قال ابن الاثير في النهاية ٤ : ٣٠٦ ما لفظه: ماخور، وهو مجلس الرية، ومجمع أهل الفسق والفساد، وبيوت الخمارين.  
 (٤) المبسوط ١٦ : ٢٨، والفتاوى الهندية ٤ : ٤٥٠، والمغني لابن قدامة ٦ : ١٥١، والشرح الكبير ٦ : ٢٥، والبحر الزخار ٥ : ٣٧.  
 (٥) الكافي ٥ : ٢٢٧ حديث ٦ و ٨، والتهذيب ٦ : ٣٧١ - ٣٧٢ حديث ١٠٧٧ و ١٠٧٨، والاستبصار ٣ : ٥٥ حديث ١٧٩ و ١٨٠.  
 (٦) كفاية الاخير ١ : ١٩١، والمغني لابن قدامة ٦ : ١٥٩ - ١٥٠، والشرح الكبير ٦ : ٣٦، والبحر الزخار ٥ : ٣١.

## [ ٥٠٩ ]

وقال أبو حنيفة: تصح كما لو استأجره لينقل الخمر الى الصحراء ليريقه (١). دليلنا: ما قلناه في المسألة الاولى سواء. مسألة ٣٩: إذا استأجره ليخيط له ثوباً بعينه، وقال: إن خطته اليوم فلك درهم، وإن خطته غداً فلك نصف درهم. صح العقد

فيهما، فإن خاطه في اليوم الاول كان له الدرهم، وإن خاطه في الغد كان له نصف درهم. وقال أبو حنيفة: إن خاطه في اليوم الاول بمثل ما قلناه، وإن خاطه في الغد له أجرة المثل، وهو ما بين النصف المسمى الى الدرهم، فلا يبلغ درهما ولا ينقص عن نصف ودرهم (٢). وقال الشافعي: هذا عقد باطل في اليوم والغد (٣). دليلنا: أن الاصل جواز ذلك، والمنع يحتاج إلى دليل. وقوله صلى الله عليه وآله: " المؤمنون عند شروطهم " (٤). وفي أخبارهم ما يجري مثل هذه المسألة بعينها منصوصة، وهي أن يستأجر منه دابة على أن يوافي به يوما بعينه على أجرة معينة، فإن لم يواف به ذلك اليوم كان أجرتها أقل من ذلك، وإن هذا جائز (٥)، وهذه بعينها سواء.

(١) النتف ٢: ٥٧٤، والمبسوط ١٦: ٣٨ - ٣٩، والفتاوى الهندية ٤: ٤٤٩، والبحر الزخار ٥: ٣١، والمغني لابن قدامة ٦: ١٥٠، والشرح الكبير ٦: ٣٦.  
(٢) اللباب ٢: ٤٦، والمبسوط ١٥: ٩٩ - ١٠٠، والفتاوى الهندية ٤: ٤٢٣، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٧: ٢٠٨، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٧: ٢٠٨، وتبيين الحقائق ٥: ١٢٩، والمغني لابن قدامة ٦: ٩٨، والشرح الكبير ٦: ٢٧، وفتح العزيز ١٢: ٢٠٢.  
(٣) الوجيز ١: ٢٣٢، وفتح العزيز ١٢: ٢٠٢، والمبسوط ١٥: ١٠٠، والمغني لابن قدامة ٦: ٩٨، والشرح الكبير ٦: ٣٦.  
(٤) التهذيب ٧: ٢٧١ حديث ١٥٠٣، والاستبصار ٣: ٢٣٢ حديث ٨٢٥، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٨٤، والشرح الكبير ٤: ٢٨٦، وتلخيص الحبير ٣: ٢٣ و ٤٤، والمصنف لابن أبي شيبة ٦: ٥٦٨ حديث ٢٠٦٤.  
(٥) الكافي ٥: ٢٩٠ حديث ٤ و ٥، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ٢١ - ٢٢ حديث ٥٧ و ٥٨، والتهذيب

#### [ ٥١٠ ]

مسألة ٤٠: إذا استأجره لخياطة ثوب، وقال: إن خطته روميا - وهو الذي يكون بدرزين - فلك درهم، وإن خطته فارسيا - وهو الذي يكون بدرز واحد - فلك نصف درهم، صح العقد. وبه قال أبو حنيفة (١). وقال الشافعي: لا يصح (٢). دليلنا: ما قلناه في المسألة الاولى سواء. مسألة ٤١: يجوز إجارة الدراهم والدنانير، وللشافعي فيه وجهان: أحدهما مثل ما قلناه (٣). والاخر لا يجوز (٤). دليلنا: أن الاصل جوازه، والمنع يحتاج الى دليل. ولأنه ينتفع بها مع بقاء عينها، مثل أن ينثرها ويسترجعها، أو يضعها بين يديه ليتجمل بها وغير ذلك. مسألة ٤٢: إذا استأجر دراهم أو دنانير، وعين جهة الانتفاع بها، كان على ما شرط، وصحت الاجارة. وإن لم يعين بطلت الاجارة، وكانت قرضا. وبه قال أبو حنيفة (٥). وقال الشافعي: إن لم يعين جهة الانتفاع لم يصح العقد، ولا يكون

٧: ٢١٤ حديث ٩٤٠ و ٩٤١. (١) اللباب ٢: ٤٥، والمبسوط ١٥: ١٠٠، والهداية بهامش شرح فتح القدير ٧: ٢٠٨، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٧: ٢٠٨، والفتاوى الهندية ٤: ٤٢٣، وتبيين الحقائق ٥: ١٢٨ و ١٤٠، والمغني لابن قدامة ٦: ٩٩، والشرح الكبير ٦: ٢٧، وفتح العزيز ١٢: ٢٠٢.  
(٢) فتح العزيز ١٢: ٢٠٢، والمبسوط ١٥: ١٠٠.  
(٣) المجموع ١٥: ٤ و ٦، وفتح العزيز ١٢: ٢٢٤، والمغني لابن قدامة ٦: ١٤٤، والشرح الكبير ٦: ٤٠.  
(٤) المجموع ١٥: ٤ و ٦، والسراج الوهاج: ٢٨٨، وكفاية الاخير ١: ١٩١، والوجيز ١: ٢٣٠، وفتح العزيز ١٢: ٢٢٤، وفتح العين: ٨١، والمغني لابن قدامة ٦: ١٤٤، والشرح الكبير ٦: ٤٠.  
(٥) المبسوط ١٦: ٣١ و ٣٢، والمغني لابن قدامة ٦: ١٤٤، والشرح الكبير ٦: ٤٠، وفتح العزيز ١٢: ٢٢٥ - ٢٢٦.

#### [ ٥١١ ]

قرضا (١). دليلنا: أن العادة في دراهم الغير ودنانيره أن لا ينتفع بها إلا على وجه القرض، فإذا أطلق له الانتفاع رجع الاطلاق إلى ما يقتضيه العرف. مسألة ٤٣: يصح إجارة كلب الصيد للصيد وحفظ الماشية والزرع. وللشافعي فيه وجهان: أحدهما مثل ما قلناه (٢). والاخر: أنه لا يجوز ذلك (٣). دليلنا: أن الاصل جوازه، والمنع يحتاج إلى دليل. ولأن بيع هذه الكلاب يجوز عندنا، وما يصح بيعه يصح إجارته بلا خلاف. مسألة ٤٤: إذا

استأجره لينقل له مينة على أن يكون له جلدتها، لم يصح بلا خلاف. وإن استأجره ليسلخ له مذكى على أن يكون له جلده كان جائزا عندنا. وقال الشافعي: لا يجوز ذلك، لأنه مجهول (٤). دليلنا: أن الاصل جوازها، والمنع يحتاج الى دليل. وأيضا فإنه ليس بمجهول. لأنه مشاهد. مسألة ٤٥: إذا استأجره ليطن له دقيقا على أن يكون له صاعا منه صح. وقال الشافعي: لا يصح، لأنه مجهول، لأنه لا يدري هل يكون ناعما أو

- (١) كفاية الاخير ١: ١٩١، وفتح العزيز ١٢: ٢٢٥، والمغني لابن قدامة ٦: ١٤٥، والشرح الكبير ٦: ٤٠.
- (٢) المجموع ١٥: ٣، والوجيز ١: ٢٣، وفتح العزيز ١٢: ٢٢١ و ٢٢٢ والشرح الكبير ٦: ٢٨.
- (٣) المجموع ١٥: ٣، ومغني المحتاج ٢: ٣٢٥، والسراج الوهاج: ٢٨٨، والوجيز ١: ٢٣٠، وفتح العزيز ١٢: ٢٢٢، والشرح الكبير ٦: ٢٨.
- (٤) مغني المحتاج ٢: ٣٢٥، والسراج الوهاج: ٢٨٨، وكفاية الاخير ١: ١٩٣ - ١٩٤، وفتح العزيز ١٢: ٢٠٣.

### [ ٥١٢ ]

خشنا (١). دليلنا: ما قلناه في المسألة الاولى سواء. مسألة ٤٦: إذا استأجر رجلان جملة للعقبة، صحت الاجارة، سواء كان في الذمة أو معينا. وبه قال الشافعي (٢). وقال المزني: إن كان معينا لم يجز، لأنه إذا سلم إلى أحدهما تأخر التسليم إلى الآخر، فيكون ذلك عقدا قد شرط فيه تأخير التسليم، وقد تناول عينا فلم يجز (٣). دليلنا: هو أن الاصل جوازها، والمنع يحتاج إلى دليل، وليس فيه تأخر التسليم، لأنه يسلم الجمل اليهما معا، يتناوبان بعد التسليم على ما يتفقان عليه.

- (١) السراج الوهاج: ٢٨٨ ومغني المحتاج ٢: ٣٢٥، وفتح العزيز ١٢: ٢١١.
- (٢) المجموع ١٥: ٣٩ - ٤٠، ومغني المحتاج ٢: ٣٢٩، والسراج الوهاج: ٢٨٩، وفتح العزيز ١٢: ٢٦١، والمغني لابن قدامة ٦: ١١٠ - ١١١، والشرح الكبير ٦: ١١٠.
- (٣) المجموع ١٥: ٣٩، والوجيز ١: ٢٢١، وفتح العزيز ١٢: ٢٦٠ - ٢٦١.

### [ ٥١٣ ]

#### كتاب المزارعة

مسألة ١: المزارعة بالثلث، والربع، والنصف، أو أقل، أو أكثر بعد أن يكون بينهما مشاعا جائزة. وبه قال في الصحابة علي عليه السلام، وعبد الله بن مسعود، وعمار بن ياسر، وسعد بن أبي وقاص، وخباب بن الارت (١). وفي الفقهاء ابن أبي ليلى، وأبو يوسف، ومحمد، وأحمد، وإسحاق (٢). وقال قوم: أنها لا تجوز. ذهب إليه ابن عباس، وعبد الله بن عمر، وأبو هريرة. وبه قال أبو حنيفة، ومالك، والشافعي، وأبو ثور (٣). دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٤)، فانهم لا يختلفون في ذلك: وأيضا الاصل

- (١) خباب بن الارت بن جندلة بن سعد بن خزيمة التميمي، وقيل: خزاعي، عده جمع من المؤرخين في عداد الصحابة، مات سنة تسع وثلاثين بعد أن شهد صفين والنهروان مع أمير المؤمنين عليه السلام، وكان عمره ثلاثا وسبعين سنة. وقف أمير المؤمنين عليه السلام على قبره وقال: رحم الله خبابا، أسلم راعيا وهاجر طائعا، وعاش مجاهدا وابتلى في جسمه أحوالا، ولن يضيع الله أجر من أحسن عملا. انظر تنقيح المقال ١: ٣٩٥.
- (٢) المبسوط ٢٣: ١٧، واللباب ٢: ١٧٧، وعمدة القاري ١٢: ١٦٧، وبدائع الصنائع ٦: ١٧٥، والمجموع ١٤: ٤٢١، وكفاية الاخير ١: ١٩٥، والاقناع ٢: ٢٨٠، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٨٢ و ٥٩٨، والشرح الكبير ٥: ٥٨١ - ٥٨٢، ونيل الاوطار ٦: ١٠، والبحر الزخار ٥: ٦٤.
- (٣) النتف ٢: ٥٤٨، والمبسوط ٢٣: ١٥ و ١٧، واللباب ٢: ١٧٧، وعمدة القاري ١٢: ١٦٤ و ١٦٧، وبدائع الصنائع ٦: ١٧٥، والفتاوى الهندية ٥: ٢٢٥، وتبيين الحقائق ٥: ٢٧٨، والام ٤: ١٢ و ١٥، ومختصر المزني: ١٢٨، والمجموع ١٤: ٤٢٠ - ٤٢١، ومغني المحتاج ٢: ٣٢٣، وكفاية الاخير ١: ١٩٤، والمحلى ٨: ١٩٠، وفتح الرحيم ٣: ١٤، ونيل الاوطار ٦: ٨.

والبحر الزخار ٥: ٦٤.  
(٤) الكافي ٥: ٣٦٧ حديث ٣ والتهذيب ٧: ١٩٧ حديث ٨٧١، والاستبصار ٣: ١٢٨ حديث ٤٥٨ و ٤٥٩.

### [ ٥١٦ ]

جوازه، والمنع يحتاج الى دلالة. وأيضاً روى ابن عمر: أن النبي صلى الله عليه وآله عامل أهل خيبر بشرط ما يخرج من ثمر أو زرع (١). وروى مقسم، عن ابن عباس: أن النبي دفع خيبر أرضها ونخلها إلى أهلها مقاسمة على النصف (٢). وروى عروة بن الزبير، عن زيد بن ثابت أنه قال: يغفر الله لرافع بن خديج (٣)، أنا والله أعلم بالحديث منه، إنما أتاه رجلان من الانصار اقتتلا، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: إن كان هذا شأنكما فلا تكروا المزارع (٤). وهذا يدل على أن النهي ليس بنهي تحريم، لانه قال على وجه المشورة وطلب الصلاح. مسألة ٢: يجوز إجارة الارضين للزراعة. وبه قال جميع الفقهاء (٥).

(١) صحيح البخاري ٣: ١٣٧ و ١٢٨، وصحيح مسلم ٣: ١١٨٦ حديث ١٥٥١، وسنن ابن ماجه ٢: ٨٢٤ حديث ٢٤٦٧، وسنن أبي داود ٣: ٢٦٢ حديث ٢٤٠٨، وسنن الترمذي ٣: ٦٦٦ حديث ١٢٨٢، وسنن الدارقطني ٣: ٢٧ حديث ١٥١، ومعجم الطبراني الصغير ١: ٢٨ و ٧٣ باختلاف يسير في بعض الفاظه.  
(٢) سنن الدارقطني ٣: ٢٧ حديث ١٤٩، وسنن ابن ماجه ٢: ٨٢٤ حديث ٢٤٦٨ باختلاف يسير في لفظ الحديث.  
(٣) رافع بن خديج بن رافع بن عدي الخزرجي الانصاري الحارثي، أبو عبد الله ويقال: أبو رافع، شهد أحداً والخندق، وروى عن النبي صلى الله عليه وآله مات سنة ٧٣، وقيل انه مات سنة ٧٤ هجرية تهذيب التهذيب ٣: ٢٢٩.  
(٤) سنن أبي داود ٣: ٢٥٧ حديث ٣٣٩٠، والدرية في تخريج أحاديث الهداية ٢: ٢٠٤ ذيل الحديث ٨٩٨.  
(٥) النتف ٢: ٥٦٩، والميسوط ٣: ١٥ و ٤١، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٧: ١٦٦، وشرح فتح القدير ٧: ١٦٦، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٧: ١٦٦، والام ٤: ١٢ و ١٣ ومختصر المزني: ١٢٨، وكفاية الاخيار ١: ١٩١ و ١٩٤، واللباب ٢: ٣٧، والاقناع ٢: ٢٨٥، والمغني لابن قدامة ٦: ٦٧، وتبيين الحقائق ٥: ١١٤.

### [ ٥١٧ ]

وحكى عن الحسن وطاوس أنهما قالوا: لا يجوز ذلك (١). وحكى أبو بكر بن المنذر عنهما أنهما جوزا المزارعة (٢). دليلنا: إجماع الفرقة، بل إجماع المسلمين، لان هذا الخلاف قد انقضى. ولان الاصل جوازه، والمنع يحتاج الى دليل. وروى سعد بن أبي وقاص قال: كنا نكري الارض بما على السواقي فنهانا رسول الله صلى الله عليه وآله، وأمرنا أن نكريها بذهب أو فضة (٣). مسألة ٣: يجوز اجارة الارض بكل ما يصح أن يكون ثمناً من ذهب، أو فضة، أو طعام. وبه قال الشافعي وغيره (٤). وقال مالك: لا يجوز إكراؤها بالطعام، وبكل ما يخرج منها (٥). دليلنا: إجماع الفرقة، فانهم لا يختلفون فيه، إلا أن يشترط الطعام منها فان ذلك لا يجوز، فأما بطعام في الذمة فانه يجوز على كل حال. مسألة ٤: إذا أكره أرضاً ليزرع فيها طعاماً، صح العقد، ولا يجوز له أن يزرع

(١) بداية المجتهد ٢: ٢١٩، والمحلى ٨: ١٩٠، وعمدة القاري ١٢: ١٦٤، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٩٦، والشرح الكبير ٥: ٥٩٥.  
(٢) انظر المغني لابن قدامة ٥: ٥٩٦، والشرح الكبير ٥: ٥٩٥.  
(٣) روى أبو داود في سننه ٢: ٢٥٨ حديث ٣٣٩١ باسناده عن سعد قال: كنا نكري الارض بما على السواقي من الزرع وما سعد بالماء منها، فنهانا رسول الله صلى الله عليه وآله عليه وآله عن ذلك وأمرنا أن نكريها بذهب أو فضة، وروى نحوه الدارمي في سننه ٢: ٢٧١ باب الرخصة في كراء الارض بالذهب والفضة.  
(٤) الام ٤: ١٢ و ١٤ - ١٥، والمزني: ١٢٨، والمجموع ١٤: ٤٢٠، وكفاية الاخيار ١: ١٩٤ - ١٩٥، ونيل الاوطار ٦: ١٠، وبداية المجتهد ٢: ٢١٩، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٩٦ - ٥٩٧ و ٥٩٨، والشرح الكبير ٥: ٥٩٥ - ٥٩٦، وعمدة القاري ١٢: ١٦٤.  
(٥) بداية المجتهد ٢: ٢١٩، ونيل الاوطار ٦: ١٠، والمدونة الكبرى ٤: ٥٤٣ - ٥٤٤، والموطأ ٢: ٧١٢، وفتح الرحيم ٢: ١٠ - ١١ و ١٥، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٩٨، والشرح الكبير ٥: ٥٩٦ - ٥٩٧، وعمدة القاري ١٢: ١٦٤، والبحر الزخار ٥: ٢٨.



غيره. وبه قال داود (١). وقال أبو حنيفة والشافعي وعامة الفقهاء: أنه إذا عين الطعام بطل الشرط والعقد (٢). وللشافعي في بطلان الشرط قول واحد، وفي بطلان العقد وجهان (٣). دليلنا: قوله تعالى: "أوفوا بالعقود" (٤) والأيفاء بالعقد أن يزرع ما سمي وما تناوله العقد. وقوله "المؤمنون عند شروطهم" (٥) يدل عليه أيضا. مسألة ٥: إذا أكرى أرضا للزراعة ولم يعين ما يزرع فيها، صح العقد، وله أن يزرع ما شاء وأن كان أبلغ ضررا وعليه أكثر أصحاب الشافعي (٦). وقال أبو العباس: لا يجوز ذلك، لأن أنواع الزرع تختلف وتباين، فلا بد من التعيين (٧). دليلنا: أن الاصل جوازه، والمنع يحتاج إلى دليل، ولأن الزراعة وإن اختلفت فاختلفت متقارب، فيجري مجرى النوع الواحد.

- (١) المحلى ٨: ١٩٠، والمجموع ١٥: ٦٢، والمغني لابن قدامة ٦: ٦٨، والشرح الكبير ٦: ٨٨.  
 (٢) بدائع الصنائع ٦: ١٧٨، والمجموع ١٥: ٦٢ - ٦٣، والمغني لابن قدامة ٤: ١٦، ومختصر المزني: ١٢٩، والشرح الكبير ٦: ٨٩.  
 (٣) الام ٤: ١٦، والمجموع ١٥: ٦٣، ومختصر المزني: ١٢٩.  
 (٤) المائدة: ١.  
 (٥) التهذيب ٧: ٣٧١ حديث ١٥٠٣، والاستبصار ٣: ٢٢٢ حديث ٨٣٥، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٨٤، والشرح الكبير ٤: ٣٨٦.  
 (٦) الام ٤: ١٧، والمجموع ١٥: ٧٩، ومغني المحتاج ٢: ٣٤٢، والسراج الوهاج ١: ٢٩٠، والمغني لابن قدامة ٦: ٦٧، ومختصر المزني: ١٢٩، والوجيز ١٢: ٢٣٣، وفتح العزيز ١٢: ٣٥٧، والشرح الكبير ٦: ٨٧.  
 (٧) المغني لابن قدامة ٦: ٦٧، ومغني المحتاج ٢: ٣٤٢، والوجيز ١: ٢٣٣، وفتح العزيز ١٢: ٣٥٧، والشرح الكبير ٦: ٨٧.

مسألة ٦: إذا أكرى أرضا للغراس وأطلق جاز. وبه قال أكثر أصحاب الشافعي (١). وقال أبو العباس: لا يجوز ذلك، لأنه يختلف (٢). دليلنا: ما قلناه في المسألة الأولى سواء. مسألة ٧: إذا أكره أرضا على أن يزرع فيها ويغرس، ولم يعين مقدار كل واحد منهما، لم يجز. وبه قال المزني وأكثر أصحاب الشافعي (٣). وقال أبو الطيب بن سلمة: يجوز أن يزرع نصفه ويغرس نصفه (٤). وقال الشافعي: نصا أنه يجوز (٥). وقال أصحابه: إنما أراد بذلك التخيير بين أن يزرع كلها أو يغرس كلها، فأما من النوعين بلا تعيين فلا يجوز (٦). دليلنا: أن ذلك مجهول، وضرهما مختلف، فإذا لم يعين بطل العقد. مسألة ٨: إذا أكره أرضا سنة للغراس، فغرس في مدة السنة، ثم خرجت السنة لم يكن للمكري المطالبة بقلع الغراس إلا بشرط أن يغرم قيمته، فإذا غرم قيمته أجبر على أخذه وصار الأرض بما فيها له، أو يجبره على القلع، ويلزمه ما بين

- (١) السراج الوهاج ١: ٢٩٠، ومغني المحتاج ٢: ٣٤٢، والوجيز ١: ٢٣٥، وفتح العزيز ١٢: ٣٥٧، والمغني لابن قدامة ٦: ٦٦.  
 (٢) انظر الوجيز ١: ٢٣٥، وفتح العزيز ١٢: ٣٥٧، والمغني لابن قدامة ٦: ٦٦.  
 (٣) المجموع ١٥: ١٤ و ٧٠، والوجيز ١: ٢٣٣، وفتح العزيز ١٢: ٣٥٨ - ٣٥٩، والمغني لابن قدامة ٦: ٦٦، ومغني المحتاج ٢: ٣٤٢، ومختصر المزني: ١٢٩، والشرح الكبير ٦: ٨٧.  
 (٤) الوجيز ١: ٢٣٣، وفتح العزيز ١٢: ٣٥٨، والمغني لابن قدامة ٦: ٦٦.  
 (٥) الام ٤: ١٨، والوجيز ١: ٢٣٣، وفتح العزيز ١٢: ٣٥٨، والمغني لابن قدامة ٦: ٦٦، ومختصر المزني: ١٢٩، والشرح الكبير ٦: ٨٧.  
 (٦) مغني المحتاج ٢: ٣٤٢، والسراج الوهاج ١: ٢٩٠، والوجيز ١: ٢٣٣، وفتح العزيز ١٢: ٣٥٨ - ٣٥٩، والمغني لابن قدامة ٦: ٦٦، والشرح الكبير ٦: ٨٧.

قيمتها ثابتة ومقلوعة. وبه قال الشافعي وأصحابه (١). وقال أبو حنيفة والمزني: له أن يجبره على القلع من غير أن يغرم له شيئا (٢). دليلنا: قوله عليه السلام: "ليس لعرق ظالم حق" (٣) فدل على أن العرق إذا كان لغير ظالم له حق. وروى عائشة أن النبي عليه السلام قال: "من غرس في رباغ قوم بأذنهم فله القيمة" (٤).

ومثل هذا رواه أصحابنا (٥)، وعليه إجماعهم. مسألة ٩: إذا استاجر دارا أو أرضا، إجارة صحيحة أو فاسدة مدة معلومة، ومضت المدة، استقرت الاجرة على المستاجر، إنفع أو لم ينتفع. وبه قال الشافعي (٦). وقال أبو حنيفة: إن كانت الاجارة صحيحة مثل ما قلنا، وإن كانت فاسدة لم تستقر الاجرة عليه حتى ينتفع بالمستاجر. فأما إذا مضت المدة ولم ينتفع به، فإن الاجرة تستقر عليه (٧).

(١) الام ٤: ١٨، ومختصر المزني: ١٢٩، والمجموع ١٥: ٦٥ و ٧٠، والمغني لابن قدامة ٦: ٧٥، والوجيز ١: ٢٣٥، والشرح الكبير ٦: ١٥٨ - ١٥٩.  
(٢) اللباب ٢: ٢٨، ومختصر المزني: ١٣٠، والهداية المطبوع شرح فتح القدير ٧: ١٦٧، وشرح فتح القدير ٧: ١٦٧، والمجموع ١٥: ٦٩ و ٧١، والمغني لابن قدامة ٦: ٧٥، والشرح الكبير ٦: ١٥٩، وتبيين الحقائق ٥: ١١٤.  
(٣) صحيح البخاري ٣: ١٤٠، وسنن الترمذي ٣: ٦٦٢ حديث ١٣٧٨، وسنن أبي داود حديث ٣٠٧٢.  
(٤) رواه البيهقي في سننه الكبرى ٦: ٩١ مع ابدال كلمة " غرس " بكلمة " بنى ".  
(٥) انظر الكافي ٥: ٢٩٧ حديث ٢، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٥٦ حديث ٦٨٤، والتهذيب ٧: ٢٠٦ حديث ٩٠٧.  
(٦) الام ٤: ١٨، والمجموع ١٥: ٣٣ - ٣٤، ومختصر المزني: ١٢٨، والوجيز ١: ٣٢٧، والسراج الوهاج: ٣٩٦، ومغني المحتاج ٢: ٢٥٨، والمغني لابن قدامة ٦: ٢٠، والشرح الكبير ٦: ١٥٧.  
(٧) الهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٧: ١٥٢، ١٥٣ و ١٥٧، و ١٥٨، وشرح فتح القدير ٧: ١٥٢ و ١٥٣ و ١٥٧، والفتاوى الهندية ٤: ٤١٣، والمبسوط ١٥: ١٧٦ - ١٧٧ و ١٨٤، واللباب ٢: ٤٤ و ٥٢، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٧: ١٥٨، وتبيين الحقائق ٥: ١٠٩ و ١٢١،

#### [ ٥٢١ ]

دليلنا: أن هذه المنافع تلفت في يده فلزمه ضمانها، وإن لم ينتفع كما لو انتفع بها. مسألة ١٠: إذا اختلف المكتري والمكري في قدر المنفعة أو الاجرة. قال الشافعي: يتخالفان مثل المتبايعين إذا اختلفا في قدر الثمن أو المثمن، فإن كان لم يمض من المدة شئ، رجع كل واحد منهما إلى حقه، وإن كان بعد مضي المدة في يد المكتري لزمه أجرة المثل (١). ويجئ على مذهب أبي حنيفة أنه إذا كان قبل مضي المدة يتخالفان، وإن كان بعد مضي المدة في يد المكتري لم يتخالفان، وكان القول قول المكتري كما قال في البيع إن القول قول المشتري إذا كانت السلعة تالفة (٢) والذي يليق بمذهبنا أن يستعمل فيه القرعة، فمن خرج اسمه حلف، وحكم له به، لإجماع الفرقة على أن كل مشتبه يرد إلى القرعة. مسألة ١١: إذا زرع أرض غيره، ثم اختلفا، فقال الزارع: أعرتنيها. وقال رب الأرض: بل أكرتنيها. وليس مع واحد منهما بينة، حكم بالقرعة. وللشافعي فيه قولان: أحدهما وعليه أكثر أصحابه أن القول قول الزارع. وكذلك في الراكب إذا ادعى أن صاحب الدابة أعاره إياها (٣) وهو الذي يقوى في نفسي.

والمغني لابن قدامة ٦: ٢٠ - ٢١، والشرح الكبير ٦: ١٥٧. (١) الام ٤: ٣٢ و ٣٩، والمجموع ١٥: ١٠٥ و ١٠٨، وفتح العين في شرح قرة اللعين: ٨٣، والمغني لابن قدامة ٦: ١٦٠ والشرح الكبير ٦: ١٥٢.  
(٢) الام ٤: ٣٩، والمجموع ١٥: ١٠٧ - ١٠٨، والمغني لابن قدامة ٦: ١٦٠، والشرح الكبير ٦: ١٥٢.  
(٣) المجموع ١٤: ٢٢٠ و ٢٢٢ - ٢٢٣، والام ٣: ٢٤٥، ومختصر المزني: ١١٦، والسراج الوهاج: ٣٦٦، ومغني المحتاج ٢: ٢٧٢ - ٢٧٤، والوجيز ١: ٢٠٥، وفتح العزيز ١١: ٢٢٢ - ٢٢٣ وفتح المعين في شرح قرة العين: ٨٤، والمغني لابن قدامة ٥: ٣٧١، والشرح الكبير ٥: ٣٧١.

#### [ ٥٢٢ ]

والقول الثاني: أن القول قول رب الأرض، ورب الدابة (١). وحكى أبو علي الطبري أن في أصحابه من حمل المسألتين على ظاهرهما، وفرق بينهما بأن العادة جرت بإعارة الدواب، وفي الأرض بالاجارة دون العارية (٢). دليلنا على ما قلناه أولا: إجماع الفرقة على أن كل مجهول مشتبه فيه القرعة، وهذا مثل ذلك. وأما على ما قلناه ثانيا: هو أن الاصل براءة الذمة، وصاحب الدابة والأرض يدعي الاجرة، فعليه البينة، فإذا

عدمها كان على الراكب والزارع اليمين.

(١) الام ٤: ٢١ - ٢٢، ومختصر المزني: ١٣٠، والمجموع و ٢٢٢ - ٢٢٣، والسراج الوهاج: ٢٦٦، ومغني المحتاج ٢: ٢٧٣ - ٢٧٤، والوجيز ١: ٢٠٥، وفتح العزيز ١١: ٢٢٢ - ٢٢٣.

(٢) انظر المجموع ١٤: ٢٢٠ و ٢٢٢ - ٢٢٣.

### [ ٥٢٢ ]

#### كتاب إحياء الموات

مسألة ١: الارضون العامرة في بلاد الاسلام التي لا يعرف لها صاحب معين للامام خاصة. وقال أبو حنيفة: أنها تملك بالاحياء إذا أذن الامام في ذلك (١). وقال الشافعي: لا تملك (٢). دليلنا: إجماع الفرقة على أن أرض الموات للامام خاصة، فإنها من جملة الانفال، ولم يفسلوا بين ما يكون في دار الاسلام وبين ما يكون في دار الحرب. مسألة ٢: الارضون العامرة في بلد الشرك التي لم يجر عليها ملك أحد، للامام خاصة. وقال الشافعي: كل من أحيها من مشرك ومسلم، فإنه يملك بذلك (٣). دليلنا: ما قلناه في المسألة الاولى سواء. مسألة ٣: الارضون الموات للامام خاصة، لا يملكها أحد بالاحياء، إلا أن يأذن له الامام.

(١) اللباب ٢: ١٦٨، وفتاوى قاضيخان ٣: ٢١٩، وفتاوى الهندية ٥: ٢٨٦، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٨: ١٣٦، وتبيين الحقائق ٦: ٢٥، وحاشية رد المحتار ٦: ٤٢٢، والمجموع ١٥: ٢١٠، والمغني لابن قدامة ٦: ١٦٦، والشرح الكبير ٦: ١٦٦. (٢) الام ٤: ٤٦ و ٧: ٢٣٠، ومختصر المزني: ١٣٠، والمجموع ١٥: ٢٠٤ و ٢١٠، والوجيز ١: ٢٤١.

(٣) المجموع ١٥: ٢٠٤، والوجيز ١: ٢٤١، والسراج الوهاج: ٢٩٧، ومغني المحتاج ٢: ٣٦٢ - ٣٦٣، وكفاية الاخير ١: ١٩٦.

### [ ٥٢٦ ]

وقال الشافعي: من أحيها ملكها، أذن له الامام أو لم يأذن (١). وقال أبو حنيفة: لا يملك إلا بأذن (٢). وهو قول مالك (٣) وهذا مثل ما قلناه، إلا أنه لا يحفظ عنهم أنهم قالوا: هي للامام خاصة، بل الظاهر أنهم يقولون لا مالك لها. دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم وهي كثيرة (٤). وروي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: " ليس للمراء إلا ما طابت به نفس إمامه " (٥) وإنما تطيب نفسه إذا أذن فيه. مسألة ٤: إذا أذن الامام للذمي في إحياء أرض الموات في بلاد الاسلام فإنه يملك بالاذن. وبه قال أبو حنيفة (٦).

(١) الام ٤: ٤٥، و ٧: ٢٣٠، ومختصر المزني: ١٣٠، والمجموع ٨: ٢٢٣، والوجيز ١: ٢٤١، وكفاية الاخير ١: ١٩٥، والسراج الوهاج: ٢٩٧، ومغني المحتاج ٢: ٣٦٢، والمغني لابن قدامة ٦: ١٦٤ و ٢٠٤، والمحل ٨: ٢٢٣.

(٢) اللباب ٢: ١٦٨، وفتاوى قاضيخان ٣: ٢١٩، وفتاوى الهندية ٥: ٢٨٦، وتبيين الحقائق ٣٥٦، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٨: ١٣٦، وحاشية رد المحتار ٦: ٤٢٢، والمغني لابن قدامة ٦: ٢٠٤، والمبسوط ٢٢: ١٦٧، والمحل ٨: ٢٢٣. (٣) أسهل المدارك ٣: ٥٢ - ٥٣، وجواهر الاكليل ٢: ٢٠٢، والشرح الصغير في هامش بلغة السالك ٢: ٣٩٦، والخرشي ٧: ٧٠، والمحل ٨: ٢٢٣. (٤) انظرها في الكافي ٥: ٢٧٩ باب احياء الموات حديث ١ - ٦، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ١٥١ باب احياء الموات والارضين حديث ٦٦٥ وما بعده، والتهذيب ٧: ١٥٢ حديث ٦٧١ - ٦٧٤، والاستبصار ٣: ١٠٧ حديث ٣٧٩ - ٣٨٣.

(٥) الدراية ٢: ٢٤٤، ومجمع الزوائد ٥: ٣٣١، وفيه رواه الطبراني في الكبير والواوسط، والمحل ٨: ٢٣٤، وفيه: " إنما للمراء " بدلا من " ليس للمراء ". (٦) اللباب ٢: ١٦٩، وتبيين الحقائق ٦: ٢٥، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٨: ١٢٨، وفتاوى الهندية ٥: ٢٨٦، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير

## [ ٥٢٧ ]

وقال الشافعي: لا يجوز للامام ان يأذن له فيه فان اذن له فاحياها لم يملك (١).  
 دليلنا قوله عليه السلام: " من أحيى ميتة فهي له " (٢). وقوله " من أحاط حائطا  
 على الأرض فهي له " (٣) وهذا عام في الجميع. مسألة ٥: إذا أحيى أرضا مواتا بقرب  
 العامر الذي هو لغيره، باذن الامام، ملك بالاحياء. وبه قال الشافعي، غير أنه لم يعتبر  
 إذن الامام (٤). وقال مالك: لا يملكه، لان في ذلك ضررا على هذه العامر (٥). دليلنا:  
 قوله عليه السلام: " من أحيى أرضا ميتة فهي له " (٦). وكذلك الاخبار الاخر تدل  
 على ما قلناه لعمومها (٧). وروي أن النبي عليه السلام أقطع الدور بالمدينة، فقال:  
 حي من بني زهرة

(١) المجموع ١٥ : ٢٠٥ و ٢٠٨ ، والوجيز ١ : ٢٤١ ، وكفاية الاخير ١ : ١٩٥ .  
 (٢) السنن الكبرى ٦ : ١٤٢ ، و سنن الترمذي ٣ : ٦٦٢ حديث ١٣٧٨ - ١٣٧٩ ، و سنن أبي  
 داود ٣ : ١٧٨ حديث ٣٠٧٣ - ٣٠٧٤ ، وترتيب مسند الشافعي ٢ : ١٣٤ حديث ٤٢٩ . ورواه  
 الشيخ الطوسي قدس سره في التهذيب ٧ : ١٥٢ حديث ٦٧٣ بلفظ: من احيى أرضا  
 مواتا فهي له .  
 (٣) مسند أحمد بن حنبل ٥ : ١٢ و ٢١ ، و سنن أبي داود: ٣ : ١٧٩ حديث ٣٠٧٧ ، و السنن  
 الكبرى ٦ : ١٤٨ .  
 (٤) الام ٤ : ٤١ ، ومختصر المزني: ١٣٠ ، والمجموع ١٥ : ٢٠٤ ، ومغني المحتاج ٢ : ٣٦١ ،  
 والسراج الوهاج: ٢٩٧ ، والمحلى ٨ : ٢٢٢ ، والمغني لابن قدامة ٦ : ١٦٩ و ٢٠٤ ، والشرح  
 الكبير ٦ : ١٦٨ و ١٧٠ و ١٧١ .  
 (٥) بلغة السالك ٢ : ٢٩٦ ، وجواهر الاكليل ٢ : ٢٠٢ ، والخرشي ٧ : ٦٧ ، وأسفل المدارك  
 ٣ : ٥٢ - ٥٣ ، والمحلى ٨ : ٢٢٣ .  
 (٦) سنن الترمذي ٣ : ٦٦٢ حديث ١٣٧٨ - ١٣٧٩ ، و سنن أبي داود ٣ : ١٧٨ حديث ٣٠٧٣  
 - ٣٠٧٤ ، وترتيب مسند الشافعي ٢ : ١٣٤ حديث ٤٢٩ ، و السنن الكبرى ٦ : ١٤٢ ، ورواه  
 المصنف قدس سره في التهذيب ٧ : ١٥٢ حديث ٦٧٣ بلفظ: من أحيى أرضا مواتا فهي  
 له .  
 (٧) انظرها في التهذيب ٧ : ١٥٢ حديث ٦٧١ و ٦٧٤ ، والاستبصار ٣ : ١٠٧ حديث ٣٠٨ و  
 ٣٨٣ .

## [ ٥٢٨ ]

يقال لهم بنو عبد بن زهرة: نكب عنا ابن أم عبد، فقال النبي عليه السلام: " فلم ابتعثني الله إذا، ان الله لا يقدس أمة لا يؤخذ للضعيف منهم حقه " (١). مسألة ٦:  
 للامام المعصوم الذي نذهب إلى امامته أن يحمي الكلاء لنفسه ولعامة المسلمين.  
 وقال الشافعي: إن أراد لنفسه لم يكن له ذلك، وإن حماه لعامة المسلمين فيه قولان:  
 أحدهما ليس له ذلك (٢). والثاني أن له ذلك (٣). وهو الصحيح عند أصحابه، وبه قال  
 أبو حنيفة (٤). دليلنا: أنه قامت الدلالة على عصمته، فإذا ثبت ذلك، فكل ما يفعله  
 المعصوم يكون صوابا وحقا. ولانا قد بينا أن الموات ملك للامام وإذا ثبت أنها ملك له  
 فله أن يحميها، لان كل من له ملك له أن يحمي ما فيه بلا خلاف. وروي أيضا أنه قال  
 عليه السلام: " لا حمى إلا لله، ولرسوله، ولائمة المسلمين " (٥). مسألة ٧: للامام  
 أن يحمي للخيل المعدة في سبيل الله، ونعم الجزية، ونعم

(١) السنن الكبرى ٦ : ١٤٥ ، ورواه الشافعي في امه ٤ : ٥٠ ، والمزني في  
 مختصره: ١٢٠ .  
 (٢) الام ٤ : ٤٧ ، ومختصر المزني: ١٢١ ، والمجموع ١٥ : ٢٢٤ و ٣٣٦ ، والسراج الوهاج:  
 ٢٩٩ ، ومغني المحتاج ٢ : ٣٦٩ .  
 (٣) الام ٤ : ٤٧ ، ومختصر المزني: ١٢١ ، والمجموع ١٥ : ٢٢٤ و ٣٣٦ ، ومغني المحتاج ٢ :  
 ٣٦٨ - ٣٦٩ ، والسراج الوهاج: ٢٩٩ ، ونيل الاوطار ٦ : ٥٢ .  
 (٤) عمدة القاري ١٢ : ٢١٣ و ٢٢٠ ، والفتاوى الهندية ٥ : ٢٨٦ .  
 (٥) البحر الزخار ٥ : ٧٧ ، وروي في مسند أحمد ٤ : ٢٨ و ٧١ و ٧٣ ، و سنن الدارقطني ٤ :  
 ٢٣٨ حديث ١٢٠ و ١٢٢ ، و السنن الكبرى ٦ : ١٤٦ ، وحكاية الهيثمي في مجمع الزوائد ٤ :  
 ١٥٨ عن الطبراني في الاوسط ولفظه: لا حمى إلا لله ولرسوله .

الصدقة، والضوال. وبه قال الشافعي، إذ قال: له أن يحمي (١). وقال مالك: لا يحمي إلا للخيال التي للمجاهدين (٢). دليلنا: أنا قد بينا أن الموات ملك له، وإذا كان ملكه فله أن يحمي لما يشاء. ولأن ما ذكرناه مصلحة عامة للمسلمين، فيجب أن يجوز له الحمى. مسألة ٨: ما حماه رسول الله صلى الله عليه وآله فانه لا يجوز حله، ولا نقضه لاحد بعده. وقال الشافعي: ينظر، فان كان السبب الذي حماه له باقيا لم يجر نقضه، وان كان السبب قد زال فيه وجهان: أحدهما يجوز، لان المعنى الذي له حمى قد زال (٣). والثاني: - وهو الصحيح عندهم - أنه لا يجوز (٤). دليلنا: هو أنه قد ثبت أن فعل النبي صلى الله عليه وآله حجة في الشرع يجب الاقتداء به فيها، فلا يجوز خلافه، مثل قوله. ومقطوع أيضا أنه لمصلحة المسلمين، وما قطع بأنه لمصلحة المسلمين لا يجوز نقضه. مسألة ٩: ما حماه الامام يجري عندنا مجرى ما حماه النبي عليه السلام، فان غيره هو، أو غيره من الائمة القائمين مقامه، أو غيره غير الامام باذنه جاز ذلك، فأما غيرهم فلا يجوز له ذلك بحال.

- (١) الام ٤: ٤٧، ومختصر المزني: ١٣٠ - ١٣١، والمجموع ١٥: ٢٢٤ و ٢٣٦، والسراج الوهاج: ٢٩٩، ومغني المحتاج ٢: ٣٦٨، والوجيز ١: ٢٤٢.  
 (٢) جواهر الاكليل ٢: ٢٠٢، والخرشي ٧: ٦٩، والشرح الصغير في هامش بلغة السالك ٢: ٢٩٥.  
 (٣) المجموع ١٥: ٣٣٥، والوجيز ١: ٢٤٢.  
 (٤) المجموع ١٥: ٣٣٥، والوجيز ١: ٢٤٢، ومغني المحتاج ٢: ٣٦٩.

وقال الشافعي: ينظر، فان غير ذلك هو أو غيره من الائمة، أو أحياه رجل من الرعية باذن الامام، صح ذلك، وملكه بالاحياء (١). فأما إذا أحياه رجل من الرعية بغير إذنه، فهل يملك؟ فيه قولان. وقيل وجهان: أحدهما: لا يملك (٢). والثاني: يملك (٣). دليلنا: أنه قد ثبت أن فعله حجة. ومقطوع على صحته، وما كان كذلك فلا يجوز خلافه. مسألة ١٠: حريم البئر أربعون ذراعا، وحريم العين خمسمائة ذراع. وبه قال أبو حنيفة (٤). وقال الشافعي: على قدر الحاجة إليه، ولم يحده، بل قال: على ما جرت به العادة (٥). دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم، وقد ذكرناها في الكتاب الكبير (٦). وأيضا روي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: " حريم البئر أربعون ذراعا " (٧).

- (١) المجموع ١٥: ٣٣١، ومغني المحتاج ٢: ٣٦٨ - ٣٦٩.  
 (٢) مختصر المزني: ١٣١، والمجموع ١٥: ٣٣٥ و ٣٣٩، والوجيز ١: ٢٤٢، ومغني المحتاج ٢: ٣٦٩.  
 (٣) المجموع ١٥: ٣٣٥، والوجيز ١: ٢٤٢، ومغني المحتاج ٢: ٣٦١.  
 (٤) المبسوط ٢٣: ١٦٢، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٨: ١٤٠، وشرح فتح القدير ٨: ١٤٠، والفتاوى الهندية ٥: ٣٧٨، وتبيين الحقائق ٦: ٣٦، واللباب ٢: ١٧٠، والمحل ٨: ٢٣٩. (٥) المجموع ١٥: ٢١٨، والوجيز ١: ٢٤٢، ومغني المحتاج ٢: ٣٦٣، والسراج الوهاج: ٢٩٧ - ٢٩٨.  
 (٦) التهذيب ٧: ١٤٤ و ١٤٦ حديث ٦٤٢ و ٦٤٦. وانظرها في الكافي ٥: ٢٩٥ - ٢٩٦ حديث ٢ و ٥ - ٦ و ٨.  
 (٧) مسند أحمد بن حنبل ٢: ٤٩٤، والسنن الكبرى ٦: ١٥٥، والدراية في تخريج أحاديث الهداية ٢: ٢٤٥ حديث ٩٨٥.

ومن قال أن ذلك ليس على جهة التحديد، فعليه الدلالة، لان ظاهره التحديد. مسألة ١١: إذا سبق نفسان إلى المعادن الظاهرة، أفرع بينهما الامام، فمن خرج اسمه قدمه ليأخذ حاجته. وللشافعي فيه ثلاثة أقوال: أحدها: مثل ما قلناه، وهو الصحيح عندهم (١). والثاني: أنه مخير، يقدم من شاء منهما (٢). والثالث: يقدم غيرهما في أخذ ما فيه، ويقسمه بينهما (٣). دليلنا: إجماع الفرقة على أن كل أمر مجهول فيه القرعة، وهذا من المشتبه، فوجب الرجوع فيه إليها. مسألة ١٢: لا يجوز للامام أن يقطع أحدا شيئا من الشوارع، والطرق، ولا رحاب الجوامع. وقال الشافعي: للسلطان أن يقطع ذلك (٤). دليلنا: أن هذه المواضع لا يملكها أحد بعينه، بل الناس

فيها مشتركون، وإذا لم يملكها أحد فمن أثبت للسلطان أقطاعها فعليه الدلالة. مسألة ١٣: إذا ملك البئر بالاحياء، وخرج ماؤها فهو أحق بمائها من غيره بقدر حاجته وحاجة ماشيته، وما يفضل عن ذلك يجب عليه بذله لغيره، لحاجته إليه للشرب له ولما شيته، ولا يجب عليه بذله لسقي زرعه، بل يستحب له ذلك. وبه قال الشافعي (٥).

- (١) المجموع ١٥: ٢٢٠ و ٢٢٣، والوجيز ١: ٢٤٢، والسراج الوهاج: ٣٠١، ومغني المحتاج ٢: ٢٧٢.  
(٢) نفس المصادر المتقدمة.  
(٣) المجموع ١٥: ٢٢٠ و ٢٢٣، ومغني المحتاج ٢: ٣٧٢.  
(٤) المجموع ١٥: ٢٢٨، ومغني المحتاج ٢: ٣٦٩.  
(٥) الام ٤: ٤٩، ومختصر المزني: ١٢٢، والمجموع ١٥: ٢٤١، والوجيز: ٢٤٤، وفتح الباري ٥: ٣٢.

### [ ٥٢٢ ]

وقال أبو عبيدة بن حربويه (١): يستحب له ذلك لسقي غيره، وسقي مواشيه، وسقي زرعه، ولا يجب على حال (٢). وفي الناس من قال: يجب عليه بذله بال عوض لشرب الماشية، ولسقي الزرع (٣). ومنهم من قال: يجب عليه بالعوض، وأما بلا عوض فلا (٤). دليلنا: ما رواه أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وآله قال: " من منع فضل الماء ليمنع به الكلاء منعه الله فضل رحمته يوم القيامة " (٥). وفيه أدلة: أحدها: أنه توعد على المنع، فدل على وجوب البذل. والثاني: أنه يجب عليه البذل بلا عوض. والثالث: دل على أن الفاضل هو الذي يجب بذله دون ما يحتاج إليه لنفسه وماشيته وزرعه. والرابع: أنه دل على أنه إنما يجب ذلك للماشية دون غيرها.

- والسراج الوهاج: ٣٠١، وكفاية الاخيار ١: ١٩٦، ومغني المحتاج ٢: ٣٧٥. (١) أبو عبيد علي بن الحسين بن حرب بن عيسى البغدادي المعروف بابن حربويه وقيل: جويزيه، تفقه على أبي ثور، وولي قضاء واسط ثم اقليم مصر، مات سنة تسع عشرة وقيل: سبع عشرة وثلاثمائة. انظر تاريخ بغداد ١١: ٣٩٥ و ٣٩٨، وشذرات الذهب ٢: ٢٨٢، وطبقات الشافعية لابن هداية الله: ١٥.  
(٢) المجموع ١٥: ٣٣٩.  
(٣) قاله أبو اسحاق كما في المجموع ١٥: ٢٣٩، وهو قول أهل الظاهر كما في المحلى ٨: ٢٤٣.  
(٤) وبه قال مالك كما في جواهر الاكليل ٢: ٢٠٤، وأسهل المدارك ٣: ٥٤، والخرشي ٧: ٧٣.  
(٥) رواه الشافعي في امه ٤: ٤٩، ورواه أحمد بن حنبل ٢: ٢٢١، والنووي في المجموع ١٥: ٢٣٩، وابن حجر والعسقلاني في تلخيص الحبير ٢: ٦٦ حديث ١٢٠٨ عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن رسول الله صلى الله عليه وآله.

### [ ٥٢٣ ]

وروى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وآله قال: " الناس شركاء في ثلاث: الماء، والنار، والكلاء " (١). وروى جابر بن عبد الله أن النبي عليه السلام نهى عن بيع فضل الماء (٢)، ولا يمكن حمل ذلك إلا على هذا الموضوع.

- (١) تلخيص الحبير ٣: ٦٥، ودرر اللالي لابن جمهور الاحساني ٢: ٩٦ كما في المستدرک للنووي ١٧: ١١٤ والدراية في تخريج احاديث الهداية ٢: ٢٤٦ حديث ٩٨٧ وفيه اخرجه الطبراني عن ابن عمر. وروي بلفظ المسلمون بدل الناس في سنن ابن ماجه ٢: ٨٢٦ حديث ٢٤٧٢.  
(٢) صحيح مسلم ٣: ١١٩٧ حديث ١٥٦٥، وسنن ابن ماجه ٢: ٨٢٨ حديث ٢٤٧٧، والسنن الكبرى ٦: ١٥، والجامع الصغير للسيوطي ٢: ٦٨٤ حديث ٩٣٤٩.

### [ ٥٢٥ ]

مسألة ١: إذا تلفظ بالوقف، فقال: وقفت، أو حبست، أو صدقت، أو سبلت وقبض الموقوف عليه أو من يتولى عنهم، لزم الوقف. وبه قال جميع الفقهاء الشافعي وغيره (١)، وهو قول أبي يوسف ومحمد (٢)، غير أنه لم يعتبر منهم أحد القبض غيرنا وغير محمد (٣). وروى عيسى بن أبان (٤) أن أبا يوسف لما قدم بغداد كان على قول أبي حنيفة في بيع الوقف، فحدثه إسماعيل بن إبراهيم بن علي (٥)، عن ابن

(١) المجموع ١٥: ٣٤٠ و ٣٤٣، والوجيز ١: ٢٤٧، والسراج الوهاج: ٢٠٢، ومغني المحتاج ٢: ٢٨٣، وكفاية الخيار ١: ١٩٩.  
(٢) اللباب ٢: ١٢٩، والمبسوط ١٢: ٢٧ - ٢٨، وشرح فتح القدير ٥: ٤٥، وفتاوى قاضيخان في هامش الفتاوى الهندية ٢: ٢٨٥، والفتاوى الهندية ٢: ٢٥١، وتبيين الحقائق ٣: ٢٣٦، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٥: ٤٥.  
(٣) المبسوط ١٢: ٣٧، وعمدة القاري ١٤: ٥٢، وبدائع الصنائع ٦: ٢١٩ - ٢٢٠، واللباب ٢: ١٢٩ و ١٣٠، وشرح فتح القدير ٥: ٤٥، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٥: ٤٥، والفتاوى الهندية ٢: ٢٨٥، وفتاوى قاضيخان في هامش الفتاوى الهندية ٢: ٢٨٥، وتبيين الحقائق ٣: ٢٣٥ - ٢٣٦.  
(٤) أبو موسى، عيسى بن أبان بن صدقة، كان من أصحاب الحديث، ثم غلب عليه الرأي، تفقه على محمد بن الحسن. تولى القضاء بالبصرة سنة (٢١١ هـ) حتى مات سنة احدى وعشرين ومائتين (٢٢٠ هـ) تاريخ بغداد ١١: ١٥٧ - ١٦٠، وطبقات الفقهاء لابي إسحاق الشيرازي: ١١٥.  
(٥) إسماعيل بن إبراهيم بن مقسم الاسدي، مولاهم أبو بشر البصري المعروف بابن علي، روى عن عبد العزيز بن صهيب وسليمان التيمي وحميد الطويل وابن عون، وروى عنه شعبة وابن جريح وحماد بن زيد وغيرهم ولد سنة (١١٠ هـ) ومات سنة (١٩٣ هـ) انظر تهذيب التهذيب ١: ٢٧٥.

#### [ ٥٢٨ ]

عون (١)، عن نافع، عن ابن عمر فقال: هذا لا يسع أحد خلافه، ولو تناهى إلى أبي حنيفة لقال به، ومنع حينئذ من بيعه (٢). وقال أبو حنيفة: إن حكم الحاكم بالوقف لزم، وإن لم يحكم لم يلزم وكان الوقف بالخيار إن شاء باعه وإن شاء وهبه، وإن مات ورثه، وإن أوصى بالوقف لزم في الثلث (٣). فناقض لأنه جعل الوقف لازماً في ثلثه إذا أوصى به، ولم يجعله لازماً في حال مرضه المخوف إذا نجزه ولم يؤجره، ولا لازماً في جميع ماله في حال صحته. دليلنا: إجماع الفرقة فانهم لا يختلفون فيه وإجماعهم حجة. وروى نافع، عن ابن عمر، أن عمر بن الخطاب ملك مائة سهم من خبير إشتراها، فلما استجمعها قال: يا رسول الله إني أصبت مالا لم أصب قط مثله، وقد أردت أن أتقرب به إلى الله، فقال النبي عليه السلام: "حبس الاصل وسبل الثمرة" (٤). ويدل على ذلك إجماع الصحابة، لأن علياً عليه السلام، وأبا بكر، وعمر، وعثمان، وطلحة، والزبير، وأنس بن مالك، وأبا الدرداء (٥)، وعبد الرحمن

(١) في النسخ المعتمدة: ابن عوف، والصواب ما أثبتناه، وهو: عبد الله بن عون بن اربطبان المزني مولاهم أبو عون الخزاز البصري الفقيه روى عن ثمامة بن عبد الله بن أنس ونافع مولى عبد الله بن عمر ومحمد ابن سيرين وغيرهم وروى عنه ابن علي والأعمش والثوري وجمع غفير. مات ابن عون سنة إحدى وخمسين ومائة (١٥١ هـ) تهذيب التهذيب ٥: ٢٤٦، وطبقات الفقهاء لابي إسحاق الشيرازي: ٧٣.  
(٢) رواه في فتح الباري ٥: ٤٠٣، وأشار إليها في فتح المعين بشرح قرة العين: ٨٧.  
(٣) اللباب ٢: ١٢٩، وعمدة القاري ١٤: ٢٤، وبدائع الصنائع ٦: ٢١٨، والمبسوط ١٢: ٢٧ وشرح معاني الآثار ٤: ٩٧، وفتاوى قاضيخان ٣: ٢٨٦، والفتاوى الهندية ٢: ٢٥٠، وتبيين الحقائق ٣: ٢٣٦، والمغني لابن قدامة ٦: ٢٠٧.  
(٤) السنن الكبرى ٦: ١٦٢، ومختصر المزني: ١٣٣، وروى في مسند أحمد بن حنبل ٢: ١١٤، وسنن ابن ماجه ٢: ٨٠١ حديث ٣٣٩٧، وسنن النسائي ٦: ٢٢٢ باختلاف يسير في اللفظ.  
(٥) أبو الدرداء، وقيل: أبو الدرداء بن الدرداء الانصاري، مذكور في الصحابة قال أبو عمر:

#### [ ٥٢٩ ]



بن عوف (١)، وفاطمة عليها السلام وغيرهم وقفوا دورا وأبارا وبساتين (٢)، ولم ينقل عن أحد أنه رجع في وقفه فباع منه شيئا، ولا عن أحد من ورثتهم مع اختلاف هممهم، فلو كان ذلك جائزا لنقل عن أحد منهم الرجوع فيه. مسألة ٢: من شرط لزوم الوقف عندنا القبض. وبه قال محمد بن الحسن (٣). وقال الشافعي والباقون: ليس من شرط لزومه القبض (٤). دليلنا: إجماع الفرقة، وأيضا فإذا قبضه فلا خلاف في لزوم الوقف، وليس في لزومه قبل القبض دليل. مسألة ٣: إذا وقف دارا، أو أرضا، أو غيرهما، فإنه يزول ملك الواقف، وعليه أكثر أصحاب الشافعي (٥).

لا أقف على اسمه ولا نسبه أكثر من أنه من الانصار، حليف لهم. اسد الغابة ٥: ١٨٥، وتاريخ الصحابة لابن حبان: ٢٧١. (١) أبو محمد عبد الرحمن بن عوف بن عبد عوف بن عبد بن الحارث الزهري، ولد بعد الفيل بعشر سنين، روى عن النبي صلى الله عليه وآله وعن عمر، وروى عنه اولاده وابن عباس وابن عمر وغيرهم مات سنة اثنتين وثلاثين وقيل سنة احدى وقيل سنة ثلاثة. تهذيب التهذيب ٦: ٢٤٤. (٢) السنن الكبرى ٦: ١٦٠ و ١٦٤، ومختصر المزني: ١٣٣، والمحلى ٩: ١٨٠، والمبسوط ١٢: ٢٨، وبدائع الصنائع ٦: ٢١٩. (٣) المبسوط ١٢: ٣٧، وبدائع الصنائع ٦: ٢٢٠، والنتف ١: ٥١٣، وعمدة القاري ١٤: ٥٠ و ٥٢، وفتاوى قاضيخان في هامش الفتاوى الهندية ٣: ٢٨٥، والفتاوى الهندية ٢: ٢٥١، وتبيين الحقائق ٣: ٣٢٦، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٥: ٤٥، وشرح فتح القدير ٥: ٤٥، والمجموع ١٥: ٣٢٧، والمغني لابن قدامة ٦: ٢٠٩، والشرح الكبير ٦: ٢١٠. (٤) مختصر المزني ١٣٣، والمجموع ١٥: ٣٢٤ و ٣٢٧، والوجيز ١: ٢٤٧، والسراج الوهاج: ٣٠٥، وكفاية الاخير ١: ١٩٨، وبدائع الصنائع ٦: ٢٢٠، وعمدة القاري ١٤: ٥٠ و ٥٢، وشرح فتح القدير ٥: ٤٥، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٥: ٤٥، والمغني لابن قدامة ٦: ٢١٠. (٥) المجموع ١٥: ٣٢٤، وكفاية الاخير ١: ١٩٩، والوجيز ١: ٢٤٧، والسراج الوهاج: ٣٠٥ - ٣٠٦.

#### [ ٥٤٠ ]

وخرج ابن سريج قولاً آخر: أنه لا يزول ملكه، لقول النبي عليه السلام: " حبس الاصل وسبل الثمرة " (١) وتحبب الاصل يدل على بقاء الملك (٢). دليلنا: إجماع الفرقة، ولأنه لا خلاف أنه يقطع تصرف الواقف في الرقبة والمنفعة، وهو المعني بزوال الملك مثل: البيع، والعتق، ومعنى التحبب الذي ذكره عمر في خبره هو: أنها صدقة، لا تباع ولا توهب ولا تورث، فرجع معنى التحبب إلى ذلك دون ما ذكره ابن سريج. مسألة ٤: تحرم الصدقة المفروضة على بني هاشم من ولد أبي طالب العقيليين (٣)، والجعفرية (٤)، والعلويين (٥)، وولد العباس بن عبد المطلب، وولد أبي لهب، وولد الحارث بن عبد المطلب، ولا عقب لهاشم إلا من هؤلاء، ولا يحرم على ولد المطلب، ونوفل، وعبد شمس بن عبد مناف. وقال الشافعي: تحرم الصدقة المفروضة على هؤلاء كلهم، وهم جميع ولد عبد مناف (٦). دليلنا: إجماع الفرقة المحقة، ولأن ما قلناه مجمع عليه، وما ذكره ليس عليه دليل. مسألة ٥: لا تحرم صدقة بني هاشم بعضهم على بعض، وإنما تحرم صدقة

ومغني المحتاج ٢: ٣٨٩. (١) السنن الكبرى ٦: ١٦٢، ومختصر المزني: ١٣٣، وروي في سنن النسائي ٦: ٣٢٢، وسنن ابن ماجه ٢: ٨٠١ حديث ٢٣٩٧، ومسند أحمد بن حنبل ٢: ١١٤ باختلاف يسير في اللفظ فلاحظ. (٢) المجموع ١٥: ٣٢٤ و ٣٤٠ - ٣٤١، ومغني المحتاج ٢: ٣٨٩. (٣) أي: ولد عقيل بن أبي طالب. (٤) يعني: ولد جعفر بن أبي طالب. (٥) أي: ولد أمير المؤمنين علي بن أبي طالب عليه السلام. (٦) الام ٢: ٨١، ومختصر المزني: ١٥٩، وكفاية الاخير ١: ١٢٤، والمجموع ٦: ٢٢٦ - ٢٢٧، والسراج الوهاج: ٣٥٦، ومغني المحتاج ٣: ١١٢.

#### [ ٥٤١ ]

غيرهم عليهم. وأطلق الشافعي تحريم الصدقة المفروضة عليهم من غير تفصيل (١). فأما صدقة التطوع فلا خلاف أنها تحل لهم (٢). دليلنا: إجماع الفرقة، وقوله تعالى: " إنما الصدقات للفقراء والمساكين " (٣) وذلك عام في جميع الناس، وإنما

أخرجنا من أخرجناه بدليل، وبقي الباقي على عمومته. مسألة ٦: يجوز وقف الأرض، والعقار، والدور، والرقيق، والسلاح، وكل شئ يبقى بقاء متصلا ويمكن الانتفاع به. وبه قال الشافعي (٤). وقال أبو يوسف: لا يجوز إلا في الأراضي، والدور، والكراع، والسلاح، والغلمان تبعاً للضيعة الموقوفة، فأما على الانفراد فلا (٥). دليلنا: عموم الاخبار في جواز الوقوف من قولهم عليهم السلام: "الوقف على حسب ما يشترط الواقف" (٦) وذلك على عمومته، فمن خصه فعليه الدلالة. وأيضاً روي أن أم معقل (٧) جاءت إلى النبي صلى الله عليه وآله فقالت:

(١) الام ٢: ٨١، ومختصر المزني: ١٢٣، والمجموع ٦: ٢٢٧، وكفاية الاخيار ١: ١٢٤، والسراج الوهاج ٢٥٦، ومغني المحتاج ٣: ١١٢، وعمدة القاري ٩: ٨١.  
(٢) الام ٢: ٨١، ومختصر المزني: ١٥٩، ومغني المحتاج ٣: ١١٢، والسراج الوهاج: ٢٥٦، وعمدة القاري ٩: ٨١، (٣) التوبة: ٦٠.  
(٤) مختصر المزني: ١٢٣، والوجيز ١: ٢٤٤، وكفاية الاخيار ١: ١٩٧، والمجموع ١٥: ٣٣٠، والسراج الوهاج: ٢٠٢، ومغني المحتاج ٢: ٢٧٧.  
(٥) اللباب ٢: ١٣١، وبدائع الصنائع ٦: ٢٢٠، وشرح فتح القدير ٥: ٤٩ - ٥٠، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٥: ٤٩، وتبيين الحقائق ٣: ٢٢٧.  
(٦) يدل عليه عموم الاخبار المذكورة في الكافي ٧: ٣٢٧، ومن لا يحضره الفقيه ٤: ١٧٦، والتهذيب ٩: ١٢٩. وقد ورد عنهم عليهم السلام انهم قالوا: "الوقف على حسب ما يوقفها أهلها ان شاء الله".  
(٧) أم معقل الاسدية، ويقال: الاشجعية، ويقال الانصارية، زوجة أبي معقل، روت عن النبي صلى

#### [ ٥٤٢ ]

يا رسول الله إن أبا معقل جعل ناضحته في سبيل الله، وإني أريد الحج فأركبه؟ فقال النبي عليه السلام: إركبه، فان الحج والعمرة من سبيل الله (١). مسألة ٧: يجوز وقف المشاع، وبه قال الشافعي (٢). وقال محمد: لا يجوز، لان من شرط القبض، والمشاع لا يصح قبضه (٣). دليلنا: إجماع الفرقة، وأيضاً فانه يصح قبض المشاع كما يصح قبضه في البيع، لان القبض هو التمكين من التصرف فيه. ولان النبي عليه السلام قال: لعمر: "حبس الاصل، وسبيل الثمرة" (٤). وكان ذلك مشاعاً، لانه ملكه. كذلك لان النبي عليه السلام ما قسم خبير، وإنما عدل السهام. مسألة ٨: ألفاظ الوقف التي يحكم بصريحتها، قوله: "وقفت، وحبست، وسبلت" وما عداها يعلم بدليل أو باقراره أنه أراد به الوقف، وذلك مثل قوله: "تصدقت، وحرمت، وأبدت"، ولابد في جميع ذلك من إعتبار القصد والنية. وقال الشافعي: ألفاظ الوقف ستة:

الله عليه وآله عمرة في رمضان تعدل حجه، وعنهما الاسود بن يزيد، وأبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث ويوسف بن عبد الله بن سلام. قاله ابن حجر في تهذيب التهذيب ١٢: ٤٨٠، (١) السنن الكبرى ٦: ٢٧٤، وفيه "فان الحج من سبيل الله".  
(٢) المجموع ١٥: ٣٢٣ و ٣٢٧، وكفاية الاخيار ١: ١٩٧، والوجيز ١: ٢٤٤، والسراج الوهاج: ٢٠٢، ومغني المحتاج: ٣٧٧، وعمدة القاري ١٤: ٥٢، والمغني لابن قدامة ٦: ٣٦٦.  
(٣) النتف ١: ٥٢٨، واللباب ٢: ١٣٠، وعمدة القاري ١٤: ٥٢، والمبسوط ١٢: ٣٧، وبدائع الصنائع ٦: ٢٢٠، والفتاوى الهندية ٢: ٣٦٥، وفتاوى قاضيخان المطبوع بهامش الفتاوى الهندية ٣: ٣٠٢، والمغني لابن قدامة ٦: ٣٦٦، وتبيين الحقائق ٣: ٣٢٦، والمجموع ١٥: ٣٢٧.  
(٤) السنن الكبرى ٦: ١٦٢، ومختصر المزني: ١٢٣، وروي في سنن النسائي ٦: ٢٢٢، وسنن ابن ماجة ٢: ٨٠١ حديث ٣٣٩٧، ومسند أحمد بن حنبل ٢: ١١٤ بفارق يسير في بعض الالفاظ فلاحظ.

#### [ ٥٤٣ ]

"وقفت، وتصدقت، وسبلت، وحبست، وحرمت، وأبدت". فالوقف صريح، وتصدقت مشترك، وحبست صريحان. وحرمت وأبدت فيه وجهان: أحدهما: أنهما صريحان. والآخر: أنهما كنايةتان (١). دليلنا: أن ما ذكرناه مجمع على أنه صريح، يعتقد به الوقف، وما ذكره ليس عليه دليل، ولان هذه الالفاظ محتملة للوقف ولغيره، فلا يحمل على بعض ما يحتمله إلا بدليل. مسألة ٩: إذا وقف على من يصح انقراضه في العادة، مثل أن يقف على ولده وسكت على ذلك: فمن أصحابنا من قال: لا يصح الوقف (٢). ومنهم من

قال: يصح، فإذا انقضى الموقوف عليه رجح إلى الواقف إن كان حيا، وإن كان ميتا رجح إلى ورثته (٣). وبه قال أبو يوسف (٤). وللشافعي فيه قولان. أحدهما: لا يصح (٥). والآخر: يصح، فإذا انقضوا رجح إلى أبواب البر، ولا يعود إليه، ولا إلى

(١) المجموع ١٥: ٣٤٠ و ٣٤٢، والوجيز ١: ٢٤٥، والسراج الوهاج: ٣٠٢، ومغني المحتاج ٣: ٣٨٢.  
(٢) قال العاملي في مفتاح الكرامة ٩: ١٨ ما لفظه: وأما القول بالبطلان، فقد حكاه في الخلاف والمبسوط عن بعض أصحابنا ولم نجد، ويظهر من التذكرة أنه لم يظفر به أيضا، وليعلم أن جماعة قالوا إن في المسألة قولين الصحة والبطلان... إلى آخره فلاحظ.  
(٣) ممن قال فيه ابن البراج في جواهر الفقه المطبوع ضمن الجوامع الفقيه: ٥٠١، وابن حمزة في الوسيلة: ٣٧٠، وسنار في المراسم: ١٩٨، والعلامة في المختلف: ٣٤.  
(٤) المبسوط ١٢: ٤٧، والمغني لابن قدامة ٦: ٣٢٩، والبحر الزخار ٥: ١٥٨.  
(٥) المجموع ١٥: ٣٣٤ و ٣٣٧، والسراج الوهاج: ٣٠٤، وكفاية الاخيار ١: ١٩٧ - ١٩٨، والوجيز ١: ٢٤٦، ومغني المحتاج ٢: ٢٨٤، والوجيز ١: ٢٤٦، وفتح العين: ٨٩، والبحر الزخار ٥: ١٥٨.

#### [ ٥٤٤ ]

ورثته (١). دليلنا: أن عوده إلى البر بعد انقراض الموقوف عليهم يحتاج إلى دليل، وليس في الشرع ما يدل عليه، والاصل بقاء الملك عليه أو علي ولده. مسألة ١٠: إذا وقف على من لا يصح الوقف عليه مثل العبد، أو حمل لم يوجد، أو رجل مجهول وما أشبه ذلك، ثم بعد ذلك علي أولاده الموجودين في الحال، وبعدهم على الفقراء والمساكين، بطل الوقف فيما بدأ بذكره، لأنه لا يصح الوقف عليهم، وصح في حيز الباقي، لأنه يصح الوقف عليهم. وللشافعي فيه قولان بناء على تفريق الصفة، فإذا قال بتفريق الصفة قال مثل ما قلناه (٢)، وإذا لم يقل بذلك أبطل الوقف في الجميع (٣). دليلنا: أنه ذكر نوعين: أحدهما: لا يصح الوقف عليه. والآخر: يصح، فإذا بطل في حيز من لا يصح الوقف عليه، صح في حيز من يصح الوقف عليه، لأنه لا دليل على إبطاله، ولا مانع يمنع منه فيه. مسألة ١١: إذا وقف مطلقا ولم يذكر الموقوف عليه، مثل أن يقول: وقفت هذه الدار، أو هذه الضيعة، ثم بسكت ولا يبين على من وقفها عليه، لا يصح الوقف. وللشافعي فيه قولان: أحدهما: مثل ما قلناه (٤).

(١) المجموع ١٥: ٣٣٧ و ٣٣٩، والوجيز ١: ٢٤٦، ومغني المحتاج ٢: ٢٨٤، والسراج الوهاج: ٣٠٤، وكفاية الاخيار ١: ١٩٧ - ١٩٨، وفتح المعين بشرح قرعة العين: ٨٩، والمغني لابن قدامة ٦: ٣٢٩، والبحر الزخار ٥: ١٥٨.  
(٢) المجموع ١٥: ٣٣٧ و ٣٣٢، والوجيز ١: ٢٤٥، وكفاية الاخيار ١: ١٩٧، والمغني لابن قدامة ٦: ٢٤٢.  
(٣) السراج الوهاج: ٣٠٢ - ٣٠٣، ومغني المحتاج ٢: ٣٧٩، وكفاية الاخيار ١: ١٩٧، والمجموع ١٥: ٣٣٧ و ٣٣٢، والمغني لابن قدامة ٦: ٢٤٢.  
(٤) المجموع ١٥: ٣٣٦، والوجيز ١: ٢٤٦، وكفاية الاخيار ١: ١٩٩، وفتح الباري ٥: ٣٨٥، وعمدة القاري ١٤: ٥١، والبحر الزخار ٥: ١٥٢.

#### [ ٥٤٥ ]

والثاني: أنه يصح، ويصرفه إلى الفقراء والمساكين، ويبدأ بفقراء أقرابه، لأنه أولى (١). دليلنا: إن صحة الوقف يحتاج إلى دليل شرعي، ولا دليل يدل على صحة هذا الوقف. ولأنه أيضا مجهول، ولو وقف على مجهول كان باطلا، فهذا أكد. مسألة ١٢: إذا وقف وقفا، وشرط أن يصرف منفعته في سبيل الله، جعل بعضه للغزاة المطوعة دون العسكر المقاتل على باب السلطان، وبعضه في الحج والعمرة لانهما من سبيل الله، وبه قال أحمد بن حنبل (٢). وقال الشافعي: يصرف جميعه إلى الغزاة الذين ذكراهم (٣). دليلنا: إجماع الفرقة، وأيضا فإن سبيل الله عام في جميع ذلك، فوجب صرفه إليهم، بدلالة ما قدمناه من خبر أم معقل، وأن رسول الله صلى الله عليه وآله قال لها: " اركبيه فإن الحج والعمرة من سبيل الله " (٤). مسألة ١٣: يجوز الوقف على أهل الذمة إذا كانوا أقرابه. وقال الشافعي: يجوز ذلك مطلقا، ولم يخص (٥). دليلنا: إجماع الفرقة، وأيضا فإن ما قلناه مجمع على جوازه، وما ذكره لا دليل عليه.

- (١) المجموع ١٥ : ٣٣٩ - ٢٤٠ ، والوجيز ١ : ٢٤٦ ، وكفاية الاخير ١ : ١٩٩ ، والمغني لابن قدامة ٦ : ٢٤٢ ، والشرح الكبير ٦ : ٢٢٧ ، وفتح الباري ٥ : ٢٨٥ ، وعمدة القاري ١٤ : ٥١ ، والبحر الزخار ٥ : ١٥٢ .
- (٢) المغني لابن قدامة ٦ : ٢٣٧ .
- (٣) المصدر السابق ٦ : ٢٣٧ - ٢٣٨ .
- (٤) تقدم في المسألة " ٦ " من هذا الكتاب من السنن الكبرى ٦ : ٢٧٤ وما فيه من القصة الكاملة لهذا الحديث فلاحظ .
- (٥) المجموع ١٥ : ٣٣٦ و ٣٣٩ ، والوجيز ١ : ٢٤٥ ، وكفاية الاخير ١ : ١٩٨ ، والبحر الزخار ٥ : ١٥٢ ، والسراج الوهاج : ٣٠٣ ، ومغني المحتاج ٢ : ٣٧٩ .

#### [ ٥٤٦ ]

مسألة ١٤ : إذا وقف على مولاة، وله موليان، مولى من فوق، ومولى من أسفل، ولم يبين، انصرف اليهما. وللشافعي فيه ثلاثة أوجه: أحدها: مثل ما قلناه. وهو الصحيح عندهم (١). والثاني: ينصرف إلى المولى من فوق لأنه أكد، لأنه يرث (٢). والثالث: يبطل الوقف لأنه وقف على مجهول (٣). دليلنا: ان اسم المولى يتناولهما، فوجب صرفه اليهما، كما لو أطلق الوقف على الاخوة انصرف إليهم وان كانوا متفرقين، وليس ذلك بمجهول، كما أن الوقف على الاخوة ليس بمجهول. مسألة ١٥ : إذا وقف على أولاده وأولاد أولاده، دخل أولاد البنات فيه، ويشتركون فيه مع أولاد البنين، الذكر والانثى فيه سواء كلهم. وبه قال الشافعي (٤). وقال أصحاب أبي حنيفة: لا يدخل أولاد البنات فيه (٥). وحكي أن عيسى بن أبان قاضي البصرة، فأخرج من الوقف أولاد البنات، وبلغ ذلك أبا خازم (٦) وكان قاضيا ببغداد، فقال: أصاب في ذلك.

- (١) المجموع ١٥ : ٣٥٥ ، والوجيز ١ : ٢٤٧ ، والشرح الكبير ٦ : ٢٦١ ، ومغني المحتاج ٢ : ٣٨٨ ، والسراج الوهاج : ٣٠٥ .
- (٢) الوجيز ١ : ٢٤٧ ، والمجموع ١٥ : ٣٥٥ ، والشرح الكبير ٦ : ٢٦١ .
- (٣) المجموع ١٥ : ٣٥٥ ، والوجيز ١ : ٢٤٧ ، ومغني المحتاج ٢ : ٣٨٨ ، والسراج الوهاج : ٣٠٥ ، والشرح الكبير ٦ : ٢٦١ .
- (٤) المجموع ١٥ : ٣٤٨ و ٣٥٢ ، والوجيز ١ : ٢٤٧ ، والسراج الوهاج : ٣٠٥ ، ومغني المحتاج ٢ : ٣٨٨ ، وعمدة القاري ١٥ : ٤٨ ، والمغني لابن قدامة ٦ : ٢٢٩ ، والشرح الكبير ٦ : ٢٤٦ .
- (٥) المغني لابن قدامة ٦ : ٢٢٩ ، والشرح الكبير ٦ : ٢٤٦ .
- (٦) أبو خازم - بالخاء - المعجمة، عبد الحميد بن عبد العزيز القاضي، أصله من البصرة وأخذ العلم عن بكر

#### [ ٥٤٧ ]

وقد نص محمد بن الحسن على أنه إذا عقد الامان لولده وولد ولده خل فيه ولد ابنه دون ولد بنته (١). (ومنهم من يقول) (٢): ان أصحابنا يختلفون: منهم من يقول: يدخل فيه أولاد البنات (٣). ومنهم من يقول: لا يدخل فيه (٤). دليلنا: إجماع المسلمين على أن عيسى بن مريم من ولد آدم (٥)، وهو ولد بنته، لأنه ولد من غير أب (٦). وأيضاً دعا رسول الله عليه وآله الحسن ابنه، وهو ولد بنته، فقال: " لا تترموا ابني " (٧) أي لا تقطعوا عليه بوله. وكان قد بال في حجره، فهموا بأخذه، فقال لهم ذلك. فأما استشهادهم بقول الشاعر (٨):

- العمي من العم، ولي القضاء بالشام والكوفة والكرخ من مدينة السلام، تفقه عليه أبو جعفر الطحاوي وأبو طاهر الدباس ولقيه أبو الحسن الكرخي مات سنة اثنتين وتسعين ومائتين. الجواهر المضية ٢٩٦، والاكمال ٢ : ٢٨٦. (١) المجموع ١٥ : ٣٥٢ .
- (٢) ما بين المعقوفين زيادة من بعض النسخ المعتمدة.
- (٣) وهو قول أبي يوسف كما أشار إليه ابن قدامة في المغني ٦ : ٢٢٩ ، والشرح الكبير ٦ : ٢٤٦ .
- (٤) وهو قول محمد بن الحسن كما حكاه عنه ابن قدامة في المغني ٦ : ٢٢٩ ، والشرح الكبير ٦ : ٢٤٦ .
- (٥) كما نطق به القرآن الكريم في سورة الانعام: ٨٣ - ٨٦ .
- (٦) إشارة الى قوله تعالى في سورة آل عمران: ٥٩ " إن مثل عيسى عند الله كمثل آدم خلقه من تراب ثم قال له كن فيكون " .
- (٧) حكاه ابن الاثير في النهاية ٢ : ٣٠١ مادة " زرم " .

(٨) الشاعر مجهول، وان نسبه الكرمانى فى شرحه لشواهد شرح الكافية قائلا: لابي فارس همام الفرزدق ابن غالب إلا أن هذه النسبة أيضا غير ثابتة لخلو ديوانه منه، ولتوقف الآخرين من هذه النسبة له، والله أعلم بحقائق الأمور.

#### [ ٥٤٨ ]

بنونا بنو أبناؤنا وبناتا بنوهن أبناء الرجال الأباعد (١) فإنه مخالف لقول النبي عليه السلام، وإجماع الأمة، والمعقول، فوجب رده، على أنه إنما أراد الشاعر بذلك الانتساب، لان أولاد البنت لا ينتسبون الى امهم وإنما ينتسبون الى أبيهم، وكلامنا فى غير الانتساب. وأما قولهم: إن ولد الهاشمى من العامية هاشمى. فالجواب عنه: أن ذلك فى الانتساب، وليس كلامنا فيه، بل كلامنا فى الولادة، وهى متحققة من جهة الام. مسألة ١٦: إذا قال: وقفت على فلان سنة، بطل الوقف. وللشافعى فيه قولان: أحدهما مثل ما قلناه (٢). والثانى: يصح إذا مضت سنة صرف إلى الفقراء والمساكين، ويبدأ بقرباته لانهم أولى بصدقته (٣). دليلنا: أن من شرط صحة الوقف التأييد، فإذا وقف سنة لم يجعله مؤبدا، فوجب أن يبطل، لانه لم يعلقه بما لا ينقرض، وعلى المسألة إجماع الفرقة وأخبارهم (٤). مسألة ١٧: إذا وقف على بنى تميم، أو بنى هاشم صح التوقف.

- (١) انظر خزانة الادب ١: ٤٤٥. والمجموع ١٥: ٢٥٢، والمغنى لابن قدامة ٦: ٢٢٠. علما بان بعض من استشهد بهذا البيت أبدل كلمة " الأباعد " بكلمة " الاجانب ".  
(٢) المجموع ١٥: ٣٣٣ - ٣٣٤، والسراج الوهاج: ٢٠٤، ومغنى المحتاج ٢: ٢٨٢ - ٢٨٤، وكفاية الاخيار ١: ١٩٨، والوجيز ١: ٢٤٦، وفتح المعين بشرح قره العين: ٨٨، والمغنى لابن قدامة ٦: ٢٢٩.  
(٣) المجموع ١٥: ٣٣٤، والوجيز ١: ٢٤٦، وكفاية الاخيار ١: ١٩٨، ومغنى المحتاج ٢: ٢٨٢ - ٢٨٤، والمغنى لابن قدامة ٦: ٢٢٩.  
(٤) انظر الكافي ٧: ٣٦ حديث ٣١، ومن لا يحضره الفقيه ٤: ١٧٦ حديث ٦٢٠ - ٦٢٢، والتهذيب ٩: ١٣٢ حديث ٥٦١ - ٥٦٢.

#### [ ٥٤٩ ]

وللشافعى فيه قولان: أحدهما مثل ما قلناه (١). والثانى: لا يصح التوقف، لانهم غير محصورين، فهو مجهول (٢). دليلنا: أنهم معينون، مثل الفقراء والمساكين، ولا خلاف أن الوقف على الفقراء والمساكين يصح وإن كانوا غير محصورين. وما روي عنهم عليهم السلام من: أن الوقف بحسب ما يقفه الواقف، يدل عليه (٣). مسألة ١٨: إذا وقف على نفسه، ثم على أولاده، ثم على الفقراء والمساكين، لم يصح الوقف على نفسه. وبه قال الشافعى (٤). وقال أبو يوسف وابن أبى ليلى، وابن شبرمة: يصح وقفه على نفسه (٥). وبه قال ابن سريج، والزبيرى (٦) (٧). دليلنا: أن الوقف تملك، ولا يصح أن يملك الانسان نفسه ما هو ملك له

- (١) المجموع ١٥: ٣٣٩، والمغنى لابن قدامة ٦: ٢٦١، وشرح الكبير ٦: ٢٦٣.  
(٢) المجموع ١٥: ٣٣٧ و ٣٣٩، والمغنى لابن قدامة ٦: ٢٦١، والشرح الكبير ٦: ٢٦٣.  
(٣) انظر من لا يحضره الفقيه ٤: ١٧٦ (باب ١٢٨) حديث ٦٢٠، والتهذيب ٩: ١٢٩ حديث ٥٥٥.  
(٤) المجموع ١٥: ٣٢٧ و ٣٢٩ - ٣٣٠، والوجيز ١: ٢٤٥، والسراج الوهاج: ٢٠٢، ومغنى المحتاج ٢: ٢٨٠، والمغنى لابن قدامة ٦: ٢١٩، وكفاية الاخيار ١: ١٩٩، والشرح الكبير ٦: ٢١٥، والهداية المطبوع فى هامش شرح فتح القدير ٥: ٥٦ والبحر الزخار ٥: ١٥٢.  
(٥) التنف ١: ٥٢٤، واللباب ٢: ١٣٥، وفتح الباري ٥: ٤٠٣، والفتاوى الهندية ٢: ٣٧١، وتبيين الحقائق ٣: ٣٢٨، والمبسوط ١٢: ٤١ و ٤٦، وشرح فتح القدير ٥: ٥٦، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٥: ٥٦، وحاشية الشلبى على تبيين الحقائق ٣: ٣٢٨، والمجموع ١٥: ٣٣٠، والمغنى لابن قدامة ٦: ٢١٩، والشرح الكبير ٦: ٢١٥، والبحر الزخار ٥: ١٥٢.  
(٦) أبو عبد الله أحمد بن سليمان البصرى المعروف بالزبيرى من اولاد الزبير بن العوام، ويعرف أيضا بصاحب الكافي. مات قبل العشرين وثلاثمائة. انظر طبقات الشافعية لابن هداية الله: ١٥.  
(٧) المجموع ١٥: ٣٢٧ و ٣٣٠، وكفاية الاخيار ١: ١٩٩، وشرح فتح القدير ٥: ٥٦، والبحر الزخار ٥: ١٥٣، وفتح الباري ٥: ٤٠٣.

كالبيع، لانه لا خلاف أنه لا يصح أن يبيع من نفسه. وأيضاً صحة الوقف، حكم شرعي، وليس في الشرع ما يدل على أن وقفه على نفسه صحيح. مسألة ١٩: إذا حكم الحاكم بصحة الوقف على نفسه، لم ينفذ الحكم، ونقض حكمه. وقال الشافعي: ينفذ حكمه، ولا يجوز نقضه، لانها مسألة اجتهادية (١). دليلنا: أن عندنا أن الحق في واحد، والاجتهاد باطل في الاحكام، فلا يصح هذا الحكم بالاجتهاد الباطل، ووجب نقضه. مسألة ٢٠: إذا بنى مسجداً، وأذن للناس، فصلوا فيه، أو عمل مقبرة وأذن في الدفن فيها، فدفنوا فيه، ولم يقل أنه وقف، لم يزل ملكه. وبه قال الشافعي (٢). وقال أبو حنيفة: إذا صلوا فيه ودفنوا فيه زال ملكه (٣). دليلنا: أن الاصل بقاء الملك، وزواله يحتاج الى دليل. مسألة ٢١: إذا وقف مسجداً، ثم أنه خرب وخربت المحلة أو القرية، لم يعد إلى ملكه. وبه قال الشافعي (٤).

- (١) لم اعثر على هذا القول في مظانه من كتب الشافعية وغيرها.  
 (٢) المجموع ١٥: ٣٤٠، والوجيز ١: ٢٤٥، والسراج الوهاج: ٣٠٣، ومغني المحتاج ٢: ٢٨٣، وشرح فتح القدير ٥: ٦٢.  
 (٣) اللباب ٢: ١٢٥ - ١٣٦، والمبسوط ١٢: ٣٤، وبدائع الصنائع ٦: ٢١٩، والنتف ١: ٥٢٤، وتبيين الحقائق ٣: ٣٢٩، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٥: ٦٢ و ٦٦ وشرح فتح القدير ٥: ٦٢، وشرح العناية على الهداية المطبوع في هامش شرح فتح القدير ٥: ٦٢.  
 (٤) المجموع ١٥: ٣٦٠ - ٣٦١، والسراج الوهاج: ٣٠٦، ومغني المحتاج ٢: ٣٩٢، وفتح المعين: ٩٠، وشرح فتح القدير ٥: ٦٤.

وقال محمد بن الحسن: يعود المسجد إلى ملكه كالكفن إذا ذهب الميت بالسيل أو أكله السبع (١). دليلنا: إن ملكه زال بلا خلاف، وعوده إلى ملكه يحتاج إلى دليل، وليس في الشرع ما يدل عليه. مسألة ٢٢: إذا خرب الوقف، ولا يرجى عوده، في أصحابنا من قال: يجوز بيعه، وإذا لم يختل لم يجز (٢). وبه قال أحمد بن حنبل (٣). وقال الشافعي: لا يجوز بيعه على حال (٤). دليلنا: الاخبار المروية عن الائمة (٥). مسألة ٢٣: إذا انقلعت نخلة من بستان وقف، أو انكسرت، جاز بيعها. وللشافعي فيه قولان: أحدهما مثل ما قلناه (٦). والثاني: لا يجوز، لانه لو جاز بيعه بعد الاختلال لجاز قبل الاختلال، وذلك لا يجوز (٧).

- (١) المبسوط ١٢: ٤٢، وبدائع الصنائع ٦: ٢٢١، وشرح فتح القدير ٥: ٦٤، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٥: ٦٤، وشرح العناية على الهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٥: ٦٤، وتبيين الحقائق ٣: ٣٣١، والمجموع ١٥: ٣٦٢، والمغني لابن قدامة ٦: ٢٥١.  
 (٢) قاله الشيخ المفيد قدس سره في المقنعة: ٩٩، والسيد المرتضى قدس سره في الانتصار: ٢٣٦.  
 (٣) المغني لابن قدامة ٦: ٢٥١، والشرح الكبير ٦: ٣٦٦ - ٣٦٧.  
 (٤) المجموع ١٥: ٣٦٠ - ٣٦١، ومغني المحتاج ٢: ٣٩٢، والسراج الوهاج: ٣٠٦، وكفاية الاخير ١: ١٩٨، والوجيز ١: ٢٤٨ - ٢٤٩، وفتح المعين بشرح قرّة العين: ٩٠، والمغني لابن قدامة ٦: ٢٥١، والشرح الكبير ٦: ٣٦٧.  
 (٥) انظر الاستبصار ٤: ٩٧ (كتاب الوقف والصدقات باب ٦١) حديث ٣٧٧ - ٣٨٢.  
 (٦) المجموع ١٥: ٣٤٧ و ٣٦٠، والسراج الوهاج: ٣٠٦، ومغني المحتاج ٢: ٣٩٢.  
 (٧) المجموع ١٥: ٣٤٧ و ٣٦٠، والسراج الوهاج: ٣٠٦، ومغني المحتاج ٢: ٣٩٢.

دليلنا: أنه لا يمكن الانتفاع بهذه النخلة إلا على هذا الوجه، لان الوجه الذي شرطه الواقف قد بطل، ولا يرجى عوده. مسألة ٢٤: إذا وقف على بطون، فأكرى البطن الاول الوقف عشر سنين، فانقرضوا لخمس سنين، فان الاجارة تبطل في حق البطن الثاني، ولا تبطل في حق البطن الاول. وللشافعي فيه قولان: أحدهما مثل ما قلناه (١). والثاني: لا تبطل، لان الموت لا تبطل الاجارة (٢). دليلنا: أنا قد دللنا أن الموت

يبطل الاجارة. وأيضا فانا نبين أنهم تصرفوا في حق الغير، فيجب أن يكون تصرفهم باطلا.

- (١) المجموع ١٥: ٨٨، ومغني المحتاج ٢: ٢٥٦، والسراج الوهاج: ٢٩٦، والمغني لابن قدامة ٦: ٥٠ - ٥١.  
(٢) المجموع ١٥: ٨٨، والوجيز ١: ٢٢٨ - ٢٣٩، والسراج الوهاج: ٢٩٦، وكفاية الاخير ١: ١٩٢، ومغني المحتاج ٢: ٢٥٦، والمغني لابن قدامة ٦: ٥٠ - ٥١.

### [ ٥٥٢ ]

#### كتاب الهبة

**[ ٥٥٥ ]** مسألة ١: الهبة لا تلزم إلا بالقبض، وقبل القبض للواهب الرجوع فيها، وكذلك الرهن عندهم، والعارية، وكذلك الدين الحال إذا أجله لا يتأجل، وله المطالبة به في الحال. وبه قال في الصحابة أبو بكر، وعمر، وعثمان، وابن عمر، وابن عباس، ومعاذ القاري (١)، وأنس، وعائشة (٢) ولا نعرف لهم مخالفا. وبه قال الشافعي (٣). وقال مالك: يلزم ذلك كله بنفس العقد، ولا يفترق الى القبض، ويتأجل الحق بالتأجيل، ويلزم الاجل (٤). وأما أبو حنيفة فقد وافقنا، إلا أنه قال: الاجل في الثمن يلزم ويلحق بالعقد (٥).

- (١) هو معاذ بن جبل، تقدمت ترجمته فلاحظ.  
(٢) السنن الكبرى ٦: ١٧٠، والمغني لابن قدامة ٦: ٢٧٥، والشرح الكبير ٦: ٢٧٧، والمجموع ١٥: ٢٧٠ و ٢٨١، وبداية المجتهد ٢: ٣٢٤.  
(٣) مختصر المزني: ١٢٤، والمجموع ١٥: ٣٧٠ و ٣٧٩، ومغني المحتاج ٢: ٤٠٠ - ٤٠١، والسراج الوهاج: ٣٠٨، وكفاية الاخير ١: ٢٠٠، وبداية المجتهد ٢: ٣٢٤، والمغني لابن قدامة ٦: ٢٧٤، والشرح الكبير ٦: ٢٧٦.  
(٤) بداية المجتهد ٢: ٣٢٤، وجواهر الاكليل ٢: ٢١١، والخرشي ٧: ١٠٥، والمبسوط ١٢: ٤٨، والمجموع ١٥: ٣٧٠، والمغني لابن قدامة ٦: ٢٧٤، والشرح الكبير ٦: ٢٧٦، وبدائع الصنائع ٦: ١٢٣.  
(٥) المبسوط ١٢: ٤٨، والنتف ١: ٥١٢، واللباب ٢: ١٢٠، وبدائع الصنائع ٦: ١٢٣، والفتاوى الهندية ٤: ٣٧٧، والهداية المطبوع بهامش شرح الفدير ٧: ١١٣، وتبيين الحقائق ٥: ٩١، والمجموع ١٥: ٣٧٠، وبداية المجتهد ٢: ٣٢٤، والمغني لابن قدامة ٦: ٢٧٤، والشرح الكبير ٦: ٢٧٦.

### [ ٥٥٦ ]

دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (١). وأيضا فان ما قلناه مجمع على لزومه، وما ذكره ليس على صحته دليل. وروى موسى بن عقبة (٢)، عن أمه أم كلثوم (٣) أن النبي عليه السلام قال لام سلمة: " إني أهديت إلى النجاشي أواقى من مسك وحلة، واني لا راه يموت قبل أن يصل إليه، واني لا أرى الهدية إلا سترد إلي، فان ردت على فهي لي ". فكان كما قال عليه السلام، مات النجاشي قبل أن تصل إليه، فردت الهدية إليه، فأعطى كل امرأة من نسائه أوقية من ذلك المسك، وأعطى سائره أم سلمة، وأعطاهما الحلة (٤). وهذا نص. مسألة ٢: إذا قبض الموهوب له الهبة بغير إذن الواهب، كان القبض فاسدا، ووجب عليه رده. وبه قال الشافعي (٥). وقال أبو حنيفة: إن قبضه في المجلس صح، وإن كان بغير إذنه، وإن قام من مجلسه لم يكن له القبض، وإن قبض كان فاسدا ووجب عليه رده (٦).

- (١) انظرها في التهذيب ٩: ١٥٢ (باب الهبة) من الحديث ٦٢٤ و ٦٥٤، والاستبصار ٤: ١٠٧ من الحديث ٤٠٧ و ٤٢٣.  
(٢) موسى بن عقبة، لم أقف له على شرح حال في كتب السير المتوفرة لدي سوى ما رواه عن أمه في الخبر الاتي فلاحظ.  
(٣) أم كلثوم بنت أبي سلمة بن عبد الاسد المخزومية، ربيبة رسول الله صلى الله عليه وآله، امها أم سلمة. أسد الغابة ٥: ٦١٣.  
(٤) مسند أحمد بن حنبل ٦: ٤٠٤، والمستدرک على الصحيحين ٢: ١٨٨، وتلخيص



الحبير ٣: ٧٣ حديث ١٣٣٩، والتلخيص للذهبي في ذيل المستدرک ٢: ١٨٨، وأسد الغابة ٥: ٦١٣، وفتح الباري ٥: ٢٢٢ وفيه عن احمد والطبراني. (٥) المجموع ١٥: ٣٧٩، والوجيز ١: ٢٤٩، والسراج الوهاج: ٣٠٨، ومغني المحتاج ٢: ٤٠٠، وكفاية الاخيار ١: ٢٠١، والشرح الكبير ٦: ٣٧٨ - ٣٧٩.  
(٦) اللباب ٢: ١٢٠، والمبسوط ١٢: ٥٧، والفتاوى الهندية ٤: ٣٧٧، وبدائع الصنائع ٦: ١٢٤، والهداية

#### [ ٥٥٧ ]

دليلنا: أنه إذا قبض بأذنه صح القبض بلا خلاف، وليس على قول من قال بصحته بغير إذنه دليل. مسألة ٣: هبة المشاع جائزة، سواء كان ذلك مما يمكن قسمته أو لا يمكن. وبه قال مالك، والشافعي، وأحمد، وإسحاق، وأبو ثور، وداود، وسائر الفقهاء (١). وقال أبو حنيفة: هبة المشاع فيما لا يمكن قسمته مثل: الحيوان، والجواهر، والحمامات، والرحا، وغيرها يصح. فأما ما ينقسم فلا يجوز هبته (٢). والهبة بهذا التفصيل يختص على مذهبه، لأنه يسوي بين ما يقسم وما لا يقسم في المواضع التي يمنع فيها العقد من المشاع، مثل الرهن وغيره. دليلنا: عموم الاخبار الواردة في جواز الهبة (٣). وأيضاً الاصل جوازه، والمنع يحتاج إلى دليل. وروي عن النبي عليه السلام أنه اشترى سراويل بأربعة دراهم، وقال للوزان: " زن وارجح " (٤).

المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٧: ١١٥، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٧: ١١٥، والمجموع ١٥: ٣٧٩. (١) النتف ١: ٥١٢، والمحل ٩: ١٤٩، وبداية المجتهد ٢: ٣٢٣، والمغني لابن قدامة ٦: ٢٨٥، والشرح الكبير ٦: ٢٨٤، والمجموع ١٥: ٣٧٤، والوجيز ١: ٢٤٩، وتبيين الحقائق ٥: ٩٣.  
(٢) النتف ١: ٥١٢، وشرح فتح القدير ٧: ١٢٢، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٧: ١٢١، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٧: ١٢١، وتبيين الحقائق ٥: ٩٣، وكنز الدقائق ٥: ٩٣، والمحل ٩: ١٤٩، والمجموع ١٥: ٣٧٥، واللباب ٢: ١٢١، والمغني لابن قدامة ٦: ٢٨٥، والشرح الكبير ٦: ٢٨٤.  
(٣) الكافي ٧: ٣٠ حديث ٢٤، والتهذيب ٩: ١٥٢ حديث ٦٢٤ و ٦٥٤، والاستبصار ٤: ١٠٧ حديث ٤٠٧ و ٤٣٣.  
(٤) سنن أبي داود ٣: ٢٤٥ حديث ٣٣٣٦، وسنن النسائي ٧: ٢٨٤، وسنن الدارمي ٢: ٢٦٠، ومسند أحمد ٤: ٣٥٢، والسنن الكبرى ٦: ٣٢ - ٣٣، مع اختلاف يسير بينهما.

#### [ ٥٥٨ ]

قوله عليه السلام: " وارجح " هبة، وهو مشاع، فدل على صحة هبة المشاع. وروي جابر أن النبي عليه السلام اشترى من رجل بعيراً، فوزن له وأرجح (١). وروي عن النبي عليه السلام أنه قال يوم خيبر: " ما لي مما أفاء الله عليكم إلا الخمس، والخمس مردود فيكم، فردوا الخيط والمخييط، فإن الغلول يكون على أهله عارا يوم القيامة، ونارا وشناراً "، فقام رجل في يده كبة من شعر، فقال: أخذت هذه لاصلح بردعة بعيري، فقال: " أما ما كان لي ولبنني عبد المطلب فهو لك " فقال: أما إذا بلغت ما أرى فلا أرب لي فيها ونبذها (٢). وكانت حصة النبي عليه السلام في الكبة مشاعاً، فدل على جوارها مشاعاً. مسألة ٤: العمرى عندنا جائزة، ومعناها إذا قال الرجل لغيره: أعمرتك هذه الدار مدة حياتك، أو مدة حياتي، أو أسكنتك، أو جعلت لك هذه الدار في حياتك، فإن هذه الالفاظ إذا أتى بواحدة منها وأقبضه فقد لزم العمرى، ولهذا سمي عمرى، وتسمى عندنا أيضاً سكنى، وبه قال جميع الفقهاء (٣). وحكي عن قوم أنهم قالوا: العمرى غير جائزة (٤). دليلنا على ما ذكرناه: إجماع الفرقة وأخبارهم (٥).

(١) السنن الكبرى ٦: ٣٢ وفيه اختلاف يسير في اللفظ.

(٢) مسند أحمد بن حنبل ٢: ١٨٤، ومجمع الزوائد ٦: ١٨٨.

(٣) الام ٤: ٦٣، والمجموع ١٥: ٣٩٣ - ٣٩٤، وكفاية الاخيار ١: ٢٠٢، وبداية المجتهد ٢: ٣٢٩، والمحل ٩: ١٦٤، وبلغة السالك ٢: ٣٢٠، وعمدة القاري ١٣: ١٧٨، والمغني لابن قدامة ٦: ٣٣٦، والشرح الكبير ٦: ٢٨٨، وفتح الباري ٥: ٢٢٨.

(٤) المجموع ١٥: ٣٩٣ - ٣٩٤، وفتح الباري ٥: ٣٢٨، وعمدة القاري ١٣: ١٧٨، والبحر الزخار ٥: ١٤٢.

(٥) التهذيب ٩: ١٣٩ - ١٤٠ حديث ٥٨٧ و ٥٩١، والاستبصار ٤: ١٠٣ حديث ٣٩٦ و ٤٠٠.

وروى أبو هريرة أن النبي عليه السلام قال: " العمرى جائزة " (١). وروى عبد الله بن محمد بن عقيل (٢)، عن محمد بن علي - ابن الحنفية -، عن معاوية بن أبي سفيان، عن النبي عليه السلام أنه قال: " العمرى جائزة لاهلها " (٣). وروى جابر أن النبي عليه السلام قال: " العمرى لمن وهبت له " (٤). وروى عروة، عن جابر أن النبي عليه السلام قال: " من أعمار عمرى فهي له ولعقبه يرثها من يرثه من عقبه " (٥)، وهذا نص. مسألة ٥: إذا قال: أعمرتك ولعقبك. فإن هذه عمرى صحيحة، ويملك المعمر له المنفعة دون الرقبة. فإن قال: أعمرتك. فإذا مات هو يعود إليه، وإن قال: ولعقبك. فإذا مات عقبه عاد إليه. وبه قال مالك، والشافعي في القديم على قول أبي إسحاق (٦)

- (١) صحيح البخاري ٣: ٢١٦، وصحيح مسلم ٢: ١٢٤٨ حديث ٣٢ وسنن النسائي ٦: ٢٧٧، ومسند أحمد بن حنبل ٢: ٢٤٧، وسنن أبي داود ٣: ٢٩٣ حديث ٢٥٤٨، وشرح معاني الآثار ٤: ٩٢، والسنن الكبرى ٦: ١٧٤.
- (٢) أبو محمد عبد الله بن محمد بن عقيل بن أبي طالب الهاشمي المدني، أمه زينب الصغرى بنت أمير المؤمنين عليه السلام، روى عن أبيه وخاله محمد بن الحنفية، وعبد الله بن جعفر وجابر وغيرهم. عده الشيخ الطوسي في أصحاب الامام الصادق عليه السلام. انظر رجال الشيخ الطوسي: ٣٦٥، وتنقيح المقال ٢: ٢١٤، وتهذيب التهذيب ٦: ١٣.
- (٣) سنن الترمذي ٣: ٦٣٢ حديث ١٣٤٩، وشرح معاني الآثار ٤: ٩١.
- (٤) صحيح البخاري ٣: ٢١٦، وصحيح مسلم ٣: ١٢٤٦ حديث ٢٥، وسنن النسائي ٦: ٢٧٧، وسنن أبي داود ٣: ٢٩٤ حديث ٣٥٥٠، وشرح معاني الآثار ٤: ٩٢.
- (٥) صحيح مسلم ٣: ١٢٤٥، وسنن النسائي ٦: ٢٧٥، والسنن الكبرى ٦: ١٧٣، والمحلى ٩: ١٦٧.
- (٦) بداية المجتهد ٢: ٣٢٦، والمدونة الكبرى ٦: ٩١، وبلغة السالك ٢: ٣٢٠، وأسهل المدارك ٣: ٩٧،

وعندنا إن قال: أعمرتك مدة حياتي. فإنها له مدة حياته، فإن مات المعمر أولاً كان لورثته إلى أن يموت المعمر، فإذا مات عاد إلى ورثته، وإن مات المعمر أولاً بطل العمرى. وقال الشافعي في الجديد: إذا جعلها عمرى لا تعود إليه، ولا إلى ورثته بحال. وبه قال أبو حنيفة (١). دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٢). وقال أبو الطيب: قوله القديم أشبه بالنسبة. وقوله الجديد أقيس. مسألة ٦: إذا قال: أعمرتك. وأطلق، لم تصح العمرى، وكان باطلاً. وقال الشافعي في الجديد: يكون عمرى صحيحة، ويكون له. فإذا مات يكون لورثته (٣). وقال في القديم: أن العمرى تبطل. كما قلناه (٤). وبه قال أبو حنيفة (٥).

- وجواهر الاكليل ٢: ٢١٤، والمجموع ١٥: ٣٩٥ - ٣٩٦، وكفاية الاخبار ١: ٢٠٢، والمغني لابن قدامة ٦: ٣٣٦ و ٣٣٨، وفتح الباري ٥: ٢٣٩، وعمدة القاري ١٣: ١٧٨. (١) مختصر المزني: ١٣٤، والمجموع ١٥: ٣٩٦، وكفاية الاخبار ١: ٢٠٢، ومغني المحتاج ٢: ٣٩٨، والسراج الوهاج: ٣٠٨، وعمدة القاري ١٣: ١٧٨، وفتح الباري ٥: ٢٣٩، والوجيز ١: ٢٤٩، والمغني لابن قدامة ٦: ٣٣٩، واللباب ٢: ١٢٧، وبدائع الصنائع ٦: ١١٦، والفتاوى الهندية ٤: ٣٧٥، وتبيين الحقائق ٥: ١٠٤، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٧: ١٤٣، والبحر الزخار ٥: ١٤٤.
- (٢) من لا يحضره الفقيه ٤: ١٨٦ (باب العمرى والسكنى) حديث ٦٥١ و ٦٥٣، والتهذيب ٩: ١٣٩ - ١٤٠، حديث ٥٨٧ و ٥٨٩، والاستبصار ٤: ١٠٣ حديث ٣٩٦ و ٣٩٨.
- (٣) مختصر المزني: ١٣٤، والمجموع ١٥: ٣٩١ و ٣٩٦، وكفاية الاخبار ١: ٢٠٢، ومغني المحتاج ٢: ٣٩٨، والسراج الوهاج: ٣٠٨، والوجيز ١: ٢٤٩، وعمدة القاري ١٣: ١٧٨، وفتح الباري ٥: ٢٣٩، والمغني لابن قدامة ٦: ٣٣٩، والبحر الزخار ٥: ١٤٤.
- (٤) المجموع ١٥: ٣٩١، والوجيز ١: ٢٤٩، والسراج الوهاج: ٣٠٨، ومغني المحتاج ٢: ٣٩٨، وعمدة القاري ١٣: ١٧٨، وفتح الباري ٥: ٢٣٩.
- (٥) يظهر من المصادر المشار إليها سابقاً ولما أشار إليه المصنف قدس سره في المسألة السابقة برقم " ٥ "

وقال مالك: العمرى صحيحة، ويكون المنفعة له، فإذا مات رجع (١). وقال أبو اسحاق في الشرح مثل قول مالك (٢). فصارت المسألة على قولين: أحدهما: تبطل كما قلناه. والآخر تصح. دليلنا: أن هذه اللفظة مجملة، لأنه يجوز أن يراد بها تملك الرقبة، ويجوز أن يراد بها مدة حياته، وإذا احتملت ولم يعلم المراد وجب بطلانها، لأن الأصل بقاء الملك. مسألة ٧: إذا قال: أعمرتك على أنك إن أنت رجع إلي. كان هذا صحيحاً عندنا، فإذا مات عاد إليه. وللشافعي فيه قولان مثل المسألة الأولى سواء. قال في الجديد: هي عمرى صحيحة. وقوله: "على أنك إن مت أنت" يلغى هذا القول، ويكون كما لو أطلق. والثاني: يبطل (٣). دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٤). وروى عن جابر أنه قال: إنما العمرى التي أجازها رسول الله أن يقول: هي

أن قوله بالصحة لا في البطلان فلاحظه. (١) بداية المجتهد ٢: ٣٢٦، والمدونة الكبرى ٦: ٩١، وأسفل المدارك ٣: ٩٧، وأقرب المسالك في هامش بلغة السالك ٢: ٣٢٠، وجواهر الاكلیل ٢: ٢١٤، والمجموع ١٥: ٣٩٥، وعمدة القاري ١٣: ١٧٨. (٢) أشار في فتح الباري ٥: ٣٣٩، والمجموع ١٥: ٣٩٤ - ٣٩٥ إلى القول من دون نسبته. (٣) انظر القولين في المجموع ١٥: ٣٩١ - ٣٩٢ و ٣٩٦، والسراج الوهاج: ٣٠٨، ومغني المحتاج ٢: ٣٩٨، والوجيز ١: ٢٤٩، وعمدة القاري ١٣: ١٧٨ والمغني لابن قدامة ٦: ٣٢٨ - ٣٣٩، والشرح الكبير ٦: ٢٨٩ - ٢٩٠، وكفاية الاخير ١: ٢٠٢. (٤) الكافي ٧: ٣٣ حديث ٢١ و ٢٤ و ٢٨ و ٢٩، ومن لا يحضره الفقيه ٤: ١٨٥ - ١٨٦ حديث ٦٤٩ و ٦٥٢ - ٦٥٣، والتهذيب ٩: ١٢٩ حديث ٥٨٧ و ٥٩٤، والاستبصار ٤: ١٠٣ حديث ٣٩٦ و ٤٠٠.

لك ولعقبك. فأما إذا قال: هي لك ما عشت. فإنها ترجع إليه (١). ففسر جابر ما قال النبي عليه السلام، وتفسير الراوي للخبر أولى من تفسير غيره، لأنه أعرف بمراد النبي عليه السلام. مسألة ٨: الرقبي جائزة، وهي والعمرى سواء، وإنما تخالفها في اللفظ، فإنه يقول: أرفبتك هذه الدار مدة حياتك، أو مدة حياتي. وقال الشافعي: حكمها حكم العمرى، ومعناه إذا قال: أعمرتك على إن مت أنا فهي لك ولورثتك، وإن مت أنت رجع إلي (٢). قال المزني: الرقبي إذا جعل لمن يتأخر موته، ولهذا سمي رقبي، لأن كل واحد منهما يتربح موت صاحبه (٣). وقال أبو حنيفة: العمرى جائزة، والرقبي باطلة، لأن صورتها أن يقول: أرفبتك هذه الدار، فإن مت قبلك كانت الدار لك، وإن مت قبلي كانت راجعة إلى وباقية على ملكي كما كانت. وهذا تملك بصفة، كما قال: إذا جاء رأس الشهر فقد وهبت لك داري. فإن ذلك لا يصح (٤). دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٥).

(١) صحيح مسلم ٣: ١٢٤٦، والسنن الكبرى ٦: ١٧٢، وتلخيص الحبير ٣: ٧١ حديث ١٣٣٢. (٢) المجموع ١٥: ٣٩٢، وكفاية الاخير ١: ١٠٢، والسراج الوهاج: ٣٠٨، ومغني المحتاج ٢: ٣٩٩ والوجيز ١: ٢٤٩، وعمدة القاري ١٣: ١٧٩، وفتح الباري ٥: ٢٤٠، والنتف ١: ٥٢٣، والمحل ٩: ١٦٤. (٣) مختصر المزني: ١٣٤، والمجموع ١٥: ٣٩٢. (٤) اللباب ٢: ١٣٧، والنتف ١: ٥٢٣، والمبسوط ١٢: ٨٩، وعمدة القاري ١٣: ١٧٨ - ١٧٩، وشرح فتح القدير ٧: ١٤٤، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٧: ١٤٣، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٧: ١٤٣، وتبيين الحقائق ٥: ١٠٤، والمجموع ١٥: ٣٩٦، والمغني لابن قدامة ٦: ٣٤١. (٥) الكافي ٧: ٣٣ حديث ٢١ و ٢٤ و ٢٨ و ٢٩، والتهذيب ٩: ١٢٩ حديث ٦٨٧ إلى ٥٩٤، والاستبصار ٤: ١٠٣ حديث ٣٩٦ و ٤٠٠.

وأيضاً خبر جابر، فإنه روى أن النبي عليه السلام قال: "يا معشر الانصار امسكوا عليكم أموالكم، لا تعمروها ولا ترقبوها، فمن أعمار شيئاً أو أرقبه فهو له ولورثته" (١). فجمع بين العمرى والرقبي وجوزهما معاً. وروى جابر أن النبي عليه السلام قال: "العمرى جائزة لاهلها، والرقبي جائزة لاهلها" (٢). وقولهم: إنه تملك بصفة ليس

كذلك، وإنما هو تمليك في الحال، لانه يملك الدار في الحال على أنه إذا مات قبله رجعت إليه، وإن مات هو فهي للمرقب، وهذا تمليك في الحال. مسألة ٩: إذا أعطى الانسان ولده، يستحب له أن لا يفضل بعضهم على بعض، سواء كانوا ذكورا أو أناثا، وعلى كل حال. وبه قال أبو حنيفة، ومالك، والشافعي، وأبو يوسف (٣). وقال أحمد بن حنبل، وإسحاق، ومحمد بن الحسن: يفضل الذكور على الاناث على حسب التفضيل في الميراث. وبه قال شريح (٤). دليلنا: الاخبار المروية عن النبي صلى الله عليه وآله والائمة

- (١) سنن النسائي ٦: ٣٧٤، ومسند أحمد ٣: ٣٠٢ و ٣٧٤، والسنن الكبرى ٦: ١٧٣ باختلاف يسير في بعض ألفاظه.
- (٢) سنن أبي داود ٣: ٢٩٥ حديث ٢٥٥٨، وسنن النسائي ٦: ٣٧٤، وسنن الترمذي ٣: ٦٣٤ حديث ١٢٥١.
- (٣) المبسوط ١٢: ٥٦، وبداية المجتهد ٢: ٣٢٢، ومختصر المزني: ١٢٤، والمجموع ١٥: ٣٧١، والسراج الوهاج: ٣٠٨، ومغني المحتاج ٢: ٤٠١، والمغني لابن قدامة ٦: ٣٠٢، والمحلى ٩: ١٤٢، ونيل الاوطار ٦: ١١٠ و ١١٢.
- (٤) المغني لابن قدامة ٦: ٣٠١ - ٣٠٢، والمحلى ٩: ١٤٢، والمحلى ٩: ١٤٢، وعمدة القاري ١٢: ١٤٦، ونيل الاوطار ٦: ١١٢.

#### [ ٥٦٤ ]

عليهم السلام (١). وروى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وآله قال: " سووا بين أولادكم في العطية، ولو كنت مفضلا أحدا لفضلت الاناث " (٢) وهذا نص. وروى الشعبي، عن النعمان بن بشير، أنه قال: نحلني أبي نخلا - وروي غلاما - فقالت امي عمرة بنت رواحة (٣): إئت رسول الله صلى الله عليه وآله، فأتى النبي صلى الله عليه وآله، فذكر ذلك له، فقال: " ألك ولد سواه؟ " فقال: نعم. قال: " أفكلهم أعطيت أمي مثل ما أعطيت النعمان؟ " فقال: لا، فقال: " هذا جور " (٤). وروي: فاشهد على هذا غيري (٥) . وروي: " أليس يسرك أن يكونوا لك في البر واللفظ سواء؟ " قال: نعم. قال: " فاشهد على هذا غيري (٦). وروي: " أن لهم عليك من الحق أن تعدل بينهم، كما أن لك عليهم من الحق أن يبروك " (٧). وفي رواية الشافعي أنه قال: " أليس يسرك أن يكونوا لك في البر اليك

- (١) تفسير العياشي ٢: ١٦٦ حديث ٢.
- (٢) السنن الكبرى ٦: ١٧٧، ومجمع الزوائد ٤: ١٥٣.
- (٣) عمرة بنت رواحة بن ثعلبة بن امرئ القيس الخزرجية، قال ابن الاثير: هي التي سألت زوجها بشير أن يهب ابنها النعمان هبة دون اخوته ففعل، فقالت له: أشهد على هذا رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ففعل... الى آخر القصة. انظر اسد الغاية ٣: ٥٠٩.
- (٤) سنن النسائي ٦: ٣٦٠، وسنن أبي داود ٣: ٢٩٢ حديث ٣٥٤٢، والسنن الكبرى ٦: ١٧٧، وفتح الباري ٥: ٢١٣، وفي بعضها اختلاف يسير في اللفظ.
- (٥) صحيح مسلم ٣: ١٢٤٣ حديث ١٧، وسنن أبي داود ٣: ٢٩٢ حديث ٣٥٤٢.
- (٦) سنن ابن ماجه ٢: ٧٩٥ حديث ٢٢٧٥، وسنن أبي داود ٣: ٢٩٢ حديث ٣٥٩٢.
- (٧) سنن أبي داود ٢: ٢٩٢ حديث ٣٥٤٢.

#### [ ٥٦٥ ]

سواء؟ " قال: نعم. قال: " فارجه " (١)، وروي " فاردده " (٢). ووجه الدلالة من ذلك أن النبي عليه السلام أمره بالتسوية بين أولاده في العطية، فدل على أنه هو السنة. مسألة ١٠: إذا خالف المستحب، ففضل بعضهم على بعض، وقعت العطية موقعها، وجاز له أن يسترجعها ويسوي بينهم إذا كانوا كبارا. وقال الشافعي: يصح استرجاعها على كل حال، ولو لم يسترجعها فلا شئ عليه (٣). وقال طائوس، وإسحاق، ومجاهد: لا يصح تلك العطية، وتكون باطلة، فيكون ميراثا بينهم على فرائض الله تعالى إذا مات (٤). وقال أحمد بن حنبل، وداود بن علي: يجب عليه أن يسترجعها إذا خالف المستحب (٥). دليلنا: أنه لا دليل على وجوب استرجاعها، ولا على بطلان العطية، وإجماع الفرقة دليل يقطع به، وكذلك أخبارهم (٦).

- (١) رواه في مختصر المزني: ١٣٤.
- (٢) صحيح مسلم ٣: ١٢٤٢ حديث ١٠، وسنن أبي داود ٣: ٢٩٢ حديث ٢٥٤٣، وشرح معاني الآثار ٤: ٨٤، والسنن الكبرى ٦: ١٧٦.
- (٣) السراج الوهاج: ٣٠٨، ومغني المحتاج ٢: ٤٠١، والمغني لابن قدامة ٦: ٢٩٨، والشرح الكبير ٦: ٢٩٤، وعمدة القاري ١٣: ١٤٢ و ١٤٦.
- (٤) المجموع ١٥: ٣٧١، وعمدة القاري ١٣: ١٤٢ و ١٤٦، وفتح الباري ٥: ١٦٣، والمغني لابن قدامة ٦: ٢٩٨، والشرح الكبير ٦: ٢٩٤.
- (٥) المجموع ١٥: ٣٧١ و ٣٩٦، وعمدة القاري ١٣: ١٤٢ و ١٤٦، والمحلى ٩: ١٤٢، والمغني لابن قدامة ٦: ٢٩٨، والشرح الكبير ٦: ٢٩٤.
- (٦) الكافي ٧: ١٠ حديث ٦، ومن لا يحضره الفقيه ٤: ١٤٤ حديث ٤٩٥، والتهذيب ٩: ١٨٨ حديث ٧٩٥ و ٧٩٦.

### [ ٥٦٦ ]

مسألة ١١: إذا وهب الوالد لولده وإن علا الوالد، أو الام لولدها وإن علت، وقبضوا إن كانوا كبارا، أو كانوا صغارا لم يكن لهما الرجوع فيه. وبه قال أبو حنيفة (١). وقال أيضا مثل ذلك في كل ذي رحم محرم بالنسب، ليس له الرجوع فيما وهب له (٢). وكذلك في كل شخصين لو كان أحدهما ذكرا والآخر أنثى لم يجز لاحدهما أن يتزوج بالآخر. وذلك مثل عم الرجل، وخاله، وأخيه، وأبيه (٣). وهذا عندنا مستحب، والواجب للولد فقط. وقال الشافعي: للوالد والوالدة أن يسترجعا هبتهما على كل حال من الولد وذوي الرحم، ذكرا كان أو أنثى (٤). وقال مالك: إن كان الولد قد انتفع بالهبة، مثل أن يكون قد زوج الرجل بالمال الذي وهب له، لم يجز له الرجوع فيه. وإن كان لم ينتفع بعد، كان له الرجوع فيه (٥).

- (١) اللباب ٢: ١٢٢، والمبسوط ١٢: ٤٩ و ٥٤ - ٥٥، وعمدة القاري ١٣: ١٤٣، وتبيين الحقائق ٥: ٩٥، والمحلى ٩: ١٢٧.
- (٢) اللباب ٢: ١٢٤، والمبسوط ١٢: ٤٩، وبدائع الصنائع ٦: ١٣٢، وعمدة القاري ١٣: ١٤٣، والهداية ٧: ١٣٤، وتبيين الحقائق ٥: ١٠١، والمجموع ١٥: ٢٨٢.
- (٣) اللباب ٢: ١٢٤، والمبسوط ١٢: ٦٠، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٧: ١٣٤، وعمدة القاري ١٣: ١٤٣، والفتاوى الهندية ٤: ٢٨٦ - ٢٨٧، وتبيين الحقائق ٥: ١٠١.
- (٤) مختصر المزني: ١٣٤، والوجيز ١: ٢٤٩ - ٢٥٠، وكفاية الاخير ١: ٢٠١، والمجموع ١٥: ٢٨٢ و ٢٨٤، والسراج الوهاج: ٣٠٨، ومغني المحتاج ٢: ٤٠١، وعمدة القاري ١٣: ١٤٣، وبدائع الصنائع ٦: ١٣٢، وفتح الباري ٥: ٢١٥.
- (٥) بداية المجتهد ٢: ٣٢٧، وبلغة السالك ٢: ٣١٧، والمحلى ٩: ١٢٧، وأسهل المدارك ٣: ٨٩، وفتح الرحيم ٢: ١٥٧، والخرشي ٧: ١١٢ - ١١٤، وجواهر الاكليل ٢: ٢١٥، وعمدة القاري ١٣: ١٤٣، وفتح الباري ٥: ٢١٥.

### [ ٥٦٧ ]

دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (١). وأيضا قوله - عليه السلام -: "العائد في هبته كالعائد في قبينه" (٢) يدل عليه أيضا، لأن القئ حراما بلا خلاف. مسألة ١٢: إذا وهب لاجنبي وقبضه، أو لذي رحم غير الولد، كان له الرجوع فيه، ويكره الرجوع في الهبة لذي رحم. وقال أبو حنيفة: يجوز له الرجوع فيما يهب لاجنبي، ولكل قريب إذا لم يك ذا رحم محرم منه بالنسب، - على ما مضى من تفسيره - وأجرى الزوجية مجرى الرحم المحرم بالنسب، وقال: إذا وهب أحد الزوجين للآخر، لم يكن للواهب الرجوع فيها (٣). وقد روى ذلك قوم من أصحابنا في الزوجين (٤). وقال الشافعي: إذا وهب لغير الولد وقبض لزم، ولا رجوع له بعد ذلك فيها (٥). دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٦).

- (١) التهذيب ٩: ١٥٧ حديث ٦٤٦، والاستبصار ٤: ١٠٦ حديث ٤٠٢ وغيرها مما يستفاد من عمومته في باب الهبة فلاحظ.
- (٢) صحيح مسلم ٣: ١٢٤١ حديث ٧، وصحيح البخاري ٣: ٢٠٧، وسنن النسائي ٦: ٢٦٦، وسنن أبي داود ٣: ٢٩١ حديث ٢٥٢٨، وسنن ابن ماجه ٢: ٧٩٧ حديث ٢٢٨٥، والسنن الكبرى ٦: ١٨٠.
- (٣) اللباب ٢: ١٢٤ - ١٢٥ وعمدة القاري ١٣: ١٤٣، وفتح الباري ٥: ٢١٦، وشرح فتح القدير ٧: ١٣٠، والفتاوى الهندية ٤: ٢٨٦ - ٢٨٧، والهداية ٧: ١٣٠ و ١٣٤، وشرح العناية

على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٧: ١٣٠، وتبيين الحقائق ٥: ٩٨ و ١٠١، والمحلى ٩: ١٣٧.  
 (٤) الكافي ٧: ٣٠ حديث ٣، والتهذيب ٩: ١٥٢ حديث ٦٢٤ والاستبصار ٤: ١١٠ حديث ٤٣٣.  
 (٥) المجموع ١٥: ٣٨١ - ٣٨٢، وكفاية الاخبار ١: ٢٠١، والوجيز ١: ٢٤٩، والسراج الوهاج: ٣٠٩، ومغني المحتاج ٢: ٤٠٤، والمغني لابن قدامة ٦: ٣٢٨.  
 (٦) انظرها في التهذيب ٩: ١٥٢ (باب النحل والهبة) حديث ٦٣٥ و ٦٤٣ وغيرها، والاستبصار ٤: ١٠٧ (باب الهبة المقبوضة) حديث ٤١٤ وغيرها.

#### [ ٥٦٨ ]

وروى أبو هريرة، عن النبي عليه السلام أنه قال: " الواهب أحق بهيته ما لم يثبت منها " (١). وروي عن علي عليه السلام أنه قال: " الرجل أحق بهيته ما لم يثبت منها " (٢). وروي مثل ذلك عن عمر (٣)، وفضالة بن عبيد (٤) (٥). مسألة ١٣: الهبات على ثلاثة أضرب: هبة لمن فوفه، وهبة لمن دونه، وهبة لمن هو مثله. وكلها يقتضي عندنا الثواب. وقال جميع الفقهاء: إنها إذا كانت لمن فوفه، أو لمن هو مثله لا تقتضي الثواب (٦)، وإذا كانت لمن هو دونه اختلفوا، فقال أبو حنيفة: لا تقتضي الثواب (٧)، وبه قال الشافعي في أحد قوليه في الجديد (٨)، ونص عليه في الشفعة (٩)، وقال في القول الآخر - وهو قوله القديم -: أنها تقتضي الثواب (١٠).

(١) سنن ابن ماجه ٢: ٧٩٨ حديث ٣٢٨٧، وسنن الدارقطني ٣: ٤٤ حديث ١٨١.  
 (٢) سنن الدارقطني ٣: ٤٤ حديث ١٨٣، وشرح معاني الآثار ٤: ٨٢، والمحلى ٩: ١٢٩.  
 (٣) شرح معاني الآثار ٤: ٨١ - ٨٢، والمحلى ٩: ١٢٩.  
 (٤) فضالة بن عبيد بن نافع بن صهيب، أبو محمد الانصاري ولاة معاوية الغزو وقضاء دمشق واستخلفه على دمشق لما غاب عنها قيل مات سنة (٥٣)، وقيل: (٦٧). انظر تهذيب التهذيب ٨: ٣٦٧ - ٣٦٨.  
 (٥) شرح معاني الآثار ٤: ٨٢، والمحلى ٩: ١٢٩.  
 (٦) المغني لابن قدامة ٦: ٣٣١، والسراج الوهاج: ٣٠٩، ومغني المحتاج ٢: ٤٠٤، والوجيز ١: ٢٥٠، وفتح الباري ٥: ٢١٠، وعمدة القاري ١٣: ١٤١.  
 (٧) المبسوط ١٢: ٥٤، وعمدة القاري ١٣: ١٤١، وفتح الباري ٥: ٢١٠، والمغني لابن قدامة ٦: ٣٣١.  
 (٨) الوجيز ١: ٢٥٠، ومغني المحتاج ٢: ٤٠٤، والسراج الوهاج: ٣٠٩، والمغني لابن قدامة ٦: ٣٣١، وعمدة القاري ١٣: ١٤١، وفتح الباري ٥: ٢١٠.  
 (٩) انظر الام ٤: ٣ و ٦٣.  
 (١٠) الوجيز ١: ٢٥٠، والسراج الوهاج: ٣٠٩، ومغني المحتاج ٢: ٤٠٤، والمغني لابن قدامة ٦: ٣٣١، وفتح الباري ٥: ٢١٠، وعمدة القاري ١٣: ١٤١.

#### [ ٥٦٩ ]

وبه قال مالك (١). دليلنا: عموم الاخبار التي رواها أصحابنا " أن الهبة تقتضي الثواب " (٢) ولم يخصصوا فيها نوعا دون نوع، وقد ذكرناها في الكتاب الكبير. وروي أبو هريرة، عن النبي عليه السلام، أنه قال: " الواهب أحق بهيته ما لم يثبت منها " (٣)، فاثبت للواهب حق الرجوع قبل أن يثاب، وأسقط حقه من الرجوع بالثواب، وجعله ثوابا على الحقيقة. وروي عن عائشة، أنها قالت: كان رسول الله صلى الله عليه وآله يقبل الهدية ويثيب عليها (٤). وهو قول علي عليه السلام، وعمر، وفضالة بن عبيد. فروي عن علي عليه السلام أنه قال: " من وهب هبة يرجوا ثوابها فهي رد على صاحبها ما لم يثبت عليها " (٥). وروي مثله عن عمر (٦). وروي: أن رجلين اختصما إلى فضالة بن عبيد، فقال أحدهما: وهبت لهذا بازي فلم يثبني عليه. فقال: رد عليه بازه أو أثبه عنه (٧). ولا يعرف لهم مخالف.

(١) الموطأ ٢: ٧٥٤، وفتح الرحيم ٢: ١٥٧، والخرشي ٧: ١١٧، والمغني لابن قدامة ٦: ٣٣١، وعمدة القاري ١٣: ١٤١.  
 (٢) انظرها في التهذيب ٩: ١٥٢ (باب النحل والهبة).  
 (٣) سنن ابن ماجه ٢: ٧٩٨ حديث ٣٢٨٧، وسنن الدارقطني ٣: ٤٤ حديث ١٨١.  
 (٤) صحيح البخاري ٣: ٢٠٦، والسنن الكبرى ٦: ١٨٠.  
 (٥) انظر بدائع الصنائع ٦: ١٢٨.

(٦) المصنف لعبد الرزاق ٩: ١٠٥ حديث ١٦٥١٩، والموطأ ٢: ٧٥٤ حديث ٤٢، وشرح معاني الآثار ٤: ٨١، والسنن الكبرى ٦: ١٨١ - ١٨٢، ورواه الشافعي في أمه ٤: ٦١، وابن قدامة في المغني ٦: ٣٣١، والكاساني في بدائع الصنائع ٦: ١٢٨.  
(٧) شرح معاني الآثار ٤: ٨٢، وانظر المحلى ٩: ١٢٩، والمبسوط ١٢: ٥٢، وبدائع الصنائع ٦: ١٢٨.

#### [ ٥٧٠ ]

مسألة ١٤: إذا ثبت أن الهبة تقتضي الثواب، فلا يخلو إما أن يطلق، أو يشترط الثواب، فإن أطلق فأى ثواب يقتضي منه، فإنه يعتبر ثواب مثله على ما جر به العادة. وللشافعي فيه ثلاثة أقوال، على قوله أنها تقتضي الثواب، أحدهما: مثل ما قلناه (١)، والثاني يثبته حتى يرضى الواهب (٢). والثالث: يثبته بقدر قيمة الهبة أو مثلها (٣). دليلنا: أن أصل الثواب إنما أثبتناه في الهبة بالعادة، فكذلك مقدارها وإن قلنا أنه لا مقدار فيها أصلاً، وإنما هي ما يثاب عنها قليلاً كان أو كثيراً كان قويا، لعموم الاخبار وإطلاقها (٤). مسألة ١٥: إذا شرط الثواب، فإن كان مجهولاً صح، لأنه وافق ما يقتضيه الإطلاق، وإن كان معلوماً كان أيضاً صحيحاً، لأنه لا مانع يمنع منه. وللشافعي فيه قولان: أحدهما: يصح، لأنه إذا صح مع الجهل، فمع العلم أولى. والثاني: لا يصح (٥).

(١) المجموع ١٥: ٢٨٩، والسراج الوهاج: ٣٠٩، ومغني المحتاج ٢: ٤٠٤، والوجيز ١: ٢٥٠.  
(٢) المجموع ١٥: ٢٨٩، الوجيز ١: ٢٥٠.  
(٣) المجموع ١٥: ٢٨٩ والوجيز ١: ٢٥٠، ومغني المحتاج ٢: ٤٠٤، والسراج الوهاج: ٣٠٩، وفتح الباري ٥: ٢١٠.  
(٤) الكافي ٧: ٣٢ حديث ٣ و ١٢، والتهذيب ٩: ١٥٢ (باب النحل والهبة)، والاستبصار ٤: ١٠٧ (باب الهبة المقبوضة).  
(٥) الأم ١٤: ١٠ و ٦٣، والمجموع ١٥: ٢٨٦ و ٢٨٩، والوجيز ١: ٢٥٠، والسراج الوهاج: ٣٠٩ - ٣١٠، ومغني المحتاج ٢: ٤٠٤ - ٤٠٥، والمغني لابن قدامة ٦: ٣٣٢ و ٣٣٣ و ٣٣٦، وفتح الباري ٥: ٢١٠ والمحلى ٩: ١١٩، وسبل السلام ٣: ٩٤٠.

#### [ ٥٧١ ]

دليلنا: قوله عليه السلام " المؤمنون عند شروطهم " (١) ولم يفصل. وأيضاً الاصل جوازها، والمنع يحتاج إلى دليل. مسألة ١٦: إذا تلف الموهوب في يد الموهوب له، بطل الثواب، ولا يرجع عليه بمثله، ولا قيمته. وللشافعي فيه وجهان: أحدهما: مثل ما قلناه. والآخر: يرجع عليه بقيمته (٢). دليلنا: أن التلف والنقصان وحداً في ملك الموهوب له، وما حصل في ملكه لا يرجع به عليه. وأيضاً: الاصل براءة الذمة، وإيجاب القيمة يحتاج إلى دليل. مسألة ١٧: إذا وهب ثوباً خاماً لمن له الرجوع في هبته - كالأجنبي على مذهبننا، والولد على مذهب الشافعي (٣) - فقصره الموهوب له، لم يكن للواهب الرجوع فيه. وللشافعي فيه قولان: إن قال القصار بمنزلة الزيادة المتميزة، كان الواهب شريكاً للموهوب له بقدر القصار. وإن قال القصار بمنزلة الزيادة المتصلة، فالثوب للواهب بقصارته، ولا حق للموهوب له فيه (٤). دليلنا: إجماع الفرق، وأخبارهم على أنه إذا تصرف الموهوب له في الهبة لم

(١) التهذيب ٧: ٣٧١ حديث ١٥٠٣، والاستبصار ٣: ٢٢٢ حديث ٨٢٥، والمغني لابن قدامة ٤: ٢٨٤، والشرح الكبير ٤: ٢٨٦، وتلخيص الحبير ٣: ٢٢ و ٤٤، والمصنف لابن أبي شيبه ٦: ٥٦٨ حديث ٢٠٦٤.  
(٢) المجموع ١٥: ٢٨٦، والوجيز ١: ٢٥٠، ومغني المحتاج ٢: ٤٠٤، والمغني لابن قدامة ٦: ٣٣٢ - ٣٣٣.  
(٣) مختصر المزني: ١٢٤، والمجموع ١٥: ٢٨٢، وكفاية الاخير ١: ٢٠١، ومغني المحتاج ٢: ٤٠١، والسراج الوهاج: ٣٠٨.  
(٤) المجموع ١٥: ٣٧٥، ومغني المحتاج ٢: ٤٠٣، والسراج الوهاج: ٣٠٩، والمغني لابن قدامة ٦: ٣١٢، والشرح الكبير ٦: ٣٠٦.

#### [ ٥٧٢ ]

يكن للواهب الرجوع فيها (١). وهذا قد تصرف. ولان إثبات الرجوع في هذا يحتاج



الى دليل. مسألة ١٨: الدار المستأجرة يصح هبتها وبيعها لغير المستأجر. وللشافعي في صحة بيعها وهبتها قولان: أحدهما: يصحان. والآخر: يبطلان (٢). دليلنا: إجماع الفرقة على أن بيع المستأجر يصح، وكل من قال بصحة بيعها قال بصحة هبتها. والشافعي بنى صحة الهبة وفسادها على صحة البيع وفساده. وقد بينا أن ذلك صحيح. مسألة ١٩: إذا وهب له شيئاً من حلي ذهباً أو فضة، فأثابه في المجلس قبل التفرق أو بعد التفرق بجنسه من النقود، أو بغيره بمثله، أو بما زاد عليه، أو نقص قبل التصرف أو بعده، كان ذلك جائزاً ولا يفسد. وقال الشافعي: حكم ذلك حكم الصرف، فما صح في الصرف صح هاهنا، وما أفسده الصرف أفسد ها هنا (٣). دليلنا: أن أحكام الصرف مراعى في الصرف والبيع، وليس الهبة بيعاً ولا صرفاً، فمن قال: أنها لا حقة بالبيع فعليه الدلالة. مسألة ٢٠: إذا كان له على غيره حق، جاز له بيعه، ويكون مضموناً.

(١) الكافي ٧: ٢٢ حديث ١١، والتهذيب ٩: ١٥٢ حديث ٤، والاستبصار ٤: ١٠٧ حديث ٤١٢، ويستفاد فيها أيضاً من عموم الاخبار المذكورة في هذا الباب فلاحظ.  
(٢) المجموع ١٥: ٨٧ و ٨٩ و ٣٧٣، والوجيز ١: ٢٣٩ و ٢٤٩، ومغني المحتاج ٢: ٣٦٠، والسراج الوهاج: ٢٩٧ و ٣٠٨، وكفاية الاخبار ١: ٢٠٠، والمغني لابن قدامة ٦: ٥٢.  
(٣) لم أعثر على هذا القول في مظانه من كتب الشافعية وغيرها.

#### [ ٥٧٣ ]

ويجوز هبته ورهنه، ولا يلزمان إلا بالقبض. وللشافعي فيه ثلاثة أوجه: أحدها: يصح بيعه من غيره، ويصح هبته وتلزم الهبة بنفس العقد، ولا يشترط القبض في لزومها، ولا يصح رهنه، لانه لا يزيل الملك (١). والثاني: أنه يصح البيع والهبة ولا يلزم الهبة إلا بالقبض، ويصح الرهن ولا يلزم إلا بالقبض (٢). وهذا مثل قولنا. والثالث: لا يصح بيعه ولا هبته، ولا رهنه لانه غير مقدور على تسليمه، فهو كالطير في الهواء (٣). دليلنا: إجماع الفرقة على جواز الديون، ولا مانع يمنع من هبته ولا رهنه، وعموم الاخبار يقتضي جوازهما (٤). مسألة ٢١: إذا وهب في مرضه المخوف شيئاً وأقبضه، ثم مات، فمن أصحابنا من قال: لزمته الهبة في جميع المهور، ولم يكن للورثة فيها شئ (٥). ومنهم من قال: يلزم في الثلث، ويبطل فيما زاد عليه (٦)، وبه قال جميع

(١) المجموع ١٢: ٢٠٦، وكفاية الاخبار ١: ٢٠١، والسراج الوهاج: ٢١٢ و ٣٠٨، ومغني المحتاج ٢: ٧١ و ٤٠٠، والمغني لابن قدامة ٦: ٢٩٠، وعمدة القاري ١٢: ١٦٠، وفتح الباري ٥: ٢٢٤.  
(٢) المجموع ١٣: ٢٠٦ و ١٥: ٣٧٠ و ٣٨٠، وكفاية الاخبار ١: ٢٠٠، والسراج الوهاج: ٣٠٨، وعمدة القاري ١٢: ١٦٠، وفتح الباري ٥: ٢٢٤، والمغني لابن قدامة ٦: ٢٩٠.  
(٣) المجموع ١٣: ٢٠٥ - ٢٠٦، والسراج الوهاج: ٢١٢ و ٣٠٨، والوجيز ١: ١٥٩ و ٢٤٩، وكفاية الاخبار ١: ٢٠٠، وعمدة القاري ١٢: ١٦٠، فتح الباري ٥: ٢٢٤، والمغني لابن قدامة ٦: ٢٩٠.  
(٤) انظر الكافي ٧: ٣٧، والتهذيب ٩: ١٥٢ (باب النحل والهبة).  
(٥) ممن قال بهذه المقالة الشيخ المفيد في المقنعة: ١٠١، والسيد المرتضى علم الهدى في الانتصار: ٢٢٤، وابن زهرة في الغنية المطبوع ضمن الجوامع الفقهية: ٦٠٣، ومن المتأخرين عن عصر المؤلف ابن ادريس الحلبي رضوان الله تعالى عليهم اجمعين في السرائر: ٣٨٢.  
(٦) قاله ابن الجنيد كما حكاه عنه العلامة الحلبي في المختلف: ٢٩ من كتاب الهبة فراجع.

#### [ ٥٧٤ ]

الفقهاء (١). دليلنا على الاول: أخبار الطائفة المروية في هذا الباب (٢)، والرجوع إليها هو الحجة في هذه المسألة.

(١) المجموع ١٥: ٤٤١، وبداية المجتهد ٢: ٣٢٢، والمغني لابن قدامة ٦: ٥٢٤، والشرح الكبير ٦: ٢١٥ - ٢١٦، والمبسوط ١٢: ١٠٢.  
(٢) انظرها في الكافي ٧: ٧ "باب ان صاحب المال أحق بماله ما دام حياً"، ومن لا

يحضره الفقيه ٤: ١٣٨ حديث ٤٨١، والتهذيب ٩: ١٩٠ حديث ٨٦٤، والاستبصار ٤: ١٢١ حديث ٤٦١.

[ ٥٧٥ ]

#### كتاب اللقطة

مسألة ١: اللقطة على ضربين: لقطة الحرم، ولقطة غير الحرم. فلقطة الحرم سيحى الخلاف فيها، ولقطة غير الحرم يعرفها سنة، ثم هو مخير بعد السنة بين ثلاثة أشياء: بين أن يحفظها على صاحبها، وبين أن يتصدق عنه، ويكون ضامنا إن لم يرض صاحبها. وبين أن يتملكها، ويتصرف فيها، وعليه ضمانها إذا جاء صاحبها، سواء كان غنيا أو فقيرا، أو ممن تحل له الصدقة، أو ممن لا تحل له الصدقة. وقال الشافعي: إذا كان بعد السنة هو بالخيار بين أن يحفظها على صاحبها، وبين أن يتملكها ويأكلها، ويضمن ثمنها بالمثل إن كان له مثل، أو القيمة إن لم يكن له مثل، سواء كان غنيا أو فقيرا، أو ممن تحل له الصدقة، أو ممن لا تحل له الصدقة (١). وقال أبو حنيفة، في الفقير وقبل حول الحول مثل قول الشافعي. وإن كان بعد الحول، فإنه لا يخلو إما أن يكون فقيرا أو غنيا، فإن كان فقيرا، فهو مخير بين الثلاثة الأشياء التي ذكرناها نحن، سواء من الحفظ على صاحبها، أو أكلها، أو

(١) الام ٤: ٦٥ - ٦٦ - ٦٧، ومختصر المزني: ١٢٥، والمجموع ١٥: ٣٦٣، والسراج الوهاج: ٣١٢، وكفاية الاخيار ٢: ٤ - ٥، والمبسوط ١١: ٥ و ٧، والنتف ٢: ٥٨٥، وبدائع الصنائع ٦: ٢٠٢، والمغني لابن قدامة ٦: ٣٩٢، وبداية المجتهد ٢: ٣٠١.

[ ٥٧٨ ]

التصدق بها مع شرط الضمان إن لم يرض. وإن كان غنيا فهو مخير بين شيئين: بين أن يحفظها على صاحبها، وبين أن يتصدق بها على صاحبه بشرط الضمان، وليس له أن يأكلها على كل حال (١). وقال مالك: يجوز للغني أن يأكلها، ولا يجوز للفقير أكلها (٢)، بعكس ما قاله أبو حنيفة. دليلنا: اجماع الفرقة وأخبارهم، وهي أكثر من أن تحصى (٣). وروى أبو هريرة: أن النبي عليه السلام قال: " لا تحل اللقطة، فمن التقطها فليصدق بها " (٤). وهذا أمر يدل على بطلان قوله: أن الصدقة لا تجوز. وروى أبي بن كعب، قال: وجدت صرة فيها مائة دينار - وروي ثمانون - فأتيت النبي عليه السلام بها، فقال: " اعرف عددها ووكائها، ثم عرفها سنة ". قال فجئت إليه السنة الثانية فقال: " عرفها "، فجئت إليه السنة الثالثة، فقال: " استمتع بها " (٥).

(١) النتف ٢: ٥٨٦، واللباب ٢: ١٥٧ و ١٦٠، والمبسوط ١١: ٦ - ٧، وعمدة القاري ١٢: ٢٦٧، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٤: ٤٢٣، وتبيين الحقائق ٣: ٣٠٧، وبداية المجتهد ٢: ٣٠١، والمجموع ١٥: ٣٦٣، والمغني لابن قدامة ٦: ٣٩٢. (٢) بداية المجتهد ٢: ٣٠١، وفتح الرحيم ٢: ١٧٢، بلغة السالك ٢: ٣٢٥، وأسهل المدارك ٣: ٥٧، والمغني لابن قدامة ٦: ٣٩٢، والنتف ٢: ٥٨٥. (٣) انظرها في الكافي ٥: ١٣٧ (باب اللقطة والضالة)، والتهذيب ٦: ٣٨٩ (باب ٩٤ اللقطة والضالة)، والاستبصار ٣: ٦٧ (باب ٤١ اللقطة). (٤) روى ابن الحزم في المحلى ٨: ٢٦٦ عن أبي هريرة قال: سئل رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن اللقطة فقال: " لا تحل اللقطة فمن التقط شيئا فليعرفه سنة فإن جاء صاحبه فليرده إليه وإن لم يأت فليصدق به فإن جاء فليخبره بين الاجير وبين الذي له ". أقول: ولم نعثر على ما حكاه الشيخ المصنف قدس سره بلفظ الحديث في الكتب المتوفرة لدينا. (٥) صحيح البخاري ٢: ١٦٦، وصحيح مسلم ٣: ١٢٥٠، حديث ١٧٢٣، وسنن أبي داود ٢: ١٣٤

[ ٥٧٩ ]

وهذا يدل على جواز الاستمتاع بالاكل والبيع والهبة، بخلاف ما يقول أبو حنيفة في الغني لان أبيها كان غنيا. مسألة ٢: كلما يمتنع من الابل، والبقر، والبالغ، والحمير فليس لاحد أخذه. وبه قال الشافعي (١). وقال أبو حنيفة: من وجد له أخذه، مثل

سائر الضوال من الغنم (٢). دليلنا: أن جواز ذلك يحتاج إلى دليل. وأيضاً: روي عن النبي عليه السلام: أنه قال - حين سأله السائل عن الأبل الضوال - فقال: " مالك ولها؟ معها حداؤها وسقاؤها " (٣) يعني خفها وكرشها. مسألة ٣: روي أصحابنا أن أخذ اللقطة مكروه (٤). وبه قال مالك (٥).

حديث ١٧٠١، وسنن ابن ماجة ٢: ٨٣٧ حديث ٢٥٠٦، ومصنف عبد الرزاق ١٠: ١٣٤ حديث ١٨٦١٥، وفي الجميع باختلاف يسير في اللفظ. (١) الام ٤: ٦٨، ومختصر المزني: ١٢٥، والمجموع ١٥: ٣٧٤، والوجيز ١: ٢٥٢، وكفاية الأختار ٢: ٧، والمحلى ٨: ٢٧٢، والمغني لابن قدامة ٦: ٣٩٦، والشرح الكبير ٦: ٢٤٩ - ٢٥٠، وعمدة القاري ١٢: ٣٧٠.

(٢) المبسوط ١١: ١١، وعمدة القاري ١٢: ٢٧٠، وفتاوى قاضيخان في هامش الفتاوى الهندية ٣: ٢٨٩، والفتاوى الهندية ٢: ٢٨٩، واللباب ٢: ١٥٨، وشرح فتح القدير ٤: ٤٢٨، والمغني لابن قدامة ٦: ٣٩٦، والمحلى ٨: ٢٧٢، والشرح الكبير ٦: ٢٥٠.

(٣) صحيح البخاري ٢: ١٦٦، وصحيح مسلم ٣: ١٢٤٨ حديث ٢، وموطأ مالك ٢: ٧٥٧ حديث ٤٦، وسنن الترمذي ٢: ٦٥٦ حديث ١٢٧٢، والمصنف لعبد الرزاق ١٠: ١٢٩ حديث ١٨٦٠١ و ١٨٦٠٢، والسنن الكبرى ٦: ١٨٩، والاحسان بترتيب صحيح ابن حبان ٧: ١٩٦ حديث ٤٨٦٩.

(٤) التهذيب ٦: ٣٩٠، حديث ١١٦٥ و ١١٦٦، والاستبصار ٣: ٦٨ حديث ٣٢٩.

(٥) بداية المجتهد ٢: ٢٩٩ - ٣٠٠، وجواهر الأكليل ٢: ٢١٨، وعمدة القاري ١٢: ١٨٠، والمحلى ٨: ٣٦١، والبحر الزخار ٥: ٢٧٨، وسبل السلام ٣: ٩٤٨ - ٩٤٩.

#### [ ٥٨٠ ]

وللشافعي فيه قولان: أحدهما: يجب عليه أخذها إذا كان أميناً، ويخاف ضياعها. والآخر: لا يجب، غير أنه يستحب (١). وإن كان غير أمين لا يجوز له أخذها على حال، لأنها أمانة، ولا يؤتمن غير أمين. دليلنا: الأخبار التي رواها أصحابنا، فإنهم رَووا: " أن الناس كلهم لو تركوها لجاء صاحبها وأخذها " (٢). وروي عن ابن عمر أنه قال: " دع خيرها بشرها " (٣). وأيضاً فإنها ملك الغير، وأخذها لا يجوز إلا بأذن. مسألة ٤: يستحب لمن وجد اللقطة أن يشهد عليها. وللشافعي فيه قولان: أحدهما: مثل ما قلناه. والآخر: أنه يجب عليه الأشهاد (٤). وقال أبو حنيفة: إن أشهد فانه يكون أمانة، وإن لم يشهد يكون مضموناً عليه في يده (٥).

(١) المجموع ١٥: ٢٥٠ و ٣٦٥، ومختصر المزني: ١٢٥، والوجيز ١: ٢٥، ومغني المحتاج ٢: ٤٠٦ - ٤٠٧، والسراج الوهاج: ٣١٠، وكفاية الأختار ٢: ٢، وكفاية الأختار ٢: ٣، وبداية المجتهد ٢: ٢٩٠، والمحلى ٨: ٣٦١، والمغني لابن قدامة ٦: ٣٤٧، وعمدة القاري ١٢: ١٨٠، والبحر الزخار ٥: ٢٧٨، وسبل السلام ٣: ٩٤٨.

(٢) روى الشيخ المؤلف قدس سره في التهذيب ٦: ٣٩٠ الحديث ١١٦٦ بسنده عن الصادق عليه السلام قال: لا تعرض لها فإن الناس لو تركوها لجاء صاحبها حتى يأخذها.

(٣) لم أقف على الحديث في الكتب المتوفرة لدينا.

(٤) مختصر المزني: ١٢٥، والمجموع ١٥: ٢٥٨، والوجيز ١: ٢٥١، ومغني المحتاج ٢: ٤٠٧، والسراج الوهاج: ٣١٠، وكفاية الأختار ٢: ٢، وبداية المجتهد ٢: ٣٠٢، والشرح الكبير ٦: ٣٨٧، والبحر الزخار ٥: ٢٨٠، وسبل السلام ٣: ٩٥١.

(٥) اللباب ١: ١٥٦، والمبسوط ١١: ١١ - ١٢، وعمدة القاري ١٢: ٣٦٨، وبدائع الصنائع ٦: ٢٠١.

#### [ ٥٨١ ]

دليلنا: أنه لا دليل على كونه مضموناً عليه، والأصل براءة الذمة، ولا دليل أيضاً على وجوب الأشهاد، واستحبابه مجمع عليه. مسألة ٥: إذا عرفها سنة، وأكلها بعد ذلك كان ضامناً، إن كان لها مثل يضمن مثلاً، وإن لم يكن لها مثل فبالقيمة، وبه قال جميع الفقهاء، وأهل العلم (١). وذهب قوم من أهل الطاهر: داود وغيره. إلى أنه إن أكلها بعد الحلول لا يضمن، ولا يلزمه رد المثل، ولا القيمة (٢). دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٣). وروي عطاء بن يسار، عن علي عليه السلام أنه وجد ديناراً فأمره النبي عليه السلام أن يأكله، ثم جاء صاحبه فأمره أن يغرّمه (٤)، وهذا نص. وروي عمر بن شعيب عن أبيه أن النبي عليه السلام: " قال اعرف عفاصها (٥) ووكائنها ثم عرفها

سنة، فان جاء صاحبها وإلا فشانك - ثم قال :- فان جاء صاحبها يوماً من الدهر فأدها " (٦). وهذا نص.

وتبيين الحقائق ٣: ٢٠٢، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٤: ٤٢٣ - ٤٢٤، وبداية المجتهد ٢: ٢٠٢، والمجموع ١٥: ٢٥٨، والفتاوى الهندية ٢: ٢٩١، والشرح الكبير ٦: ٢٨٧. (١) المجموع ١٥: ٢٦٦، وكفاية الاخير ٢: ٥، وبداية المجتهد ٢: ٢٠١، واللباب ٢: ١٥٧، وفتح الباري ٥: ٨٤، وعمدة القاري ١٢: ٢٧٢ - ٢٧٣ والمغني لابن قدامة ٦: ٣٦٧، والشرح الكبير ٦: ٣٩١. (٢) المحلى ٨: ٢٥٧، والمجموع ١٥: ٣٦٦ و ٢٧٥، والمغني لابن قدامة ٦: ٣٦٧، والشرح الكبير ٦: ٣٩١، وعمدة القاري ١٢: ٢٧٣، وفتح الباري ٥: ٨٤، وبداية المجتهد ٢: ٢٠١. (٣) التهذيب ٦: ٣٩٦ حديث ١١٩٠ و ١١٩١ و ١١٩٤. (٤) السنن الكبرى ٦: ١٨٧، وذكر عبد الرزاق الحديث بطوله في المصنف ١٠: ١٤٢ برقم ١٨٦٣٧. (٥) العفاص: الوعاء الذي يكون فيه النفقة، من جلد كان أو غيره. والعفاص أيضاً الجلد الذي يكون على رأس القارورة. (٦) صحيح البخاري ٣: ١٦٣، والسنن الكبرى ٦: ١٩٢، وصحيح مسلم ٣: ١٢٤٧ و ١٢٤٩ حديث

### [ ٥٨٢ ]

مسألة ٦: إذا وجد كلباً للصيد، وجب أن يعرفه سنة، فإذا مضت سنة، جاز له بصطاد به، فان تلف كان ضامناً. وقال الشافعي: لا يضمن بناء منه على قوله أن الكلب لا قيمة له (١). وعندنا أن كلب الصيد له قيمة، وقد مضت هذه المسألة. مسألة ٧: اللقطة إذا كان قيمتها درهما فصاعداً وجب تعريفها، وإن كان دون ذلك لا يجب تعريفها. وقال الشافعي: يجب تعريفها قليلاً كان أو كثيراً، إلا ما لا يهبه الناس (٢). وقال الطبري: سمعت الماسرجسي يقول: من أصحابنا من قدر ذلك بدينار. وقال أبو حنيفة: إن كان قيمتها ما يقطع فيه وجب تعريفها، وإن كان دون ذلك لا يجب تعريفها. وبه قال مالك (٣) ، غير أن أبا حنيفة قال: لا يجب القطع إلا في عشرة دراهم قيمتها دينار (٤). وعند مالك يجب في ربع دينار (٥).

١٧٢٢ وحديث ٥، والاحسان بترتيب صحيح ابن حبان ٧: ١٩٦ حديث ٤٨٦٩ وفي البعض اختلاف يسير في اللفظ فلاحظ. (١) المجموع ٩: ٢٢٨، والوجيز ١: ١٢٣، والسراج الوهاج: ١٧٣، ومغني المحتاج ٢: ١١، وفتح العزيز ٨: ١١٢ - ١١٣. (٢) المجموع ١٥: ٢٦٢ و ٢٦٨، والوجيز ١: ٢٥٣، وكفاية الاخير ٢: ٤، وعمدة القاري ١٢: ٢٦٦، وفتح الباري ٥: ٨٥، وتبيين الحقائق ٣: ٢٠٢، والمغني لابن قدامة ٦: ٢٥١ - ٢٥٢، والشرح الكبير ٦: ٣٤٨. (٣) المدونة الكبرى ٦: ١٧٣ و ٢٦٦، وبداية المجتهد ٢: ٢٠٢، والخرشي ٧: ١٢٤، والمغني لابن قدامة ٦: ٢٥١. (٤) المبسوط ١١: ٢، واللباب ٢: ١٥٧، والنتف ٢: ٥٨٦، وبدائع الصنائع ٦: ٢٠٢، وعمدة القاري ١٢: ٢٦٦، وفتح الباري ٥: ٩٢، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٤: ٤٢٥، وتبيين الحقائق ٣: ٢٠٢ - ٢٠٣، والمحلى ٨: ٢٦٤، والمغني لابن قدامة ٦: ٢٥١، والشرح الكبير ٦: ٣٤٨. (٥) موطأ مالك ٢: ٨٣٢ حديث ٢٤، وبداية المجتهد ٢: ٤٣٧.

### [ ٥٨٣ ]

ومالك يقول: لا يعرفها أصلاً (١). وأبو حنيفة يقول: يعرفها أقل من سنة (٢). دليلاً: إجماع الفرقة وأخبارهم (٣). وروى جابر بن عبد الله: أن النبي عليه السلام رخص في العصا، والسوط، والحبل وأشباهاها يلتقطها وينتفع بها (٤). وروى: أن ابن عمر رأى كسرة في الطريق، وكان معه غلام، فأخذها ومسحها وأكلها، فقال: ما صنعت بها؟ فأخبره بما صنع، فقال: أنت حر، إني أستحي أن أستعبد من هو مغفور له، لاني سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله يقول: من رأى كسرة فأخذها، وأكرمها ومسحها، وأكلها غفر الله له ما تقدم من ذنبه (٥). وروى عن عائشة أنها قالت: لا بأس بما دون الدرهم أن ينتفع به (٦). مسألة ٨: العبد إذا وجد لقطه، جاز له أن يلتقطها. وللشافعي فيه قولان:

- (١) بداية المجتهد ٢: ٢٠٢، والمدونة الكبرى ٦: ٣٦٦، والخرشي ٧: ١٢٤، والمغني لابن قدامة ٦: ٣٥١، والشرح الكبير ٦: ٣٤٨.
- (٢) التنف ٢: ٥٨٦، واللباب ٢: ١٥٧، والمبسوط ١١: ٣، وبدائع الصنائع ٦: ٢٠٢، وعمدة القاري ١٢: ٣٦٦، وتبيين الحقائق ٣: ٣٠٢ - ٢٠٢، وفتح الباري ٥: ٩٢، والمحلى ٨: ٣٦٤، والمغني لابن قدامة ج ٦: ٣٥١، والشرح الكبير ٦: ٢٤٨، والمجموع ١٥: ٣٦٢.
- (٣) انظرها في التهذيب ٦: ٣٨٩ حديث ١١٦٢، والاستبصار ٢: ٦٨ حديث ٢٣٦، ويدل عليه عموم أكثر أحاديث باب اللقطة فلاحظ.
- (٤) سنن أبي داود ٢: ١٢٨ حديث ١٧١٧، والسنن الكبرى ٦: ١٩٥.
- (٥) لم أف على هذا الحديث في الكتب المتوفرة.
- (٦) رواه العيني في عمدة القاري ١٢: ٢٧٢، ولم أعر عليه في الكتب الحديثية المتوفرة.

#### [ ٥٨٤ ]

أحدهما مثل ما قلناه (١). والثاني ليس له أن يلتقطها (٢). دليلنا: عموم الاخبار الواردة في هذا الباب (٣)، وتخصيصها بالاحرار يحتاج إلى دليل. مسألة ٩: من أخذ لقطه ثم ردها إلى مكانها، لم يجز له، وكان ضامنا. وبه قال الشافعي (٤). وقال أبو حنيفة: يزول ضمانه (٥). دليلنا: أنه ضمن بلا خلاف، فمن ادعى زواله فعليه الدلالة. مسألة ١٠: إذا عرفها سنة، لا تدخل في ملكه إلا باختياره، بأن يقول: هذا قد اخترت ملكها. وللشافعي فيه أربعة أوجه: أحدها: وهو أصحها مثل ما قلناه. والثاني: أنه بمضي السنة يملكها بغير اختياره. والثالث: بمجرد القصد دون التصرف.

- (١) الام ٤: ٦٨، والمجموع ١٥: ٢٧٨، ومغني المحتاج ٢: ٤٠٨، والسراج الوهاج: ٣١١، والوجيز ١: ٢٥١، وكفاية الاخير ٢: ٣.
- (٢) المجموع ١٥: ٢٧٨، والسراج الوهاج: ٣١١، ومغني المحتاج ٢: ٤٠٨، والوجيز ١: ٢٥١، والمغني لابن قدامة ٦: ٢٨٧، والشرح الكبير ٦: ٤٠٠، والبحر الزخار ٥: ٢٧٩.
- (٣) انظرها في الكافي ٥: ١٣٧ (باب اللقطة والضالة)، والتهذيب ٦: ٢٨٩، والاستبصار ٣: ٦٧ بنفس الباب المذكور.
- (٤) الام ٤: ٦٦ و ٦٨، ومختصر المزني: ١٣٦، والمجموع ١٥: ٢٧٤، والمغني لابن قدامة ٦: ٣٦٨، والشرح الكبير ٦: ٣٦٠ - ٣٦١.
- (٥) المبسوط ١١: ١٣، والفتاوى الهندية ٢: ٢٩٢، وتبيين الحقائق ٣: ٣٠٢، والمجموع ١٥: ٢٧٤.

#### [ ٥٨٥ ]

والرابع: بالقول والتصرف (١). دليلنا: أنه قد ثبت أنه ملك الغير، وما قلناه مجمع على تملكه به، وما قاله ليس عليه دليل. مسألة ١١: يكره للفاسق اخذ اللقطة، فان أخذها فعل ما يفعله الامين، وللشافعي فيه قولان: أحدهما: ينتزع من يده ويدفع الى امين الحاكم. والثاني: تضام الى يده يد اخرى (٢). دليلنا عموم الاخبار الواردة في أحكام اللقطة (٣)، فمن خصصها بامين دون فاسق فعليه الدلالة، وكراهة أخذها له مجمع عليه، ووجوب انتزاعها من يده يحتاج الى دليل. مسألة ١٢: لقطه الحرم يجوز أخذها، ويجب تعريفها سنة، ثم بعد ذلك يكون مخيرا إذا لم يجئ صاحبها بين أن يتصدق بها بشرط الضمان، أو يحفظها على صاحبها وليس له أن يملكها. وقال الشافعي: من وجد بمكة لقطه، فلا يخلو إما أن يكون أخذها ليعرفها ويحفظها على صاحبها، أو أخذها ليمتلكها. فان أخذها ليعرفها ويحفظ على صاحبها كان جائزا بلا خلاف في هذا. وإن أخذها ليمتلكها، فعنده أنه ليس له أن يلتقطها ليمتلك لقطه مكة.

- (١) المجموع ١٥: ٣٦٢ و ٣٦٧، والسراج الوهاج: ٣١٢، ومغني المحتاج ٢: ٤١٥، والوجيز ١: ٢٥٣، وكفاية الاخير ٢: ٤، وعمدة القاري ١٢: ٣٦٨، وفتح الباري ٥: ٨٤، والبحر الزخار ٥: ٢٨٥.
- (٢) مختصر المزني: ١٢٥، والمجموع ١٥: ٢٨١، والسراج الوهاج: ٣١٠، ومغني المحتاج ٢: ٤٠٧، والوجيز ١: ٢٥٤، وكفاية الاخير ٢: ٦، والمغني لابن قدامة ٦: ٣٩٠، والشرح الكبير ٦: ٣٩٨.
- (٣) انظرها في الكافي ٥: ١٣٧، والتهذيب ٦: ٢٨٩، والاستبصار ٣: ٦٧ (باب اللقطة والضالة).

وإليه ذهب عامة أهل العلم (١). وذهب بعض الناس: إلى أنه يجوز التقاط لقطة مكة وإليه ذهب بعض أصحاب الشافعي (٢). وقال أبو حنيفة: لقطة الحرم حكمها حكم لقطة غير الحرم (٣). دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٤). وأيضاً روي عن النبي عليه السلام أنه قال - في مكة - : " لا ينفر صيدها، ولا يعضد شجرها، ولا يختلي خلاها، ولا يحل لقطتها إلا لمنشد " (٥). يعني لمعرف. وروي عنه عليه السلام أنه نهى عن لقطة الحاج (٦). وأيضاً قوله تعالى " أو لم يروا أنا جعلنا حرماً آمناً ويتخطف الناس من حولهم ألباطل يؤمنون " (٧). فإذا وصفه تعالى بأنه حرم فلا يجوز التقاط ما يسقط فيه.

- (١) المجموع ١٥ : ٢٥٢، والوجيز ١ : ٢٥٢، والمغني لابن قدامة ٦ : ٣٦٠، والشرح الكبير ٦ : ٢٨٥، وشرح فتح القدير ٤ : ٤٢٠، وفتح الباري ٥ : ٨٨، وعمدة القاري ١٢ : ٢٧٥، وبلغة السالك ٢ : ٣٢٤، ونيل الأوطار ٦ : ٩٧.
- (٢) المجموع ١٥ : ٢٥٢، والوجيز ١ : ٢٥٢، وشرح فتح القدير ٤ : ٤٢٠، وعمدة القاري ١٢ : ٢٧٥، وفتح الباري ٥ : ٨٨، والمغني لابن قدامة ٦ : ٣٦٠، والشرح الكبير ٦ : ٢٨٥، ونيل الأوطار ٦ : ٩٧.
- (٣) اللباب ٢ : ١٥٩، وشرح فتح القدير ٤ : ٤٢٠، وعمدة القاري ١٢ : ٢٧٥، والفتاوى الهندية ٢ : ٢٨٩، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٤ : ٤٢٠، والمغني لابن قدامة ٦ : ٣٦٠، والشرح الكبير ٦ : ٢٨٥، ونيل الأوطار ٦ : ٩٧.
- (٤) دعائم الإسلام ٢ : ٤٩٥ حديث ١٧٦٦، والتهذيب ٦ : ٣٩٥ حديث ١١٩٠.
- (٥) سنن أبي داود ٢ : ٢١٢ حديث ٢٠١٧ و ٢٠١٨، وصحيح البخاري ٢ : ١٨، والسنن الكبرى ٥ : ١٩٥، ومجموع الزوائد ٣ : ٢٨٣، وفي البعض منها اختلاف يسير في اللفظ.
- (٦) صحيح مسلم ٣ : ١٢٥١ حديث ١٧٢٤، وسنن أبي داود ٢ : ١٢٩ حديث ١٧١٩، وشرح معاني الآثار ٤ : ١٤٠، والاحسان بترتيب صحيح ابن حبان ٧ : ١٩٦.
- (٧) العنكبوت: ٦٧.

مسألة ١٣ : يجوز للمكاتب أخذ اللقطة. وللشافعي فيه قولان: أحدهما: مثل ما قلناه. والثاني: أنه مثل العبد (١)، وله في العبد قولان (٢). دليلنا: عموم الاخبار (٣)، وقد بينا أن العبد أيضاً يجوز له أخذها بمثل ذلك (٤). مسألة ١٤ : العبد إذا كان نصفه حراً ونصفه مملوكاً جاز له أخذ اللقطة. وللشافعي فيه قولان: أحدهما - وهو الذي نص عليه - مثل ما قلناه. وقال بعض أصحابه تخريجاً. ليس له أخذه (٥). دليلنا عموم الاخبار (٦)، وتخصيصها يحتاج إلى دليل. مسألة ١٥ : من وجد لقطة، فجاء رجل آخر فوصف عقاصها ووكائنها، ووزنها وعددها، وجنسها وحليتها، وغلب في ظنه أنه صادق، جاز له أن يعطيها، ولا يجب عليه ذلك إلا ببينة، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه،

- (١) الام ٤ : ٦٨، ومختصر المزني: ١٣٦، والوجيز ١ : ٢٥١، والمجموع ١٥ : ٢٨٠، والسراج الوهاج: ٣١١، ومغني المحتاج ٢ : ٤٠٨.
- (٢) الام ٤ : ٦٨، ومختصر المزني: ١٢٥، والمجموع ١٥ : ٢٧٨، والوجيز ١ : ٢٥١، والسراج الوهاج: ٣١١، ومغني المحتاج ٢ : ٤٠٨، وكفاية الاخير ٢ : ٢، والمغني لابن قدامة ٦ : ٢٨٧، والشرح الكبير ٦ : ٤٠٠.
- (٣) الكافي ٥ : ١٢٧، والتهذيب ٦ : ٢٨٩، والتهذيب ٦ : ٢٨٩، والاستبصار ٣ : ٦٧ (باب اللقطة والضالة).
- (٤) تقدم البيان فيه في المسألة " ٨ " فلاحظ.
- (٥) الام ٤ : ٦٨، ومختصر المزني: ١٣٦، والمجموع ١٥ : ٢٨٠، والوجيز ١ : ٢٥١، والسراج الوهاج: ٣١١، مغني المحتاج ٢ : ٤٠٩.
- (٦) الكافي ٥ : ١٢٧، والتهذيب ٦ : ٢٨٩، والاستبصار ٣ : ٦٧ (باب اللقطة والضالة).

والشافعي (١). وقال أحمد بن حنبل، وأهل الظاهر: أنه يجب عليه دفعها إليه (٢) ، وبه قال مالك، على ما حكاه الاسفرايني، عمن رواه من أصحاب مالك (٣)، يقول ذلك. دليلنا: أنه ليس ها هنا ما يدل على وجوب الدفع إليه، والخبر المروي عن النبي

عليه السلام أنه قال: " إن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها " (٤) يدل على ذلك، لأنه لا يعلم بوصفه أنه صاحبها. مسألة ١٦: الذمي إذا وجد لقطة في دار الاسلام جاز له أخذها. وللشافعي فيه قولان: أحدهما مثل ما قلناه (٥). والثاني: ليس له ذلك. لأنه ليس بموضع أمانة (٦).

- (١) المبسوط ١١: ٨، وعمدة القاري ١٢: ٣٦٧، والام ٤: ٦٧، والمجموع ١٥: ٣٦٩، ومغني المحتاج ٢: ٤١٦، والسراج الوهاج: ٣١٢، والمغني لابن قدامة ٦: ٣٦٣، والشرح الكبير ٦: ٢٨٨، والمحلى ٨: ٣٦٤، وبداية المجتهد ٢: ٢٠٢.
- (٢) المغني لابن قدامة ٦: ٣٦٣، والشرح الكبير ٦: ٢٨٨، والمحلى ٨: ٣٦٤، والمجموع ١٥: ٣٦٩، وعمدة القاري ١٢: ٣٦٧، وسبل السلام ٣: ٩٤٨.
- (٣) بداية المجتهد ٢: ٢٠٢، وأسهل المدارك ٣: ٧٥، وفتح الرحيم ٢: ١٧٢، وبلغة السالك ٢: ٣٢٢، والمبسوط ١١: ٨، وعمدة القاري ١٢: ٣٦٧، والمجموع ١٥: ٣٦٩، والمغني لابن قدامة ٦: ٣٦٣، والشرح الكبير ٦: ٢٨٨، وسبل السلام ٣: ٩٤٨.
- (٤) صحيح البخاري ٢: ١٦٢، وصحيح مسلم ٣: ١٢٤٧ حديث ١٧٢٢، موطأ مالك ٢: ٧٥٧ حديث ٤٦، وسنن أبي داود ٢: ١٢٥ حديث ١٧٠٥، وشرح معاني الآثار ٤: ١٢٤، والاحسان بترتيب صحيح ابن حبان ٧: ١٩٦، حديث ٤٨٦٩. وفي البعض منها اختلاف يسير في اللفظ.
- (٥) المجموع ١٥: ٢٨٢، ومغني المحتاج ٢: ٤٠٧، والسراج الوهاج: ٣١٠.
- (٦) المجموع ١٥: ٢٨٢، والمغني لابن قدامة ٦: ٢٨٩، والشرح الكبير ٦: ٣٩٧.

#### [ ٥٨٩ ]

دليلنا: عموم الاخبار (١)، والمنع يحتاج إلى دلالة. مسألة ١٧: لم ينص أصحابنا على شيء من جعل اللقط والضوال إلا على إباق العبد، فانهم رويوا أنه إن رده من خارج البدل استحق الاجرة أربعين درهما، قيمتها أربعة دنائير، وإن كان من البدل فعشرة دراهم قيمتها دينار، وما عدا ذلك يستحق الاجرة بحسب العادة (٢). وقال الشافعي: لا يستحق شيئا من الاجرة على شيء من ذلك، إلا أن يجعله له الجاعل، سواء كانت قيمته قليلا أو كثيرا، معروفا كان برد الضوال أو لم يكن، من بعيد رده أو من قريب (٣). وقال مالك: إن كان معروفا برد الضوال، وممن يستاجر لذلك، فإنه يستحق الجعل. وإن لم يكن معروفا، فلا يستحق الجعل (٤). وقال أبو حنيفة: إن كان ضوالا أو لقطة فإنه لا يستحق شيئا. وإن كان أيضا فرده من مسيرة ثلاثة أيام، وكان ثمنه أربعين درهما وزيادة استحق أربعين درهما، وإن نقص أحد الشرطين، فإن جاء به من مسيرة أقل من ثلاثة أيام فبحسابه، فإن كان من مسيرة يوم ثلث الاربعين، وإن كان من مسيرة يومين ثلثي الاربعين. وإن كان قيمته أقل من أربعين، فقال أبو حنيفة، ومحمد: ينقص من قيمته درهم ويستحق الباقي، إن كان قيمته أربعين، فيستحق تسعة وثلاثين، وإن

- (١) الكافي ٥: ١٢٧، والتهذيب ٦: ٢٨٩، والاستبصار ٣: ٦٧ (باب اللقطة والضالة).
- (٢) التهذيب ٦: ٣٩٨ حديث ١٢٠٣.
- (٣) الام ٤: ٧١، والمجموع ١٥: ١١٤ و ١١٨، وكفاية الاخيار ١: ١٩٣، والوجيز ١: ٢٤٠، ومختصر المزني: ١٣٦، والسراج الوهاج: ٣١٨، ومغني المحتاج ٢: ٤٢٩، والمغني لابن قدامة ٦: ٣٨١.
- (٤) جواهر الاكليل ٢: ٢٠٠، والخرشي ٧: ٦٤، والشرح الصغير في هامش بلغة السالك ٢: ٢٩٢ - ٢٩٣، والمحلى ٨: ٢٠٦.

#### [ ٥٩٠ ]

كان قيمته ثلاثين يستحق تسعة وعشرين (١). وقال أبو يوسف: يستحق أربعين، وإن سوى عشرة دراهم، والقياس أنه لا يستحق شيئا، لكن أعطيناه استحسانا (٢)، هكذا حكاه الساجي. دليلنا: إجماع الفرقه وأخبارهم (٣). وروي ابن أبي مليكة: أن النبي عليه السلام جعل في جعل الابق يوجد خارج الحرم عشرة دراهم (٤). وروي عن عمر أنه قال: من رد أيضا فله دينار (٥). وروي عن ابن مسعود أنه سئل: هل يستحق من رد أيضا الاجرة؟ فقال: له من كل رأس أربعون درهما (٦). مسألة ١٨: إذا اختلفا، فقال صاحب العبد الابق: شارطتك على رده بنصف دينار. وقال الذي رد: شارطتني على دينار، فالقول قول الجاعل مع يمينه إنه لم يجعل له دينارا، ثم يستحق عليه اجرة المثل. وقال الشافعي: يتحالفان، ويستحق اجرة المثل (٧).



(١) المبسوط ١١ : ٢١، والنتف ٢ : ٥٩٤، واللباب ٢ : ١٦٦ - ١٦٧، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٤ : ٤٢٥، وشرح فتح القدير ٤ : ٤٢٥، وبدائع الصنائع ٦ : ٢٠٥، والفتاوى الهندية ٢ : ٢٩٨، وتبيين الحقائق ٣ : ٢٠٨، والمغني لابن قدامة ٦ : ٢٨٢، والمحلّى ٨ : ٢٠٦، (٢) النتف ٢ : ٥٩٤، والمبسوط ١١ : ٣٢، وبدائع الصنائع ٦ : ٢٠٥، والفتاوى الهندية ٢ : ٢٩٦، وشرح فتح القدير ٤ : ٤٣٦، وتبيين الحقائق ٣ : ٢٠٨، والمحلّى ٨ : ٢٠٦، والمغني لابن قدامة ٦ : ٢٨٢ - ٢٨٣.  
(٣) انظر التهذيب ٦ : ٣٩٨ حديث ١٢٠٣.  
(٤) السنن الكبرى ٦ : ٢٠٠.  
(٥) اشارة الى هذا الحديث في شرح فتح القدير ٤ : ٤٢٥، وتبيين الحقائق ٣ : ٢٠٨.  
(٦) المصنف لعبد الرزاق ٨ : ٢٠٨، والسنن الكبرى ٦ : ٢٠٠، والمغني لابن قدامة ٦ : ٢٨٢، وبدائع الصنائع ٦ : ٢٠٤، والجواهر النقي في ذيل السنن الكبرى ٦ : ٢٠٠ وفي البعض اختلاف يسير في اللفظ.  
(٧) المجموع ١٥ : ١٢٤، والوجيز ١ : ٢٤١، والسراج الوهاج : ٣١٩، ومغني المحتاج ٢ : ٤٣٤.

### [ ٥٩١ ]

دليلنا: أنه مدعى عليه، فكان عليه اليمين، ولزمه أجره المثل لانه رد عليه ما أبق منه. مسألة ١٩: إذا أسلمت الام وهي حبلى من مشرك، أو كان لها منه ولد غير بالغ، فانه يحكم للولد والحمل بالاسلام ويتبعانها. وبه قال أهل العراق (١). والشافعي (٢). وقال مالك: الحمل يتبعها، والولد لا يتبعها (٣). دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم (٤). وقوله تعالى: "والذين آمنوا واتبعتهم ذريتهم بايمان ألحقنا بهم ذريتهم" (٥) فحكم بأن ذرية المؤمنين يلحقون بهم، والولد ذرية مثل الحمل سواء. وأيضا قول النبي عليه السلام: كل مولود يولد على الفطرة، فأبواه يهودانه وينصرانه، ويمجسانه (٦). مسألة ٢٠: المراهق إذا أسلم، حكم باسلامه، فان ارتد بعد ذلك، حكم بارتداده، وان لم يتب قتل، ولا يعتبر إسلامه باسلام أبويه. وبه قال أبو حنيفة، وأبو يوسف، ومحمد غير أنه قال: لا يقتل إن ارتد، لان هذا الوقت ليس بوقت

(١) النتف ٢ : ٥٨٩، والمبسوط ١٠ : ٢١٦، وبدائع الصنائع ٦ : ١٩٩، وشرح فتح القدير ٤ : ٤٢٠، والفتاوى الهندية ٢ : ٢٨٨، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٤ : ٤٢٠، وتبيين الحقائق ٣ : ٢٩٩.  
(٢) المجموع ١٥ : ٣١٦، والسراج الوهاج : ٣١٦، ومغني المحتاج ٢ : ٤٢٣، والمغني لابن قدامة ١٠ : ٩١، وبداية المجتهد ٢ : ٣٠٥.  
(٣) بداية المجتهد ٢ : ٣٠٥، والمغني لابن قدامة ١٠ : ٩١.  
(٤) التهذيب ١٠ : ١٤٠ حديث ٥٥٣ و ٥٥٤ وأحاديث أخرى.  
(٥) الطور : ٢١.  
(٦) صحيح مسلم ٤ : ٢٠٤٧ حديث ٣٦٥٨، والموطأ ١ : ٢٤١ حديث ٥٢، ومسند أحمد بن حنبل ٢ : ٢٣٣ و ٢٧٥ و ٢٨٢، والسنن الكبرى ٦ : ٢٠٣، ومجمع الزوائد ٧ : ٢١٨ وفي بعض المصادر " ما من مولود "

### [ ٥٩٢ ]

التعذيب حتى يبلغ (١). وقال الشافعي: لا يحكم باسلامه ولا بارتداده، ويكون تبعاً لأبويه، غير أنه يفرق بينه وبينها لكيلا يفتناه. وبه قال زفر (٢). وفي أصحابه من قال: يحكم باسلامه ظاهراً، فإذا بلغ ووصف الاسلام يكون مسلماً من هذا الوقت (٣). دليلنا: ما رواه أصحابنا " أن الصبي إذا بلغ عشر سنين أقيمت عليه الحدود التامة، واقتض منه، ونفذت وصيته وعتقه " (٤). وذلك عام في جميع الحدود. وأيضا قوله عليه السلام " كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه وينصرانه ويمجسانه، حتى يعرب عنه لسانه فاما شاكراً أو كفوراً " (٥). وهذا عام، إلا من أخرج الدليل. واستدل أصحاب أبي حنيفة باسلام علي عليه السلام وكان غير بالغ،

(١) المبسوط ١٠ : ١٢٠ و ١٢٣ و ١٢٤، وبدائع الصنائع ٧ : ١٢٤ - ١٢٥، وشرح فتح القدير ٤ : ٤٠٤، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٤ : ٤٠٤، وتبيين الحقائق ٣ : ٢٩٢، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٤ : ٤٠٤، والمجموع ١٩ : ٢٢٣، والمغني لابن قدامة ١٠ : ٨٥ و ٨٨، والشرح الكبير ١٠ : ٨١ و ٨٤.

(٢) الام ٦: ١٥٩، والمجموع ١٩: ٢٢٣، والوجيز ١: ٢٥٥، والسراج الوهاج: ٣١٦، ومغني المحتاج ٢: ٤٢٤، والمبسوط ١٠: ١٢٠، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٤: ٤٠٤، وتبيين الحقائق ٣: ٢٩٢، والمغني لابن قدامة ١٠: ٨٥ و ٨٨.  
(٢) المجموع ١٩: ٢٢٧، والسراج الوهاج: ٣١٦، ومغني المحتاج ٢: ٤٢٤، والوجيز ١: ٢٥٦، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٤: ٤٠٤.  
(٤) الكافي ٧: ٢٨ حديث ٣ (باب وصية الغلام) ومن لا يحضره الفقيه ٤: ١٤٥ حديث ٥٠١ (باب ٩٢)، والتهذيب ٩: ١٨١ حديث ٧٣٦ (باب وصية الصبي).  
(٥) صحيح مسلم ٣: ٢٠٤٧ حديث ٢٢، ومسند أحمد بن حنبل ٢: ٢٣٣، و ٣: ٢٥٣، ومجمع الزوائد ٧: ٢١٨ والسنن الكبرى ٦: ٢٠٢ - ٢٠٣، وفي البعض اختلاف يسير في اللفظ.

#### [ ٥٩٣ ]

وحكمه باسلامه بلا خلاف (١). وأجاب أصحاب الشافعي عن ذلك بأن قالوا: حكمنا باسلامه لانه يجوز أن يكون بالغاً، لان أقل البلوغ عند الشافعي تسع سنين (٢)، وعند أبي حنيفة إحدى عشرة سنة. واختلف الناس في إسلام علي عليه السلام، فمنهم من قال: أسلم وله عشر سنين (٣)، ومنهم من قال: تسع سنين (٤)، ومنهم من قال: إحدى عشرة سنة (٥). وقال الواقدي (٦) وأصل ما قيل أنه ابن إحدى عشرة سنة. وروي عن محمد بن الحنفية أنه قال: قتل علي عليه السلام في السابع والعشرين من شهر رمضان، وكان له ثلاث وستون سنة (٧). ولا خلاف أنه قتل سنة أربعين من الهجرة، فلما هاجر النبي عليه السلام الى المدينة كان لعلي عليه السلام ثلاث وعشرون سنة، وأقام النبي عليه السلام بمكة

(١) شرح فتح القدير ٤: ٤٠٤، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٤: ٤٠٤، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٤: ٤٠٤، وتبيين الحقائق ٣: ٢٩٢.  
(٢) مغني المحتاج ٢: ١٦٧، والسراج الوهاج: ٣٢٩.  
(٣) رواه الحاكم في المستدرک ٣: ١١١، وابن أبي الحديد في شرح نهج البلاغة ٤: ١٢١.  
(٤) ذكره ابن هشام في السيرة النبوية ١: ٤٣١، وابن الاثير في اسد الغابة ٤: ١٧، وابن أبي الحديد في شرح نهج البلاغة ٤: ١٢١.  
(٥) وهو قول الواقدي الاتي.  
(٦) أبو عبد الله، محمد بن عمر بن واقد الواقدي. ولد سنة ١٣٠ هجرية في آخر خلافة مروان بن محمد، وقيل قبل سنة ذلك بسنة. كما اختلفوا في وفاته فقيل: أنه توفي سنة ٢٠٦ هجرية، وقيل: أنه توفي في ذي الحجة سنة ٢٠٧ هـ وقال الخطيب: أنه الواقدي توفي سنة ٢٠٩ هـ. تاريخ بغداد ٣: ٢٠، وفيات الاعيان ١٢: ٦٤١.  
(٧) رواه الحاكم في المستدرک ٣: ١٤٥، وابن عساكر في تاريخ دمشق ٣: ٢٨٧ - ٢٨٨، والطبري في تاريخه ٤: ١١٧، وابن أبي الحديد في شرح نهج البلاغة ٤: ١٢٠.

#### [ ٥٩٤ ]

دون ثلاث عشرة سنة، ثم هاجر الى المدينة، فبان بهذا أنه كان لعلي عليه السلام إحدى عشرة سنة. قال أبو الطيب الطبري: وجدت في فضائل الصحابة لاحمد بن حنبل أن قتادة روى عن الحسن أن عليا عليه السلام أسلم وله خمس عشرة سنة (١). قال: وأما البيت الذي ينسب إليه من قوله: ..... غلاما ما بلغت أو ان حلمي (٢) فليس بثابت عنه، ويحتمل أن يكون قال: " غلاما قد بلغت أو ان حلمي ". مسألة ٢١: إذا مات اللقيط ولم يخلف وارثا، فميراثه لبيت المال. وبه قال جميع الفقهاء (٣). وقال قوم: ميراثه لملتقطه (٤). دليلنا: إجماع الفرقة. وأيضا قوله عليه السالم: " الولاء لمن أعتق " (٥). وهذا لم يعتق، ودليله أن من لم يعتق لا ولاء له.

(١) رواه أيضا الحاكم في مستدرکه ٣: ١١١.  
(٢) سبقتكم إلى الاسلام طرا غلاما ما بلغت أو ان حلمي (٣) الام ٤: ٧٠، ومختصر المزني: ١٢٧، والمجموع ١٥: ٢٨٦ و ٢٩١، والمغني لابن قدامة ٦: ٤١١، والشرح الكبير ٦: ٤١٧، والمدونة الكبير ٣: ٣٦٨، وبداية المجتهد ٢: ٣٠٥، والمجلد ٨: ٢٧٤، والمبسوط ١٠: ٢١٠، وبدائع الصنائع ٦: ١٩٩، وتبيين الحقائق ٣: ٢٩٧، والخرشي ٧: ١٢٣.  
(٤) منهم شريح وإسحاق حكاه عنهما ابن قدامة في المغني ٦: ٤١١، والشرح الكبير

٦: ٤١٧، وابن حزم في المحلى ٨: ٣٧٤.  
(٥) صحيح البخاري ٣: ٩٦، والموطأ ٢: ٧٨٢ و ٨٧٠، وصحيح مسلم ٢: ١١٤١ حديث ١٥٠٤، وسنن أبي داود ٤: ٢١ حديث ٣٩٢٩ و ٣٩٣٠، ومسند أحمد بن حنبل ١: ٢٨١، والسنن الكبرى ١٠: ٣٣٨.

#### [ ٥٩٥ ]

مسألة ٢٢: إذا ادعى أجنبيان بأنه ولدهما، وكان مع كل واحد منهما بينة، فتعارضتا، أولاً بينة معها أصلاً، أفرع بينهما، فمن خرج اسمه الحق به. وللشافعي: إذا تعارضت بينتهما قولان. أحدهما: مثل ما قلناه من القرعة (١). والثاني: أنهما يسقطان، كأنه ليس هناك بينة وأري القافة، فان قالت: هو ابن لآحدهما ألحق به، وإن لم يكن قافة، أو أشكل عليهم، أو قالوا: هو ابنهما أو ليس بابن لهما، فالأربع مسائل واحدة، يوقف حتى يبلغ ويختار أيهما شاء (٢). دليلنا: إجماع الفرقة على أن كل مجهول فيه القرعة، وهذا داخل فيه. مسألة ٢٣: إذا ادعى نفسان لقيطا ويدهما عليه، وأقاما جميعا البينة، حكم بالقرعة. وقال الشافعي: تعارضت البينتان، وقد مضى قوله فيهما (٣). وقال أبو حنيفة: إن وصفه أحدهما بشئى على بدله، فانه يحكم له، لانه إذا وصفه دل على يد سابقة (٤). دليلنا: ما قدمناه في المسألة الأولى سواء، والوصف لا يحكم به، لانه يجوز أن يكون شاهده أو سمعه، ولان من وصف لقطه لم يجب دفعها إليه، كذلك اللقيط.

(١) المجموع ١٥: ٢٩٦ و ٢٩٨ و ٣٠٥ - ٣٠٦، والوجيز ١: ٢٥٨.  
(٢) مختصر المزني: ١٣٦ - ١٣٧، والسراج الوهاج: ٣١٤ و ٣١٧، ومغني المحتاج ٢: ٤١٩ و ٤٢٨، والوجيز ١: ٢٥٧ - ٢٥٨، والمغني لابن قدامة ٦: ٤١٩ و ٤٢٥، والشرح الكبير ٦: ٤١٦ و ٤٢٢، والبحر الزخار ٥: ٢٨٩، وبدائع الصنائع ٦: ١٩٩.  
(٣) تقدم في المسألة " ٢٢ ".  
(٤) بدائع الصنائع ٦: ١٩٩، وشرح فتح القدير ٤: ٤١٩، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٤: ٤١٩، والفتاوى الهندية ٢: ٢٨٦، وتبيين الحقائق ٣: ٢٩٩، والمغني لابن قدامة ٦: ٤١٩، والشرح الكبير ٦: ٤١٦.

#### [ ٥٩٦ ]

مسألة ٢٤: إذا ادعى ذمي لقيطا، وقال: هذا ولدي، قبل إقراره، فان أقام بينة على قوله ألحق به، وحكم بكفره، وإن لم يقم بينة قبل دعواه وألحق به أيضا. وللشافعي فيه قولان إذا أقام البينة. أحدهما: يقبل قوله في النسب، ولا يحكم بكفره. والثاني: يحكم بكفره، وإن لم يقم البينة ألحق النسب. وهل يحكم بكفره؟ على قولين (١). دليلنا: قوله تعالى: " ألحقنا بهم ذريتهم " (٢) وإذا ثبت نسبه بلا خلاف حكمنا بكفره، لان ولد الكافر يكون كافرا، والحكم باسلامه يحتاج الى شرع. مسألة ٢٥: الحر، والعبد، والمسلم، والكافر في دعوى النسب سواء، لا مزية لآحدهم على الآخر. وبه قال الشافعي (٣). وقال أبو حنيفة: الحر أولى من العبد، والمسلم أولى من الكافر (٤). دليلنا: عموم الاخبار فيمن ادعى النسب (٥)، ولم يخصوا كافرا من مسلم، ولا عبدا من حر.

(١) مختصر المزني: ١٣٧، والسراج الوهاج: ٣١٦، ومغني المحتاج ٢: ٤٢٢، والمجموع ١٥: ٣٠٢، والوجيز ١: ٢٥٧.  
(٢) الطور: ٢١.  
(٣) مختصر المزني: ١٣٧، والوجيز ١: ٢٥٧، ومغني المحتاج ٢: ٤٢٨، والسراج الوهاج: ٣١٧، والمجموع ١٥: ٣٠١، والمغني لابن قدامة: ٤٢٣، والشرح الكبير ٦: ٤٣١.  
(٤) بدائع الصنائع ٦: ١٩٩، والفتاوى الهندية ٢: ٢٨٨، والهداية المطبوع بهامش شرح فتح القدير ٤: ٤٢١، وشرح فتح القدير ٤: ٤٢١، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٤: ٤٢١، والمجموع ١٥: ٣٠١، والمغني لابن قدامة ٦: ٤٢٣ - ٤٢٤، والشرح الكبير ٦: ٤٣١.  
(٥) دعائم الاسلام ٢: ٥١٨، والتهذيب ٨: ١٦٦ (باب لحوق الاولاد بالآباء وثبوت الانساب..)، والاستبصار ٣: ٣٦٧ (باب ٢١٥).

#### [ ٥٩٧ ]

مسألة ٢٦: إذا ادعت امرأة لقيطا بأنه ولدها، فأقامت بينة بذلك، ألحق بها وبالزوج بلا خلاف. وإن ادعته ولم تقم بينة، فإنه يقبل إقرارها عندنا على نفسها، سواء كان معها زوج أو لم يكن. وللشافعي فيه ثلاثة أوجه: أحدها: يرد قولها، ولا يقبل إلا ببينة. وبه قال أبو حنيفة، ومالك (١)، وسواء كان معها زوج أو لم يكن (٢). والثاني: أنه يقبل قولها، ويلحق بها، سواء كان معها زوج أو لم يكن ولا يلحق بالزوج إلا بالبينة، أو بإقراره (٣). والثالث: أنه إن كان لها زوج لا يقبل إقرارها، وإن لم يكن لها زوج يقبل إقرارها (٤). والخلاف في الامة مثل الخلاف في الحرة سواء. دليلنا: الأخبار المروية في أن إقرار العاقل على نفسه جائز (٥). وهي على عمومها في الرجل، والمرأة، والعبد، والحر، والحرة، والكافر، والمسلم. وتخصيصها يحتاج إلى دليل.

- (١) شرح فتح القدير ٤: ٤١٩، وبدائع الصنائع ٦: ٢٠٠، والفتاوى الهندية ٢: ٢٨٦، وجواهر الاكلیل ٢: ٢٢٠، والشرح الصغير في هامش بلغة السالك ٢: ٣٢٧، والمغني لابن قدامة ٦: ٤٢٣.
- (٢) مختصر المزني: ١٢٧، والسراج الوهاج: ٣١٧، ومغني المحتاج ٢: ٤٢٧، والوجيز ١: ٢٥٧، والمجموع ١٥: ٣٠٠ و ٣٠٢ - ٣٠٤، والمغني لابن قدامة ٦: ٤٢٣.
- (٣) المجموع ١٥: ٣٠٠ و ٣٠٢، والسراج الوهاج: ٣١٧، والوجيز ١: ٢٥٧، ومغني المحتاج ٢: ٤٢٧، والمغني لابن قدامة ٦: ٤٢٣.
- (٤) المجموع ١٥: ٣٠٠ و ٣٠٤ - ٣٠٥، ومغني المحتاج ٢: ٤٢٧، والوجيز ١: ٢٥٧، والمغني لابن قدامة ٦: ٤٢٣ - ٤٢٣.
- (٥) لم أعثر على هذا الحديث بهذا اللفظ في الكتب المتوفرة من الفريقين مع اشتهاؤه. ويمكن القول بأن الشيخ قدس سره انفرد بنقله في هذا الكتاب. نعم روى ابن أبي جمهور في ثلاث موارد من كتاب عوالي اللالي بلفظ " إقرار العقلاء على أنفسهم جائز " من دون اشارة الى مصدر للحديث فلاحظ عوالي اللالي ٣: ٤٤٢ حديث ٥.