

شبكة مشكاة الإسلامية

المجموع شرح المذهب

الإمام محيي الدين النووي

11

[1]

المجموع شرح المذهب للإمام أبي زكريا محيي الدين بن شرف النووي المتوفى سنة 676 هـ و. الجزء الحادي عشر دار الفكر

[2]

بسم الله الرحمن الرحيم (باب بيع العرايا). قال المصنف رحمه الله تعالى. (وأما العرايا وهو بيع الرطب على النخل بالتمر على الأرض خرصا فإنه يجوز للفقراء فيخرص ما على النخل من الرطب وما يجئ منه من التمر إذا جف ثم يبيع ذلك بمثله تمرا ويسلمه قبل التفرق والدليل عليه ما روى محمود بن لبيد قال (قلت لزيد بن ثابت ما عراياكم هذه فسمى رجالا محتاجين من الانصار شكوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الرطب يأتي ولا نقد بأيديهم يتناعون به رطبا يأكلونه مع الناس وعندهم فضول من قوتهم من التمر فرخص لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يتناعو العرايا بخرصها من التمر الذي في أيديهم يأكلونها رطبا). الوكيل في القبول أو النجاشي وظاهر ما في أبي داود والنسائي أن

[3]

* (الشرح) حديث زيد بن ثابت في العرايا ثابت في صحيح البخاري ومسلم وغيرهما ولفظ البخاري ومسلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص في العرايا أن يتاع بخرصها كيلا والفاظ آخر غير ذلك (وأما) ما ذكره المصنف من رواية محمود بن لبيد فلم أرها إلا في كلام الشافعي رضي الله عنه فيها فيما ذكر محمود بن لبيد قال (سألت زيد بن ثابت عن عراهم هذه التي يخلونها فقال فلان وأصحابه شكوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الرطب يحضر وليس عندهم ذهب ولا ورق يشترون بها وعندهم فضل عن قوت سنتهم فارخص لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يشتروا العرايا بخرصها من التمر يأكلونها رطبا) * وقال الشافعي

ايضا في كتاب البيوع من الام قيل لمحمود بن لبيد أو قال محمود بن لبيد لرجل من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم إما زيد بن ثابت وإما غيره ما عراياكم هذه قال فلان وفلان وسمى رجالا محتاجين من الانصار وذكر معنى ما تقدم ونقله البيهقي في المعرفة عن الشافعي كذلك معلقا لم يذكر له إسنادا يتصل به وأشار ابن حزم إلى تضعيفه بقوله إن الشافعي ذكر فيه حديثا لا يدري أحد منشأه

[4]

ولامبداه ولا طريقه وذكره أيضا بغير إسناد فبطل أن يكون فيه حجه يعنى في اختصاصها بالفقراء وهذا سياي الكلام فيه والمقصود هنا أنها تجوز للفقراء وذلك لا نزاع فيه وقد ذكر الترمذي هذا المعنى من غير تعيين رواية قال لما ذكر حديث العرايا في جامعه ومعنى هذا عند بعض أهل العلم أن النبي صلى الله عليه وسلم أراد التوسعة عليهم في هذا لانهم شكوا إليه وقالوا لانجد ما نشترى من التمر الا بالتمر فرخص لهم فيما دون خمسة أوسق ان يشتروها فيأكلوها رطبا. لكن يحتمل أن يكون مراد الترمذي بعض العلماء الشافعي وقال الماوردي ولم يسنده الشافعي لانه نقله من السير وجعلت أولاد الصحابة الذين ولدوا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو معدود أيضا من الصحابة على الصحيح فهو صحابي ابن صحابي من كبار العلماء وقوله ما عراياكم هذه لان زيدا كان أكبر منه واعلم بسنن النبي صلى الله عليه وسلم فأراد أن يبينها له وقد رأيت في الوافى في شرح المهدب كلاما لولا تفرق النسخ لكنك أزلته غيره قال سمعت فقيها يقول إن محمود بن لبيد ساعثنذ كان يهوديا فلذلك قال هذا الكلام وكان الواجب أن يمحي هذا من الكتاب لولا تفرق النسخ فلا حول ولا قوة إلا بالله نعوذ بالله أن نقول

[5]

مالانعلم ولولا خشيت أن يطالعه بعض الضعفة فيعتقد صحته وينقله ما تعرضت له ولا نقلته لكن نبهت عليه خوفا من أن يغتر به فيوقع بسببه في نسبة هذا الرجل العظيم إلى مثل هذا فنسأل الله تعالى أن يعصمنا من الزلل بمنه وكرمه. والعرايا جمع عرية وهى تفرد صاحبها للاكل ووزن العرية فعيلة واختلف في اشتقاقها على قولين قيل بمعنى فاعله وهو قول الازهرى وابن فارس ويكون من عرى يعرى كأنها عربت من جملة النخيل فعربت أي خلت وخرجت كما يقال عرى الرجل إذا تجرد من ثيابه وعلى هذا تكون لام الكلمة ياء كهدية وجمعه فعائل كصحيفة وصحائف كذلك عرية وعراي - بهمزة بعد المدة مكسورة وبعدها ياء - ثم فتحت هذه الهمزة العارضة في الجمع فصار عراي تحركت الياء وانفتح ما قبلها قلبت الفا فصار عراء ثم إنهم كرهوا اجتماع الفين بينهما همزة مفتوحة لان الهمزة كأنها الف فكانه اجتمع ثلاث الفات فابدلوا من الهمزة ياء فقالوا عرايا فليس وزنها فعالي لان هذه الياء ليست أصلية وانما وزنه فعائل وهذه الابدال والعمل واجب وكل هذه القواعد محكمة في علم التصريف ومثل هدية وهدايا وقد قالوا في جمعه أيضا هداوا فاكثر النحويين جعلوا ذلك شادا والاحفش قاس عليه وردوا عليه بانه لم ينقل منه الا هذه اللفظة

اعني هداوا فلم يأت مثل عداوى وشبهه وانما كتب بالياء كحنيه وحنايا
ومنية ومنايا قال شيخنا الاستاذ أبو حيان محمد بن يوسف بن حيان
الاندلسي فسح الله في مدته لو ذهب ذاهب إلى أن وزن هذا الجمع كله
فعالي لكان مذهبا حسنا بعيدا من التكلف وانما دعا النحويين إلى ذلك
التقديرات حملهم جمع المعتل على الصحيح فاجروا ذلك مجرى صحيفة
وقد تكون أحكام للمعتل لا للصحيح وأحكام للصحيح لا للمعتل ويقال هو
عرو من هذا الامر أي خلو منه ويقال لساحل البحر العراء لانه خلو من
النبات

[6]

قال الله تعالى (فنبذناه بالعراء وهو سقيم) وقيل بمعنى مفعوله من عراه
يعروه إذا أتاه وتردد إليه لان صاحبها يتردد إليها ويقال أعربته النخلة أي
أطعمته ثمرتها بعروها قال الخطابي كما يقال طلب إلى فاطلته وهذا
قول أبي عبيد الهروي وجوز أيضا ان يكون بمعنى فاعله كما تقدم فعلى
القول الثاني تكون لامها واوا أصلها عربوة اجتمعت الواو والياء وسبقت
احدهما بالسكون قلبت الواو ياء ثم ادغمت احدهما في الاخرى ثم فعل
بجمعه كما فعل به من غير فرق الا أنه على هذا القول يكون كمطية
لاكهديه وهذا الوزن متى كانت لامه واوا اعتلت في المفرد كان حكمه حكم
ما لامه ياء بخلاف الذي لامه واو صحت في المفرد فله حكم آخر والله أعلم.
وأما المراد بها هنا فعندنا هو بيع الرطب على رؤوس النخل بالتمر على
وجه الارض والعرايا نوع من المزبنة رخص فيه قال أهل اللغة الازهرى
والهروى وغيرهما إن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المزبنة وهى
بيع التمر في رؤس النخل بالتمر رخص من جملة المزبنة فيما دون خمسة
أوسق وهو أن يجئ الرجل إلى صاحب الحائط فيقول له بعني من حائطك
ثلاث نخلات بأعيانها بخرصها من التمر فيبيعه إياها ويقبض الثمن ويسلم
إليه النخلات يأكلها ويتمرها قال الشافعي رضى الله عنه في الام في
كتاب البيوع في باب بيع العرايا بعد ما ذكر أحكام العرايا بالتفسير
المشهور والعرايا ثلاثة أصناف هذا الذي وصفنا أحدهما وجماع العرايا كلما
أفرد ليأكله خاصة ولم يكن في جملة البيع من ثمر الحائط إذا بيعت جملة
من واحد. والصنف الثاني أن يخص رب الحائط القوم فيعطى الرجل ثمر
النخلة وثمر النخلتين وأكثر هدية يأكلها وهذه في معنى المنحة من الغنم
يمنح الرجل الرجل الشاة أو الشاتين وأكثر ليشرب لبنها وينتفع به
وللمعري أن يبيع ثمرها ويتمره ويصنع فيه ما يصنع في ماله لانه قد ملكه.
والصنف الثالث أن يعرى الرجل الرجل النخلة وأكثر من حائطه ليأكل ثمرها
ويهديه ويتمره ويفعل فيه ما احب ويبيع ما بقى من ثمر حائطه فتكون هذه

[7]

مفرد من المبيع منه جملة وقد روى أن مصدق الحائط يأمر الخارص أن يدع
لاهل البيت من حائطهم قدر ما يراهم يأكلون ولا يخرج له لتؤخذ زكاته وقيل
قياسا على ذلك أن يدع ما أعرى المساكين منها فلا يخرصه وهذا بتعبيره
في كتاب الخرص انتهى كلام الشافعي رحمه الله تعالى وهذا الذى ذكره
الشافعي من كونه يترك للمالك نخلة أو نخلات يأكلها أهله نقله الاصحاب

في كتاب الزكاة قولاً ونقله النووي هناك عن نصه في البويطى في البيوع
والقديم قال أبو عبيد القاسم بن سلام العربية النخلة يعربها صاحبها رجلاً
محتاجاً والاعراء أن يجعل له ثمرة عامها فرخص لرب النخل أن يتناع ثمر
تلك النخلة من المعرى بتمر لدفع حاجته قال وقال بعضهم بل هو الرجل
يكون له النخلة في وسط نخل كثير لرجل آخر فيدخل رب النخلة إلى نخلته
وربما كان مع صاحب النخل الكثير أهله في النخل فيؤديه بدخوله فرخص
لصاحب النخل الكثير أن يشتري ثمر تلك النخلة من صاحبها قبل أن يجده

[8]

بتمر لئلا يتأذى به قال أبو عبيد والتفسير الاول أجود لان هذا ليس فيه
اعراء إنما هي نخلة يملكها ربها فكيف تسمى عريه ومما يعين ذلك قول
شاعر الانصار يصف النخل ليست بسنهاء ولا دجية * ولكن عرايا في
السنين الجوائح يقول أنا نعيرها الناس والسنهاء الخفيفة الحمل والدجية
الثقيلة الحمل التي قد انحنت من ثقل حملها قاله ابن الصباغ وروى أبو
عبيد عن مكحول قال كان النبي صلى الله عليه وسلم إذا بعث الخراص قال
خففوا الخرص فان في المال العرية والوصية (قلت) وقد ورد في حديث
زيد بن ثابت في معجم الطبراني بسند صحيح رخص رسول الله صلى الله
عليه وسلم في العرايا النخلة والنخلتين توهبان للرجل فيبيعهما بخرصهما
تمرا لكن ليس في ذلك تخصيص ان الذى يتناعهما هو الواهب ولا أن ذلك
لدفع حاجته فهذا أولى ما يعتمد في تفسيرها وهو مخالف للقولين اللذين
قالهما أبو عبيد. قال الماوردي العرايا ثلاثة (مواصاة) وهى ما يعطى
للمساكين وذلك سنة (ومحاباه) وهى ما يتركها الخراص لمن يخرص نخله

[9]

ليأكلها علماً أنه سيتصدق منه بأكثر من عشرينها فذلك جائز لقوله صلى الله
عليه وسلم (وإذا خرصتم فدعوا لهم الثلث فدعوا الربع) (المراضات) اختلف
الفقهاء فيها فقال الشافعي رضى الله عنه ببيع الرطب خرصاً على النخيل
بمكيه تمراً على الارض في خمسة أوسق فأقل مع تعجيل القبض وذكر
مذهب مالك وأبي حنيفة رضى الله عنهما وسنذكرهما إن انشاء الله تعالى.
والرخصة اثبات الحكم على خلاف الدليل وقد ذكروا في حدها عبارات
مختلفة أحسنها الاطلاق مع قيام المقتضى للمنع لغرض التوسيع فقولنا
الاطلاق نريد به اباحة الاقدام التى تشتمل الواجب والمندوب والمباح
وقولنا مع قيام المقتضى للمنع احتراز من قتل قاطع الطريق وشبهه فانه
قد يقال إنه شرع مع الاسلام المقتضى للمنع مما ليس كذلك فلا يسمى
رخصة وزاد بعضهم في حال حربته احتراز من القصاص فانه قاعدة كلية
لكن يرد عليه السلام والاجارة وما اشبههما. ثم الرخصة قد يكون سببها
الضرورة

[10]

كأكل المضطر الميته وقد يكون سببها الحاجة كالعرايا فلما كان الدليل قائما على تحريم بيع الرطب بالتمر ووردت العرايا على خلافه سمي ذلك رخصة والخرص بكسر الخاء نص عليه ابن فارس والمراد منه المخروص وأما الخرص بالفتح فهو المصدر وهو الحذر يقال خرص العبد يخرصه ويخرصه بضم الراء وكسرهما في المضارع خرصا وخرصا بالفتح والكسر حذره قاله ابن سيده ثم قال وقيل الخرص المصدر والخرص الاسم والخراص الحذار (وأما) حكم المسألة فذلك مما لا خلاف فيه في المذهب وهو مذهب أكثر أهل العلم منهم مالك وأهل المدينة والاوزاعي وأهل الشام وأحمد وأسحق وأبو عبيد وداود ومن تبعهم من أهل العلم كلهم ذهبوا إلى أن ذلك جائز وجعلوه مستثنى من وجهة نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع التمر بالتمر وعن بيع الرطب بالتمر كذلك قال ابن المنذر وخالف في ذلك أبو حنيفة وأصحابه ولمالك رحمه الله تعالى في ذلك بعض مخالفة سأذكرها إن شاء الله تعالى قال الشافعي رحمه الله تعالى في كتاب اختلاف الحديث وهو في الجزء السادس عشر من الام مخالغونا

[11]

معا في العرايا لا نجيز بيعها وقالوا نرد بيعها بنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن المزانية ونهيه عن الرطب بالتمر وهي داخلة في المعنيين قال الشافعي رحمه الله تعالى فليل لبعض من قال هذا منهم فان أجاز انسان بيع المزانية بالعرايا لان النبي صلى الله عليه وسلم قد أجاز بيع العرايا قال ليس ذلك له قلنا هل الحجة عليه الالهى عليكم في أن يطاع رسول الله صلى الله عليه وسلم فيحل ما أحل ويحرم ما حرم ويحث الشافعي رحمه الله تعالى في ذلك إلى ان قال قال فكيف نقول قلت أحل ما أحل من بيع العرايا وأحرم ما حرم من بيع المزانية وبيع الرطب بالتمر عن العرايا وان علم ان لم يرد بما حرم ما أحل ولا بما أحل ما حرم فاطيعه في الامرين وما علمتكم الا عطلت نص قوله في العرايا وعامة من روى النهى عن المزانية روى أن النبي صلى الله عليه وسلم أرخص في العرايا فلم يكن للتوهم ههنا موضع فنقول الحديثان مختلفان انتهى كلام الشافعي رحمه الله تعالى. وقال في الاملاء فلا موضع للتوهم في ان يكون أحد الامرين قبل الآخر فيقال أحدهما ناسخ يعنى لان رواة أحدهما هم رواة الآخر. وقال في كتاب البيوع من الام

[12]

ما ملخصه إن العرايا داخلة في بيع الرطب بالتمر والمزانية وذلك منهي عنه وخارجه منه منفردة بخلاف حكمه إما بأن لم يقصد بالنهي قصدها وإما بأن أرخص فيها من جملة ما نهى عنه وكان الشافعي رحمه الله تعالى أشار بهذا التأويل في كلامه إلى النهى عن بيع الرطب بالتمر وعن المزانية هل هو عام مخصوص أو عام أريد به الخصوص والله أعلم. والفرق بينهما أن الذي أريد به الخصوص يكون المراد فيه متقدما على اللفظ ويكون ما ليس بمراد متأخرا والعام المخصوص يكون متأخرا عن اللفظ أو مقارنا ويكون المراد باللفظ أكثر مما ليس بمراد ذكر ذلك الماوردي وأطلق على

العام المخصوص أنه يريد به العموم ولا يريد به العمومه كان
الاجراج بعد ذلك نسخا لان المراد ارادة العموم باللفظ ثم الاجراج منه كما
يقول له على عشرة الا ثلاثة فان العشرة مراده وليس هو كقوله سبعة
على المشهور والله أعلم. أشار الجوزي إلى أن قول الشافعي لم يقصد
بالنهي قصدها أنها ليست داخله في المزابنة يعنى ويكون الاستثناء
منقطعا وهو خلاف ما قاله الشافعي فإنه صرح مع ذلك أنها

[13]

داخلة وقال في باب آخر من الام أيضا انها يعنى المزابنة جملة عامة
المخرج يريد به المخصوص ويحتمل أن يكون التردد المذكور في كلام
الشافعي في أن الرخصة هل وردت مع النهي عن المزابنة على سبيل
الاستثناء ووردت وحدها بغير ذلك كما سنذكر في ذلك احتمالين للاصحاب
وعلى ذلك حمله ابن الرفعة وعلى ذلك يدل كلامه في الرسالة فإنه قال إن
أولى الوجهين عنده أن يكون أراد بها ما سوى العرايا وأنه يحتمل أن يكون
رخص فيما بعد دخولها في جملة النهي وان كان مراد الشافعي ذلك فلعله
لم يبلغه حديث زيد الثابت في مسلم أن الرخصة كانت بعد ذلك وقد قال
الشافعي ان أولى الوجهين عنده أن يكون ما نهى عنه جملة أراد به ما
سوى العرايا وحديث زيد يقتضى أن يكون الثاني هو الاولى بل المتعين
وعلى ما حملته عليه لا يدفعه حديث زيد لانه تكون الرخصة بعد ذلك

[14]

مبينة للعام المتقدم وقد أعاد الشافعي الكلام في ذلك في اختلاف الحديث
وهو في الجزء السادس عشر من الام في باب بيع الرطب من الطعام
باليابس وجزم القول بأن المزابنة من العام الذي يراد به الخاص والعرايا لم
تدخل في نهيه يعنى لم تدخل في الارادة وجزم هناك بأنه لا يجوز الا أقل
من خمسة أوسق وأن الزائد منعه من مفهوم الحديث والتوقيت فيه قال
ولو قال قائل هو داخل في المزابنة لكان مذهبنا يصح عندنا. واعتلت
الحنفية بأمور (منها) حمل العربية على الهبة كما هو التفسير الثاني الذي
يدل عليه شعر شاعر الانصار قالوا فكأنه رخص لمن وهب ثمر نخلة لرجل
ولم يقبض أن يعطيه عوض ذلك تمرا ويرجع فيها وسماه بيعا لان ما دفع
إليه من التمر كالعوض عما وهب به فتحمل

[15]

العربية على الحقيقة والبيع على المجاز واختلفوا على هذا في الرخصة
فقيل انها عائدة إلى المعرى لانه وعد فاخلف قال الدينينى (1) الحنفي
يعزى ذلك إلى عيسى بن ابان وقيل إنها عائدة إلى المعرى لانه أخذ العوض
عما لم يملكه قالوا وأنتم تحملون البيع على الحقيقة والعربية على المجاز
وهذا ممنوع لانه تقدم أن للعربية تفسيرين فلا مجاز ولو سلم لوجب حمله

على ما قلناه كما دل عليه كلام الشافعي وقاله المصنف في النكت لوجوه
(أحدها) أن المنهى عنه في أول الجزء البيع فيجب أن يكون المستثنى أيضا
بيعا (والثاني) أن الرخصة لا تكون إلا عن خطر والخطر في البيع لا في
الرجوع في الهبة (والثالث) أنه قدر

(1) كذا بالأصل فحرر

[16]

بخمسة أوسق وما قالوه لا يختص (والرابع) ما تقدم من حديث محمود بن
ليبد واعتلوا أيضا بأنه إذا لم يجر البيع بالخرص وهو على الأرض فعلى
النخل أولى لأنه أقرب إلى الغرور (وأجاب) المصنف في النكت بأنه هنا
تدعو الحاجة إليه وفي الأرض لا تدعو الحاجة إليه لأنه لا يمكنه أن يأكل
الرطب مع الناس. وقد يجوز مع كثرة الغرر للحاجة إليه وما لا يجوز مع قلة
الغرر لعدم الحاجة كما قالوا في السلم المؤجل يجوز مع كثرة الغرر ولا
يجوز الحال مع قلة الغرر وقال الشيخ ولان في الأرض لم يجعل الخرص
طريقا لمعرفة المقدار وفي الشجر جعل الخرص طريقة لمعرفة المقدار
ويعرف بها التساوي في حال الادخار وهذا الجواب من المصنف يقتضى أنه
قائل بأنه لا يجوز بيع الرطب بالتمر في الأرض فيما دون خمسة أوسق وهو
الصحيح من المذهب وفيه خلاف تقدم عن صاحب التتمه وسأذكره إن شاء
الله تعالى واعتلوا أيضا بأن ذلك كان قبل تحريم الربا ويبطله استثناءها
من المزابنة وهذا يدل على أنه بعد تحريم الربا ولأنه لو كان كذلك لم يحتج
إلى الخرص واعتلوا أيضا بأمور آخر لا متعلق لهم بها (وأما) مالك رحمه الله
تعالى فهو وإن وافق على مقتضى الحديث يفسر العرايا بتفسير أخص مما
يقوله الشافعي وهو

[17]

أن يهب الرجل الرجل تمر نخله أو نخلات ثم يتضرر بمداخله الموهوب له
فيشترىها بخرصها تمرا وهذه الصورة عندنا من جملة العرايا لكن الخلاف
معه في قصرها على ذلك فقال إنه لا يجوز بيعها من غير صاحب البستان
إلا بعرض أو نقد ونحن نقول يجوز وقال إنه يجوز ذلك نسيئة وزاد حتى قال
لا يجوز نقدا على ما يحكى عنه وعلى هذا لا تبقى صورة في العرايا يحصل
فيها اتفاق بيننا وبينه لأن ما دون خمسة أوسق نجيزه نحن نقدا ولا نجيزه
نسيئة في بعض الصور وجوز شراءها لمعريها ولورثته وكذلك يجوز عنده
شراء ثمرة نحلة أصلها لغيره في حائطه قال وليس بقياس ولكنه موضع
تخفيف ونقل الماوردي عنه أنه يجوز ذلك جبرا ويجزبه مجرى الشفعة
خوفا من سوء المشاركة واختلفت المالكية في عله الجواب في منعها من
المعري فقيل لوجهين أم لدفع ضرر دخوله وخروجه أو لمرفق في الكفاية
وقال بعض كبار أصحاب مالك رحمه الله لا يجوز إلا لدفع الضرر خاصة وأنه
إذا أعري خمسة أوسق أو دونها لم يجر أن يشتري بعض عربته لأن الضرر
الذي أرخص به قائم قاله قاله في تهذيبهم قال الشافعي في اختلاف

الحديث ووافقنا بعض أصحابنا في جملة قولنا في بيع العرايا ثم عاد فقال لا تباع إلا من صاحبها الذي أعراها إذا تأذى بدخول الرجل عليه بتمر إلى الجذاذ قال الشافعي رضى الله عنه كما عليه أجلها فتحل لكل مشتر ولا أحرمتها فنقول قول من حرمها وزاد فقال تباع بتمر نسيئة والنسيئة عنده في الطعام حرام وزاد أن أجلها إلى الجذاذ فجعل الطعام بالطعام إلى أجل مجهول لان الجذاذ مجهول واحتج المنتصرون لمالك رحمه الله في تفسير العربية بذلك بقول ابن عمر كانت العرايا أن يعرى الرجل في ماله النخلة والنخلتين رواه البخاري

[18]

تعليقا عن محمد بن اسحق وقال البخاري وقال يزيد عن سفيان بن حسين العرايا نخل كانت توهب للمساكين فلا يستطيعون أن ينتظروا بها رخص لهم أن يبيعوا بما شاءوا من التمر ويشعر شاعر الانصار المتقدم (قلت) وقد وجدت لهم ما هو أولى بأن يتعلقوا به فمن ذلك وهو الحديث الذي تقدم قريبا عن معجم الطبراني عن زيد بن ثابت قال رخص رسول الله صلى الله عليه وسلم في العرايا النخلة والنخلتين يوهبان للرجل فيبيعانها بخرصها تمرا وليس فيه دليل لانه لم يخص أن الواهب هو الذي يبتاع كما تقدم وكما سنذكره إن شاء الله تعالى قال الامام أبو الفتح بن دقيق العيد ويشهد لتأويل مالك أمران أحدهما أن العربية مشهورة بين أهل المدينة متداولة بينهم وقد نقلها مالك هكذا (والثاني) قوله رخص لصاحب العربية أن يبيعها بخرصها فانه يشعر باختصاصه بصفة يتميز بها عن غيره وهى الهبة الواقعة (قلت) أما الاول فانه معارض بقول يحيى بن سعيد الانصاري أحد شيوخ مالك وهو أيضا مدنى عالم ففى صحيح مسلم عن يحيى بن سعيد أنه قال العربية أن يشتري الرجل تمر النخلات بطعام أهله رطبيا بخرصها تمرا وهذا هو قولنا وأما الثاني فان الهبة هي التى يتميز بها عن غيره مختصة بمشترى العربية لا ببائعها فلو كان كذلك لقال رخص لصاحب العربية أن يشتريها والحديث إنما قال أن يبيعها وأما قول ابن عمر وحديث زيد بن ثابت الذى ذكرته لهم فليس فيه ما يدفع قولنا ونحن

[19]

نسلم أن العربية كانت تطلق على ذلك لان الاشتقاق حاصل فيها وهو كونها مفردة وأكثر ما كان يقع الافراد بذلك السبب ولذلك جاءت الرخصة لأصحاب العرايا على ما هو الغالب ولكنه لم يقل أن يبيعها من معربها بل أطلق فيبقى على اطلاقه وله ان يبيعها ممن شاء ولهذا في حديث سهل بن أبي حثمة الذى في صحيح مسلم عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه رخص في بيع العربية النخلة والنخلتين يأخذها أهل البيت بخرصها تمرا يأكلونها رطبيا فقوله أهل البيت مطلق وليس في شئ من الاحاديث الواردة في ذلك أن ذلك يختص ببيعها من المعرى فيتعين أن يكون جواز البيع مطلقا من كل أحد ولا يضربنا أن نسلم أن أصحاب العرايا هم الذين وهبت له النخلات وردت الرخصة لهم في البيع (فإن قلت) فعلى هذا لا تكون الرخصة للبائع والظاهر من حديث زيد وغيره أن الرخصة للمشتري الذى لانقد بيده رخص له أن يشتري الرطب لحاجته إليه بالتمر (قلت)

الرخصة لكل منهما رخص للمشتري أن يشتري كذلك ورخص للبائع أن يبيع
لانه كان ممنوعا قبل ذلك من بيع الرطب بالتمر وسبب الرخصة في حقه
أمران (أحدهما) حاجة المشتري إليه وهو الذي لارطب عنده أعنى الذى
تقتضى العادة أنه يطلب شراء الرطب ويرشد إلى ذلك قوله صلى الله عليه
وسلم (ياكلونها رطبا) (والثانى) أن أصحاب العرايا هم المساكين الذين
وهبت منهم وظاهر حالهم الحاجة وقد لا تصبر النفس على أكل الرطب
دائما وتطلب التمر الذى هو القوت المعتاد عندهم ولا كذلك اصحاب النخيل
الذين ليسوا من المساكين فأنهم مستغنون عن البيع في الحال جملة
وظاهر حالهم الغنى عن شراء الرطب والتمر معا فلذلك والله أعلم وردت
الرخصة في حق أصحاب العرايا لانهم مظنة البيع لا لان فيهم

[20]

معنى مصححا للبيع ليس في غيرهم فأصحاب العرايا هم البائعون
والمشتري لم يرد في شئ من الأحاديث فيه تقييد إلا في حديث محمود بن
لييد عن زيد من ذكر المحاويج وليس أولئك بمقصودين بأصحاب العرايا
والله أعلم. ومما يبعد ما ذهبت إليه المالكية أنه لو كان الرخصة في ذلك
لاجل ضرر المداخلة لم تفترق الحال بين خمسة أوسق وما فوقها وقد
سلمت المالكية اختصاصها بالخمس الأوسق كما في الحديث والله أعلم.
واشترط الحرقي من الحنبلية كون العربة موهوبة من بائعها كما قاله مالك
والظاهر عندهم خلافه والله أعلم. وقد جمع الماوردي مرجحات المذهب
في خمسة أوجه استثنائها عن المزبنة واثباتها بلفظ الرخصة المشعر
بتقدم الخطر وبلفظ البيع المقتضى عوضها واعتبار المساواة بالخرص
وتقديرها بقدر مخصوص وبسط ذلك معلوم مما تقدم قال القاضى أبو
الطيب والمسألة مبنية على السنة ولا قياس فيها يتعول عليه. وقد أفاد
كلام المصنف في التصوير شروطا كلها موجودة في مختصر المزني
(أحدها) أن يخرص ما على النخيل من الرطب أي رطبا ويخرص ما يجئ منه
إذا جف فيأتى المتبايعان إلى النخل ويحررانها ويقولان فيها الآن وهي
رطب ستة أوسق مثلا وإذا يبست وجفت صارت أربعة أوسق فتباع بأربعة
أوسق تمرا فإن زاده على الأربعة مدا أو نقصه مدالم يجز لظهور التفاضل
ولا يضر كون الرطب الآن أكثر من خمسة أوسق فأما خرصه رطبا فلا بد منه
وان يخرص ما يجئ منه جافا فسيأتي فيه شئ عن أحمد في الشرط الثالث
مما نحن نتكلم فيه أن شاء الله تعالى في كيفية الخرص مستوفى في باب
زكاة النبات (الثاني) أن يكون الثمن الذى يباع به معلوما بالكيل لقوله ثم
يبيع ذلك بقدره وهذا خلاف فيه عند القائلين

[21]

بأباحة بيع العرايا ومستنده حديث زيد بن ثابت رضى الله عنه أن رسول الله
صلى الله عليه وسلم رخص في العرايا أن تباع بخرصها كيلا هذا لفظ
البخاري ومسلم جميعا قال البخاري وقال ابن ادريس لا يكون إلا بالكيل
من التمر يدا بيد لا يكون بالجزاف ومما يقويه قول سهل بن أبى حثمة
بالاوسق الموسقة هذا لفظ البخاري يريد بذلك أن الاوسق لا تكون الا كيلا
ولان الاصل اعتبار الكيل من الطرفين سقط في أحدهما للتعذر فيجب في

الآخر على الاصل وان ترك الكيل من الطرفين بكثرة الغرر وفى تركه من أحدهما تقليل الغرر ولا حاجة إلى التطويل في ذلك فإنه لا خلاف فيه فلا يجوز بيع تمر جزافا وقد صرح بذلك الشافعي في الام والروبانى في البحر وابن ادريس الذى نقل البخاري عنه هو عبد الله بن ادريس الاودى وعلى ذهني أن بعضهم قال انه الشافعي ولم يحضرني موضعه الآن والمشهور الاول (الثالث) أن يكون البيع بقدر ما يحى منه تمرا ولا يضر كون الرطب الآن أكثر من خمسة أوسق كما تقدم تمثيله وهذا هو المشهور عند القائلين بالعرايا ونقل حنبل عن أحمد أنه قال بخرصها رطباً ويعطى تمرا خرصه قال ابن قدامة منهم وهذا يحتمل الاول أنه يشتريها بتمر مثل الرطب الذى عليها لانه بيع اشترطت المماثلة فيه فاعتبرت حال البيع كسائر البيوع ولان الاصل اعتبار المماثلة في حال وأن لا يباع الرطب بالتمر خولف الاصل في بيع الرطب بالتمر فبقى ما عداه على قصة الدليل والصحيح عندهم خلاف هذا والجواب عن الدليلين المذكورين لا يخفى وعلى الاحتمال الآخر يكون خرصها تمرا لا حاجة إليه عندهم قال القاضى والاول أصح لانه مبني على خرص الثمار في العشر والصحيح ثم خرصه تمرا (الرابع) أن يتقايضا فمتى تفرقا قبل

[22]

التقايض فسد العقد نص عليه الشافعي رحمه الله تعالى والاصحاب من غير خلاف فيه والتقايض في التمر ظاهر بالكيل والنقل (وأما) في الرطب الذى على النخيل فبالتحلية بين المشتري وبين النخلة هكذا نص الشافعي والاصحاب وهذا المراد بقوله وليسلم إليه قبل التفرق قال الشافعي رحمه الله تعالى في الام ولايجوز البيع فيها حتى تقبض النخلة بثمرها ويقبض صاحب النخلة التمر بكيله ولا خلاف عندنا وعند الحنابلة في ذلك وقد تقدم من حكاية الشافعي وعن مالك جواز ذلك إلى الجذاذ وبحته في ذلك كاف وأستشكل ابن الرفعة الاكتفاء بالتحلية إذا قلنا بالقديم وهو أن التمرة تكون من ضمان البائع إلى أن (1) القطع ولا يشترط حضور التمر عند تمر النخيل بل لو تبايعا بعد رؤية التمرة والتمر ثم خلى بينه وبين الثمرة ثم مشيا إلى التمر فسلمه جاز قاله القاضى أبو الطيب وابن الصباغ والمتولي والبعوى قال الرافعى ويشترط في هذه المدة أن لايفترقا قال الماوردى فإذا افترقا لزمتم العرية ولا خيار ثم للمشتري بعد ذلك أن يجتنى ثمرة النخلة حالا بعد حال عند ادراكها (فرع) لو باع الرطب على الارض بالتمر هل يجرى حكم العرايا فيه فيصبح في خمسة أوسق أو دونها قال المحاملى لا خلاف على المذهب أنه يجوز لان معنى العرايا لا يوجد فيه وبذلك جزم كثيرون وقد حكى في طريق المراوزة وجهان حكاهما القورانى والمتولي والامام وأما الزائد على الخمسة فلا يصح جزما وقد تقدم التنبيه على ذلك.

(1) بياض بالاصل فحرر

[23]

(فرع) قال صاحب التتمة إذا اشترى الرطب بالتمر يعنى في العرايا فإن أكل الرطب ولم يجففه فالعقد ماض على الصحة وإن جففه فكان بقدر التمر أو كان التفاوت بقدر ما بين الكيلين فالعقد نافذ وإن ظهر بينهما تفاوت ظاهر يحكم ببطلان العقد ما يوجب الفساد جزم بذلك المتولي ولم يحك فيه خلافا وذكره صاحب البحر عن بعض أصحابنا كما في التتمة وأقتصر عليه وكذلك في تعليق القاضى حسين أنه قاله بعد السؤال في الدرس وفيه أنه يصح من الكثير بقدر القليل ولمشترى الكثير الخيار حكاه البغوي والرافعي. (فرع) يجوز أن يقع العقد على الذمة فيقول بعتك ثمرة هذه النخلة بكذا وكذا من التمر ويصفه ويجوز أن يقع على معين فيكيل من التمر بقدر خرصها ثم يقول بعتك هذا بهذا فان باعه بمعين فقبضه بنقله وان باعه بموصوف فقبضه باكتياله ولا يتفرقا قبل القبض قاله المحاملى وهو مذهب أحمد أيضا. (فرع) قال الشافعي رحمه الله تعالى والحاجة في العرايا والبيع غيرهما سواء. (فرع) قال الماوردي والرويانى لا تجوز العرية الا فيما بدا صلاحه بسرا كان أو رطبا فنيه بذلك على اشتراط بدو الصلاح وعلى أن حكم البسر حكم الرطب وقل من نبه عليه من الاصحاب وعلل الرويانى الاول بأنه وقت الحاجة (وأما) الثاني فلان الحاجة إلى البسر كالرطب والله أعلم. وقد تقدم عن الماوردي الخلاف في بيع الطلع بالتمر وذلك في غير العرايا فهذا الكلام من هنا يجب أن يكون تفرعا على القول بالمنع هناك ومتى جاز فيها بطريق أولى.

[24]

قال المصنف رحمه الله تعالى. (وهل يجوز للاغنياء فيه قولان (أحدهما لا يجوز وهو اختيار المزني لان الرخصة وردت في حق الفقراء والاغنياء لا يشاركونهم في الحاجة فيبقى في حقهم على الحظر (والثاني) أنه يجوز لما روى سهل بن أبي حثمة قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع التمر بالتمر الا أنه رخص في العرايا أن تتباع بخرصها تمرا يأكلها أهلها رطبا ولم يفرق ولان كل بيع جاز للفقراء جاز للاغنياء كسائر البيوع). (الشرح) حديث سهل هذا رواه البخاري ومسلم رحمهما الله تعالى وغيرهما ولفظ البخاري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع التمر بالتمر ورخص في بيع العرية أن تتباع بخرصها يأكلها أهلها رطبا ولفظ مسلم قريب منه وفي رواية الترمذي زيادة وعن بيع العنب بالزبيب وعن كل تمر بخرصه بعد قوله العرايا. واللفظ الذي ذكره المصنف لفظ رواية الشافعي كذلك عنه في السنن من رواية المزني وفي المسند من رواية الربيع في السنن العرايا وفي المسند العرية وفيهما يأكلها أهلها رطبا والاهل الذين يأكلونها رطبا هم المشترون بلا شك وفي رواية البخاري الاخرى يبيعها أهلها فجعل الاهل بائعين ويصح اطلاق الاهل على كل منهما على البائع قبل البيع وعلى المشتري بعده لكن قوله يأكلونها رطبا لا يصلح أن يعود على الاهل البائعين لانهم لا يأكلونها رطبا بل يأخذون الثمن فهو عائد على معلوم في النفس وان لم يجرى له ذكر أي يأكلها الذين يتناعونها رطبا وقد يتعسف متعسف فيجعل الاهل في قوله يبيعها أهلها منصوبا ويكونوا مشتريين لا بائعين أي يبيعها من أهلها ويصح عود الضمير عليه بعد ذلك ان كان باع لا يتعدى إلى مفعولين لنفسه والله أعلم. والخرص بالكسر تقدم التنبيه عليه (وأما) حكم المسألة ففيها طريقان (أصحهما) القطع بعموم الرخصة للاغنياء والفقراء وهذه الطريقة مقتضى كلام أبي حامد والمحاملى كما ستعرفه ونسبها الماوردي إلى جمهور الاصحاب وهي الظاهرة من كلام الشافعي (والثانية) فيها قولان وهي التي

أوردها القاضي أبو الطيب والمصنف والعمري والبغوي والرافعي وآخرون وحكماهما الفوراني وجهين (أحدهما) يختص بالفقراء ولا يجوز للاغنياء وهو اختيار المزني والمشهور عن أحمد كما ذكره المصنف وهذا نظر إلى حديث محمود قد تقدم أنه ليس في الكتب المشهورة لكني وجدت على حاشية نسخة شيخنا الدمياطي من المذهب إشارة بخط غيره تقتضي نسبة ذلك إلى مسند أحمد فعلى هذا لاغنياء لا يشاركونهم في ذلك فيبقى على الأصل من تحريم المزانية المجمع عليه الثابت بالأحاديث المشهورة ولم أر هذا القول منصوصا للشافعي ولكن المزني في المختصر قال اختلف ما وصف الشافعي في العرايا قال لم الشيخ أبو حامد إنه يشير بذلك إلى أو أن الشافعي قال في موضع آخر يختص بذلك المحتاجون قال الشيخ أبو حامد وليس الأمر على ما قدره وإنما الشافعي تكلم على بطلان قول مالك حيث قال ذلك في الواهب يشتري الرطب من الموهوب له بالتمر فقال لا يمكنك على هذا استعمال قوله في الخبر (ياكلها أهلها رطباً) لأن من يشتري الرطب على هذا الوجه لا يشتريه ليأكله مع الناس فإن جميع بستانه الرطب وإنما يشتريه ليدفع عن نفسه المضرة بدخول الموهوب له عليه وعلى عياله والخبر يقتضي أنه يشتريه ليأكله مع الناس فقصده هذا دون تخصيص أهل الحاجة باتباع ذلك ومنع الاغنياء منه وهذا الذي قاله الشيخ أبو حامد صحيح ويؤيده أن المزني نقل ذلك عن اختلاف الحديث والاملاء والذي فيهما ما ذكر دون القول بالمنع فينبغي أن يقطع بقول الجواز ولا يعزى للشافعي غيره ويجعل قول المنع مذهباً للمزني والله أعلم. وهو مقتضى كلام أبي حامد والمحامل ونبه المصنف بقوله الاغنياء لا يشاركونهم في الحاجة على امتناع القياس لعدم المشاركة في العلة لا لاجل ذلك وأردا على سبيل الرخصة فإن مذهبنا جواز القياس في الرخص إذا حصل

الاشتراك في العلة كغيرها وسيأتي في توجيه القول الثاني ما يظهر به الجواب عما قاله المزني وقد تلقنه الشيخ أبو محمد عن الاصحاح فصح هذا القول ونظر فيه لى حدوث محمود ابن لبيد عن زيد مع أصل سنذكره عنه وجوابه ان شاء الله تعالى (والقول الثاني) يجوز وهو ظاهر المذهب والمنصوص في الام قال الشافعي في الام والذي أذهب له أن لا بأس أن يبتاع الرطب للعرايا فيما دون خمسة أوسق وان كان مؤبراً وصححه جماعة منهم الامام والرافعي والنووي وابن أبي عصرون وقد تقدم أن جماعة جزموا به ومن جملتهم سليم في الكفاية وغيره لم يذكروا فيه خلافاً وهو المختار ورواه اسماعيل بن سعيد عن أحمد بن حنبل لاطلاق حديث سهل بن أبي حثمة فإنه لم يفرق بين الفقراء والاغنياء لارحامه صلى الله عليه وسلم في العرايا من غير تقييد بالضرورة ولأنه إنما يريد الرطب شهوة ولو اعتبرت الضرورة لرخص في صاع ونحوه بما يزيلها وقد أبيع أكثر منه (فان قلت) إذا كانت الرخصة مطلقه في بعض الاحاديث مقيدة في بعضها فهلا حملتم المطلق على المقيد (قلت) ليس ما نحن فيه من هذا القبيل لان الاطلاق والتقييد من عوارض الالفاظ فإذا ورد لفظ مطلق ولفظ مقيد

بقيد لفضى فهو الذى يحمل فيه المطلق على المقيد بشرطه وأما هنا
فليس في لفظ الشارع ذكر قيد الحاجة وإنما رخص لاقوام وقرينة الحال
ما هم عليه وسؤالهم يقتضى

[27]

أن علة الرخصة لهم الحاجة فإذا ورد الترخيص مطلقا في موضع آخر لم
يجب تقييدها بذلك المعنى الذى ظنناه وهو الحاجة ليس معتبرا بل كانت
الرخصة لهم لأنهم أصحاب الواقعة وغيرهم في حكمهم وأما أن تكون
حاجتهم اقتضت مشروعية ذلك لهم ولغيرهم فإن الحكم قد ثبت عاما
لمعنى موجود في بعض الناس كقوله تعالى (ويحل لهم الطيبات ويحرم
عليهم الخبائث) والمراد إما الصحابة والعرب وإما النفوس الكريمة وعلى
كل تقدير فهم بعض الأمة فما تنفر عنه طباعهم فهو الخبائث وما تميل
إليه فهو الطيبات وغيرهم تبع لهم في ذلك وقد يكون الحكم ثابتا لعله
توجد في الكثير قطعا وتعدم في القليل قطعا كالاسكار وقد يكون ثابتا
لعله في زمان النبي صلى الله عليه وسلم ثم زالت كالرمل المشروع
لاظهار الجلد والقوة قال ابن عبد السلام (1) وبقاء هذا الحكم لسبب يخلف
ذلك السبب الاول وهو انا نتذكر في زماننا سبب هذا الفعل لان النفس
طالبة للتعليل فنطلع على السبب الاول فنعلم حينئذ أن الله تعالى كثرا
بعد القلة وأعزنا بعد الذلة وأن الاسلام أظهره الله على الدين كله ونتذكر
أحوال السلف الصالح وهذه فائدة جاءت استطرادا (فان قلت) لم يرد أيضا
لفظ مطلق في الرخصة من الشارع حتى يتمسك به وإنما الالفاظ التى
وردت في ذلك كلها من الرواة يذكرون أن النبي صلى الله عليه وسلم
أرخص في العرايا وهذه حكاية حال لاعموم فيها ولا إطلاق فجاز أن يكون
مرادهم بتلك الرخصة التى صدرت

(1) بياض بالاصل

[28]

منه صلى الله عليه وسلم للمحلويج وحينئذ لا يبقى دليل على ثبوتها
لغيرهم (قلت) الجواب من وجهين (أحدهما) أن المتعمد في الاصول أن
الراوى إذا حكى واقعة حكى واقعة بلفظ عام كقوله نهى عن الغرر وقضى
بالشفعة للجار وما أشبهه أنه على العموم وأن الحجة في المحكى والحكاية
معا خلافا لما قاله بعض المتأخرين فإنه لو كان المراد قصة المحاويج لم
يجز حكايتها بلفظ العموم لأنها رخصة في عرايا خاصة لا في كل العرايا
فلما أتى الراوى بلفظ عام وهو من أهل اللسان وجب اعتقاد أن المحكى
مطابق له في العموم (والثانى) أن معنا ههنا قرينة ترشد إلى أن القصة
المنقولة غير قصة المحاويج وهو قوله رخص لصاحب العربة وتلك الرخصة
لم تكن لصاحب العربة بل للمحاويج الذين يشتركون منه كما تقدمت الإشارة
إليه والله أعلم. قال الشافعي في الام وكثير من الفرائض قد نزلت
بأسباب قوم فكان لهم وللناس عامة إلا ما بين الله تعالى أنه أحل لضرورة

أو خاصة ومن جهة القياس أن كل ما جاز ابتياعه للفقير جاز للغنى كسائر
الاشياء وقد أورد الشيخ تاج الدين عبد الرحمن أن الشافعي رضى الله عنه
قطع القول بالتقييد المذكور في حديث أبي هريرة من المقدار ولم يعتبر
التقييد المذكورة من السبب في الحديث

[29]

محمود فلا بد من التسوية أو الفرق ويعني ذلك على أنه من باب حمل
المطلق على المقيد وقد تقدم الجواب عنه في دعوى التقييد بالفقراء
وأما التقييد بالمقدار فلان ذلك منقول عن النبي صلى الله عليه وسلم
فلما كان التقييد من لفظ النبي صلى الله عليه وسلم حملنا المطلق عليه
وأما التقييد بالمحاويج فليس من لفظ النبي صلى الله عليه وسلم كما
تقدم تقريره فهذا هو الفرق والله أعلم. (فان قلت) قد قررت أن الراجح
عند الاصوليين أن قوله رخص في العرايا وأمثاله عام وإذا كان كذلك فيكون
التقييد بالمقدار في حديث أبي هريرة ذكرا لبعض أفراد العموم وذلك لا
يقتضى التخصيص فتبقى الرخصة على عمومها (قلت) هذا غير سؤال
الاطلاق والتقييد الذي تعرض له ومع ذلك فالجواب عنه من وجهين
(أحدهما) أن التخصيص ليس بذكرا بعض الافراد بل بمفهوم قوله فيما دون
خمسة أوسق أو خمسة أوسق والمفهوم تخصيص العموم (والثاني) أنا لو
أبنا العرايا في القليل والكثير لزل تحريم المزانية وجميع أحاديث الرخصة
تقتضي ورودها في شئ ولفظ العربية ينزل على انفرادها عن سائر
الاشجار وذلك يشعر بالقلة وليس في جميع الرطب بالنتمر فلا بد من
الرجوع إلى مقدار وقد ثبت ذلك في حديث أبي هريرة رضى الله عنه
فتعين الحمل عليه بخلاف تعميمها في الفقراء والاعنياء فلم يصدنا عنه
صاد ولا فيه مخالفة بل هو أمر مقطوع به والله أعلم (فان قلت) فيجب
على من يقول في الاصول بحمل المطلق على المقيد أن

[30]

لا يحمله ههنا وتبقى الرخصة على عمومها في القليل والكثير (قلت)
يصد عن ذلك الوجه الثاني الذي ذكرته الآن وأيضا فان المذاهب الثلاثة
القائلين بالعرايا متفقون على المقيد هذا كله مع ما في حديث محمود بن
ليبيد عن زيد الذي يتمسك به في الاختصاص بالفقراء من عدم الاتصال
الموجب لعدم الحكم عليه بالصحة والله أعلم. وبنى الغزالي الخلاف في
ذلك على أن الخرص أصل بنفسه يقام مقام الكل أو ليس كذلك فيتبع مورد
النص فعلى الاول نلحق الاعنياء بهم وعلى الثاني تتردد وهذا كما ساذكره
ان شاء الله تعالى عن الامام في الحاق بقية الثمار بالرطب والبناء على
ذلك المعنى هناك متجه وأما هنا فبعيد والشيخ أبو محمد بناه في السلسلة
على الاصل الذي سيحكيه عن الاصحاب من أن العرايا هل أحلت بعد تحريم
المزانية أم لم تدخل في التحريم أصلا وسيأتى ذلك ان شاء الله تعالى
والله أعلم. (فرع) إذا قلنا بالقول الاول فما ضابط المعنى المعتبر في ذلك
لم يتعرض أكثرهم لذلك وقال الجرجاني لما حكى القولين يختص ذلك بمن
لانقد بيده على القول الآخر وكذلك عبارة صاحب

التتمة فانه قال بيع العرايا صحيح من الفقراء الذين لانقد لهم يشترون به الرطب فاما الاغنياء فخلافا وقال الروياني في البحر قال المزني لا يجوز إلا للمعري المضطر وأصحابنا لم يمنعوا الكلام في ذلك لان الصحيح عندهم خلاف هذا القول وإنما يحتاج إلى ذلك الحنابلة فإن المشهور عندهم أنها لا تطلق الرخصة والله أعلم. قال ابن قدامة الحنبلي متى كان غير محتاج إلى أكل الرطب أو كان محتاجا ومعه من التمر ما يشتري به العرية لم يجز له شراؤها بالتمر. (فرع) لا يشترط عندنا حاجة البائع إلى البيع جزما خلافا لبعض الحنابلة واشترطت الحنابلة لبقاء العقد ان يأكلها اهلها رطباً فان تركها حتى تصير تمرا بطل العقد ونحن نخالفهم في ذلك واشترط الخرقى من الحنابلة كونها موهوبة من بائعها كما تقدم عن المالك وقالت الحنابلة فيما إذا تركها حتى صارت تمرا لافرق بين تركه لغناه عنها أو تركها لعذر أو لغير عذر وأخذوا في ذلك بظاهر قوله صلى الله عليه وسلم (يأكلها اهلها رطباً) ولا دليل لهم في ذلك لان المقصود بذلك ذكر الغاية المقصودة لا الاشتراط ويلزمهم على ما قالوه أنه متى لم يأكلها بطل العقد وقد سلموا أنه لا يبطل الا بترك الاخذ ولا يبطل بترك الاكل بعد الاخذ فلو أخذها رطباً بتركها عنده أو شمسها حتى صارت تمرا جاز عندهم وبهذا يتبين ضعف ما اشترطوه. (فرع) تلخص مما قلناه أنه لا يشترط عندنا حاجة البائع جزما ولا المشتري على الاصح

وعند بعض الحنابلة وعند مالك يشترط حاجة البائع وحده وعند أحمد يشترط حاجة المشتري وحده قال ابن عقيل من الحنابلة يجوز لحاجه البائع أيضا كما يجوز لحاجه المشتري ويكون الشرط عنده أحدهما لا بعينه فالاقسام الممكنة الاربعة كل منها قال به قائل ومجموع الشروط التي وجدت صح البيع باتفاق القائلين بالعرايا حاجه البائع والمشتري وكونها موهوبة من البائع وكونها دون خمس اوسق وأن يأخذها المشتري رطباً وان لا يظهر نقصان يوجب التفاوت بعد ذلك فإذا اجتمعت هذه الشروط الستة صح البيع باتفاق المذاهب الثلاثة القائلين بالعرايا وإذا وجد منها الثاني والرابع والسادس صح البيع باتفاق مذهب الشافعي رضى الله عنه والشرطان الاخيران لا يشترط العلم بهما حالة العقد بل إذا فقد ابعده ذلك فقد بينا بطلان البيع والله أعلم (فرع) هل يجوز في العرايا أن يبيع جزءا مشاعا أو مبهما مما النخلة بالتمر بأن يخرص الخارص أن كل وسق مما عليها يأتي إذا جف نصف وسق فيقول وسقا مما على النخلة بنصف وسق تمرا ويخرص جميع ما عليها فيقول إنه يأتي جافا ثمانية اوسق فيبيع نصفه شائعا بأربعة اوسق تمرا لم أر في ذلك نقلا. قال المنصف رحمه الله تعالى (وهل يجوز ذلك في الرطب بالرطب فيه ثلاثة أوجه (أحدهما) يجوز وهو قول أبى على بن خيران لما روى زيد بن ثابت قال رخص رسول صلى الله عليه وسلم في العرايا بالتمر والرطب ولم يرخص في غير ذلك (والثاني) لا يجوز وهو قول أبى سعيد الاصطخري لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال

لا تبايعوا ثمر النخل بثمر النخل ولان الخرص غرر وقد وردت الرخصة في جواره في أحد العوضين فلو جوزنا في الرطب بالرطب لجوزنا في العوضين وذلك غرر كثير زائد على ما وردت فيه الرخصة فلم يجر كشرط الخيار فيما زاد على ثلثه أيام (والثالث) وهو قول أبي اسحق أنه ان كان نوعا واحدا لم يجر لانه لا حاجة به إليه لان مثل ما يتاعه عنده وان كان نوعين جاز لانه قد يشتهي كل واحد منهما النوع الذي عند صاحبه فيكون كمن عنده تمر ولا رطب عنده). (الشرح) حديث زيد المذكور بهذا اللفظ في سنن أبي داود بسند صحيح لكن فيه بحث رواه البخاري ومسلم رحمهما الله تعالى فقالا فيه بيع العريه بالرطب أو بالتمر ولم يرخص في غير ذلك هكذا ومع ذلك لا حجة فيه لهذا الوجه لانه يحتمل أن يكون شك من الراوى ولا يكون للتخير والرواية هكذا بأوفى الصحيحين من رواية عقيل عن الزهري عن سالم بن عبد الله عن أبيه عن زيد لكن النسائي رواه من جهة سالم عن أبيه عن زيد أيضا وقال فيه بالرطب وبالتمر هكذا بالواو فنظرنا فوجدنا ذلك من رواية صالح وهو ابن كيسان عن الزهري وعقيل أحفظ منه فروايته مقدمه على رواية صالح ثم وجدنا الرواية عن نافع متفقه على التمر كأحد روايتي سالم فرجحنا ذلك على روايه صالح بن كيسان ثم رأينا الطبراني في المعجم الكبير روى رواية صالح بن كيسان كما رواها النسائي وزاد فرواها أيضا من رواية الاوزاعي عن الزهري وقال فيه بالتمر والرطب كما قال المنصف والاوزاعي وان كان اماما لكنه غير متقن لحديث الزهري كاتفان عقيل وقد تابع عقيل على ذلك سليمان بن أبي داود عن الزهري كذلك في معجم الطبراني والزيدي أيضا وهو من جملة أصحاب

الزهري فقال رخص بيع العرايا بخرصها من التمر اليابس رواه الطبري وهذا نص وتابعها معمر عن الزهري فقال بخرصها تمرا ولم يرخص في غير ذلك رواه الطبراني وهذه الطرق كلها راجعة إلى رواية عبد الله بن عمر رضى الله عنهما عن زيد بن ثابت وقد روى أبو داود ذلك كما قدمته من طريق يونس عن الزهري عن خارجة بن زيد بن ثابت عن أبيه وقال فيه بالتمر والرطب وهى الرواية التى ذكرها المصنف والظاهر أنه نقلها من السنن فانه سمعها وهذه طريقة قوية مقاومة لطريق عقيل فان يونس في الزهري عظيم ثم أمعنت الطلب ونظرت الحديث من مسند ابن وهب الذى هو الاصل فان أباه داود رواه من طريقة وجدته فيه بالتمر أو الرطب بألف ملحقة يخط كاتب الاصل والظاهر أن ذلك غلط من الناسخ فان المتقدمين ذكروا رواية ابن وهب هذه مستدلين بها على الجواز ورواه الطبراني من طريق ابن وهب بالجمع بينهما لكن بطريق ضعيفة ورواه الطبراني بالجمع بينهما أيضا من طريق أسامة بن زيد عن الزهري عن خارجة بن زيد وفقه لا أدري أذكره أباه أم لا وهذا يقتضى الشك في اتصاله لكن طريقة لا تقاوم طريق أبي داود فالراجح حينئذ عن خارجة الجمع بينهما فبعد ذلك يمكن أن يقال إن رواية ابن عمر عن زيد راجحة على رواية خارجة عن زيد كما لا يخفى من صحبه ابن عمر وجلالته وكبره

حين سماعه وخارجه كان عمره في زمن أبيه بضع عشرة سنة ويمكن أن يقال أنه إذا صح ذلك عن خارجه وفي بعض روايات ابن عمر رضى الله عنهما كما تقدم فينبغي أن يحكم بصحة اللفظين عن زيد ويحمل أو على التخيير ويكون زيد رضى الله عنه لما فهم ذلك

[35]

عبر عنه تارة بأو وتارة بالواو وهذه أولى من أن يحكم على بعض الرواية بالوهم مع ثقته وجلالته وعلى هذا يصح استدلال ابن خيران بها على الجواز ويمكن أن يقال بالتعارض لقوة كل من الطرفين والشك في ذلك يوجب الحكم بالمنع لان الباب باب رخصة فمتى شك في شرطها بطلت وأما ترجيح رواية خارجه على رواية ابن عمر فغير ممكن والاقرب الحكم بالتعارض أو ترجيح رواية ابن عمر من الطريق الكثيرة لكثرتها واعتضادها برواية نافع وأما حمل ذلك على التخيير فيبعده رواية الزبيدي المتقدمة التي فيها تقييد التمر باليابس وذل يقتضى أن الرطب بخلافه وسندها في الطبراني جيد ومن جملة المرجحات لحديث ابن عمر رضى الله عنهما كونه ثابتا في الصحيحين ورواية خارجه ليست كذلك وان كان سندها صحيحا فهذه طريقة في الترجيح يسلكها بعض المتأخرين من فقهاء المحدثين هذا ما عندي في ذلك والله عزوجل أعلم. وحديث ابن عمر رضى الله عنهما المذكور في رواية البيهقي في سننه الكبير ولفظه لا تتبايعوا التمر بالتمر تمر النخل بتمر النخل واسناده فيه محمد ابن الحسين بن أحمد الفارسي عن أحمد بن سعيد الثقفي لم أعرفهما وقال في معرفة السنن والآثار هكذا روى مقيدا يعنى تمر النخل بتمر اللنخل فاقصر المصنف رحمه الله على اللفظ الاخير وهو البذل وترك المبدل منه وهو قوله التمر بالتمر وذلك جائز لانه لا يحيل المعنى. (وأما) حديث ابن عمر لا تتبايعوا التمر بالتمر فذلك ثابت في البخاري وقد تقدمت الاشارة إلى التوقف في هذا اللفظ فان ثبت أنه بالثناء المثلثة فيهما فهو على الحديث بدون الزيادة التي فيه مبنية بالنخل. وقول المصنف هل يجوز ذلك في الرطب بالرطب أي سواء كان على رؤوس النخل فبيعا خرصا أو كان أحدهما في الارض فبيع الذي على النخل خرصا بالذى على الارض كيلا فالوجه الثلاثة في المسألتين قاله القاضى

[36]

أبو الطيب وابن الصباغ والمحاملى والعمراني والاقرب في عبارة المصنف أن يكون مراده الرطب على رؤوس النخل بالرطب على وجه الارض لانه قال هل يجوز ذلك واشارة إلى المسألة السابقة وصورتها إذا كان أحدهما في الارض وكذلك القاضى أبو الطيب صور المسألة ثم ذكر فرع جريان الاوجه الثلاثة في الصورة الاخرى والوجه المذكورة مشهورة حكاه القاضى أبو الطيب والماوردي والمحاملى والجرجاني والمتولي وابن الصباغ وآخرون وليس الشافعي نص في هذه المسألة على ما يقتضيه كلام ابن سريج الآتى ذكره ولكنها اوجه للاصحاب (أحدها) أنه يجوز مطلقا أن يباع الرطب بالرطب خرصا فيهما سواء كانا نوعا واحدا أو نوعين وهو قول أبى على بن خيران واستدل بالحديث الذى ذكره المصنف وذكره بأو وكانه

اعتقدها للتخيير وقد عرفت الجواب عنه جوابا متقنا محررا (والثانى) وهو الصحيح أنه لا يجوز مطلقا ولا يجوز الا بالتمر وعراه الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والمحاملى وابن الصباغ والمصنف إلى الاصطخرى وقال المارودى ان هذا مذهب الشافعي وقال أبو حامد انه أشبه بمذهب الشافعي وقال المحاملى في التجريد والمجموع مع ذلك إنه ظاهر المذهب وممن صححه الرويانى في البحر وقال صاحب التهذيب إنه المذهب واستدل له القاضى أبو الطيب بان الاصل تحريم المزابنة

[37]

الا ما استثنى منه والرخصة وردت مقيدة بالتمر كما تقدم فيبقى فيما عداه على الاصل وهو التحريم والحديث الذى ذكره المصنف ان ثبت نص في ذلك وان لم يثبت فالتمثيل بالاصل المقتضى للتحريم كاف في ذلك وأيضا الاصل في العقود الربوية التحريم كما تقدم غير مرة (فان قلت) المصنف رحمه الله لم لاسلك هذه الطريقة التى سلكها شيخه وهى أقرب مما سلكه وهو التعليل بكثرة الغرر وقياس ذلك على بشرط الخيار فيما زاد على ثلاثة أيام فان التمسك بادراجها تحت نص خاص أولى من قياس مستند إلى نص عام (قلت) ما فعله المصنف أولى لان المزابنة تقدم أنها مفسرة ببيع الرطب في رؤوس النخل بالتمر وأما بيع الرطب بالرطب فهو وان كان أكثر غررا وأحق بالبطلان لكن يمكن النزاع في دخوله تحت اسم المزابنة نصا وإنما يدخل تحت حكمها اما بطريق أولى فيكون من مفهوم الموافقة وأما بالقياس عند من يقارن بينهما وهو الصحيح وإذا ثبت ذلك فكل واحد من مفهوم الموافقة والقياس شرطه بقاء أصله فمتى بطلت دلالة الاصل بطلت دلالة مفهومه والقياس عليه وههنا قد بطلت دلالة مفهومه والقياس عليه وههنا قد بطلت دلالة الاصل فيما دون خمسة أوسق فيتبعها دلالة المفهوم والقياس في ذلك العقد وان بقى في الزائد أصله فلذلك والله أعلم عدل المصنف عن

[38]

ذلك إلى ما ذكره ويحق له ذلك وهو المبرز في علم النظر فعلى قول المصنف المعتمد في ذلك النهى عن الغرر ويجعل الرخصة الواردة في الرطب بالتمر مستثناه منه ولا يضره في ذلك كونها مستثناه من المزابنة لان المزابنة نوع من الغرر والمستثنى من النوع مستثنى من الجنس والوصف المقتضى لا لحاقه بما زاد على الثلاثة مركب من شيئين الغرر وكون ذلك على سبيل الرخصة وأحدهما بمجرد ليس كافيا في التعليل والله أعلم. وممن صحح هذا القول القاضى أبو الطيب فيما حكى الشاشى عنه والرويانى في البحر والبعوى والرافعي ويقتضيه إيراد الجرجاني (والوجه الثالث) وهو قول أبى اسحق المروزي واختلفت عبارة الاصحاب عنه فالذي قاله أبو الطيب وابن الصباغ والمصنف والمتولي أنه ان كانا نوعا واحدا لم يجز وان كانا نوعين يجوز كالرطب المعقلى بالتمر البرنى والرطب البرنى بالتمر المعقلى وما أشبهه وأطلقوا ذلك فيما إذا كانا على النخل أو أحدهما على الارض وقال المحاملى وأبو حامد فيما حكى عنه صاحب العدة والرويانى والماوردي يجوز إذا كان الرطبان على رؤوس

النخل وكانا نوعين أما إذا كان أحدهما على الأرض لا يجوز مطلقا وكذلك
امام الحرمين حكى الأوجه الثلاثة عن حكاية العراقيين كما حكاها المحاملى
من غير تعيين أبى إسحق قال امام الحرمين فان كان الغرض الذى اشار
إليه الخبر أن يستبدل رطباً على الشجر يأكله على مر الزمن

[39]

والرطب على الأرض بين أن يفسد وبين أن يحف وزاد الامام على
المحاملى زيادة سأنعرض لها في فرع مفرد قريبا ان شاء الله تعالى. وقد
احتج أبو إسحق لقوله بما ذكره المصنف وأجاب الشيخ أبو حامد بان طعم
أحد النوعين يقارب طعم الآخر فلا تدعو الحاجة إلى إجازة وروى هذه
الأوجه الثلاثة ووجه رابع أنه يجوز بيع الرطب على الأرض بالرطب على
النخل بكل حال لانه أدوم نفعاً أي سواء كان نوعاً أو نوعين ويجوز ما على
النخل بما على النخل إذا كانا من نوعين ولا يجوز إذا كانا من نوع واحد لفقد
الفائدة ونقله الماوردي والرويانى عن ابن أبى هريرة ذ وقد رأيت في
تعليق الطبري عن ابن أبى هريرة أطلق جواز بيع الرطب على النخل
بالرطب على الأرض ولم يذكر إذا كانا على النخل والله أعلم. فجملة الأوجه
في المسألة أربعة وقد جمعها الماوردي وحكاها كذلك وتبعه صاحب البحر
وما نقله المحاملى والماوردي ومن تبعهما يمكن أن ينزل عليه كلام من
أطلق فان كان الامر كذلك فيجب تقييد كلام المصنف في قوله وان كانا
نوعين جاز إذا كان على النخل ولكن هذا التقييد ينافيه كلام أبى الطيب
فانه صرح في جريان الأوجه الثلاثة فيما إذا كان أحدهما على الأرض فان
جمعنا بين النقلين جاءت خمسة أوجه في المسألة وكذلك فعل ابن الرفعة
في المطلب وفيه بعد لان

[40]

الشخص المنقول عنه واحد وهو أبو إسحق فكيف يحكى ذلك وجهين الا أن
يكون اختلف قوله في وقتين والاقرب أن ذلك اختلاف علة من الناقلين
وينبغى أن يقصد الجمع بينهما ويبقى تجويز النقل أن يقول قبل كذا ولا
يقول فيه وجهان لانه لم يثبت أنهما وجهان وقد نقل في كل منهما أنه
قبل وعبر الغزالي في الوسيط بعبارة لا توجد في كلام غيره (والثانى) ان
كان أحدهما موضوعاً جاز وان كان على الشجرة فلا وهذا وهم بلا شك
وكانه مل القلم فأراد أن يكتب ان كان أحدهما على الأرض لم يجز وان كانا
على الشجر جاز كما هو في النهاية فانقلب عليه هذا مالا أشك فيه وقال
الجوزى إذا كان للرجل نوع من الرطب جاز أن يشتري نوعاً آخر من الرطب
ليس عنده خرصاً كالعرايا هذا جواب ابن خيران وقال ابن سريج لم يتعرض
الشافعي لهذا وإذا صح الحديث جاز والحديث صحيح وذكر حديث خارجة بن
زيد عن أبيه من طريق ابن وهب ومن طريق صالح بن كيسان وهذا من ابن
سريج والجوزي موافقة بن خيران أو إسحق. (فرع) إذا قلنا بجواز بيع
الرطب على النخل بالرطب على الأرض هل المعتبر فيه الخرص

[41]

أو الكيل كلام الرافعي رضى الله عنه يقتضى أنه الكيل والذي رأيت في تعليق الطبري عن ابن أبي هريرة خلافة فانه قال ويجوز أن يباع الرطب بالخرص بالرطب الموضوع بالأرض بالخرص إذا نقص عن خمسة أوسق (فرع) عرفت ان الاصح من الواجه الثلاثة المنع مطلقا وقد شد ابن أبي عصرون فصيح قول أبي اسحق أنه إذا اختلف نوعهما صح. (فرع) إذا كان الرطب بالرطب كلاهما على الأرض لم يجر جزم بذلك صاحب الشامل وصاحب البحر وصاحب التهذيب لانه يتسارع إليه الجفاف أو الفساد فلا يحصل المقصود وهو أكل الرطب على الام وحكي القفل في شرح التخليص فيه وجهين وقال المتولي أن فيه الواجه الثلاثة وقال إمام الحرمين في حكاية الواجه الثلاثة عن حكاية العراقيين في بيع الرطب بالرطب (الثالث) الفصل بين أن يكون الرطبان أو أحدهما على الأرض فيمنع أو يكونا على الشجر فيجوز وهذا يقتضى أن أحد الواجه قائل بالجواز مطلقا إذا كانا على الأرض أو أحدهما ولم أجد في طريق العراقيين من نص على الجواز فيما إذا كانا على الأرض ولا حكي فيه خلافا وإنما الخلاف في ذلك في

[42]

طريقة الخراسانيين وممن حكى الواجه الثلاثة فيه صاحب التتمة وإذا جوزنا ذلك يباع خرصا أو كيلا الذي يقتضيه كلام القفال رضى الله عنه وصاحب التتمة الاول فانه قال فأما بيع الرطب بالرطب خرصا وهما موضوعان على الأرض أو بيع الرطب على رؤس الشجر بالرطب خرصا فعلى وجهين (أحدهما) يجوز لان بيع الرطب بالتمر فيه وجهان خرصه رطباً ثم خرصه تمراً ومع ذلك يجوز وإذا كان الرطب على الأرض فليس فيه إلا جهالة واحدة وهو أن يقول خرصها تمراً كذا ويعلم مقدارها في الحال فهذا بالجواز اولى هذا ما رأيت في شرح التخليص للقفال ونقل الرافعي رحمه الله تعالى أن القفال ذكر في شرح التخليص أنه على الخلاف لانه إذا جاز للبيع وأحدهما أو كلاهما على رؤس النخل خرصا واحتملت الجهالة فلان يجوز مع تحقق الكيل في الجانبين كان اولى فاوهم هذا النقل أمرين (أحدهما) أن القفال جعل بيع الرطب بالرطب المقطوع على الواجه الثلاثة وليس في كلامه الا ذكر وجهين (والثاني) أنه يكون البيع في ذلك كيلا والقفال إنما قال خرصا وكذلك صاحب التتمة نعم رطباً بل يخرص ما يجئ منهما تمراً فحسب والذي يقتضيه ذلك أنه إذا علم أن كيل هذا الرطب الآن أربعة أوسق وكيل الرطب الآخر أربعة ونصف وخرص ما يجئ منهما تمراً

[43]

فكانا سواء أنه يجوز البيع ولا اعتبار بالتفاضل في الكيل الآن فحينئذ تحقيق الكيل في الجانبين لا أثر له الا تخفيف غرر خرصه تمراً فانه يكون حينئذ أقل خطأ فننبه لذلك فان ما نقله الرافعي رضى الله عنه عن القفال يوهم أنه لو باع صاع رطب بصاع رطب مقطوعين صح من غير اعتبار

الخرص وليس في كلام القفال ذلك والله أعلم. وقد تابع الرفعى على ذلك ابن الرفعة فقال إن معياره الكيل كما قاله الرافعى وهو وهم والمناقشة في هذا الفرع تقرب من المناقشة في الفرع المتقدم قريبا في بيع الرطب على النخل بالرطب المقطوع على الارض وقال القاضى حسين في تعليقه لا خلاف أن بيع الرطب بالتمر كيلا على الارض أو على الشجر من غير اعتبار المال لا يجوز وهي المزانية فهذا نص القاضى أكبر تلامذة القفال وأعلم بكلامه وبالجملة فما أوهمه كلام الرافعى غير مقبول والله سبحانه أعلم (فائدة) أربع مسائل تنبنى على أصل واحد وهو أن العرية جوزت للحاجة أو رخصة فعلى الاول لا تصح إلا في التمر والرطب على النخل للفقراء وعلى الثانى تصح مع الاغنياء بالرطب على الارض إذا كانا رطبين من الجانبين قالها القاضى حسين.

[44]

(فرع) بيع التمر بالرطب على الارض قال المحاملى لا خلاف على المذهب أنه لا يجوز وذلك ظاهر على طريقة العراقيين في اتفاهم على منع البيع الرطب بالرطب وهما على الارض أما المراوزة فقد تقدم الخلاف عنهم في الرطب بالرطب وهما على الارض فلا جرم ذكروا أيضا خلافا في الرطب بالتمر قال القاضى حسين وجهان (أحدهما) لا يجوز لان المعنى الذى جوزت له العرية وهو الانتفاع على مرور الايام لا يتحقق لانها لاتجف في الحال (والثانى) يجوز لانه لما جاز على النخلة مع الخرص فلان يجوز مع يسهه والاحاطة به أولى وقال الامام إن بنينا الباب على الاتباع امتنع وان جعلنا الخرص أصلا سوغنا وسيأتى قول الامام الذى ادعى فيه أن الخرص أصل مع تلوم وقد تقدم التعرض لهذه المسألة والتنبيه على الجزم بأن ذلك لا يجرى في غير العرايا والله أعلم.. قال المصنف رحمه الله تعالى.
(ولايجوز في العرايا فيما زاد على خمسة أوسق في عقد واحد لما روى جابر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم (نهى عن المخابرة والمحاولة والمزانية) فالمحاولة أن يبيع الرجل الزرع بمائة فرق من حنطة والمزانية أن يبيع التمر على رؤس النخل بمائة فرق والمخابرة كراء الارض بالثلث والرربع).

[45]

(الشرح) حديث جابر رضى الله عنه رواه مسلم بهذا اللفظ وقال البيهقى إن البخاري رواه ولم أره في البخاري إلا من رواية أبى سعيد الخدرى وما ذكره المصنف ذكره الشافعى هكذا رويانا في مسند الشافعى من طريق الربيع عنه وكذلك هو في الام في باب المزانية والتفسير يحتمل أن يكون من قول جابر فان في مسلم في الرواية قال عطاء فسر لنا جابر قال أما المخابرة فالارض البيضاء يدفعها الرجل إلى الرجل فينفق فيها ثم يأخذ من التمر وزعم أن المزانية بيع الرطب في النخل بالتمر كيلا والمحاولة في الزرع على نحو ذلك بيع الزرع القائم بالحب كيلا وفى رواية أخرى في مسلم المحاولة أن يباع الحقل بكيل من الطعام معلوم والمزانية أن يباع النخل بأوساق من التمر والمخابرة الثلث والرربع وأشياء ذلك وفى هذه الرواية ذكر الحديث وهذا التفسير جملة ثم قال الراوى قلت لعطاء بن أبى

رباح أسمع جابر بن عبد الله يذكر هذا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال نعم وظاهره أن التفسير من قول النبي صلى الله عليه وسلم وعندى فيه توقف لأن الراوى الاول عن عطاء الذى ميز التفسير من الحديث أجل من راوى الرواية الاخرى المحتملة وقوله بمائة فرق المقصود بذلك على جهة المثال لا أنه تحديد. والامام

[46]

الشافعي رضى الله عنه روى الام سؤال ابن جريج لعطاء وان جابرا فسرهما لهم ثم قال الشافعي وتفسير المحاقلة والمزابنة في الاحاديث يحتمل أن يكون على رواية من هو دونه والله أعلم. وقال أبو عبيد القاسم بن سلام في غريب الحديث سمعت غير واحد ولا أتبين من أهل العلم ذكر كل واحد منهم طائفة من هذا التفسير فقالوا المحاقلة بيع الزرع وهو في سنبله بالبر وهو مأخوذ من الحقل والحقل هو الذى يسميه أهل العراق القداح يعنى الارض المعدة للزراعة كما اقتضاه كلام غيره وصرح به ابن باطيش وهو في مصلى يقال لا تنبت البقلة إلى الحقلة والمحقل السنبل قال الماوردى جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم (أنه نهى عن بيع الطعام في محقله) يعنى في سنبله قالوا والمزابنة بيع التمر في رؤوس النخل بالتمر. وقال أبو عبيد في المخابرة هي المزارعة بالنصف والثلث والرابع فأقل من ذلك وأكثر وهو الخير أيضا وكان أبو عبيدة يقول بهذا سمي الاكار الخير لانه يخابر الارض والمخابرة المذاكرة قال ابن باطيش وقيل أن أصلها مشتق من خبير لان النبي صلى الله عليه وسلم أقر أهل خبير عليها لما فتحها على أن لهم النصف من ثمارهم وزرعهم وعليهم العمل فقيل قد خابروهم أي عاملهم بخبير وهذا التفسير مطابق لمذهب الشافعي رحمه الله تعالى

[47]

وذكر أصحابنا أن المحاقلة استكراء الارض ببعض ما يخرج منها وهو المخابرة وقد يقال استكراء الارض بالحنطة واستدلوا على ذلك بما روى أبو سعيد الخدرى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المحاقلة والمحاقلة استكراء الارض بالحنطة قال الشيخ أبو حامد وغيره وما قلناه أولى يعنى بعد تعارض الروايتين لان اللغة تشهد له وذلك أن هذه اللفظة من الحقل وهو الزرع ويقال الحقل القداح المزروعة والحوائل المزارع قال أبو الطيب وكذلك لا يصح إجارته بحال لانه قال في شرح التلخيص إن الحقل الارض البيضاء وروى الشافعي رضى الله عنه ومسلم بن الحجاج في الصحيح عن سعيد بن المسيب في مرسلاته تفسير المحاقلة بالامرین جميعا قال الشيخ أبو حامد فثبت التفسير الذى ذكرنا يعنى أنه مستعمل في ذلك فاما استعماله في المعنى الآخر فيمكن أن يقال ان ذلك مرسلا مخالف للقياس لان الاجرة بدل من منافع الارض وليس في كون الحب اجرة لمنافع الارض معنى يوجب فساد العقد ويمكن أن يقال ان هذا المرسل يعتضد بحديث أبى سعيد وتكلم في وجه القياس في ذلك ومحل ذلك ينبغى أن يكون في كتاب الاجارة وانما نتكلم هنا في المزابنة قال الماوردى وغيره المزابنة في اللغة المدافعة ولهذا سميت المزابنة لانهم

يدفعون إلى النار وقالوا زينت الناقله برجلها إذا دفعت قال الشاعر
ومستعجب مما يرى من آياتنا * ولو زينت الحرب لم يتعجب

[48]

يملا فسمى بيع الرطب بالتمر مزابنة لانه دفع التمر باسم المزابنة بالرطب
وبيعه لا يجوز قال الازهرى وانما خصوا بيع التمر فرؤوس النخل بالتمر
باسم المزابنة لانه غرر لا يخص المبيع بكيل ولا وزن وخرصه حدس وطن
معنى لا يؤمن فيه من الربا المحرم وهذا يقتضى أن المزابنة تختص ببيع
التمر على رؤوس النخل وهو مقتضى التفسير الذى ذكره المصنف في
الحديث عن جابر كذلك قال ابن الصباغ وآخرون وقد تقدم في كلام أبى
حامد وغيره مع الحنفية أن بيع الرطب بالتمر مطلقا يسمى مزابنة وهو
مقتضى كلام الماوردى الذى ذكرته الآن وكذلك قال الخطابى وقد جاء في
رواية يحيى بن بكر في الموطأ في حديث ابن عمر في تفسير المزابنة قال
المزابنة الرطب بالتمر كيلا والمعنى واحد أو متقارب وتبين أن صح أن
المراد بالتمر الرطب والله أعلم. وقد ذكر رواية أيوب عن نافع عن ابن عمر
أن المزابنة أن يبيع الرجل ثمرته بكيل ان زاد فلى وان نقص فعلى وهو
قريب من الاول قال ابن عبد البر ولا خلاف بين العلماء أن المزابنة ما ذكر
في هذه الاحاديث تفسيره عن ابن عمر من قوله أو مرفوعا وأقل ذلك أن
يكون من قوله وهو راوي الحديث فنسلم له فكيف ولا مخالف له في ذلك
وكذلك كل ما كان في معناه من الجزاف بالكيل في الجنس الواحد
المطعوم أو الرطب اليابس من جنسه

[49]

والفرق مكيال من المكاييل يسع ستة عشر رطلا والمشهور فيه فتح الراء
وفيه لغة أخرى بأسكانها حكاها ابن قابوس وابن سيده وأنكرها ثعلب فعلى
المشهور مشترك بينه وبين الخوف والله أعلم. وجمع الفرق على اللغتين
فرقان كبطن وبطنان وحمل وحملان قاله ابن الأثير في شرح مسند
الشافعي والوسق - بفتح الواو وكسرهما والفتح أفصح - يجمع على أوسق
وأوساق ووسوق وقال المروزي قال شمر كل شئ حملته وسقطه وقال
غيره الوسق ضمك الشئ إلى الشئ بعضه إلى بعض وقال ابن سيده
الوسق حمل بغير وقيل هو ستون صاعا بصاع النبي صلى الله عليه وسلم
وقيل هو العدل وقيل العدلان. وقد اتفق الاصحاب على الحكم المذكور قال
الشيخ أبو حامد والمحاملى لا خلاف أن فيما زاد على خمسة أوسق لا يجوز
وهو مذهب مالك وأحمد وقال محمد من المالكية انه يمضى إذا وقع قال
ولو جوز ابتداء من غير كراهة لكان أقبس يعنى إذا اشتراها بخرصها نقدا
لان عند مالك الخمسة الاوسق فما دونها تباع بالسته كما تقدم وهذا قول
شاذ وقد تقدم عند الكلام في اقتضاء جوازها للاغنياء ما يمكن أن يتعلق به
من جهة حمل المطلق على المقيد وجوابه والصواب الاول والنص الصريح
في النهى عن المزابنة دليل عليه والمصرفية أنه يبيع طعام بجنسه مجهول
التساوى ولم يرد فيه رخصة ولا هو في معنى ما وردت فيه وكذلك

المحاولة للنص والمعنى المذكور ومعنى آخر وهو أنه بيع طعام وتبين بطعام وذلك لا يجوز وأيضا لان من دونه حائل قاله ابن أبي هريرة والاصحاب وليس هذا محل الكلام على المحاولة والمخابرة وإنما نتكلم هنا في المزانية (فائدة) الفرق بين المحاولة والعرايا حيث جوز في العرايا في القليل ولم يجوز في المحاولة في قليل ولا كثير والفرق ظاهر وهو الحاجة إلى أكل الرطب حال كونه رطبا بخلاف السنبل فإنه لا يحتاج إليه والله أعلم. وقد اتفق الاصحاب على أنه إذا زاد على خمسة أوسق عقد واحد لا يصح قال الماوردي (فان قبل) فهذا أبطلتموه فيما زاد على الخمسة وجوزتموه في الخمسة (قيل) لانه بالزيادة على الخمسة قد صار مزانية والمزانية كلها فاسدة وهذا الجواب لا يشفى فان الخمسة إذا كانت جائزة فضمت مع غيرها فالقياس تخريجه على تفريق الصفة والمزانية قد استثنى منها مقدار خمسة أوسق فلعل مأخذ المنع من ذلك الاحتياط في عقود الربا وأنه بالزيادة صار العقد ربا والربا حرام بخلاف عقد لم ينف عنه ورد على ما يجوز وما لا يجوز فلا يوصف بالحرمة المطلقة ولا بالحل المطلق بل هو بالنسبة إلى ما يجوز حلال وإلى غيره حرام وأما عقود الربا فحرام من حيث هي لا لامر يرجع إلى المعقود عليه بل إلى نفس تلك المقابلة والله أعلم. وقد وفى الجوزى بمقتضى التخرىج وحكى قولين فيما إذا عقد على

أكثر من خمسة أوسق (أحدهما) لا كمن نكح أختين (والثاني) يصح في الخمسة ويبطل في الزائد وللمشتري الخيار (1) وقد علمت ان المزانية بيع الرطب بالتمر والمحاولة بيع الزرع بالحنطة ثم ان سائر الثمار في شجرها بجنسها لا يجوز وسائر الزرع في سنبله كذلك فاختلف أصحابنا على ما حكاه الماوردي هل ذلك لدخولها في اسم المزانية أو قياسا عليها (فأخذ الوجهين) وهو ظاهر مذهب الشافعي أن ذلك لدخول سائر الثمار في اسم المزانية وسائر الزرع في اسم المحاولة فكان تحريمه نصا لا قياسا (والوجه الثاني) وهو مذهب أبي علي بن أبي هريرة أن النص في المحاولة والمزانية يختص بالحنطة والنخل وسائر الزروع مقيسة على الحنطة في المحاولة وسائر الثمار مقيسة على النخل في المزانية فكان تحريمه قياسا لانصا قال القفال في شرح التلخيص المحاولة بيع الزرع في الارض بعد ما يعقد الحب بالحنطة وقال القاضي حسين المحاولة بيع الحنطة المنقاة بالحنطة في السنابل وذلك لا يجوز وهو مشتق من الحقل وذلك اسم الارض البيضاء والمزانية بيع الرطب على الاشجار بالتمر على وجه الارض فأما إذا باع الحنطة على وجه الارض بالقصل قبل أن يتسنبل أو قبل أن تشتد فيه الحبات فإنه يجوز لانه بيع الحنطة بالحشيش وكذا لو باع الحنطة على وجه الارض بالشعير ففي سنبله جاز وأما إذا باع الشعير على وجه الارض بالقمح في سنبله ففيه قولان كما بيع الغائب وقال مالك رحمه الله صورة المحاولة

والمزابنة أن يقول الرجل لآخر اضمن لى صبرتك بعشرين صاعا فما زاد فعلى وما نقص فعلى اتمامها هذا كلام القاضى حسين وقولهم في تفسير المحاقلة بيع الزرع بالحنطة هكذا أطلقه جماعة وقال الماوردى بيع الطعام في سنبله بالطعام المصفى وقيده المحاملى بأنه بيع الحنطة في سنبلها بالحنطة وهو الصواب وقيده الصيمري في شرح الكفاية فقال بيع السنبل من البر قائما بالحنطة فتقيده بالبر لابد منه وكذلك قيده الفورانى في الابانة وقال القفال والقاضى أبو الطيب وصاحب التهذيب بيع الزرع بعد اشتداد الحب بمثله نقيا وهذا يدخل فيه الشعير وغيره وتكون الحنطة على سبيل التمثيل قال الصيمري ولو بيع بالدرهم لم يجز الا أنه غير المحاقلة وقال أبو داود لما ذكر التفسير المذكور قال إذا حذر الزرع أنه يحصد منه مائة فرق فيبيع بمائة فرق فلا يجوز فان لم يكن فيه هذه الخرص وهذا التقدير فأولى بالفساد والله أعلم. (فرع) قول المصنف في عقد واحد مفهومه أنه يجوز في عقود متفرقة والامر كذلك يجوز أن يبيع الرجل تمر بستانه كله لجماعة كل واحد منهم دون خمسة أوسق نص على ذلك الشافعي والاصحاب وقال امام الحرمين انه لا خلاف فيه ويجوز أن يبيع أيضا للرجل الواحد في عقود كل

عقد دون خمسة أوسق أو خمسة إن جوزناها نص عليه الاصحاب القاضى أبو الطيب وابن الصباغ والمحاملى ونفى الخلاف فيه امام الحرمين والمتولى قال النووي في الروضة لان الرخصة عامة في جميع العقود وخالف في ذلك أحمد فقال لا يجوز أن يبيع أكثر من عربة واحدة ولا يشتري أكثر من صفقة واحدة ومذهبه معروف في سد باب الحيل وقد أورد الاصحاب سؤالا وجوابه نقلهما القاضى أبو الطيب عن أبى اسحق أنه قال (فان قيل) إذا أجزتم ذلك فقد أبطلتم المزابنة وجعلتم للناس أن يبيعوا جميع ثمارهم على رؤس النخل بالتمر (والجواب) أن المزابنة حكمها ثابت في العقد الواحد وقال ابن الرفعة يظهر إذا قلنا باختصاصها بالفقراء أن لا يصح لانه بالخمسة الاولى غنى شرعى واعتباره هنا أولى من اعتبار الغنى العرفي (قلت) وجواب ذلك أن الخمسة الاولى قد يكون أكلها أو أزالها عن ملكه أولا تسد كفايته واعتبار الكفاية في ذلك أولى من جعله مالكا لتصاب الزكاة وقد تقدم ما اقتضاه كلام صاحب التتمة والجرجاني من أن المعتبر أن لانقد بأيدهم وهو حاصل هنا والله أعلم. (فرع) ويقهم منه أنه إذا باع ثمانية أوسق من رجلين صفقة واحدة جاز لاه بمنزلة الصفقتين وإذا كانت ستة عشر وسقا بين رجلين فباعها من رجلين جاز لان كل واحد منهما باع حقه وهو

ثمانية أوسق من رجلين فيصير كأنه باع من كل واحد منهما أربعة أوسق وبذلك كله صرح القاضي أبو الطيب والماوردي والقاضي حسين وابن الصباغ والرافعي وغيرهم ولا خلاف في المذهب فيه وفرضها الماوردي في عشرين وسقا إلا مدا وهو أبلغ في التمثيل ونقل ابن الصباغ وغيره خلاف أحمد في ذلك قال لان البائع عنده لا يجوز أن يبيع أكثر من عربة واحدة وعندنا يجوز. (فرع) إذا باع رجلان من رجل واحد أكثر من خمسة أوسق ففيه وجهان حكاهما الفوراني وغيره من المراوزة (والصحيح) الجواز كما لو باع من رجلين لان الصفقة تتعدد بتعدد البائع جزما وفي تعددها بتعدد المشتري وجه وقد جزمنا بأنه هنا تجوز الزيادة على الخمسة عند تعدد المشتري واتحاد البائع فينبغي أن يكون عند تعدد البائع واتحاد المشتري أولى بالجواز (والوجه الثاني) أنه لا يصح وهو اختيار صاحب التلخيص لانه يدخل في ملكه أكثر من خمسة أوسق بطريق الخرص دفعة واحدة وهو يخالف مقصود الخبر وفرق امام الحرمين بين هذا وبين الرد بالعيب حيث يلاحظ فيه التعدد والاتحاد بأن المبيع خرج عن ملك البائع دفعة فلو رجع إليه بعضه لكان خارجا بعيب عائدا بعينين وإذا تعدد البائع يرد المشتري تمام ملك أحدهما عليه لم يتضمن تنقيصنا

[55]

عليه لم يكن قبل والمقصود في العرايا أن لا يملك الرجل دفعة واحدة خمسة أو أكثر من خمسة وهذا الوجه ضعفه البغوي والرويانى والرافعي وممن رجع الجواز في ذلك صاحب العدة والعمراني. (فرع) فلو باع عشرين وسقا من أربعة فعلى القولين ان جوزنا العرايا في خمسة صح وقال في الروضة وسواء في هذه الصورة كانت العقود في مجلس أو مجالس حتى لو باع الرجل الف وسق في مجلس واحد بصفقات كل واحد دون خمسة أوسق جاز. (فرع) لو باع الزرع قبل بدو الحب فيه بالحنطة جاز فان الزرع حشيش بعد غير معدود من المطعومات قاله الامام والرافعي وكذلك قال الرويانى في البحر يجوز بشرط القطع وفرضه فيما إذا لم يشتد الحب وهو مراد الامام وكذلك صاحب التهذيب وقال سواء تسنبل أم لم يتسنبل فينبغي أن يقيد اطلاق تفسير المزانية بالزرع بالحنطة والا حرم قال الامام وجماعة ان معناها الحب في السنبل بالحنطة لكن قول صاحب التهذيب أنه يجوز إذا تسنبل مشكل فانه يبيع قمح رطب مستتر مع تبته بقمح وذلك نوع من الفساد والرافعي قال قبل ظهور الحب فلا يرد عليه شئ. (فرع) حكى أصحابنا عن مالك رحمه الله أنه فسر المزانية بأن يكون لرجل صبرة من طعام فيقول له رجل في صبرتك ستون وسقا فيقول صاحب الصبرة ليس فيها ستون وسقا فيقول له

[56]

الجادر نكليها فان نقصت تمتتها وان زادت أخذت الزيادة وقد ذكر الشافعي رحمه الله تعالى هذه المسألة في الام وقال ان ذلك قمار مخاطرة وليس يعقد وانه من باب أكل المال بالباطل وكذلك لو قال رجل عد قئاءك أو بطيخك أو اطحن حنطتك فما زاد على كذا فعلى وما نقص فعلى وكذلك فيما قال الماوردي لو أخذ ثوبا لرجل فقال أنا أقطعه لك

قميصا فان نقص غرمته وان زاد أخذت الزيادة فكل هذه الاشياء حرام بالاتفاق ولكن الاختلاف في أن ذلك داخل تحت المزابنة أولا فان هذا مخاطرة موضوعة أن يدفع عند النقصان مالا يأخذ عوضه ويأخذ عند الزيادة مالا يعطى بدله فصار بالقمار والمخاطرة أشبه منه بالبيع والمزابنة والذي حكاه أبو بكر بن العربي أن المزابنة بيع التمر في رؤس النخل بالتمر فعلى هذا لا خلاف بيننا وبينهم قال ابن العرابي ثم حمل على ذلك كل رطب يباس ونقل ابن العربي عن مالك أنه قال المزابنة كل شئ من الجزاف لا يعلم كيله ولا وزنه ولا عدده أتبيع بشئ من المسمى من الكيل والوزن والعدد واختصاره بيع المجهول بالمعلوم وهذا أيضا يوافق تفسير الشافعي فان قال في المزابنة كل جنس من الطعام عرف كيله اشترى بجنس مثل مجهول الكيل أي المزابنة المحرمة وليس مقصود تفسير ما جاء في الحديث والخلاف ان يثبت في تفسير اللفظ لا في المعنى فان العقود المذكورة محرمة عندنا وعنده قال ما معناه ذلك وشذ الصيمري فجعل المزابنة شراء الرطب في رؤس النخل بتمر في الارض جزافا وعلى هذا لا يحتاج إلى استثناء العرايا وهو يخالف قوله ورخص في العرايا.

[57]

(فرع) قال الشيخ أبو حامد في الرونق المحاكلة على ضربين (أحدهما) بيع الحنطة في سنبها وهو ممتنع كالجوز واللوز في قشرته (والثاني) بيع الحنطة مع التبن ففيه قولان بناء على خيار الرؤية وهذا الكلام يقتضى أنه لا يشترط في المحاكلة أن يكون المبيع بالحنطة وهو خلاف المشهور وخلاف ما صرح به الصيمري فيما تقدم وهذا اختلاف في التسمية والاحكام لا نزاع فيها وأما حزمه في الاول بالبطلان وحكايته القولين في الثانية فينبغي أن يؤخر الكلام عليه إلى باب الاصول والثمار. (فرع) اعتبار الخمسة ههنا هل هو تحديد أو تقرب صرح الماوردي على قولنا انه لا يجوز إلا أقل من خمسة أوسق أنه لو باع خمسة إلا مدا أو إلا ربع مد صح فيما إذا اشترى أربعة أنفس عشرين وسقا إلا مدا ومقتضى ذلك أن الخمسة إذا نقصت ربع مد صح جزما وهذا يشعر بالتحديد لان ربع مد رطل وثلاث في ألف وستمائة رطل قليل جدا والاصحاب أطلقوا الخمسة من غير تعرض لتحديد ولا تقرب قال ابن الرفعة ولا يبعد تخريجه على أن الخمسة الاوسق في الزكاة تحديد أو تقرب فقد حكى عن العراقيين أنه لا يضر لنقصان خمسة أرطال فينبغي أن يكون النقص أكثر من خمسة أرطال (قلت) وقد صرح النووي بهذه المسألة وان ذلك على سبيل التحديد في مجموع لطيف اسماء رؤس المسائل وتحفة طلاب الفضائل وذكر فيه مسألة في بيان جملة من المقدرات الشرعية فذكر مما هو على سبيل التحديد عدد الذي تنعقد به الجمعة ومدة مسح الخف وأحجار الاستنجاء ولو باع الكلب ونصيب الزكاة وقدر الواجب فيها وفي زكاة الفطر وفي

[58]

الكفارات وتعتبر سن البلوغ بخمسة عشر وتقدير الرخصة في بيع العرايا بخمسة أوسق إذا جوزنا في خمسة أوسق ومنه الأجال في حول الزكاة والحرمة والعدة ودية الخطأ ونفى الزانى وانتظار العين والمولى وحول

الرضا وجلد الزانى والقاذف وتخصيص الزيادة على الاربعين على سبيل التقدير بثمانين ونصاب السرقة بربع وغير ذلك ومن التقدير الذى على سبيل التقريب سن الرقيق المسلم فيه والموكل في شرائه ومن التقدير المختلف فيه تقدير العلتين وسن الحيص والمسافة بين الصغين ومسافة القصر ونصاب المعشرات وفى كلها وجهان (الاصح) التقريب لانه يجتهد في هذا التقدير وما قاربه وهو في معناه بخلاف المنصوص على تحديده وفى كلام النووي الذى حكته تقييد ذلك بما إذا جوزنا في خمسة أوسق ولا يتقيد بذلك بل إذا قلنا انه لا يجوز في الخمسة فنقص عنها نقصا يسيرا فانه يجوز العقد عليها لانا جعلنا ذلك تحديدا وقد حصل النقص عليها فيمتنع والله أعلم. (فرع) لو باع الحنطة في سنبلها بالشعير على وجه الارض فان فيه القولان في بيع الغائب قال ولو باع الشعير في سنبله بالحنطة على وجه الارض أو الرطب على رأس النخل بجنس آخر من الثمار على الشجر أو على وجه الارض فلا بأس لكن يتقاصان بالتسليم فيما على وجه الارض وبالتخلى فيما على الشجر قاله الرافعى.

[59]

(فرع) هل يجوز ان يقع عقد العرية على جزء مشاع مما على النخل من الرطب إذا خرص الجميع الذى لاشك فيه الجواز وذلك مقتضى نقل الاصحاب انه إذا باع من رجلين سبعة أو سق جاز فالذي حصل لكل منهما مشاع ولا يقدر في ذلك التسليم فانه يحصل بالتخلى ولا الانتفاع به فانه يحصل بالمقاسمة على قول الاقرار على الاصح (فائدة) الحقل قداح طين يزرع فيه قاله ابن سيده وغيره قال وحكى بعضهم فيه الحقلة ومن امثالهم لا يبيت الحقلة الا البقلة وليست الحقلة بمعروفة واراها انتوار الحقلة في هذا المثل انتهى فالمحاولة سميت بذلك لتعلقها بزرع في حقل المزبنة ماخوذة من الزين وهو الدفع سميت بذلك لانها مبنية على التخمين والغبن فيها مما يمكن من يد المغبون دفعه والغبن امضاءه فيتدافعان ولا يمكن المعيار الشرعي وهو الكيل في السنابل والرطب على النخل والخرص فيها لا يكفي قال الائمة وفى المحاولة شيان آخران. (فرع) إذا امتنع بيع الحنطة في سنبلها بالحنطة الظاهرة فامتناع بيعها بمثلها اولى وقد صرح الشافعى رضى الله عنه بذلك وأشار إلى عدم الخلاف فيه فانه قال ولم اجدهم يعنى اهل العلم يخبرون ان يتبايعوا بيع الحنطة بالحنطة فس سنبلها كيلا ولا وزنا لاختلاف الاكمام والحب فيهما ذكر ذلك في باب الوقت الذى يحل فيه بيع الثمار.

[60]

(فرع) وكذلك قال فيه ايضا ولم ارهم اجاز وابع الحنطة في التبن محصودة.. قال المصنف رحمه الله تعالى. (ويجوز ذلك فيما دون خمسة اوسق لما روى أبو هريرة رضى الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم ارخص في بيع العرايا فيما دون خمسة اوسق). (الشرح) الثابت في الصحيحين في حديث ابى هريرة فيما دون خمسة اوسق أو في خمسة اوسق هكذا على الشك من رواية داود كما سيأتى قريبا ان شاء الله تعالى وفى الترمذي فيما دون خمسة اوسق أو كذا واما روايته باحد اللفظين

فقط كما ذكره المصنف فلم اره في شئ من كتب الحديث الا في نسخة من سماعنا في مسند الشافعي وراجعت نسخة اصح منها فوجدته على الصواب مكملا كالروايات المشهورة وكذلك رواية الشافعي رحمه الله في الام ومن عادة الشافعي ان رواياته في الحديث الواحد لا تختلف ولو رواها في مواضع متعددة لشده ضبطه واتقانه وثبته فتبين ان رواياته فتبين ان السقوط في تلك النسخة غلط من ناسخ فان كان وقع للمصنف نسخة كذلك فهو اللائق بورعه وتجريه انه لا يختصر الحديث ولا يقال ان ذلك جائز فانه ذكر بعض الحديث وليس فيه تعيين حكم لان ما دون الخمسة محقق ومن ارخص في الخمسة فقد ارخص فيما دونها فالرخصة فيما دونها محققه لانا نقول ان في الاقتصار على ذلك خلا في اللفظ والمعنى اما اللفظ فانه لا يتحقق مطابقته للفظ ابي هريره فلائه على تقدير ان تكون الرخصة في خمسة اوسق فلا يمكن نسبه إليه باللفظ واما بالمعنى فلانه يصير موها أو مقها

[61]

بطريق المفهوم انه لا يجوز في الخمسة وذلك قاذح في الرواية بالمعنى والشيخ أجل عندنا من ان يستدرك على روايته خلاه ينسب إليه والظاهر ان الشيخ وجده هكذا واعتقده حديثا تاما وكلامه بعد هذا بسطر يشعر بذلك ولا اعرف روايه في ذلك اقتصر فيها على ما دون خمسة اوسق الا ذلك ما تقدم في اول الباب عن الترمذي من القصة التي نقلها بغير إسناد ولا تعيين فان ثبت ان ذلك حديث كامل فهو نص فيما ادعاه والا فان الحكم المذكور ثابت بالاخبار المشهورة المتقدمه فان ما دون الخمسة داخل في الخمسة وابطاحه الشئ ابحاثه لما يتضمنه فالاباحه فيما دون الخمسة محققه اما نصا واما تضمنا والله اعلم. والحكم المذكور لا خلاف فيه في المذهب كذا قال القاضي أبو الطيب والمحاملى. (فرع) لاضابط للنقص عن الخمسة بل متى كان اقل من الخمسة بشئ ما كان جائزا كذلك نص الشافعي عليه وهو يدل على ان الخمسة تحديد وسنفرده له فرعا في المساله التي بعدها واعلم انا إذا اطلقنا خمسة اوسق انما نريد خمسة اوسق من التمر أي قبل ما يخرص فنعرف انه إذا جف كان خمسة اوسق ولا نريد خمسة اوسق نت الرطب والله اعلم. وقدم التنبيه على ذلك.. قال المصنف رحمه الله تعالى. (وفى خمسة اوسق قولان) احدهما لا يجوز وهو قول المزني لان الاصل هو الحظر وقد ثبت جوار ذلك فيما دون خمسة اوسق لحديث ابي هريره رضى الله عنه وفى خمسة اوسق شك لانه روى في

[62]

حديث ابي هريره فيما دون خمسة اوسق أو فى خمسة اوسق شك فيه داود بن الحصين فبقى على الاصل ولان خمسة اوسق فى حكم ما زاد بدليل انه تجب الزكاة فى الجميع فإذا لم تجز فيما زاد على خمسة اوسق لم تجز فى خمسة اوسق والقول الثاني انه يجوز لعموم حديث سهل بن ابي حنمه). (الشرح) الحديث المذكور رواه البخاري ومسلم رحمهما الله من حديث داود بن الحصين عن ابي سفيان مولى بن ابي احمد عن ابي هريره

رضى الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم رخص في بيع العرايا في
خمسه اوسق أو دون خمسه اوسق هذا لفظ البخاري ولفظ مسلم رخص
في بيع العرايا بخرصها دون خمسه اوسق أو في خمسه فشك داود وقال
خمسه أو دون خمسه والقولان نص عليها الشافعي رضى الله عنه في
موضعين على ما ساذكره (احد القولين) انه لا يجوز وهو مذهب احمد وقول
المزني والزم به الشافعي وقد رايته منصوصا للشافعي رحمه الله في
كتاب الصرف وهو في الجزء السادس من الام في باب العريه قال ولا
يشترى من العرايا الا اقل من خمسه اوسق بشئ ما كان فإذا كان اقل من
خمسه اوسق جاز البيع وكذلك قال في مختصر البويطى ايضا العريه ان
يشترى الرجل الرطب بتمر نقدا ما كان خرصه اقل من خمسه اوسق ياكله
رطباً ولكن الزمه بحسب ما نقله

[63]

عنه في المختصر فان لفظه فيه وأحب إلى ان تكون العريه أقل من خمسه
اوسق ولا أفسخه في الخمسه اوسق لانها شك وهذا النص منقول من الام
من موضع آخر وتوجيهه ظاهر كما قاله المصنف وكثيرون جزموا بهذا
القول وتقدم التنبيه على ان طرق حديث ابى هريره رضى الله عنه كلها
على الشك فالجواز فيما دون الخمسه حينئذ لانه ثابت على التقديرين ان
كان الثابت خمسه أو دون الخمسه فدون الخمسه جائز اما نصا واما ضمنا
والخمسه مشكوك فيها فتبقى على الاصل وهو التحريم الثابت فالنهي عن
المزايبه وعن العرر وعن الربا ووجه القياس الذي اشار إليه المصنف ان
الخمسه تردد الحاقها بين الناقص عنها والزائد عليها وقد عهد من الشرع
التسويه بينها وبين الزائد عليها في حكم الزكاة وجعلها في حد الكثير
فينبغي ان تلحق به ههنا ويكون اولى الحاقها بالناقص الذي لم يقدره
الشرع ولم يشهد له نظير وهذا الاستدلال نقله القاضى أبو الطيب عن ابى
اسحق وهو لو تجرد عن الاصول المتقدمه كان كافيا في التحريم فكيف
وقد اعتضد بها واحتج لهذا القول ايضا بما اشار إليه ابو داود في بعض نسخ
كتابه ورواه البيهقي من حديث جابر بن عبد الله رضى عنه قال نهى رسول
الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقله والمزايبه واذن لاصحابه العرايا ان
يبيعوها بمثل خرصها ثم قال الوسق والوسقين والثلاثة والاربعه واحتج له
الماوردي بما رواه ابو سعيد الخدرى رضى الله ان النبي صلى الله عليه
وسلم قال لا صدقه في العريه

[64]

والخمسة اوسق ثبت فيها الصدفة وهذا الحديث لأعرفه وسأذكر ما يمكن
ان يقال في مقابلة هذا القول أنشاء الله تعالى وممن اختار هذا القول ابو
بكر بن المنذر وابو سليمان الخطابي ورجحه إمام الحرمين وصححه
الرويانى في حليته والبعوى والشاشى وابن عسرون والغزاليقى البسيط
والنووي وهو الذى يقتضيه كلام القفال والقاضى حسين (تنبيه) نقل ابن
الرفعة عن الرافعى أنه اختار قول المنع ومستنده في ذلك أن الرافعى
قال والثانى وهو المختار المنع والظاهر ان الرافعى نفسه انما اراد بذلك
انه مختار المزني في مقالة ما نقله عن الشافعي رحمه الله لا أنه مختار

الرافعى نفسه وكلامه واستقاء عاداته يدلان على ذلك وأن كلامه فيما ما بعد يميل إلى ترجيح المنع فانه قال إنه الاضهر عند صاحب التهذيب والقاضى الروبانى وغيرهما وهذه العبارة قد يوجد منها بعض ترجيح وعند التحقيق لا ترجيح فيها ايضا والقول جزم به كثيرون انه يجوز وبه قال مالك رحمه الله وروراية عن احمد وهو الصحيح عند المحاملى وابى حامد والغزالي في الوجيز وهو المنقول عن نصه في باب بيع العرايا من كتاب البيوع من الام قال ولايجوز ان يبيع صحاب العرية الا خمسة اوسق أو دونها واحب ان يكون دونها لا ليس في النفس منه شيئا ولعله في الام في موضع ولم امعن الكشف وهذا الكلام مع كلام المختصر ليس صريحا في القول بالجواز بل كانه متوقف في ذلك للشك في الرواية وانه ان وقع لا يقول بفسخه لاجل الشك

[65]

فهذا هو التوفية بمقضى الشك ان لا يجزم فيه باباحة ولا تحريم وتكون اوفى كلامه للشك لا للتخير وقال احب ان يكون اقل يعنى لئلا يقع في الحرام المحتمل ولكن الاصحاب جعلوا ذلك قولا بالجواز وهو الصحيح عند المحاملى وكان الشافعى رضى الله عنه لم ينظر إلى الاصول المذكورة ولا إلى القياس اما النهى عن المزانية فلانه ورد مستثنى منه العرايا والعرايا قد وقع الشك في مقدارها يكون ذلك كتخصيص العام بمجمل فانه يمنع الاحتجاج به كذلك هنا يمتنع الاحتجاج بعموم النهى عن المزانية في الخمسة وهذه مسألة مقررة في اصول الفقه فالشك الذى في مقدار الرخصة يقتضى الشك في مقدار المنهى عنه ويعدل إلى دليل اخر وقد نبه الاصحاب على ذلك ومثل ذلك ما قاله امام الحرمين فيما إذا قال وقفت على اولادي وأولاد اولادي الا من يفسق منهم لما اعتقد أن ذلك مترددين عود الاشياء إلى الكل أو إلى الاخير وحكم مع ذلك بأنه لا يصرف إلى الاولاد لاجل التردد ومثل ذلك بحيث جرى بينى وبين شيخنا أي ابن الرفعه في قوله صلى الله عليه وسلم (المؤمنون عند شروطهم الا شرط أحل حراما أو حرم حلالا) ورام الاستدلال بذلك على انه متى شك في شرط وجب ادراجه في العموم والحكم بصحته حتى يقوم دليل على منعه وليس بجيد لما ذكرته من المرجح عند الاصوليين نعم لو كان النهى عن المزانية في مجلس والترخيص المشكوك فيه في مجلس اخر لم يقدر في التمسك بالعموم ولم يعلم ذلك بل الراوى

[66]

قال الا انه اخص في العرايا والراوى الاخر شك في مقدارها ولعلمها حكيا قصة واحدة فتطرق الشك إلى عموم النهى فيعدل عن ذلك إلى عموم حديث شهل الا فيما قام الاجماع عليه واقتضاه النهى من غير شك وهو الزائد على الخمسة وهذا اولى من التمسك بعموم النهى عن الغرر لانه اخص منه مع تفاقم اكثر الاغرار ابيحت واخرجت من ذلك العموم واولى من التمسك بكون الاصل في الربويات التحريم لما ذكرنا انه اخص واما القياس المذكور فليس باقوى ويمكن ان يعارض بان الخمسة عهد اعتبار الشرع لها محلا لوجوب الزكاة فلنكن محلا لجواز البيع واما دون الخمسة

فلم يعهد اعتباره والحاق الجواز من المنع لان الوجوب جواز متأكد بالطلب ووجه العموم في حديث سهل قوله رخص في بيع العرايا وهو شامل لما إذا كان عليها خمسة اوسق وأكثر خرج الاكثر بدليل يقينا فيما عداه على مقتضى الحديث واما حديث جابر فانه من رواية محمد بن اسحق وفيه كلام وان كان ضعيفا لكن قارن ذلك

[67]

أن منبه (1) ليس صريحا لان الظاهر ان ذلك خرج على جهة التمثيل والا فيقتضى انه لا يجوز اكثر من اربع والخصم لا يقول به (واعلم) ان كل ذلك محل والانصاف قول المزني وان ذلك يمتنع لان الاحاديث الدالة على منع بيع الرطب بالتمر كثيرة وليس في كلها الاستثناء فيبقى الذي ليس فيه الاستثناء على عمومه حتى يرد مبيح وكثرتها تقتضي اللجزم فانها احاديث لاحديث واحد ورد الاستثناء معه وفي حديث زيد الذي رواه مسلم المذكور فيما تقدم والذي ياتي عقيب هذا ما يدل على تأخر الرخصة عن النهي قال فيه رخص بعد ذلك في بيع العرية بالرطب أو التريعى بعد النهي عن بيع التمر بالتمر قال بعضهم لو ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اباح الخمسة لحفظه الله تعالى حتى يصل الينا مثبتا وحكى القفال ان معنى القولين ههنا يرجع إلى ان النهي عن المزابنة ورد اولاً ثم رخص في العرايا أو لم يرد النهي الا والرخصة معه فعلى الاول وهو الاظهر والاصح لا يجوز في الخمسة وعلى الثاني يجوز حكاة عن القفال جماعة منهم القاضي الحسين وهذا يشير إلى ما قالته من البحث وهو احسن في العبارة كما حكاها صاحب العدة عن الشيخ

(1) كذا بالاصل فحرر

[68]

أبى على أنه قال في الشرح ان الخبر يعنى خبر المزابنة هل مخصوص أو منسوخ يعنى في قدر العرية فيه قولان (الاصح) الثاني ومرادهما واحد وانما قلت إن الاول أحسن لان الرخصة وإن تأخرت لا يلزم أن تكون نسخا بل قد تكون تخصيصا وان تأخر والله أعلم. على أن الذي رأيت في شرح التخليص أن القفال نقل القولين في كون ذلك نسخا أو تخصيصا كما حكاها صاحب العدة عن على وزعم الامام أن ظاهر النص التصحيح في الخمسة وأن توجيهه عسير جدا وأخذ يتحيل بأن يحيل المزابنة على معاملة صادرة عن التحرى من غير تثبت في خرص وأن يتخيل الخرص متفاضلا في درك المقادير معتبر في الزكاة سيما إذا جعلناه تضمينا والماهر يقل خطؤه والآخرق يتفاوت كيله والكيل بالاضافة إلى الوزن كالخرص بالاضافة إلى الكيل وفي كل حالة تقدير معتاد لائق بها فليقم الخرص في الرطب الذي لا يمكن كيله مقام الكيل وإذا احتمل الكيل ليسره مع امكان الوزن فليحتمل الخرص حيث لا يتأتى الكيل والشافعي رحمه الله يمنع بيع الرطب بالتمر لما يتخيله من التفاوت عند الجفاف متمسكا

[69]

بقوله صلى الله عليه وسلم (أينقص الرطب إذا يبس) وهذه إشارة إلى المال وما وراء الخمسة مردود بذكر الخمسة فإن التقدير نص في اقتضاء المفهوم قال فهذا اقتضى الامكان في توجيه النص وهو على نهاية الاشكال (قلت) وقد تقدم توجيهه بغير ذلك مع أن ظاهر النصوص خلافه وعلى مساق بحث الامام وتخيله له يكون الاصل الجواز بالخرص وأخرج من ذلك ما زاد على الخمسة على مقتضى الاصل من الجواز وليس مع ذلك على نهاية الاشكال وقد تعرض الامام في كتاب الرهان في أصول الفقه لهذا البحث عند الكلام في النقص قال الاصل الكيل أو الوزن وأثبت الشرع الخرص لحاجة في قضية مخصوصة فهو من المستثناة قال ولكن ينقدح في هذا المجال أن الوزن أصبغ من الكيل ثم الكيل متعين في بعض الاشياء مع امكان الوزن فالخرص في محل الحاجة كالكيل في المكيل بالاضافة إلى الوزن فلا يتضح خروج الخرص بالكلية عن القانون حسب ايضاح خروج حمل العاقلة والكتابة الفاسدة وقال أبو الحسن على بن اسمعيل بن حسن الصنهاجي ثم الانباري المالكي في

[70]

شرحه كذلك اختلف الناس في الخرص في الموضع المسموع هل هو أصل منفرد بنفسه غير رخصة أو هو معدود من الرخص ويظهر أثر هذا الاختلاف في مسائل (منها) أنه هل يجوز أن يجمع في عقد واحد بين مكيل وجزاف أو يمنع ذلك كما يمنع البيع والقراض على رأى من منع ذلك والمشهور عندهم على ما قاله المنع بناء على الرخصة فيما تشق معرفة مقداره هو الكيل أو الوزن وأما ما لا تشق فلا يجوز الخرص فيه كالمعدود الا أن يكون كثيراً كالجوز واللوز مثلاً أو متفاوت الاجرام ولذلك اختلفوا في بيع العرايا في خمسة أوسق وهذا الاختلاف يبنى على أن الاصل جواز الخرص الا في موضع تحقق المنع أو الاصل المنع الا في مواضع الاباحة قال (والاول) هو المذهب (والثانى) قول لبعهم أي لبعض الاصحاب معنى عندهم (قلت) وإذا أخذ الخرص حيث الجملة فيظهر ترجيح اعتباره وأنه ليس من الغرر المجنب لجواز ايراد العقد على الثمرة على رؤوس النخل بالدراهم وأما الخرص في بيع الربوي بجنسه فينبغي أن يترجح ان الاصل المنع لان المماثلة شرط والاصل عدمها والله أعلم.

[71]

(فرع) إذا قلنا يجب النقص عن الخمسة فهل يكفى أي قدر كان أم له ضابط الذى نص عليه الشافعي والاصحاب منهم الماوردى الاول فانه قال في باب العرية من الام ولا يشتري من العرايا الا أقل من خمسة أوسق بشئ ما كان وقال الفورانى يجوز في الاربعة ولايجوز في ستة وفى الخمسة قولان وهذا وعلى جهة ضرب المثال ونقل جماعة عن ابن المنذر أنه قال

وقد رواه جابر ما ينتهي به إلى أربعة أوسق فهو المباح وما زاد عليه محظور ولم أر هذا الكلام في الاشراف وإنما أطلق فيه الاباحة فيما دون الخمسة ولعله في الاوسط أو غيره من كتبه والله أعلم. قال المصنف رحمه الله تعالى. (وما جاز في الرطب بالتمر جاز في العنب بالزبيب لانه يدخر يابسه ويمكن خرصه فانشبه الرطب وفيما سوى ذلك من الثمار قولان (أحدهما) يجوز لانه ثمرة فجاز بيع رطبها بيايسها خرصا كالرطب (والثاني) لا يجوز لما روى زيد بن ثابت قال رخص رسول الله صلى الله عليه وسلم في العرايا بالتمر والرطب ولم يرخص في غير ذلك ولان سائر الثمار لا يدخر يابسها ولا يمكن خرصها لتفرقها في الاعصان واستنارها في الاوراق فلم يجر بيعها خرصا). (الشرح) حديث زيد هذا رواه مسلم وقد تقدم ومضى الكلام عليه وقد نص الشافعي على أن العرايا من العنب كهى من التمر واتفق أصحابه على ذلك وأنه يجوز أن يبيع العنب على أصوله

[72]

خرصا بالزبيب كيلا واستدلوا له بأن النبي صلى الله عليه وسلم سوى بين الرطب والعنب في ايجاب العشر وفى سن الخرص فيهما قال الشافعي ان العينا قيد ظاهرة بادية كالاغداق فيمكن خرصها والاحاطة بها ولم يذكر المصنف هذين المعنيين وإنما ذكر ادخار اليايس منه وامكان الخرص لانهما معنيين مناسبين للحكم المذكور وكل منهما شرط في تصوير المسألة ووفقنا على الحاق العنب بالرطب المالكية وبعض الحنابلة وخالف في ذلك الليث بن سعد وأحمد بن حنبل وداود الظاهري قال الماوردي واختلف أصحابنا هل جازت في الكرم نصا وروينا عن زيد بن ثابت أن النبي صلى الله عليه وسلم أرخص في العرايا والعرايا بيع الرطب بالتمر والعنب بالزبيب والثاني وهو قول ابن ابي هريرة وطائفة من البغداديين أنها جازت في الكرم قياسا (قلت) والمحاملى وبن الصباغ ممن جعل ذلك نصا ولم أقف على النص الذى ذكره فى شئ من الاحاديث بل فى رواية الترمذي ما يشعر بخلاف فى ذلك أيضا وقال ان ذلك من باب القياس الجلى لان جميع المعاني الموجودة فى النخيل موجودة فى الكرم بل رواية الترمذي عن سهل بن ابي حثمة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزبنة التمر بالتمر الا الاصحاب العرايا فانه قد أذن لهم

[73]

وعن بيع العنب بالزبيب وعن كل تمر بخرصه فهذه الرواية تشعر بأن العنب لا يعطى حكم التمر لانه فصله من الاستثناء وجعله مع بقية التمر فالصواب أن ذلك انما ثبت بالقياس وهو الذى يقتضيه كلام الشافعي فانه لم يذكر غيره والله أعلم. نعم فى رواية مسلم فى الصحيح من رواية ابن عمر وفيه المزبنة تمر النخل بالتمر كيلا وبيع الزبيب بالعنب كيلا وعن كل تمر خرصه ثم ذكر من رواية جابر النهى عن أمور منها المزبنة وقال فى آخره الا العرايا ورواية الترمذي ماضية على ذلك ومثبتة لما يعود الاستثناء إليه والله أعلم. واعلم أن قوله وعن كل تمر بخرصه فى رواية مسلم والترمذي عام فى العنب وغيره فيكون الحاق العنب بالرطب تخصيصا للعموم بالقياس فمن يمنع منه ينبغى أن يتوقف عن اللاحق ههنا الا بدليل والله أعلم. وأما

غيرهما من الثمار التي تجفف مثل الخوخ والاجاص والكمثرى والتين
والجوز واللوز

[74]

والمشمش فهل يجوز على شجره بخرصه جافا فيه طريقان (احدهما) أن
المسألة على قولين وهي التي حكاه القاضي أبو الطيب وابن الصباغ
والمصنف واتباعه والجرجاني والفوراني وإمام الحرمين والمتولي
وصاحب العدة والرافعي وقال صاحب البيان انها المشهورة في كلام
المحاملي وغيره لشبه ذلك بالمساقاة تجوز في النخل والكرم قولا واحدا
وفى غيرها من الثمار حكى قولين أحد القولين تجوز وهو مذهب مالك
وبعض الحنابلة لان النفس تدعو إلى أكلها في رطوبتها وهذه علة مناسبة
لشبه الحاجة التي شرع لها بيع الرطب بالتمر والعنب بالزبيب وأما قول
المصنف رحمه الله لانها ثمرة فتعليل لمجرد الاسم وهو وان كان جائزا
عنده وعند جماعة من الاصوليين فغيره أولى منه فلو علل بهذه العلة التي
ذكرتها كان أولى وهي التي ذكرها القاضي أبو الطيب وفى كلام الشافعي
تعليل ذلك بعله تحتاج إلى النظر فيها سأذكرها في آخر الكلام ان شاء الله
تعالى (والثانى لا يجوز وهو المنصوص عليه في باب العربة من

[75]

الام المنسوب إلى الصرف قال ولا تكون العرايا الا في النخل والعنب لانه
لا يضبط خرص شئ غيره واقتصره في هذا الموضوع على هذا وسيأتى عنه
انه ذكر في موضع آخر تلويحا إلى القول الاول وهذا القول أعنى قول
المنع هو الاصح عند الرويانى في الحلية والبغوى والجرجاني وابن أبى
عصرون والرافعي وغيرهم واستدلوا له بالحديث الذى ذكره المصنف وفى
الاستدلال به نظر لانه ان أريد أن النبي صلى الله عليه وسلم منع في غير
ذلك فينبغي أن يمتنع العنب بالزبيب ويكون قياسه على الرطب حينئذ في
مقابلة النص وان أريد أن الرخصة من النبي صلى الله عليه وسلم لم تنفق
في غير ذلك فصحيح لكن لا يمتنع القياس على مثل هذا وان أريد أن
الصحابي ظهر له بقرينة الحال أن الرخصة مقصودة على ذلك وأوجبنا
الاجازة بذلك فينبغي أن لا يجوز العنب بالزبيب ولكن الاصح لما رأوا الحاق
العنب بالرطب ظاهرا قويا لم يتركوه بمجرد هذا اللفظ المحتمل لهذه
الامور ولما كان الحاق ما سوى ذلك من الثمار ليس بجلى

[76]

قدموا ذلك اللفظ عليه لان مثل ذلك لا يقال الا عند ظهور ما يدل عليه
وقال امام الحرمين إن الاصحاب بنوا الخلاف في ذلك على القولين في أن
الخرص هل يجرى في ثمار سائر الاشجار (ان قلنا لا يجرى امتنع البيع
للجهالة (وان قلنا) يجرى فينبغى على أنا هل تقتصر في ذلك على الاتباع أو

نتبع طريق الرأي والقياس فمن سلك الاتباع منع ومن جوز الرأي سوغ
وذكر الامام أنه قدم الخلاف في الخرص في كتاب الزكاة وكذلك الغزالي
رحمه الله قال قولان مذكوران في الزكاة واعترض بعض الشارحين عليه
وقال لم يتعرض لذلك في كتاب الزكاة ولا الامام ولا رأيت في موضع ما ولا
يليق ذكره في الزكاة لانه لا زكاة في ذلك فليتنبه لهذا (قلت) والغزالي
وامامه مسبوقة بمثل هذا الكلام من القاضي حسين لكن الاعتراض
المذكور صحيح وقد يقال في جوابه إن ذلك يأتي على القول القديم في
وجوب الزكاة في الزيتون وما ذكر معه مما سوى الرطب والعنب وأما قول
المصنف

[77]

لان سائر الثمار لا يدخر يابسها فاعلم أن القاضي أبا الطيب انما فرض
المسألة فيما يدخر يابسه فهو خلاف الفرض لان صورة المسألة فيما يدخر
يابسه كذلك فرضها القاضي أبو الطيب والامام في الجاف بالرطب من
سائر الثمار ويحتمل أن يكون مراده بالجاف ما هو على هيئة الادخار ولا بد
من ذلك لان العرايا بيع رطب يابس واليابس الذي لا يدخر لا يرغب فيه
وقوله ولا يمكن خرصها ان أراد عدم الامكان الشرعي بمعنى أنه لم يشرع
فيها الخرص فصحيح قال الشافعي في باب الوقت الذي يحل فيه بيع
الثمار ولم أحفظ عنه يعني عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن أحد من
أهل العلم ان شيئاً من الحبوب تؤخذ زكاته يخرص ولو احتاج إليه أهله رطباً
لانه لا يدرك علمه كما يدرك علم ثمرة النخل والعنب وان أراد نفى الامكان
الحسي فقد يمنع (نعم) هو عسر لما ذكره المصنف من العلة فلذلك لم
يدخل الخرص فيه شرعاً فان الغالب عليها الاستتار في الاوراق وعدم
الظهور والذي علل به القاضي أبو الطيب أن العشر

[78]

لا يجب فيها ولا يسن الخرص فيها كما فعل في الجانب الآخر والله أعلم.
وليس في كلام الشافعي رضى الله عنه في الحاق العنب وقطع بقية
الثمار عن اللاحق إلى كون العنب يخرص وهى لا تخرص والله أعلم. وفي
موضع آخر قال لانه لا يضبط خرص شئ غيره وهذه العبارة أسلم عن
الاعتراض من عبارة المصنف (والطريق الثاني) أنه لا يجوز قولاً واحداً وهو
الصحيح عند المحاملي والرويانى ونقله العمرانى عن حكاية صاحب
المعتمد ومن الحازمين به سليم في الكفاية وفرق المحاملى بينه وبين
المساقات بان المعنى الذى لاجله جوزت المساقات في الرطب والعنب أن
صاحب النخل والكرم يحتاج إلى من يقوم على ثمرته ويسقيها ويتعهدها
فدعت الحاجة إلى جواز المساقات عليها على أحد القولين وليس كذلك بيع
العرايا لانه انما يجوز ذلك في الرطب والعنب لانه يمكن معرفة قدره
بالخرص وهذا المعنى لا يوجد في غيرها من الثمار فلذلك لم يجر البيع قولاً
واحداً والظاهر الطريقة

الاولى لان الشافعي قال في باب بيع العرايا من الام وكل ثمرة ظاهرة من أصل ثابت مثل الفرسك والمشمش والكمثرى والاجاص وغير ذلك مخالفة للتمر والعنب لانها لا تخرض لتفرق ثمارها والحائل من الورق دونها وأحب إلى أنه لا يجوز بما وصفت ولو قال رجل هي وان لم تخرض فقد رخص منها فيما حرم من غيرها أن يباع بالتحري فأجيزه كان مذهبا هذا لفظ الشافعي بحروفه وهذه الصيغة منه تقتضي اثبات قول آخر بالجواز وان كان الراجح عنده ما قدمه وهو المنع ومقتضى تجويز العرايا فيها جواز الخرض فيها والا فكيف تباع العرايا وكيف ما قدر فالاصح المنع وممن صححه الروياني والبيغوي والجرجاني والرافعي وآخرون والله أعلم. وقول الشافعي رخص منها فيما حرم من غيرها أي ما يباع بالتحري هكذا رأيت في نسخة معتمدة من الام ونسخة ثانية منها أيضا وفيه اشكال لان ظاهره أنه رخص منها في شيء حرم من غيرها أن يباع بالتحري وان كان مقتضى الجواز وذلك معنى لا ينساع ولا فرق بينها وبين غيرها في أن يبيعها بجنسها بالتحري غير جائز وبغير جنسها جائز ورأيت أبا بكر أحمد بن

بشرى المصرى في كتابه المختصر المنبه من علم الشافعي نقل اللفظ المذكور بصيغة سالمة عن هذا الاشكال قال ولو قال رجل هي وان لم تخرض فقد رخص فيما حرم من غيرها أن يباع بالتحري فأجيزه كان مذهبا فأسقط لفظة منها واستقام المعنى وصار المعنى لانه كما رخص فيما هو حرام من غيرها أن يباع بالتحري جاز فيها ولم يصرح بوجه اللاحق والله أعلم. وعبارة الشافعي فيما نقله الماوردي في الحاوي ولو قائل يجوز التحري فيها كان مذهبا وهذا لاشكال في فهمه (فائدة) قال ابن الرفعة ان قلت انه يجب إذا منعنا القياس في الرخص كما هو قول الشافعي القديم وقول لغيره أن لا يقاس العنب على الرطب ولا نعلم قائلا به في مذهبا وأجاب بأن السؤال صحيح ان صح أن الشافعي كان يمنع القياس في الرخص في القديم وجوابه لعله كان في القديم يرى ان اسم العربية لا يختص بالرطب (قلت) وقد تقدم رد قول من جعل ذلك منصوبا وترجيح كونه ثابتا بالقياس وأما كون الشافعي له قول

يمنع القياس في الرخص حتى يلزم عليه ما لورده فلم أعلم للشافعي قولا بذلك ولا وقعت عليه في نقل معتمد وليس عند الشافعي باب يمتنع فيه القياس إذا اجتمعت شروطه وقد ذكر الغزالي في المستصفى قياس العرايا من قسم ما استثني عن قاعدة سابقة وينتظر إلى استثنائه معنى فقياس عليه كل مسألة دارت بين المستقر ومشارك المستثنى في علة الاستثناء ومثل بالعرايا فانه لم يرد ناسخا لقاعدة الربا لكن استثنى للحاجة فنقيس العنب لانا نراه في معناه نعم لنا رخص لا يجوز القياس عليها لا لاجل أنها رخص بل لانه لم يوجد فيها شروط القياس كرخس السفر

والمسح وأكل الميتة والعاقلة وأرش الجناية والغرة والشفعة والقسامة ونظائرها وهذه أمثلة من قسم ترجم الغزالي عنه بالقواعد المبتدأة العديمة النظر فهذا إنما امتنع القياس فيها لعدم نظيرها وليس كل رخصة كذلك فلعل من نقل عن الشافعي أنه لا يقيس في الرخص المقيس عليه بذلك فلا يعرج على هذا النقل إلا بعد تثبيت والله أعلم. (فرع) قال الجرجاني لا تجوز العرية في الزرع بخلاف الكرم والنخل لان أعداقها وعناقيدها مجتمعة بارزة.

[82]

(فرع) لو باع الرطب على الشجر بجنس آخر من الثمار على الشجر وعلى الأرض يجوز من غير خرص قل أو كثر ويتقاضان نص عليه الشافعي والأصحاب ولو بيعت العرايا بنقد أو عرض موصوف من كل ما عدا المأكول والمشروب إلى أجل وقبض المشتري العرية جاز نص عليه الشافعي رضى الله عنه. (فرع) قال إمام الحرمين وحق الفقيه أن لا يغفل في تفاصيل المسائل عما مهدها في كتاب الزكاة من تفصيل القول في بيع الثمار وفيها حق المساكين أو لاحق فيها والتنبيه كاف يعنى أنه إذا باع من في ملكه خمسة أوسق فصاعدا بحيث تجب عليه الزكاة فإن الزكاة تتعلق بالثمرة يبدو الصلاح وبيع المال وفيه حق الزكاة المذكور بأحكامه وتفصيله في ذلك المكان وذلك بعينه جار هنا لأنه لا فرق في ذلك بين أن يكون المبيع تتمر أو بنقد فيجئ إذا أطلقنا هنا المراد من حيث ما نحن نتكلم فيه وأما تلك التفاصيل والأحكام فمعلومة في بابها والله أعلم. وقال الرويانى في البحر قال أصحابنا هذا إنما يجوز

[83]

إذا خرص عليه الزكاة وقلنا الخرص تضمين حتى يجوز له التصرف في الجميع قال وهذه المسألة تدل على صحة القول بالتضمين أو أراد إذا لم يبلغ ما فى حائط قدرا تجب فيه الزكاة أو أراد الاقدر الزكاة إذا قلنا الخرص غيره انتهى وهذا يوافق ما أشار إليه الامام واصل هذه التنبيه عن القفل كذلك حكاه عنه تلميذه الفورانى وصاحب العدة ورأيته في كلام في شرح التخليص وأصله من كلام الشافعي رضى الله عنه فانه تعرض لذلك في باب صدقة التمر من الام ولا حقله هناك تفريق الصدقة إذا باع ثمر حائطه وسكت عن الصدقة وقد تقدم من كلام الشافعي وروايته أن مصدق الحائط أمران يأمر الخارص ان يدع لاهل البيت قدر ما يراهم يأكلونه ولا يخرصه لتؤخذ زكاته ومع ذلك فلا حاجة إلى هذا الذى قاله هؤلاء الأئمة وتكون تلك العرية إذا فرضت على ما قاله الشافعي لا تتعلق الزكاة بها كما ذكر والله أعلم. لكن قد تقدم أن الاصحاب نقلوا ذلك عن القديم وأن المشهور خلافه أما إذا فرض البيع فيما تعلق حق الزكاة به فلا شك في جريان ما نبهوا عليه وهذا الفرع الذى نبه على الشافعي

من أنه يدع لاهل البيت من حائطهم قدر ما يراهم يأكلونه مستفاد غريب ثم فيه مباحته من جهة ان حق المساكين قبل الخرص هل تعلق الجميع أولا فان كان الاول فكيف ينقطع بافراد الخارص من غير أن يفرد حقهم فيما عدا ذلك الا أن يحمل على الوثوق بأن المشتري يتصدق بعشرة كما تقدم وان كان الثاني فيكون حقهم في نخلات مبهمه وحينئذ فهل ولاية اليقين للمالك التصرف فيها بالاكل وغيره قبل التعيين فإذا باع تكوين كما لو باع الاربعين من الشياه التي تعلق بها الزكاة والله أعلم فلا يجوز ولا يخرج على تفريق الصفقة على الاصح لاجل الابهام وأما اقتضاء كلام الرافعي لترجيح الصحة في ذلك فيما عدا قدر الزكاة فبعيد فيجب تأويله وكذلك قال الفقهاء في شرح التلخيص لما ذكر القولين في ذلك هل يجبر بالقسط أو بالكل قال وهذان القولان يخرجان على القول الذي يقول ان الزكاة تجب في الذمة لافى العين لان الزكاة إذا وجبت في الذمة فان البيع يكون صحيحا في جميع الاربعين فإذا أخذ الساعي منها واحدا كان ذلك عيبا.

(فرع) قال الشافعي رحمه الله في الام ولا بأس أن يشتريها في الموضع من له حائط أي بستان بذلك الموضع لموافقة ثمرتها وفصلها أو قرنها لان الحلال عام لاخاص الا أن يخص بجزء لازم وان حل لصاحب العرية شراؤها حل له هبتها واطعامها وبيعها إذا حازها وما يحل له من المثل في ماله انتهى وهذه الفروع كلها واضحة لا خلاف فيها بين الاصحاب وفي قول الشافعي لموافقة ثمرتها إشارة إلى أن الاغراض في البياعات تختلف فلا يحصر الغرض في أن لا يكون لمالك الثمرة أو مثلها عند المشتري بل قد يكون مثلها عنده ويريد ضمها إليه. (فرع) قال الماوردي رحمه الله إن الخارص هنا يكفي فيه واحد بخلاف الزكاة على رأى والفرق أنه هنا نازل منزلة الكيل عند تعذره ويكفي في الكيل واحد فكذلك هذا وهل يشترط أن يكون غير المتعاقدين أو يكفي أحدهما قال القاضى أبو الطيب في كيفية الخرص أن ينظر المتبايعان إلى النخلة ويحذر انها وذلك يقتضى الاكتفاء بهما ولا شك في ذلك كما أنهما لو علما الممانلة لا يشترط اخبار

غيرهما وانما الكلام ههنا لو خرص أحدهما ولم يخرص الآخر وقال ابن الرفعة فيه احتمال يتخرج على مالو أذن من عليه التسليم بالكيل إلى مستحقه في كيله لنفسه هل يصح أم لا قال وفي ظني أنه مر فيه كلام يلنف على اتحاد القابض والمقبض لان الكيل أحد أركان القبض صار بكيله مقبضا وقابضا وأما الخرص ههنا فهو اخبار محض كما لو أخبر بمساواة هذه الصبرة لصبرته أو الدينار لديناره قد تقدم أنه يصح لكن تقدم في القبض بناء على ذلك من غير كيل أو وزن كلام وأن الراجح أنه لا يكفي حتى لو تفرقا قبل الكيل بطل العقد وههنا لا يتأتى قبض الرطب هنا الا بالتخية

ولا يشترط فيه الكيل فظهر أن الخارص يكفي أن يكون واحدا وأنه يجوز أن يكون أحد المتعاقدين والله أعلم.

[87]

. قال المصنف رحمه الله تعالى. (ولا يباع منه ما ينزع نواه بما لم ينزع نواه لان أحدهما على هيئة الادخار والآخر على غير هيئة الادخار ويتفاضلان حال الادخار فلم يجز بيع أحدهما بالآخر كالرطب بالتمر وهل يجوز بيع ما نزع نواه بعضه ببعض فيه وجهان (أحدهما) يجوز لقوله صلى الله عليه وسلم لا تبيعوا التمر بالتمر الا سواء بسواء) (والثاني لا يجوز لانه يتجافى في المكيال فلا يتحقق فيه التساوى ولانه يجهل تساوبها في حال الكمال والادخار فأشبهه بيع التمر بالتمر جزافا). (الشرح) الحديث المذكور مختصر من حديث عبادة من رواية الشافعي في مختصر المزني وغيره كما قدمته في الفصل الذي جمعت فيه الاحاديث الواردة في تحريم ربا الفضل فليس هذا اللفظ الذي ذكره المصنف بكماله قطعه منه بل لفظه لا تبيعوا الذهب بالذهب ولا الورق بالورق ولا البر بالبر ولا الشعير بالشعير ولا التمر بالتمر ولا الملح بالملح الا سواء بسواء) فاختصر المصنف منه هذه اللفظة وذلك

[88]

جائز عند من يجوز الرواية بالمعنى لاسيما في مثل هذا الموضوع الذي يقصد به الاستدلال دون الرواية فانه يغتفر ذلك. (أما) حكم المسألة فقد سوى الشيخ أبو حامد بين المسألتين وجعل الوجهين مطلقا سواء أباغ ما نزع منه النوى بما لم ينزع منه أم بمثله كذلك فيما علقه البندنجي عنه وفيما علقه سليم حكى الوجهين في المسألة الاولى وسكت عن الثانية ويعلم جريانها فيها بطريق والمحاملي ونصر المقدسي حكيا الوجهين في المسألتين أيضا وجزم البغوي في المسألتين بالمنع وكذلك الامام جزم بالمنع ثم حكى أن العراقيين ذكروا وجها في المنزوع بالمنزوع فاستعده جدا قال ثم جاءوا بما هو أبعد منه وذكروا خلافا في بيع تمر منزوع النوى بتمر غير منزوع النوى وهذا ساقط لا يحتفل بمثله قال الفارقي تلميذ المصنف رحمه الله معنى قوله يتفاضلان حال الادخار أنهما قبل نزع النوى إذا كيلا متساويين ثم نزع النوى من أحدهما وكيلا ظهر التفاضل لانه تنتفش أجزاءه بالنزع وتتجافى في المكيال.

[89]

(فرع) المشمش والخوخ ونحوهما لا يبطل كما لها نزع النوى في اصح الوجهين لان الغالب في تجفيفها نزع النوى قاله الرافعي وصاحب التهذيب وكلام الفوراني يقتضى أن الوجهين فيها تفريع على منع بيع الثمر المنزوع النوى بعضه ببعض فانه قاس المنع في ذلك على الثمرة ومن ذلك يعلم أن الخلاف قريب ان جوزنا في التمر المنزوع النوى فهذا

أولى والا فوجهان وكذلك أورده يعقوب بن عبد الرحمن بن أبي عصرون
فيما جمع من المسائل وللفرق بما ذكره الرافعي وفرق في الابانة بأن
التمر

[90]

* إذا نزع نواه تسارع إليه الفساد وذكر الامام أن شيخه ذكر عن بعض
الاصحاب وجها بعيدا في اشتراط نزع النوى كما يشترط نزع العظم عن
اللحم في ظاهر المذهب وقال إنه لم ير ذلك لغير شيخه وقال الامام إن
المراتب ثلاثة التمر نزع نواه يمنع بيعه واللحم في ظاهر المذهب يتعين
نزع عظمه إذا حاولنا بيع بعضه ببعض وبينهما المشمش وما في معناه
فيجوز بيع بعضه ببعض مع النوى وفيه مع النزع الخلاف المذكور (قلت)
فتحصلنا في المشمش ونحوه على ثلاثة أوجه (أحدهما) أنه يشترط نزع
النوى (والثاني) أنه يفسد بنزع النوى (والثالث) وهو الصحيح أنه يجوز بيع
بعضه ببعض في الحالتين مع النوى ومن غير نوى قال الرويانى إن الجواز
قول القفال وقد تقدم في كلام الرافعي أنه الاصح. ويجوز بيع لب الجوز
بلب الجوز ولب اللوز بلب اللوز وفيه وجه جزم به القاضى حسين في
التعليق أنه لا يجوز بيع اللب باللب لخروجه عن حالة الادخار وبهذا أجاب في
النتمة قاله الرافعي وهو ربوي قولا واحدا قديما وجديدا للتقدير والطعم
قاله الامام وقد تقدم أنه يجوز بيع الجوز بالجوز مع قشره على المذهب
وكذلك اللوز. قال المصنف رحمه الله. (ولايجوز بيع نيئه بمطبوخه لان النار
تعقد أجزاءه وتسخنه فان بيع كيلا لم يجز لانهما لا يتساويان في الكيل في
حال الادخال وان بيع وزنا لم يجز لان أصله الكيل فلا يجوز بيعه وزنا
ولايجوز بيع مطبوخه بمطبوخه لان النار قد تعقد من أجزاء أحدهما أكثر من
الآخر فيجهل التساوى). (الشرح) فيه مسألتان (إحدهما) أن ما حرم فيه
الربا لا يجوز بيع الجنس الواحد نيه بمطبوخه

[91]

قال الشافعي رضى الله عنه في المختصر والام لا يجوز من الجنس الواحد
مطبوخا بنى منه بحال قال في المختصر إذا كان انما يدخر مطبوخا وقال
في الام لانه إذا كان انما يدخر مطبوخا فأعطيت منه شيئا بمطبوخ فالنئ
إذا طبخ ينقص فيدخل فيه النقصان في النئ ومن أمثلة ذلك أن يبيع العنب
أو العصير بالدبس المتخذ منه وكذلك التمر بالدبس المتخذ منه لا يجوز قاله
الصيمري والقاضى حسين واتفق الاصحاب على أن النئ أو القديد
بالمطبوخ أو بالمشوى لا يجوز ولا فرق بين أن يكون المطبوخ مما يدخر أو
ما لا يدخر (وأما) قوله في المختصر إذا كان انما يدخر مطبوخا قال القاضى
حسين إنه خطأ في النقل بل لا يختلف الحكم فيه وقال القاضى الرويانى
قبل عبارة الشافعي ولايجوز من الجنس الواحد مطبوخا منه بنى بحال ولا
مطبوخ طبخ ليدخر مطبوخا فنقل المزني هذا وقد قدم بعض كلام وآخر بعضه
وعطف على المسألة الاولى وقيل معنى ما نقل المزني وان كان انما
يدخر مطبوخا وهو قول ابن داود وقصد به بيان أن هذا ليس بعذر (قلت)
وقد علمت أن ما نقله المزني موجود مثله في الام في تعليقه الشافعي
فالوجه تأويل ذلك

وعدم حمله على الخطأ من المزني وتأويله عسر بل هو قوى الدلالة على أن ما يدخر في حال كونه نيئاً وفي حال كونه مطبوخاً يجوز بيع النيئ منه بالمطبوخ والتأويل الذي نقله الروياني هو أقرب ما يتمحل مع تكلف وقال أبو حنيفة رضى الله عنه بجواز ذلك على أصله في بيع الرطب بالتمر ولذلك والله أعلم عدل المصنف عن قياسه على الرطب بالتمر لأن الخصم يمنع الحكم فيه إلى ما ذكره والشيخ أبو حامد قاسه على الحنفة بدقيقها والجامع أنهما على صفة يتفاضلا حالة الادخار ومن جملة أمثلة هذه المسألة بيع الدبس المتخذ من العنب بخل العنب وهو ممتنع قال وحكى في التتمة والبحر وجه أنه يجوز بيع الدبس بالخل لانهما اختلفا في الاسم والصورة والطبع قال المتولي وعلى هذا لا تعتبر المماثلة بينهما وهذا الذى حكيناه موافق للوجه الذى سيأتى عن حكاية الشيخ أبى محمد فى أن عصير العنب وعله جنسان ومال إليه الامام هناك وسيأتى الكلام عليه أن شاء الله تعالى (المسألة الثانية) بيع مطبوخه بمطبوخه وقد نص عليه الشافعى أيضا فى المختصر قال نلو الكلام المتقدم ولا مطبوخا منه بمطبوخ لان النار تنقص من بعض أكثر مما تنقص من بعض وليس له غاية ينتهى إليها كما يكون للتمر فى اليبس غاية ينتهى إليها وقال معنى

ذلك فى الام فى باب ما يجامع التمر وما يخالفه مقصوده بذلك الفرق بين ذلك وبين التمر حيث يجوز بيع بعضه ببعض وان كانت الشمس قد أخذت من أحدهما ومنهما فربما يكون أحدهما من أحدهما أكثر من أخذها من الآخر لكن له غاية فى اليبس ينتهى إليها والمطبوخ بخلافه وذكر الاصحاب فرقا آخر بين العصير المطبوخ وبين التمر فان التمر قبل أن يصير تمرا لا يجوز بيع بعضه ببعض والرب أو الدبس مثلا يجوز بيعه قبل هذه الحالة فى كونه عصيرا فحرت حالة العصير بعد الطبخ لحالة التمر وهو رطب فلا يجوز الدبس بالدبس قال القاضى حسين وان طبخا فى قدر واحد وممن جزم بهاتين المسألتين كما ذكره المصنف الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والماوردي والقاضى حسين وآخرون وفى معنى الدبس عصير قصب السكر إذا عقد وصار عسلا وكذلك ماء الرطب وعصير الرمان والسفرجل والتفاح. (فرع) قال ابن أبى الدم بيع الطلى بالدبس لا يجوز والطلاء أرق من الدبس وبيع الطلى

بمثله فيه وجهان وبيع الخل بالدبس فيه وجهان وبيع العصير بالخل ولاماء فيهما فيه وجهان قال الماوردي ولايجوز بيع الزيت المطبوخ بالنى ولا بالمطبوخ ويجوز بيعه بالمشوى والنى والمطبوخ وكذلك لا يجوز بيع المشوى بالمشوى ولا المطبوخ بالمشوى وممن صرح به القاضى أبو

الطيب (1) والرافعي وجزموا به ولا يجوز بيع الناطف بالناطف ولا الحنطة المقلية بالحنطة المقلية ولا بغير المقلية لتغيرها عن هيئتها واختلاف الحبات في اليابس بالنار وكذلك لا يجوز الحنطة المطبوخة بالمطبوخة والمشوية بالمشوية والمقلية بالمبلولة والمبلولة بالمشوية وأما بيع المبلولة بالمبلولة فإنه يمتنع لكنه ليس على مسائل هذا الفصل وقد تقدم في بيع الرطب بالرطب صرح بجميع الامثلة القاضي حسين وغيره وأكثر مسائل هذا الفصل لا خلاف فيها على ما يقتضيه اطلاق أكثر الاصحاب الا الدبس فيه ثلاثة أوجه (أحدها) هو المشهور الذي ادعى الامام اتفاق الاصحاب عليه أنه لا يجوز مطلقا وان طبخا في قدر واحد على ما صرح به القاضي حسين (والثاني) حكاه القاضي حسين أنه ان طبخا في قدر واحد جاز وأبطله القاضي بان ما في أسفل القدر أسخن مما في أعلاه لكثرة

(1) بياض بالاصل

[95]

مماسة النار (والوجه الثالث) حكاه الرافعي الجواز وكلامه يقتضى أنه مطلقا لامكان ادخاره والذي عليه التعويل في تعليل المنع مطلقا ان العصير كامل وإذا نظرنا إلى مقدار من الدبس مقابله مثله فلا يدري كم في أحدهما من أجزاء العصير وكم في الدبس منه فكان كالدقيق بالدقيق نظرا إلى توقع تفاوت في كمال سبق للحب قال ولو قيل قد يخالف مكيال من الدبس مكيفا في الوزن لتفاوت في التعقيد لكان كذلك لكن لا معول عليه فان المعقد يباع وزنا بالتعويل على ما قدمته من ملاحظة كما العصير لامكان ادخاره ولتأثير ماخذ بعض العصير ليصير دبسا وقدر المأخوذ يختلف ومن فروع ما دخلته النار الحنطة المقلوة بمثلها وبالنيئة والزيت المغلى بمثله وبالنبي كل ذلك لا يجوز.. قال المصنف رحمه الله تعالى. (واختلف أصحابنا في بيع العسل الصفى بالنار بعضه ببعض فمنهم من قال لا يجوز لان النار تعقد أجزاءه فلا يعلم تساويهما ومنهم من قال يجوز وهو المذهب لان نار التصفية نار لينة لا تعقد الاجزاء

[96]

وانما تميزه من الشمع فصار كالعسل المصفى بالشمس). (الشرح) العسل إذا أطلقه فالمراد به عسل النحل لا غير فكل ما يتخذ من تمر أو قصب أو حب جنس آخر يجوز بيعه بعسل النحل متماثلا ومتفاضلا قال ابن سيده العسل لعاب النحل يذكر ويؤنث الواحدة عسلة وجمعه اعسال وعسل وعسول وعسلان إذا أردت أنواعه قال الشافعي رحمه الله في المختصر تلو الكلام السابق ولا يباع عسل نحل بعسل نحل الا مصفين من الشمع لانهما لو بيعا وزنا وفي أحدهما شمع وهو غير العسل كان العسل بالعسل غير معلوم وكذلك لو بيعا كيلا وكذلك ذكر في الام وقال وكذلك لو باعه وفي كل واحد منهما شمع وقال الشافعي في الام فعسل النحل المنفرد بالاسم دون ما سواه من الحلو وقال فلا بأس بالعسل بعصير السكر لانه لا

يسمى عسلا الاعلى ما وصفت يعنى من جهة حلوا كالعسل وكذلك قال
الشيخ أبو حامد في عسل الطبرزد وقال وهو ما يبقى من السكر تخيبا
كالعكر فيجوز بيعه بعسل النحل متفاضلا وقال أبو الطيب

[97]

عسل الطبرزد ان يطبخ السكر ثم يطرح في اجانة فإذا جمد أميلت الاجانة
على جانبها فخرج منها العسل فيجوز بيعه بعسل النحل متفاضلا ولايجوز
بيع عسل الطبرزد بعسل القصب متفاضلا لانهما جنس واحد وهل يجوز
متماثلا فيه وجهان لاجل الطبخ كما في السكر بالسكر حكاهما القاضى أبو
الطيب وغيره ووجه الجواز أن ناره خفيفة وحمل القول في بيع العسل
النحل بعضه ببعض انه اما أن يباع بشمعه أولا فان بيع بشمعه فلا يجوز
بمثله ولا بالصافي وقد تقدم ذلك في قاعدة مدعجوة وتقدم الفرق بينه
وبين اللحم وفيه العظم وبين التمر وفيه النوى من وجهين أن بقاء ذلك من
مصلحته بخلاف الشمع (والثانى) أن الشمع له قيمة وان بيع العسل
المصفى بمثله فاما أن تكون التصفية بالشمس أو بالنار فان صفى
بالشمس فان ترك فيها حتى ذاب وتميز الشمع من العسل جاز بيع بعضه
ببعض قاله الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والمحاملى وغيرهم ولا
خلاف في ذلك وان صفى بالنار فاما أن تكون النار كثيرة بحيث تأخذ منه
وينعقد بها واما أن تكون خفيفة بحيث يحميه بها وبصفيه من غير كثرة فان
كانت كثيرة أو ترك حتى انعقدت

[98]

أجزاؤه وثخن لم يجر بيع بعضه ببعض كما تقدم في الدبس والزيت
وشبههما وان كانت خفيفة بحيث أذيب وأخذ أول ما ذاب قبل أن تنعقد
أجزاؤه جزم الشيخ أبو حامد والمحاملى والجرجاني بالجواز هذه طريقة
الشيخ أبى حامد وتبعه المحاملى والجرجاني عليها وأما القاضى أبو الطيب
فانه قال ان صفى بالنار اختلف أصحابنا فيه كما قال المصنف سواء حكما
وتعليلًا وأطلق القول في ذلك وكذلك الماوردى والبغوى والرافعى وقال
القاضى حسين ان قول المنع مخرج من قول الشافعى لا يجوز السلم في
العسل المصفى بالنار ورد القاضى ذلك بان السلم امتنع لانه تعيب بدخول
النار فيه والسلم في المعيب لا يجوز وكذلك الفورانى رد ذلك بمثل ما قال
القاضى حسين (وأظهر) الوجهين عند الرافعى الجواز ونسبه الماوردى
إلى سائر أصحابنا وهو الاصح عند ابن الصباغ والقاضى حسين (وقال)
الرويانى انه المذهب لان المقصود من عصره تميز الشمع عنه ونار التمييز
لينة لا تؤثر في التعقيد فاشبه المصفى بالشمس وممن صحح الجواز ابن
عصرون وصاحب التتمة وهو الذى يقتضيه كلام الفورانى فانه أطلق الجواز
ثم ذكر

[99]

عن بعض الاصحاب أنه فصل بين المصفى بالشمس والمصفى بالنار ومنع في المصفى بالنار قال وهذا ليس بشئ كما رجه الفورانى وما حكاهما الوجهان اللذان في الكتاب ويشبه أن يكونا هذان الوجهان منزلين على ما ذكره الشيخ أبو حامد من التفصيل ويكون ذلك تحقيق مناط هل حصل نقص أولا والله أعلم. وفرق الماوردى بين العسل والزيت المغلى حيث لا يجوز بيع الزيت المغلى بفضه بعض بأن النار دخلت في العسل بالصلاح وتمييزه من شمعه فلم تأخذ من أجزاء العسل شيئاً وكذلك السمن وإنما تأخذ النار فيما يدخل فيه الانعقاد واجتماع أجزائه قال حتى لو ان العسل المصفى أعلى بالنار لم يجر بيع بفضه بعض لأن النار اذن لم تميزه من غيره (اعلم) أن المصنف تكلم أولاً في المعروض على النار عرض عقد واطبخ كاللحم والدبس وما أشبه ذلك وقد تقدم شرحه وهذا القسم في المعروض على النار للتمييز والتصفية وذكر من أمثلة ذلك ما هو مختلف فيه وهو العسل الذى عتاب سرحه والسكر وسياتى وقد يكون منه ما لا خلاف فيه فلم يتعرض المصنف له كالذهب والفضة يعرضان على النار لتمييز العسل ولا خلاف في جواز بيع بعضها ببعض وقال ابن الرفعة الذهب والفضة إذا دخلتا النار لا يمتنع بيع بعضهما ببعض لأنها لا تؤثر في جرمهما نعم لو خالطهما غش فادخلا النار لتخلصه فقد يقال بامتناع بيع البعض بالبعض لأنها قد تؤثر في إخراجها في أحدهما أكثر مما تؤثر في الآخر وقد يقال بأنه يجوز

[100]

لأن لاهل الصناعة في ذلك خبرة لا تحرقه ولا تغلبهم النار عليها بخلافها في السكر ونحوه (قلت) وإطلاق الاصحاب يقتضى الجواز وان لم يفصلوا هذا التفصيل بل في تصريحهم بالعرض لتمييز الغش ما يدل لما قاله من النظر والله أعلم. وتقييد المصنف المصفى بالنار وقياسه على المصفى بالشمس يدل على أن المصفى بالشمس يجوز بيع بفضه بعض والامر كذلك بلا خلاف قال الامام فان قيل إذا صفى العسل بشمس الحجاز فقد يكون أثر الشمس في تلك البلاد بالغاً مبلغ النار فانا نرى شرائح اللحم تعرض على رمضاء الحجارة فتنش نشيشاً على الجمر قلنا هذا فيه احتمال (والاظهر) جواز البيع وان أثر الشمس فيما أظن لا يتفاوت وإنما يتفاوت أثر النار لاضطرامها وقوتها وبعدها من المرجل والتعويل على تفاوت الاثر بدليل أنه لو أعلى ما على النار أو خل ثقيف لم يمتنع بيع بعضها ببعض فان النار لا تؤثر في هذه الاجناس بتعقيد حتى يعرض فيها التفاوت فيزيل بعض الاجزاء ويبقى الباقي على استواء وقد قال ابن الرفعة في الكفالة ذهب بعض أصحابنا إلى أنه ان صفى بها يعنى الشمس في البلاد المعتدلة الحر لا يجوز بيعه بما صفى بها في البلاد الشديدة الحر قال محكى وليس بشئ. (فرع) ان منعنا بيع المصفى بالنار بمثله فلا شك أنه يمتنع بيعه بغيره من أنواع العسل وممن صرح به الجرجاني لأن النار إذا عقدت أجزاء احدهما أدى إلى التفاضل أما إذا قلنا بجواز

[101]

بيع العسل المصفى بالنار بمثله فهل يجوز بيعه بالمصفى بالشمس قال ابن الرفعة فيه نظر لأن النار قد يتقارب تفاوتها ويتباعد في الشمس

تباعد ما بينه وبين الشمس (قلت) والذي يظهر الجواز لانا انما نجوزه بناء على ان النار لطيفه تميز ولا تعقد الاجزاء وإذا كان كذلك فلا اثر لها في التماثل فلا فرق بين ذلك وبين المصفى بالشمس. (التفريع) حيث قلنا بجواز بيع العسل بالعسل اما ان يكون مصفى بالشمس واما بالنار اللطيفة على الصحيح فيما تعتبر المماثلة فيه قال الشافعي رضى الله عنه في كتاب الصرف والعسل بالعسل كيلا بكيل ان كان يباع كيلا أو وزنا بوزن ان كان يباع وزنا وقال في موضع آخر العسل والسمن والسكر الوزن فيهما أحوط فالظاهر في هذا أنه موزون وعده في الرسالة في باب الاجتهاد مع الزيت والسمن والسكر من الموزونات فلذلك قال أبو الطيب انه المنصوص عليه وقد تقدم في أول الكلام قوله في المختصر لانهما لو بيعا وزنا إلى آخره وقال أبو إسحق لا يباع إلا كيلا بكيل وقد تقدم التعرض لشيء من ذلك وقال الرافعي هو كالسمن والامر كما قال وهما جميعا موزونان خلافا لابي اسحق كما تقدم وقد حمل الرويانى قول الشافعي المذكور في الصرف على التوقف فيه قال وقيل أراد الشافعي بقوله انهما لو بيعا وزنا إذا انعقدتا ببرد الهواء وغلظ لا يمكن كيلاه فيباع حينئذ وزنا فأما إذا أمكن كيلاه

[102]

فلا يباع إلا كيلا قال وهو قريب من قول أبي اسحق (والمذهب) المنصوص ما تقدم واعترض الاصحاب على المزني في قوله لانهما لو بيعا وزنا وفي أحدهما شمع وهو غير العسل كان العسل تارة غير معلوم قالوا لانه والحالة هذه معلوم المفاضلة فلا معنى لقوله غير معلوم وإنما يستقيم هذا التعليل في الشهد بالشهد لانهما بما فيهما من الشمع غير معلومي المماثلة قالوا والشافعي ذكر هذا التعليل هناك فاشتبهت إحدى المسألتين بالآخرى وذكر الرويانى أيضا أن قوله في المختصر يدل على تصحيح أحد الوجوه فيما لم يعلم معياره يعنى الوجه القائل بالتخير وقد تقدم. وقال ابن داود لما ذكر كلام الشافعي فيه كالدليل على أنه يجوز كيلا تارة ووزنا أخرى قال وهذا غريب قل ما يوجد له نظير (قلت) وليس الامر كما زعم بل المراد التوقف كما تقدم والله سبحانه وتعالى اعلم. (فرع) قال صاحب التهذيب عسل الرطب وهو رب بسيل منه يجوز بيع بعضه ببعض متساوين في الكيل ويجوز بيعه بعسل النحل متفاضلا وجزافا يدا بيد لانهما جنسان مختلفان كما يجوز بيع العسل بالدبس. قال المصنف رحمه الله تعالى. (واختلفوا في بيع السكر بعضه ببعض فمنهم من قال لا يجوز لان النار قد عقدت أجزاءه ومنهم من قال يجوز لان ناره لا تعقد الاجزاء وإنما تميزه من القصب).

[103]

* (الشرح) الوجهان المذكوران حكاهما الشيخ أبو حامد وابن الصباغ والبعوى والامام والرافعي وجعلهما الرافعي كالدبس ومقتضى ذلك أن الاصح عنده المنع في السكر أيضا وكذلك قال في التهذيب ان الاصح أنه لا يجوز وكذلك نقل ابن الرفعة عن الارغانى أنه قال في فتاوى النهاية بالبطلان في السكر والفانيد والعسل المميز بالنار قال ابن الرفعة وذلك

قياس جزم العراقيين بمنع السلم في ذلك فان باب الربا أحوط من باب السلم بدليل أنه يجوز السلم فيما لا يجوز بيع بعضه ببعض لاجل طلب المماثلة وظاهر المذهب الجواز في السكر على ما ذكره الشيخ أبو حامد وقال القاضي حسين أنه الصحيح وكذلك يقتضيه إيراد الجرجاني ونقل ابن الرفعة عن البندنجي أنه ظاهر المذهب وعن سليم أنه أظهر الوجهين وجزم في التعليق عن أبي هريرة بالمنع وقال الماوردي ان كانت للتصفية وتمييزة من غيره جاز وان دخلت لعقد الاجزاء لم يجز (واعلم) أنه قد يستشكل قول الشيخ وغيره أن نار السكر لينة لا تعقد الاجزاء وانما تميزه من القصب والسكر انما يتميز من القصب بالعود الذي يعصر به فإذا وقع أحد العودين على الآخر وانعصر القصب تميز وفي بعض ما تكلم به على المذهب تأويل ذلك بأنه لا بد أن يبقى في السكر شئ من أجزاء القصب ويكثر ذلك حتى يحتاج إلى استخراجة فإذا أغلى بالنار سهل إخراجها فان ما يبقى من أجزاء القصب يعلو على السكر عند الغليان ويسهل استخراجها فهذا معنى التمييز الذي

[104]

قصده وعلل القاضي حسين الجواز بأن لدخول النار فيه حدا ونهاية وعلله الامام بأن الانعقاد من طباع السكر كما حكيناه وقبده الماوردي فقال في السكر والقانيدان القى فيهما ماء أو لبن أو دقيق أو غيره فلا يجوز بيع بعضه ببعض والا فينظر فان دخلت النار فيهما لتصفيتهما وتمييزهما من غيرهما جاز وان دخلت لاجتماع اجزائه وانعقادها فلا (قلت) أما تقييده بما إذا لم يكن فيه ماء أو لبن أو دقيق أو غيره فيمكن أن يكون اطلاق الاصحاب منزلا عليه لانه حينئذ يصير بيع السكر وغيره بملته قال ابن الرفعة وما قاله فيه نظر لان السكر لامن اذابة أصله بالماء ليحل ثم يطبخ ونصب عليه بعد غليانه اللبن لبيضه ويزيل وسخه وذلك يقتضى منع بيع بعضه ببعض على طريقة (قلت) وكلام الماوردي يقتضى أنه لم يتحدد عنده حال السكر ولا حال تأثير النار فيه فاما حكمه بالمنع عند اختلاطه بغيره وما ذكره ابن الرفعة من أن ذلك لا بد منه فهو يقتضى قوله بالمنع فيه وهو القياس فان الخليط الذي فيه من الدقيق واللبن مانع من التماثل أما الماء ففيه نظر فان الظاهر أنه لا يزيد في وزنه بعد الجفاف شيئا والله أعلم. (فرع) بعد أن ذكر الامام ما ذكر في السكر قال وهذا الذي ذكرناه يعنى من الخلاف جار في كل ما ينعقد كذا نقله عنه ابن الرفعة قال وقد صرح باجراء الخلاف في القند الفوراني وأجراه الامام الغزالي في القانيد وأجراه الغزالي رحمه الله أيضا القند وفي اللباء.

[105]

(فرع) إذا بيع السكر فالمعيار فيه الوزن نص عليه الشافعي ومن الاصحاب نصر المقدسي وقد تقدم قول الجوزي وتنبهه على أن ذلك لا خلاف فيه وقال ابن أبي الدم ان أبا اسحق قال يباع كيلا وجعل الوجهين فيه كالسمن ولم أر ذلك لغير ابن أبي الدم وعلل وجه أبي اسحق على ما زعم بأن أصله الكيل وكان يعنى العصير فانه مكيل وبيع القانيد كبيع السكر بالسكر قاله المارودي والقاضي حسين والبغوي والامام والرافعي. (فرع) قال نصر

المقدسي في الكافي يجوز بيع السكر بالسكر وزنا إذا تساوى في اليبس والصفة فأما اشتراطه اليبس فصحيح وأما اشتراطه التساوى في الصفة فمشكل لان ذلك غير شرط في الربويات بدليل أنه يجوز بيع التمر من نوع بالتمر من نوع آخر وما أشبهه وظاهر كلام نصر هذا أنه لا يجوز بيع السكر بالسكر إذا اختلفت صفتها ولم أر من تعرض لذلك غيره ولا يجوز بيع قصب السكر بقصب السكر ولا بالسكر كبيع الرطب بالتمر أو بالرطب قاله البيهقي والرافعي وهو الصواب وقال الامام في السكر والغانيد منهم من قال هما جنس وهذا بعيد ومنهم من قال جنسان فان قصبهما مختلف وليس للغانيد عكر السكر وأما السكر الاحمر الذي يسمى القوالب فهو عكر السكر الابيض ومن قصبه وفيه مع ذلك تردد من حيث أنه يخالف صفة الابيض مخالفة ظاهرة وقد يشتمل أصل واحد على مختلفات

[106]

كاللبن ولعل الاظهر من جنس السكر وقال القاضى حسين ان بيع قصب الغانيد بقصب الغانيد جائز وبالغانيد لا يجوز ويقصب السكر هل يجوز أم لا ان كانا من أصل واحد لا يجوز متفاضلا وان كانا من أصلين يجوز متفاضلين وتابعه صاحب التهذيب على ذلك (قلت) وهذا كلام عجيب فان القصب كله الذى يعمل منه السكر والغانيد جنس واحد. (فرع) لما ذكر الماوردي حكم السكر والغانيد قال وكذلك دبس التمر ورب الفواكه. (فرع) بيع الغانيد بالسكر قال القاضى حسين ان كان أصلهما واحد فهو كبيع الغانيد بالغانيد وان كان أصلهما مختلفا فيجوز كيف ما كان (قلت) وهذا مثل الاول فان أصل السكر والغانيد قصب واحد والظاهر أن القاضى رحمه الله تعالى قال ذلك لانه ليس القصب في بلادهم (فائدة) قال ابن الرفعة أن النار في القند فوق النار في السكر والغانيد لان عصير القصب يوضع في قدر كبير كالحابية ويغلى عليه غليانا شديدا إلى أن تزول منه مائة كثيرة ويسمى ذلك صلقا ثم يطبخ في قدر ألطف من ذلك بكثير وتقوى ناره إلى أن تذهب مائته فيوضع في أوعية لطاف فوق الأوعية التى يصب فيها السكر والنار فيه فوق النار في الذى يطبخ عسلا من ذلك الماء المصلوق في الحابية وكثيرا ما تقوى نار الذى يطبخ عسلا فتصير أجزاءه إذا برد قريبا من عقد أجزاء في القند وعند ذلك يسمى بالجالس

[107]

ويطبخ منه السكر كما يطبخ من القند لكن طعمهما متاين وقال في موضع آخر ومن عصير قصب السكر يتخذ العسل المرسل ويتخذ القند وعن القند ينفصل العسل المسمى بالقصب وهو ما يقطر من أسفل أنالينج القند بعد أخذه في الجفاف والقند يختلف في الجودة والرداءة بحسب تبريد القصب وجودة الطبخ ومن الطيب من القند يتخذ السكر وإذا جمد استقطر ما فيه من العسل من ثقب في أسفل الاجانة التى يوضع فيها بعد طبخه وهذا العسل يسمى كما قال القاضى أبو الطيب بعسل الطبرزد ونحن نسميه بالقطارة وهو يتنوع بحسب تنوع السكر الذى يستقطر منه وأنواع السكر ثلاثة الوسط وهو ادونه ومن أعلا اناء ينتجه يكون الآخر لان القطارة تنجس فيه والعال وهو فوق ذلك في الجودة والمكرر هو أعلا

الثلاثة لانه يطبخ مرة ثانية من السكر الوسط والسكر النبات يطبخ من السكر الوسط أيضا لكنه يجعل في قدر من الفخار قد صلب فيه عيدان من الجريد رفاق ليثبت فيها السكر وما يخرج منه من غسل عند كمال نباته يسمى بقطر النبات والفانيد تارة من السكر غير النبات وتارة من العسل المسمى بالمرسل المطبوخ من ماء القصب في أول أمره وطبعه مخلف طبع السكر ولونه يخالف لونه الاسم مختلف لكن الاصل فيها واحد القصب وعند ذلك يتقرر الخلاف في الفانيد والسكر هل هما جنس واحد باعتبار أصلهما كما في غسل القند وغسل السكر المعبر عنه بالطبرزد أو جنسان باعتبار

[108]

اختلاف الصفة والاسم فهذا فصل مفيد من كلام ابن الرفعة فانه كان عرافا بذلك وكلام القاضي حسين وشبهه يدل على أنهم لم يحققوا الحال في ذلك لانه ليس في بلادهم أو ليس لهم به خبرة والله أعلم. قال ابن الرفعة أيضا وأما السكر الاحمر والابيض والنبات فجنس واحد للاشتراك في الاسم الخاص وقرب الطباع وهل يجوز بيع بعضه ببعض متفاضلا فيه الخلاف السابق والفانيد قد يجعل فيه شئ من الدقيق وعند ذلك إذا قلنا هو والسكر جنسان لم يضر (وان قلنا) جنس واحد فلا يجوز بيعه بالسكران لم ينظر إلى التأثير النار ولانه من قاعدة مد عجوة وقال ومع تفاوت النار في القند والسكر والفانيد لم يذكر المصنف يعنى العرالى فرقا بينهما كما لم يفرق الاصحاب بين ذلك في السكر بل جوزوه في الجميع على رأى مرجح في الحاوى وممنوع على وجه جزم به العراقيون فوجه التسوية في الجميع ان للنار في ذلك حدا بحسب العرف فأحيل الحكم عليه وعلى هذا فقد يقال الامر كذلك في النار التى تدخل في الدبس وقد قطع فريق فيه بالمنع وان حكى الخلاف في السكر ونحوه تصلحه فلا يحترز عنها فلذلك افترقا قال وانما قلت ذلك لانى رأيت حكاية عن الامالى أن تأثير النار في الشئ ان لم يكن

[109]

له نهاية كالديس فكلما كثر النار كان أجود وليس له نهاية إلى أن يتلابس فلا يصح بيع بعضه ببعض لان تأثير النار في تنقيص رطوبته تتفاوت وان كان له نهاية كالسكر والفانيد فيه وجهان (قلت) هذه الحكاية عن الامالى وذكر الوجهين فيها لم أفهمه ولا يقع في كلام الشافعي رضى الله عنه ذكر وجهين فليتأمل ذلك إلا أن يكون المراد أمال السرخسى.. قال المصنف رحمه الله تعالى. (ولايجوز بيع الحب بدقيقه متفاضلا لان الدقيق هو الحب بعينه وانما فرقت أجزاءه فهو كالدنانير الصحاح بالقراضه فأما بيعه به متمائلا فالمنصوص أنه لا يجوز وقال الكرابيسى قال أبو عبد الله يجوز فجعل أبو الطيب بن سلمة هذا قولاً آخر وقال أكثر أصحابنا لا يجوز قولاً واحداً ولعل الكرابيسى أراد أبا عبد الله مالكا أو أحمد فان عندهما يجوز ذلك والدليل على أنه لا يجوز أنه جنس فيه ربا بيع

منه ما هو على هيئة الادخار بما ليس منه على هيئة الادخار على وجه
 يتفاضلان في حال الادخار فلم يصح كبيع الرطب بالتمر). (الشرح)
 الكرايسى هو أبو على الحسين بن على البغدادي صاحب الشافعي في
 العراق كان عالما في الفقه والحديث والاصول وله تصانيف في الجرح
 والتعديل وغيره ومن جملتها كتاب الرد على المدلسين الذي رد عليه فيه
 أبو جعفر الطحاوي وقد وقعت على كلام أبي جعفر توفى الكرايسى سنة
 خمسة وأربعين وقيل ثمان وأربعين ومائتين وهو مذكور في المهذب في
 باب زكاة التجارة وأبو الطيب محمد بن المفضل بميم في أوله ابن سلمة
 من كبار أصحابنا درس الفقه على ابن سريج وكان مخصوصا بفرط الذكاء
 والشهامة فلذلك كان أبو العباس يقبل عليه غاية الاقبال ويميل إلى تعليمه
 كل الميل صنف كتبا عدة مات شابا سنة ثمان وثلاثمائة وهو مذكور في
 المهذب في باب صلاة المسافر

وكذلك الامام مالك رحمه الله وهو أجل من أن ينبه على شئ من أخباره
 وأحمد بن حنبل رحمه الله لم يتقدم له ذكر في المهذب فيما أظن وهو
 الامام أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن اسد بن ادريس ابن
 عبد الله بن حبان بجاء مهمله وباء آخر الحروف ابن عبد الله بن أنس بن
 عوف بن قاسط بن مازن ابن ذهل بن شيبان بن ذهل بن ثعلبة بن عكابة بن
 صعب بن على بن بكر بن وائل بن قاسط بن هنب بن أقصى بن دهمى بن
 جديلة بن أسد بن ربيعة بن نزار بن مضر بن معد بن عدنان مولده سنة (1)
 وستين ومائة وتوفى سنة إحدى وأربعين ومائتين وفضائله ومناقبه علما
 وزهدا وورعا أكثر من أن تحصى وأشهر ممن تذكر وهو معدود من أصحاب
 الشافعي رضى الله عنهم بالعراق وقول المصنف الحب بدقيقه يشمل
 الحنطة والشعير وغيرهما وفيه احتراز عن بيعه بدقيق غيره كبيع الحنطة
 بدقيق الشعير والشعير

بدقيق الحنطة وما أشبه ذلك فانه جائز متماثلا ومتفاضلا على القول
 الصحيح المشهور الذي قطع به قاطعون أن الادقة أجناس والمقصود بيع
 القمح بدقيق القمح أو بيع الشعير بدقيق الشعير وما أشبه ذلك وفي ذلك
 مسألتان (إحدهما) أن يباع متفاضلا وهذا لا يجوز عندنا وعند أكثر العلماء
 ونقل الشيخ أبو حامد وأبو الطيب وغيرهما عن أبي ثور جوازه واحتج
 بأنهما جنسان لاختلاف الاسم ونقص الاصحاب عليه باللحم بالحيوان وكثير
 من المطعومات وفيه نظر من الضابط الذي مهدوه في اختلاف الجنس

واتحاد ومذهب أبى ثور في ذلك موافق لمذهب داود وأنه ذهب هو وأصحابه إلى جواز ذلك وعمم فقال يجوز بيع الفمخ بدقيقه وسويقه وخبزه وبيع الدقيق بالدقيق والسويق بالخبز والسويق بالسويق وبالخبز بالخبز متفاضلا ومتماثلا قال الشافعي رضى الله عنه في المختصر ولا يجوز بيع الدقيق بالحنطة مثلا بمثل من قبل أنه يكون متفاضلا في نحو ذلك وكذلك نقله

[113]

الامام عن المزني في المنثور مع نقله فيه جواز بيع الدقيق بالدقيق كما سيأتي إن شاء الله تعالى وقال في مختصر البويطى ولا يجوز أن يؤخذ دقيق بقمح وقال الشيخ أبو حامد وهو الصحيح من المذهب وبه قال الحسن البصري ومكحول وأبو هشام وحماد بن أبى سليمان والثوري وأبو حنيفة وأصحابه وذهب مالك في المشهور عنه إلى أنه يجوز كيلا بكيل وبه قال قتادة وربيعة وإبراهيم النخعي وابن سيرين وابن شبرمة والليث بن سعد وذهب الاوزاعي وأحمد بن حنبل وأسحق بن راهويه إلى أنه يجوز وزنا بوزن والاكثر على الامتناع من اثبات ما حكاه الكرابيصى قولا للشافعي منهم الشيخ أبو حامد والعبدي قال العبدي والصحيح أنه لا يحفظ عن الشافعي إلا المنع قال الشيخ أبو حامد لا يختلف المذهب في أن ذلك لا يجوز وقال القاضي أبو الطيب لا يحفظ للشافعي في كتبه غير ذلك وكذلك في تعليق الطبري عن ابن أبى هريرة أنه خطأ لا يحفظ عن الشافعي وغير من سميئا يقول ذلك قال

[114]

هؤلاء ولعله أراد بأبى عبد الله مالكا وأحمد لما سنحكيه من مذهبهما وجماعة من الاصحاب سكتوا عنه لم يحكوا فيه خلافا منهم الفوراني وقال الرويانى قال أكثر أصحابنا المسألة على قول واحد أنه لا يجوز ولم يوجد في شئ من كتبه جوازه ومنهم من ذهب إلى اثباته قولا للشافعي وبه قال أبو الطيب ابن سلمة فيما حكاه أكثر الاصحاب وابن الوكيل فيما حكاه المحاملى والقفال فانه قال في شرح التلخيص بعد قول صاحب التلخيص فان كانا مطحونين أو أحدهما لم يجز قال القفال وقال في القديم يجوز والمشهور من مذهبه أنه لا يجوز فاستفدنا من ذلك أن القفال من المعترفين باثبات هذا القول وان لم ينسبه للكرابيصى والكرابيصى من رواة القديم ووجهه بما سنذكره من حجة الملكية قال الرافعى وعلى هذا فالمعيار الكيل وقد اختار أبو بكر بن المنذر في كتابه الاشراف منع بيع الحنطة بالدقيق متفاضلا وجوازه مثلا بمثل قال ولا أعلم حجة تمنع من بيعه مثلا بمثل وجعل الامام منقول الكرابيصى

[115]

شياً آخر وهو أن الدقيق والحنطة جنسان حتى يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا لاختلاف الصفة والاسم والمنفعة قال الرافعي ويشبه أن يكون هو منفردا بهذه الرواية يعنى الامام (قلت) وليس منفردا بها بل حكاها الماوردي في الحاوي كذلك وسوى بينهما وبين قول أبي ثور فاستدل الاصحاب بما ذكره المصنف قالوا ولا فرق بين الموضوعين إلا أن الرطب لم يبلغ حالة الادخار والدقيق زال عنها ولو قدر عود الدقيق إلى حال كونه حنطة لغاتت المماثلة كما أنه إذا قدر الرطب تمرا تفوت المماثلة قال الاصحاب حالة كمال الحب كونه حبا فانه يصلح للبذر والطحن والادخار واستدلوا أيضا بأن الدقيق جنس فيه الربا زال عن حال كمال البقاء كاللحم بالحيوان والشيرج بالسمسمة واحترزوا بصنعة ادنى عن المستويين واحتج من نصر قول مالك بأن الدقيق نفس الحنطة وانما تفرقت أجزاءه فأشبهه بيع الدراهم الصحاح بالمكسرة واحتج من نصر قول الاوزاعي وأحمد بأن الطحن لا يتغير به الوزن وانما يختلف به الكيل فإذا بيع أحدهما بالآخر وزنا كانا متساويين وأجاب الاصحاب عن حجة الملكية بأنه إذا كان حبا

[116]

كانت أجزاءه منضمة مجتمعة فلا يأخذ من الميكال الموضوع الذي يأخذه إذا طحن وتفرقت أجزاءه فمتى بيع أحدهما بالآخر كانا متفاضلين وعن حجة الاوزاعي وأحمد بأن المماثلة معتبرة كيلا فإذا قدر عودهما إلى حالة كونهما طعاما أفضى إلى التفاضل كيلا وهذه المسائل وما بعدها من جملة قاعدة تعرض لها الشافعي في باب بيع الأجال من الام قال فإذا كان شئ من الذهب أو الفضة أو المأكول أو المشروب فكان الأدميون يصنعون فيه صنعة يستخرجون بها من الاصل شيئا يقع عليه اسم دونه اسم فلا خير في ذلك الشئ لشيء من الاصل وان كثرت الصنعة فيه كما لو أن رجلا عمدا إلى دنانير فجعلها طليستا أو حليا ما كان لم يجز بالدنانير إلا وزنا بوزن وكما لو أن رجلا عمد إلى تمر فحشاه في شن أو جرة أو غيرها نزع نواه أو لم ينزعه لم يصح أن يباع بالتمر وزنا بوزن فكذلك لا يجوز حنطة بدقيق

[117]

وكذلك حنطة بسويق أو بخبز أو بفالودج إذا كان نشاء مشتقة من حنطة وكذلك دهن سمسم بسمسم وزيت بزيتون وكذلك لا يصح التمر المنثور بالتمر المكبوس لان أصل التمر الكيل اه ثم قال الشافعي رحمه الله تعالى بعد ذلك بكثير وكذلك لاخير في تمر قد عصر وأخرج صفره بتمر لم يخرج صفره كيلا بكيل من قبل انه قد أخرج منه شئ من نفسه وإذا تم بغيره عن خلقته فلا بأس به وقد روى عن مجاهد باسناد حسن قال لا بأس بالحنطة بالسويق والدقيق بالحنطة والسويق وعن الشعبي أنه سئل عن السويق بالحنطة فقال ان لم يكن ربا فهو ريبه ومما احتج به في منعهم القمح بالدقيق القياس على بيع اللحم بالحيوان وهذا انما يتم إذا جعلنا امتناع بيع اللحم بالحيوان معللا أما إذا جعلنا طريق ذلك الاتباع والتعبد فيمتنع اللاحق. قال المصنف رحمه الله. (ولا يجوز بيع دقيقة بدقيقه وروى المزني عنه في المنثور أنه يجوز واليه أو ما في البويطي لانهما يتساويان في الحال ولا يتفاضلان في الثاني فجاز بيع أحدهما بالآخر كالحنطة بالحنطة

والصحيح هو الاول لانه جهل التساوى بينهما في حال الكمال والادخار
فاشبهه بيع الصبرة بالصبرة جزافا).

[118]

(الشرح) المراد ههنا أيضا إذا كان الدقيقان من جنس واحد كدقيق القمح
بدقيق القمح ودقيق الشعير بدقيق الشعير فبيع الدقيق بالدقيق من
الجنس الواحد لا يجوز سواء كانا ناعمين أو أحدهما ناعما والآخر خشنا قال
الشيخ أبو حامد هذا الذي نص عليه في الجديد والقديم وكذلك قال ابن
الصباغ وهذا هو المذهب كذلك قال الشيخ أبو حامد وقال أبو الطيب وابن
الصباغ انه المشهور وقال الماوردي ان مقابله خطأ وكثير من الاصحاب لم
يحكوا فيه خلافا كالقاضي حسين وقال الرويانى انه نص عليه في القديم
والجديد وفرقوا بينه وبين بيع الحنطة الصغيرة الحبات بالحنطة الكبيرة
والحبات بان أجزاء الحب ثم مجتمعة ورواية المزني في المنثور مشهورة
نقلها الاصحاب كافة عن المزني في مسألة المنثور عن الشافعي ونقله
الامام عنه وعن نقل حرمله أيضا وأما ما أوما إليه البويطى (فاعلم) أن
الشافعي قال في البويطى وكل شئ من الطعام الذي لا يجوز إلا مثلا
بمثل من صنف واحد فلا يجوز أن يؤخذ شئ مما يخرج منه بأصله متفاضلا
إلا مثلا بمثل وهذا يقتضى منع بيع الدقيق بالقمح متفاضلا وبفهم أنه يجوز
بيعه به متماثلا وقد تقدم منع ذلك مع أنه بعد هذا بسطر في البويطى أطلق
أنه لا يؤخذ دقيق بقمح فان كان المراد هذا النص الذي في البويطى
فصحيح أنه يومئ إلى بيع الدقيق بالدقيق لكن يومئ أيضا إلى بيعه بالقمح.
وقال الشيخ أبو حامد انه حكاه في البويطى ولم ينقل أنه ايماء فلعله في
مكان آخر لم أقف عليه بعد وكذلك القاضي أبو الطيب والماوردي وابن
الصباغ والرافعي كلهم نقلوه عن البويطى وقاسه الرافعي بعد أن نقله
عن البويطى والمزني في المنثور بيع الدهن بالدهن يجوز وان امتنع بيعه
بالسمس فكذا هذا يجوز وان امتنع بيعه بالحنطة وهذا ينهك على أن
الخلاف

[119]

في هذا مفرع على المشهور انه لا يجوز بيع القمح بالدقيق أما على رواية
الكرابيسى إذا اثبتناها قولا فانه يجوز بيع الدقيق بالدقيق لا محالة وقد
أجاز الرويانى في الحلية جواز بيع الدقيق بالدقيق إذا استويا في النعومة
ونقله عن بعض أصحابنا وقال انه القياس ونقله مع بعض أصحابنا عن أبى
حنيفة رضى الله عنه (واعلم) أن الاصحاب أطلقوا هذه الحكاية عن
الشافعي ولم يثبتوا اشتراط التساوى في النعومة والخشونة وسيأتى
مذهب أبى حنيفة رضى الله عنه وبعض أصحابنا أنه يشترط التساوى في
أحدهما وكلام الرويانى في الحلية ذكر التساوى في النعومة عن أبى
حنيفة وبعض أصحابنا واختاره فيحتمل أن يكون مراده الاستواء في هذا أو
في هذا وهو الظاهر وينزل كلام الشافعي المنقول عن المزني والبويطى
عليه لانه لو اختلفا فكان أحدهما خشنا والآخر ناعما لم تحصل المماثلة
وعن أحمد جواز بيع الدقيق بالدقيق وذهب أبو حنيفة رحمه الله إلى أنه
يجوز إذا كانا ناعمين أو خشنين وعبارة بعضهم يشترط تساويهما في

النعومة والخشونة ووافق على امتناع الناعم بالخشن قالوا نحن نعتبر المساواة حالة العقد وأنتم تعتبرونها تارة فيما كان كمسألة الدقيق وتارة فيما يكون كمسألة الرطب واعتبار حال العقد أولى فالجهالة تؤثر حالة العقد فقط واستدل أصحابنا بما تقدم في بيع الدقيق بالقمح وقد وافقنا أبو حنيفة رضى الله عنه هناك مع كون الحنطة والدقيق متساويين ووافقنا على امتناع الناعم بالخشى ولا متعلق في أن بينهما مفاضلة فان ذلك متنقص بالحنطة إذا كان احدهما أفضل من الاخرى وقال أصحابنا إنما نعتبر المساواة حالة الادخار فحسب ثم ذلك يكون تارة فيما مضى وتارة فيما يكون ودليله ما تقدم في بيع الرطب بالتمر مع سلامته على الانتقاص بخلاف ما اعتبروه قاله فيقان وان تساويا الآن فقد يكونان متفاوتين حالة كونها حبا بأن يكون أحدهما من حنطة رزينة والآخر من حنطة خفيفة.

[120]

(فرع) قال الرويانى بيع لب الجوز بلب الجوز حكمه حكم الدقيق بالدقيق (قلت) وليس كذلك بل الصحيح جوازه وقد تقدم ذلك عند الكلام على بيع التمر المنزوع النوى والذي قاله الرويانى هو قول القاضى حسين وصاحب التتمة ويمكن حمله على اللب المدقوق وهو الذى يشبه الدقيق والله أعلم. قال المصنف رحمه الله تعالى. (ولايجوز بيع حبه بسويقه ولا سويقه بسويقه لما ذكرناه في الدقيق ولان النار قد دخلت فيه وعقدت أجزاءه فمنع التماثل). (الشرح) قال الشيخ أبو حامد وأبو الطيب السويق ضربان نقيع ومطبوخ فالنقيع ينقع الطعام في الماء ليبرد ثم يجفف ثم يقلى ويجرش والمطبوخ يطبخ ثم يجفف ثم يقلى ويجرش فكل واحد منهما قد أخذت النار بعضه فانه إذا قلى يكون أصغر جرما مما كان قبل ذلك وهذا الذى أراده المصنف بالعلة الثانية والعلة الاولى ظاهرة فانه بمنزلة الدقيق وان لم نلاحظ دخول النار فيه فهما دليان جيدان وقياس قول أبى ثور أن يأتي ههنا فان اختلاف الاسم موجود وكذلك نقله ابن المنذر عنه صريحا وعن مالك أنهما يقولان لا بأس به متفاضلا وأما قول أبى الطيب بن سلمة في منقول الكرابيسى ان ثبت عن الشافعي فلا تتانى هنا العلة الثانية وهى دخول النار وما ذكره هؤلاء الائمة في تفسير السويق مخالف للمعروف في بلادنا اليوم وممن نص على المسألتين اللتين ذكرهما المصنف كما ذكرهما الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والمحاملى والماوردي وغيرهم من العراقيين والقاضى حسين من

[121]

الخراسانيين ونقل القاضى أبو الطيب والمحاملى المنع من بيع الحنطة بسويق الحنطة عن نصح في الصرف وقال الامام ان ابن مقلاص حكى أن الشافعي جعل السويق مخالفا لجنس الحنطة فانه يخلفها في المعنى والدقيق مجانس للحنطة فانه حنطة مفارقة الاجزاء واعلم أن السويق في بلادنا اسم (1) وكذلك قال ابن الرفعة في الكفاية لما حكى ما قاله أبو الطيب ان ذلك مخالف لما نعرفه في بلادنا وجوز مالك بيع السويق بالقمح متفاضلا ففرق في ذلك بين السويق والدقيق وهو قول الليث بن سعد وأبى يوسف وروى أبو يوسف ذلك عن أبى حنيفة رضى الله عنه وروى عنه

أنه لا يجوز واحتج من جوزه بأن السويق صار بالصنعة جنسا آخر فصار بمنزلة بيع جنس بجنس آخر ونقص أصحابنا ذلك بالحنطة بالدقيق وتمسكوا باعتبار حالة الادخار. (فرع) بيع السويق بالدقيق عندنا لا يجوز لانه قوت زال عن هيئة الادخار بصنعة آدمي فلم يجز كما لو كان أحدهما أحسن من الآخر صرح به جماعة من الاصحاب منهم الماوردي والقاضي حسين وعن أبي حنيفة رضى الله عنه روايتان (أشهرهما) أنه لا يجوز وروى أبو يوسف رواية شاذة أنه يجوز كيلا بكيل وعن مالك وأبي يوسف رحمهما الله أنه يجوز متفاضلا لانهما جنسان لانه لو حلف لا يأكل دقيقا فأكل سويقا لم يحنت ونقله ابن المنذر عن أبي ثور أيضا وما ذكره منتقض بانواع التمر كالمعقلي والبرنى.

(1) بياض بالاصل فحرر

[122]

. قال المصنف رحمه الله. (ولايجوز بيعه بخبزه لانه دخله النار وخالطه الملح والماء وذلك يمنع التماثل ولان الخبز موزون والحنطة مكيل فلا يمكن معرفة التساوى بينهما). (الشرح) نص الشافعي رضى الله عنه في البويطى على أنه لا يجوز بيع الخبز بالحنطة ونقله القاضي أبو الطيب وابن الصباغ عن نصح في الصرف وجزم به هو والشيخ أبو حامد والماوردي والقاضي حسين والرافعي وغيرهم للعلتين ذكرهما المصنف وهما في الحقيقة متحدتان لان مخالطة الماء ودخول النار كل منهما صالح لان يكون علة للبطلان وحده. قالوا وربما خلط الخبز أيضا بورق ولما نقل الامام رواية ابن مقلاص وجعلها في أن السويق مخالف للحنطة والدقيق مجانس لها قال وعلى هذا الخبز يخالف الحنطة ويجب أن يخالف الدقيق والسويق أيضا فاقضى هذا الكلام اثبات خلاف في بيع الخبز وحكى عن أصحاب أبي حنيفة أنهم قالوا يجوز بيع الخبز بالحنطة متفاضلا وهو قياس قول أبي ثور كما قاله في الحنطة بالدقيق. (فرع) وهكذا الدقيق بالخبز لا يجوز وممن صرح به بخصوصه الفورانى وقد تقدم ما قلناه من كلام الامام وكذلك نقل المنع في ذلك ابن المنذر عن الشافعي ونقل عن مالك والليث بن سعد وأبى ثور واسحق وسفيان الثوري جوازه وقال احمد لا يعجنى.

[123]

(فرع) قال الرافعي يجوز بيع الحنطة وما يتخذ منها من المطعومات بالنخالة لانها ليس مال ربا وقيل الرويانى بأن تكون النخالة صافية عن الدقيق وهذا هو المراد وكذا بيع المسوسة بالمسوسة إذا لم يبق فيها لب قاله في التتمة والبحر قال في البحر لانه نخالة وقال في تعليق القاضي حسين في أحد الوجهين وان كان لا يجوز السلم فيها ولذلك يجوز بيع المسوسة التى لالب فيها بغير المسوسة قاله في (1) والبحر أيضا ومن الواضح أن شرط ذلك أن يكون للمسوسة قيمة والا فيمتنع بيعها مطلقا وقال الامام ان الحنطة المسوسة إذا قربت من المفقودة ظاهر قول

الائمة جواز بيع بعضها ببعض وانما راعوا في هذه طرد النظر إلى طرد القول في الجنس لعسر النظر في تفصيل الحنطة التي تمادى زمان احتكارها ولعل هذا قبل أن تتأكل فأما إذا تأكلت وخلت أجوافها ففيها نظر عندنا فان الائمة أطلقوا بيع المسوسة بالمسوسة هي التي بدا التآكل فيها والقياس القاطع بالمنع إذ الحنطة المقلية لا يباع بعضها ببعض لما فيها من النجافي الحاصل بالقلبي انتهى وإذا تأملت ما قاله الامام وجدته لم يلاحظ أن المسوسة خارجة عن الربا البتة بخلاف ما قاله المتولي والرافعي والتحقيق في ذلك انه ان فرضت المسوسة لا شئ في جوفها البتة فهذه مخالفة ولا ربا فيها وان فرض أن السوس كثير فيها بحيث قربت

[124]

من العفن فهذه الاختلاف فيها أشد من الاختلاف في الدقيق فيمتنع بيع بعضها ببعض وان فرض أنه كما بدا التآكل فيها الذي لا يحصل معه تفاوت غالبا فيصح وتكون كالحنطة التي قد طال احتكارها وينزل كلام الامام وما نقله عن الائمة على هذا والله أعلم.. قال المصنف رحمه الله تعالى. (ولا يجوز بيع خبزه بخبزه لان ما فيه من الماء والملح يمنع من العلم بالتمائل فممنع جواز العقد). (الشرح) المراد الخبز بالخبز إذا كانا لينين فلا يجوز قال الشيخ أبو حامد بلا خلاف على المذهب لما ذكره المصنف ولان أصل ذلك الكيل ولا يمكن اعتبار الكيل فيه. وافق الاصحاب على ذلك القاضي أبو الطيب والمحاملي والماوردي والقاضي حسين والرافعي. وممن وافق الشافعي على ذلك عبيد الله بن الحسن نقله ابن المنذر ونقل عن مالك انه إذا تحرى أن يكون مثلا بمثل فلا بأس به وان لم يوزن وبه قال الاوزاعي وأبو ثور وحكي عن أبي حنيفة رضى الله عنه أنه لا بأس به قرصا بقرصين ولذلك إذا كان أحدهما لينا والآخر يابس لا يجوز أيضا وممن صرح به ابن الصباغ في الشامل والجرجاني في البلعة والشافعي ولك أن تدرجه في كلام المصنف رحمه الله تعالى فانه أطلق المنع في الخبز بالخبز ثم ذكر بعد هذا الخلاف في الجافين خاصة كما سيأتي فكان ما سوى ذلك

[125]

مندرجا في كلامه والله أعلم. وعن أحمد أنه يجوز بيع الخبز بالخبز متمثلين لان معظم منفعتهما في حال رطوبتهما فصار كاللين باللين وفرق أصحابنا بالتفاوت في حال الكمال والادخار فانه موجود في الخبز بخلاف اللين ولو كان الخبز من جنسين جاز يدا بيد صرح به الصيمري في الكفاية والماوردي في الحاوي ولم يلاحظ ما فيه من الماء والملح لاستهلاكه وليس ذلك من صورة مدعجوة الممتنعة كما تقدم التنبيه عليه أنه إذا بيع الشئ بغير جنسه كالقمح بالشعير وفي كل منهما حبات من الآخر لا تقصد يصح وان كان ذلك مؤثرا في التماثل وحكي ابن الرفعة عن القاضي حسين ان الاصح الصحة ولا مبالاة بما فيهما من الماء والملح لان ذلك مستهلك فيما قال ابن الرفعة وهذا الخلاف الذي اقتضاه كلام القاضي لوجه له والصواب الجزم كما في القمح بالشعير إذا كان في كل منهما شئ لا يقصد من الآخر والله أعلم. قال المصنف رحمه الله تعالى. (وان جفف الخبز وجعل فتينا وبيع بعضه ببعض كيلا ففيه قولان) أحدهما لا يجوز لانه لا يعلم

تساويهما في حال الكمال فلم يجز بيع أحدهما بالآخر كالرطب بالرطب
(والثاني) أنه يجوز لأنه مكيل مدخر فجاز بيع بعضه ببعض كالتمس).

[126]

(الشرح) القولان نقلهما الشيخ أبو حامد وأبو الطيب والمحاملى ونصر
المقدسي وابن الصباغ وحكماهما الماوردي وجهين وعن القاضي أبي
الطيب وابن الصباغ قول المنع إلى نصه في الصرف وعزاه المحاملى إلى
الام وعزاه الرويانى إلى عامة كتبه وأما قول الجواز فرواه القاضي أبو
الطيب والمحاملى وابن الصباغ والرويانى عن رواية حرملة قال الرافعى
ورواه الشيخ أبو عاصم العبادي وآخرون عن رواية ابن مقلاص (قلت) ونقله
القاضى حسين عن القديم وفرضه في الكعك المدقوق بالكعك المدقوق
وقال ولعله انما جوز ذلك رخصة للمساكين لأنه أغلب قوتهم وزادهم وأما
رواية القاضى حسين هذه فيحتمل أن تكون غير الرواية المنسوبة لحرملة
ولا يلزم طردها في الحب كما قال القاضى ولا فى غير الشعير وأما رواية
حرملة ونقل الشيخ أبى عاصم لها عن ابن مقلاص فان كان ابن مقلاص هو
عمر بن عبد العزيز بن عمران بن مقلاص فلا تنافى فانه توفى سنة خمس
وثمانين ومائتين ولم يدرك الشافعى فلعله من الرواة عن حرملة هذا ان
كان المراد بابن مقلاص عمر بن عبد العزيز رضى الله تعالى عنه المذكور
وهو الذى قاله في طبقات الفقهاء المنسوبة لابن الصلاح والنووي ونسب
الرواية المذكورة إليه وقال النووي في تهذيب الاسماء وان كان أبوه عبد
العزيز هو المراد وهو الاقرب فانه صاحب الشافعى وممن روى عنه فلعله
وحرملة كلاهما روياه وجعل إمام الحرمين رواية ابن مقلاص أنه يجوز بيع
الحنطة

[127]

بالسويق وجعلهما جنسين كما تقدم لكنه قال بعد ذلك وعلى هذا الخبر
يخالف الحنطة وعلل الشيخ أبو حامد والغوراني المنع بأنه طعام وملح
بطعام وملح وذلك لا يجوز وهذا بعيد لان ما فيهما من الملح في الكيل فهو
كبيع القمح وفيهما حبات شعير بسيرة وذكر المحاملى أن المعنى الذى
علل به المصنف أصح لكنه جعل الاصل في ذلك الدقيق بالدقيق لخروجه
نفسه وأما في علته وهو قوله صلى الله عليه وسلم (أينقص الرطب إذا
جف) والصحيح من القولين الاول وهو أنه لا يجوز وممن صحح ذلك
المحاملى في المجموع والماوردي ولو لا أن الوجه الآخر مشهور من قول
أصحابنا لكان أغفاله أولى لمخالفته النص ومناقاة المذهب وكذلك قال في
البحر انه المذهب قال وقال القفال يحتمل غير هذا على المذهب ولعل
ذلك قول مرجوع عنه والجمهور على إثبات القولين وقال الغورانى من
أصحابنا من جعل المسألة على قولين ومنهم من قال بل قول واحد لا يجوز
ولا يثبت عن الشافعى جواز ذلك وهذا كله إذا دق الخبر أما إذا كان جافا غير
مدقوق فلا يجوز كما اقتضاه كلام المصنف والاصحاب وبه صرح الرويانى
وأغرب الجرجاني في الشافى فقال انه يجوز بيع يابسه بيابسه على أصح
القولين ان لم يكن فيه ملح وهذا مع غرابته وبعده محمول على ما إذا كان
مدقوقا كما فرضه المصنف ليكون محل القولين والغرابة في تصحيحه

الجواز وحزم بأنه لا يجوز إذا كان فيهما أو في أحدهما ملح قد تقدم الكلام فيه مع الشيخ أبي حامد

[128]

وبيان أن ذلك لا يضر لانه لا يؤثر في المكيال وأما قياسه على التمر فالفارق خروجه عن حالة الكمال بخلاف التمر أما إذا كان الخبز من جنسين فإنه يجوز لانه قد تقدم الجواز في البنين المختلفى الجنس ففى اليابس أولى ولا يضر ما فيهما من الملح لان ذلك غير مقصود بالمقابلة ومنعه من التماثل ان فرض غير ضار لاجل اختلاف الجنس بخلاف ما إذا كان الجنس متحدا على ما تقدم من ملة الشيخ أبى حامد (فائدة) قال الامام بعد أن ذكر النصوص التى حكاها المزني في المنثور وابن مقلاص والكرابيسي اتفق أئمة المذهب على أنها لاتعد من متن المذهب وإنما هي ترددات جرت في القديم وهى مرجوع عنها والمذهب ما مهدناه قبل هذا. (فرع) لا يجوز بيع الحنطة بالجريش أو العجين أو الهريسة أو الزلابية أو النشا أو الفتيت أو بشئ مما يتخذ منها ولا يبيع شئ من هذه الاشياء بعضه ببعض كالعجين بالعجين والنشا بالنشا ولا بالنوع الآخر كالدقيق بالسويق صرح بهذه الامثلة القاضى حسين والماوردي ونصر المقدسي وغيرهم كل منهم ببعضها ولا الحنطة بالفالودج قال ابن عبد البر في التمهيد أجمعوا على أنه لا يجوز عندهم العجين بالعجين لا متماثلا ولا متفاضلا لا خلاف بينهم في ذلك وكذلك العجين بالدقيق إذا طبخ العجين وصار خبزا جاز بيعه عند مالك بالدقيق متفاضلا ومتساويا لان الصناعة قد كملت فيه وأخرجته

[129]

فيما زعم أصحابه عن جنسه وقول أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد رحمهم الله في بيع الدقيق بالخبز كقول مالك رحمه الله ونقل العبدري عن مالك جواز بيع العجين بالخبز وكذا اللحم النئ بالمطبوخ. (فرع) لا يجوز بيع الحنطة بالفالودج نص عليه الشافعي والاصحاب قال الشيخ أبو حامد وغيره ان الفالودج نشا وعسل ودهن فيكون قد باع طعاما وغيره بطعام ولا يختص ذلك بهذا المثال بل كل ما عمل من المأكول لا يجوز بيعه بالمأكول نقله أبو الطيب عنه في الصرف وهى قاعدة متفق عليها بين الاصحاب فلا يجوز بيع الحنطة بالزلابية والهريسة. (فرع) نقل ابن عبد البر عن الشافعي لا يجوز بيع الشيرق بالشيرق. (فرع) وهذا كله في الجنس الواحد وأما عند اختلاف الجنس فحائز يجوز بيع البر بدقيق الشعير ودقيق البر بدقيق الشعير ودقيق أحدهما بسويق الآخر متفاضلا يدا بيد صرح به القاضى حسين والماوردي وغيرهما وكذلك على المشهور في أن الادم أجناس كذلك يقتضيه تعليل القاضى حسين وكذلك خبز البر بخبز الشعير حزم به الماوردي ولم يلاحظوا ما في الخبز من الماء والملح فيخرجه على قاعدة مد عوجة لانه مستهلك فيه لا اعتبار به وفى تعليق القاضى حسين أن ذلك هو الصحيح وان فيه وجهان أنه لا يجوز.

[130]

قال الصنف رحمه الله تعالى (ولا يجوز بيع أصله بعصيره كالسمسم بالشيرج والعنب بالعصير لانه إذا عصر الأصل نقص عن العصير الذي بيع به). (الشرح) امتناع بيع الشيرج بالسمسم كالمتفق عليه بين الأصحاب وكذلك كل دهن بأصله والعنب بعصيره سواء كان العصير مثل ما فى الأصل أو أكثر منه أو أقل وأصل ذلك قاعدة مد عجوة وذلك المأخذ ظاهر فى السمسم بالشيرج وفى السمسم بشيرج وكسب وهما مقصودان وأما العنب فالتفل الذى يبقى بعد العصير فان السمسم فيه شيرج وكسب وهما مقودان فيكون بيعه

[131]

بالشيرج من قاعد مد عجوة والعنب كذلك فيه مائة وغيرها مقصودان وان كان بعد العصير لا يبقى التفل مقصودا والمصنف علل بمعنى يشمل ما يكون المقصود منه منحصرًا فى دهنه وعصيره ولا يظهر هذا المعنى كل الظهور فيما جزاه مقصودان بل المانع تخريجه على قاعدة مد عجوة ومن أمثلة المسألة بيع الجوز بما يتخذ منه من الدهن واللب والكسب لا يجوز ذكره القاضى حسين وكذلك بيع دهن الجوز بلبه ذكر القاضى حسين أنه يجوز وهكذا دهن للوز بلبه يجب أن لا يجوز ورأيت فى تعليق القاضى حسين أنه يجوز وهو محمول على غلط النسخة التى رأيتها بيع الزيت بالزيتون وقد صرح بمنعه فى تعليق الطبري عن ابن أبى هريرة وغيره والحاوى وعلنه بأن فيه مائة فالتماثل معدوم وقال ابن أبى هريرة وغيره عند أهل العراق ذلك جائز إذا كان الزيتون أكثر من الزيت قال وهذا

[132]

خطأ والا لجاز بيع تمر غليظ النوى بتمر رقيق النوى متفاضلا وبيع طحين السمسم بطحين السمسم وفيهما الشيرج لا يجوز جزم به ابن أبى هريرة والماوردي وبيع الكسب إذا كان علقا للدواب مثل كسب القرطم جاز متماثلا ومتفاضلا قاله ابن أبى هريرة وان كان يأكله الناس جاز وكيل فأما موازنة وفصل ابن أبى هريرة فقال يجوز جافا كيلا بكيل ولا يجوز وزنا ولا قبل الجفاف لان أصله الكيل وأطلق الماوردي النقل عن ابن أبى هريرة فقال حكى عنه جواز بيع بعضه ببعض وانه جوز بيع الكسب بالكسب وزنا ثم رد عليه وقال لا يجوز بيعه لامور لان أصله الكيل ويختلف عصره فرما بقى من دهن أحدهما أكثر من الآخر وان الكسب ماء وملح وذلك يمنع المماثلة وألزمه فى ذلك بما وافق عليه من امتناع بيع طحين السمسم بمثله والذى رأته فى تعليق الطبري عن ابن أبى هريرة ما حكينته أولا فحينئذ لا يرد عليه إلا كونه فيه ماء وملح وله أن يجيب عنه بأن الماء يزول بالجفاف وما فيه من الملح لا يضر كالخبز

الجاف فقد اختار الماوردي فيه وجه الصحة ولا فرق بينهما والرافعي لا يلزمه ذلك لانه صحح في مسألة الخبز الجاف أنه لا يجوز بيع بعضه ببعض وبيع التمر بعصير الرطب لا يجوز قاله الروياني فكذلك بالخل من الرطب (قلت) وعلى قياس ذلك بيع العنب بخل الزبيب لا يجوز قال نصر وكذلك السمسم بالطحينة والطحينة بالشريح لا يجوز. وكذلك لا يجوز بيع كسب السمسم بالسمسم قاله الرافعي ولا يبيع دهن الجوز بلب الجوز قاله الرافعي قال الرافعي وذكر الامام وذكر الامام اشكالا وطريق حله أما الاشكال فهو ان السمسم جنس في نفسه لا أنه دهن وكسب اللبن جنس في نفسه لا أنه سمن ومخيض ولهذا جاز بيع السمسم بالسمسم واللبن باللبن وان كان لا يجوز بيع الدهن والكسب بالدهن والكسب وبيع السمن بالدهن كما يجوز بيع السمسم بالسمسم وأما الحل فانه إذا قوبل السمسم بالسمسم واللبن باللبن فالعوضان

متجانسان في صفتها الناجزة فلا ضرورة إلى تقدير تفريق الاجزاء وتصوير ما يكون حينئذ وإذا قوبل السمسم بالدهن فلا يمكننا جعل السمسم مخالفا للدهن مع اشتمال السمسم على الدهن وإذا ارتفعت المخالفة جاءت المجانسة ولا شك أن مجانستهما في الدهنية فنضطر إلى اعتبارها وإذا اعتبرناها كان كل بيع دهن وكسب بدهن هكذا قال الامام وألم الماوردي بشئ من ذلك أيضا وفي النفس وقفة من قبول هذا الجواب وما الضرورة الداعية إلى تقدير لا يدل عليه دليل (واعلم) أن هذه المسألة كالمجزوم بها في المذهب وقال رأيت في تعليق الطبري عن ابن أبي هريرة بعد أن قال ان بيع الدقيق بالحنطة لا يجوز قال وكذلك الزيت بالزيتون وحكي الكرايبسى عن الشافعي أنه جائز وظاهر هذا الكلام أن منقول الكرايبسى عائد إلى المسألتين جميعا وأكثر الاصحاب انما تلقوا حكاية الكرايبسى في

الدقيق فان ثبت ذلك في الزيت مع الزيتون فهو جار في الشريح مع السمسم وكل دهن مع أصله ووافقنا في المسألة وهى الشريح بالسمسم والزيت والزيتون مالك وكذلك أبو حنيفة قال الا أن يعين يقينا ما في الزيتون من الزيت أقل مما أعطى من الزيت قال ابن المنذر وقول الشافعي أصح وكذلك لا يجوز العنب بالعصير ولا بالخل والديس أو الناطف وغيرهما مما يتخذ منه قاله القاضي حسين قال ابن حزم وما وجدنا عن أحد قبل مالك المنع من بيع الزيتون بالزيت ثم اتبعه عليه الشافعي وان كان لم يصرح به وفرق بينه وبين الرطب والتمر فان التمر هو الرطب بعينه إلا أنه يابس وكذلك العنب والزبيب بخلاف الزيت فانه شئ آخر غير الزيتون لكنه خارج منه خروج اللبن من الغنم والتمر من النخل وبيع كل ذلك بما خرج منه جائز بلا خلاف.

(فرع) حب البان بالسبخة وهى (1) نقل ابن المنذر عن مالك أنه منع من ذلك ثم ترك ذلك وقال لا بأس بحب البان بالبان المطيب وقال أبو ثور لا بأس بالزيتون بالزيت والدهن بالسمسمة والعصير بالعنب واللبن بالسمن. (فرع) بيع لب الجوز بالجوز جائر قاله القاضى حسين وأما دهن الجوز بدهن اللوز فينبى على أن الادهان جنس أو أجناس وبيع الجوز بلب اللوز أو بدهن اللوز قال القاضى حسين الصحيح أنه لا يجوز بعد ما جزم أولاً بالجواز كما تقدم الساعة والخلاف الذى أشار إليه لوجه له لانهما جنسان ولا اشتراك بينهما وهو كما قاله في بيع الرطب بخل العنب والعنب بخل الرطب وقد وقع البحث معه فيه ولا يجوز بيع الجوز بلبه قاله في التهذيب وهو ظاهر وحكم الجوز واللوز بما يتخذ منه حكم السمسمة بالشيرج ومن أمثلة المسألة بيع العنب بعصيره وخله ودبسه وغير ذلك مما يتخذ منه.

(1) بياض بالاصل فحرر

. قال المصنف رحمه الله تعالى. (ويجوز بيع العصير بالعصير إذا لم تنعقد أجزاؤه لانه يدخر على صفته فجاز بيع بعضه ببعض كالزبيب بالزبيب). (الشرح) عصير الشئ وعصارتها ما انحلت منه ويقال لعصير العنب المعصور تقول عصرت العنب أعصره فهو معصور وعصير واعتصرت استخرجت ما فيه وقيل عصرته إذا وليت ذلك بنفسك واعتصرته إذا عصر لك خاصة حكى ذلك ابن سيده قال الاصحاب العصير يكون من العنب والسفرجل وعصير التفاح وقصب السكر وغير ذلك فإذا بيع بعضه ببعض فان كانا جنسين كعصير العنب بعصير القصب جاز متماثلاً ومتفاضلاً مطبوخاً ونبثاً وكيف كان يدا بيد وكذلك رب التمر برب العنب وعصير الرمان بعصير السفرجل وعصير التفاح بعصير اللوز نص الشافعي والاصحاب على جميع ذلك وهو يدل على أن العصير أجناس وهو المشهور وبه جزم المحاملى ولما حكى الرافعي الوجه البعيد في أن الخلول والادهان جنس واحد قال ويجرى مثله في عصير العنب مع عصير الرطب فعلى هذا لا يجوز التفاضل بينهما ولكن هذا الوجه ان ثبت فهو بعيد مردود وهذا إنما نذكره تجديداً للعهد بالنسبة إلى من قد يغفل عنه ومقصد المصنف رحمه الله تعالى في هذه المسائل كلها ليس إلا الجنس الواحد فإذا بيع العصير بالعصير من جنسه متماثلين كعصير العنب بعصير العنب وعصير التفاح بعصير التفاح وعصير السفرجل بعصير السفرجل وعصير الرمان بعصير الرمان وعصير الرطب بعصير الرطب وعصير قصب السكر بعصير قصب السكر وعصير سائر الثمار بجنسه (قلت) هذا ذكر جماعة من الاصحاب عصير الرطب وطني أن الرطب لا عصير له والكلام في ذلك ان فرض وسيأتى تنبيه في مسألة الخلول على ما وقع في كلام بعض

الاصحاب في خل الرطب مما يجب التنبيه عليه فان كانا مطبوخين أو أحدهما مطبوخا فقد تقدم حكمه وأنه لا يجوز وان كانا نيئين وهو مقصود المصنف جاز وبه جزم ابن القاص والشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والمحاملي والقفال والامام لما ذكره المصنف ولان كمال منفعتة في تلك الحالة فانه يصلح لكل ما يراد منه من الدبس والرب وغيرهما فكان كاللبن باللبن وحكى الرافعي وجهها أنه لا يجوز وان العصير ليس بحالة كمال والاصح عند الرافعي و (1) الاول قال القاضي حسين في بيع العصير بالعصير يعنى عصير العنب بعصير العنب كنت أقول قبل هذا إنه يجوز وفى الآن عندي أنه لا لانهما ما اتفقنا في حال الكمال وكلام والقاضي هذا يجرى في جميع العصير لافرق بين عصير وعصير في ذلك وقد ذكر الرويانى في عصير الرطب بعصير الرطب ولا ماء فيهما وجهين (أحدهما لا كالرطب بالرطب) والثانى) يجوز كاللبن باللبن وهكذا عصير الثمار من الرمان والتفاح وغيرهما ومراده ما يشمل عصير العنب وغيره وهو إشارة إلى وجه القاضي حسين أو من وافقه والله أعلم. (فرع) قال الشافعي في الام في باب المزبنة الذى قبل كتاب الصلح ولايجوز بيع الجلجان بالشبرق إلى أجل ولا يدا بيد وفسر الاصحاب وأهل اللغة الجلجان بالسَّمْسَمِ وقال الجوهري انه ثمرة الكزبرة وقال أبو الغوث هو السَّمْسَمِ في قشره قبل أن يحصد وأما الشبرق فقال ابن فارس انه نبت وقال الجوهري وهو رطب الضريع. (فرع) إذا بيع العصير بالعصير فالمعتبر في معياره الكيل جزم به المحاملي والشيخ أبو محمد والرافعي والنووي. (فرع) قول المصنف رحمه الله إذا لم تتعد أجزاءه يفهم أنه إذا حُمى بالنار اللطيفة بحيث لا تتعد أجزاءه يجوز بيع بعضه ببعض.

(1) بياض بالاصل فحرر

قال المصنف رحمه الله تعالى. (ويجوز بيع الشيرج بالشيرج ومن أصحابنا من قال لا يجوز لانه يخالطه الماء والملح وذلك يمنع التماثل فمنع العقد والمذهب الاول لانه يدخر على جهته فجاز بيع بعضه ببعض كالعصير وأما الماء والملح فانه يحصل في الكسب ولا ينعصر لانه لو انعصر في الشيرج لبان عليه). (الشرح) الشيرج بكسر الشين. (1) والكسب (اما) حكم المسألة فهو كما ذكره المصنف والقائل من أصحابنا بأنه لا يجوز أبو إسحق المروزي وأبو علي بن أبي هريرة نقله الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب ونصر المقدسي عن الاول المحاملي عن الثاني لما ذكره المصنف ورد الاصحاب عليه بما ذكره المصنف وبنوا ذلك بان الماء لو كان باقيا فيه لرسب إلى قرار الطرف الذي يكون فيه الدهن ولا يصح بقاء الملح بين أجزاء الدهن وصرح القاضي أبو الطيب بأن الجواز هو المذهب المنصوص عليه وجزم به جماعة منهم صاحب التهذيب. ثم ان المخالف ابن أبي هريرة أو غيره خصص الخلاف في ذلك بالشيرج دون غيره من الادهان لانه رأى أن المعنى المذكور الذي علل به ليس في بقية الادهان قال الامام تخصيص هذا بالشيرج لا معنى له قال الشافعي رضى الله عنه في الام ولا يجوز

إلاني بنئ فان كان منه شئ لا يعصر إلا مشوبا بغيره لم يجز أن يباع صنغه مثلا بمثل لانه لا يدري ما حظ المشوب من حظ الشئ المبيع بعينه الذي لا يحل الفضل في بعضه على بعض والصحيح باتفاق الاصحاب الجواز وممن صححه نصر المقدسي. (فرع) قال الامام لو اعتصر من اللحم مؤه وتبقى من اللحم مالا ينعصر بفعلنا فالكل جنس واحد وليس كالدهن والكسب فانا نعلم أن في السمسم دهنا وتفلا في الخلقة واللحم كله في الخلقة شئ واحد.

(1) بياض بالاصل فحرر

[140]

(فرع) جعل القاضي حسين دهن السمسم مكيلا لانه يستخرج من أصله مكيل وتبعه على ذلك صاحب التهذيب وكذلك السمن وما تعرض لكلام الشافعي في مسألة السمن فانه يقتضى فيهما خلاف ما قاله. (فرع) بيع دهن السمسم بدهن الجوز واللوز متفاضلا ينبنى على أن الادهان جنس أو أجناس قاله القاضي حسين وهو ظاهر لكني أردت أنه على ذلك لانه قد يتوهم أن الدهن اختص باسم الشيرج والله أعلم. وجزم في التهذيب في ذلك بالجواز لانه لم يفرع إلا على أن الادهان أجناس. (فرع) لا يجوز بيع الشيرج بالكسب قاله ابن الصباغ في الشامل وسيأتى الفرق بينه وبين بيع السمن بالمخيض وقال البغوي في التهذيب يجوز بيع دهن السمسم بكسبه متفاضلين لانهما جنسان وكذلك قال الفوراني يجوز بيع الدهن بالكسب لانهما جنسان وكذلك الامام فان كسب السمسم يخالف جنس دهنه وفاقا كما يخالف المخيض السمن وكذلك الروياني في البحر مع تعرضه للخلاف فقال يجوز بيع الدهن بالكسب لانهما جنسان وقال بعض اصحابنا لا يجوز لانهما لا تنفرد عن الدهن وان قل فان كان فيها دهن فلا يجوز وان يبق فيها الدهن فعلى ما ذكرنا يجوز وابن الرفعة حكى عن ابن ابي هريرة وجها في منع بيع كسب السمسم بالشيرج وانه لا يطرد في غيره من الادهان مع كسبه واستبعده الاصحاب وقال صاحب التتمة لا يجوز بيع الجوز بالكسب ولا بالدهن وبيع الدهن بالكسب جائز.

[141]

(فرع) شرط جواز بيع الشيرج بالشيرج أن لا يكون مغليا فلو أغلى بالنار لم يجز بيعه بمثله ولا بالنئ وكذلك الزيت لا يباع منه المغلى بمثله ولا بالنئ وبيع الزيت النئ بالشيرج المطبوخ بدا بيد وصرح بذلك الصيمري. (فرع) قال الرافعي الادهان المطيبة كدهن الورد والبنفسج والنيلوفر كلها مستخرجة من السمسم فإذا قلنا يجرى الربا فيها جاز بيع بعضها ببعض إذا ربي السمسم فيها استخراج دهنه وان استخرج الدهن ثم طرحت أوراقها فيه لم يجز. (فرع) لا يجوز بيع طحين السمسم وغيره من الحبوب التي يتخذ منها الادهان بطحينها وعبر الفوراني عن ذلك بعبارة أبين فقال السمسم المدقوق بالسمسم المدقوق لا يجوز كالدقيق بالدقيق فهذا والله أعلم

مرادهم بطحين السمسم وليس المراد الطحينه وان كان ذلك أيضا لا يجوز كبيع الدقيق بالدقيق قاله الرافعي وهى قبل ذلك فى حالة كونها حبوبا كالاقوات. (فرع) يجوز بيع كسب السمسم بكسب السمسم وزنا إن لم يكن فيه خلط فان كان فيه خلط لم يجرز قاله البيهقي والرافعي (قلت) أما إذا كان جافا فظاهر وأما إذا كان رطبا فان كان فيه من الدهن مانعا من التماثل لم يجرز وان كان غير مانع من التماثل يجوز وأما كون المعيار فيه الوزن فيعكزه على ما أصلوه من أن ما استخرج من مكيل فهو مكيل إلا أن يقال ان ذلك لا يمكن كياله وأنه يتجافى فى المكيال. (فرع) ويجوز بيع العصير بخل الخمر لانهما يتساوبا وانما اختلفا من حيث الحموضة والحلاوة فلا يمنع البيع كالتمر الطيب بالتمر غير الطيب قاله ابن الصباغ وخالف القاضى حسين فجزم بالمنع وقد وقع فى نسخة من نسخ المهدب هذه المسألة ولم تثبت فى أكثرها وكتب فى النسخة التى هى فيها أنها زيادة (فائدة) الملح مؤنثة تصغيرها ملحبة قاله يعقوب بن السكيت فى كتابه ونقلته منه.

[142]

قال المصنف رحمه الله تعالى. (ويجوز بيع خل الخمر بخل الخمر لانه يدخر على جهته فجاز بيع بعضه ببعض كالزبيب بالزبيب ولايجوز بيع خل الخمر بخل الزبيب لان فى خل الزبيب ماء وذلك يمنع من تماثل الخلين ولا يجوز بيع خل الزبيب بخل الزبيب ولا بيع التمر بخل التمر لانا ان قلنا ان الماء فيه ربا لم يجرز الجهل تماثل الماءين والجهل بتمائل الخلين وان قلنا لا ربا فى الماء لم يجرز للجهل بتمائل الخلين وان باع خل الزبيب بخل التمر فان قلنا ان فى الماء ربا لم يجرز للجهل بتمائل الماء فيهما وان قلنا لا ربا فى الماء جاز لانهما جنسان فجاز بيع أحدهما بالآخر مع الجهل بالمقدار كالتمر بالزبيب والله أعلم). (الشرح) الكلام فى الخلول يشتمل على مسائل ذكر المصنف منها خمس مسائل ونقدم عليها أمورا (أحدها) أن الخلول أجناس على المشهور وحكى الماوردى عن ابن أبى هريرة أنه كان يخرج قولا أنها جنس واحد وامتنع سائر الاصحاب من تخريج هذا القول وقد تقدم عن الشيخ أبى حامد أنه غلط القائل بذلك والمشهور القطع بأنها أجناس والتفريع فى هذه المسائل على هذا وأما إذا فرعنا على أنها جنس واحد فلا حاجة إلى تعداد المسائل بل كل خلين فيهما أو فى أحدهما ماء لا يجوز بيع أحدهما بالآخر وان لم يكن فى شئ منهما ماء جاز متمائلا ولايجوز متفاضلا والمصنف والاصحاب إنما فرعوا على المشهور (الامر الثانى) ان الخل يتخذ من العنب والزبيب والتمر فهو ثلاثة فإذا أخذت كل صنف مع مثله ومع قسيمه كانت الصور ستا خل العنب بخل العنب وخل العنب بخل الزبيب وخل العنب بخل التمر وخل الزبيب بخل الزبيب وخل الزبيب بخل التمر وخل التمر بخل العنب بخل التمر وخل التمر بخل العنب بخل التمر وزاد الرافعي فى الخلول خل الرطب فصارت الخلول أربعة والصور الحاصلة

[143]

من تركيبها عشرة الست المذكورة وأربع من خل الرطب بخل الرطب وبخل العنب والزبيب والتمر وليست الخلول منحصرة بل يتخذ الخل أيضا من القصب كما ذكره الشافعي ومن الجميز ومن البسر ومن غير ذلك فتأتي الصور أضعاف هذه وطريقك في عدها وترتيبها أن تأخذ كل واحد مع نفسه ومع ما بعده ولكن لا يتعلق بها غرض والمقصود حاصل من معرفة الحكم في خل العنب والزبيب والتمر ونسبة الرطب إلى التمر كنسبة الزبيب إلى العنب لكن الرطب قد يتخذ خلا بغير ماء فيختلف حكمه كما ستعرفه ونسبة الجميز إلى كل منهما كنسبة العنب إلى التمر فلا حاجة إلى تكثير الصور ونشرح ما ذكره خاصة والخل في اللغة كل ما حمض من عصير العنب وغيره قاله ابن سيده (الامر الثالث) أن التمر والرطب جنس واحد والعنب والزبيب جنس واحد وان الماء هل يجري فيه الربا فيه وجهان (المسألة الأولى) بيع خل الخمر بخل الخمر جائز اتفاقا قال الشافعي في المختصر ولا بأس بخل العنب مثلا بمثل وممن نص على أنه لا خلاف فيه الشيخ أبو حامد وحزم به القاضي أبو الطيب والمحاملي والماوردي من العراقيين والشيخ أبو محمد والرافعي وغيرهم لانه لاماء فيه وليس له غاية يبس يقع فيها التفاوت وقد الفوارني وابن داود وغيرهما ذلك بان لا يكون في واحد منهما ماء وذلك صحيح لا بد منه وانما سكت أكثر الاصحاب عنه لان الغالب في خل العنب أنه لاماء فيه وقد يعمد في بعض الاوقات ليسرع تخلله فلذلك التقييد حسن والاطلاق محمول على الغالب قال الاصحاب وللعنب حالتان للادخار (إحدهما) أن يصير زيبا (والاخرى) أن يصير خلا (المسألة الثانية) بيع خل الخمر بخل الزبيب لا يجوز كذلك قال المصنف والشيخ أبو حامد وأبو الطيب والمحاملي والماوردي وذلك

[144]

واضح لان الزبيب من جنس العنب والزبيب ماء فكأنه باع عنبا بعنب وماء وذلك لا يجوز لانتفاء التماثل ومع ذلك لا يحتاج إلى التعليل بقاعدة مد عجو (المسألة الثالثة) بيع خل الخمر بخل التمر ولم يذكره المصنف وليس هو مثل بيع خل الخمر بخل الزبيب لان التمر والعنب جنسان مختلفان وقد نص الشافعي رضي الله عنه في الام والاصحاب على جوازه قال الشافعي في باب بيع الاجل ولا بأس بخل العنب بخل التمر وخل القصب لان أصوله مختلفة فلا بأس بالفضل في بعضه ببعض وممن جزم بالجواز فيه الشيخ أبو حامد والمحاملي والشيخ أبو محمد والرافعي فان خل العنب لاماء فيه وخل التمر وان كان فيه ماء فهو جنس آخر وقد علمت أن التفريع على أن الخلول أجناس ونقل العبدري عن مالك ان خل العنب وخل التمر جنس واحد كالقول الغريب عندنا فكأنه باع عنبا بتمر وماء وهو جائز وسيأتي في خل الزبيب بخل التمر طريقة عن البغوي أنه يتخرج على الجمع بين مختلفي الحكم وقياسه أن يأتي ههنا وسأتكلم عليها إن شاء الله تعالى (المسألة الرابعة والخامسة) بيع خل الزبيب بخل الزبيب وخل التمر بخل التمر لا يجوز قال الشافعي في المختصر وأما خل الزبيب فلا خير في بيعه ببعض مثلا بمثل من قبل أن الماء يقل فيه ويكثر وهذا تنبيه على العلة الثانية التي ذكرها المصنف وممن صرح بحكم المسألتين كما ذكره المصنف الشيخ أبو حامد حكما وتعليلا والقاضي أبو الطيب والماوردي والشيخ أبو محمد والقاضي حسين والرافعي ولا خلاف في ذلك أيضا سواء قلنا الماء ربوي أولا لان الجنس متحد والمماثلة فيه مجهولة وكذلك خل الرطب بخل الرطب لانه لا يصح الا بالماء وليس كخل العنب بخل العنب وممن صرح بذلك الماوردي وهي المسألة السادسة لكن

الشيخ أبا محمد في السلسلة جزم بالجواز في خل الرطب بخل الرطب وكذلك الرافعي والقاضي حسين وينبغي أن يحمل ذلك على ما إذا لم يكن فيه ماء فليس هذا اختلافا بل كان خل الرطب بغير ماء وإن أمكن كما قال أبو محمد وصار كخل العنب وإن كان فيه ماء فالامر كما قال الرافعي والماوردي (المسألة السابعة والثامنة) خل الزبيب بخل التمر جزم الصيمري بجوازه والمشهور ما ذكره المصنف حكما وبناء وممن ذكره كذلك الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والمحاملي والماوردي وابن الصباغ من العراقيين والشيخ أبو محمد والقاضي حسين وعلله المحاملي بما عله به المصنف وعلله الشيخ أبو حامد بأنه بيع ماء وشئ بماء وشئ (فان قلت) تعليل الشيخ أبي حامد ظاهر وأما تعليل المصنف بالجهل بتماثل الماءين فانه يوهم أن الماءين لو كانا معلومي التساوي صح وليس كذلك فان التفريع على أن الماء ربوي فلا يجوز لقاعدة مدعجوة فلو علل بما علل به الشيخ أبو حامد كان أولى على أن هذا السؤال وارد عليهما في المسألة الرابعة والخامسة وهذا السؤال الملقب في علم النظر بعدم التأثير وهو أن يوجد الحكم بدون الوصف المدعى علة (قلت) بل ما فعله المصنف أولى لان الجهل بالمماثلة هي العلة لمعتبرة في البطلان المجمع عليها وقاعدة مدعجوة إنما بطلت عند من يقول بها لا (1) كما تقدم بيانه (فاما) أن يقول بذلك فلا يرد السؤال (واما) أن يعترف بوروده فجوابه أن التأثير إنما يلزم في قياس العلة أما في قياس الدلالة فلا كما ذلك مقرر في علم النظر وقياس الدلالة الذي لا يدعي فيه ان الحكم ثبت بذلك الوصف وإنما يدعي أن ذلك الوصف دليل على الحكم لكن كلام المصنف هنا ظاهر في القليل فالاولى دفع السؤال بما نهت عليه أولا أو نقول ان ذلك سؤال العكس وهو وجود مثل الحكم بعلة

(1) بياض بالاصل فحرر

أخرى وذلك غير قاذح وبمنع أنه من باب عدم التأثير والله أعلم. وهذه الطريقة التي سلكها المصنف من البناء هي الصحيحة من المذهب قال الشيخ أبو حامد وقد قيل شئ عن هذا وليس بشئ قال يعني ذلك القائل وقول الشافعي ههنا فإذا اختلف الجنسان فلا بأس يقتضى أن لا ربا في الماء لانه لم يفصل والا فليس أن يكون فيه الربا لانه مطعوم. وقول المصنف رحمه الله تعالى وإن قلنا لا ربا في الماء جاز إلى آخره هكذا صرح به الجمهور واقتضاه كلام الرافعي قال النووي وقيل فيه القولان في الجمع بين مختلفي الحكم لان الخلين يشترط فيهما التقايب في المجلس بخلاف الماءين وممن ذكر هذا الطريق البغوي في كتابه التعليق في شرح مختصر المزني وهذا الطريق هو الصواب ولعل الاصحاب اقتصروا على أصح القولين وهو أنه يجزى جمع مختلفي الحكم والله أعلم. هذا كلام البغوي (قلت) وقد تقدم نص الشافعي على جواز خل العنب بخل التمر

وفيه الماء وهو يعضد جزم الجمهور بالجواز هنا لانه لا فرق بين أن يكون الماء في الطرفين في أحدهما فاما أن يكون ذلك تفرعا على الصحيح في الجمع بين مختلفي الحكم كما قال النووي واما أن يقال أن الخلاف يجوز قاله الشيخ أبو محمد والرافعي (المسألة التاسعة) خل الرطب بخل التمر لا يجوز لان فيهما ماء يمنع التماثل هكذا علله الماوردي ولا خفاء به وذكر الرافعي مسألة خل العنب وخل الرطب بخل التمر وحكم بعدم الجواز فيهما وعلل بان في أحدهما ماء ومراده بذلك خل العنب بخل الزبيب وأهمل تعليل الثانية فربما يطالعه من لا خبرة له فيظن أن ذلك عائد اليهما وان خل الرطب لا ماء فيه وليس ذلك مراده لانه لو كان كذلك لجاز خل الرطب بخل الرطب إلا أن يلاحظ ما قاله الشيخ أبو محمد وبالجملة فالاحكام التي ذكرها الرافعي

[147]

إنما تتم إذا فرض خل الرطب فيه ماء والتي ذكرها الشيخ أبو محمد على أنه فيه ماء فليعلم ذلك (المسألة العاشرة) خل الرطب بخل العنب قال القاضي حسين لا خلاف أنه يجوز متساويا وهل يجوز متفاضلا أو لا ينبغي على أن الخلول جنس أو أجناس وفيه قولان (قلت) قوله انه يجوز متساويا محمول على أن خل الرطب لا ماء فيه أو أنه لم يلاحظ الجمع بين مختلفي الحكم والمنع من التفاضل خلاف النص في خل العنب بخل التمر فان الشافعي رضى الله عنه نص على جواز التفاضل فيه وقال الفوراني له ثلاثة أحوال (أحداها) أن لا يكون في واحد منهما ماء فيصح (الثانية) إذا كان في أحدهما ماء فيصح أيضا (الثالثة) إذا كان فيهما ماء فعلى وجهين بناء على أنه هل في الماء ربا أم لا (ان قلنا) فيه ربا لا يصح (قلت) وهذا التفصيل حسن ولم يلاحظ الجمع بين مختلفي الحكم وما ذكرته من البحث مع الفوراني في التخريج على الجمع بين مختلفي الحكم رأيت بعد ذلك مرموزا إليه في كلام الامام قال في آخر الكلام في الخلول وفي الماء وكونه غير مقصود اشكال سنشرحه في باب الالبان وممن ذكر خل الرطب بخل الرطب لا يجوز الروياني لكنه بعد ذلك قال وان لم يكن فيهما ماء يجوز (المسألة الحادية عشرة) خل الرطب بخل الزبيب يجوز قاله الشيخ أبو محمد والرافعي والبعوي قال الرافعي يجوز لان الماء في أحد الطرفين والمماثلة بين الخلين غير معتبرة تفرعا على الصحيح في أنهما جنسان (قلت) والصحيح خلافه وقياس كلام البعوي والنووي ان تأتي تلك الطريقة أيضا هنا والله أعلم فاما الشيخ أبو محمد فانه يلاحظ أنه لا ماء في خل الرطب كما تقدم فلا يتجه عنده (1) أن يكون ذلك عنده كخل التمر بخل العنب حتى يأتي فيه البحث السابق في الجمع بين مختلفي الحكم إنما هو إذا جمع بين

(1) بياض بالاصل

[148]

عينين مستقلتين حتى يكون ذلك كالعقد فرتب على كل منهما مقتضاه وكذلك يقول الاصحاب جمع بين عقدين مختلفي الحكم انما الخل الذي فيه الماء فهو كعين واحدة ولو افردنا ما فيه من الماء بحكم وما فيه من الخل بحكم لزمه بطلان العقد لان كلا منهما مجهول وفي سائر صور الجمع بين مختلفي الحكم يوزع الثمن عليهما ويعطى كل واحد حكمه وههنا لا يمكن القول بان بعض الثمن في مقابلة الماء وحده وبعضه في مقابلة الخل بل كل جزء من الثمن مقابل بكل جزء من مجموع الخل المركب من الماء وغيره ويؤول ذلك أنه لو اشترى ربويا رأى بعضه ولم ير بعضه فيه طريقان (أحدهما) القطع بالبطلان (والثاني) فيه قولاً ببيع الغائب ولم يخرجوه على قولي الجمع بين مختلفي الحكم قال الشيخ أبو محمد في السلسلة لا يحتمل تخريج القولين في هذه المسألة لان المشتري إذا رأى بعض الثوب ولم ير بعضه فحكم ما رأى أن العقد فيه (1) الخيار فيه ثابت فربما يختار فسخ المبيع فيما لم يرد اجازته فيما رأى فيحتاج إلى قطع الثوب وفي ذلك اتلاف لما ليس من ماله والله أعلم. وقد تغم بحث في خل التمر بخل الزبيب وخل العنب عند الكلام في بيع المشور بالمشوب فليطالع هناك وكذلك في الدراهم المغشوشة إن شاء الله تعالى وفي تعليق أبي علي الطبري والقاضي حسين انه إذا قلنا لا ربا في الماء قولين في ذلك (أصحهما) الجواز ولكنهما ليس القولين في الجمع بين مختلفي الحكم بل هما القولان المشهور والغريب في أن الخلول جنس أو أجناس والمصنف وأكثر الاصحاب إنما تكلموا في ذلك تقريرا على المعروف أن الخلول أجناس وضابط هذا الباب ان كل خلين اما أن يكون فيهما الماء أو لا يكون فيهما أو يكون في احدهما فان كان فيهما الماء فان كانا جنسا واحدا لم يجر قطعاً كخل الزبيب بخل الزبيب وان كانا

(1) بياض بالاصل فحرر

[149]

جنسين كخل التمر بخل الزبيب لم يجر على الاصح وان لم يكن فيهما ماء وهما من جنس واحد جاز قطعاً مثلاً بمثل يدا بيد كخل العنب بخل العنب وان كانا جنسين جاز متفاضلين قطعاً يد بيد كخل الرطب بخل العنب وان كان في أحدهما فان كانا في جنس واحد لم يجر كخل العنب بخل الزبيب وان كانا جنسين جاز متماثلاً ومتفاضلاً بشرط التقابض كخل العنب بخل التمر على المشهور خلافاً لطريقة البغوي وكل مسائل هذا الفصل مجزوم بها على المشهور إلا إذا كانا من جنسين وفيهما الماء كخل التمر بخل الزبيب والله أعلم. وليس في المسائل العشرة مسألة جائزة قطعاً في الجنس الواحد الا خل العنب بخل العنب ولا في الجنسين الا خل الرطب بخل العنب وبقيّة ذلك اما ممتنع قطعاً في الجنس الواحد إذا كان فيه ماء واما مختلف فيه في الجنسين إذا كان فيهما أو في أحدهما ماء وان شئب لخصته فقلت كل خلين لا ماء في واحد منهما فيجوز بيع أحدهما متماثلاً في الجنس ومتفاضلاً في الجنسين وكل خلين فيهما الماء لا يجوز بيع أحدهما بالآخر قطعاً ان اتحد الجنس وعلى الاصح ان اختلف وكل خلين في أحدهما الماء لا يجوز بيع أحدهما بالآخر ان اتحد الجنس قطعاً ويجوز ان اختلف على المذهب وكلها يشترط فيها التقابض في المجلس والله أعلم. (فرع) المعيار في الخل الكيل قاله القاضي حسين والرافعي وغيرهما

وعلة القاضى حسين بانه يستخرج من أصل مكيل (تنبيه) جميع ما تقدم في الخلول التى فيها ما تفرع على الصحيح المشهور أن الماء المحرز في الاناء مملوك وهذا الذى قطع به المارودى ولنا وجه مذكور في باب احياء الموات أنه لا يملك وان أخذ في اناء وقد صرح الاصحاب بان الماء على ذلك الوجه لا يجوز منعه فعلى

[150]

هذا كيف يرد البيع على الخل وهو مركب من مملوك وغير مملوك والذي يتجه تفريعا على هذا الوجه امتناع بيع الخل الذى فيه الماء لانه لا يمكن أن يرد العقد على الجميع لعدم الملك ولا على المملوك منه ويكون الماء مباحا لعدم تميزه والعلم به ولكن لما كان هذا الوجه ضعيفا في النقل لم يفرعوا عليه. (فرع) قال الشافعي رضى الله عنه في الام بعد ذكر الخلول وبيع بعضها ببيع والنبيذ الذى لا يسكر مثل الخل. (فرع) يجوز بيع خل العنب بعصيره لانه لا ينقص إذا صار خلا فهما متساويان في حال الادخار قاله ابن الصباغ والرويانى وخالف في ذلك القاضى حسين فجزم بالمنع وحكاه الرويانى وجها وينبغي أن يكون على (1) القاضى حسين في أن بيع العصير بالعصير لا يجوز فيكون أحدهما على حاله والآخر ليس على حالة الادخار عنده وقد علل صاحب البحر الوجه المذكور بذلك وذكر الامام عن شيخه الوجهين في عصير العنب وخله (أحدهما) أنه جنس ولكن حالت صفة العصير فكان كاللبن الحليب مع العارض (والثانى) أنهما جنسان وهو الظاهر عندي لافراط التفاوت في الاسم والصفة والمقصود والنبيذ لا يكون مأكولا فلا يكون ربويا فإذا كان تحول الصفات يؤثر هذا التأثير جاز أن يؤثر في اختلاف الاجناس (قلت) وهذا ليس بجيد وقد بحثت معه في ذلك في مسألة بيع الرطب بالتمر وبينت أن العصير والخل جنس واحد وقد تابع الامام في ذلك القاضى في الذخائر ويوافقه الوجه الذى حكاه المتولي أنه يجوز بيع الخل بالدبس وأنه لا تعتبر المماثلة بينهما وقد تقدم التعرض لذلك عند الكلام على بيع المطبوخ بالنبيذ.

(1) بياض بالاصل فحرر

[151]

(فرع) لا يجوز خل التمر بالتمر ولا خل عنب بعنب نص عليه في البويطى وقال ولا كل شئ بشئ يخرج من أصله وكذلك قال ابن الصباغ لا يجوز بيع العنب بخله ولا بعصيره قال القاضى حسين وكذلك بيع الرطب بما يتخذ منه من الخل والعصير والدبس والشيرج والناطف وغيره لا يجوز. (فرع) بيع الرطب بخل العنب أو بعصير العنب أو بيع العنب بخل الرطب أو بدبس الرطب قال القاضى حسين الصحيح أنه يجوز (قلت) وما أشار إليه من الخلاف بعيد جدا ولا يمكن أن يكون هو القائل بان الخلول جنس واحد فان ذاك لا اشتراكها في الاسم والرطب وخل العنب لا اشتراك بينهما ولا أحدهما مستخرج من الآخر فينبغي القطع بالجواز وكذلك في العنب بخل الرطب

الا أن يكون فيه ماء.. قال المصنف رحمه الله تعالى. (ولا يجوز بيع شاة في ضرعها لبن بلبن شاة لان اللبن يدخل في البيع ويقابله قسط من الثمن والدليل عليه أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل في مقابلة لبن المصرة صاعا من تمر ولان اللبن في الضرع كاللبن في الاناء والدليل عليه قوله صلى الله عليه وسلم لا يحلبن أحدكم شاة غيره بغير اذنه أحب أحدكم أن تؤتى خزائنه فينتل ما فيها فجعل اللبن كالمال في الخزانة فصار كما لو باع لبنا وشاة بلبن). (الشرح) الحديث المذكور الذي فيه أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل في مقابلة لبن المصرة صاعا من تمر لم أجده بهذا اللفظ صريحا ولكنه يشير به الحديث المشهور الذي سنذكره ان شاء الله

[152]

تعالى في باب بيع المصراه وهو متفق عليه وله الفاظ ورد بها أقر بها إلى المعنى الذي ذكره المصنف هنا قوله صلى الله عليه وسلم (فان رضيها أمسكها وان سخطها ففي حلبتها صاع من التمر (رواه البخاري وهو يفيد مقصود المصنف فان قوله في حلبتها ظاهر في مقابلة اللبن والحديث الآخر حديث صحيح أخرجه البخاري وغيره من حديث ابن عمر رضى الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يحلبن أحد ماشية امرئ الا باذنه أحب أحدكم أن يؤتى مشربته فيكسر خزائنه فينتل طعامه فانما يخزن لهم ضرع مواشيهم لطعامهم فلا يحلبن أحد ماشية أحد الا باذنه) وقوله ينتل أي يستخرج وهو - بياء مثناة من تحت مضمومة ثم نون ساكنة ثم ناء مثناة من فوق ثم ناء مثناة مفتوحتين يقال نثل مافى كنانته إذا صبها ونثرها وقد نثلت البئر نثلا وانتثلتها إذا استخرجت ترابها وروى ينقل بالقاف بدل الناء المثناة أي يذهب وينقل عن الضرع والرواية الاولى أكثر وأشهر وهى التى فسرها أهل الغريب والمشرية نضم الراء وفتحها الغرفة وجمعها مشارب وقول المصنف شاة أحدكم أن لفظ الشاة في شئ من الروايات. وحكم المسألة نص عليه الشافعي رضى الله عنه قال في المختصر والام ولا خير في شاة فيها لبن يقدر على حلبه بلبن من قبل أن في الشاة لبنا لا ادري كم حصنه من الثمن الذي اشتريته به نقدا وان كان نسيئة فهو أفسد للبيع وقد جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم للبن التصرية بدلا وانما اللبن في الضرع كالجوز واللوز المبيع في قشرة يستخرجه صاحبه إذا شاء وليس كالولد لا يقدر على استخراج هذا لفظ المختصر وقال في الام ولا بأس بلبن شاة يدا بيد ونسيئة إذا كان أحدهما نقدا والدين منهما موصوف في

[153]

الذمة وصرح في مواضع من الام بجواز ذلك نقدا ونسيئا ثم قال فان قال قائل كيف اخترت لبن الشاة بالشاة وقدمها اللبن فيقال إن الشاة نفسها لاربا فيها إنما تؤكل بعد الذبح أو السلخ أو الطبخ أو التجفيف فلا تنسب الغنم إلى أن تكون مأكولة إنما تنسب إلى أنها حيوان وقد اتفق الاصحاب على هذين الحكمين وأن بيع الشاة التي في ضرعها لبن بلبن شاة باطل كما قرره الشافعي رضى الله عنه من أن اللبن الذي في الضرع يقابله قسط من الثمن قال القاضى أبو الطيب قولا واحدا وان كان في الحمل

قولان بدليل خبر المصراة ولو لا أن اللبن يتقسط عليه الثمن لما ألزمه رد بدله كما لو اشترى نخلة فثمرت في يده أو شاة فحملت وولدت ثم ردها ولان مافى الضرع مثل مافى الخزانة بدليل الحديث الذى ذكره المصنف وهذا الذى ذكرناه من أن اللبن يقابله قسط من الثمن هو المنصوص المشهور الذى قطع به الاصحاب ههنا وسيأتى في باب المصراة ذكر وجه فيه والكلام عليه هناك ومع هذا فلا خلاف في امتناع بيع الشاة اللبن باللبن والله أعلم. قال الاصحاب فوجب أنه لا يصح بيع شاة في ضرعها لبن أصلا لان اللبن مجهول كما لو ضم إلى الشاة لبنا مغطى فالجواب أنه إن لم يجر البيع هناك لان كلا من الشاة واللبن المضموم إليها مقصود بالبيع واللبن في الضرع تابع وان كان له قسط من الثمن بدليل دخوله إذا أطلق البيع في الشاة ويغتفر في التابع مالا يغتفر في غيره ولذلك صح بيعه كأساس الحائط ورؤس الجذوع وطى البئر ونحو ذلك ولا يلزم من جعله تابعا في انتفاء الغرر أن يكون تابعا في انتفاء الربا كالثمرة قبل بدو الصلاح إذا بيعت مع أصلها تابعة من غير شرط القطع

[154]

جاز ولو باع نخله مثمره بتمر لم يصح فكان ربا فتبعت في انتفاء الغرر ولم تتبع في انتفاء الربا قال القاضى حسين ولان اللبن مما يجرى فيه الربا وان كان متصلا بالحيوان ولا يشبه الحمل لان الحمل لا يمكن استخراجه متى شاء والفرق بين اللبن والحمل على أحد القولين القائل بانه ليس له قسط من الثمن أن اللبن مقدور على تناوله بخلاف الحمل فاشبه الجوز واللوز في قشره وجوز أبو حنيفة رضى الله عنه بيع الشاة ذات اللبن باللبن قال الشيخ أبو حامد وأبو الطيب والمحاملى وهكذا الحكم إذا ذبحت هذه الشاة التى فيها لبن ثم بيعت بلبن وهو أفسد لانه بيع لحم ولبن بلبن ولو باع الشاة التى في ضرعها لبن بلبن ابل ونحوه من غير لبن الغنم (فان قلنا) ان الالبان صنف واحد لم يجر (وان قلنا) أصناف جاز قال الشيخ أبو حامد وأبو الطيب وابن الصباغ وغيرهم فعلى هذا الصحيح الجواز لان الصحيح أنها أجناس ولم يذكر الصميرى في شرح الكفاية غيره ولذلك احترز المصنف في قوله بلبن الشاة فانه إذا باع الشاة التى في ضرعها لبن من غير جنسها وقلنا ان الالبان أجناس قال المحاملى فيكون بمنزلة أن يبيع طعاما ربويا بشعير فيصح البيع يعنى على الاصح في الجمع بين مختلفى الحكم وكذلك قال الرافعي فيه قولا الجمع بين مختلفى الحكم وهو في ذلك تابع للقاضى حسين وصاحب التهذيب فان ما يقابل اللبن من اللبن يشترط فيه التقابض وما يقابله من الحيوان لا يشترط فيه التقابض (قلت) وفى التحريم نظر (1) في بيع خل التمر بخل الزبيب وفى بيع الدراهم المغشوشة بعضها ببعض لانه يمتنع افراد كل واحد بحكمه إذ اللبن الذى في الضرع لا يمكن تسليمه وحده فلو نزل العقد عليه منزلة عقد مستقل لاقتضى البطلان

(1) بياض بالاصل فحرر

والله أعلم. ولاجل ذلك والله أعلم أطلق الماوردي القول باننا إذا قلنا
 الالبان أجناس صح العقد (والحكم الثاني) إذا باع شاة غير ذات لبن قال
 الشيخ أبو حامد بان لا تكون ولدت قط جاز البيع اتفق عليه الاصحاب أيضا
 تبعاً للشافعي رضى الله عنه نقدا ونسيئة والتفرق قبل القبض قال الشيخ
 أبو حامد وأبو الطيب ونص الشافعي رضى الله عنه في حرمة في التى لها
 لبن قد حلب ولم يستخلف بعد شئ منه فباعها بلبن شاة يجوز وهذا لانه لم
 يكن هناك لبن يجتمع والقليل الذى ينز لا تأثير له واتفق الاصحاب أيضا
 على هذا الحكم وممن جزم به القاضى حسين والبعوى والرافعي وصرح
 الامام بالصحة في اللبون إذا لم يكن في ضرعها لبن وقت البيع أو كان نذرا
 لا يقصد حلب مثله لقلته قال فان مثله ليس مقصودا والحيوان مخالف
 لجنس اللبن فليلتحق ببيع المخيض بالزبد مع النظر إلى الرغوة وشبهه
 بعضهم بالدار الذى ذهب واستهلك الذهب إذا بيعت بدار مثلها أو بالذهب
 يجوز قال الشيخ أبو حامد وأبو الطيب والمحاملى فان ذبحت هذه الشاة
 وسلخت وبيعت باللبن صح البيع لانه لحم لا شئ معه بلبن وبشترط
 التقايب ونقله القاضى أبو الطيب عن نصح في الصرف وقد أغرب الجبلى
 فحكى فيما نقله ابن الرفعة عنه وجها أنه يجوز بيع اللبن بشاة في ضرعها
 لبن وهذا غريب جدا شاذ لا معول عليه قال ابن الرفعة ويمكن أن يكون
 مأخذه ما حكاه الغزالي في المصراة أن اللبن في الصرع لا يقابله قسط
 من الثمن على رأى. (فرع) كما لا يجوز بيع الشاة التى فيها لبن بلبن كذلك
 لا يجوز بالزبد ولا بالسمن ولا بالمصل ولا بالاقط كما لا يجوز اللبن بشئ
 من ذلك صرح به الماوردي.

(فرع) قال محمد بن عبد الرحمن الحضرمي في كتاب الاكمال كما وقع في
 التنبيه من الاشكال والاجمال قال الشافعي رحمه الله ولو باع أمة ذات لبن
 بلبن آدمية جاز بخلاف شاة في ضرعها لبن بلبن شاة والفرق بينهما ان لبن
 الشاة في الشرع له حكم العين فلهذا لا يجوز عقد الاجارة عليه ولبن
 الأدمية ليس له حكم العين بل هو كالمنفعة ولهذا جوزنا عقد الاجارة عليه
 (قلت) وهذا النقل غريب والتعليل حسن وفيه نظر وقد تقدم حكاية خلاف
 في أن لبن الأدمية هل يكون من جنس الالبان (إذا قلنا) بان الالبان جنس
 واحد أم لا ولا يرد ذلك هنا لان الكلام هناك إذا كان منفصلا فانه يثبت له
 حكم الاعيان وهنا الالبان في التدى هو الذى ادعى انه ليس له حكم العين
 بل حكم المنفعة فلذلك قال يصح لانه لم يضم إلى الجارية عينا أخرى ولم
 أجد هذا الفرع الا في هذا الكتاب فلا ادري هل الفرق من كلامه أو من كلام
 الشافعي وبعضه المذهب المشهور في أن الجارية المصراة لا يرد معها
 بدل اللبن وفيه وجه أنه يرد فعلى قياس ذلك الوجه قد يقال ينبغى أن
 يقال هنا بامتناعها بلبن آدمي لانه سلك به مسلك العين وان باعها بلبن
 شاة أو بقرة فعلى المذهب المشهور وما نقله الحضرمي عن النص يكون
 الجواز من طريق الاولى وعلى الوجه الذى حكيناه في التصرية ينبغى أن
 يتخرج على أن الالبان أجناس أولا (فان جعلناها) أجناسا جاز (وان جعلناها)
 جنسا فيتخرج على خلاف تقدم في أن لبن الأدمى من حملتها أم لا (فان
 قلنا) لاجاز (وان قلنا) من جنسها فقياس ذلك الوجه المنع (وأما) التمسك
 بجواز الاجارة عليه في كونه يسلك به مسلك المنافع ففيه وفى تسويج

الاجارة عليه في باب الاجارة فالاستدلال بالحكم الثابت في التصرية أولى والله أعلم.

[157]

. قال المصنف رحمه الله تعالى. (فان باع شاة في ضرعها لبن بشاة في ضرعها لبن ففيه وجهان قال أبو الطيب بن سلمة يجوز كما يجوز بيع السمسسم بالسمسم وان كان في كل واحد منهما شيرج وكما يجوز بيع دار بدار وان كان في كل واحدة منهما بئر ماء وقال أكثر أصحابنا لا يجوز لانه جنس فيه ربا بيع بعضه ببعض ومع كل واحد منهما شئ مقصود فلم يجز كما لو باع نخلة مثمرة بنخلة مثمرة ويخالف السمسسم لان الشيرج في السمسسم كالمعدوم لانه لا يحصل إلا بطحن وعصر واللبن موجود في الصرع من غير فعل ويمكن أخذه من غير مشقة وأما الدار فان قلنا ان الماء يملك ويحرم فيه الربا فلا يجوز بيع احدى الدارين بالآخرى). (الشرح) والوجهان مشهوران حكاهما كذلك الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والماوردي وغيرهم ونسب الشيخ أبو حامد الثاني إلى عامة أصحابنا منهم أبو العباس وأبو إسحق وكذلك القاضي أبو الطيب نسبه إلى أصحابنا وقال نصر انه المذهب وقال المحاملى انه ظاهر المذهب وجزم به في اللباب وأصح الوجهين الثاني وبه جزم ابن أبي هريرة لما ذكره المصنف ولانه يشبه بيع شاة معها لبن في اناء بشاة معها لبن في اناء ووافق أبو الطيب بن سلمة على امتناع بيع الشاة التي في ضرعها لبن بلبن فلذلك شبه المسألة التي خالف فيها بالسمسم بالسمسم وتلك المسألة كالسمسم بالشيرج وفرق الشيخ أبو حامد بين هذا وبين السمسسم بالسمسم بفرقين (أحدهما) ما ذكره المصنف وغيره من

[158]

الاصحاب (والثاني) هذه وهو أن السمسسم إذا بيع بالسمسم فالمقصود منه الشيرج فاما التفل الذي يكون فيه فليس بمقصود وقد وجدت المماثلة بينهما كيلا فيصح البيع ولم يمنعه التفل كالتمر إذا كان فيهما نوى حيث لم يكن مقصودا بخلاف الشاة باللبن فان الشاة مقصودة واللبن له قسط من الثمن ولو باع لبونا بشاة لبون وهما مستفرغتا الصرع جاز قال القاضي حسين فلذلك قال المصنف في ضرعها لبن احترازا عن هذا وافهم كلام المصنف أنا إذا قلنا ان الماء لا يملك أو قلنا بأنه يملك ولكنه ليس بربوي لا يحتاج إلى الفرق ويسقط التمسك به (وان قلنا) بأنه مملوك ربوي منعنا الحكم فلا يصح القياس عليه وبيان ذلك انه ان قلنا لا يملك صح بيع الدار بالدار ولم يتناول البيع الماء فانه غير مملوك على هذا القول وإذا تخطى رجل إلى البئر واستقى منها ملكه ولا يجب عليه رده مع عصيانه في دخوله الدار بغير اذن (وان قلنا) يملك وهو غير ربوي صح البيع وتناوله (وان قلنا) ربوي امتنع البيع فعلى كل التقدير احتجاج أبي الطيب بن سلمة بذلك ساقط ومنع بيع احدى الدارين المذكورتين بالآخرى على القول بأن الماء مملوك ربوي قاله القاضي أبو الطيب وابن الصباغ لكن ابن الصباغ قال في الباب الذي بعد هذا المترجم عنه بباب الحائط يباع أصله ان ماء البئر لا يدخل في مطلق بيع الدار على الوجهين لانه في أحدهما غير مملوك وفي

الآخري بماء ظاهر ولا يدخل في البيع الا بالشرط كالطلع المؤبر (قلت)
ومنى باعه وحده لم يصح على الوجهين كما قاله ابن الصباغ أيضا في باب
بيع الثمار وبأنه لا يملك في أحدهما وفي الآخر يكون مجهولا فيها ولا يمكن
تسليمه

[159]

لانه إلى أن يسلمه يختلط به غيره ومنى باع واشترط دخوله صح بلا خلاف
لان الاختلاط ههنا لا يضر لان الجميع ملك المشتري قال ابن الرفعة صرح
بحكاية ذلك الامام وقال القاضي حسين ان كان في موضع لاقيمة للماء
فيه يجوز وان كان في موضع للماء فيه قيمة ولم يسميا في العقد أيضا
يجوز وان سميا في العقد فانه لا يجوز وبصير كمسألة مدعجوة وبني
القاضي حسين ذلك على أصل قدمه في بيع الدار التي فيها البئر مطلقا
فصل فيه بين أن يكون للماء قيمة في ذلك المكان أولا فقال إن كان مما
لاقيمة له يدخل في العقد وقيل لايدخل إلا بالتسمية كسائر المنقولات
التي تكون في البيت وحكى عن القاضي وجهها آخر أنه يندرج كالثمار التي
لم تؤبر (وإذا قلنا) بانه غير مملوك اختص به المشتري كما كان يختص به
البائع وجزم الروياني في الحلية بان الماء الظاهر عند البيع لايدخل يعنى
عند الاطلاق وكذا المعدن الظاهر كالنفط ونحوه وما ينبع بعده كان
للمشتري والذي قاله الرافعي ان الاصح الصحة تبعا وعلى هذا يشكل
الفرق فان تبعية الماء للدار كتبعية اللبن للشاة والاطهر عند الامام أيضا
الصحة وعلله بان الماء الكائن في البئر ليس مقصودا ولا يرتبط به قصد
(وقوله) الكائن في البئر احتراز جيد فان ماء البئر من حيث الجملة مقصود
في الدار ولكن لاغرض في ذلك للقدر الكائن وقت العقد ومع قول الامام
ان هذا هو الظاهر فان الثاني هو القياس وانه لا ينقدح للجواز وجه في
القياس لكن عليه العمل ومعمده سقوط القصد إلى الماء الحاصل ثم أورد
الامام سؤال وانفصل عنه أما السؤال فان خل التمر إذا بيع بخل الزبيب
وقلنا ان الماء ربوي امتنع البيع والماء ليس مقصودا في الخل كما أنه ليس
مقصودا في مسالة الدار وانفصل عنه بان

[160]

الماء يستعمل على صفة الخل حتى كأنه انقلب خلا فلم يخرج مقدار الماء
عن كونه مقصودا وان كان لا يقصد ماء وهذا لا يتحقق في البئر ومائها.
وقد يقال كل من الشاة ولبنها مقصود بخلاف الماء الحاصل وقت العقد
في البئر فانه غير مقصود وقد تقدم في مسألة مدعجوة الكلام في شئ
من ذلك وقال الماوردي إن قلنا لاربا في الماء جاز مطلقا وان قلنا فيه ربا
فان كان الماء محرزا في الاحباب فهو مملوك قطعاً ولا يجوز البيع حينئذ
خوف التفاضل وان كان في الآبار فبعض أصحابنا يزعم أن ماء البئر يكون
ملكا لمالك البئر فعلى هذا يمتنع إلا أن يكون ملحا فيجوز لان الماء الملح
غير مشروب ولا ربا فيه وذهب جمهور أصحابنا وهو ظاهر مذهب الشافعي
رضى الله عنه ان ماء البئر لا يملك الا بالاخذ والاجازة وكذلك ماء العين
والنهر وانما يكون لمالك البئر منع غيره من التصرف في بئره أو نهره لان
من اشترى دارا ذات بئر فاستعمل ماءها ثم ردها بعيب لم يلزمه للماء غرم

ولو كان مملوكا لزمه غرمه كما يغرم لبن الضرع ولان مستأجر الدار له أن يستعمل ماء البئر فعلى هذا يجوز بيع دار ذات بئر فيها بدار ذات بئر فيها (قلت) وهذا الذى قاله فيه نظر فان الذى صحوه في احياء الموات أنه يملك ماء البئر والله أعلم. وقال ابن الرافعة بعد حكايته كلام القاضى في بيع الدار التى فيها البئر هذا لاشك فيه بناء على أصله في أن الماء لا يدخل في اطلاق العقد أما إذا قلنا يدخل كما هو وجه بعيد فهو تابع وهل يعامل معاملة المقصود أم لا فهو محل الخلاف الذى ذكره الغزالي للامام فيما نظمه والله أعلم. نعم لك أن تقول الجزم بصحة العقد مع عدم دخول مافى البئر من الماء نظر لا يمكن أخذه الا

[161]

مختلطا بملك المشتري فكما لم يصح بيع الجمعة بمفردها حذرا من الاختلاط بملك البائع ينبغى أن لا يصح إذا بيعت الجمعة للبائع حذرا من الاختلاط بملك المشتري وان تخيل في الفرق ان الاختلاط لم يمنع من تسليم عين المبيع وهو ههنا في غير المبيع فلا يمنع التسليم فلا يمنع الصحة (قلنا) ذلك يقتضى صحة بيع الاصل وغلة ثمرة تكون للبائع ولا يتأتى تسليمها إلا بعد اختلاطها بالثمرة الحادثة على ملك المشتري والمنقول فيها عدم الصحة لكن قد يفرق بين ذلك وما نحن فيه بان الثمار مقصود الاشجار كما ستعرفه ثم ولا كذلك ماء البئر في بيع الدار وأما في بيع البئر ففيه وقفة في حال كون الماء له قيمة والله أعلم. انتهى كلام ابن الرفعه. ومنع بيع النخلة المثمرة من جنسها باطل اتفق عليه الاصحاب وممن صرح به ابن ابي هريرة وغيره فلو كان على احدهما ثمرة ولا شئ على الاخرى جاز وكذلك الشاة التى فيها لبن بالشاة التى لالبن فيها صرح بهما ابن ابي هريرة والماوردي إلا أن تكون احدهما مذبوحة فذلك يمتنع لامر اخر وهو بيع حيوان بلحم (فائدة) عرفت أن ابا الطيب بن سلمة قائل بالجواز في بيع الشاة بالشاة والدار بالدار وقد صرح الغزالي في البسيط فقال في بيع الشاة اللبون بالشاة اللبون وفي صرعهما لبن حكى أصحابنا عن ابي الطيب بن سلمة أنه جوز ذلك وذكر مسألة الدارين وأطلق الخلاف فيها ولم ينسب فيها إلى ابي الطيب بن سلمة شيئا وفي الوسيط ذكر لفظا مشكلا فقال بعد

[162]

أن جزم بالبطلان في مسألة اللبون وحكى الوجهين في مسألة الدارين وسوى بالمنع فيهما واستشكله الفضلاء وتأويل كلامه في الوسيط وغاية مظهر لى في تأويله أن يكون المراد بالمنع منع الحكم المدعى وهو البطلان الذى جزم به في مسألة الشاة اللبون لكن لا يستمر ذلك في مسألة الدارين فانه اقتصر على حكاية الخلاف من غير ترجيح البطلان ولعل ذلك وهم من ناسخ أو سبق قلم والله أعلم. وكذلك قال ابن ابي الدم في كلامه على الوسيط ان ذلك غلط على ابي الطيب بن سلمة. (فرع) بيع الشاة التى فيها لبن ببقرة فيها لبن فيه قولان حكاهما الماوردي ماخذهما أن الالبان جنس أو اجناس وبالصحة جزم الصيمري في الكفاية كما يتبع النخلة بالكرم وههنا بلبن الادمي (ان قلنا) الالبان اجناس (وان قلنا) جنس

واحد فيبينه على أن لبن الآدمى معها جنس أو جنسان وفيه وجهان تقدما.
قال المصنف رحمه الله تعالى. (ويجوز بيع اللبن الحليب بعضه ببعض لان
عامة منافعه في هذه الحال فجاز بيع بعضه ببعض كالتمر بالتمر ويجوز بيع
اللبن الحليب بالرائب وهو الذى فيه حموضة لانه لبن خالص وانما تغير فهو
كتمر طيب بتمر غير طيب ويجوز بيع الرائب بالرائب كما يجوز بيع تمر
متغير بتمر متغير)

[163]

(الشرح) الحليب قال الشافعي رضى الله عنه في كتاب السلم من الام هو
ما يحلب من ساعية وكان منتهى خاصية الحليب أن تقل حلاوته وذلك حين
ينتقل إلى أن يخرج من اسم الحليب والرائب فسرهم الاصحاب بأنه الذى
حصل فيه قليل حموضة كما ذكره المصنف رحمه الله قال الامام فيما حكى
عنه والرائب الذى خثر بنفسه من غير نار قال ابن الرفعة أي ولا القيت فيه
انفخة ونحوها (أما) حكم المسألة فقد ذكر المصنف ثلاث مسائل ومقصوده
في جميعها جواز البيع من حيث الجملة وأما كونه متماثلا أو متفاضلا فذلك
معلوم من كون الالبان جنسا واحدا أو أجناسا ووجوب التماثل على الاول
دون الثاني وقد تقدم ذلك والمقصود هنا جواز البيع وان ذلك ليس من
الرطب الذى يمتنع بيع بعضه ببعض لانه لا ينتهى إلى جفاف ولان معظم
منفعته حال كونه لبنا ولا خلاف في جواز ذلك وقد تقدم أن الشافعي رضى
الله عنه نيه على هذا القسم وافرد له بابا وذكر انه خارج من معنى ما يكون
رطبا بما تقدم بيانه منه قال الشافعي هناك وجعلنا حكم رطوبته حكم
جفوفه لانا لذلك نجده في كل أحواله لامنتقلا الا بنقل غيره فقلنا لا بأس
بلبن حليب حامض وكيف ما كان بلبن كيف ما كان حليبا أو رائبا أو حامضا
ولا حامضا بحليب ولا حليبا برائب ما لم يخالطه ماء فإذا خالطه ماء فلا خير
فيه وذكر

[164]

الشافعي رضى الله عنه مسألة الحامض هنا وهو المخيض وسيأتى في
كلام المصنف مفردا بالذكر ثم أن المصنف أفرد كل مسألة مفردة بعله
فذكر في مسألة الحليب ما يدل على أن ذلك هو حالة الكمال لوجود غاية
منافعه كالتمر والفرق بينه وبين الرطب من ثلاثة أوجه (أحدها) أن عامة
المنافع الرطب في حال كونه تمرا وتناوله في حالة الرطوبة يعد عجلة
وتفكها (والثانى) قول الشافعي رضى الله عنه ان الرطب يشرب من
أصوله ويجف بنفسه يشير إلى أن اللبن في حال كماله والرطب ليس كذلك
بل ينتقل إليها (والثالث) فرق أبو اسحق أن الرطوبة في اللبن من مصلحته
وهى الحافظة لمنفعته بخلاف الرطب لانه بعد الجفاف كذلك وجاز بيع
اللبن باللبن ولو كان في كل منهما زيد لان بقاء الزيد فيه من كمال منفعته
وهو اغلب الاحوال مأكول معه بخلاف الشمع في العسل. قال الامام (فان
قيل) اللبن مشتمل على السمن والمخيض وهما جنسان مختلفان (قلنا)
اللبن يعد جنسا واحدا كالسمن بالسمسم وفيهما الدهن والتفل وكالتمر
بالتمر وفيهما الطعم والنوي قال الامام وأوقع عبارة في الفرق بين
الشهد واللبن أن الشمع غير مخامر للعسل في أصله فان النحل ينسج

البيوت من الشمع المحض ثم يلقى في خلله العسل المحض فالعسل
متميز في الاصل ثم مشتار العسل يخلطه بالشمع

[165]

بعض الخلط بالتعاطي والضغط وليس اللبن كذلك وهو الفرق الذي ذكره
الامام في غاية الحسن وفي مسألة الرائب بالحليب ذكر ما يندفع به توهم
أنه خرج عن حالة الكمال بما حصل فيه الغير كما ان التمر المتغير لا يخرج
عن حالة الكمال وممن جزم بذلك المحاملى والقاضى أبو الطيب لكنه لم
يشبهه بالرائب وانما قال لبنا حليبا بلبن قد حمض وتغير طعمه يجوز وجزم
ابن أبى هريرة بمسألة الرائب بالرائب كما قال المصنف وكذلك القاضى
حسين وذكر الماوردى جواز الحليب بالرائب والحامض إذا لم يكن زبدهما
مخوضا لانه بيع لبن فيه زبده بلبن فيه زبده فصار كبيع الحليب بالحليب
هكذا قال الماوردى ينبغي أن يحقق ما المراد بالرائب فان ابن أبى هريرة
جزم بجواز بيعه بالزبد كما سيأتي والمراد بالرائب هنا ما خثر بنفسه من
غير نار كما قال الامام. (فرع) والمعيار في اللبن الكيل نص عليه الشافعي
والاصحاب قال الرافعى في كلامه ما يقتضى تجويز الكيل والوزن جميعا
(قلت) وانما في كلام الامام ما يقتضى التردد فانه قال فان كان يوزن فكذا
وان كان يكال فكذا وهذا يقتضى الشك وان لم يتحرر عندهم معياره وليس
فيه حكم بتجويز الامرين هكذا أطلقوا المسألة وكلام صاحب التهذيب
صريح في أنه يباع اللبن باللبن كيلا سواء كانا حليبين أو رائبين أو حامضين
وهو ظاهر فيما عدا الرائب وأما الرائب الخائر ففيه نظر لان الشافعي قال
ففى اللبا ما يقتضى أن المعيار فيه الوزن لا الكيل فقال انه لا يجوز السلم
فى اللبا الا مكىالا من قبل تكبيسه وتجافيه

[166]

فى المكىال اللبن الرائب فيه شبه من اللبا وقد يقال ان عقد اللبا أكثر
فلذلك يتجافى بخلاف الرائب وقد تعرض الامام لهذا الاشكال فاورد على
نفسه أنه إذا خثر الشئ كان أثقل والذي يحويه المكىال من الخائر يزيد على
الرقيق من جنسه بالوزن زيادة ظاهرة وأجاب بأن منع بيع الدبس بالدبس
غير مبني على التفاوت فى الوزن مع التساوى فى المكىال فانا لو اعتبرنا
ذلك لجوزنا بيع الدبس بالدبس إذا كان يوزن ولكننا اعتمدنا خروج الدبس عن
حالة الكمال وأما الرائب الخائر فقد قطع الاصحاب بجواز بيعه باللبن
وجواز بيع بعضه ببعض وينتج فى بيع بعضه ببعض أن يقال الانعقاد جرى
فى اللبن على تساوى ولا يربو فى الاناء إذا انعقد رائبا ولا ينقص فانه طبيعة
فى نفس اللبن عقاده وليس من جهة ذهاب جزء وبقاء جزء فأما بيع الخائر
باللبن فان كان يوزن فيظهر تجويزه فان كان يكال فيبيع اللبن الحليب
بالرائب الخائر كيلا فيه احتمال ظاهر فى المنع ووجه التجويز تشبيه الخائر
بالحنطة الصلبة المغللة تباع بالرخوة فالخائر بالحليب يشبه الحنطة الصلبة
بالرخوة انتهى كلام الامام. ومن هنا قال الرافعى إن فى كلام الامام ما
يقتضى تجويز الكيل والوزن وأنت قد سمعت كلام الامام وليس فيه حكم
بكيل ولا وزن وانما فيه انه تردد ركانه لم يتحر عنه هل هو مكىل أو موزون
وقد صرح الرافعى والاصحاب بانه مكىل فتلخص من هذا أن بيع الرائب

بالرائب كيلا جائز جزما وبيع الرائب بالحليب كيلا جائز وفيه احتمال للامام
وعند الاحتمال في المسالتين في الرائب بالرائب وفي الرائب

[167]

بالحليب لما ذكرته من كلام الشافعي في اللبا والله أعلم. وما ذكره الامام
من انعقاد اجزائه على تساويه ومن تشبيهه بالحنطة الصلبة والرخوة
ممنوع وقال ابن الرفعة اللبن الخائر يظهر ان يكون كالسمن الرائب قال
وفي كلام الامام ما يدل على انه يجوز كيلاه ووزنه وكأنه تبع الرافعي فيما
فهم من كلام الامام. (فرع) يشترط في بيع الحليب بالجبن ان يكيلاه ولا
رغوة فيه فلو كان فيه رغوة فيهما أو في احدهما لم يصح حتى يسكن
للجهل بالتمائل وحقيقة التفاضل وهذا مستفاد من قول الشافعي في
السلم انه إذا اسلف فيه مكيل فليس له أن يكيلاه برغوته لا تزيد فليست
بلبن يبقى بقاء اللبن مع ان بيع الحليب وعليه الرغوة لا يجوز مطلقا كيلا
نص عليه الصيمري في شرح الكفاية للجهل بالمقصود فاما وزنا فلا بأس
إذا كان بغير جنسه.

[168]

(فرع) قال القاضي حسين وصاحب التهذيب الهريدي بالهريدي لا يجوز لتأثر
لنار فيه (قلت) والهريدي (1). (فرع) ويجوز بيع الخائر بالحليب والرائب
والحامض أيضا لان التفاوت بين الخائر وغيره في الوزن والوزن لا اعتبار به
لان المعيار فيه الكيل قاله الرافعي. (فرع) قال الرافعي رضى الله عنه في
الام لاخير في لبن مغلى بلبن على وجهه لان الاغلاء ينقص اللبن ووافقه
الشيخ أبو حامد والمحاملي ونصر المقدسي والبغوي ولو كان مسخنا من
غير عليان صح قاله الرويانى. (فرع) شرط جواز بيع هذا اللبن باللبن أن لا
يكون فيه ماء فاما إذا كان فيه ماء فلا يجوز بيعه بمثله ولا بالخالص بلا
خلاف.

(1) بياض بالاصل فحرر

[169]

(فرع) إذا حمى اللبن قليلا بحيث لا تأخذ النار منه فلا يمنع بيع بعضه ببعض
قاله الشيخ أبو حامد ونصر ويجوز بيع لبن الغنم بلبن البقر متفاضلا على
الصحيح. والمشهور أنها أجناس وكذلك يجوز بيع أحد الصنفين بما يتخذ من
لبن الصنف الآخر وقد تقدم التنبيه على ذلك فان فرعنا على ان الالبان
جنس فلا يباع أحدهما بالآخر إلا على الوجه المذكور فيما تقدم وممن صرح
بذلك هنا صاحب التهذيب.

[170]

قال المصنف رحمه الله تعالى. (ولا يجوز بيع اللبن بما يتخذ منه من الزبد والسمن لان ذلك مستخرج منه فلا يجوز بيعه به كالشيرج بالسمسسم ولايجوز بيعه بالمخيض لان المخيض لبن نزع منه الزبد والحليب لم ينزع منه الزبد فإذا بيع أحدهما بالآخر تفاضل اللبن ولايجوز بيعه بالشيراز واللبن والجبن لان أجزاءها قد انعقدت فلا يجوز بيعها باللبن كيلا لانهما يتفاضلان ولايجوز بيعها وزنا لان اللبن مكيل فلا يباع بجنسه وزنا).

[171]

(الشرح) قال القاضى أبو الطيب الذى يتخذ من اللبن احد عشر شيئاً كذا في النسخة وصوابه اثنى عشر الزبد والسمن والمخيض واللبن والاقط والمصل والجبن والسيرار والدجنين والكشك والطينح والكواميح قالها القاضى أبو الطيب وغيره والكبح قاله القاضى حسين والقول الجملى أن اللبن لا يجوز بيعه بما يتخذ منه من جميع ذلك وفي التفصيل مسائل فنوردها كما أوردتها المصنف واحدة واحدة (المسألة الاولى) بيع اللبن بالزبد قال الشافعي في المختصر ولا خير في زبد غنم بلبن غنم لان

[172]

الزبد شئ من اللبن وقال في الام معني ذلك وقد اتفق الاصحاب على هذا الحكم واختلفوا في تعليقه فالأكثر على ما يشعر به كلام الشافعي ان الزبد شئ من اللبن يعني فإذا باعه باللبن واللبن مشتمل على الزبد فيكون قد باع زبدا بزبد متفاضلا وقال أبو اسحق لان في الزبد شيئاً من اللبن يعني فيكون بيع لبن بلبن متفاضلا قال الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والمحاملى والماوردي والتعليل الاول هو الصحيح قال أبو الطيب ولم يذكر أبو اسحق ذلك في الشرح وهو باطل ببيع اللبن باللبن

[173]

(فان قيل) فاللبن باللبن في كل منهما زبد فهلا امتنع (فالجواب) عنه كما قيل في بيع السمسسم بالسمسسم وهو مذكور في مسألة بيع الشيرج بالسمسسم فان الجواب مذكور عنهما معا كذلك ذكره الشيخ ابو حامد (المسألة الثانية) بيع اللبن بالسمن لا يجوز لما تقدم من تعليل الشافعي وجزم به الاصحاب منهم (1) والرافعي قال الشيخ أبو حامد والمحاملى وههنا يبطل تعليل ابي اسحق لانه لو كان المعنى ما ذكره لجاز ههنا وهذا

الالتزام نزل على ان ابا اسحق غير مخالف في ذلك قال المحاملى وكان
يجب

(1) بياض بالاصل فحرر

[174]

ان يقول اسحق ههنا انه لا يجوز بيع اللبن بالسمن ولا خلاف على المذهب
ان ذلك لا يجوز قال الامام (فان قيل) قد ذكرتم ان اللبن في حكم جنس
واحد لا اختلاط فيه فجوزوا بيع اللبن بالسمن بناء على ان اللبن جنس واحد
(قلنا) هذا فيه بعض الغموض من التعليل ولكنه متفق عليه وفي معناه بيع
السمن بالشيرج مع تجويز بيع السمن بالسمن واقصى الممكن فيه
ان اللبن اذا قوبل بالسمن فلا يمكن ان يجعل مخالفا للسمن فانما يجانسه
بما فيه من السمن لا بصورته وطعمه وإذا اعتبرنا

[175]

السمن انتظم منه انه يبيع سمننا بسمن ومخيض فاما اللبن باللبن فيعتمد
تجانس اللبن في صفته الناجزة ولا ضرورة تحوج إلى تقدير تفريق الاجزاء
(قلت) وهذا كما تقدم له في بيع السمن بالشيرج ولو قال قائل ما الضرورة
الداعية إلى تقدير تفريق الاجزاء عند مقابلة اللبن بالسمن والسمن
بالشيرج لاجوج إلى جواب غير هذا (المسألة الثانية) بيع اللبن بالمخيض
وهو الردغ الذي استخرج منه الزبد جزم به الاصحاب لا يجوز لما تقدم من
تعليل الشافعي والمصنف افردته بالعلة التي ذكرها لانه مستعبد

[176]

ان يقال ان المخيض متخذ من اللبن بل ههو نفس اللن نزع منه الزبد
لاسيما على العلة التي ذكرها في الزبد والسمن انه مستخرج من اللبن
وجمع بذلك بينه وبين الشيرج مع السمن فان ذلك لا يصح ان يقال في
المخيض فلهذا افردته وكذلك القاضى أبو الطيب صنع كما صنع المصنف
وقال ايضا ولانه لا يجوز بيع الكسب بالسمن وان كان أبو اسحق في بيع
اللبن بالزبد لا يجعل للزبد الكامن في اللبن حكما فيلزمه ان يجوز اللبن
بالمخيض لانتفاء العلة التي ذكرها في اللبن بلزبد فيرد عليه

[177]

هنا كما ورد عليه في اللبن بالسمن (المسألة الرابعة) بيعه بالشيزاري وهو (1) واللبا والجبن والعلة في الثلاثة ما ذكره المصنف وكذلك علل القاضي أبو الطيب وزاد هو وأبو حامد أن الجبن انفحة وملح فيكون بيع لبن وشئ بلبن وزاد أبو حامد أن النار قد أخذت منه وفي معناها بيع اللبن بالاقط قال الشافعي رضي الله عنه في الام ولاخير في لبن غنم باقط من قبل أن الاقط لبن معقود فإذا بعث اللبن بالاقط اجزت اللبن باللبن مجولا ومتفاضلا أو جمعتهما معا فإذا اختلف اللبن والاقط فلا بأس وصرح به الاصحاب كذلك وكذلك الطينخ الذي يتخذ من اللبن لان اجزائه مفقودة ومخالطة غيره فلا يجوز بيعها بحليب قاله أبو الطيب وفصل ابن الصباغ فقال ان لم تتعقد اجزائه وانما سخن فانه يجوز بيع بعضه ببعض كالعسل المصفى بالسمن أو النار الخفيفة وان طبخ حتى انعقدت اجزائه أو اخلط معه غيره لم يجر رأيت في شرح الكفاية للصميري انه يجوز بيع الحليب باللبا متفاضلا يدا بيد والظاهر ان ذلك غلط في النسخة وكذلك الاقط لا يجوز بيعه باللبن للعلة التي ذكرها وعلل القاضي الروياني امتناع بيع اللبن باللبا بان اصله الكيل واللبا المعول للأكل لا يكال لان النار عقدت

(1) بياض بالاصل فحرر

[178]

اجزائه فيؤدي إلى التفاضل وعلل في ذلك بالباقي بالجبن والمصل وشبههما وكذلك المصل لا يجوز بيعه باللبن للعلة المذكورة وفيه اصح ملح ايضا قاله أبو حامد وأبو الطيب والمحاملي والمصل ماء الاقط على المشهور عصارة الاقط حين يطبخ ويعصر وقيل ماء اللبن النئ وقيل المخيض وكذلك الكشك لهذه العلة وما فيه من الحشائش قاله أبو الطيب وهو قريب من الكشك الذي يعمل في بلادنا فانه يدش القمح ويعجن باللبن الحامض أو غيره ويصير ذلك من قاعدة مد عجوة وقد وقع في كلام الامام اطلاق الكشك يعني آخر شرهه ابن الرفعة بالقمح المهروش المزال عنه القشر فقط الذي يعمل منه طعام القمحية وليس ذلك المراد هنا وقد تقدم الكلام على ذلك وانه لا يجوز بيع بعضه ببعض وعدم جواز الجبن باللبن نص عليه الشافعي في باب بيع لأجال من الام ولاصحاب ومحلّه إذا كانا من جنس واحد (فائدة) قال الاصمعي أو اللبنيين اللبأ مقصور مهموز. (فرع) حزم ابن ابي هريرة في التعليق بان الرائب بالزب جائز قال لان ما فيه تابع. (فرع) بيع الحليب بالحليب أو بغيره من الالبان انما يجوز إذا لم يكن في واحد منهما ماء

[179]

قال أبو الطيب وغيره قال الشافعي في الام ولاخير في الحليب بالمصروب لان في المصروب ماء فان كان يطرح فيه بالضرب فهذا معنى اخر فلا يجوز بيع الدوغ بالحليب لانه يؤدي لانه يؤدي إلى تفاضل اللبنيين وحملوا قول الشافعي على المخيض الذي طرح فيه ماء للضرب. (تنبيه) بيع

الشيء بما يتخذ منه يمتنع في جميع المطعومات لا اختصاص له باللبن جائز في الذهب والفضة كالمداخل والصوابى المصبوغة نقل المحاملى هذا الاصل عن نصح في الصرف والفرق بينهما ان الذهب والفضة إذا اتخذ منه مصوغ فان ذلك المتخذ لا يستحيل بالصياغة بل هو ذهب وفضة على ما كان عليه وما يتخذ من المطعومات يستحيل عن صفته فإذا بيع باصله كيلا بكيلا حصل التفاضل بالنسبة إلى حالة الادخار.. قال المصنف رحمه الله تعالى. (واما بيع ما يتخذ منه بعضه ببعض فانه ان باع السمن بالسمن جاز لانه لا يخالطه غيره قال الشافعي رحمه الله والوزن فيه احوط وقال أبو اسحق يباع كيلا لان أصله الكيل).

[180]

(الشرح) يجوز بيع السمن بالسمن وممن جزم به ابن ابى هريرة والشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والمحاملى والماوردي وابن الصباغ والقاضى حسين والرافعي لما ذكره المصنف ولانه لا يدخر ولا يتأثر بالنار واطلق كثيرون المسالة ولم يحكوا فيها خلافا وحكى الماوردي وجها ان الجامد لا يباع بعضه ببعض لان أصله الكيل وهو متعذر في هذه الحالة وهذا الوجه مردود مخالف لاطلاق الشافعي والاصحاب وصورة المسالة في السمن بالسمن من جنس واحد كسمن الغنم بسمن الغنم اما سمن الغنم بسمن البقر فقد حكينا خلافا في كون الاسمان جنسا أو اجناس فعلى الاول الحكم كذلك وعلى الثاني يجوز بدا بيد وهو الذى اورده الصيمري في شرح الكفاية أي وان كان متفاضلا وإذا بيع السمن بالسمن يباع وزنا على الصحيح ونص عليه الشافعي كما قاله المصنف وقد صرح الشافعي رحمه الله في باب الاجتهاد من كتاب الرسالة ان السمن والعسل والزيت والسكر موزونات وقال أبو عبيد في غريب الحديث ان السمن عند اهل المدينة بالوزن واستدل هو والشافعي على ذلك باثر نقله عن عمر رضى الله عنه.

[181]

(فرع) قال الشافعي رضى الله عنه في الام في باب جماع السلف في الوزن لا بأس أن يسلف في شيء وزنا وان كان يباع كيلا وان كان يباع وزنا إذا كان لا يتجافى في المكيال مثل الزيت الذى هو ذائب ان كان يباع في المدينة في عهد النبي صلى الله عليه وسلم ومن بعده وزنا فلا بأس أن يسلف فيه كيلا وان يباع كيلا فلا بأس أن يسلف فيه وزنا ومثل السمن والعسل وما أشبهه من الآدم فان قال قائل فكيف كان يباع في عهد النبي صلى الله عليه وسلم قلنا الله أعلم. أما الذى أدركنا المتبايعين به عليه فاما ما قل منه فيباع كيلا والجملة الكبيرة تباع وزنا ودلالة الاخبار على مثل ما أدركنا الناس عليه قال عمر بن الخطاب رضى الله عنه لا أكل سمننا مادام السمن يباع بالواقي وتشبه الواقى أن تكون كيلا انتهى كلام الشافعي رضى الله عنه وفى قوله وتشبه الواقى أن تكون كيلا نظر وقد قال الشافعي في الام في باب الآجال ما يمكن أن يتمسك بظاهره في أن السمن مكيل فانه قال ولايجوز اللبن باللبن إلا مثلا بمثل كيلا بكيلا يدا بيد وتكلم في اجناس الالبان وأحكامها ثم قال بعد ذلك والسمن مثل اللبن فظاهره أنه مثله في جميع الاحكام المذكورة ومن جملتها

الكيل لكن تصريح الشافعي الذي تقدمت حكايته مقدم على هذا الظاهر ومبين أن ذلك غير عائد إلى جميع ما تقدم في كلام الشافعي والله أعلم. وفصل القاضي حسين بين أن يكون ذائبا أو جامدا فان كان جامدا يباع وزنا وان كان ذائبا يباع كيلا وتبعه على ذلك صاحب التهذيب والرافعي وقال انه توسط بين وجهين أطلقهما العراقيون فحكوا عن المنصوص أنه يوزن وعن أبي اسحق أنه يكال واستحسنه في الشرح الصغير والماوردي جزم في الذائب بالكيل وحكى في الجامد وجهين (أحدهما لا يجوز بيع بعضه ببعض لان أصله الكيل (والثاني) يجوز وزنا لان الوزن أخصر والكيل فيه متعذر. (فرع) قال الشافعي في الام ولا خير في سمن غنم بزبد غنم بحال لان السمن من الزبد يقع متفاضلا أو مجهولا وهما مكيلان أو موزونان في الحال التي يتبايعان ومن صنف واحد (فائدة) الاسمان اجناس مختلفة نص عليه الشافعي في الام في تفريع الزيت من العسل وقد تقدم قول صاحب الرونق في حكاية القولين فيها وقال الروياني ان سمن الغنم وسمن البقر يجب أن يكونا على قولين كالالبان والذي قاله الروياني متعين لانا إذا قلنا الالبان من جنس واحد لزمه أن تكون الاسمان كذلك

للاتحاد في الاسم والاصل وقد تقدم عن الذخائر أن السمن مخالف لسائر الادهان فلا خلاف أي سواء قلنا الادهان جنس أو اجناس والله أعلم.. قال المصنف رحمه الله. (فان باع الزبد ففيه وجهان (أحدهما) يجوز بيع السمن بالسمن واللبن باللبن (والثاني) لا يجوز لان الزبد فيه لبن فيكون بيع لبن وزبد بلبن وزبد). (الشرح) جزم الشيخ أبو حامد والمحاملي بأنه لا يجوز بيع الزبد بالزبد لما ذكره المصنف في تعليل ذلك ولانهما ايضا على غير حالة الادخار وجزم في تعليق الطبري عن ابن أبي هريرة بالجواز وأبو الطيب حكى الوجهين كما حكاهما المصنف والصيمري وابن الصباغ والرافعي والقاضي حسين والامام حكاية عن الصيدلاني فاحد الوجهين الجواز قال الماوردي وهو أصح عندي وبه قال ابن أبي هريرة كما تقدم عن تعليقه لان ما في الزبد من بقايا اللبن غير مقصود فكان كالنوى في التمر وبيع الحليب بالحليب وقال الفوراني والروياني ان قول المنع حكاه القاضي أبو حامد المروزي عن

الشافعي والاكثرون انما حكوا ذلك وجهين والاصح عند الرافعي المنع لان ما فيه من المخيض يمنع المماثلة وهو قريب مما علل به المصنف وشبه الامام ذلك ببيع الشهد بالشهد فان صفات السمن لائحة من الزبد كما العسل في الشهد بخلاف اللبن باللبن فانه في مدرك الجنس كالجنس الواحد (فان قلت) الرغوة التي في الزبد غير مقصودة (قلت) وان لم تكن

مقصودة الا أنها تؤثر في التماثل والجنس متحد فيصير كبيع حنطة بحنطة
مشملة على حبات من الشعير تؤثر في الكيل فان ذلك باطل وان لم تكن
الحبات من الشعير مقصودة لاجل اتحاد الجنس. والمراد بالزبد إذا كان من
جنس واحد كزبد الغنم بزبد الغنم فلو اختلف الجنس جاز قاله الصيمري
وغيره وما في كل منهما من اللبن والرغوة غير مقصود والمماثلة غير
واجبة. قال المصنف رحمه الله تعالى. (وان باع المخيض بالمخيض نظرت
فان لم يطرح فيه الماء جاز لانه بيع لبن بلبن وان طرح فيه ماء للضرب لم
يجز لتفاضل المائين وتفاضل اللبنيين).

[185]

(الشرح) تقدم في كلام المصنف أن المخيض لبن نزع منه الزبد فلذلك لم
يحتج إلى تقييده بأن يكون منزوع الزبد فإذا كان زبده فيه لا يجوز بيعه فلا
يباع بمثله ولا بزبد ولا سمن. أما المنزوع الزبد وهو الدوغ فيباع بالزبد
والسمن نص عليه الشافعي والاصحاب. وأما بيعه بمثله فان لم يكن فيه ماء
جاز المماثلة جزم بذلك الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والمحاملي
وابن الصباغ والرافعي والقاضي حسين ومال المتولي إلى المنع لانه ليس
على حالة الادخار ولا على حال كمال المنفعة فليكن كبيع الدقيق بالدقيق
فانه مجهول التساوى حالة الكمال وان طرح فيه ماء للضرب وهو (1) لم
يجز جزم به أبو الطيب والقاضي حسين وصاحب التتمة وقال انه لا خلاف
فيه كما ذكره المصنف وهو مقتضى كلام الرافعي ولا فرق فيما فيه ماء
بين أن يباع بمثله أو بالخالص وممن صرح بذلك القاضي حسين. واعلم أن
الشافعي رضى الله عنه نص على أنه لا يجوز السلف في المخيض قال لانه
لا يكون مخيضاً إلا باخراج زبده وزبده لا يخرج إلا بالماء ولا يعرف المشتري
كم فيه من الماء لخفاء الماء في اللبن انتهى. وهذا الكلام من الشافعي
يقتضى أنه لا يجوز بيع المخيض بالمخيض مطلقاً فان كان في المخيض ما
يتصور نزع الزبد منه بغير ماء صح كلام الاصحاب ولزم القول بجواز السلم
فيه وكذلك أطلق الصيمري أنه لا يجوز بيع المخيض بالمخيض لاجل الماء
وكذلك قال الماوردي انه لا يجوز بيع بعضه ببعض إلا أن طريق اخراج الزبد
بغير ماء فيجوز بيعه بمثله فينزل كلام المصنف على ذلك.

(1) بياض بالاصل فحرر

[186]

(فرع) قال أبو الطيب وأما ما بعد ذلك من الالبان المعقودة فلا يجوز بيع
بعضها ببعض لكون بعضه أشد انعقاداً من بعض ولمخالطة بعضه للملح
والانفحة (قلت) ويجب حمل ذلك على ما إذا كان يؤثر في كيله كما ستعرفه
عن قرب. (فرع) دخول الماء في اللبن مانع لبيعه مطلقاً بجنسه وبغيره
للجهل والمقصود فان الماء في اللبن غير مقصود ومقداره مجهول وممن
نص على ذلك الصيمري في شرح الكفاية هكذا أطلقوه ونبغى أن يحمل
ذلك على ما هو الغالب من الجهل بمقدار الخليط أما لو شاهد البائع

والمشترى اللبن والماء وعلما مقدارهما ثم خلطاهما وتبايعا فلا مانع من الصحة إذا كان البيع بنقد أو أشبهه أما إذا كان البيع بلبن مثله أو خالص فينبغي أن يقال إن كان الماء يسيرا بحيث لا يؤثر في المكيال جاز لان اللبن مكيل كما تقدم مثله في الحنطة المشوية بحبات يسيرة من الشعير إذا بيعت بمثلها وكذلك يقتضيه كلام ابن الصباغ فانه قيد المخالط من الماء والملح بكونه يؤثر في كياله وعليه يحمل اطلاق غيره وان كان كثيرا فان كان اللبنا جنسا واحدا امتنع لقاعدة مد عجوة وان كانا جنسين فسأفرد لهما فرعا هنا قريبا ان شاء الله تعالى ولا اختصاص لهذا الكلام بالمخيض بل هو جار في الحليب وغيره من أنواع اللبن والمصنف انما تكلم فيه إلى المخيض لانه الذى يخالطه الماء غالبا والله تعالى أعلم. (فرع) لو باع المخيض بعد اخراج الزبد منه بالزبد أو السمن قال الشافعي في المختصر فلا بأس وممن نص عليه من الاصحاب نصر.

[187]

(فرع) لو باع لبن غنم بلبن بقر وفرعنا على الصحيح في أنهما جنسان جاز متماثلا ومتفاضلا بشرط التقابض فان كان أحدهما أو كلاهما مشوبا بالماء وكان الماء مجهول المقدار لم يصح للجهل بالمقصود وان كان معلوما كما فرضته فيما تقدم فينبغي على قياس ما تقدم أن يقال ان كان الماء يسيرا غير مقصود صح كبيع الحنطة بالشعير وفي كل منهما حبات من الآخر غير مقصودة ولا يعتبر بأثرها في الكيل لاختلاف الجنس وان كان كثيرا بحيث يقصد (فان قلنا) الماء مملوك ربوي لم يجز لقاعدة مد عجوة (وان قلنا) مملوك غير ربوي تأتي فيه الطريقة التي ذكرها البغوي في الحلول من التحريم على القولين في الجمع بين مختلفي الحكم لان اللبنين يشترط التقابض فيهما بخلاف الماءين (وان قلنا) الماء ليس بمملوك أصلا فيأتي فيه ما مر في مسألة الحلول فليطالع التنبيه الذي هناك وكذلك يجوز أن يباع لبن الغنم بزبد البقر وزبد الغنم بسمن البقر وسمن الغنم بسمن البقر يدا بيد قاله الصميرى وقد تقدم ذلك معرفا في مواضعه. قال المصنف رحمه الله تعالى. (وان باع الجبن أو الاقط أو المصل أو اللبأ بعضه ببعض لم يجز لان أجزائها منعقدة ويختلف انعقادها ولان فيها ما يخالطه الملح والانفحة وذلك يمنع التماثل). (الشرح) الاحكام المذكورة جزم بها الشيخ أبو حامد رأس العراقيين والقاضى حسين رأس المراوزة وغيرهما والثلاثة الاولى جزم بها المحاملى والرافعي والقاضى حسين والبغوى وعلة انعقاد أجزائه

[188]

بالنار شاملة لجميعها اللبأ وغيره وكذلك علة مخالطتها لغيرها ففي الجبن الانفحة وفي الاقط الملح وفي المصل الدقيق وأما اللبأ فليس فيه الا التأثير بالنار وكذلك حكى الامام عن شيخه انه ذكر ان أثر النار قريب وهو مشبه بالسكر في المعقودات وكذلك قال الرافعي ان في بيع اللبأ باللبأ وجهين كما في السكر بالسكر وما ذكره الامام في تفسير اللبأ يحتاج إلى قيد آخر وهو أن يكون محلوبا عقيب الولادة بحسب ما نعرفه في بلادنا ولعل ذلك مراد الامام من قوله أول الحلبة من الدرة الاولى ونقل العجلى

عن صاحب المعتمد أنه قال لو دق المصل حتى أمكن كيّله يجب أن يجوز بيع بعضه ببعض وبالبن ولعل مراده بالمصل ما لا دقيق فيه أما إذا فرض فيه الدقيق فيمتنع ولا يتجه فيه الجواب والله أعلم. وفي البحر أن بيع المصل بالمصل إنما لا يجوز لأنه لا يمكن كيّلهما فإن دقا جميعا حتى أمكن الكيل يجب أن يجوز بيع بعضه ببعض وبيعه بالبن أيضا قال وهذا عندي إذا لم يخالطه ملح فإن خالطه ملح فلا يجوز على ما ذكرنا بلا خلاف وادعى الامام الاتفاق على امتناع بيع الجبن بالجبن وقال الماوردي ان الجبن بالجبن لا يجوز واختلف أصحابنا في العلة المانعة فقال ابن سريج لان أصله الكيل وهو معتذر وقال غيره لان فيه الانفحة يجمد بها تمنع من التماثل فعلى هذا لو دق الجبن حتى صار فتيا وصار ناعما جاز بيع بعضه ببعض على قول ابن سريج لامكان كيّله ولم يجر على قوله غيره لبقاء الانفحة فيه والله أعلم. قال الامام وأجمع الاصحاب

[189]

على منع بيع الاقط بالاقط وذلك أنه إن كان مختلطا بملح كثير يظهر له مقدار التحق ببيع المختلط وان لم يكن فيه ملح فهو معروض على النار وللنار فيه تأثير عظيم فيلتحق الكلام فيه بالمنعقد ولم يفصلوا بين أن يكون عقده بالنار أو الشمس الحامية (قلت) إذا كان عقده بالشمس الحامية ولا ملح فيه فقد تقدم عن الامام في العسل إذا شمس كذلك بشمس الحجاز وبحث وقال ان النار تؤثر تأثيرا مستويا فهلا قال ذلك هنا وجوز على مساقه بيع بعضه ببعض كالعسل إلا أن يقول إن الكلام هنا في المنعقد ولا فرق في سببه بين النار والشمس إذا وجد الانعقاد والكلام هنا في التصفية بدون الانعقاد. قال المصنف رحمه الله تعالى. (وأما بيع نوع منه بنوع آخر فإنه ينظر فيه فان باع الزبد بالسمن لم يجر لان السمن مستخرج من الزبد فلا يجوز بيعه بما استخرج منه كالشيرج بالسمن وان باع المخيض بالسمن فالمنصوص أنه يجوز لانه ليس في احدهما شئ من الآخر قال شيخنا القاضى أبو الطيب الطبري رحمه الله هما كالجنسين فيجوز بيع احدهما بالآخر متفاضلا بلا خلاف وان باع الزبد بالمخيض فالمنصوص أنه يجوز وقال أبو إسحق لا يجوز لان في الزبد شيئا من المخيض فيكون بيع زبد ومخيض بمخيض وهذا لا يصلح لان الذى فيه من المخيض لا يظهر الا بالتصفية والنار فلم يكن له حكم وما سوى ذلك لا يجوز بيع نوع منه بنوع آخر لانه يؤدي إلى التفاضل).

[190]

(الشرح) فيه مسائل (احداها) بيع الزبد بالسمن قال الشافعي في المختصر ولا خير في سمن غنم بزبد غنم واتفق الاصحاب على ذلك الصميري والشيخ أبو الحامد وأبو الطيب والمحاملى وابن الصباغ والماوردي والرافعي وغيرهم لما ذكره المصنف ولتحقق المفاضلة سبب ما فيه من اللبن هكذا علله الرافعي ولك أن تقول قد تقدم أن السمن قليل فإذا كان اللبن المختلط بالزبد يسيرا بحيث لا يؤثر في المكيال أشبه التراب المختلط بالحنطة فينبغي أن يجوز على هذه العلة (وأما) العلة الاولى التى ذكرها المصنف فان السمن حاصل في الزبد بالقصد حصول الدقيق في

الحنطة (وأما) الشيرج فكامن في السمسم لا ظاهر ولذلك يجوز بيع السمسم بالسمسم فلا يصح أن يقال أن السمن مستخرج من الزبد إلا أن يقال إن ذلك من باب الاولى (1) بما هو كامن فيه فلا يمتنع بما هو ظاهر فيه أولى وهو صحيح (المسألة الثانية) السمن بالمخيض جزم الشيخ أبو حامد ونصر المقدسي والمحاملي والماوردي وابن الصباغ والقاضي حسين بالجواز كما نقله المصنف عن النص ونقله أبو الطيب عن كتاب الصرف والاملاء وعن المزني هنا وقد رأيت في الصرف في بيع الضمان ونقله المحاملي عن المختصر وما أظن فيه خلافا وما نقله المصنف عن أبي الطيب لم أره في تعليقه وهو زيادة على الحكم المنقول عن النص فإنه أطلق الجواز فيحتمل أن يكون المراد متفاضلا كما قال القاضي أبو الطيب وكذلك ابن الصباغ وصاحب التهذيب ويحتمل أن يراعى شرط التماثل وهو بعيد قال

(1) بياض بالاصل فحرر

[191]

ابن الصباغ (فان قيل) اليس قلمم يجوز بيع الشيرج بالكسب وهما بمنزلة الجنسين (قلنا) الكسب لا ينفرد عن الشيرج ولا بد أن يبقى معه شيء بخلاف اللبن فان المخيض لا يبقى فيه سمن ذكره مع السمن في باب بيع الآجال وادعى الامام اتفاق الائمة عليه (المسألة الثالثة) الزبد بالمخيض المنصوص للشافعي أنه يجوز وقال أبو إسحق والشيخ أبو حامد لا يجوز لما ذكره المصنف فأما أبو إسحق فإنه بناه على تعليقه السابق والشيخ أبو حامد لم يوافق على ذلك التعليل فكيف وافقه على هذا الحكم هنا وفي الحران أبا حامد قال أجاب الشافعي بهذا ظنا منه لا لبن في الزبد وليس كما ظن فان الزبد لا ينفك من اللبن فلا يجوز وهذا قياس المذهب قال وأجاب اصحابنا بان الشافعي انما قال ذلك إذا لم يكن فيه اللبن ظاهرا وذلك القدر بسير لا يتبين الا بالنار والتصفية فلا حكم له وقال القفال المذهب ما نص عليه لان المقصود من الزبد السمن والمخيض ليس من جنس السمن إذا كان منزوع الزبد فهما جنسان مختلفان وهكذا ذكر القاضي الطبري فيجوز متفاضلا انتهى كلام الروياني وقال الروياني أيضا قال الشيخ أبو محمد الجويني في المنهاج المخيض الذي في الزبد قليل فلا حكم له كما لو باع حنطة لاشعير فيها بحنطة فيها حبات شعير قليلة قال وهذا خلاف ما ذكر القفال وهو الاصح وحكى أبو الطيب عن أبي اسحق الموافقة في بيع السمن بالمخيض لانه لا لبن فيه قال أبو الطيب وهذا التعليل صحيح الا ان المذهب انه يجوز البيع في الزبد أسضا لانه لاحكم لذلك إليه إذا كان لا يتبين الا بالتصفية بالنار.

[192]

(فرع) إذا بيع الزبد بالمخيض فهما جنسان حتى يجوز التفاضل بينهما كما قال أبو الطيب في السمن بالمخيض ويدلك على ذلك ردهم على أبي

اسحق ولو كان الزبد والمخيض جنسا واحدا لم يحتاجوا إلى أن يغتفروه لقلته ولم ينتج لابي اسحق ما قاله وليس ما قاله أبو الطيب مخالفة للنص ولا للأصحاب بل زيادة بيان على ما أجملوه وكذلك قول صاحب التهذيب والله أعلم. وقال صاحب التهذيب يجوز بيع المخيض بالزبد كبالسمن وإن كان في الزبد قليل مخيض وفي المخيض قليل زبد لأن المقصودين مختلفان في الجنس كبيع الحنطة بالشعير وفي أحدهما قليل فصل أو زوان (قلت) يعني إن التماثل ليس شرطا فالخلط وإن منع التماثل فهو غير مقصود فلا يضر وقال امام الحرمين لا خلاف أن المخيض والسمن جنسان مختلفان لتباين الصفات واختلاف الاسم والغرض فقد تبين أن ما قاله أبو الطيب لا خلاف فيه وكذلك نبه عليه صاحب الوافي في شرح المهذب قال قال شيخنا لا خلاف فيه أنه يجوز بيع السمن بالمخيض متفاضلا والقاضي أبو الطيب رحمه الله ذكر هذا اخبارا عن ذلك لا أنه مذهب له مخالف فيه غيره. وقول المصنف رحمه الله وما سوى ذلك إلى آخره كذلك هو في تعليق القاضي أبي الطيب وملخصه أنه لا يجوز في هذا الفصل إلا بيع السمن بالمخيض والزبد بالمخيض خلافا لابي اسحق والشيخ أبي حامد ويدخل فيه مسائل صرح بها الشيخ أبو حامد والمحاملى والماوردي والقاضي حسين (1) وهو أنه لا يجوز بيع شئ من تلاقط والجبن والمصل واللبن بالآخر قال المحاملى ولا بالزبد وبالسمن ولا بالمخيض. قال امام الحرمين والأصحاب لما جوزوا بيع

(1) بياض بالأصل فحرر

[193]

المخيض بالزبد لم يفرقوا بين القليل والكثير وإذا كثر الزبد فالرغوة قد تبلغ مبلغا يطلب مثله في جنس المخيض ولكن المرعى في الباب أن ما يميز من الزبد في الغالب تبدد ولا يعنى بجمعه وإن كثر الزبد فهذا هو المعنى بقول الأصحاب الرغوة غير مقصودة. قال الامام إذا امتنع بيع الاقط بالاقط امتنع بيعه بالمصل فانهما من المخيض لا يتفاوتان في الصفات تفاوتا يختلف الجنس به ويمتنع بيع المخيض بالاقط والمصل كما يمتنع بيع العصير بالدبس وبيع الجبن بالاقط ممتنع قال الامام قال العراقيون الاقط والمخيض والمصل والجبن جنس واحد (أما) المخيض والاقط والمصل فكما ذكروه (وأما) الجبن ففيه ما يجانس المخيض وهو كقول القائل اللبن والاقط جنس واحد والوجه أن يقال في اللبن جنس الاقط (قلت) وهذه بالمشاحة في العبارة ومقصودهم ما ذكروه وأنه يمتنع بيع أحدهما بالآخر والله أعلم. (فرع) بيع جبن الغنم بجبن البقر قال ابن الرفعة يشبه أن يكون فيه مثل الخلاف في بيع خبز القمح بخبز الشعير (إذا قلنا) الادقة أجناس.

[194]

(فرع) إذا قلنا بأن الالبان جنس فباع سمن البقر بلبن الابل فيكون حكمه وليس في لبن الابل سمن يتميز بالمخض والعلاج قال الامام الطاهر أنا لا نجعل لبن الابل مشتملا على سمن تقديرا حتى يخالف هو بمثابة سمن البقر ثم إذا كان كذلك فوراؤه احتمال في ان سمن البقر هل يخالف جنس لبن الابل والتفريع على تجانس الالبان فالظاهر أنه خلافه فيجوز بيعه به متفاضلا والسبب فيه أنا حكمنا بتجانس الالبان لاجتماعهما في الاسم الخاص وقد زال هذا المعنى ولم يقدر في لبن الابل سمننا والعلم عند الله تعالى. (فرع) قال الامام الانفة الوجه القطع بطهارتها لاجماع المسلمين على طهارة الجبن وهو في الغالب لا يخلو عن الانفة والذي إليه اشارة الاصحاب ان الانفة جنس على حيالها مخالف للبن وكل ما يتخذ منه وليست أدري أنها من المطعومات وحدها كالمالح حتى تعتبر المماثلة في بيع بعضها ببعض أم ليست من المطعومات.

[195]

قال المصنف رحمه الله تعالى. (ولا يجوز بيع حيوان يؤكل لحمه بلحمه لما روى سعيد بن المسيب رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يباع حتى يميت وروى ابن عباس رضى الله عنه أن جزورا نحررت على عهد أبى بكر رضى الله عنه فجاء رجل بعناق فقال أعطوني بها لحما فقال أبو بكر لا يصلح هذا ولانه جنس فيه الربا بيع بأصله الذى فيه مثله فلم يجر كبيع الشيرج بالسمس). (الشرح) حديث سعيد بن المسيب رواه أبو داود من طريق الزهيري عن سعيد كما ذكره المصنف ورواه مالك في الموطأ والشافعي عنه في المختصر والام وأبو داود أيضا من طريق زيد ابن أسلم عن سعيد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع اللحم بالحيوان هذا لفظ الشافعي عن مالك وأبى داود عن القعنبي عن مالك وكذلك هو في موطأ ابن وهب ورأيت في موطأ القعنبي عن بيع الحيوان باللحم والمعنى واحد وكلا الحديثين أعنى روايتي الزهري وزيد بن أسلم مرسل

[196]

ولم يسنده واحد عن سعيد وقد روى من طرق آخر (منها) عن الحسن عن سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن أن أتباع الشاة باللحم رواه الحاكم بالمستدرک وقال رواية عن أخرهم أئمة حفاظ ثقات وقد احتج البخاري بالحسن عن سمرة وله شاهد مرسل في الموطأ هذا كلام الحاكم ورواه البهيقي في سننه الكبير وقال هذا اسناد صحيح ومن أثبت سماع الحسن بن سمرة عده موصولا ومن لم يثبتته فهو مرسل جيد انضم إلى مرسل سعيد ومن سيذكر. (ومنها) عن سهل بن سعد قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع اللحم بالحيوان رواه الدارقطني وقال تفرد به ابن مروان عن مالك بهذا الاسناد ولم يتابع عليه وصوابه في الموطأ عن ابن المسيب مرسلًا وذكره البهيقي أيضا في سننه الصغير وحكم بان ذلك من غلط يزيد بن مروان ويزيد المذكور تكلم فيه يحيى بن معين وقال ابن عدى وليس هذا بذلك المعروف (ومنها) عن ابن عمر رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان باللحم قال عبد الحق خرج البزار في مسنده من رواية ثابت بن زهير

[197]

عن نافع وثابت رجل من أهل البصرة منكر الحديث لا يستقل به ذكره أبو حاتم الرازي (قلت) وفي الاولين غنية عنه واما سماع الحسن من سمرة فقد قال الترمذي انه صحيح ونقل ذلك في جامعه عن علي بن المديني وغيره عند حديثه في النهي عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة وغيره من الاحاديث وقال في بعض المواضع وقد تكلم بعض أهل الحديث في رواية الحسن عن سمرة وقالوا إنما تحدث عن صحيفة سمرة وقال الخطابي والحسن عن صحيفة مختلف في اتصاله عند أهل الحديث وروى بسنده عن يحيى بن معين قال الحسن عن صحيفة سمرة وقال في باب الشفعة وقال غير يحيى بن معين قال الحسن عن سمرة حديث العقبة حسب وعن البيهقي أن أكثر الحفاظ لا يثبتون سماع الحسن من سمرة من غير حديث العقبة وقال ابن عبد البر لأعلم حديث النهي عن بيع الحيوان باللحم يتصل عن النبي صلى الله عليه وسلم من وجه ثابت وأحسن أسانيده مرسل سعيد بن المسيب وكان ابن عبد البر لم يطلع على حديث سمرة هذا وكذلك ابن المنذر فانه قال واخذ الشافعي رحمه الله بحديث مرسل لا يثبت

[198]

(فان قلت) قد روى الحسن عن سمرة حديث النهي عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ولم يقل به الشافعي فان كان صحيح سماع الحسن من سمرة فيلزمه القول بهما (قلت) النهي عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة عارضه حديث عبد الله بن عمرو بن العاص انه كان يأخذ البعير بالبعير إلى أجل فلذلك لم يقل به الشافعي وهذا الحديث في النهي عن بيع الحيوان باللحم لم يعارضه معارض بل عضده مراسيل وأثار وعمل أكثر أهل العلم ومع ثبوت حديث سمرة لا يحتاج إلى تكلف تقدير التمسك بالمرسل ولكن الشافعي رضى الله عنه لما ذكر المرسل في ذلك توجه اعتراض من الخصم بسبب ما اشتهر عن الشافعي أنه لا يحتج بالمرسل فلذلك يكلم الاصحاب في ذلك في هذا الموضوع وملخص القول في ذلك انه لا خلاف في مذهب الشافعي رحمه الله أن المرسل غير محتج به في الجملة وابن عباس عن أبي بكر رواه الشافعي أيضا في المختصر وقال الامام أنا ابن أبي يحيى عن صالح مولى التوأمة عن ابن عباس عن أبي بكر الصديق رضى الله عنهما أنه كره بيع الحيوان باللحم نقلت ذلك من نسخة معتمدة من الام بخط كاتب

[199]

الوزير وروى الشافعي في الام في باب بيع الاجال عن مسلم وهو ابن خالد عن ابن جريح عن القاسم ابن أبي برة قال قدمت المدينة فوجدت جزورا قد حذرت أجزاء كل جزء منها بعناق فاردت ان ابتاع منها جزءا فقال لى رجل من أهل المدينة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن يباع

حتى يميت فسألت عن ذلك الرجل فاخبرت عنه خيرا. السائل عن الرجل هو القاسم بن أبي برة فيما أظن أما (حكم المسألة) فقول المصنف مفروض في بيع الحيوان المأكول بجنسه كالبقرة بلحم البقر والغنم بلحم الغنم وما أشبه ذلك ولا خلاف عندنا في منعه نقدا ونسأ للآثار المتقدمة وهو قول أبي بكر الصديق رضى الله عنه وأربعة من الفقهاء السبعة كما سيأتي ومذهب مالك والاوزاعي والليث بن سعد وأحمد ونقله الرويانى عن الثلاثة الباقين من الفقهاء السبعة أيضا وهم سليمان بن بشار وخارجة وعبيد الله بن عبد الله فان صح ذلك فالسبعة قائلون به كذلك نقله العبدري عن الفقهاء السبعة خلافا لابي حنيفة وأبي يوسف مطلقا ولمحمد بن الحسن في قوله يجوز إذا كان اللحم أكثر من اللحم الذى في الحيوان فيكون

[200]

فاضل اللحم في مقابلة الجلد والعظم والى مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله مال المزني وأطلق جماعة من الاصحاب منهم القاضي أبو الطيب نسبة الخلاف إليه وكذلك الرويانى في الحلية ونقل عن الماوردى وقال انه القياس والاختيار وفى اختياره مخالفة لما عليه الاصحاب والشافعي رضى عنه وقال ان الخبر محمول على التنزيه والارشاد وهذا مخالف لما حكيناه أنهم كانوا يعدون ذلك من تيسير الجاهلية (فان قلت) اما أن يتمسكوا في ذلك بحديث الحسن عن سمرة أو بمرسل سعيد بن المسيب فان تمسكتم بحديث سمرة فقد روى عن سمرة فليس حجة عند الشافعي وان تمسكتم بالمرسل بالمرسل فكذلك الاثر عن أبي بكر (قلت) اما حديث سمرة في النهى عن بيع الحيوان بالحيوان فله معارض وهو حديث عبد الله بن عمرو مع ما فيه من الكلام وكون جماعة روهه موقوفا فلذلك لم نقل به الشافعي وحمله ان صح على النسبئة من الجانبين جمعا بينه وبين حديث عبد الله بن عمرو واما النهى عن بيع الحيوان باللحم هنا فليس له معارض بل له ما يعضده من المراسيل والآثار وقول أكثر أهل العلم وأما الاعتراض بان المرسل ليس بحجة فقد روى ذلك عن الشافعي قوله في المختصر قال الشافعي رضى الله عنه في المختصر

[201]

وكان القاسم وابن المسيب وعروة بن الزبير وابو بكر بن عبد الرحمن يجرمون بيع اللحم عاجلا وأجلا يعظمون ذلك ولا يرخصون فيه قال وبهذا نأخذ كان اللحم مختلفا أو غير مختلف وارسال ابن المسيب عندنا حسن فهذا قول الشافعي في المراسيل على الاطلاق واما مراسيل سعيد بن المسيب فالمنقول عن الشافعي انه كان في القديم يحتج بها فاما في الام فانه لم يقل بها ولكنه قال ما قال في المختصر في هذا الموضوع وارسال ابن المسيب عندنا حسن ونقل بعض الناس عنه انه قال تتبعتها فوجدتها مسندة قال الخطيب البغدادي في الكفاية ومذهب كثير من الفقهاء بخلاف ذلك حتى قال محمد بن جرير الطبري ان التابعين بأسرهم اجمعوا على قبول المرسل ولم يات عنهم انكاره ولا عن أحد من الائمة بعدهم إلى رأس المائتين فانه تعرض بان الشافعي رضى الله عنه أول من أبى قبول المراسيل وقال أبو داود السجستاني قريبا من ذلك في رسالته

التي كتبها إلى أهل الامصار في سبب كتابة السنن وأما المراسيل فقد كان يحتج بها العلماء فيما مضى مثل سفيان الثوري ومالك بن أنس والاوزاعي حتى جاء الشافعي فتكلم فيه وتابعه أحمد بن حنبل وغيره فيحتاج إلى أن يذكر تحرير مذهب الشافعي في ذلك فاعلم أن المشهور عن الشافعي رحمه الله عدم قبول المرسل وهو قول أكثر الأئمة من حفاظ الحديث ونقاد الاثر على ما قاله الخطيب البغدادي بل كلهم ما يشير إليه كلام أبي عمر بن عبد البر في التمهيد وممن وافق الشافعي على ذلك أحمد بن حنبل في احد قوليه وابو زرعة الداري وابو حاتم وابنه عبد الرحمن وممن قال به مع الشافعي يحيى بن سعيد القطان ووفاته مقدمة على وفاة الشافعي واما قول أبي بكر رضى الله عنه فقد أشار الشافعي إلى وجه الاحتجاج به بقوله في المختصر ولا نعلم أن أحدا من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم خالف في ذلك ابا بكر قال الشيخ أبو حامد والظاهر إذا نحررت جزور وحضرها امام الوقت ان يكون هناك اناس كثرون وقد قال هذا ولم ينكر عليه احد فقد اعتضد هذا لمرسل

[202]

بحديث اسد من وجه وقول أبي بكر مع عدم مخالفة بقية الصحابة وفتيا أكثر أهل العلم ممن بعدهم فان مالكا رحمه الله روى في الموطأ عن ابي الزناد وقال كل من ادركت من الناس يnehون عن بيع الحيوان باللحم قال أبو الزناد وكان ذلك يكتب في عهود العمال في زمان ابان بن عثمان وهشام بن اسمعيل يnehون عن ذلك وفي الموطأ عن سعيد بن المسيب قال كان ميسر أهل الجاهلية بيع اللحم بالشاة والشاتين وقال الشافعي رضى الله عنه في المختصر في هذا الموضوع وارسال ابن المسيب عندنا حسن وقال الامام الجليل عبد الرحمن بن أبي حاتم في كتاب المراسيل في قول الشافعي رضى الله عنه ليس المنقطع بشئ ما عدا منقطع ابن المسيب فلا بأس أن يعتبر به وكذلك الشيخ أبو حامد حمل قول الشافعي في المختصر على ذلك وأنه يعتبر بها ولا تكون حجة وقال الحافظ أبو بكر الخطيب في كتاب الكفاية في معرفة أصول الرواية ونقلته من خطه اختلف الفقهاء من أصحاب الشافعي في قوله هذا فمنهم من قال أراد الشافعي به أن مرسل سعيد بن المسيب حجة وإنما فعل ذلك لان مراسيل سعيد تتبعت فوجدت كلها مسانيد عن الصحابة من جهة غيره ومنهم من قال لا فرق بين مرسل سعيد ومرسل غيره من التابعين وإنما رجع الشافعي والتراجيح بالمراسل صحيح وان كان لا يجوز أن يحتج به على إثبات الحكم قال الخطيب وهذا هو الصحيح من القولين عندنا لان في مراسيل سعيد ما لم يوجد مسندا بحال من وجه يصح (قلت) وهذا القول هو الصحيح كما قال الخطيب وإنما يفعل الشافعي ذلك في كتاب الرسالة وتلخيص ما قاله فيها أن المنقطع مختلف فمن شاهد أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم من التابعين

[203]

فحدث حديثا منقطعا عن النبي صلى الله عليه وسلم اعتبر عليه بأمور أن يسنده غيره من الحفاظ المأمورين بمثل معنى ماروى أو موافقة مرسل

غيره وهي أضعف من الأولى أو موافقة قول صحابي أو اقوام من أهل العلم يفتون بمثل معنى ماروي فإذا وجدت الدلائل لصحة حديثه بما وصفت أحببت أن يقبل مرسله ولا يستطيع أن يزعم أن الحجة تثبت به ثبوتها بالمتصل فاما من يعد من كبار التابعين الذين كثرت مشاهدتهم لبعض أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا أعلم واحدا منهم يقبل مرسله واعلم أن في قول الشافعي أحببت أن يقبل فيه إشكال لأنه لا تخيير في إثبات الأحكام بل أما أن يظهر موجبها فيجب أولا فيحرم فإن كان المرسل إذا اقترن به شيء من ذلك حجة وجب العمل به وإن لم يكن حجة حرم العمل به فيحتمل أن يكون مراده أنه لا تثبت الحجة به ثبوتها بالمتصل أي لا يكون مثل المتصل وإن كانت الحجة به ثابتة وتظهر فائدة ذلك فيما إذا عارضه فيقدم المتصل عليه ويحتمل أن يكون مراده أنه لا يجب العمل به لمجرد اقترانه بمرسل آخر أو قول صحابي أو فتيا أكثر أهل العلم ولا يرد معها أو يطلب دليل آخر مجرد كما لم يرد أصلا بل يجب النظر في ذلك وفيما يعارضه أو يوافقه من بقية الأدلة كالقياس وشبهه والعمل بما يترجح من الظن والله أعلم * وقال المارودي إنه حكى عن الشافعي أنه أخذ بمراسيل سعيد في القديم وجعلها بانفرادها حجة لأنه لم يرسل حديثا إلا وجد مسندا ولا يروي أخبار الأحاد ولا يحدث إلا بما سمعه من جماعة أو عضده قول الصحابة أو رواه منتشرا عند الكافة أو وافقه فعل أهل العصر كونه إنما أخذ عن أكابر الصحابة ومراسليه سبرت

[204]

فكانت مأخوذة عن أبي هريرة ومذهب الشافعي في الجديد أن مرسل سعيد وغيره ليس بحجة (قلت) وهذه الأمور التي ذكرها المارودي رحمه الله من كون سعيد لا يروي أخبار الأحاد ووجدت مراسيله كلها مسانيد فلا يحدث إلا بما سمعه من جماعة أو معتضدا أو منتشرا أو موافقا فعل أهل العصر وكون مراسيله كلها عرف أنها عن أبي هريرة رضي الله عنه لادليل على شيء من ذلك بل هي أمور ضعيفة لم يثبت شيء منها فلا يعرف بل قد روى سعيد في الصحيح عن أبيه المسيب فالصحيح ما قاله الخطيب كما تقدم وهو الذي نسبه المارودي إلى الجديد ثم ذكر المارودي أن المرجحات للمرسل التي إذا اعتضد به واحد منها صار هو مع (1) اعتضد به حجة على الجديد أحد سبعة أشياء قياس أو قول صحابي أو فعل صحابي أو قول للاكثرين أو ينتشر في الناس من غير دافع له أو يعمل به أهل العصر أو لا توجد دلالة سواه (قلت) وقد تقدم في كلام الشافعي المنقول من الرسالة أربع مرجحات (منها) موافقه قول صحابي أو اقوام من أهل العلم وهما في كلام المارودي (ومنها) اعتضاده بمسند أو مرسل آخر وليس في الكلام المارودي فإذا جمعت بين الكلامين كانت المرجحات تسعة ثم في بعضها أو أكثرها مشاحة (منها) قول المارودي إنه لا يوجد دليل سواه كأن المرسل إذا لم يكن في نفسه دليلا ولم يوجد دليل سواه كان المسألة لادليل فيها أصلا ولا يجوز إثبات حكم بشيء لا يعتقده دليلا لانا لم نجد غيره وإن قيل إنه في هذه الحالة دليل وفي غيرها ليس بدليل فيقول انه في غير هذه الحالة إذا كان هناك دليل غيره فاما أن يكون موافقا أو مخالفا

(1) بياض بالاصل فحرر

ان كان موافقا فالحكم ثابت بلا اشكال ولا غرض في اسناده إلى المرسل مع ذلك الدليل وحده أو إليه مع المرسل وإن كان مخالفا فاما أن يكون راجحا عليه أو مرجوحا فان كان راجحا قدم على المرسل مع القول بأنه حجة وإن كان مرجوحا لم يقدم عليه وحينئذ ينبغي لمن يعمل به عند الدليل مطلقا أن يعمل به ههنا لرجحانه وهو يصير إلى أن المرسل حجة والتفريع على خلافه ولا ينفع التعلل بأنه حجة ضعيفة في أن يدفع بأدنى معارض وإن كان مرجوحا لان ذلك بحث جدلى لا طائل تحته (وأما) اعتضاده بمسند فإذا كان المسند صحيحا كان العمل به لا بالمرسل (وأما) اعتضاده بمرسل آخر فإذا لم يكن المرسل حجة لم يفد اقترانه بما ليس بحجة وكذلك قول الصحابي وفعله وقول الاكثريين والانتشار (وأما) القياس فان كان قياسا صحيحا فهو حجة في نفسه غير مفتقر إلى المرسل ولا يصير المرسل به حجة كما لو اقترن بالقياس الصحيح قياس فاسد وإن كان ذلك القياس لا يجوز التمثيل به لو انفرد فقد انضم ما ليس بحجة وغاية ما يتخيل أن الشافعي لم يلاحظ في ذلك الا قوة الطن فان المرسل يثير طنا ضعيفا وليس كالقياس الفاسد وما لا يثير طنا أصلا فإذا اقترن المرسل المثير للطن بامر مقوم للطن جاز أن ينتهى إلى حد يتمسك به ثم ذلك الحد ليس مما يضبط بعبارة شاملة بل هو موكول إلى نظر المجتهد وههنا تتفاوت رتب العلماء وتفارق المجتهدين من سواهم من الجامدين على أمور كلية يطردونها في كل ورد وصدر وانما جمد على ذلك أكثر المتأخرين لبعدهم عن التكيف بفهم نفس الشريعة والتمييز بين مراتب الطنون وما يقتضى نفس الشارع في اعتباره والغاية وهذه رتبة عزيزة سبق إليها المتقدمون ولو حاول محاول ضبط ما يحصل من اجتماع تلك الامور

بالموزانة بينه وبين الطن المستفاد من قياس صحيح واخذ من أول درجات القياس أو خبر لذلك قياسا واه اعتبر وما نقص عنه الغى لم يكن مبعدا لكنه ليس كمال المعنى المشار إليه بل هو غاية ما تحيط به العبارة لمن ينبغي ضبط ذلك بقواعد كلية ويؤتى الله تعالى وراء ذلك لبعض عبادته من الفهم ما يقصر عنه الوهم ومن جد وجد ومن ذاق اعتقد (ومن لم يجعل الله له نورا فماله من نور) واحتج الاصحاب من جهة القياس بأنه جنس فيه الربا بيع بأصله الذى فيه منه فلم يجز كما لو بيع الشيرج بالسمسمة وكان الشيرج المفرد أقل من الذى في السمسمة أو مثله فان الحنفية سلموا امتناعه في هذه الصورة وهذا الاحتجاج إنما يستمر في بيع اللحم بحيوان من جنسه إذا فرعنا على أن اللحوم جنس واحد أما إذا فرعنا على الصحيح إنها أجناس وباعه بغير جنسه فلا يستمر هذا الاحتجاج واحتجوا أيضا بان اللحم جنس فيه الربا وهو على غير حاله كمال الادخار فلم يجز بيعه بأصله الذى فيه منه أصله بيع الدقيق بالحنطة وليس الامتناع فيه لكون الدقيق الذى يحصل من الحنطة مجهول القدر بدليل أن الحنطة بالحنطة واحدهما أجود وأكثر دقيقا من الاخرى جائز وأن كان يؤدي في الثاني إلى عدم التساوى وهذا كله على ما قررناه أن المرسل يعتبر به فلا يكون حجة بمجردة وقد قال الرويانى ان الشافعي قال في كتاب الرهن الصغير من

الام وارسال ابن المسيب عندنا حجة وقد نظرت في كتاب الرهون الصغير من الام فلم أجد ذلك صريحا لكن فيه ما يدل عليه دلالة قوية ويمكن تأويله بتعسف على القول الاول فانه ذكر حديث سعيد بن المسيب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يعلف الزبير من صاحبه الذي له غنمه وعليه غرمه) ثم ذكر من اعترض عليه فقال كيف قبلتم عن

[207]

ابن المسيب منقطعا ولم تقبلوه عن غيره فأجاب فقال قلنا لا يحفظ أن ابن المسيب رواه منقطعا إلا وجدنا ما يدل على تشديده ولا أثره عن أحد فيما عرفنا عنه الا ثقة معروف فمن كان بمثل حاله قبلنا منقطعه ورأينا غيره يسمى المجهول ويسمى من يرغب عن الرواية عنه ويرسل عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن بعض من لم يلق من أصحابه المستنكر الذي لا يوجد له شيء يسدده ففرقنا بينهم لافتراق احاديثهم ولم نحاب احدا ولكننا قلنا في ذلك بالدلالة البينة على ما وصفنا من صحة روايته ثم ذكر الشافعي رواية من جهة يحيى بن أبي انيسة إلى سعيد عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم بمثل ذلك ثم قال الشافعي بعد ذلك فالسنة ثابتة عندنا والله أعلم. بما قلنا وليس مع السنة حجة ولا فيها الا اتباعا مع انها أصح الاقويل مبتدا ومخرجا فهذا ما رأيته في كتاب الرهن الصغير وهو قوى الدلالة على ان الحجة قائمة بذلك وتأويله ممكن على بعد وليس كما توهمه بعض الضعفاء من أنه تتبعها فوجدتها مسندة فيكون الاحتجاج بالمسند فان ذلك توهم ان الاسناد حاصل عنده في هذا المرسل بعينه وليس كذلك بل لما كان حال صاحبها أنه لا يروى الا مسندا عن ثقة حمل هذا المرسل على ما عرف من عاداته فيحتج به لذلك وأشار ابن الرفعة إلى ان الرهن الصغير من القديم وان كان من كتب الام وتعلق في ذلك بان الماوردي وغيره قالوا عند الكلام في آجال الراهن وعنته انه من القديم قال وكذلك نسب الماوردي هنا قبول رواية ابن المسيب إلى القديم. قال المزني إذا لم يثبت الحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فالقياس عندي أنه جائز وذلك انه إذا كان فصيلا بجزور قائمين جاز ولا يجوز مذبحين لانهما طعامان لا يحلان الامثلا بمثل وهذا اللحم وهذا حيوان

[208]

فهما مختلهان فلا بأس به في القياس ان كان فيه قول متقدم ممن يكون لقوله اختلاف الا أن يكون الحديث ثابتا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فنأخذ به وندع القياس. وقد قال المزني في هذا الكلام إلى الجواز بشرطين أحدهما أن لا يكون الحديث ثابتا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم والثاني أن يكون فيه قول متقدم يعني مخالف لابي بكر وقد احتج المجوزون أيضا بأنه لو كان فيها الربا لعسر كالدراهم مع الطعام جاز بلا خلاف فينبغي أن تكون مسألتنا وليس في الحيوان ربا أجوز ويقاس ذلك على بيع اللحم بالثوب وبالجلد وبانه لا اعتبار باللحم الذي في الحيوان بدليل جواز بيع الحيوان بالحيوان ولو اعتبر لما جاز ولكان يجوز بيعه بالدراهم أيضا لانه غير مذكى فيكون في معنى الميتة فلما أجمعوا على جواز بيعه دل على اعتباره. وقول المزني بمن يكون لقوله اختلاف قال ابن داود

يكون معناه ممن يعد خلافة خلافا حتى يثبت الاختلاف بقوله والجواب عن
الاول أن الحديث قد ثبت اعتمادا على تصحيح الحاكم والبيهقي وعن
القياس على الثوب أن الثوب والجلد كل منهما ليس بربوي ولا فيه ربوي
والحيوان فيه ربوي وهو الملح والجلد فيشبه قشر الفستق يجوز بيعه بلب
الفستق ولا يجوز بيع الفستق في قشره بلبه وعن قولهم أن اللحم في
الحيوان لا يعتبر أن ذلك إذا بيع بغير اللحم أما إذا بيع باللحم فإنه يعتبر
كالمسموم بالشيرج وذكر الاصحاب أسئلة يمكن أن نوردها من جهة الخصم
وأجوبتها (منها) حمل النهي على الكراهة وأجاب عنه بأن أبا حنيفة رضى
الله عنه لا يقول بالكراهة على أن النهي المطلق للتحريم (ومنها) لعل
المراد بالحيوان الذى ذبح ولم يسلخ جلده وحينئذ لا يجوز بيعه باللحم
وأجاب الشيخ أبو حامد بأنه لا ينطلق عليه اسم حيوان (ومنها) على أثر أبى
بكر رضى الله عنه حمل العناق

[209]

على المذبوحة وقد تقدم جوابه (ومنها) حمله على أن الجزور كانت
للمساكين فنحرت لتفرق عليهم فلا يجوز بيعها وأجاب عنه بأنه خلاف
الظاهر من قول ابن عباس فإنه يقتضى تعليق الحكم على ذلك الوصف
المذكور وعن قول أبى بكر هذا لا يصلح ولم يقل لا يجوز بيع هذا اللحم ولو
كانت من ابل الصدقة لم يخف أمرها على الناس وأنه لا يجوز بيعها وقد
اعترض القاضى حسين على الخصم بأن المرسل عنده حجة وهندنا هل
المرسل حجة فقد اتفقنا على قبول هذا الحديث والعمل به (تنبيه) قول
المصنف بلحم ظاهره ليس بمراد وإنما المراد بلحم مثله فالمماثلة أما أن
تكون مطلقا فيكون المراد بلحم حيوان من جنسه وأما أن يكون المراد
المماثلة في الوصف الذى ذكره وهو كون يؤكل فيكون المراد بلحم حيوان
مأكول وهذا هو الظاهر من مراد المصنف فإنه لم يذكره بعد ذلك الا ببيع
بغير المأكول وحينئذ يندرج في قول المصنف صورتان (احدهما) ببيع
بحيوان يؤكل من جنسه وهو ممتنع بلا خلاف عندنا كلحم الجزور بجزور
ولحم شاة بشاة وما أشبه ذلك (الصورة الثانية) ببيعه بجنس آخر من
الحيوانات المأكولة مثل لحم الجزور بالشاة (ان قلنا) اللحمان صنف واحد
لم يجز قولا واحدا (وان قلنا) أصناف فطريقان (احدهما) لا يجوز قولا
واحدا والى ذلك ذهب صاحب الافصاح فيما حكاه الرويانى وهى

[210]

الصواب لما سنذكره (والثانية) فيها قولان حكاهما القاضى أبو الطيب وابن
الصباغ والفوراني والرافعي (أصحهما) لا يجوز لعموم السنه (والثانى) يجوز
لعدم الريا فيه وقاسه الرافعى على بيع اللحم باللحم وذكر أن ذلك مذهب
مالك وأحمد وقال الرويانى في البحر وهو الصحيح وليس كما قال (تنبيه)
قال صاحب الذخائر أن هذا التفصيل لا يصح لانه لا خلاف أن الحيوان
أجناس وأنما الخلاف فيه إذا صار لحما لشمول اسم اللحم للجميع وإذا كان
لحم وحيوان يختلف أصل الجنس فلا يجوز أن يقال الجميع جنس واحد
فيكون على قولين من غير تفصيل. والشيخ أبو حامد جزم بالجواز قال
فيما علق عنه سليم وينبغى أن يكون غير جائز لان الاجماع الذى ذكرناه هو

في هذا يعنى أثر أبى بكر رضى الله عنه وسكوت الباقيين والله أعلم بالصواب * وهذا الذى قاله الشيخ أبو حامد متعين وهو الذى جزم به فى التهذيب وهو نص الشافعي صريحا فى الام قال ولا يباع اللحم بالحيوان على أي حال كان من صنغه أو من غير

[211]

صنغه ولا ينبغى التردد فى ذلك على أصل الشافعي فيه فان المرسل على أصل الشافعي لا يعمل به وحده وانما عمل به لاعتضاده بأثر أبى بكر رضى الله عنه وانما اعتضد به فى بيع اللحم فى المأكول من غير جنسه لكننا نعديه إلى منعه بالحيوان من جنسه بطريق الاولى فلا يحسن أن يخرج مورد الاثر الذى يقويه الاعتضاد. (فرع) بيع اللحم بالسمك الحى فيه وجهان فى الحاوي وغيره (أحدهما) لا يجوز لانه بيع اللحم بالحيوان (قلت) وهو قول ابن أبى هريرة (والثاني) يجوز لان حى السمك فى حكم ميتة (قلت) فإذا كان فى حكم ميتة فينبغى أن يكون فى حكم اللحم باللحم (ان قلنا) انه من جنسه لم يجز والاجاز والرويانى جعل الوجهين تفريرا على قوله السمك ليس من جنس اللحم (فان قلنا) من جنسه (1) (والثاني) أنه يجوز لعدم الربا وقال المارودي فى جواز بيع الحيوان بالسمك وجهين من اختلاف أصحابنا فى السمك هل هو صنف من اللحم أو لا. (فرع) بيع الحيوان بالسمك يجوز لانه لا يسمى لحما على الاطلاق قال الماوردي فيه وجهان من اختلاف أصحابنا فى السمك هل هو صنف من اللحم أولا قال الرويانى اختيار الماسرخسى (ان قلنا) السمك (2) وقال القاضى أبو الطيب ان قلنا من سائر اللحوم لم يجز (وان قلنا) جنس آخر فقولان (قلت)

(1) بياض بالاصل فحرر (2) كذا بالاصل فحرر

[212]

ومرادهما بذلك والله أعلم السمك الميت فلو باع حيوانا بسمك حى فينبغى أن يبني على الوجهين السابقين ان راعينا أن حى السمك فى حكم ميتة فيكون كما لو باع حيوانا بلحم سمك فيجرى فيه الخلاف الذى حكاه أبو الطيب والماوردي وان جعلنا السمك الحى كالحيوان صار ذلك كبيع حيوان بحيوان وهو جائز وصورها الرافعى والقاضى حسين فى لحم السمك بالنبشاة وهو ابين فانه قد يتوقف اللحم على السمكة الكاملة وان كانت ميتة والاقرب اطلاقا عليه كالحيوان المذبوح وقال ان الاصح البطلان قال القاضى حسين فى ذلك (ان قلنا) إن السمك يسمى لحما فان راعينا الخبر لم يجز وان راعينا المعنى يخرج على الوجهين يعنى فى اختلاف الجنس (وان قلنا) السمك لا يسمى لحما جاز سواء راعينا الخبر أو المعنى وهذا ترتيب حسن أعنى ما سلكه القاضى حسين وحينئذ فان القول بالجواز قول ابن أبى هريرة قال لانه لا يطلق عليه لحم أي لا يدخل السمك فى اسم اللحم على ما تقدم والمراد بذلك والله أعلم ما قال أبو الطيب وقال ابن الصباغ ان باع لحما بسمكة حية أو لحم السمك بحيوان حى (فان قلنا) انه

من جملة اللحوم كان كلحم غنم بقر والا فقولان لوقوع اسم اللحم والحيوان عليه.

[213]

(فرع) بيع اللحم بالعظم جائز قاله الماوردي وكذلك اللبن بالحيوان قاله الماوردي وأيضاً قال في اللباب وأورد الماوردي على نفسه بأن الماوردي على نفسه بأن اللبن يسمى لحماً روى أن نبيا شكى إلى الله تعالى الضعف فأوحى إليه أن كل اللحم باللحم يعني اللحم باللبن وقال الشاعر يطعمها اللحم إذا عز الشجر * والخيل في إطعامها اللحم ضرر يعني أنه يطعمها اللبن عند عزة المرعى وأجاب بأن تسمية العرب اللبن لحماً استعارة ومجاز لاحقيقة ألا ترى أنه يجوز بيع اللحم باللبن متفاضلاً ولا يحتث باللبن إذا حاف على اللحم. قال المصنف رحمه الله تعالى. (وفى بيع اللحم بحيوان لا يؤكل قولان) أحدهما لا يجوز للخبر (والثاني) يجوز لأنه ليس فيه مثله فجاز بيعه كاللحم بالثوب). (الشرح) القولان حكاهما الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والماوردي وابن الصباغ والرافعي والقفال والغوراني وصرح المحاملي أنه منصوص عليهما وذكر الشيخ أبو حامد فيما علق عنه البندنجي أن قول المنع منصوص عليه في الصرف قال المحاملي في المجموع القياس الجواز وقال القفال في شرح التلخيص أن قول الجواز قاله الربيع وأن قول المنع هو الصحيح وكذلك قال البغوي في التعذيب أن الأصح

[214]

المنصوص في أكثر الكتب لا يجوز الخبر الظاهر (قلت) قوله إنه المنصوص في أكثر الكتب يعني كتب الشافعي وقد رأيت ذلك منصوصاً في الام (1) من بيع الآجال قال الشافعي رحمه الله سواء كان يؤكل لحمه أو لا يؤكل وقال الرافعي أصحابهما عند القفال المنع لظاهر الخبر وقال في الشرح الصغير رجع منهما المنع إشارة إلى ترجيح القفال وهو الذي جزم به الصميري في شرح الكفاية والقول الثاني مذهب مالك وأحمد وقال ابن أبي عصرون في الانتصار والجرجاني في الشافعي أنه أصح القولين أعنى الصحة وجزم له في غيره من كتبه قال الشافعي رضى الله عنه في البويطى في باب حبل الحيلة ولا بأس من أن يباع ما لا يؤكل لحمه من الأحياء باللحم الموضوع ثم قال فيه أيضاً وقد قيل ولا يباع لحم بحيوان مما يؤكل ومما لا يؤكل دليل ترجيحه وبين القولين ما ذكره المصنف والظاهر أن مراده به الخبر الذي قدمته وفى الاستدلال به لذلك نظر لان المتقدم خبر سعيد المرسل على أثر أبي بكر وتقدم أن الشافعي لا يحتج بالمرسل وإنما احتج بذلك لاعتضاده بالآثر والذي عضده الآثر فيه إنما هو في بيع العناق بلحم الجوزر وهما مما يؤكل لحمهما فتبقى دلالة المرسل على غير المأكول مجردة عما يعضدها ولا بعد في أن يتمسك بدليل في بعض مدلوله تعاضد مثل ذلك في حديث عروة البارقي وشرائه الشاتين بدينار وبيعة إحداهما بدينار وعمل في الحكم الموافق للقياس دون المخالف له لما كان مرسلًا كما بين ذلك في

[215]

موضعه الا أنا نقول ان الاعتضاد وان امتنع بالاثر فهو حاصل بأمور أخرى (منها) قول أكثر أهل العلم وانتشاره في الناس من غير دافع والقياس الذي تقدم في كلام الاصحاب فلهذا يصح التمسك بالخبر على ما تمهد أولا وان ورد عليه ما ذكرته هناك فهو وارد عن الاعتضاد بالاكتر ولا يمكن التمسك في ذلك بحديث سمرة ولو ثبت اتصاله وصحته لانه إنما ورد في بيع الشاة باللحم مأكولة فليس في لفظه عموم يدخل تحته الحيوان غير المأكول وقد يقال ان أثر أبي بكر عضده في منع بيعه بالمأكول وإن كان من غير جنسه والمعنى الذي قد يتخيل في ذلك من جهة الربا مندفع باختلاف الجنس ولم يظهر معنى آخر يعلل به فكان التمسك بعموم الخبر أولى وقال الشيخ أبو حامد يكون المعنى في ذلك أنه حتى يميت وعلى هذا المعنى أيضا يتعدى إلى غير المأكول لكن لا يظهر لهذا الوصف معنى مخيل وقال الشيخ أبو حامد فيما علق عنه البندنجي أن الاقيس الجواز وبالمنع جزم ابن سراقه في العلتين وبما يتبع حمله وقال الماوردي إن القول الاول قال به من أصحابنا من زعم أن دليل المسألة اتباع السنة (والثاني) قال به من أصحابنا من زعم أن دليل المسألة (وأعلم) أن تقدير هذا الاصل الذي أشار الماوردي من المهمات فعليه تبنتى هذه المسألة وغيرها وبنى القاضى حسين على هذا الاصل الذي ذكره الماوردي الخلاف في بيع الشاة بلحم البقر إذا قلنا أنها أجناس مختلفة وقد حكى الماوردي فيه طريقين لاصحابنا ولا ينبغي أن يفهم من قولنا الاصل فيها اتباع القياس أن لادليل في المسألة غير القياس بل المراد أن الحكم المذكور هل هو معقول المعنى والخبر

[216]

فيه على قياس أو هو تعبد يستند فيه إلى اتباع السنة فقط من غير ملاحظة معنى ومن فروع ذلك أنا إن جعلناه تعبدا امتنع قياس غيره عليه والا اجاز ولايد هنا من ملاحظة أصل آخر وهو أن النص العام إذا استنبط منه معنى يخصه هل يجوز فان الخبر هام في المأكول وغيره والمعنى المستنبط وهو ملاحظة الربا يقضتى تخصيصه بالمأكول وقد أشتهر في ذلك خلاف في المذهب وله نظائر (منها) لمس ذوات المحارم داخل في عموم الآية والمعنى يقتضى إخراجها وسأذكر ذلك في آخر الكلام ان شاء الله تعالى. (فرع) لا يباع ما لا يؤكل لحمه بالشاة المذبوحة والطير المذبوح لانه في حكم الغائب نص عليه في البويطى ولا اختصاص له بذلك صرح الاصحاب بأنه لا يجوز بيع اللحم في الجلد مطلقا قبل السليخ ولا الجلد أيضا ولو باع اللحم مع الجلد قال القاضى حسين في باب بيع الثمار الصحيح أنه لا يجوز قال وبيع الاكارع يجوز لان المقاطع معلومة وبيع رأسها ان كان متديا بجلدة رقيقة جاز وان كان هناك لحم كثير لم يحز لان المقاطع غير معلومة. (فرع) بيع السمك الحى بالسمك الحى هل يجوز أم لا (ان قلنا) يحل

ابتلاع السمك حيا في حال صغره فلا يجوز (وأن قلنا لا يحل فيجوز كما يجوز بيع الغنم بالغنم قاله يعقوب بن عبد الرحمن ابن أبي عصرون في مجموعته. (فرع) على القول الاول لا يجوز بيع لحم ببغل ولا بحمار ولا بعبد لافرق في ذلك بين العبد والبهيمة قاله أبو حامد وأبو الطيب والصميرى وغيرهم.

[217]

(فرع) لو باع شحم الغنم بحوت حي لم يجرز قاله الصميرى وهو يوافق ما تقدم أن بيع اللحم بالحوت الحى لا يجوز وعند ابن أبي هريرة أن الشحم كاللحم على الاصح. (فرع) في بيع الشحم والالية والطحال والقلب والكبد والرئة بالحيوان وبيع السنام بالابل وجهان حكاهما الماوردى والرافعى (أحدهما) يجوز لان النهى في بيع اللحم بالحيوان (وأصحهما) عند الرافعى المنع لانه في معناه هكذا قال الرافعى وجزم صاحب التهذيب بالمنع في السنام والالية ولم يذكر غيرهما قال الماوردى وهما مخرجان من القولين في أن أصل المسألة اتباع السنة أو القياس ففى الاول يجوز وعلى الثانى لا يجوز لان الشحم وجميع هذه الاشياء في الحيوان وعلى هذا الاصل الذى قاله الماوردى ينبغي أن يكون الصحيح جواز بيع هذه الاشياء بالحيوان لان الصحيح في المسألة اتباع السنة فلذلك كان الاصح منع بيع اللحم غير المأكول فالجمع بين تصحيح المنع في غير المأكول والمنع في هذه الاشياء متضاد (قلت) تصحيح امتناع بيع اللحم بغير المأكول لا يدل على كون الصحيح من المدركين التعبد بل نقول ان الحكم معقول المعنى ولكن فرق بين الحاق غير المنصوص عليه بالمنصوص وبين إخراج بعض المنصوص عليه فان الاول قياس محض يعتبر فيه وجود شرائط القياس لاغير (وأما الثانى) فهو تخصيص العموم بالقياس وقد تجد معنى مخيلا يمكن إحالة الحكم عليه والقياس به لا ينهض في القوة إلى حيث يخص العموم فان دلالة العموم على أفراده

[218]

ظاهرة قوية بما هو أقوى منها بخلاف اثبات الحكم في محل مسكوت عنه لا معارض للمعنى فيه فيتبع اللحم بغير المأكول تعارض فيه ظاهر العموم والمعنى المستنبط فتمسكنا بظاهر. وبيع الشحم ونحوه بالحيوان وجد فيه المعنى بدون معارض فلذلك اعلم المعنى فيه وليس تنصيص السارح على اللحم نافيا لغيره لان تعليق الحكم بالاسم لا يدل على نفيه عما عداه وقال وعلى هذا الخلاف بيع الجلد بالحيوان ان لم يكن مذبوحا وان كان مذبوحا فلان منع وجزم الماوردى بجواز بيع اللحم بالجلد وأطلق وحكاه الرويانى عنه لانه لاربا في الجلد ثم قال الرويانى وقيل في غير المذبوح وجهان وقال غير الحاوى إنه يجوز بيعه بالعظم أيضا وجها واحدا وقال القاضى حسين ان باع جلد المذبوح من الشاة أو الوبر منه بالشاة ان راعينا الخبر يجوز وان راعينا المعنى فوجهان (أحدهما) لا يجوز لانه مال ربا (والثانى) يجوز لانه ليس بمأكول بدليل انه يباح أكله (قلت) هذا كلام عجيب (وقوله) بدليل انه يباح أكله أعجب (وقوله) في الوبر أعجب فان الجلد ان أمكن تمشية كونه ربويا ففرضه في جلد يؤكل والوبر كيف يمكن تمشية ذلك فيه وقد تقدم

اعتراض النووي على الرافعي اعتذاري عنه وذلك العذر لا يأتي ههنا والله أعلم. قال القاضي فاما إذا باع جلد المذكاة بالشاة ان راعينا الخبر يجوز وأن راعينا المعنى فوجهان أولى بأن

[219]

لا يجوز بعد ذلك رأيت هذا الذي قلته في تعليق القاضي حسين قال إن راعينا الخبر لم يجر وان راعينا المعنى (فان قلنا) السمك يسمى لحما وانه مع لحوم البرية صنف لم يجر والا جاز. (فرع) قال الروباني انه لو اشترى الحيوان بالرأس والكراع لم يجر بحال قاله الروباني وهو مشكل لانه إذا كانت الرأس والكراع من غير جنس اللحم كان بيعها بالحيوان كبيع الشحم بالحيوان وسائر الاجزاء المتقدمة وقد حكى هو وغيره فيها وجهين فما وجه الجزم في الرأس والكراع إلا أن نقول ان فيها لحما فانه يؤيد ما قدمته من البحث هنا فليراجع. ولو باع الالية بالمعز قال القاضي حسين ان راعينا الخبر الصحيح أنه يجوز وان راعينا المعنى فهو مثله وفيه وجه آخر لا يجوز (إذا قلنا) الالية مع اللحم جنس واحد وان باع الالية بالضأن ان راعينا الخبر فالصحيح أنه يجوز وان راعينا المعنى لا يجوز قاله القاضي حسين وان باع الالية بالالية واللحم فيصير من قاعدة مد عجوة قاله القاضي حسين (قاعدة) وهي التي وعدت بذكرها في آخر الكلام قال الامام الذي يجب التنبيه له في مضمون هذا الباب وأمثاله أن من الاصول ما يستند إلى الخبر أو إلى ظاهر القرآن ولكن ليس القياس يتطرق إليه من طريقة الشريعة فلا يمنع التصرف في ظاهر القرآن والسنة بالاقيسة الجلية إذا كان التنزيل متسعا لاينبو

[220]

نظر المنصف عنه والشرط في ذلك أن يكون صدر القياس من غير الاصل الذي فيه وأورد الظاهر فان لم يتجه قياس من غير مورد الظاهر لم يجر إزالة الظاهر بمعنى يستنبط منه يضمن تخصيصه وقصره على بعض المسميات فاما ما لا يتطرق إليه معنى مستمر صائر إلى السير فالاصل فيه التعلق بالظاهر وينزل منزلة الوصف ولكن قد يلوح مع هذا مقصود الشارع بجهة من الجهات فيتعين النظر إليه وهذا له أمثلة (منها) آية الملامسة ترد ونص الشافعي في لمس المحارم من جهة التعليل لاجريان له في الاحداث الناقضة وما لا يجرى القياس فيه إثباته فلا يكاد يجرى في نفيه الشافعي رضى الله عنه إلى اتباع اسم النساء وأصح قولية أن الطهارة لاتنتقض لان ذكر الملامسة المضافة إلى النساء مع سياق الاحداث يشعر بلمس اللواتى يقصدن باللمس فان لم يتجه معنى صحيح دلت القرينة على التخصيص ومن هذا القبيل قوله صلى الله عليه وسلم (ليس للقاتل من الميراث شئ) فالحرمان لاسبيل فيه للتعليل كما ذكرنا في الخلاف وإذا نسند مسلك التعليل اقتضى الحال المتعلق باللفظ فردد الشافعي نصه في القتل قصاصا فوجه الحرمان التعلق بالظاهر مع حسم التعليل ووجه التوريت التطلع على مقصود الشارع وليس يخفى أن مقصوده مضادة غرض المستعجل والذي نحن فيه من بيع اللحم بالحيوان خارج عن هذا القانون فمن عمم

تعلق بقول الشارع ومن فصل تشوف إلى درك مقصوده وهو أن في الحيوان لحما ومن تمسك بظاهر اللفظ نقل ترتب كلامه فيقرب بعض المراتب ويبعد بعضها فالقتل قصاصا أقرب قليلا والقتل حدا سيما إذا ثبت باقرار من عليه الحد بعيد ومن هذا القيل منع بيع اللحم بالعبد ولو ادعى العلم في أن هذا ليس مراد الشارع لم يكن بعيدا هذا آخر كلام الامام (فائدة) قوله في بعض ألقاظ الحديث لا يباع حي بميت الميت في اللغة من فارقت الحياة فيشمل المذبوح وفي الشرع من مات حتف أنفه ولكنه لما قوبل بالحي تعين أن المراد به المعنى الاول وأيضا فان الميت لا يباع بحي ولا غيره والله تعالى أعلم. قال المصنف رحمه الله تعالى. (ويجوز بيع اللحم بجنسه إذا تنهى جفاه ونزع منه العظم لانه يدخر على هذه الصفة فجاز بيع بعضه ببعض كالتمر وهل يجوز بيع بعضه ببعض قبل نزع العظم فيه وجهان قال أبو سعيد الاصطخري يجوز كما يجوز بيع التمر بالتمر وفيه النوى ومن أصحابنا من قال لا يجوز كما لا يجوز بيع العسل الذي فيه شمع بعضه ببعض ويخالف النوى في التمر فان فيه مصلحة له وليس في ترك العظم في اللحم مصلحة له)

(الشرح) تقدم الكلام في أنه يجوز بيع اللحم الطرى بالطرى وشرع المصنف الآن يذكر حكمه إذا جف وجواز بيعه جافا واشترط التناهي في الجفاف متفق عليه بين الشافعي والاصحاب وفسر الشافعي رحمه الله في الام انتهاء جفاه بأن يملح ويسيل ماؤه قال فذلك انتهاء جفوفه فإذا انتهى بيع رطل برطل وزنا بوزن يدا بيد من صنف وقد تقدم شئ من كلام الشافعي هذا وجواز بيع بعضه ببعض إذا نزع منه العظم لا خلاف فيه بين الاصحاب وممن نفى الخلاف فيه أبو الطيب والرويانى وفرقوا بينه وبين التمر إذا نزع منه النوى حيث لا يجوز على أحد الوجهين بأن التمر إذا نزع منه النوى يتجافى في المكيال فلا يمكن اعتبار التماثل فيه بخلاف اللحم فان اعتبار التماثل فيه إذا نزع منه العظم يكون أمكن وبأن بقاء النوى في التمر مصلحة وبقاء العظم في اللحم مفسد لانه يتغير بما في العظم من الملح فلا يصل إليه الملح ثم ان كثيرا من الاصحاب أطلقوا الجواز في ذلك واستثنى القاضى حسين والرافعي من ذلك أن يكون في اللحمين أو أحدهما من الملح ما يظهر في الوقت فانه يمنع من بيع بعضه ببعض قال القاضى حسين ان كانا مملحين بالملح بأن ينثر عليهما الملح أو شئ من الكزبرة أو غيره فانه لا يجوز وان صب عليه ماء الملح فحينئذ يجوز. أما بيع بعضه ببعض غير منزوع العظم فالوجهان حكاهما الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والمحاملى والماوردي وابن الصباغ

والقاضي حسين والغوراني ونصر المقدسي وآخرون كما حكاهما المصنف وعزا القاضي أبو الطيب المنع إلى أبي إسحق المروزي مع نقله الجواز عن الاصطخري وزعم الروياني أن القاضي الطبري نسب الجواز إلى أكثر الاصحاب ولم أجد ذلك في تعليقه فليحمل ذلك على الوهم لأن أكثر الاصحاب على خلافه والله أعلم. والتوجيه المذكور في الكتاب قال القاضي حسين بل بقاء العظم يزيد فسادا (والاصح) أنه لا يجوز وممن صرح بتصحيحه المارودي في الحاوي ونصر المقدسي والرويانى وقالوا إنه المذهب والرافعي وقال إنه الاظهر عند الاكثريين وقال الامام ان إليه مثل الاكثريين وخالف صاحب التهذيب فقال ان الاصح أنه يجوز على خلاف ما قال أبو إسحق ولا يرد على صاحب التهذيب جزم بأنه لا يجوز بيع التمر المنزوع بغير المنزوع ولا بمثله لان له أن يقول ان المنع هناك لخروجه بالنزع عن حالة الكمال واللحم المقدد كامل سواء نزع منه العظم أم لم ينزع وممن وافق صاحب التهذيب على تصحيح الجواز في ذلك الجرجاني في الشافى وقاسه على بيع التمر مع النوى وقد فرق بأن بقاء النوى من مصلحة التمر وليس بقاء العظم من مصلحة اللحم كذلك وهذا إنما جره القول بالجواز (وأما) بيع الجاف بالطرى فقد تقدم أنه لا يجوز.

[224]

(فرع) إذا قلنا بالجواز إذا لم يكن منزوع العظم قال الرافعي فيجوز بيع الفخذ بالجنب ولا نظر إلى تفاوت أقدار العظام كتفاوت النوى وقال الامام يجب ان يمتنع بيع العضو الذى يجئ منه مقدار صالح من اللحم بعضو لم يقطع من لحمه شئ فان العظم الباقي في العضو لا يحتمل فان قل المقدار المقطوع بحيث لا يبالي به فلا بأس وجزم صاحب التهذيب بأنه لو استخرج العظم من احدهما ثم بيع بما فيه العظم لا يجوز. (فرع) ما ذكره من بيع اللحم باللحم شرطه أن لا يكون عليه جلد أما لو كان عليه جلد قال المارودي ان كان غليظا لا يؤكل معه منع من بيعه باللحم أي لانه يصير من بيع لحم بلحم مع جهل المماثلة وان كان رقيقا يؤكل كجلود الحدأ والدجاج فوجهان كالعظم ولحوم الحيتان لا يجوز بيع الصنف الواحد منها بعضه بعض طريا ولا نديا ولا مملوحا لان الملح يمنع المماثلة ولكن يباع بعضه ببعض إذا بلغ غاية يبسه غير مملوح فاما إذا اختلف جنسها فيجوز طريا وبابسا ومملوحا. (فرع) قال الروياني وكذلك لا يجوز بيع الحوت بعضه طريا ولا نديا ولا مملوحا ولكن يجوز إذا بلغ غاية يبسه غير مملوح. (فرع) لو ضم عظما من عضو آخر إلى لحم وباعه بلحم آخر فيه عظم اولا عظم فيه لا يجوز بلا خلاف قاله الروياني في البحر كما لو ضم النوى إلى تمر وباع بتمر لا يجوز.

[225]

قال المصنف رحمه الله تعالى. (ولا يجوز بيع بيض الدجاج بدجاجة في جوفها بيض لانه جنس فيه ربا يبيع بما فيه مثله فلم يحز كبيع اللحم بالحيوان). (الشرح) الحكم المذكور جزم فيه القاضي وأبو الطيب وابن الصباغ والرويانى ونقلوه عن الاصحاب وقالوا انه لا يجوز قولوا واحدا ومن المعلوم أن ذلك مفرع على القول الجديد وأن الربا يجري في البيض. قال

المارودي ان المسألة على قولين مخرجين من اختلاف قوله في الحمل هل يكون تبعاً أو يأخذ قسطاً من الثمن لان البيض كالحمل (فان قيل) ان الحمل تبع جاز بيع الدجاجة التي فيها بيض بالبيض (وان قلنا) ان الحمل يأخذ قسطاً من الثمن لم يجز لان بيع البيض بالتبع لا يجوز على قوله الجديد وقال الروياني علل والذى رحمه الله القول الاول بأنه كالمستهلك مادام في جوفها وحكى صاحب التتمة أيضاً وجهين لان النهى ورد عن اللحم بالحيوان وليس هذا داخلاً فيه قال ويخالف اللبن لان اللبن

[226]

يمكن حلبه في الحال والبيض لا يمكن فلا يقابله بالعوض كالحمل في البطن على أحد القولين فوافق الماوردي فيما ذكره الا في تعبيره عن الخلاف بالوجهين وسوى الرافعى بين بيع البيض بالدجاج وبيع اللبن بالشاة وبيع البيض بالدجاج الخالى عن البيض جائز وبياض البيض وصفاره جنس واحد لا يجوز بيع بعضه ببعض قاله الروياني. وقول المصنف بيض الدجاج تنبيه على أن البيض جائز وهو الذى قاله الصميرى وجعله كالالبان لانه يفارق بئضه حيا وقد قال الرافعى بيض الطيور أجناس ان جعلنا اللحوم أجناساً وان جعلناها واحداً فهي أجناس أيضاً الخلاف كذلك وجزم بأن بيض الطير ليس صنفاً من لحمه وحكى الوجهين في أن بيض السمك هل هو نوع من لحم السمك لانه لا يؤكل معه حيا وميتاً وقد تقدم ذلك عند الكلام في أن اللحوم جنس أو أجناس. وتقييد المصنف بقوله في جوفها بيض يفهم أنه إذا لم يكن في جوفها بيض يجوز بيعها ببيض الدجاج وهو

[227]

كقولك ببيع الشاه التى لابن فيها وكذلك أطلق الرافعى رحمه الله أن بيع البيض بالدجاجة كبيع اللبن بالشاة فيفهم من جميع تلك التفاصيل من غير حاجة إلى إعادة مثلها وكذلك جزم صاحب التهذيب وصاحب التتمة بجواز بيع البيضة بالدجاج الذى ليس في جوفه بيض قال صاحب التهذيب لان البيضة لم تكن حية فارقها وقصد بذلك الفرق بينها وبين اللحم حيث يمتنع بيعه بالحيوان. (فروع) نختتم بها باب الربا الهيلج والبليج والاملج والقمونها وسائر الادوية ربوية بلا خلاف على المذهب لانها مطعوم مكيل أو موزون وطعمها لرد الصحة كما أن طعم غيرها لحفظ الصحة وفى التتمة حكاية وجه في السقمونيا وكل ما يهلك كثيره ويستعمل قليله والطين الارمنى ربوي على الصحيح خلافا لابن كج والخراساني ليس ربويا خلافاً للشيخ أبى محمد نقله عنه الرافعى وحكم السيرافى حكم الخراساني قاله المحاملى والطفل المصرى ليس بربوى قاله نصر وغيره.

[228]

(فرع) قال القاضي أبو الطيب في الجواب عن اعتراض المالكية وقولهم إن كل شيء له طعم قال أنا لا نعتبر حاله وإنما نعتبر ما يطعم غالباً. والاعتبار في الطعم بما يعد له في حال الاعتدال والرفاهية دون سني الأزم والمجاعة قاله في مختصر النهاية. (فرع) الربا يجري في دار الحرب جريانه في دار الإسلام وبه قال مالك وأحمد وأبو يوسف ومحمد بن الحسن وعن أبي حنيفة أن الربا في دار الحرب إنما يجري بين المسلمين المهاجرين فاما بين الحربيين وبين مسلمين لم يهاجروا أو أحدهما فلا ربا وقال أن الذميين إذا تعاقدوا عقد الربا في دار الإسلام فسخ عليهما فالاعتبار عنده بالدار وعندنا الاعتبار بالعاقدة فإذا أربى الذي في بلاد الإسلام مع الذمي لم يفسخ كذا قال القفال في شرح التلخيص قال وهكذا سائر البياعات الفاسدة والله أعلم. واحتج أبو حنيفة رضي الله عنه بحديث مكحول أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (لاربا بين مسلم وحربي في دار الحرب) وبأن أموال أهل الحرب مباحة للمسلم بغير عقد فالعقد أولى ودليلنا عموم الأدلة المحرمة للربا فلان كل ما كان حراماً في دار الإسلام كان حراماً في دار الشرك كسائر الفواحش والمعاصي ولأنه

[229]

عقد فاسد فلا تستباح به العقود عليه كالتكاح (قلت) وهذا الاستدلال ان كان أبو حنيفة يوافق على فساده وأما حديث (1) فمرسل ان صح الاسناد إلى مكحول ثم هو محتمل لان يكون نهياً فيكون المقصود به تحريم الربا بين المسلم والحربي كما بين المسلميين واعتضد هذا الاحتمال بالعمومات وأما استباحة أموالهم إذا دخل إليهم بأمان فممنوعة فكذا بعقد فاسد ولو فرض ارتفاع الأمان لم يصح الاستدلال لان الحربي إذا دخل دار السلام يستباح ماله بغير عقد ولا يستباح بعقد فاسد ثم ليس كل ما استباح بغير عقد استباح بعقد فاسد كالفروج تستباح بالسبي ولا تستباح بالعقد الفاسد. ومما استدلوا به على أنه لاربا في دار الحرب ان العباس بن عبد المطلب كان مسلماً قبل فتح مكة فان الحجاج بن غلاط لما قدم مكة عند فتح خيبر واجتمع به في القصة الطويلة المشهورة دل كلام العباس على أنه مسلم حينئذ ثم ان النبي صلى الله عليه وسلم قال يوم الفتح (وأول ربا أضعه ربا العباس بن عبد المطلب) فدخل في ذلك الربا الذي من بعد اسلامه إلى فتح مكة فلو كان الربا الذي بين المسلم والحربي موضوعاً

(1) كذا بالاصل فحرر

[230]

لكان ربا العباس موضعاً يوم أسلم (والجواب) أن العباس كان له ربا في الجاهلية من قبل اسلامه فيكفي حمل اللفظ عليه وليس ثم دليل على أنه بعد اسلامه استمر على الربا ولو أسلم استمراره عليه لانه قد لا يكون عالماً بتحريمه فاراد النبي صلى الله عليه وسلم انشاء هذه القاعدة وتقريرها من يومئذ. (فرع) جريان الربا فيما ليس بمقدر من المطعومات

على القول الجديد اختلف أصحابنا هل ثبت الربا بعلقة الاصل أو بعلقة
الاشتباه فمن متقدمي أصحابنا من قال انما جعل الشافعي فيه الربا بعلقة
الاشتباه لانه قال وانما حرمنا غير ما سمى رسول الله صلى الله عليه
وسلم من المأكول المكيل والموزون لانه في معنى ما سمى فجعل في
المكيل والموزون الربا بعد الاصل ثم قال بعد هذا وما خرج من المكيل
والموزون من المأكول والمشروب فقياسه على ما يؤكل ويكال أولى من
قياسه على ما لا يكال ولا يؤكل فجعله ملتحقا بالاصل من حيث الشبه وقال
آخرون بل بعلقة الاصل وانما قال الشافعي ما احتج به الاولون ترجيحاً للعلقة
(قلت) وهذا الذي قاله الآخرون هو الحق وهو مراد الشافعي

[231]

ان شاء الله ومقصوده بذلك بيان أن المأكول الموزون لا يقاس على الذهب
والفضة بعلقة الوزن بل يقاس على المأكول المكيل فيكون الوزن ليس بعلقة
وذلك ظاهر لمن تأمله من نصح المذكور في باب الآجال في الصرف وقد
صرح في باب بيع الطعام بالطعام بأن في معنى ما جاءت به السنة كل
مكيل ومشروب بيع عددا والله أعلم. وهذان القولان حكاهما الماوردي
وقال الروياني قال الماسرخسي قال بعض أصحابنا ما رجح الشافعي
رضى الله عنه عن علقته في القديم وانما ألحق المطعومات من المعدودات
بها من طريق عليه الشبه المسألة على قول واحد فأفاد كلام الروياني أن
الاولين يقولون بعدم رجوع الشافعي عن علقته في القديم بل ألحق بها
شئ آخر والله أعلم وقد يعترضون في ذلك بما يقول الشافعي في
المختصر عقيب مذهب ابن المسيب وهذا صحيح والظاهر أن ذلك من
الجديد لان المزني لم يذكر في هذا الباب ان فيه شيئاً من القديم وقول
ابن المسيب يشترط الكيل والوزن وقال ابن داود في الشرح المختصر
مجيباً عن ذلك ان الشافعي رضى

[232]

الله عنه ما دام يجد زيادة تقريب واجتماع في المعاني بين الاصل والفرع
قال بذلك وحيث عدم الكيل والوزن قال بعلقة الطعم العام ان وجده في
مثل الادوية وغيرها قال بالطعم في الجملة على هذا التدرج (قلت) وهذا
كلام فاسد ولا يلزم عليه التعليل بعلة مختلفة لمن تأمله والله أعلم
ونظيره ما قاله القاضي حسين ان المطعومات المكيلة مقبسة على
الاربعة ثم نقيس المطعومات الموزونة على المطعومات المكيلة
والموزونات ثم نقيس المطعومات النادرة على المطعومات العامة التي
ليست بموزونة ولا مكيلة وانما رتبنا هذا الترتيب لان الشئ انما يقاس
بالشئ إذا كان بينهما مشابهة كثيرة أو مشابهة باخص أوصافه إذا القياس
تشبيه وتمثيل فنقيس المكيلات غير المنصوص عليها لانها تشبهها في
جميع الوجوه ثم نقيس عليها الموازونات لانها تشبهها في أن كلا منها مقدر
شرعاً وعلى هذا القياس (فان قلت) وهذا الكلام الذي نقلتموه عن القاضي
حسين وغيره يقتضى جواز القياس على الاصل الثابت بالقياس منه
المعنى الذي يثبت به ويقاس غيره عليه وهل يجوز أن يستنبط فهل يجوز
ذلك وليس ذلك مما نحن فيه (قلت) قال المصنف في اللمع انه لا خلاف انه

يجوز أن يستنبط منه معنى غير المعنى الذي قيس به على غيره ويقاس عليه غيره مثل قياس الارز على البر بعله الطعم

[233]

ثم يستنبط من الارز أنه لا ينقطع الماء عنه فيقاس عليه النيلوفر فيه وجهان (من أصحابنا) من قال يجوز (ومنهم) من قال لا يجوز وهو قول أبي الحسن الكرخي وقد بصرت في التبصرة جواز ذلك والذي يصح عندي أنه لا يجوز هذا الذي قاله المصنف وهو الصواب وأطلق الامام أبو على عبد الله بن الخطيب المنع من غير تفصيل قال لان العلة التي يلحق بها الاصل القريب بالاصل البعيد ان كانت هي التي يلحق بها الفرع بالاصل القريب أمكن رد الفرع إلى الاصل البعيد فيصير القريب لغوا وان كانت غيرها لزم تعليل الاصل القريب بعلمتين (احدهما) عديمة الاثر وهي التي ليست موجودة في الاصل البعيد ويمتنع التعليل سواء جوزنا التعليل بعلمتين مستنبطتين أولا وهذا الذي قاله صحيح في القسم الثاني ويصلح أن يكون مقويا لما اختاره المصنف من الوجهين فأما القسم الاول فهو مثال ما نحن فيه وقد نقل المصنف أنه لا خلاف فيه وقول أبي عبد الله بن الخطيب ان ذكر القريب يكون لغوا ممنوع بل ذلك لقوة التقارب بينهما الذي هو المقصود في القياس فان ما بين المطعوم النادر الذي لا يكال ولا يوزن وبين المطعوم غالبا لمكيل أو الموزون أبعد مما بينه وبين المطعوم العام الذي لا يكال ولا يوزن فكان الحاقه به أولى نعم ما قاله ابن الخطيب يقرر في حق المناظر الذي يقصد دفع خصمه بأقرب الطرق وما قلناه أقرب الطرق إلى طريقة المناظر الذي يقصد تحقيق الاشياء وتقريب المأخذ مما أمكن والله تعالى أعلم. ثم ليس في كلام الشافعي

[234]

وابن داود الشارح له ما يقتضى ورود هذا السؤال عليه بل مقتضاه أنه الحق القريب من المنصوص عليه به ثم الحق البعيد بهما لا بالثابت بالقياس وحده فان هذه العلة ليست منصوصة ولكنها مستنبطة والمستنبط لا يدعي العبور على العلة قطعاً فالحاق المطعوم المكيل بالمنصوص عليه لاشك أنه أقوى وأشد شبيهاً فيكون الظن الحاصل بثبوت الحكم فيه أتم والمطعوم غير المكيل قار فيه وصف يمكن أن يكون معتبراً وان كان قد ترجح خلافه فكذلك بعد نعم لو كانت العلة منصوصة لم يكن لهذا الترتيب معنى بل حيث وجدت العلة المنصوصة الحق بالمحل المنصوص فيه والله عزوجل أعلم. (فائدة) قال الرويانى قيل حد ما جرى فيه الربا كل ما يباح تناوله على الاطلاق على هيئة ما يقصد تناوله تغذياً أو ائتماماً أو تفكهاً أو تداوياً وإنما اعتبرنا هذه الجهات الاربع لانها تقصد لنفع البدن. (فرع) ما يأكله بنو آدم والبهائم جميعاً قال الماوردى الواجب أن يعتبر أغلب حاله فان كان الأغلب أكل الأدميين ففيه الربا كالشعير وان كان الأغلب أكل البهائم فلا قال الرويانى كالرطية وان أستوت حالته فقد اختلف فيه أصحابنا على وجهين (الصحيح) أن فيه الربا ولاربما فيما تأكله البهائم كالقرط والنوى والحشيش.

(فرع) لاربا في الريحان والنيلوفر والنرجس والورد والبنفسج الا أن يذيب شئ منها بالسكر أو العسل ولا في العود والصندل والكافور والمسك والعنبر ولا العصفور والحناء ولا في القرطم عند الصيمري ولا في أس واذخر والخضروات التي تؤكل في الربيع ويثبت الربا في الاترج والليمون والنانج واللبان والعلك والمصطكى وفيه وجه في المجر قال وهو الاقيس واللوز والمر والحبة الخضراء والبلوط والقناء وحب الحنظل والهيلج والبيلاج والشراملج قاله الصيمري والدخن الجاروس والخردل والشونيز والشهراج والبطم والزنجيل المرى والسقمونيا وجه حكاة الروياني إنها ليست بريوية والطربون والجزر والثوم والبصل والداه والهنسل وفي السقمونيا ونحوه وفي ماء الورد والزعفران والقرطم وحب الكتان والصمغ وبزر الجزر والبصل والفجل والسلجم والماء والادهان المطيبة والبرد ودهن السمك وصغار السمك قاله ابن يونس والطين الذي يؤكل تفكها وهو الارمني وفي كلام الامام بعض ميل إلى أن دهن السمك مطعوم فيه وأستشكل قول العراقيين أنه ليس بريوي مع قولهم ان دهن البنفسج ربوي فلم ينظروا إلى العادة في أنصرافه عن الطعم قال وهذا عامض عليهم قال والوجه عندنا تخريج من هذا الفرع على الخلاف فانه متردد بين الاصل المأكول وبين الانصراف عن الاصل لغرض العادة قال الامام ان منعنا بلع السمكة حية فليس السمك مال ربا وان جوزنا بلعها فقد

تردد شيخي فيها قال الامام والوجه القاطع بأنه لا ربا فيها لانها لاتعد لهذا وفرق صاحب التهذيب بين الصغار والكبار فان الصغار هي التي تتلع فلذلك قصر ابن عبد السلام في الغاية الخلاف عليها وحزم في الكبار بأنها ليست بريوية وهو مفهوم كلام الامام وحزم صاحب التتمة في السمك الصغير إذا جوزنا ابتلاعه وفي الجراد الحى جريان الربا فيهما قال الروياني وكذلك جرادة بجرادة يعني فيه وجهان قال ورأيت في الحاوي ما يدل على الوجهين في السمك الكبار أيضا لان حي السمك في حكم ميتة وفي الزعفران وجهان (أصحهما) كما رأيت في الحاوي في القرطم وحب الكتان أنه ربوي وكذلك في البذور الاربعة وفي ماء الزنجيل وجهان في البحر ونقل في البحر عن الحاوي أن الاصح لاربا في القرطم وحب الكتان وفي الزنجيل قال في البحر وعند الاصح في حب الكتان جريان الربا لانه يؤكل عادة وليست (1) وقال في البحر الاظهر أن الصمغ ربوي قال الصيمري لاربا في دهن القرطم والقرع والبان والمحلب ولاس لان أصولها لاربا فيها (قلت) أما القرطم فقد تقدم عن المارودي أن الاصح كونه ربويا (وأما) القرع فانه مأكول فالذي ينبغي القاطع بأنه ربوي على الجديد وقد تقدم عده في الربويات عند الكلام على بيع ما لا يدخر يابسه وقد حزم الصيمري في موضع آخر بأنه ليس بريوي صريحا وهو مشكل وفي الطين الذي يؤكل تفكها تردد للشيخ أبي محمد وقال صاحب التقريب دهن البنفسج ربوي وفي دهن الورد وجهان

قال الامام ولست أفهم الفرق بينهما قال ابن الرفعة لعله لان دهن البنفسج يترك صنه بخلاف دهن الورد لا يترك للصنة وقد يقال ان مراده بدهن البنفسج المعلوف الذي يطبق بالسَّمْسَمِ وَيَعَصْرُ وَيُدْهِنُ الْوَرْدَ الَّذِي يَلْقَى فِيهِ الْوَرْدَ وَيَمْتَزَجُ بِهِ وَالْحَقُّ التَّسْوِیَةُ وَقَالَ ابْنُ أَبِي الدَّمِّ فِي شَرْحِ الْوَسِیْطِ بَعْدَ أَنْ نَقَلَ قَوْلَ الْإِمَامِ وَلَسْتُ أَفْهَمُ الْفَرْقَ بَيْنَهُمَا قَالَ لَا يَتَجَهُّ بَيْنَهُمَا فَرْقٌ إِلَّا بِالنَّظَرِ إِلَى الْعَادَةِ فَلَعَلَّ الْعَادَةَ فِي بَعْضِ الْأَقْطَارِ وَعَرَفَ النَّاسُ فِيهِ أَنَّ دَهْنَ الْبَنْفَسِجِ يُؤْكَلُ أَوْ يَسْتَصْلِحُونَهُ لِلْأَكْلِ ثُمَّ يَتْرَكُونَ أَكْلَهُ صَنَةً بِهِ فَلِهَذَا كَانَ رُبُوبًا عِنْدَ صَاحِبِ التَّقْرِيبِ وَالْعَادَةِ فِي دَهْنِ الْوَرْدِ مُضْطَرِبَةً أَوْ لَيْسَ مَأْكُولًا عِنْدَ غَالِبِ النَّاسِ فَلِهَذَا تَرَدَّدَ فِيهِ قَالَ ابْنُ أَبِي الدَّمِّ وَهَذَا الْخِلَافُ قَرِيبٌ مِنَ الْخِلَافِ الْمَذْكُورِ فِيمَا يَحْرَمُ عَلَى الْمَحْرَمِ اسْتِعْمَالَ الطَّيِّبِ فَإِنَّا ذَكَرْنَا خِلَافًا فِي دَهْنِ الْبَنْفَسِجِ وَدَهْنِ الْوَرْدِ وَمِنْهُمْ مَنْ رَتَبَ الْخِلَافَ وَفَرَّقَ بَعَادَةَ النَّاسِ. قَالَ الْإِمَامُ وَذَكَرَ الْإِمَامُ وَجْهَيْنِ فِي اللَّبَانِ وَدَهْنِهِ وَقَطَعَ الْعِرَاقِيُّونَ بَانَ دَهْنِ اللَّبَانِ لَيْسَ بِرُبُوبٍ وَالظَّاهِرُ مَا قَالُوهُ. (فِرْع) الْوَزْنُ عِنْدَنَا لَيْسَ بَعْلَةً لِلرَّبَا فَيَجُوزُ عِنْدَنَا بَيْعُ رَطْلِ حَدِيدٍ بِرَطْلَيْنِ وَثُوبٍ بِثُوبَيْنِ وَرَطْلِ نَحَاسٍ بِرَطْلَيْنِ وَحَيَوَانَ بَحَيَوَانَيْنِ نَقْدًا وَنَسْنًا وَلَا يَشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ بَيْنَ الْمُسْلِمِ فِيهِ وَبَيْنَ رَأْسِ السَّلْمِ تَفَاوُتٌ عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ فَيَجُوزُ أَنْ يَسْلَمَ ثُوبًا فِي ثُوبٍ مِثْلَهُ قَالَهُ فِي التَّهْذِيبِ.

(فِرْع) هَلْ يَحْرَمُ أَكْلُ الطَّيْنِ قَالَ الرَّوْيَانِيُّ اخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا مِنْهُمْ مَنْ قَالَ يَحْرَمُ الطَّيْنُ قَلِيلُهُ وَكَثِيرُهُ وَهُوَ اخْتِيَارُ مَشَايخِ طَبْرِسْتَانَ الْإِمَامِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ الْحَنَاطِيِّ وَأَبِي عَلِيِّ الرَّجَاجِيِّ وَالْإِمَامِينَ جَدِي وَوَالِدِي رَحِمَهُمُ اللَّهُ وَاخْتَارَهُ الْقِفَالُ الْمَرْوُزِيُّ وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ لَا يَحْرَمُ وَلَكِنْ يَكْرَهُ وَهُوَ اخْتِيَارُ مَشَايخِ خِرَاسَانَ وَهَذَا إِذَا لَمْ يَضُرَّ لِقَلْتِهِ فَإِنْ كَانَ كَثِيرًا يَضُرُّ فَهُوَ حَرَامٌ وَبِهِ أَفْتَى وَسَمِعْتُ الشَّيْخَ الْحَافِظَ الْبِيهَقِيَّ بِنَيْسَابُورٍ يَقُولُ لَمْ يَصِحْ نَصٌّ عَنِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي تَحْرِيمِ قَلِيلِهِ وَهَذَا هُوَ الصَّحِيحُ عِنْدِي أَنْتَهَى كَلَامُ الرَّوْيَانِيِّ فِي الْبَحْرِ. وَذَكَرَ الْأَوَّلُونَ حَدِيثًا لَمْ أَسْتَحْسِنْ نَقْلَهُ لِنَكَارَتِهِ ثُمَّ بَدَأَ لِي أَنْ أَقُولَهُ وَأَنْبِئَهُ عَلَيْهِ قَالَ احْتَجُّوا بِمَا رَوَى عَنِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَّهُ قَالَ (أَكَلَ الطَّيْنُ حَرَامٌ عَلَى أُمَّتِي) وَرَوَى (إِذَا أَبْغَضَ اللَّهُ عَبْدًا أَلْهَمَهُ أَكْلَ الطَّيْنِ وَتَفَّ اللَّحِيَّةَ) (فَائِدَةٌ) أَرْبَعُ مَسَائِلَ خِلَافِيَّةٍ تَرْجِعُ إِلَى أَصْلِ وَاحِدٍ بَيْنَنَا وَبَيْنَ أَبِي حَنِيفَةَ بَيْعُ كَفِّ حَنْطَةَ بِكَفَى حَنْطَةَ وَسَفْرَجَلَةَ بِسَفْرَجَلَتَيْنِ وَالْجِصَّ بِالْجِصِّ مَتَفَاضِلًا وَالْحَدِيدَ بِالْحَدِيدِ مَتَفَاضِلًا وَالْمَسْأَلَتَانِ الْأُولَتَانِ مَمْتَنَعَتَانِ عِنْدَنَا جَائِزَتَانِ عِنْدَهُ وَالْآخِرَتَانِ بِالْعَكْسِ وَذَلِكَ أَنَّ الْعَلَةَ عِنْدَهُ فِي النَّقْدَيْنِ قِيمَ الْوِزْنِ وَفِي الْأَرْبَعِ الْكَيْلِ فَيَتَعَدَّى إِلَى كُلِّ مَوْزُونٍ وَمَكِيلٍ وَعِنْدَنَا الْعَلَةُ فِي النَّقْدَيْنِ كَوْنَهُمَا قِيمَ الْأَشْيَاءِ غَالِبًا فَلَا يَتَعَدَّى إِلَى غَيْرِهِمَا وَفِي الْأَرْبَعَةِ (1) فَتَعَدَّتْ إِلَى الْمَطْعُومِ دُونَ الْمَكِيلِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ. (فِرْع) الشَّعِيرُ فِي سَنَبِلِهِ لَا يَقْدَرُ إِذَا فَرَعْنَا عَلَى الْقَدِيمِ الْوَجْهَ عِنْدِي مَنَعَ بَيْعَ بَعْضِهِ بِبَعْضٍ فَانَّهُ مِنْ جِنْسٍ مَا يَقْدَرُ وَلَا يَنْظُرُ إِلَى حَالِهِ هَذِهِ وَلَيْسَ كَالْجُوزِ مَا دَامَ صَحِيحًا وَهَذَا تَفْرِيعًا

[239]

* على القديم وأما الجديد فكل مطعوم وان كان لا يقر يمتنع بيع بعضه
ببعض عددا وهل يجوز وزنا فيه وجها (أحدهما) وهو ظاهر المذهب أنه لا
يجوز وهذان الوجهان هما اللذان ذكرهما الشيخ في التنبيه (الاصح) كما
قال الامام لا يجوز بيع بعضه ببعض فلو خيف ففيه خلاف مشهور وقد تقدم

[240]

(فوائد) قد تقدم عن الامام النووي رضى الله عنه أن الخلاف في علة الربا
على مذاهب ويرجع حاصل القول في النقيدين والاشياء الاربعة إلى إن
العلة في تحريم ربا الفضل في الاشياء الستة ما هو مقصود من كل صنف
والاربعة مجتمعة في مقصود الطعم على القول الجديد عندنا والنقدان
مجتمعان في جوهر النقدية لان التبرليس نقدا فى عينه وكذلك الحلى
والاوانى فان الربا جار فيها لنصه صلى الله عليه وسلم على الذهب
والفضة وهو يعم المطبوع وغير المطبوع. وعبارة القاضى حسين في ذلك
أحسن قال لخصت منها عبارة جامعة للكل وهو أن العلة في النقيدين جوهر
يطبع منه قيم الاشياء. قال صاحب التتمه وقد قال طائفة من أصحابي إن
الذهب والفضة ليسا بمعللين والربا فيهما لعينهما لا لعله فيهما وتعليل
الشافعي رضى الله عنه بالتمنية إشارة إلى هذا لان التمنية لا تعدوهما وقد
تقدم أن الربا ثلاثة أقسام وزاد صاحب التتمه ربا رابعا وهو كل قرض جر
نفعاً (فائدة) تعلق من قال ان العلة الوزن في الموزون والكيل في المكيل
بما روى عن أبى سعيد الخدرى وأبى هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم
استعمل رجلا على خبير فجاءهم بتمر خبيث فذكر الحديث إلى أن قال

[241]

وقال في الميزان مثل ذلك وفى رواية وكذلك التمر ان قالول أراد
الموزون (والجواب) أن المراد بذلك استواء الوزن في الاشياء التى بين
الربا فيها فى أحاديث أخر وورد فى رواية وكذلك كل مايمال أو يوزن بسند
ضعيف قد تقدم الكلام اه. وروى الدارقطني من حديث عبادة وأنس بن
مالك أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (ما وزن مثل بمثل إذا كان نوعا
واحدا وما كيل فمثل ذلك فإذا اختلف النوعان فلا بأس به) ولكنه ضعيف
قال الدارقطني لم يروه عن أبى بكر عن الربيع هكذا وهو ابن صبح هكذا
وخالفه جماعة فرووه عن الربيع عن ابن سيرين عن عبادة وأنس عن النبي
صلى الله عليه وسلم بلفظ غير هذا اللفظ. والربا بكسر الراء مقصور وعن
القلعى أنه يفتح ويمد. قال ابن الرفعة الربا فى الشرع أخذ مال مخصوص
بغير مال بأرائه ولا تقرب إلى الله سبحانه وتعالى ولا إلى الخلق قال
فأخرجنا بخصوص ما ليس من أموال الربا بلا تقرب إلى الله تعالى الصدقة
والى الخلق الهدية والهبة (قلت) وهذا يرد عليه القمار بل هذا هو حد القمار
فانهم ذكرو الفرق بين القمار وبين البيع أن القمار (1) وانما الحد الصحيح

للربا في الشرع ما نقله الرويانى في البحر وقد كتبه في غير هذا. والجاروس - بالجيم - والسين - المهملة الجب الذى يعصر مثل الدخن وهو خير من الدخن في جميع احواله وهو ثلاثة اصناف وهو معرب كاورس حكى ذلك عن مجمع البحرين الفرغالى (فائدة) اشتهر عن مذهبن التعليل بالعلة القاصرة ومن امثلتها تعليل تحريم الربا في النقيدين بالنقدية وقال امام الحرمين في البرهان ان كان كلام الشارع

(1) كذا بالاصل فحرر

[242]

نصا لا يقبل التأويل فلا يرى للعلة القاصرة وقعا ولكن يمتنع عن الحكم بفسادها وانما تفيد إذا كان قول الشارع ظاهرا يتأتى تأويله ويمكن تقدير حمله على الكثير مثلا دون القليل فإذا سحبت عليه توافق الظاهر عصمته من التخصيص بعلة أخرى لا تنزل مرتبتها عن المستتبطة القاصرة ثم فيه ريب وهو أن الظاهر كان متعرضا للتأويل ولو أول لخرج بعض المسميات ولازىل الظاهر إلى ما هو نص فيه العلة في محل الظاهر كأنها ثابتة في مقتضى النص منه متعدية إلى ما اللفظ ظاهر فيه عاصمة له عن التخصيص والتأويل فكان ذلك إفادة وان لم يكن تعديا حقيقيا ولا يتجه غير ذلك في العلة القاصرة ثم قال (فان قيل) قول رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تتبعوا الورق بالورق) الحديث نص أو ظاهر فان زعمتم أنه نص بطل التعليل بالنقدية وان كان ظاهرا وان كان ظاهرا فالامة مجتمعة على اجرائه في القليل والكثير فقد صار بقربنه الاجماع نصا (قلت) أما الحظ الاصولي فقد وفينا به والاصول لا تصح على الفروع فان تخلفت مسألة فليمتحن بحقيقة الاصول فان لم يصح فليطرح هذا كلام الامام واعترض عليه الانباري الشارح وقال ان القاصرة مقيدة مطلقا سواء كانت مستتبطة من ظاهر أو من نص وقول الامام يلزم

[243]

منه ان المتقدمة المقتضية للتخصيص لا تقدم على القاصرة إلا إذا كانت مترقية في الرجحان عن رتبها وهذا غير ما يهيو لان تكون معارضة للمتعدية والحق ان القاصرة مقيدة مطلقا كما أشار إليه الشارح وقد ذكر الاصحاب من الاصوليين والفقهاء من قواعد العلة القاصرة الوقوف على حكمة النص وكون حكمها متعد إلى غيرها وانه ربما حدث ما يشاركه في المعنى فيتعدى الحكم إليه فهذه ثلاث فوائد والذى قاله الامام في منعها التخصيص في الظاهر فائدة أخرى جليلة لكننا نقول لا تنحصر الفائدة فيها (وقوله) ان الامة مجمعة على اجرائه في القليل والكثير فصار كالنص (يمكن) أن يقال ان القليل إذا انتهى في القلة إلى حد لا يوزن لا تجمع الامة عليه بل أبو حنيفة يخالف فيه كمخالفته في بيع ثمرة بتمرتين فيجوز عندهم بيع درة بدرة من الذهب والفضة كذا قال الفرغانى في شرح الهداية من كتبهم فيمكن استعمال العلة وهى جنس الاثمان في ذلك ومنع

تخصيص العموم فيه وتحصيل الفائدة التي حاولها الامام والا فأخر كلامه المذكور في البرهان يشير إلى الامتناع من الحكم بصحة العلة المذكورة لعدم الجريان على القانون الذي مهده وهو مع ذلك لا يرى أن يضيف الحكم إلى العلة المتعدية وهي الوزن كما يقوله أبو حنيفة رضى الله عنه لان التعليل بالوزن باطل بوجوه تخصه (منها) أنه طرد لا مناسبة

[244]

فيه (ومنها) جواز إسلام الدراهم والدنانير في الموزونات فليس بطلان التعدية هنا بمعارضة القاصرة لها (وأما) في غير هذا الموضع فالاستاذ أبو إسحاق يرجح القاصرة على التعدية لمعارضة النص لها والجمهور يرجحون التعدية وامتنع آخرون من الترجيح من جهة التعدي والقصور قال الانباري وهو الصحيح وهو اختيار القاضى وانما ترجح العلل بقوتها في نفسها واضطرب كلام الامام في الربويات فتارة يميل إلى التعبد وابطال التعليل وأخذ الربا في كل المطلعومات من قوله (لا تبيعوا الطعام بالطعام) وتارة يميل إلى القياس وكلامه في ذلك مضطرب وكأنه شوش عليه عدم ظهور فائدة العلة القاصرة في هذا المحل وقد أبدناه في محل الاخلاف والله أعلم (فائدة) قال الرافعى رحمه الله وعن الاودنى من أصحابنا انه تابع ابن سيرين في أن العلة الجنسية حتى لا يجوز بيع مال بجنسه متفاضلا وقال النووى رحمه الله في الروضة قال الاودنى من أصحابنا لا يجوز بيع مال بجنسه متفاضلا ولا يشترط الطعم انتهى ما قالاه وأنا أخشى أن يكون غلطا فان الذى نقله القاضى حسين عن الاودنى أن العلة هي الجنسية والطعم شرطها وجعل ذلك مقابلا لم قاله الحلیمی وصححه القاضى من أن العلة الطعم والجنس محلها

[245]

والشرط عدم التساوى والمعلول فساد العقد ولما قاله بعض الاصحاب من أن العلة الطعم والشرط عدم التساوى والمعلول الفضل فلعل من نقل عن الاودنى اقتصر من قوله على أن الجنس علة وهو صحيح ثم توهم من وقف على هذا الكلام بمجرد أنه لا يشترط الطعم وأنه موافق لابن سيرين والله تعالى أعلم. (باب بيع الاصول والثمار) الاصول ههنا المراد بها الاشجار وكل ما يثمر مرة بعد أخرى وأبعد من قال ان اسم الاصل يشمل البناء والشجر وأبعد منه قول من قال أن المراد به الارض والشجر معا والثمار. والمقصود بهذا الباب أمران (أحدهما) بيان حكم الاصول إذا بيعت فيما يكون تابعا لها وفيما لا يكون وفى حكم ذلك فان ذلك مما يطول النظر وقد بوب الشافعى رضى الله عنه على ذلك في الام باب ثمر الحائط يباع أصله فهذه الترجمة حلها المصنف بقوله بيع الاصول (والثانى) الكلام في الثمار إذا بيعت وما يختص بها من الشروط التي لا تشترط في غيرها من المبيعات فان شروط المبيع (منها) ما هو عام وهي الخمسة التي ذكرها في باب ما يجوز بيعه (ومنها) ما يختص بالربويات وأفرد له باب الربا

وقدمه على هذا الباب لعمومه لامكانه في كل وقت وشدة خطره لقيام
الاجماع على (ومنها) ما يختص بالثمار فافرده في هذا الباب وبدت علة
الشافعي بأن الوقت الذي يحل فيه بيع الثمار وجعله عقيب باب ثمر الحائط
يباع أصله فجعله المصنف مع الاصول في باب واحد لتعلق كل منهما بالآخر
وقدم الاصول على الثمار تأسيا بالشافعي ولانها متقدمة طبعا وقد قيل
إن المقصود بالباب بيع الثمار لبيان شرطه فلعله قدم بيع الاصول في
مختصر التفريع بعده بمقصود الباب وليس كذلك ولم يقع الكلام في بيع
الاصول مختصرا بل طال أكثر من الكلام في بيع الثمار بل ذلك لما قدمته
من تبويب الشافعي وهما مقصودان واستلزم الكلام في الاصول الكلام
في الارض لان بيع الاصول قد يكون مستقلا وقد يكون تبعا للارض ولهذا
قال المصنف في التنبيه بعد أن قال دخل البناء والغراس قال فان كان له
حمل إلى آخره فنبه بذلك على أن تبعية الثمار للاصول لا يشترط فيها
افراد الاصول بالعقد بل يشمل صورة افرادها وصورة ما إذا كانت تابعة
للارض فانه جعل الكلام فيما إذا كانت تابعة فيدل على الصورة الاخرى
بطريق أولى واستطرد من ذلك في المهذب إلى ما يتبع لفظ الارض أو
نحوها من

غير الثمار وان لم يكن ذلك في ترجمة الشافعي التي هي مقتصرة على
الثمار كالزروع والخوابي والمعادن وغيرها وقد تعرض الشافعي في
مسائل الباب إليها وقدم المصنف الكلام في بيع الارض لانه مستلزم لبيع
الاصول المستلزم لبيع الثمار وهو في كلام الشافعي مذكور في أثناء
الباب ولا يستنكر كون الداخل في عقد البيع يسمى مبيعا لانه انما انتقل
بحكم البيع والله أعلم. وقد رأيت الترجمة الاولى وهي أن بيع الاصول لغير
المصنف وهو أبو بكر أحمد بن بشري المصري في كتابه المسمى
بالمختصر المنبه من علم الشافعي. قال المصنف رحمه الله. (إذا باع أرضا
وفيها بناء أو غراس نظرت فان اقل بعثك هذه الارض بحقوقها دخل فيها
البناء والغراس لانه من حقوقها وان لم يقل بحقوقها فقد قال في البيع
يدخل وقال في الرهن لا يدخل واختلف أصحابنا فيه على ثلاث طرق
(فمنهم) من قال لا يدخل في البيع لان الارض ليست بعبارة عن الغراس
والبناء وتأول قوله في البيع عليه إذا قال بحقوقها (ومنهم) من نقل جوابه
في الرهن إلى لبيع وجوابه في البيع إلى الرهن وجعلهما على قولين
(أحدهما) لا يدخل في الجميع لان الارض اسم للعروة

دون ما فيها من الغراس والبناء (والثاني) يدخل لانه متصل بها فدخل في
العقد عليها كسائر أجزاء الارض (ومنهم) من قال في البيع يدخل وفي
الرهن لا يدخل لان البيع عقد قوي يزيل الملك فدخل فيه الغراس والبناء
والرهن عقد ضعيف لا يزيل الملك فلم يدخل فيه الغراس والبناء. (الشرح)

الارض مؤنثة وهى اسم جنس لم يأت واحده بالهاء والغراس يستعمل في الشجر يقال غرس الشجر أغرسه ويقال للنخلة أول ما تنبت غريسة اله الجوهرى وغيره (أما) الاحكام فقد قال الاصحاب إذا قال بعتك هذه الارض أو العرصه أو الساحة أو البقعة وكان فيها بناء أو غراس دون ما فيها من الشجر والبناء لم يدخل ذلك في البيع بلا خلاف وان قال بما فيها من البناء والغراس دخل البناء والغراس بلا خلاف وكذلك إذا قال بما فيها أو مع ما اشتملت عليه حدودها أو حوته اقطارها وان قال بعتكها بحقوقها فالحكم كذلك على المشهور وصرح الشيخ أبو حامد بنفى الخلاف فيه وكذلك يقتضيه ايراد أكثر الاصحاب لكن الامام حكى أن من أئمتنا من قال لا يدخل محتجا بما قاله القاضى حسين قبله على سبيل الاشكال أن اسم الحقوق انما يقع على الطريق ومجارى الماء وما أشبههما ورأى الامام أن هذا أقيس وهو كما رأى الا أن يثبت عرف عا باستتباع الارض للشجر أو

[249]

بدخولها تحت اسم الحقوق وهو بعيد وقد رأيت ابن حزم الظاهري ادعى الاجماع في كتابه المحلى على أن من اشترى أرضا فهى له بكل ما فيها من بناء قائم أو شجر ثابت وهذه دعوى منكرو وهى باطلاقتها تشمل ما إذا قال بحقوقها ولما إذا لم يقل بل هى ظاهرة في الثاني والخلاف مشهور في المذهب كما سيأتي ولم يبلغني في هذه المسألة شئ عن العلماء المتقدمين بل مذهب أبى حنيفة ومالك استتباع الارض للغراس والبناء كما نص عليه الشافعي والحنابلة صنعوا كصنع الشافعية ولعلمهم تبعوهم في ذلك فان لم يكن في المسألة أجماع كما ادعاه ابن حزم فلاشك أن للنظر فيها محالا والا فيلغو ما أثبتته الاصحاب من التخريج ولا تصير المسألة بذلك من مسائل الخلاف وان كان القياس يقتضيه كما نقوله فيما بعد وقاله الامام هنا وان لم يقل بحقوقها فقد اختلف الاصحاب على طرق (احدهما) أن البناء والغراس لا يدخلان في البيع ولا في الرهن لان اسم الارض لا يشمل ذلك لغة ولا عرفا ولا دليل على تبعيتها لها من عرف ولا غيره فلا وجه للدخول وهذا هو القياس وهى طريقة أبى العباس

[250]

ابن سريج لكنها خلاف ظاهر نص الشافعي فانه قال في الام والمختصر وكل أرض بيعت فللمشترى جميع ما فيها من بناء وأصل فاحتاج من ذهب إلى هذه الطريقة أن يحمل قول الشافعي في البيع على ما إذا قال بحقوقها (وقوله) في الرهن على ما إذا أطلق لكن يتوجه على هؤلاء من الاشكال ما أورده القاضى حسين وغيره أن ذلك إذا لم يدخل عند الاطلاق ينبغى أن لا يدخل وغيره أن ذلك إذا لم يدخل عند الاطلاق ينبغى أن لا يدخل ولو قال بحقوقهما لان اسم الحقوق لا يشمله وانما يشمل الممر ومسيل الماء ومطروح القمامات وما أشبهها وهو اشكال قوى وحينئذ تكون هذه الطريقة مخالفة لنص الشافعي ولما نقلناه عن مذهبي أبى حنيفة ومالك وما اقتضاه اطلاق من نقل الاجماع ان ثبتت عن المتقدمين وقد جعل الامام الغزالي في الوسيط هذه الطريقة هي الاصح وشذا في ذلك وأن

كان القياس يقتضيه ولعمري إن لم يثبت اجماع أو نص فالحق ما قاله وقد جهدت

[251]

في تطلب نفس هذه المسألة فلم أجد إلا نصه صلى الله عليه وسلم على أن من باع نخلا مثمرة فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع والاصحاب يفرقون بأن البناء والغراس يراد للتأييد بخلاف الثمرة وقد يحتجون به لانه اقتضى بمفهومه دخول الثمرة غير المؤبره في البيع ولا يشملها اسم النخلة ولكن لاتصالها بها والبناء والغراس كذلك والطريقة الثانية نقل جوابه من البيع إلى الرهن ومن الرهن إلى البيع وتخرج المسألتين على قولين (أحدهما) يدخل البناء والشجر عند الاطلاق في البيع والرهن لان البناء والشجر بمنزله أجزاء الارض وأجزاء الارض تدخل عند الاطلاق فكذلك هذه والقول الثاني ان الارض مبيعة ومرهونة دون ما فيها لعدم تناول الاسم وهاتان الطريقتان مشتركتان في التسوية بين البيع والرهن وعدم الفرق بينهما على خلاف ما يقتضيه نص الشافعي ويراد الحنابلة في كتبهم يوافق

[252]

هذه الطريقة الثانية فانهم طروا وجهين والقول المنصوص مع المخرج وقد يسميان وجهين وهذه الطريقة الثانية منقولة عن أبي الطيب بن سلمة وأبي حفص بن الوكيل وادعى الشاشي في الحلية أنها أصح الطرق وان أصح القولين منها أنها تدخل في البيع والرهن جميعا وكذلك يقتضيه كلام الجرجاني في التحرير قال ان أصح القولين دخوله في البيع والرهن والهبة والطريقة الثالثة أن المسألتين على ظاهرهما إذا أطلق بيع الارض تبعها ما فيها من البناء والشجر وإذا أطلق رهنها لم يتبعها والفرق من وجهين (أحدهما) ان عقد البيع أقوى لانه ينقل الملك فجاز أن يستتبع والرهن عقد ارفاق واستيثاق (والثاني) أن المنافع الحادثة لما كانت للمشتري كذلك الموجود في الحال وليس كذلك الرهن لان المنافع الحادثة لا تدخل وكذلك الثمرة الحادثة تكون للمشتري ولا تكون للمرتهن وهذه الطريقة

[253]

منقولة عن أبي أسحق المروزي ونقلها الماوردي والرافعي عن جمهور الاصحاب وقال القاضي أبو الطيب والرويانى أنها الصحيحة وقد تعزى لابن أبى هريرة أيضا واعترض الامام وغيره على الفرق بالقوة والضعف بأن المبيع الاسم يعني فلا معنى للقوة والضعف وممن ضعف هذا الفرق تلميذ المصنف قال لان البيع انما تظهر قوته فيما يتناوله ورد عليه أما ما لا يتناوله فلا يؤثر فيه ولهذا إذ شرط أن لا يدخل الغراس في البيع لم يدخل

وإذا قال في الرهن بحقوقها دخل وما ذكره من أن المبيع في ذلك الاسم ظاهر وكذلك الفرق الثاني لاغ فان المنافع الحادثة تبعثها لكونها حادثة في ملك المشتري ولا كذلك الحاصلة عند البيع ألا ترى أن الثمرة الحادثة بعد البيع للمشتري قولاً واحداً والثمره الحاصلة المؤبرة عند البيع لا تدخل قولاً واحداً واعترض أبو العباس الغزاري على الفرق الاول بان البيع لما قوى

[254]

وأزال الملك وجب أن لا يؤثر الا فيما دل عليه اللفظ قليلا لضرار البائع بتفويت الملك عليه بخلاف الرهن فانه أقل ضررا لبقاء الملك فيكون مقتضى الفرق عكس المدعى وأبدي ابن الرفعة فرقا واعتبط به بحيث أنه ذكره في كتابه في غير هذا الموضع حذرا من اخترام المنية قبل الوصول في الشرح إليه ثم لما وصل إليه هنا ذكره وهو أن لفظ الارض يشمل الاس والمغرس فلو بقى البناء والشجر للبائع لخلا الاس والمغرس عن المنفعة وتكون منفعتهما مستثناة لا إلى غاية معلومة فانه لا يمكن قلع البناء والشجر لانه محترم يراد للبقاء ولا تبقىته باجرة لانه حين أحدثه أحدثه في ملكه فإذا كان الاس والمغرس بهذه المثابة لا يصح بيعه مفردا باتفاق فوجب إذا ضم إلى مبيع خلا عن ذلك أن يبطل في الجميع للجهاالة بالثمن فلما أفضى محذور الاخراج إلى هذا حكم بالاندراج حرصا على تصحيح العقد كما أدرج

[255]

الحمل في البيع وان لم ينتظم اسم الشاة والجارية طلب للتصحيح وحذرا من الابطال بل للحمل غاية تنتظر ومع ذلك أدرج ولا غاية ههنا تنتظر وهذا المعنى مفقود في الرهن لان المرتهن لا يستحق شيئا من منافعه حتى يكون استيفاء البناء والغراس مخرجا للعقد عن وضعه ثم اعترض على نفسه بأنه لا يجعل هذا المحذور مانعا من دخول المغرس والاس ويحمل البيع على ما سواهما طلبا للتصحيح وأجاب بأن اللفظ يتناول المجموع وهذا يضعف عنه فلم يمكن ابطاله به وقد بقى عليه في هذا الكلام أمران (أحدهما) ذكره وهو أن القائل بعدم دخول البناء والشجر يحتمل أن يقول بعدم دخول المغرس والاس وقد ذكر صاحب التتمة فيما إذا باع الارض خلا البناء والشجر أن المغرس والاس هل يبقى على ملكه فيه وجهان كالوجهين في بيع البناء والغراس وذكرهما القاضى حسين ورتبتهما على بيع

[256]

الغراس (ان قلنا) يستتبع المغرس فههنا أولى والا فوجهان (والفرق) أن اللفظ ههنا توجه نحو البناء والشجر فقوى على التبعية بخلافه فيما يتلف وكذلك قال الخوارزمي ان الاصح أنه لا يبقى فقد ظهر مما قاله أن للمانع

أن يمنع لو لم يدخل البناء والشجر لزوم المحذور المذكور (الثاني) أنه ليس يلزمه من السوق إلى تصحيح العقود ادراج شئ في العقد لم يقتضه العقد لا لفظاً ولا عرفاً والحمل إنما دخل لاقتضاء العرف له وأما هنا فإن أدخلنا البناء والشجر أدخلنا ما لم يدل عليه لفظ العاقد لغة ولا عرفاً وإن أخرجناه وأدخلنا المغرس لزم المحذور الذي أبداه على رأيه وإن أخرجنا المغرس خالفنا لفظ العقد وشموله له فلم سبق إلا افساد العقد وقد يقال أن افساد العقد أيضاً محذور ولم يصر إليه صائر فلم يبق إلا

[257]

النظر في أخف المحذورات الثلاثة يلتزم والحكم بادخال البناء والغراس حكم باثبات أمر زائد على مدلول لفظ العاقد لم يتعرض له باثبات ولا نفى فليس فيه مخالفة اللفظ نفى ما يقتضيه أو اثبات ما ينفيه أما اثبات شئ لم يتعرض له اللفظ باثبات ولا نفى فلا يقال فيه مخالفة ولا موافقة أما الحكم باخراج المغرس والاس فهو اخراج لبعض ما تناوله فكان مخالفاً له فكان الاولى أولى وهو الحكم بتبعية البناء والغراس هذا ان ثبت أنه لا يمكن ادخال الاس والمغرس مع اخراج البناء والشجر وهو القسم الثالث بما أبداه وفيه نظر فانه يمكن أن يقال ان الاس والمغرس كل منهما قابل للانتفاع به في الجملة بحف سرب من تحت البناء وأخذ تراب ذلك المكان ووضع بدله بحيث لا يضر بالبناء وأشباه ذلك فلم تعد المنفعة بالكلية الا ترى أن القاضي حسين قال في فتاويه انه إذا باع عشرة اذرع من أرض عمقا في عرض ذراع صح وللبائع أن ينتفع بأرضه ما جاوز عشر اذرع عمقا بأن يحفر تحت عشر اذرع بثراً أو مبنياً على الوجه الذي يمكنه الانتفاع والله اعلم. وقوله ان الاس والمغرس إذا كانا بهذه المثابة لا يصح بيعه باتفاق بناءه على المقدمة التي أخذها مسألة وقد عرفت المنع المتجه عليها وينبغي إذا تم ما قلناه في المنفعة من الوجه المذكور أن يصح البيع إذا كان ذلك المكان مرثياً قبل ذلك الرؤية المعتمدة في البيع (فان قلت) انه غير مقدور على تسليمه لوجوب بقاء الشجر والبناء

[258]

(قلت) المذهب الصحيح صحة تسليم الارض المزروعة مع بقاء الزرع فيها والوجه الآخر القائل بعدم صحة تسليمها في تلك الحال لشيئها بالدار المشحونة بالامتعة وفرقوا بينهما بأن تفريغ الدار ممكن في الحال وهذا الوجه في الارض المزروعة لا يأتي في الارض المغروسة لان الزرع له أمد ينتظر فاشبه من بعض الوجوه الامتعة التي يمكن نقلها بخلاف الشجر فمقتضى المذهب أنه يصح تسليم الارض المغروسة إذا كان الغراس باقياً للبايع قولاً واحداً وقد صرح صاحب التتمة أنه إذا باع الارض واستثنى الاشجار بقيت الاشجار على ما هي عليه ولا يكلف القطع لانها تراد للدوام وصرح الغزالي أيضاً في الفتاوى بأنه لا يلزمه تفريغ الارض المبيعة عن الشجر عندما تكلم في وقف الارض المشتملة على شجر وإذا ثبت أنه لا يجب التفريغ فالتسليم ممكن على حالها فصح البيع إذا وجدت المنفعة والرؤية وقد عرفت بما ذكرناه عن الغزالي وصاحب التتمة أن ابن الرفعة مساعد على دعواه أنه لا يلزم البائع قلع الشجر لو بقيناه على ملكه على

انى وجدت النسخ من فتاوي الغزالي بذلك مختلفة وفى كثير منها أنه يلزمه تفريغ الارض باسقاط لا فكأنه غلط من ناسخ وقد نقله الرافعي عنه في كتاب الوقف باثبات لا وكلام صاحب التتمة غير محتمل وأيضا فان الغزالي في الفتاوي إذا باع الدار دون النخلة التي فيها ويكون للبائع حق الاجتياز إليها أنه يصح البيع وهذا صريح في مخالفة ما قاله ابن الرفعة من الحكم بعدم الصحة

[259]

على تقدير دخول الشجر وقال أبو الفضل عبد الملك بن إبراهيم المقدسي في المطارحات انه إذا باع دارا فيها نخلة دون النخلة وشرط دخول منبتها في البيع صح ويستحق تبقى الشجرة من غير أجرة فان اختار صاحب الدار تملك الشجرة بقيمتها أو قلعتها بالتزام النقصان كان له وأما كونه لا تلزمه الأجرة بتبقيته فكذلك لانه لو كان مما يبقى باجرة لكان إذا امتنع من الأجرة يلزم بالقلع فلما ثبت أنه لا يلزم بالقلع استلزم عدم الأجرة نعم في عكس ذلك وهو ما إذا باع الشجرة الرطبة وقلنا بالأصح قلنا انه لا يدخل المغرس فليس للبائع قلع الشجرة مجانا وهل يجب عليه بقاؤها ما أراد المشتري أم له قلعتها بغير رضاه ويغرم ما نقص بالقلع كالعارية وجهان (أصحهما) الاول فيحتمل أن يقال بحريان الوجه الآخر فيما نحن فيه ويحتمل أن يفرق ويقال انا في كلا الموضوعين قصرنا الحكم على ما دل عليه لفظ المبيع ففي بيع الشجرة لا يستتبع حق الابقاء فكان له القلع على وجه وفى بيع الارض كان حق الابقاء ثابتا فلا يزال بالبيع فهذا فرق جمع والله أعلم. (فان قلت) إذا الغيت هذه الفروق كلها فما وجه المذهب (قلت) الراجح عندي ما ذهب إليه الامام والغزالي أن البناء والشجر لا يدخلان في البيع ولا في الرهن إلا أن يثبت إجماع على الدخول فيتعين إتباعه ومتى لم يثبت فالقياس ما قدمته وقد يعتضد الدخول بامور ليست بالواضحة (منها) الثمار إذا لم تؤبر داخله في بيع الشجر

[260]

بمفهوم قوله صلى الله عليه وسلم (من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع) فقد دل هذا المفهوم على استتباع الشجرة للثمرة غير المؤبرة وليست باقية على الشجرة دائما فاستتباع الارض للشجر وهو باق فيها دائما أولى وفى طرق هذا الحديث في البخاري عن نافع مولى بن عمر (ايما نخل بيعت لم يذكر الثمر فالثمر للذى أبرها) وكذلك العبد والحرث فالحرث ان كان المراد به (1) (ومنها) أن الارض تطلق كثيرا ويراد بها الارض مع ما فيها ألا ترى إلى قول عمر رضى الله عنه للنبي صلى الله عليه وسلم انى أثبت أرضا بخبير لم أصب مالا قط أنفوس عندي منه الحديث وليس مراده الارض وحدها بل الارض بما فيها ولذلك قال النبي صلى الله عليه وسلم (حبس الاصل وسبل الثمرة) فإذا صار ذلك الاسم يطلق على الجميع كثيرا فان وصل إلى حد الحقيقة العرفية فذاك والا فيحمل عليه بقرينة سكوت البائع عن استثنائه فانه لو كان مراده إخراج البناء والشجر مع كره استعمال الارض مع دخولهما لنص على الإخراج فلما لم ينص على ذلك دل أن مراده الشمول مع كون البائع معرضا عن البيع وقاطعا اطماعه

عنه بخلاف الرهن وكل من هذين الوجهين ليس بالقوى (أما) الاول فلان
الثمرة غير المؤبرة تشبهه بالجزء الحقيقي فهي كالحمل بخلاف البناء
والشجر والاصحاب ومن يوافقهم يحاولون تشبيه البناء والشجر بأجزاء
الارض لكونهما مرادين للبقاء وفي الاكتفاء بهذا الوصف مع المفارقة في
أمور أخرى نظر (وأما) الثاني فان الكثرة ممنوعة (وأما) الاطلاق على سبيل
المجاز فلا يمتنع ومع ميلى في البحث كما

(1) بياض بالاصل فحرر

[261]

رأيت إلى موافقة الامام الغزالي لأقدم على الجزم به ما لم يصح عندي أن
أحدا من العلماء المتقدمين ذهب إليه ولا أستحضر الآن عن أحد منهم قولا
بذلك والله أعلم. وفي كلام الرافعى ميل إلى ما اختاره الغزالي مع نقله
عن عامة الاصحاب أن ظاهر المذهب دخولها وابهم وأن أصح الطرق تقرير
النصين فهذا آخر كلامنا على هذه الطريقة وفي المسألة طريقة رابعة أن
البناء والغراس يدخلان في البيع وفي دخولهما في الرهن قولان حكاهما
أبو الحسن الجوزى مع طريقة القولين قال ابن الرفعة ويشهد لها أن
الحمل والثمرة غير المؤبرة تندرج في البيع قولا واحدا وفي اندراج ذلك
في الرهن قولان (المنصوص) منهما في الام كما قال البندنجى في
الثمرة عدم التبعية (وفي القديم) نص على التبعية ثم أغرب الجوزى فجعل
القولين في الرهن في الارض والدار جميعا معللا على أحد القولين بأن
الدار اسم للعرضه ثم قال وقد قيل ان الرهن والبيع سواء وفيهما قولان
ومقتضى كلام الجوزى هذا اثبات خلاف في دخول البناء في بيع الدار
ورهنها وهذا في غاية البعد فان الدار اسم لمجموع البناء والارض وانما
الخلاف إذا ورد العقد على الارض. (فرع) فاما إذا باعه البناء والشجر ولم
يتعرض لذكر الارض فبياض الارض الذي بين البناء والشجر لا يدخل في
البيع على المشهور والفرق أن الارض أصل والبناء والشجر فرع والاصل
يستتبع الفرع وقال الامام في كتاب الرهن ان كان ما بين المغارس لا
يتأنى افرادها بالانتفاع الا على

[262]

سبيل التبعية للاشجار فوجهان (وأما) ما كان من الارض قرار للشجر والبناء
ففي دخوله في البيع تبعا للبناء والشجر وجهان حكاهما الماوردى هنا في
قرار البناء والشجر معا وسيأتى حكايتهما في الشجر عند الكلام في بيع
الشجر ان شاء الله تعالى. (فرع) من الشجر ما يغرس بذره في محل فإذا
أطلع ينقل من ذلك المحل إلى محل آخر ويغرس فيه ويسمى شتلا ويقال
ان ذلك أنفع له وربما لو بقى في ذلك المكان الاول لم ينتفع كما لو نقل
فهذا النوع لم يوضع في مكانه الاول للدوام فهل يكون حكمه حكم الشجر
الموضوع للدوام فيكون تابعا للارض أو يكون كالزرع هذا فيه نظر ولم أره
منقولا وينبغى أن يقال ان كان ذلك ينقل من بعض تلك الارض إلى بعض

فبدخل وان كان ينقل إلى أرض أخرى ولا بقاء له في تلك الأرض المبيعة فلا يدخل والله سبحانه وتعالى أعلم. (فرع) حكم الهبة حكم البيع لأنها تزيل الملك ففيها وفي الرهن الطرق المتقدمة ذكره الجرجاني.

[263]

(فرع) إذا باع الأرض وفيها شيء يابس هل يدخل في البيع كغيره أو لا يدخل لأنه لا يبراد للدوام ولهذا إذا باع الشجرة اليابسة لا يجب تبقيتها لم أر ذلك مصرحاً به والأقرب إلى كلامهم الجزم بالثاني ثم يكون حكمه حكم الحجارة المودعة في الأرض إذا علم المشتري بها في وجوب التفريغ والتسوية وغير ذلك على ما سيأتي في الحجارة والله أعلم. فينبغي أن تستثنى الشجرة اليابسة من مطلق قولهم إنه إذا باع أرضاً ودخل الشجر كما في العبارة كثير من الأصحاب (وأما) عبارة المصنف في قول الغراس فقد يقال أن الغراس لا يشمل عرفاً إلا الرطب والله أعلم. (فرع) جزم صاحب الاستقصاء بدخول المسناة والسواقى وما بنى طوقها ومسار بها من أجر وحجر وما صغر من الأكام والتلال الجارية مجرى الأرض في البيع والرهن وجعل محل الطرق في البناء من قصر وغيره والغراس من نخل وغيره وهذا لم أره لغيره بل كلام الماوردي يقتضي جريان الخلاف فيه فإنه قال إذا ثبت على الصحيح من المذهب أن البناء والشجر يدخلان في البيع فكذلك كل ما كان في الأرض متصلاً بها من مسناتها سواء كان أجراً أو حجارة أو تراباً وكذا تلال التراب التي تسمى بالبصرة جبلاً وخواتها وبيدرها والحائط الذي يحظرها وسواقها التي تشرب الأرض

[264]

وأنهارها التي فيها وعين الماء إن كانت فيها وقال الرافعي لا تدخل مسائل الماء في بيع الأرض ولا يدخل فيه سربها من النهر والقناة المملوكين إلا أن يشترط أو يقول بحقوقها وكلام الرافعي هذا يجب حمله على المسائل الخارجة عن الأرض التي يصل منها الماء إلى الأرض المبيعة وكذلك القناة والنهر (أما) الداخلة فيها فإنه لا شك في دخول أرض النهر والقناة والمسيل (وأما) بناؤها فيدخل على المذهب كما ذكرناه عن الماوردي ويجب أيضاً تأويل كلام الماوردي في النهر والعين فإن أرضهما داخلة بلا خلاف ولا يجري الخلاف فيهما إلا في البناء إن كان ثم نقل الرافعي عن أبي عاصم العبادي أنه حكى وجهاً أنه لا يكفي ذكر الحقوق يعني في المسألة التي ذكرها في النهر والقناة ولا خلاف أنه لا يدخل النخل المقطوع والشجر المقطوع في بيع الأرض من غير شرط كالعبد والامة إذا كانا في الأرض وكذلك ما فيها من علف مخزون وتمر ملقوطة وتراب منقول وسماد محمول فكل ذلك للبائع لا يدخل إلا بالشرط أو يكون التراب والسماد قد بسط على الأرض واستعمل قاله الماوردي والرويانى وإن كان في الأرض دولا للماء ففيه ثلاثة أوجه (أحدهما) لا يدخل في البيع كبكرة الدولا وخشبة الزرقوق والحبل والدلو والبكرة وبه قال أبو حنيفة رضى الله عنه (والثاني) يدخل لاتصاله بها (والثالث) إن كان دولا

صغيرا يمكن نقله صحيحا على حاله من غير مشقة لم يدخل وان كان كبيرا لا يمكن نقله إلا بتفصيل بعضه عن بعض ومشقة كبيرة دخل في البيع لانه يصير للاستدامة والبقاء فاشبه الشجر والبناء حكى ذلك المارودي وان كان فيها رحا الماء وقلنا يدخل البناء في بيع الارض دخل فيه بيت الرحا وبنائوه وهل يدخل الرحا في البيع فيه ثلاثة أوجه (قيل) لا يدخل شئ منه في البيع لاعلوا ولا سفلا كخشبة الزرقوق (وقيل) يدخل علوا وسفلا لانها من تمام المنافع (وقيل) يدخل السفلى ولا يدخل العلوى حكى هذه الالوجه الثلاثة المارودي وقال صاحب الاستيفاء وقال الصيمري في الايضاح والصحيح أن يقال أن كان ذلك مبنيا أو في حكم البناء دخل وان كان بخلاف ذلك لم يدخل فيصير في المسألة أربعة أوجه قال المارودي وأما دولا الرحا الذي يديره الماء فهو تابع للرحا يدخل في البيع بدخوله ويخرج منه بخروجه والحاقه بالسفل أولى من إلحاقه بالعلو هذا كلام المارودي وان قال بعنك هذا البستان أو المحرف أو هذه الجنة دخل فيه الاشجار لانه عبارة عن الارض والشجر وفي العريش الذي يوضع عليه وجهان (أحدهما) وهو الاصح أنه يدخل في البيع (والثاني) لا يدخل.. قال المصنف رحمه الله تعالى. (فان قال بعنك هذه القرية بحقوقها لم تدخل فيها المزارع لان القرية اسم للابنية دون المزارع). (الشرح) القرية (1) أما الاحكام (2) قال الاصحاب إذا قال بعنك هذه القرية وأطلق دخل في البيع الابنية وما فيها من المساكن والدكاكين والحمامات والساحات والارضون التي يحيط بها السور والحصن الذي عليها وهو السور والسور المحيط بها والدروب فان لم يكن سور فيدخل من

(1 و 2) بياض بالاصل فحرر

الارض ما اختلط ببنائها ومساكنها وما كان من أفنية المساكن وحقوقها وفي الاشجار التي في وسطها الخلاف السابق في دخول الاشجار تحت اسم الارض هكذا قال القاضي أبو الطيب وكثير من الاصحاب منهم الرافعي والرويانى وخالف الامام والغزالي هنا اختيارها فاختارا في هذه دخول الاشجار تحت اسم القرية وان اختارا في اسم الارض عدم الدخول وهو متجه لان أهل العرف يفهمون من اسم القرية جميع ما فيها من بناء وشجر وكذلك جزم المارودي بدخول ما في خلال المساكن من النخل والشجر وهو الحق واستبعد الامام تردد العراقيين في دخول الاشجار ورأى أن ذلك أبعد من التردد في أشجار الدار لان الاشجار مألوفة في القرى ولا تستجد القرية بالاشجار اسما والدار تستجد اسم البستان والاعدل ما قاله المارودي من دخول الاشجار المتخللة للمساكن (وأما) البساتين الخارجة عن القرية فمقتضى كلام الغزالي دخولها فانه أطلق القول باستتباعها الاشجار وكذلك الامام حكى الخلاف في الاشجار ولم يفصل وغيره يفيد جريان الخلاف فيها لخروجها عن القرية وصلاحياتها للتبعية وجزم المارودي بعدم دخولها وهذا الذي قاله المارودي من دخول الاشجار المتخللة دون الخارجة توسط وهو وجه ثالث إن صح أن الخلاف

الاول في الجميع (وأما) المزارع فلا تدخل في البيع ألا ترى أنه لو حلف لا يدخل القرية لم يحث بدخول المزارع وقد يقول القائل ينبغي تخرج ذلك على أنه يشترط مجاوزتها في القصر ولكن هذا الاحتمال مندفع فان المدرك في الرخصة خروجه عن حكم الاقامة فما دام في حقوق البلد حكم الاقامة منسحب عليه عند ذلك القائل وان كان خارجا عن البلد والمبيع ههنا الاسم والقرية مأخوذة من الجميع والمزارع ليس بداخلة فيه بخلاف الابنية وما أحاطت به وفي النهاية أن المزارع تدخل وهو غريب وكذلك يدخل في بيع القرية ضياعها قاله الروياني هذا إذا أطلق (أما) إذا قال

[267]

بحقوقها فالجمهور على أنه لا تدخل المزارع أيضا بل لا بد من النص على المزارع وممن جزم بذلك الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والمصنف والماوردي وصاحب التتمة وغيرهم لان حقوقها ما فيها من البناء والبيوت والطرق ونقل الرافعي عن القاضي ابن كج دخول المزارع فيما إذا قال بحقوقها وقال عنه وعمما قاله في النهاية إنهما غريبان وقال ابن الرافعة إنه يمكن تنزيل قول الامام بدخولها على ما إذا كانت داخلة في القرية توفيقا بين النقلين (أما) لو سمي المزارع دخلت قاله القاضي أبو الطيب وغيره وكذلك لو قال بعتك القرية بأرضها أيضا دخلت المزارع حكى ذلك عن البندنجي والمراد بالمزارع الارضون التي تزرع فيها الخارجة عن القرية (أما) الزرع نفسه فلا يدخل إلا أن يكون له بقاء بالحكم في تبعية هذا كالحكم في تبعيته عند بيع الارض وهو فيها وسيأتي حكم ذلك قال ابن الرفعة وجزموا يعني العراقيين أنه إذا قال بحقوقها دخل الشجر قولا واحدا على أصلهم أنها تدخل في مثل هذا في بيع الارض وقد عرفت عن غيرهم خلافا في هذا في الارض فلا يمكن مجيئه هنا لان القائل بهذا في الارض جازم بدخول الاشجار في اسم القرية من غير تعرض لذكر الحقوق (قلت) والخلاف في الارض نقله الامام فيما تقدم عن بعض أئمتنا ومال إليه وسبقه القاضي حسين إلى ذلك والامام هنا قد اختار دخول الاشجار فلا يتأتى منه الخلاف كما قال ابن الرفعة لكن بعض الأئمة الذي نقل عنه الامام الخلاف في الارض لم يتعين حتى يحكم عليه حتى يعرف هل هو جازم بدخول الاشجار في القرية أولا والقاضي حسين لم أقف له على كلام في مسألة القرية حتى أعرف هل هو من الجازمين بذلك كالامام أولا لكن مانبه عليه ابن الرفعة جيد في أنه لا يمكننا أثبات خلاف هنا لاحتمال أن يكون المخالف هناك

[268]

جازما هنا كالامام فمتى لم نتحقق من شخص معين الخلاف في المسألتين لم يجز إثبات الخلاف مع الشك والله سبحانه وتعالى أعلم. (فرع) الحكم المذكور في اسم القرية جار في اسم الدسكرة كما ذكره الخراسانيون والدسكرة بناء كالقصر حوله بيوت. قال المصنف رحمه الله. (وان قال بعتك هذه الدار دخل فيها ما اتصل من الرفوف المسمرة والخوابى واللاجابن المدفونة فيها للانتفاع بها وان كان فيها رجا مبينة دخل الحجر السفلاى في بيعها لانه متصب بها وفي الفوقاني وجهان أحدهما أنه يدخل وهو

الصحيح لانه ينصب هكذا فدخل فيه كالباب والثاني لا يدخل لانه منفصل عن المبيع ويدخل الفلق المسمر في الباب وفي المفتاح وجهان أحدهما يدخل فيه لانه من مصلحته فلا ينفرد عنه والثاني لا يدخل لانه منفصل فلم يدخل فيه كالذواء والبكرة وان كان في الدار شجرة فعلى الطرق الثلاثة التي ذكرناها في الارض. (الشرح) الخواص والاجاجين بجيمين وهي الاواني التي تغسل فيها الثياب قال ابن معن وتسمى المراحض والمقصود هنا كل ما ثبت من ذلك للصيغ أو الدبع أو العجن أو لاجراج الشيرج من كسب السمسم ونحو ذلك والفلق (1) والبكرة (2) أما الاحكام فقال الاصحاب إذا قال بعتك هذه الدار دخلت في البيع الارض والابنية على تنوعها سفليها وعلوها حتى يدخل الحمام المعدود من مرافقها وحكي عن نصه أن الحمام لا يدخل وحمله الاصحاب على حمامات الحجاز وهي بيوت من خشب تنقل في الاسفار فما الحمامات المبنية من الطين والاجر إذا كان بحيث لا يمكن نقله فانه يدخل في العقد وحكوا أن الربيع حمله على ذلك وفصل الغزالي في الحمام فقال ان كان لا يستقل دون الدار

(1 و 2) بياض بالاصل فحرر

[269]

اندرج وان استقل فهو من الدار كالبنا من الدار كالبنا من البستان يعنى فيجرى فيه الخلاف في ذلك واختار ابن الرفعة أن الحمام الخشب الذي لا ينقل لا يدخل لقول الشافعي رضى الله عنه وما كان مما يجب من البنا مثل البنا بالخشب فان هذا متميز كالنبات والحديد فهو لبائعه الا أن يدخله المشتري في صفقة البيع وقال انه لم ير أحدا من الاصحاب تعرض له وانه فقه ظاهر لان ما كان من اجزاء الارض إذا أثبت فيها وإذا تغيرت صفته كاللبن يجعل اجزاء أو لم يتغير كالا حجار واللبن يقرب أن يتبعها كما لو كان متصلا من أصل الخلقة بخلاف ما إذا كان من خشب وان كان الشجر الاخضر يتبع في بيع الارض لكنه ليس بجزء منها وانما تبعها لانه صار كالجزء المتصل بها ولهذا ينمو بها بخلاف البنا (قلت) وقد رأيت النص المذكور في الام في باب تمر الحائط يباع أصله ولكني لم أعرف ما معنى قوله بحب من البنا ولا ضبط هذه الكلمة أيضا عني بحب غير أنه إذا كانت الحمام كلها من خشب وهي مثبتة في الدار لا تنقل ولا تحول كانت كالسور الخشب المسمرة التي لا تحول وفي دخولها وجهان (أصحهما) الدخول كما سيأتي وإذا كان كذلك فيكون ما قاله ابن الرفعة موافقا لاحد الوجهين وليس مما انفرد به عن الاصحاب كما ظن لكن مأخذ الاصحاب القائلين بذلك غير المأخذ الذي ذكره وذلك عندهم في كل متصل مثبت يمكن الانتفاع به بعد انفصاله ولا فرق في ذلك بين أن يكون من خشب أو طين أو غيرهما وكذلك طردوه في صندوق رأس البئر وهي الحرزة التي على فوهتها والغالب إنما تكون من حجر أو رخام وكذلك طردوه في معدن الحيار والغالب أنه يكون من فخار فهو كالاجر الذي جعله هو من جنس اجزاء الارض وفرق بينه وبين الخشب وكذلك حجر الرحا وغير ذلك مما

ستأتي أمثله حتى لو فرضنا حماما من حجر وهي مثبتة في الدار وكان يمكن أن تنقل وهي على حالها وينتفع بها اقتضى أن يجري فيها الخلاف المذكور في الامثلة المذكورة ثم أن الشافعي رضي الله عنه إنما ذكر النص المذكور في الارض والمعنى الذي أبداه ابن الرفعة وهو اعتبار أجزاء الارض إنما يتم فيها والكلام هنا إنما هو في بيع الدار ومن المعلوم أن الدار في العرف غالبا يشتمل على أجناس من أجزاء الارض وغيرها ولا يلزم من القول بعدم دخول ما ليس من أجزاء الارض تحت اسم الارض القول بعدم دخوله تحت اسم الدار والتحقيق ما قدمته من إلحاقها بالسير ونحوه والله أعلم. هذا ما يتعلق بالحمام (وأما) الآلات فهي على ثلاثة أضرب (أحدها) ما أثبتت تمة للدار ليدوم فيها ويبقى كالسقوف والابواب المنصوبة وما عليها متصلا بها من الاغاليق والحلق والسلاسل والضياب والجناب والدرج والمراقبي المعقود من الآجر والجص وغيره (والآخر) المغروس في الدار والبلاط والطوايق يدخل في البيع فانها معدودة من أجزاء الدار (الثاني) ما هو مثبت فيها متصل بها ولكن لا على هذا الوجه كالرفوف المتصلة وهي المسمرة أو التي اطرافها في البناء والخوابي وأحدثها خابية وهي الزير عند أهل مصر والاجاجين والدنان المبنية للانتفاع بها في ترك الماء فيها أو غسل الثياب والسلاالم المسمرة والاوتاد المثبتة للانتفاع بها في الارض والجدران والتحتاني من حجر الرجا المثبتة وخشب القصار ومعجن الخباز والسرر المسمرة والدرابزين وصندوق رأس البئر وصندوق الطحان وفي جميع ذلك وجهان (أحدهما) وهو الذي جزم به المصنف أنها تدخل لثباتها واتصالها (والثاني) لا تدخل لانها إنما أثبتت لسهولة الارتفاق بها كيلا تتزعزع وتتحرك عند الاستعمال وعند القاضي حسين المعلق من هذا النوع الذي فيه وجهان وجعله في كل ما هو متصل ويمكن الانتفاع به بعد

الانفصال والاكثرون عدوا الاغاليق من القسم الاول وقد تقدم في حجارة رجا الماء عن صاحب الحاوي وغيره أربعة أوجه ومحلها هناك في بيع الارض وما نحن فيه في بيع الدار وفصل الماوردي في الحباب المدفونة فقال ان كان دفنها استيداغا لها في الارض لم تدخل في البيع وان كان دفنها للانتفاع بها على التأييد كحباب الزباتين واليزارين والدهانين دخلت وهذا جزم منه بأحد الوجهين المتقدمين كيلا يتزعزع ويتحرك عند الاستعمال (الضرب الثالث) المنقولات كالدلو والرشا والمجارف والسرر والرفوف الموضوعة على الاوتاد والسلاالم التي لم تسمر ولم تطين والاقفال والكنوز والدفائن والصناديق والمتاع ورجا اليد التي تنقل وتحول والخزائن المنفصلة وأفعالها ومفاتيحها والابواب المقلوعة والحجارة المدفونة والآجر الذي دفن ليخرج ويستعمل وكذا كل ما فصل من آلة البناء من آجر وخشب فلم تستعمل أو كان أبوابا ولم تنصب وجزم الرافي وجماعة بأن البكرة كالدلو من هذا النوع الذي لا خلاف فيه وحكي القاضي حسين في البكرة وجهين وليس بعيد فان البكرة كالم متصل وليست كالدلو فلا يدخل شيء منها في البيع جزما وفي حجر الرجا الفوقاني إذا كان الرجا مبنيا وجهان (أصحهما) عند المصنف وشيخه أبي الطيب والرافي وهو اختيار أبي اسحاق الدخول ومقابله قول ابن أبي هريرة وهما مفرعان على قولنا إن التحتاني يدخل (أما ان قلنا) بعدم الدخول فيه ففي الفوقاني

أولى والاقيس عند الامام أن لا يدخل واحد منهما وفي مفتاح المعلاق المثبت وجهان (أحدهما) أنه لا يدخل كسائر المنقولات وهو قول ابن أبي هريرة (وأصحهما) عند الرافعي وغيره ويحكي عن صاحب التلخيص وأبي اسحق المروري أنه يدخل لانه من توابع المعلاق المثبت قال صاحب الحاوي وهكذا كل ما كان منفصلا

[272]

لا يمكن الانتفاع به الا مع متصل بالدار فيه وجهان ورتب القاضي حسين الوجهين في المفتاح على الوجهين في المتصل وأولى بعدم الدخول وفي الواح الدكاكين مثل هذين الوجهين لانها أبواب لها وان كانت تنقل وترد وقيل تدخل وجهها واحدا لانها كالجزء منها حكاها الرويانى وهو المذكور في التتمة قال الرافعي والذي يقتضيه العرف الدخول وهذا ميل منه إلى الطريقة التى حكاها الرويانى وان لم يذكرها وحزم ابن خيران في اللطيف بعدم دخول شريحة الدكان ودراياتها الا ما كان من الدرايات مسمرا والبغوي صحح الدخول كما اقتضاه كلام الرافعي ولو جعل في الدار مدبغة وفيها أجاجين مبنية فان قال بعنك هذه الدار ففي دخول الاجاجين خلاف مرتب على الخلاف المتقدم فيها حيث لا تكون الدار مدبغة فالدخول ههنا أولى وان قال بعنك هذه المدبغة دخلت الاجاجين قطعاً فان لفظ المدبغة والمصبغة متضمنين للاجاجين المبنية فيها قال الامام ومراقى الخشب إذا أثبت اثبات تخليد فهي على الاصح كمرقى الأجر والجص بخلاف السلايم وفي التتمة أن في أصل هذه المسائل الخلاف في تجويز الصلاة إلى العصا المغروزة في سطح الكعبة ان جوزنا فقد عدناها من البناء فتدخل والا فلا قال الرافعي وهذا يقتضى التسوية بين اسم الدار والمدبغة قال ابن الرفعة وفيه نظر لان مأخذ الدخول على هذا ما يشير إليه اللفظ فتزل ذلك منزلة التصريح والدخول ويدخل في بيع الدار التنور وعبر الشيخ أبو حامد عن هذا التقسيم بعبارة أخرى فقال ما يكون في الدار على ثلاثة أضرب متصل ومنفصل لا يتعلق بمنفعة المتصل ومنفصل متعلق بالمتصل فالاول يدخل والثانى لا يدخل والثالث فيه وجهان كالحجر الفوقاني من الرجا والمفتاح وذكر الرويانى في توجيه القول بدخول الحجر الفوقاني القياس على الابواب مع أن الابواب قائمة في الدورات غير مغروزة فيها والقائل الآخر يفرق بأن الابواب البقاء محيط بها وانما تثبت منفصلة ليتمكن ردها وفتحها.

[273]

(فرع) ذكر الامام أن هذا الخوف المذكور في الاجاجين المثبتة والحجر الاسفل من الرجا والسلايم المسمرة يجري في بيع الارض إذا قلنا أنه يدخل في بيعها البناء والغراس. (فرع) تقدم الخلاف في دخول الرجا مرتبا ومن ذلك يأتي فيهما ثلاثة أوجه وقال ابن الرفعة انها مفرعة على النص في أن البناء والغراس يدخلان في بيع الارض (أما) إذا قلنا بعدم الدخول فلا يدخل واحد من الحجرين قولا واحدا وهذا منه رحمه الله إنما يحسن إذا كان الكلام في دخول ذلك في الارض ولم يجر لذلك ذكر وإنما كلامنا وحكاية الاصحاب لوجه في ذلك في دخولها تحت اسم الدار وحينئذ فيتجه الخلاف

مطلقا لان الابنية تندرج في بيع الدار إلا على ما قاله الجوزى وذلك ضعيف جدا والله أعلم. (فرع) الميزاب عده صاحب الحاوى مما يدخل فيحتمل أن يكون ملحقا بالابواب والضباب فيدخل جزما ويحتمل أن يكون ملحقا بالرفوف المتصلة فيجرى فيها الوجهان ويكون أطلق القول فيه على رأى المصنف في دخولها ويدخل الاختصاص التى على السطح قاله صاحب التتمة. (فرع) إذا كان في الدار بئر دخلت لبنها وأجرها قاله القاضى أبو الطيب وغيره ولا خلاف في ذلك وممن صرح بعدم الخلاف فيه صاحب العدة في البئر وسيأتى الكلام في الماء أو صهرج دخل البيع أيضا لانه من جملة بنائها فهو كالخزائن والسقوف ذكره صاحب الاستقصاء ولو كان وراء الدار بستان متصل بالدار لم يدخل في العقد وان قال بحقوقها لان اسم الحقوق لا يطلق على البستان المتصل بالدار قاله القاضى حسين

[274]

(فرع) وأما حریم الدار فان كانت في سكة غير نافذة دخل ولو كان في الحریم أشجار ففي دخولها الخلاف في دخول الأشجار في الدار وان كانت في سكة نافذة أو في طريق الشارع لم يدخل الحریم قاله القاضى حسين وصاحب التهذيب والرافعي بل لا حریم لمثل هذه الدار على ما سنذكر في إحياء الموات وقال المتولي ان الأشجار في الطريق النافذ لا تدخل إلا بالتنصيص وفي غير النافذ إن أطلق العقد لم تدخل وان قال بحقوقها دخلت لان تلك البقعة وما فيها من جملة حقوق تلك البقعة وهذا يقتضى أن الحریم في السكة غير النافذ لا يدخل إلا بالتنصيص وما تقدم عن القاضى حسين والبعوى والرافعي أولى والله أعلم. وقال ابن خيران في اللطيف ان بئر المطر إذا كانت في ملكه خارج الدار لم تدخل في البيع ولا شرط وهذا يوافق ما تقدم عن التتمة قاله ابن الرفعة (قلت) قال في شرح الوسيط ثم يكتب بعده وهذا الذى ذكره ابن الرفعة صحيح وليس اعتراض على كلام الاصحاب فان مقصودهم أنه حيث ثبت الحریم هل يدخل هو وأشجاره في بيع الدار أم لا ولا شك أن الحریم ثابت في السكة المسندة إذا لم يكن فيها إلا تلك الدار وفى الصورة التى فرضها ابن الرفعة أيضا والله أعلم. قال ابن الرفعة وحيث يدخل حریم الدار في بيع الدار ينبغى أن يدخل حریم القرية في بيع القرية. (فرع) إذا اتصل بالدار حجرة أو ساحة أو رحبة قال الماوردى وابن أبى عمرون لم يدخل في البيع لخروج ذلك عن حدود الدار التى لا تمتاز عن غيرها الا بها ولا يصح العقد الا بذكرها وهى أربعة حدود في الغالب فان استوفى ذكرها صح البيع وان ذكر حدا أو حدين لم يصح وان

[275]

ذكر ثلاثة فان كانت الدار لا تتميز بالثلاثة بطل وان تميزت فالصحيح وفيه وجه أنه باطل (قلت) وفى اشتراط ذكر الحدود إذا كانت الدار معلومة نظر الذى ينبغى الصحة إذا ذكر ما يميزها ويمنعها من التباسها بغيرها وعلى ذلك ينبغى أن تتبعها الحجرة والساحة والرحبة المتصلة بها لاقتضاء العرف ذلك (وأما) إذا ذكر الحدود وخرجت الامور المذكورة عن الحدود فالامر كما قال الماوردى وممن حكى الخلاف في مسألة الحدود تبعاً للماوردى

الشاشي في الحلية وقال ابن الرفعة ان الذي يظهر من كلام الاصحاب الصحة إذا أطلق من غير ذكر الحدود وتميزت وحكى مع ذلك كلام الماوردي أيضا والله أعلم بالصواب. (فرع) حكاه الماوردي أيضا إذا اتصل بالدار ساباط على حائط من حدودها ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) أنه يدخل كالجناح (والثاني) لا يدخل الا بشرط كالحجرة والساحة (والثالث) وهو تخريج أبي الفياض ان كان كل واحد من طرفي الساباط مطروحا على حائط لغيره هذه الدار لم يدخل قال ابن عسرون وهو أصحهما وأطلق ابن خيران في اللطيف عدم دخول الساباط وذا باع دارا على بابها طلة مثبتة على جدارها دخل في مطلق بيع الدار خلافا لابي حنيفة رحمه الله تعالى قال صاحب العدة وقال لنا انها جزء من الدار وإذا دخل الميزاب فيه فهذا أولى. (فرع) تقدم أن الاغاليق تدخل في المبيع والمفهوم ما كان مسمرا كالنصب المعهودة والدوار المسمى بالكيلون وتقدم أن اقفال الخزائن المنفصلة ومفاتيحها وذلك ظاهر لان الخزائن

[276]

المنفصلة لا تدخل فهي أولى أما الاقفال الحديد المعهودة على الابواب المثبتة فلا تدخل لانها منقولة كذلك يقتضيه كلام البغوي في التهذيب وغيره وأطلق ابن خيران في اللطيف وهو ظاهر لان العرف لا يقتضى دخولها على الاطراد (تنبيه) يوجد في بعض المختصرات اطلاق القول بأن المفتاح يدخل في بيع الدار (والصواب) ان ذلك محمول على مفتاح الغلق المثبت كالضبة والدوار كما نبهت عليه (أما) مفتاح الغلق المنقول كالاقفال الحديد الذي ينقل فهو تابع للقفل فلا يدخل على ما تقدم عن صاحب التهذيب وغيره قال ابن الرفعة انه لا خلاف في ذلك. (فرع) تقدم عن أبي الحسين الجوزي أنه إذا رهن أرضا أو دارا ففي دخول البناء قولان ونبهت هناك على عرابته وأنه على مسافة تقتضي جريان ذلك في البيع فان صح ذلك زال الحكم بتبعية أكثر ما ذكرناه لانه اذا لم يدخل البناء لا تدخل هذه الاشياء بطريق أولى لكن هذا بعيد جدا لا يشهد له عرف وأما اللغة (1). (فرع) وأما الشجر ففي دخولها في بيع الدار الطرق الثلاث التي مرت في دخولها في بيع الارض هكذا قال القاضي أبو الطيب والمحاملي والمصنف وغيرهم من العراقيين والقاضي حسين والرافعي وكان يمكن أن يقال دخول الشجر هنا أولى من دخوله في بيع الارض لان الدار أسم لجميع ما حواه بناؤه من بناء وشجر وكذلك الارض وحكى الامام والغزالي الخلاف في المسألة ثلاثة أوجه (ثالثها) انه ان بلغت الاشجار مبلغها تجوز تسمية الدار بستانا لها لم تدخل في اسم الدار والا دخلت مالا وهذا

(1) كذا بالاصل فحرر

[277]

أعدل الوجوه وهذا منهما بناء على ما اختاراه أن الشجرة لا تدخل في بيع الارض على الاصح عندهما والا فمتى قيل بالتبعية في الارض ففي الدار

أولى واقتضى كلام الامام في الواجه المذكورة أن التفريع على اتباع الاسم أي على أن البناء والشجر لا يدخل في بيع الارض وما قاله يؤيد ما ذكرته من الاولوية وهو متجه في المعنى الا أن كلام أكثر الائمة من العراقيين وغيرهم فانه يمكن أن تكون الطرق الجارية في استتباع الارض للبناء والشجر جارية في استتباع الدار للشجر فعلى طريقة الاستتباع يدخل الشجر ههنا وكذلك على القول بالاستتباع من طريقة طرد الخلاف (وأما) على طريقة تقدم الاستتباع أو على القول الموافق لها من طريقة الخلاف فتجري الواجه الثلاثة التي ذكرها الامام في استتباع الدار للشجر ومنشأها التردد في أن اسم الدار يشملها لا أنها تدخل تابعة فان التفريع على خلافه وليس في ذلك الا زيادة على ما نقلوه وتفصيل لما أطلقوه وهو حسن وكيفما قدر فالاصح من المذهب الدخول على غير طريقة الامام والغزالي والله أعلم. وقد وقع في التعبير عن الوجه الثالث تفاوت لطيف فعبارة الامام ما قدمتها وكذلك الغزالي في البسيط وقال في الوسيط ان كان بحيث يمكن تسمية ذلك دون الدار بستانا لم يندرج والا فيندرج وأولها ابن الرفعة على أن الشجر يسمى دون الدار بستانا وتكون السدار داخلة تحت اسمه وحينئذ يوافق عبارة الامام والله أعلم. (فرع) الباب إذا كان مغلوقا لا يدخل في بيع الدار والارض الا بالشرط وكذلك ما استهدم من البناء والخشب والأجر وغيره قاله ابن خيران في اللطيف وقد تقدم بعض ذلك عن غيره أيضا.

[278]

(فرع) باع سفينة قال الماوردي يدخل في البيع ما كان من البناء متصلا وفي دخول ما لا يستغنى عنه من ألتها المنفصلة وجهان يعني المتقدمين عن أبي اسحق وابن أبي هريرة. (فرع) تقدم الكلام في حجري الرجا ودخولهما تحت اسم الدار (وأما) لو قال بعتك هذه الطاحونة قال الامام فالحجر الاسفل يدخل لا محالة وفي دخول الحجر الاعلى خلاف (والاظهر) دخوله لان تعرضه باسمها للطحن والطحن لا يقع إلا بالحجر فهذا هو الذي لا ينتج غيره ولاجل هذا الكلام من الامام قال الغزالي في الوسيط انه لا خلاف في أندارجها تحت اسم الطاحونة أي لا خلاف به احتفال وفي البسيط صرح بالخلاف كما ذكر الامام. (فرع) إذا قال بعتك هذا الحانوت قال صاحب الاستقصاء قال الصيمري دخل في بيعها الدر وندو العالج ولا يدخل في بيعها الدرايات لانها منفصلة عنها فهي كالرفوف التي لم تسمر قال يعني الصيمري (وأما) الشرائح فقد قيل تدخل في البيع وقيل لا تدخل (والصحيح) أنها ان كانت كالمبني دخلت والا لم تدخل قال وما سوى ذلك فان كان غير منصوب لم يدخل وان كان منصوبا فقد قيل يدخل كالباب المنصوب وقيل لا يدخل كالرفوف التي لم تسمر (قلت) وقد تقدم حكاية الوجهين في الدراديب (وأما) المتصل بالحائط من الخشبة فانه يدخل في البيع أيضا لاتصاله جزم به الماوردي. (فروع) جرت عادة الاصحاب بذكرها في هذا الباب. لو باع العبد وفي أذنه حلق أو في أصبعه خاتم أو في رجله حذاء لم يدخل في البيع لان ذلك ليس من أجزاء العبد وهل تدخل

[279]

ثيابه التي عليه في البيع فيه ثلاثة أوجه (أحدها) وهو الذي نسبه الماوردي إلى جميع الفقهاء لا لأنه لا يدخل شيء من ذلك إلا بالتسمية. قال الروياني ولكن العادة جارية بالعفو عنها فيما بين التجار (والثاني) وبه قال أبو حنيفة يدخل ذلك في مطلق البيع (والثالث) يدخل قدر ما يستتر العورة للضرورة كنعن الدابة وان باع دابة وعليها سرج ولجام لم يدخل ذلك في البيع وجها واحدا قاله في الاستقصاء ولا يدخل في بيعها المقود والحبل قاله الروياني وحكى عن بعض الناس أنه يدخل في بيعها المقود والحبل قال الماوردي وهو قول من أوجب في بيع العبد والامة قدر ما تستتر به العورة ويدخل في بيع الدابة النعال المسمرة في أرجلها لأنها كالمتمصلة بخلاف القرط في الاذن حيث لم يدخل لان النعل يستدام والقرط لا يستدام قاله الماوردي وان باع سمكة فوجد في جوفها لؤلؤة أو جوهرة لم تدخل في البيع ثم ينظر فان كانت اللؤلؤة أو الجوهرة فيها أثر ملك من ثقب أو صنعة فهي لقطة والا فهي ملك الصياد كما يملك من ما يأخذه من المعدة فان السمكة قد تمر بمعادن اللؤلؤ والجوهر وربما ابتلعت شيئا منه قاله الماوردي. وان باع طيرا فوجد في جوفه جرادا أو سمكا قال الماوردي دخل في البيع لانه من أعذيته قال في الاستقصاء فهو كالحب في بطن الشاة قال الماوردي ولو وجد في جوفها حماما لم يدخل في البيع وان ابتاع سمكة فوجد في جوفها سمكة جزم الماوردي بالدخول لان السمك قد يتغذى بالسمك وحكى صاحب الاستقصاء أربعة أوجه (أحدها) هذا (والثاني) لا يدخل بل هو على ملك البائع (والثالث) ان كان صغيرا دخل وان كان كبيرا لم يدخل قال في

[280]

الاستقصاء قال الصيمري (والصحيح) أن يقال إن كان هذا الحوت مما يأكل الحيتان دخل في بيعه كما يدخل في بيع الطير الذي يأكل الحيتان وان كان مما لا يأكل لم يدخل الحيتان لم يدخل قال الماوردي قال الشافعي ويؤكل الحوت والجراد الموجود في جوف الطائر قال الماوردي وهذا صحيح لكن بعد الغسل لتنجسها بما في جوف الطائر فلو كان مأخوذا من جوف الحوت لم يجب غسله لان ما في جوف الحوت ليس بنجس وما في جوف الطائر نجس (قلت) وما في جوف السمك وجهان (أظهرهما) عند الرافعي النجاسة فعلى هذا يجب الغسل فيهما وان باع دجاجة وفي جوفها بيض دخل في البيع لانه من نماء الاصل فهو كالحمل قاله صاحب الاستقصاء. (فرع) في مذاهب العلماء حكى عن أبي حنيفة رضى الله عنه أنه قال حقوق الدار الخارجة منها لا تدخل في بيع الدار وان كان متصلا بها وبهذا قال الشرطيون وكل حق هو لها خارج منها احتراز من قوله وحكى عن زفر رحمه الله أنه قال إذا كان في الدار آلة وقماش دخل في البيع ولهذا قال الشرطيون وكل حق هو لها ومنها احتراز من قوله قال ذلك صاحب الحاوي ورد صاحب الحاوي على زفر بانه لو دخل ذلك لدخل ما في الدار من عبيد واماء وما أشبه ذلك وطعام وما أحد قال هذا. قال الماوردي حكى عن ابن عمر رضى الله عنهما أن جميع ما على العبد والامة من ثياب وحلى يدخل في البيع لانه في يده.

[281]

قال المصنف رحمه الله تعالى. (وأما الماء الذي في البئر فاختلف أصحابنا فيه فقال أبو إسحق الماء غير مملوك لأنه لو كان مملوكا لصاحب الدار لما جاز للمستأجر شربه لأنه اتلاف عين فلا يستحق بالاجارة كثمرة النخل والواجب أن لا يجوز للمشتري رد الدار بالعيب بعد شربه كما لا يجوز رد النخل بعد أكل ثمرة فعلى هذا لا يدخل في بيع الدار غير أن المشتري أحق به لثبوت يده على الدار وقال أبو علي ابن أبي هريرة هو مملوك لمالك الدار وهو المنصوص في القديم وفي كتاب حرمة لأنه من ماء الارض فكان لمالك الارض كالحشيش فإذا باع الدار فان الماء الطاهر للبائع لا يدخل في بيع الدار من غير شرط وما يظهر بعد العقد فهو للمشتري فعلى هذا لا يصح البيع حتى يشترط أن الطاهر من الماء للمشتري لأنه إذا لم يشترط اختلط ماء البائع بماء المشتري فينفسخ البيع.

[282]

(الشرح) قد تقدم أن بناء البئر والصهرج يدخلان في بيع الدار فاما الذي في البئر فيحتاج إلى مقدمة وهي أن أصحابنا اختلفوا في أن الماء الذي في البئر هل يملك أو لا على وجهين (أحدهما) وبه قال أبو إسحق المروزي وهو اختيار الشيخ أبي حامد على ما حكاه صاحب البيان أن الماء غير مملوك لأنه يجري تحت الارض ويحى إلى ملكه فهو بمنزلة الماء الذي يجري في النهر إلى ملكه فانه لا يملك بذلك هكذا قال القاضي أبو الطيب ولما ذكره المصنف أيضا وقياسه على تمر النخل يعني إذا استأجر الارض يعني فلما جاز للمستأجر شربه وجاز ردها بالعين بعد شربه دل ذلك على أنه مباح غير مملوك وإنما منع منه قبل الاجارة لأنه لا يجوز له الدخول إلى ملك غيره بغير حق فلو أن داخلا دخل واخذه ملكه واستدل أيضا بأنه إذا اشترى دارا واستقى من بئرها ثم وجد بها عينا كان له ردها (والثاني) وهو اختيار أبي علي ابن أبي هريرة انه يملك ما ينبع في أرضه من عين أو بئر لأنه نماء ملكه كلبن الشاة والبقرة والحشيش النابت ونقل هذا عن نصح في

[283]

القديم وعن كتاب حرمله وإنما جاز للمستأجر استعماله لأنه كالمأذون له بالعرف ولم يجب على المشتري غرمه لان حكمه موضوع على التوسعة ومحل الوجهين فيهما إذا كان البئر مملوكا أما إذا قصد بحفرها الاستقاء ولم يقصد التملك فالماء المجتمع فيها لا يكون ملكا بالاتفاق للأصحاب. إذا علم ذلك (فان قلنا) انه لا يملك لم يدخل في بيع الدار وكل من استقاه وحازه ملكه (وإن قلنا) انه مملوك لم يدخل الموجود منه في البيع لأنه ظاهر كالثمرة الظاهرة وما ظهر بعد العقد يكون للمشتري لأنه حدث في ملكه فعلى هذا لا يصح بيع البئر أو الدار التي فيها البئر على أن الماء الموجود عند العقد للمشتري لأنه لو لم يشترط كان باقيا على ملك البائع فيختلط بالماء الذي يحدث بعد العقد على ملك المشتري فيكون العقد باطلا من أصله وهو يشبه ما إذا باع شجرة وعليها حمل ثمرة مؤبرة ويعلم أنه يحدث حمل آخر ويتلاحق بالاول قبل امكان قطع الاول وسيأتي الكلام في ذلك إن شاء الله تعالى ونقل الامام وغيره أن من أصحابنا من اتبع الماء البئر وجعله كالثمرة غير المؤبرة وهذا الوجه غريب جدا ومع غرابته

صححه ابن أبى عصرون في الاستقصاء وقال انه الاصح وانه يدخل في بيع الدار وان جهل المقدار منه كما يدخل الحمل تبعا وحزم به في المرشد وهذا وان كان خلاف المشهور فالفرق يقتضيه فليخلص من هذا أن البيع على المشهور إذا أطلق في البئر والدار التي فيها لا يستتبع الماء لانه باطل على قول ابن أبى هريرة

[284]

والباطل لا يستتبع وصحيح على قول ابى اسحق لكن الماء غير مملوك فلا يدخل في البيع فإذا شرط دخوله على قول أبى هريرة كان ذلك بالشرط لا بالتبعية هذا ما ذكره العراقيون وقطعوا به قال الامام وليست أرى قياسا ولا توفيقا يخالف ما ذكروه ولكن العادة عامة في المسامحة به فان تناقلت (1) ناظر عن هذا فكذلك والامام لم يخالفهم في الحكم كما ترى وقد تقدم الوجه الذي نقله هو في غير هذا الموضوع ذكره في باب بيع الكلاب ولا يجوز بيع ماء البئر وحده باتفاق قال الامام والماء الجاري أولى بالفساد (فان قلت) كيف صح اشتراطه وهو لو باع ماء البئر وحده لم يصح أما على قول أبى اسحق فظاهر وأما على القول الآخر فلانه لا يمكن تسليمه كما في مسألة الثمار ولا يجوز أن يبيعه جملة الماء الموجود والذي سيحدث لانه مجهول معدوم وكذلك حزم القاضى أبو الطيب وغيره هنا بانه لا يجوز بيع ماء البئر (قلت) صحيح أن بيع ماء البئر وحده لا يجوز جزما للعلة المذكورة وهي منتفية فيما إذا باعه مع البئر أو الدار لان الحادث حينئذ يكون على ملك المشتري فلا يحصل اختلاط المبيع بغيره فقد أمنا من الفساد ويصح بيع البئر وما فيها من الماء كما قلنا في الدار وقد اعترض زين الدين الحلبي شيخ صاحب الوافى على المصنف في قوله انه إذا لم يشترط اختلاط ماء البائع بماء المشتري فينفسخ البيع بان الماء الظاهر ليس يمنع فاختلاطه بماء المشتري لا يوجب

(1) كذا بالاصل فحرر

[285]

الفسخ وأجاب صاحب الوافى بأن الماء المجتمع حالة العقد في الارض وهو غير ظاهر تابع للارض يدخل في العقد فيكون مبيعا فإذا اختلط بماء البائع فينفسخ العقد في قدر ذلك الماء المبيع لاختلاطه قبل القبض بما لا يتميز منه فكان كالتالف قبل القبض وإذا تعذر القبض في أحد العينين المبيعتين هل يكون كالتعذر في الاخرى حتى يبطل في الجميع فيه خلاف ذكرناه في كتاب البيوع اه ما أجاب به وأنا أقول ان اختلاط الماءين في هذه المسألة كاختلاط الثمرة الحادثة بالموجودة فيما إذا كان المبيع هو الشجرة وسيأتى في آخر كلام المصنف أن الاكثرين على أنها على القولين في اختلاط الثمار المبيعة بغيرها (والصحيح) عند المصنف من القولين المذكورين الانفساخ وإذا ثبت هناك أن اختلاط الثمرة حيث تكون الشجرة مبيعة كاختلاط الثمرة حيث تكون نفسها مبيعة والثمره هناك إذا علم تلاحقها لا

يصح البيع من أصله كما سيأتي فحيث تكون الشجرة مبيعة وعليها ثمرة مؤبرة يعلم تلاحقها بغيرها ينبغي أن يكون كذلك ويبطل البيع من أصله وكذلك مسألة الماء في مسألتنا هذه فصح قول المصنف بالانفساخ وليس معناه أن العقد ينعقد ثم يفسخ بعد ذلك بالاختلاط ولكن هذا تعليل لبطلان العقد من أصله لانه إذا علمنا أن العقد لو انعقد طرأ عليه ما يفسخه حكماً بطلانه من أصله لعدم الفائدة فيه وهذا التصوير صحيح على رأي المصنف وغيره من الاصحاب فان الصحيح عنده وعند الاصحاب

[286]

فيما إذا كان اختلاط الثمار معلوماً ببطلان البيع وإنما اختلف التصحيح فيما إذا كان الاختلاط نادراً ثم وقع وأما ما أجاب به صاحب الوافي فلا يتجه لأن الصحيح عند المصنف وغيره أن تلف بعض المعقود عليه قبل القبض لا يوجب البطلان في الباقي وإذا كان الصحيح عدم البطلان فكيف يخرج عليه كلام المصنف هذا الذي جزم فيه بالانفساخ هذا فيما هو جزء كأحد المعنيين أما الماء الموجود الكائن في الأرض عند البيع فقد يقال إنه ليس بمنزلة الجزء بل هو وصف متعذرة أو يبلغه قبل القبض بمنزلة العيب الحادث قبل القبض يوجب الخيار ولا يقتضى البطلان جزماً والله أعلم. (فرع) وأما العيون المستنبعة والأودية والعيون ففي تملك مائها أيضاً وجهان وقرارها مملوك ولا يجوز بيع مائها لم تقدم بلا خلاف لاختلاط المبيع بغير المبيع ويجوز بيع قرار العين أو سهم منها ويكون لمشتري ذلك حق في الماء لثبوت يده على الأصل قاله الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب وغيرهما ولا يجوز أن يبيعه سهماً من الماء وكذلك لا يصح أن يقول بعثك يوماً أو ليلة أو كذا وكذا يوماً من الماء لأن الزمان لا يصح بيعه والماء الذي في العيون والآبار لا يصح بيعه قاله صاحب البيان ولو باع العين قال الاصحاب والحيلة فيمن أراد أن يشتري ماء العين أو سهماً منه أن يشتري العين أو سهماً منها فيكون ما يحدث من الماء على ملكه على قول ابن أبي هريرة ويكون أحق به على قول أبي اسحق قال صاحب البيان هكذا ذكر أصحابنا

[287]

وعلى قياس ما ذكروا في بيع الدار التي فيها بئر ما إذا اشترى العين أو سهماً منها (إذا قلنا) الماء مملوك فيشترط أن يشتري مع العين الماء الظاهر وقت البيع لئلا يختلط ماء المشتري بماء البائع فيفسخ البيع ويشترط رؤية الماء وقت البيع ولا تكفى الرؤية المتقدمة لأنها رؤية للماء الحادث وقت الرؤية لا لما يحدث بعده قال المحاملى ولو باع العين والماء الذي فيها لم يجز لانه بيع معلوم ومجهول هكذا قال وفيه نظر لانه ان كان مراده الماء الحاصل فيها فهو كبيع البئر ومائها وقد تقدم أنه جائز وان كان مراده الذي يحدث بعد البيع فيمكن أن يسلم له الحكم بالبطلان لكن بغير العلة التي ذكرها بل لانه بيع موجود ومعدوم ويمكن أن يقال ان ذلك يصح لانه بيان لمقتضى العقد إذا كان الحادث تابعا وان أراد الماء الموجود وان ذلك فيما إذا لم يعلم مقداره فمثله يجري في ماء البئر وبشرط صحة البيع في الباين العلم والله أعلم. ولو باع مائة من الماء الذي في البئر وقلنا الماء مملوك ففي صحة البيع وجهان مبنيان في النهاية على ما إذا رأى

المودجا من لبن الضرع (1) لان بعضه مرئى وبعضه غير مرئى يشترط أن يكون المقدار المبيع من ماء البئر يعتقد بالتزايد فيه كما في لبن الضرع ولو باع مائة منا من ماء نهر كان ممنوعا وجها واحدا ولو باع من النهر من غير تعرض للماء صبح والقول في الماء كما تقدم في البئر وان باع النهر مع مائه الجاري فيه وقلنا الماء غير مملوك وغير مملوك مجهول وان قلنا مملوك فقد جمع بين مجهول ومعلوم والاصح في مثله بطلان البيع في الجميع.

(1) بياض بالاصل فحرر

[288]

(فرع) عن الامام لو كان في الارض المبيعة نهر فالكلام في مائه كالكلام في ماء البئر قال ابن الرفعة ولعل محله إذا كان واقفا فيه دون ما إذا كان جاريا فليتأمل (قلت) ويتعين حملة على ذلك لما تقدم أن الجاري لا يجوز بيعه جزما. (فرع) وأما الماء الذي يؤخذ من مطر أو نهر أو غيرهما ويجعل في صهريج قال في الاستقصاء فقد قال أبو الفتح نصر المقدسي رحمه الله فعندي أنه يدخل في البيع إلا بالشرط ولا في الاجارة إلا بلفظ الاباحة قال وهذا صحيح لانه ليس من نماء الارض فهو كسائر المائعات من الزيت وغيره إذا خلط فيه. (فرع) المياه الجارية في الانهار كالغرات ودجلة وجيحون والنيل وغيرها من الانهار الكبار والصغار ليست مملوكة لاحد وجها واحدا لانها تنبع من المواضع التي ليست مملوكة كالجبال والشعاب ومن استقى شيئا منها وحازه ملكه وإذا جرى ماء من هذه الانهار إلى ملك انسان كما المد يدخل في أرضه لم يملكه إلا بالحيازة بل يكون أحق به وإذا حفروا أنهارا فاجروا فيها من هذه الانهار ماء فليس أيضا بمملوك ولهذا يحل للعطشان أن يشرب منها بغير إذن مالك النهر قاله القاضي أبو الطيب وغيره ولو باع مقداراً من ماء نهر جار أرضه مملوكة لم يصح لانه لا يمكن تنزيل العقد على معين فيه يمكن تسليمه قال صاحب البيان وعلى قياس هذا ما يقع في أرضه من ماء المطر فانه لا يملكه ولا يصح بيعه وجها واحدا لانه إنما يملك ماء البئر على قول أبي على لانه نماء أرضه وليس هذا بنماء أرضه وانما هو أحق به كما لو يوجد في أرضه صيد (قلت) وهذا ما لم تحصل حيازته (أما) إذا أخذه وحازه ملكه وفي البيان أن أصحابنا أجمعوا على أنه لو احتاز ماء من نهر عظيم ثم أعاده إليه أنه

[289]

لا يختص بشركة في هذا النهر قال وان أتلف رجل على غيره ماء فهل يلزمه قيمته أو مثله فيه وجهان (قلت) وهذا الخلاف على إطلاقه يقتضى الخلاف في أن الماء مثلى أو متقوم والمعروف أنه مثلى وأنه إذا أخذه في مفازة ثم غرمه في البلد يغرّم قيمته والبئر الذي ليس بمملوك بأن قصد حافره في الموات الاستقاء منه وعدم تملكه فما فيه من الماء لا يملك قولاً واحدا نقله الامام عن الشيخ أبي على فلا يصح بيعه. (فرع) فاما ما تولد في

انهار الارض وعيونها من السمك فلا يملك على الوجهين وجه أبي إسحق ووجه ابن أبي هريرة الا بالحيازة كما لا يملك ما فرخ من الصيد في أرضه الا بأخذه وانما له منع الناس من ذلك لما فيه من دخول أرضه والتصرف في ملكه فان أخذوه ملكوه دونه قاله الماوردي. (فرع) ذكره الروياني في هذا الموضوع وان لم يكن له به ذاك التعلق إذا قال بعتك جميع حقي من هذه الدار وهو عشرة أسهم من عشرين سهما وكان حقه خمسة عشر وقع العقد على عشرة أسهم (قلت) وقد يتخيل أن ذلك كما إذا قال بعتك هذه الصبرة على أنها عشرة أصع فخرجت أكثر وليست مثلها فان الصبرة المشاهدة يتعلق الغرض الاعظم بعينها كلها وفي الجزء المشاع يتعلق الغرض الاعظم بما يذكر من مقداره والله أعلم. (تنبيه) هذا القول الذي نقله المصنف عن أبي إسحق هل هو القول الذي يقول أن لا يملك قط لا بالاجارة ولا بغيرها أو غيره قال ابن أبي الدم هو غيره ومذهب أبي إسحق في ماء البئر خاصة قبل الاجارة وهو الخلاف المذكور في أن من حفر بئرا

[290]

في ملكه فاجتمع فيها ماء هل يملك ذلك الماء بمجرد كينونته في البئر أم لا يملكه حتى يختاره ببناء أو طرف وجهان مشهوران (قال) أبو إسحق لا (قال) ابن أبي هريرة نعم ولا خلاف عندهما أنه يملك بالاجارة (وأما) ذلك الوجه البعيد الذي حكاه الامام أن الماء لا يملك قط بالاجارة ولا غيرها فهو مهجور غير مشهور قال لم أر أحدا حكاه سواه ولا تفريع عليه وهذا الوجهان ذكرهما المصنفون في الطريقتين وفرعوا عليهما. قال المصنف رحمه الله تعالى. (وان كان في الارض معدن باطن كمعدن الذهب والفضة دخل في البيع لانه من أجزاء الارض وان كان معدنا ظاهرا كالنفط والقار فهو كالماء مملوك في قول ابن أبي هريرة وغير مملوك في قول أبي إسحق والحكم في دخوله في البيع على ما بيناه في الماء وان باع أرضا وفيها ركاز أو حجارة مدفونة لم تدخل في البيع لانها ليست من أجزاء الارض ولا هي متصلة بها فلم تدخل في بيعها). (الشرح) النفط (1) والقار (2) (أما) الاحكام ففيه مسألتان (احدهما) المعدن على قسمين باطن وظاهر وقال القاضي أبو الطيب والماوردي جامد وذائب (القسم الاول) الباطن قال صاحب الاستقصاء أي غير متميز عن الارض كالذهب والفضة والفيروزج والرصاص والنحاس وسماها القاضي أبو الطيب والماوردي معادن الجامدات فيدخل في بيع الارض جزما لما ذكره المصنف ولا فرق بين

(1 و 2) بياض بالصل فحرر

[291]

المعدن المذكور وبقية أجزاء الارض الا أن بعض الاجزاء أفخر من بعض ولا يجوز بيع معدن الذهب بالذهب ولا معدن الفضة بالفضة ويجوز بغير الائمان قولا واحدا وهل يجوز بيع معدن الذهب أو معدن الفضة بالذهب فيه قولا

الجمع بين بيع وصرف قاله الروباني (والقسم الثاني) المعدن الظاهر أي المتميز عن الأرض وهي أعين للمائع كالنفط والقار والموميا والملح والكبريت والزئبق والكلام فيه كالكلام المتقدم في الماء حرفا بحرف وممن ذكر المسألة كما ذكرها المصنف الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والماوردي والمحاملي والرافعي وغيرهم وجزم الغزالي في الوسيط بعدم الدخول فيه مع حكاية الخلاف في الماء قال ابن الرفعة وحمله على ذلك قول الامام إذا باع الأرض وفيها معدن فما يتجدد بعد البيع للمشتري وما كان مجتمعا فهو للبائع ولا تردد فيه بخلاف الماء فان من الناس من قال لا يملك (قلت) فان أراد الامام ان من الناس من لا يملك أصلا ولا بالحيازة كما هو وجه بعيد حكاه هو فصحيح ان ذلك الوجه لاجريان له في المعدن لكن لا أثر لذلك في مسألتنا لان الكلام مادام في مقره قبل الحوز وان أراد به لا يملك مادام في البئر فالمعدن كذلك عند أبي اسحق القائل بذلك في الماء كما صرح به المصنف هنا وغيره وهذا الذي ذكرناه في بيع الأرض المشتملة على المعدن جار بعينه في بيع الدار المشتملة على المعدن وفي الدار فرض الغزالي المسألة في الوسيط (المسألة الثانية) إذا باع أرضا فيها ركاز أي كنز مدفون من ذهب أو فضة أو خشب أو آجر أو حجارة مدفونة أو غير ذلك سواء كان

[292]

من دفين الجاهلية أو من دفين الاسلام لا يدخل في البيع ولا يحل للمشتري أخذه إذا وجده لان ذلك ليس من أجزاء الأرض ولا من نمائها ولا متصلا بها فلم يدخل كمتاع البيت والطعام الذي فيه (والظاهر) أنه لمن ملكته منه الدار فإذا ادعاه فهو له وان لم يدعه فهو لمن ملكه البائع منه وعلى هذا أبدا. هكذا ذكر الشيخ أبو حامد والمحاملي وغيرهم من الاصحاب (المسألة الثانية) الاحجار على ثلاثة أقسام (الاول) أن تكون مخلوقا في الأرض فتدخل في بيع الأرض كما يدخل قرار الأرض وطينها ثم هي على ثلاثة أصنوف (الاول) أن يضر بالزرع والغرس جميعا فهي عيب إذا كانت مما يقصد لذلك وفيه وجه أنه ليس بعيب وانما هو فوات فضيلة وشرط الماوردي والمتولي في كون ذلك عيبا أن تكون الأرض مبيعة بغير الغراس والزرع قال المتولي فلو اشتراها للبناء فهي أصلح له فلا خيار وينبغي أن يحمل كلامهما على ما إذا لم يكن مقصوده الزرع والا فالبيع لا يعين جهة المنفعة فيه وليس كالأجارة (الضرب الثاني) يضر بالغراس دون الزرع لوصول عروق الغراس إليها دون الزرع فوجهان (أحدهما) أنه عيب (والثاني) ويحكى عن أبي اسحق المروزي أنه ليس بعيب ولا خيار فيه لان الأرض إذا كانت تصلح للغرس دون الزرع أو الزرع دون الغرس لم يكن ذلك عيبا لكمال المنفعة باحدهما قال الروباني وكذلك لو كانت تصلح للغرس دون الزرع قال الماوردي (والاصح) عندي أن ينظر في أرض تلك الناحية فان كانت مرصدة للزرع أو بعضها للغرس وبعضها للزرع فليس هذا بعيب وان كانت مرصدة للغرس فهذا عيب لان العرف المعتاد يجري مجرى الشرط قال ولعل اختلاف الوجهين محمول على هذا التفصيل فلا يكون

[293]

في الجواب اختلاف لكن ذكرت ما على وبينت ما اقتضته الدلالة عندي (قلت) وهذا حسن ووافق الغزالي فيه وهو يقتضى انها إذا كانت في موضع غير معد للزرع ولا للغرس كالاراضى بين البنيان في كثير من المواضع فيكون فوات منفعة الزرع والغرس جميعا فيها ليس بعيب ولذلك شرطنا في أول الكلام تبعا للرافعي أن تكون مقصودة للغراس والزرع واستثنى هو أيضا أن تكون الارض مبيعة لغير الغراس والزرع والله أعلم. (الضرب الثالث) أن لا تكون مضرة بالغراس ولا بالزرع لبعدهما بينهما وبين وجه الارض فليس هذا بعيب ولا خيار للمشتري (القسم الثاني) من أحوال الحجارة ان تكون مبنية في الارض كالتي تكون في أبنات الجدران وما أشبهها فهي داخلة في البيع أيضا لانها موضوعة للاستدامة وهذا على المذهب في أن بيع الارض يستتبع البناء والطرق التي تقدمت في ذلك جارية فيه حرفا بحرف كما اقتضاه كلام الامام وغيره قال في البحر وكذلك ان كان البناء منهوما أو كانت في طى بئر خراب وهذا الكلام في الدخول (وأما) كونها عيبا فقد جعلها الرافعي (1) في كونها عيبا إذا كانت مضرة بالغراس والزرع كالمخلوقة (وأما) الماوردي فانه قال إن الغالب فيما بني على الارض من حجر أنه غير مضر بزرع ولا غرس لان العروق جارية في مسناة الارض ومشاربها قال فان كانت كذلك فلا خيار وان كانت مبنية بخلاف العرف في موضع مضر بالزرع فللمشتري الخيار على ما مضى الا أن يسهل قلعها لقصر المدة وقلة المؤنة فلا خيار (2) أثبتنا

(1 و 2) بياض بالاصل فحرر

[294]

الخيار فاختر انما البيع فانه يمسك الارض والحجارة بجميع الثمن (القسم الثالث) أن تكون مدفونة فيها كما فرضه المصنف وقيل ان ذلك كان عادة أهل الحجاز ينحتون الاحجار ويدفنونها إلى وقت الحاجة إليها ولا خلاف انها لا تدخل في بيع كالكنوز والاقمشة نص عليه الشافعي رضى الله عنه والاصحاب وقول المصنف ليست من أجزاء الارض إحتراز من المعدن (وقوله) ولا هي متصلة بها إحتراز من البناء والغراس ثم لا يخلو المشتري اما أن يكون عالما بالحال أو جاهلا ان كان عالما فلا خيار له في فسخ العقد وان تضرر بقلع التابع سواء كانت الارض خالية عن غراس وبناء أو غير خالية ودخل في العقد اما تبعا أو مع التصريح وللبائع النقل وان أضر بالمشتري بان كان تنقص قيمة الارض أو الغراس أو الزرع الداخل في العقد أو الذى أحدثه المشتري بعده أو لم ينقص وان أبى البائع القلع فللمشتري اجباره عليه سواء كان تبقيتها تضر أولا. وفي الوسيط حكاية وجهه أنه إذا لم يتضرر لم يجبره على النقل وسيأتى مثله فيما إذا كان جاهلا (والصحيح) الاول وان للمشتري اجبار البائع على القلع والنقل تفريغا لملكه بخلاف الزرع فان له أمدا ينتظر ولا أجرة للمشتري في مدة القلع والنقل وان طالت كما لو اشترى دارا فيها أقمشة وهو عالم بها لأجرة له في مدة النقل والتفريغ ويجب على البائع إذا نقل تسوية الارض. وان كان المشتري جاهلا بالحجارة فللحجارة بالنسبة إلى الضرر في قلعها وتركها احوال أربعة (احدها) أن يكون تركها غير مضر لبعدها عن عروق الغراس والزرع وقلعها غير مضر لانه

لم يحصل في الارض غراس ولازرع فالبيع لازم ولا خيار للمشتري وللبائع النقل وللمشتري اجباره عليه على المذهب وحكى الامام وجها ضعيفا أنه لا يجبر والخيرة للبايع والمذهب الاول قال الاصحاب فلو سمح بها للمشتري لم يلزمه القبول لانها هبة محضة والرافعي أطلق تصوير المسألة في نفي الضرر فلم يحتج إلى زيادة على ذلك والماوردي أراد بالضرر ضرر الزرع والغراس فلذلك قال ما نذكره ملخصا من كلامه وكلام غيره وهو أنه إذا قلعهما فان كان المشتري عالما بالحجارة فلا أجرة له على البائع في مدة القلع لان علمه بها يجعل قلعهما مستثنى كتقنية ثمرة البائع على نخل المشتري وان كان المشتري غير عالم بالحجارة فان كان زمان القلع يسيرا لا يكون لمثله أجرة كيوم أو بعضه قاله الماوردي وغيره فلا أجرة على البائع وان كان كثيرا كيومين وأكثر قاله البندنجي فان كان بعد قبض المشتري وجب على البائع اجرة المثل على الصحيح لتفويته على المشتري منفعة تلك المدة وهل يجب عليه تسوية الارض واصلاح حفرها بقلع الحجارة فيه طريقان (أحدهما) القلع بالوجوب وهو قول الماوردي (والثانية) على وجهين في التهمة ولا خيار وان للمشتري كما لو قطع البائع يد العبد المبيع بعد القبض وجب الارش ولا خيار وان كان قبل قبض المشتري ففي وجوب الاجرة على البائع وجهان (أحدهما) نعم كما بعد القبض (والثاني) ونسبه الماوردي إلى جمهور أصحابنا أنه لا أجرة عليه لان منفعة الارض قبل القبض مفعوتة على المشتري بيد البائع على الارض أخذا من أن جنايته كالآفة السماوية (فاما) تسوية الارض

واصلاح حفرها ففيه طريقان قال الماوردي فلا يجب على البائع وجها واحدا لكن يجب بذلك للمشتري خيار الفسخ لانه عيب كما لو قطع البائع يد العبد المبيع قبل القبض وقال غيره فيه وجهان (الحالة الثانية) أن يكون تركها مضرا لقربها من عروق الغراس والزرع وقلعها مضرا لما في الارض من غراس وزرع فان كان المشتري عالما بالحجارة وبضررها فلا خيار له في الفسخ ولا أجرة له في القلع وأن كان جاهلا اما بالحجارة واما بضررها اما في القلع واما في الترك فله الخيار هكذا يقتضيه كلام الاصحاب وقال الرافعي للمشتري الخيار سواء جهل أصل الاحجار أو كون قلعهما مضرا فأغفل قسما آخر لم يشمل كلامه وهو ما إذا كان عالما بالاحجار ويكون قلعهما مضرا ولكن جهل كون تركها مضرا فمفهوم كلامه أنه لا يثبت له الخيار وليس كذلك لانه لا فرق بين ضرر الترك وضرر القلع في ذلك وقد يطمع في أن البائع يتركها فلا يحصل ضرر. إذا علم ذلك فإذا ثبت الخيار قال الاصحاب لا يسقط خياره بأن يترك البائع الاحجار لما في بقائها من الضرر وهل يسقط الخيار بأن يقول للمشتري لا تفسخ لاغرم لك أجرة مدة النقل فيه فيه وجهان عن رواية صاحب التقريب (أصحهما) عند الامام والرافعي لا كما لو قال البائع لا تفسخ لاغرم لك الارش ثم ان فسخ رجع بالثمن والافعلى البائع النقل وتسوية الارض سواء كان النقل قبل القبض أم بعده هكذا قال الرافعي وقد تقدم عن الماوردي أنه إذا كان قبل القبض لا تجب التسوية وجها واحدا بل يثبت به الخيار وكذلك صرح به ههنا هو

[297]

والشيخ أبو حامد ورجحه الرويانى (أما) بعد القبض فتجب التسوية على المشهور وقد تقدم ذكر وجهين في التتمة وفي آجرة النقل ثلاثة أوجه (نالها) وهو الاظهر وهو قول أبى اسحق المروزى على ما نقله أبو الطيب الفرق بين أن يكون النقل قبل القبض فلا يجب أو بعده فيجب (والصحيح) عند الشيخ أبى حامد أنها لا تجب مطلقا والكلام في وجوب الآجرة والتسوية في هذا القسم والذي قبله

[298]

واحد وكذلك لم يتكلم الرافعى عليه إلا في هذا القسم واعلم أن الرافعى رحمه الله تعالى أطلق الخلاف في وجوب الآجرة هكذا ومن جملة أقسام ما فرضه أن يكون عالما بالحجارة جاهلا بضررها مع أن الرافعى أطلق أولا أيضا أنه متى كان عالما بالحال فلا آجرة وقد يقع بين هذين الكلامين التباس فالصواب في بيان ذلك وتحرير حمل وجوب الآجرة ما قاله والقاضى أبو الطيب والماوردي جعل محله إذا كان جاهلا بالحجارة وبضررها

[299]

فان كان عالما بالحجارة غير عالم بضررها فانه يثبت له الفسخ لعدم علمه بالضرر ولا يستحق الآجرة وان أقام لعلمه بالحجارة وان العلم بها يجعل زمان قلعه مستثنى وكذلك قال في القسم الذى تقدم وينبغى أن ينزل كلام الرافعى على هذا التفصيل فانه مع العلم بالحجارة يمنع ايجاب الآجرة كالثمرة المؤبرة وزمان تفريغ الدار من القماش وما أشبه ذلك قال الرافعى ويجرى مثل هذا الخلاف في وجوب الارش لو

[300]

بقي في الارض بعد التسوية نقصان وعيب وكذا قاله القاضى حسين فسلكا بالارش مسلك الآجرة ولم يسلكا ولا من وافقهما فيما تقدم بالتسوية مسلك الآجرة بل أوجبها مطلقا وكذلك الشافعى رضى الله عنه في الام أطلق وجوب التسوية وهو الذى قاله المحاملى والقاضى حسين والامام وابن أبى هريرة أيضا أوجب التسوية قبل القبض ولم يوجب الآجرة كما فعل الرافعى وقد يقال في الفرق إن المنافع

[301]

والاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن فلذلك ثبت له الخيار فقط لانه عيب ولم يضمن تخريجا على أن جناية البائع كالأفة السماية (وأما) الحفر في الارض فانه أذهب بعض أجزاء المبيع لان التراب بعض الارض فيجب عليه اعادتها ولذلك قال ابن الرفعة خيال ضعيف ثم هو غير مستمر لان التراب الذي كان في موضع الحفر كان قد بان وسلك به مسلك الاجزاء فينبغي انفساخ العقد فيه وليس كذلك

[302]

وان كان باقيا قد زال عن ذلك الموضع عيب فرده من باب إزالة المعيب ولا يلزمه وايجاب عين أخرى يسوى بها الحفر أبعد والله أعلم وممن صرح بأن الارش كالأجرة صاحب التقريب فيما حكاه عنه الامام أنه حكى في الارش الاوجه الثلاثة التي في الاجرة وقد جعل صاحب التتمة حكم التسوية قبل القبض مبنيا على جناية البائع (ان قلنا) كالأفة السماوية لم يجب وهذا يوافق ما ذكرناه عن الماوردي

[303]

وهو الصواب وحكى صاحب التتمة وجهين في وجوب التسوية بعد القبض لان التسليم في القدر المتصل بملكه لم يتم كما يقوله فوضع الجوائح والشافعي رحمه الله تعالى في الام أطلق وجوب التسوية ولم يفصل بين ما قبل القبض وبعده ولذلك قال ابن الرفعة ان الذي يقع في النفس صحته الجزم بوجوب التسوية والاجبار عليها كما هو ظاهر النص وقول الجمهور ولانظر إلى ما بعد القبض وقبله فان التسوية عبارة عن الموضع الذي يجب تسليمه فيه إلى غيره وجب عليه إعادته إلى ذلك الموضع بلا خلاف وعقب الطلب انتهى واعلم أن الشافعي والاصحاب رضى الله عنهم المطلقين وجوب التسوية لم يبينوا

[304]

ما إذا كانت مواضع الاحجار تحتاج في تسويتها إلى تراب آخر هل يلزم البائع احضاره من خارج أو تسويتها ببقية الارض أو يعيد إلى تلك الحفر التراب الذي أخذ منها بالقلع خاصة وان لم يحصل به سدها كما أشعر به كلام ابن الرفعة المتقدم لكن المفهوم من لفظ التسوية هذا القسم الآخر فانه لاتسوية فيه لاسيما إذا كان مواضع الحجارة حفرا كبارا والتراب الذي فوق الحجارة يسير فإذا قلعت الحجارة بقي موضعها حفرا لا يسده ذلك التراب الذي فوقها ولا تتساوى ببقية الارض فحمل التسوية على هذا المعنى فيه بعد وعلى تقدير ارادته يتجه الجزم بوجوب التسوية وفاء

بمقتضى العقد وتسليم المعقود عليه على حاله وسواء في ذلك إذا لم يحصل بنقل التراب عن محله بالقلع عيب في الارض أو حصل

[305]

ولكن أجاز المشتري فان الاجازة لا تمنع من المطالبة بتسليم عين أجزاء المبيع على حالها وعلى هذا لو عدم ذلك التراب المنقول بالكلية وكان له قيمة ينبغي أن يكون كتلف بعض المعقود عليه وان كان المراد القسم الثاني وهو أن تسويته ببقية الارض فبعيد لانه لا يحصل بذلك إعادة المبيع إلى ما كان بل يتغير كله وان كان المراد التسوية بالتراب المقلوع فان لم يكف فبتراب جديد فحينئذ لا يتجه الجزم بوجوبه لان الزام البائع بتراب جديد لم يضع يده على مثله مع اجازة المشتري العقد بعيد بل الذي يتجه أن يقال ان البائع يجب عليه كمال التسليم بمقتضى العقد ومن ضرورته قلع الاحجار وازالة التراب اللازم ثم إعادته على ما كان فان لم يحصل بذلك زيادة عيب فلا كلام وان حصل عيب قبل القبض وكان المشتري قد أجبر البائع على القلع بعد اطلاعه على الاحجار وعلمه بالحال فلا شئ له غير رد التراب لان اجباره على القلع رضا بما يحصل منه من العيب وان جهل الحال فان حصل ذلك قبل القبض ثبت له الخيار فان فسخ فذاك وان أجاز وجب التراب خاصة وان كان بعد القبض وكان ذلك مع جهل المشتري بالحال فان العقد لم يتضمنه وجهل المشتري أثبت له الخيار فإذا أسقطه بالاجازة لم يبق له شئ آخر ثم التعيب الحاصل من القلع إن فرض غايته أن يجعل لتقدم سببه كعيب حاصل في يد البائع والمشتري قد رضي به لما ألزمه البائع بالقلع الذي ذلك التعيب من لوازمه فلا شئ له سواء

[306]

كان قبل القبض أم بعده ولعل ذلك مأخذ الشيخ أبي حامد ومن وافقه في قولهم بان التسوية لا تجب مطلقا قبل القبض وبعده لكنه خلاف نص الشافعي رضي الله عنه وحينئذ اختار طريقة مفصلة وهي أن إعادة التراب الزائل بالقلع واجبة والزائد على ذلك ان وقع ذلك قبل القبض وحصل به عيب خرج على جنابة البائع (والاصح) أنها كالأفة السماوية فيقتصر على اثبات الخيار وان كان بعد القبض فيتخرج على القلع في يد المشتري بالسرقة السابقة في يد البائع (والاصح) أنه من ضمان البائع فتجب التسوية إن وقع بغير مطالبة المشتري وان وقع بمطالبة المشتري ففيه نظر وفي مأخذ الخلاف في الارش ولزوم التسوية مزيد كلام مذكور في الغصب هذا كله إذا كان لذلك الزمان اجرة والا فلا اجرة على ما تقدم قال الماوردي وعلى جميع الاحوال ليس البائع اقدار الحجارة في الارض ان أقام المشتري على البيع (الحالة الثالثة) أن لا يكون في قلعها ضرر ويكون في تركها ضرر فيؤمر البائع بالقلع والنقل ويجبر عليه ولا خيار للمشتري كما لو اشترى دارا فلحق سقفها خلل يسير يمكن تداركه في الحال أو كانت منسدة البالوعة فقال أنا أصلحه وأنقيها لاخيار للمشتري (قلت) وههنا أولى بعد الخيار لان البائع مأخوذ بدفع الضرر عنه وهناك لا يلزم البائع الاصلاح وازالة الخلل ثم ان الماوردي على عادته

لما فسر الضرر بضرر الغراس والبناء قال ثم القول في الاجرة وتسوية الارض على ما مضى فان أطلقت الكلام كما صنع الرافعي لم يحتج إلى ذلك وقد ذكر المصنف هذه الحالة في باب الرد بالعيب وسنشرحها هناك ان شاء الله تعالى (الحالة الرابعة) أن يكون في قلعها ضرر ولا يكون في تركها ضرر فللمشتري الخيار إذا كان جاهلا فان أجاز نقي الاجرة ولا رش ما مر ولا يسقط خياره بان يقول أقلع وأغرم الاجرة أو أرش النقص قال صاحب التهذيب ويحى فيه مثل الخلاف المذكور في الحالة الثالثة ولو رضى البائع بترك الاحجار في الارض سقط خيار المشتري ابقاء للعقد ثم ينظر إن اقتصر على قوله تركتها فهل هو تملك أو مجرد اعراض لقطع الخصومة فيه وجهان حكاهما الرافعي وهما كالوجهين في ترك النعل على الدابة المردودة بالعيب (أحدهما) أنه تملك ليكون في مقابلة ملك حاصل (وأظهرهما) أنه قطع للخصومة لا غير وبالأول أجاب الماوردي وبنيني على الوجهين مالو قلعها يوما ما أو بدى للبائع في تركها هل يمكن من الرجوع والاكثر ان له ذلك ويعود خيار المشتري وهو القياس وقال الماوردي والامام لا رجوع ويلزم الوفاء بالترك الا إذا جرت حالة يزول فيها المعنى المتقضى للترك قال الماوردي لانه يجري مجرى البراء الذي لا يجوز الرجوع فيه ولا يعتبر فيه القبول وداعي الامام

أنه لا خلاف فيه وان قال وهبتها منك فان رآها قبل ووجدت شرائط الهبة حصل الملك ومنهم من طرد الخلاف لانتفاء حقيقة الهبة وانما المقصود دفع الفسخ وان لم توجد شرائط الهبة ففي صحتها للضرورة (وجهان) إن صححناها ففي إفادة الملك ما ذكرنا في الترك قال أكثر هذا الكلام الامام والرافعي رضي الله عنهما ولم يتعرض لان المشتري يجبر على ذلك اولا وقد قال القاضي أبو الطيب البائع إذا قال وهبت الحجارة ففي إيجاب المشتري على قبولها وجهان مبنيان على القولين فيما إذا باع ثمرة فحدث ثمرة أخرى واختلطت بالأولى فوهبها هل يجبر على قبولها فيه قولان (ان قلنا لا يجبر فلانها هبة مجهولة فلا تصح وايضا فلا يجبر على قبول ملك غيره (والثاني) يجبر لان بقبولها يزول الضرر (فان قلنا لا يجبر فعلى البائع نقلها فان لم يسمح البائع بترك الاحجار ثبت للمشتري الفسخ فان فسح رجع بالثمن وان أقام فهل للبائع القطع نظر ان كانت الارض بيضاء أو مغروسة بغرس متقدم على البيع أو متأخر فله ذلك ثم الحكم فيه يأتي ان شاء الله تعالى. وان كانت مزروعة بزرع المشتري قال الماوردي فعلى البائع ترك الاحجار إلى انقضاء مدة الرزق لانه زرع غير متعدد به فلما يقلع قبل حصاده فإذا حصد المشتري زرعه قلع البائع حينئذ حجارته ولزمه اجرة الحجارة بعد القبض

وتسوية الارض ووافقها صاحب التهذيب فقال إذا كان فوق الاحجار زرع للبائع أو للمشتري فانه يترك إلى أو ان الحصاد لان له غاية بخلاف الغراس قال الرافي ومنهم من سوى بينه وبين الغراس. (فرع) تقدم أنه إذا لم يكن في القلع ضرر أو كان فيه ضرر يسير يمكن تداركه عن قرب أنه لا خيار للمشتري ومحل ذلك على ما يقتضيه كلامه إذا بادر البائع إليه فلو تقاعد عنه كان للمشتري الخيار قال ابن الرفعة وقد يقال بل يجبر على ذلك كما يقتضيه كلام الغزالي وغيره تبعاً لظاهر النص يعني في وجوب تسوية الارض على البائع لان في ذلك محافظة على اتمام العقد. (فرع) في هذه الحالة فاما الغراس الذي وعدت بذكر حكمه اذا اقام المشتري على البائع وليس فيها زرع وكان فيها غراس فان للبائع قلع حجارته مطلقاً ثم لا يخلوا إما ان يكون ذلك الغرس متقدماً على البيع قد دخل وما أن يكون المشتري استجده فان كان متقدماً فان قلعها بعد القبض فعليه الاجرة على الصحيح وارش النقص وتسوية الارض على ما تقدم وتعيب الاشجار بالاحجار

[310]

كتعيب الارض في اثبات الخيار وسائر الاحكام وان كان قبل القبض لم يلزمه التسوية ولا ارش النقص على ما تقدم وقد مر في مثله كلام الرافي ومن وافقه وفي الاجرة وجهان (اصحهما) لا ولو سمع البائع بترك الاحجار وكان القلع والترك يضران ففي ثبوت الخيار وجهان حكاهما المحاملي (اصحهما) الثبوت لانه ابتاع ارضاً على ان فيها غراساً فإذا خرجت على خلاف ذلك فقد لحقه نقص وضرر هكذا قال وفي نظيرها فيما إذا كانت الارض بيضاء لم يتقدم لنا خلاف في سقوط الخيار وقال الامام في الارض المغروسة فيما إذا كان القلع يضر دون الترك وسمح البائع بالترك حتى لا يتعيب الغراس بالقلع لان الائمة اجمعوا على ان الخيار يبطل وان كان الغراس احده المشتري بعد الشراء

[311]

فان احده عالماً بالاحجار فللبائع قلع الاحجار وليس عليه ضمان قلع الغراس وسقط خيار المشتري وان احده جاهلاً ففي ثبوت الخيار وجهان (وجه) الثبوت ان الضرر ناشئ من ايداعه الاحجار في الارض (والاصح) ان لا يثبت لرجوع الضرر إلى غير المبيع وبناهما القاضي حسين على ما إذا باع شجرة عليها ثمرة بعد بدو الصلاح ثم حدثت ثمرة اخرى واختلطت بالمبيعة قال الروياني فان كان قلعها يضر وتركها لا يضر وسمح البائع بالحجارة للمشتري أجبر على قبولها ولا خيار له فان كانت الارض تنقص بالحجارة أيضاً فان لم يورث الغرس وقلع المغروس نقصاناً في الارض فله القلع والفسخ وان أورث القلع أو الغرس نقصاناً فلا خيار في الفسخ فلا يجوز له رد المبيع ناقصاً ولكن ياخذ الارش وإذا قلع البائع

[312]

الاحجار فانتقص الغراس فعليه ارش النقص بلا خلاف هذا ما قاله الرافعي وقال المحاملى لافرق بين أن يغرّس البائع ويبيع أو يبيع بلا غراس ثم يغرّس المشتري وقال الماوردي وان كان الغراس استحدثه المشتري بعد البيع فهذا لا يكون الا بعد القبض فليزّمه يعني البائع الاجرة ونقص الغراس وتسوية الارض والتفصيل الذي قاله الرافعي أولى ما قاله الماوردي من أن ذلك لا يكون إلا بعد القبض وكذلك قال في الزرع فكان ذلك محمول على الغالب والا فيمكن أن يحصل للمشتري في الارض المبيعة قبل قبضها غرس أو زرع وحينئذ يعود الكلام في وجوب الاجرة وجميع ما سبق من الاحكام التي تختلف قبل القبض وبعده وأما ارش نقص الغراس هنا فانه واجب على كل تقدير لان الغراس

[313]

ليس بمبيع حتى يخرج على جنابة البائع قبل القبض وهذه الاحكام التي ذكرتها في الغراس والزرع ذكرها الماوردي في هذه الحالة الرابعة والرافعي ذكرها ذكر ما لا اختصاص له بها ولا شك أنها قد تأتي في غيرها كما لو لم يجبر المشتري البائع على القلع في الحالة الاولى أو في الحالة الثالثة فان القلع يكون جائزا للبائع ويأتي فيه من التفصيل ما ذكره هنا والله أعلم. (فرع) تكلم الامام وقبله القاضي حسين في أنه لم أوجبوا تسوية الحفر على البائع وعلى الغاصب إذا حفر في الارض المغصوبة ولم يوجبوا على من هدم الجدار أن يعيده وإنما أوجبوا الارش وأجابا عنه بان طم الحفر لا يكاد يتفاوت وبنيان الابنية يختلف ويتفاوت فشبّه ذلك بدوات الامثال

[314]

وهذا بدوات الغيم حتى لو رفع لبنة أو لبنتين من رأس الجدار وامكن الرد من غير اختلاف في الهيئة كان ذلك كطم الحفر. (فرع) ذكره المحاملى هنا قال أبو إسحق إذا باع عبدا فقال المشتري هو أبق وقال البائع أنا أحضره الساعة وأحضره لم يكن للمشتري خيار (قلت) وصورة ذلك كما صرح به غيره ما إذا اشترط البائع الاباق ثم أبق في يد البائع قبل القبض فإذا امكنه رده عن قرب لم يثبت الخيار. (فرع) ذكر الامام في آخر كلامه كالضابط لما تقدم انه مهما فرض ضرر لا يندفع فان كان المشتري عالما فلا خيار ولا ارش فان كان جاهلا ثبت الخيار فان فسخ فذاك وان أراد وإراد إلزام البائع ارش النقص وان لم يتمكن البائع من دفع الضرر بترك الحجر وكان الضرر في تركه ونقله ففي الارش الاوجه من جهة أن المشتري يجد خلاصها بالفسخ فهو كالطلاعه حالة العقد وان النقص ظهر بعد العقد بفعل منشؤه البائع اما قبل القبض أو بعده مستند إلى سبب متقدم كقتل العبد المرتد وان

[315]

تمكن من دفع الضرر بترك الحجر فلا يلزمه الترك ولكن لو فعل وظهر الضرر فمن أصحابنا من قال في تغريم البائع ما تقدم من الخلاف ومنهم من يقطع بتغريمه في هذا القسم ثم ينتظم على هذا تعطل المنافع من غير نقص في رقية المبيع وقد ذكر والخلاف في الاجرة فما لوجه ترتبها والفرق لائح فان المنافع ليست معقودا عليها ولو قيل القدر الذي يفرغ البائع فيه المبيع غير داخل في استحقاق المشتري لم يكن بعيدا والمبيع كله مستحق للمشتري با جزائه وصفاته. (فرع) تقدم أن الاصح في الاجرة أنها لا تجب قبل القبض وتجب بعده وان ذلك قول أبي اسحق المروزي على ما نقل أبو الطيب وفي البحر قال الماسرخسى قال اسحق في بغداد قبل خروجه إلى مصر له الاجرة يعني قبل القبض قال القاضي الطبري وهذا محتمل عندي لانه نص في البويطى على أن البائع إذا قطع يد العبد المبيع فالمشتري بالخيار بين الفسخ والاجارة مع الارش فإذا نص في الارش فالاجرة مثله وبني القفال ذلك على أن جناية البائع كالأفة السماوية أو كجناية الاجنبي.

[316]

(فرع) تقدم الكلام في أن للمشتري الخيار عند وجود شروطه المتقدمة وان الاجرة والارش يفصل فيهما بين ما قبل القبض وبعده وهل يثبت خيار للمشتري بنقص الارض بالقلع تقدم عن الماوردي فما قبل القبض انه يثبت وذلك ظاهر لانه عيب حدث قبل القبض وقال الروياني انه ان كان بعد انقبض فيثبت أيضا لان سببه كان موجودا قبل القبض. (فرع) إذا اختار المشتري الامساك فيما إذا كانت الارض المذكورة مشتملة على شجر داخل في البيع وكان قلع الحجارة يضر وتركها يضر فالحكم في التسوية والاجرة على ما تقدم وفي ارش النقص طرق حكاه الروياني (أحدها) لا ارش لانه رضى بالنقص وقال أبو إسحق هو كالأجرة ان كان قبل القبض لم يلزم وان كان بعده لزم وقال ابن سريج بعد القبض يلزم قولاً واحداً وقيله قولان وقال بعض أصحابنا بخراسان فيه وجهان قبل القبض وبعد والاصح أنه يجب.

[317]

(فرع) قال الروياني فلو كان قلع الاشجار يضر وتركها لا يضر واختار البائع الترك لاخيار للمشتري وهل تملك بالترك على ما تقدم وقال القفال لو قلع المشتري تلك الاحجار بعد ذلك فهل للبائع قلع الاحجار وجهان مبنيان على مالو أتلف حنطة فلم يوجد مثلها فغرم المثل ثم وجد المثل هل له رد القيمة ومطالبته بالمثل وجهان وان اختار القلع فللمشتري الخيار لانه يضر بالمبيع ولا فرق بين أن يقول له البائع أن أعطيك أرش النقص أو لم يقل وليس كما إذا اختار الترك فانه لا نقص في الترك فان اختار المشتري الامساك فالحكم في التسوية والاجرة وأرش النقص على ما مضى. (فرع) إذا غرس المشتري بعد العلم بالحجارة سقط رده كما تقدم ثم إن كان قلع

الاحجار وتركها مضران فللبائع القلع وللمشتري المطالبة به ثم إذا قلع قال الروباني يلزم البائع أرش النقص قولاً واحداً لأنه حول ملكه عن الأرض بادخال النقص على الغير فإن كان مراد الروباني نقص الأرض فظاهر وأن كان المراد نقص الغراس فقد تقدم عن الرافعي خلافه وأنه لا يضمن نقصه وذلك هو الطاهر فإنه متعدد بالغرس والله أعلم. وإن كان قلعها يضر وتركها لا يضر فإن اختار القلع قال الروباني فعليه أرش النقص قولاً واحداً والكلام فيه كما تقدم وليس مراده إلا الغراس فإنه قال عقيب ذلك وكيفية التقويم أن يقال كم يساوي هذا الشجر ولا نقص فيقال مائة فيقال وكم يساوي وبه هذا النقص

[318]

فيقال تسعون فيقول نقص العشر فتلزم حصته من القيمة وإن اختار البائع الترك فهل يملكها المشتري فعلى ما ذكرنا. (فرع) قال الروباني وغيره ولو كان البائع زرع فيها زرعاً وباعها مع الزرع وتحتها أشجار يعني والمشتري جاهل بها فليس للبائع أن يقلع الاحجار ما لم يحصد الزرع إذا كان قلعها يضر بالزرع وإن الزرع يختص بالبائع فالضرر يختص به والخيار إليه. (فرع) قال الغزالي رحمة الله عليه فيما نقل ابن أبي الدم أن العراقيين نقلوا أنه يجب على الغاصب أرش نقصان الحفر يريد به ولا يلزمه التسوية وفي مسألة البيع يلزمه التسوية ومعناه ولا يلزمه أرش النقص واختلاف الاصحاب في ذلك على طريقتين منهم من قال يلزمه أرش النقص في المسألتين دون تسوية الحفر فيهما ومنهم من قال يلزمه التسوية في المسألتين دون أرش النقص ومنهم من فرق بعد وأن الغاصب فيلزمه الارش بخلاف البائع فيلزمه التسوية. (فرع) زرع المشتري الارض ولم يعلم أن تحتها حجارة وفي قلعها هلاك الزرع لم يمكن البائع من قلعها لأن للزرع غاية فيؤمر بالتوقف بخلاف الغراس قاله صاحب التتمة وغيره ونص عليه الشافعي رضي الله عنه وكذلك فيما إذا علم المشتري بالحجارة وترك البائع القلع ثم أراد بعد زرع

[319]

المشتري لم يكن له ذلك حتى يحصده المشتري كما حمل ابن الرفعة نص الشافعي عليه قال الرافعي ومن الاصحاب من يسوي في الحالتين بينه وبين الغراس. (فرع) شبه المتولي الخلاف في ثبوت الخيار إذا اشترى الارض وغرسها بعد الشراء ثم ظهر فيما أحجار بما إذا باع الشجرة وبقي لنفسه الثمرة فحدثت ثمرة أخرى واختلطت بها فمن قال هناك يجعل الحادثة كالمبيعة في حكم الاختلاط قال ههنا أن الضرر الذي يلحقه في الغراس الحادث كالضرر الذي يلحقه في الاشجار المشتراة يعني لأنه استحق بالشراء أن يغرس فيها فجعلنا الضرر الذي يلحقه في حق من حقوق المبيع كالضرر الذي يلحقه في نفس المبيع قال وأصل المسألتين إذا اشترى جارية فوطئها ثم استحققت فغرم المهر هل يرجع بالمهر على البائع أم لا فعلى قول يرجع لأنه ضمن له سلامة الوطئ فإذا لم يسلم يرجع عليه وكذا هنا ضمن له سلامة غراسه والثمار الحادثة فجعلنا الخلل الحاصل في واحد منهما كالخلل في عين المبيع وفرض المتولي المسألة فيما إذا

كان قلعها يضر بالغراس وتركها لا يضر وقد تقدم حكاية الخلاف عن الرافعي في ثبوت الخيار مطلقا. (فرع) قال الشيخ أبو محمد الجويني في المسلسل لما ذكر الوجهين في وجوب الاجرة على البائع للمدة التي مضت في نقل الحجارة وبناهما على أن جناية البائع كالأفة السماوية وكجناية الاجنبي

[320]

قال فان قيل القبض هنا حاصل والمذهب لا يختلف أن جناية البائع بعد القبض كجناية الاجنبي وانما القولان قبل القبض (قلنا) البائع إذا سلم الارض وفيها حجارة مستودعة مانعة من الانتفاع فانها مانعة من كمال صفة القبض فلذلك أحقناها بالحالة الاولى وهذا الذي قاله الشيخ قد تقدمت الاشارة إليه ولكني أجبت نقله من كلامه. (فرع) من تنمة الكلام في المسائل المتقدمة لو كان الغراس داخلا في بيع الارض ونقل الحجارة مضر به قال الامام وليس لقائل أن يقول في حالة الجهل واضرار الغراس ونحوه أنه يمتنع عليه النقل وفاء بموجب البيع وقيامًا بتسليم الارض والاشجار له. (فرع) قال الرافعي رحمه الله لو باع دارا في طريق غير نافذ دخل حريمها في البيع وفي دخول الاشجار الخلاف الذي سبق وان كان في طريق نافذ لم يدخل الحريم والاشجار في البيع بل لا حريم لمثل هذه الدار كذا ذكرها الرافعي (1) إذا قال بعثك هذا البستان أو الباحة دخل في البيع الارض والاشجار والغراس وكل ماله من النبات أصل لا خلاف في المذهب في ذلك وفي دخول البناء الذي فيه ما سبق في دخوله تحت الارض وقال الغزالي إن الاظهر عدم الدخول جريا على قاعدته (وأما) على المذهب فإنه يدخل ولو قيل بالجزم بالدخول كان له وجه فان البستان وان كان قد يخلو عن البناء ولكنه

(1) بياض بالاصل

[321]

إذا كان مشتملا عليه تناول اسمه جميع ذلك وهو كالاتصال الذي في دخول الشجر في بيع الدار وهو ههنا أقوى لان اشتمال البساتين على البناء أكثر من اشتمال الدور على الاشجار غالبا ويندر أن يكون بستان لابناء فيه وجزم الرفعي بدخول الحائط ولاوجه لذلك بل هي من جملة الابنية فالجزم فيها مع طرد الخلاف في غيرها غير متجه ولا مساعد عليه عند الاكثرين هذا والماوردي أطلق طرد الخلاف في البناء من غير تفصيل والرويانى في البحر صرح بأن البناء والجدار المحيط على الطرق وان بعض أصحابنا قال يدخل الجدار المحيط قولا واحدا وهو ضعيف عندي وجزم القاضي أبو الطيب بدخول البناء في بيع البستان مع ذكر الخلاف في دخول النخلة والشجرة في بيع الدار وذلك يشهد لما قلته الآن من الفرق وتقوية الجزم بالدخول في البستان وهو الذي يقتضيه العرف لاسيما في بلادنا هذه التي الغالب على بساتينها أن تتخذ عليها الحوائط والاعلاق لشبه المساكن قال

الامام والبناء عندي بالاضافة إلى البستان كالشجرة بالاضافة إلى الدار فقد تلخص في دخول الابنية في البستان طرق (إحداها) أن الجدار المحيط يدخل جزما وفيما عداه الطرق وهو ما أورده الرافعي وضعفه الروياني (والثانية) إجراء الخلاف في الجميع وهي قضية إطلاق الاكثرين (والثالثة) الجزم بدخول الجميع وهو مقتضى كلام القاضي أبي الطيب وهي التي اقتضى كلامي أولا الميل إليها وليس لنا طريقة جازمة

[322]

بعدم دخول الابنية هنا مع التردد في دخولها تحت اسم الارض هذا ما لا يمكن ولك أن تأخذ من هذه الطرق ثلاثة أوجه في دخول الابنية تحت اسم البستان والباحة والكرم (ثالثها) يدخل المحيط دون ما إذا لم يكن على هيئة الجدار الموضوع للحفظ والاحاطة وكذلك فعل ابن الرفعة قال الرافعي وذكروا أن لفظ الكرم كلفظ البستان لكن العادة في نواحينا إخراج الحائط عن مسمى الكرم وأدخاله في مسمى البستان ولكن لا يبعد أن يكون الحكم على ما استمر الاصطلاح به وذكر ابن الرفعة أن هذا (1) كالعام وأنه أن صح يكون وجهها رابعا يعني (2) الكرم والبستان (3) ولو كانت الشجرة حادثة لم تدخل في بيع البستان قاله ابن الرفعة أخذا مما سيأتي وفي العريش وهو المسمى في بلادنا بالكرم (4) اللزوم تردد للشيخ أبي محمد رجح الامام والغزالي دخوله وجعل في الوسيط محل التردد في دخوله تحت اسم الكرم والامام نقله في لفظ البستان والباحة وفي كلامه ما يدل على جريانه في الكرم أيضا وفي كلام الامام ما يقتضى أن ذلك في العريش الذي ينقل فانه قال والوجه عندنا القطع بدخولها تنزيلا على المفهوم من اسم (5) أو البستان في مطلق العرف فانه ينظم مع الكرم عريشه وان كان مجلد قال ابن الرفعة لكن هذه العبارة تفهم أن محل ذلك إذا كان العريش ينقل (أما) إذا كانت تراد للدوام (6) في بلادنا فلا يأتي فيها التردد قال الرافعي ولو قال هذه الدار

(من 1 إلى 6) بياض بالاصل

[323]

بستان دخلت الابنية والاشجار جميعا ولو قال هذا الحائط بستان أو هذا المحوطة دخل الحائط المحيط وما فيه من الاشجار وفي البناء الذي في وسطه الخلاف السابق هكذا ذكره في التهذيب وهكذا قال الروياني فيما إذا قال حائط بستان وفي لفظهما قلق والمراد أن يقول بعثك هذا الحائط البستان هذه العبارة المستقيمة قال الرافعي ولا يتضح في لفظه المحوطة فرق بين الابنية والاشجار فليدخلا أو ليكونا على الخلاف قال ابن الرفعة هذا الذي ذكره الرافعي صحيح ان كانت الحوطة بغير ميم أما إذا كانت في كلامهم بالميم فالاشارة تكون للميم وهو البستان فكأنه نطق به وعند نطقه تدخل الارض والاشجار والبناء المحيط وفي دخول ما فيه من البناء الخلاف عنده فلذلك الحق هذه اللفظة بالبستان (قلت) وهذه اللفظة

فيما وقفت عليه من نسخ المهدب والرافعي والروضة بالميم واخراج البناء عنها بعيد وان اخرج فيما إذا نطق باسم البستان فان الاشارة إلى الجميع وتخصيصها بالميم دون غيره لم يقتضه دليل وهي داخلة في مدلول اللفظ قطعاً بخلاف البستان عند من يجعلها خارجة منه لان اسم البستان

[324]

صادق بدونها نعم قول الرافعي فليدخلا أو ليكونا على الخلاف لوجه للتردد في ذلك بل يتعين الجزم بدخولها (وأما) لفظ الحوطة بغير ميم فلم أره في كتاب غير كلام ابن الرفعة ولا أعلم معناه فان كان موضوعاً للبستان فيتجه كلام صاحب التهذيب ولا يستقيم كلام الرافعي وان كان موضوعاً للحائط الدائر على البستان فيتجه أن لا يدخل البناء ولا الشجر جميعاً (والاقرب) ان حذف الميم تصحيف وان اللفظ بالميم كما هو في الكتب وان الحكم فيها مخالف للحكم في لفظ البستان والحائط بمعناه وانه لا يتجه فرق فيها بين البناء والشجر كما قاله الرافعي لكنه لا ينبغي التردد في ذلك كما تردد بل ينبغي دخول البناء والشجر لوجود الاشارة إلى الجميع وعدم ما يتقضى اخراج شيء من ذلك والله سبحانه وتعالى أعلم. قال ابن الرفعة وفي بعض الشروح أنه لو قال بعثك هذا المحوط دخل فيه الحيطان والارض وان كان فيه غراس فعلى ما تقدم من الخلاف (قلت) وهذا عكس ما قاله صاحب التهذيب وخلافت ما قاله الرافعي أيضا وبعيد من جهة المعنى لا وجه له والله سبحانه وتعالى وأعلم.

[325]

(فرع) قول الغزالي في الوجيز إن الاظهر عدم الدخول يعني به الاظهر من الطرق فانه في الوسيط صرح بأن الخلاف فيه كما في اسم الارض (وأصح) الطرق عنده في اسم الارض عدم الدخول كما تقدم فعلم أن مراده هنا الاظهر من الطرق والعجلي قال ان معناه الاظهر من الوجهين وحمله على ذلك تسوية الامام بين البناء بالنسبة إلى البستان والشجر بالنسبة إلى الدار والذي حكاه الامام والغزالي في استتباع الدار للشجر ثلاثة أوجه وأفهم كلام الامام فيها أن التفريع على أن اسم الارض لا يتناول البناء والشجر أي ان قلنا البناء والشجر داخلان في الارض فهنا أولى (وان قلنا) لا يدخل فهنا ثلاثة أوجه ويكون قول الغزالي الاظهر أي من هذه الواجه ولاشك ان ما قاله الامام نفيه. لكن الغزالي صرح في الوسيط بأن الخلاف فيه كالخلاف في الارض فينبغي أن يحمل كلامه في الوجيز على ذلك ويكون الاظهر من الطرق فانه ليس في كلامه التسوية بين الدار والبستان كما في كلام الامام وان كانت التسوية متجهة وقد تقدم في استتباع الدار الاشجار بحث ويمكن أن يعود مثله هنا في هذه الواجه وتكون مفرعة على القول باتتباع الاسم كما ذكره الامام هناك وان

[326]

لم يصرح به هنا لكن تسويته بين المسألتين يقتضيه ولو كان في البستان ماء فهل يدخل في العقد فيه وجهان حكاهما القاضي حسين. قال المصنف رحمه الله تعالى. (وان باع نخلا وعليها طلع غير مؤبر دخل في بيع النخل وان كان مؤبرا لم يدخل لما روى ابن عمر رضى الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال (من باع نخلا بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترطها المبتاع فجعلها للبائع بشرط أن تكون مؤبرة فدل على أنها إذا لم تكن مؤبرة فهي للمبتاع ولأن ثمرة النخل كالحمل لانه نماء كامن لظهوره غاية كالحمل. ثم الحمل الكامن يتبع الاصل في البيع والحمل الطاهر لا يتبع فكذلك الثمرة. قال الشافعي رحمه الله وما شقق في معنى ما أبر لانه نماء ظاهر فهو كالمؤبر).

[327]

(الشرح) حديث ابن عمر رضى الله عنه رواه البخاري ومسلم رحمهما الله ولفظهما (من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع) وفي لفظ لمسلم (من ابتاع نخلا بعد أن تؤبر) وفي لفظ آخر له (أيما نخل اشترى أصولها وقد أبرت فان ثمرتها للذي أبرها إلا أن يشترط الذي اشتراها) وفي لفظ له أيضا (أيما امرئ أبر نخلا ثم باع أصلها فللذي أبر ثمر النخل إلا أن يشترط المبتاع) ورواه الشافعي رضى الله عنه عن ابن عيينة عن الزهري عن سالم عن أبيه وهذا من أصح الاسانيد وأحسنها كله أئمة علماء ولفظه كلفظ المصنف لكنه قال أن يشترط المبتاع بغير هاء وكذلك في بقية الحديث من طريق سالم ومن باع عبدا وله مال فالمال للبائع إلا أن يشترط المبتاع وجماعة الحفاظ يقولون هكذا بغير هاء في الموضوعين هكذا قال ابن عبد البر ونبه على أن المعنى إلا أن يشترط المبتاع سائر ذلك فيدل على صحة اشتراط نصف الثمرة أو جزء منها وكذلك في مال العبد وهو قول جمهور الفقهاء وسأتعرض لهذا في فرع آخر الكلام إن شاء الله تعالى والغرض التنبيه على اسقاط الهاء من لفظ الحديث ولم أقف عليها في شئ من طرق الحديث وقول المصنف نماء احتراز من الكنز والحجارة المدفونة والبذور (وقوله) كامن

[328]

احتراز من الزرع لانه ظاهر من غير المؤبر كذلك وان التين والعنب ونحوه (وقوله) لظهوره غاية احتراز من الجوز واللوز والرمان والموز والرايح لانه لا غاية لخروجه من قشره وانما يظهر بكسره فالرمان والموز للبائع قولا واحدا والجوز واللوز والرايح له على الصحيح المنصوص فالثمرة المقصودة من دون الاشياء لا تظهر إلا عند الاكل فهذا في معنى قولنا ليس لظهوره غاية وقد ورد في بعض الروايات من باع وفي بعضها من اشترى وكلها صحيح سندا ومعنى قال ابن عبد البر لا يختلف أهل العلم بالحديث في صحة هذا الحديث وهو عند جميعهم ثابت صحيح (وقوله) أبرت يجوز تشديده وتخفيفه يقال أبر النخل مخففا يأبرها أبرا والتأبير هو التلقيح وهو أن ينتظر النخلة حتى إذا انشق طلوعها وظهر ما في بطنه وضع فيه شئ من طلع الفحال وقال بعضهم هو ان تشقق تؤخذ شئ من طلع الذكر فيدخل

بين طهراني طلع الاناث فيكون ذلك باذن الله تعالى صلاحا لها وهذه العبارة المحررة وقد يؤخذ سعف

[329]

الفحال فيضرب في ناحية من نواحي البستان عند هبوب الرياح فيحمل الريح أجزاء الفحال إلى سائر النخيل فيمنعه التساقط وفي عبارة جماعة ما يوهم أن التشقق داخل في مسمى التأبير وسنين لك فيما سيأتي أنه ليس الأمر كذلك (أما) الأحكام فبيع الشجر أن كان بشرط القطع جاز مطلقا رطبا ويابساً وان كان بشرط القلع فاطلاق الاكثرين يقتضي الجواز أيضا وقال الصيمري ان كان كالقفل لم يجر لان أسفله غائب وان كان كشجر العصفور وما حفر من التراب جاز لان الغائب منه غير مقصود وأطلق الصيمري ذلك من غير تفصيل بين الرطب واليابس وغيره صرح بجواز شرط القلع ويجعل المجهول تبعا وان باع بشرط التبقية فان كانت الشجرة رطبة وليس الكلام فيما يشترط فيه القطع من الباب وان كانت يابسة قال المتولي فسد البيع وان أطلق فالمشهور الجواز وعلى مقتضى قول الصيمري حيث لا يجوز شرط القطع ينبغي الحكم بالفساد. إذا عرف ذلك فقال الاصحاب يندرج في

[330]

مطلق بيع الشجرة أغصانها لانها معدودة من أجزاء الشجرة فان كان الغصن يابساً والشجرة رطبة فالمشهور لا يدخل لان العادة فيه القطع كما في الثمار قال في التهذيب ويحتمل أن يدخل كالصوف على ظهر الغنم قال ابن الرفعة أي إذا بيعت وقد استحق الجز ويدخل العرق أيضا في مطلق بيع الشجرة وكذا الاوراق وفي ورق التوت ونحوه خلاف سيأتي تفصيله في كلام المصنف وفي أغصان الخلف التي تقطع أغصانه ويشرك باقه فإذا باع شجرته فالأغصان لا تدخل في العقد (أما) الخلف الذي يقطع في كل سنة من وجه الارض فهو كالقصب ما ظهر منه للبائع وفي أصوله الخلف الذي في أصول البقل قال ذلك القاضي حسين وعن الامام أنه قال هنا انها تدخل أغصانها في البيع بلا خلاف وفي كتاب الرهن حكى فيها خلافا وفي كتاب الوقف قال إنها بمنزلة الثمرة فتلخص أن الخلف نوعان (نوع) يقطع كل سنة من وجه الارض فهو كالقصب (ونوع) يبقى وتقطع أغصانه ففي دخول أغصانه في بيعه

[331]

خلاف (الاصح) الدخول لانها جزء منه ولا يدخل في بيع الشجرة الكرم الذي عليها قاله القاضي حسين في الفتاوى ولو كانت الشجرة يابسة ثابتة فعلى المشتري تفريغ الارض عنها للعادة ولا يدخل مغرسها في العقد وجها واحدا قاله القاضي حسين وحكمها حكم سائر المنقولات ولا يشترط

فيه القلع قال القاضي حسين قال في التتمة فلو شرط إبقاءها فسد البيع كما لو اشترى النمرة بعد التأبير وشرط عدم القلع عند الجذاذ ولو باعها بشرط القلع جاز وتدخل العروق في البيع عند شرط القلع وان كانت مجهولة تبعا كذا قاله وقال الصيمري لا يجوز بيع النخلة بشرط القلع لان أسفلها غائب ولا يدخل عند شرط القلع بل تقطع عن وجه الارض. وان كانت الشجرة رطبة فباعها بشرط الابقاء أو بشرط القلع أو بشرط القلع اتبع الشرط وفيه عند شرط القلع ما تقدم عن الصيمري ولا يجب تسوية الارض لانه شرط القلع قاله في الفتوى ولو أطلق جاز الابقاء أيضا للعادة كما لو اشترى بناء استحق ابقاءه وليس

[332]

كالزرع حيث يشترط القلع لان الشجرة تراد للبقاء ولايجوز للبائع أن يقلعها على شرط أن يعرم ما ينقصه القلع قال الامام وهو مما لا خلاف فيه وكذلك إذا باع بناء مطلقا قاله الامام وهل يدخل المغرس في البيع فيه وجهان وقيل قولان (أحدهما) ويحكي عن أبي حنيفة نعم لانه يستحق منفعته لا إلى غاية وذلك لا يكون الاعلى سبيل الملك ولا وجه لتملكه الا دخوله في البيع (وأصحهما) عند الامام والرافعي وغيرهما نعم لان اسم الشجرة لا يتناوله وقد يستحق غير المالك المنفعة لا إلى غاية كما لو أعار جداره لوضع الجذوع وكذا الوجهان في دخول الاس في بيع البناء كما تقدم قال الامام وليس هذا كالخلاف في استتباع الارض أشجارها فان الفرع لا يستتبع الاصل ولكنه من جهة استحقاق لامحمل له الا الملك يعني أن ذلك لا يكون اجارة للتأبير ولا عارية لعدم جواز الرجوع وان بذل أرش النقص فلم يبق الا جعله مبيعا تبعا فعلى الوجه الاول لو انقلعت الشجرة أو قلعها المالك كان له أن يعرس بدلها

[333]

وله أن يبيع المغرس وعلى الثاني ليس له ذلك وهل يكون ملكه لذلك من باب الاجارة أو الاعارة قال ابن الرفعة يخرج فيه من مقتضى كلام الاصحاب وجهان (أحدهما) اجارة كما قيل بمثله في الصلح ولا يخرج على الجمع بين بيع واجارة لان هذا يقع ضمنا مع أن الصحيح جواز الجمع وهذا الوجه يتخرج من قول جمهور الاصحاب ان البائع لا يتمكن من القلع وغرامة الارش على ما يفرغ وقال بعض الاصحاب فيما حكاه الامام في كتاب الرهن ان له القلع وغرامة ما ينقصه القلع كما يعرم المستعير في مثل هذه الصورة وعلى المعير أن يكون استحقاق على سبيل العارية قال ذلك ابن الرفعة قال وبه يتم ما أتدبته تخريجا وهل يلزمه تسوية الحفر أو يخرج على الخلاف في العارية وقال ابن الرفعة يشبهه أن يقال (ان قلنا) الابقاء يستحق كالعارية فكالعارية والا فلا يلزمه وجها واحدا والخلاف في دخول المغرس والاس في البيع مثل مذکور في الاقرار بهما واقامة البينة كما حكاه الامام في كتاب الصلح ونقله ابن الرفعة عنه ولو كانت الارض غير مملوكة لبائع البناء والغراس فلا يتخيل فيها ملك الارض فان جهل المشتري الحال وقلنا بدخولها في البيع لو كانت للبائع قال ابن الرفعة

فيشبهه أن يقال يثبت الخيار كما إذا قلنا الحمل يقابل بالثمن ثم بان أن لا حمل ولا يبطل البيع لان ذلك انما وقع تبعا لا

[334]

مقصودا وهذا إذا كان الابقاء مستحقا له لطريق باجارة أو غيرها (أما) إذا كان في أرض معصوبة فحكى الماوردي في كتاب الغصب في صحته وجهين (أحدهما) لا يصح لان الا (1) الابقاء وهو لا يستحقه في هذه الحالة (والثاني) يصح ويثبت الخيار وظاهر كلامه أن ذلك تفريع على أن لا يملك عند الاطلاق وانما يستحق الابقاء وجريان مثله ذلك على قول المالك قابل ابن الرفعة والذي تعم به البلوى ولم نقف فيه على نقل أن يبيع البناء والأرض مستأجر معه ولم تنقض مدة اجارته وعلم المشتري منه ذلك فهل نقول يستحق الابقاء في بقية مدة اجارته بغير عوض كما لو كانت الأرض مملوكة له ولم يدخلها في العقد أو يستحق الاجرة كما يستحقها مالك المنفعة عليه بعد فراغ المدة فيه نظر واحتمال قال والاشبه الثاني والعمل عليه في العرف ولو كانت الأرض قد أوصى له بمنفعتها دون رقيبتها وجاز له البناء والغراس فيها ثم باع ذلك فيشبهه أن تلحق هذه بما إذا كان مالكا للأرض حتى لا تستحق عليه اجرة لافي حال حياته ولا بعد وفاته (إذا قلنا لا تبطل الوصية بموته كما هو المذهب (أما) إذا قلنا تنتهي بموته حتى لا تنتقل المنفعة لو ارثه كما هو محكي في الابانة والبحر فهو قريب من الاجارة والله أعلم. وهذه الاحكام

(1) بياض بالاصل

[335]

كلها جارية في جميع الشجر لافرق بين النخل وغيره وقد استشكل ابن أبي الدم دخول المغرس في بيع الشجر ورأى القول به في غاية البعد من جهة أن الأرض قد تكون كثيرة الشجر فتشتبك عروقها في جميع الأرض فلا يبقى للأرض بياض على ظاهرها لتقارب الاشجار ولا في بطنها لاشتباك العروق واثباتها يفضى إلى أن يملك مشتري الغراس بشرائه جميع الأرض أو معظمها وأيضا فاما أن يملكه نازلا في طبقات الأرض على مسامحة العروق وفي جهة العلو إلى وجه الأرض على مسامحة العروق ولا نقول إنه يملك من الأرض ما يستر العروق والبحث بها من الأرض والاول ظاهر البطلان لافضائه إلى ملك الأرض بانتشار العروق (والثاني) باطل لانه يؤدي إلى منع مالك من بيع أرضه من غير مالك الغراس لان مالك الغراس قد ملك جملة من أجزائها وهي مجهولة وبيع المجهول باطل فقد أدى إلى فساده تفريعه على فساد ويلزم عليه أيضا أنه إذا ملك شجرة صغيرة وملك مغرسها فلا شك في صغر المغرس الآن لصغر الشجرة وقلة عروقها فإذا ابتلت الشجرة رسقبت انتشرت عروقها وامتدت إلى مواضع لم تكن ممتدة إليها وقت الشراء ولابعده باشهر فيؤدي إلى أنه لم يكن مالكا لمواضع من الأرض وكلما امتد عرق شبرا أو فترا في جزء من الأرض ملكه ملكا متجددا

وهذا بدع في الشرع لا يصير إليه بجعل انتهى ما قاله ابن أبي الدم وهو بحث جيد. إذا عرفت هذه المقدمة فإذا باع نخلا دخل جريدها وسعفها

[336]

وخصوصها لا خلاف في ذلك (وأما) الطلع فان كان غير مؤبر دخل وان كان مؤبرا لم يدخل للحديث الذي استدل به المصنف وهو يدل على الحكم الثاني بمنطوقه وعلى الاول بمفهومه وكلام المصنف يقتضي أنه جعله مفهوم الشرط وكذلك فهمه صاحب الانتصار ويحتمل أن يكون من مفهوم الصفة فانه جعل التأبير صفة للنخل وكذلك جعله الغزالي في المستصفى وغيره من الاصوليين من أمثلة مفهوم الصفة وكلاهما صحيح قال الشيخ أبو حامد الاسفراييني لنا من الحديث أدلة ثلاثة (أحدها) دليل الخطاب هو دليل الشافعي رحمه الله تعالى منه وذلك أن الطلع له وصفان مؤبر وغير مؤبر فلما جعله النبي صلى الله عليه وسلم إذا كان مؤبرا للبائع دل على أن غير المؤبر للمشتري كما نقوله في سائمة الغنم زكاة (والثاني) أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (من باع نخلا بعد أن يؤبر فتمرتها للبائع) فجعلها للبائع بالشرط وهو أن تكون مؤبرة فعلم أنها إذا كانت غير مؤبرة فليست للبائع لعدم الشرط فمن قال إنها للبائع في الحالين فقد خالف من وجهين (أحدهما) أن النبي صلى الله عليه وسلم جعلها للبائع إذا أبرت بهذا الشرط ولم يجعلها هو له بهذا الشرط (الثاني) أنه أعني المخالف جعل غير المؤبرة للبائع مع عدم الشرط (والدليل الثالث) من الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم إما أن يكون ذكر التأبير بينها على أن غير المؤبر أولى بأن يكون للبائع

[337]

وإما أن يكون لتعيين أن غير المؤبر لا يكون للبائع لاسيما إلى الاول لان المؤبر بائن ظاهر وغير المؤبر كامن مستتر وما كان مستترا فهو أولى بالتبعية من الظاهر بدليل الحمل فتعين الثاني وهو أن يكون المقصود أن لا يكون للبائع عند عدم التأبير وذكر الشيخ أبو حامد عن الشافعي من الاستدلال بوجوده في الام فانه قال لان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا حد قال (إذا أبر فثمره للبائع) فقد أخبرنا بان حكمه إذا لم يؤبر غير حكمه إذا أبر ولا يكون ما فيه الا للبائع أو للمشتري لا لغيرهما ولا موقوفا فمن باع حائطا لم يؤبر فالثمرة للمشتري بغير شرط استدلالا بوجوده بالسنة وقال قريبا من ذلك في الاملاء أيضا وقال في المختصر إذا جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الابار حد الملك للبائع فقد جعل ما قبله حد الملك للمشتري على أن كلام الشافعي في الام يحتمل أن يكون جعله من مفهوم الشرط وكلا المفهومين حجة عندنا على أن كلام الشيخ أبي حامد ومن تبعه يقتضي أنهم لم يريدوا بالوجه الثاني جعله من مفهوم الشرط بل أنه يدل عليه باللفظ وبه صرح القاضي أبو الطيب وفيه بعد إلا أن يريدوا أن اللفظ دل على كونه شرطا والمخالف يقول إنه ليس بشرط فهذا الذي أرادوه والله أعلم وهو بهذا التقدير صحيح ولم يريدوا أن اللفظ يدل على عدم الحكم عند عدم الشرط ويمكن أن ينزل كلام المصنف على ما ذكره وأن ذلك ليس من باب المفهوم (وأما) الوجه الثالث الذي ذكره الشيخ أبو حامد

فهو راجع إلى المفهوم وهو صالح لان يستدل به في كل شرط أو صفة لكن القائلون بالمفهوم منهم من يجعله بمنزلة الملقوط به وكأنه استقر في اللغة أنه إذا خص المذكور بالذكر اقتضى هذا قيام قول آخر له يتضمن نفي الحكم عما عداه انتقاء ظاهرا ومنهم من يجعل المفهوم مستندا إلى البحث عن طلب فوائد التخصيص فالوجه الاول ماش على الطريقة الاولى ولذلك نسب الدلالة إلى اللفظ وكلام الشافعي الذي حكته يشعر بذلك لكن الانباري في شرح البرهان نقل عن الشافعي أن اختياره الثاني مستمر على الطريقة الثانية (وأما) الثاني فقد نبهت على مراد الاصحاب به وأنه ليس من باب المفهوم ولعل المصنف جعله من

[338]

مفهوم الشرط لانه أقوى عند كثير من أصحابنا من مفهوم الصفة وقال به جماعة من المنكرين لمفهوم الصفة. واعلم أن هذا الاستدلال يتجه عند من يرى المفهوم حجة وهم الاكثرون فقال بمفهوم الصفة الشافعي ومالك وأكثر أصحابنا وأكثر المالكية ونسبه القاضي عبد الوهاب إلى مالك وممن قال به أبو الحسن الأشعري وأنكره ابن سريج والقفال هنا وقال ابن سريج بمفهوم الشرط (وأما) الخصم المنكر لكل من المفهومين فلا يمكن الاحتجاج عليه بدفع مخالفه في الاصل وكذلك بعد أصحابنا ممن أنكر المفهومين معا فكيف يمكنه التمسك في هذا الفرع به لكن الخصم في الحاق غير المؤبرة بالمؤبرة يحتاج إلى قياس ولن يجده ومتى لم يثبت ذلك ولم يقم دليل على تبعية غير المؤبرة وجب كونها للمشتري تبعا للشجرة وكذلك قال بذلك من ينكر المفهوم والقياس كداود (فان قلت) بل يجب كونها للبائع عملا بالاصل ويقائها على ملكه (قلت) لا بد في إدراجها في البيع من قياس أو عرف عند من ينكر القياس واعتضد الاصحاب بما رواه الشافعي رضى الله عنه عن سعيد بن سالم عن ابان جريح أن عطاء أخيره أن رجلا باع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم حائطا مثمرا ولم يشترط المبتاع التمر ولم يستثن البائع ولم يذكره فلما ثبت البيع اختلفا في التمر واحتكما فيه إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقضى بالتمر للذي لقيح النخل البائع وهذا من مراسيل عطاء ففيه اعتضاد على أنه ليس أصح من الاول بكثير فان قوله البائع دليل على أنه أراد بالذي لقيح المعهود لا العموم وحينئذ يعود إلى أن ذكر الصفة هل يدل على نفي الحكم عما عداه هذا بحسب هذه الرواية ولم أجد غيرها فيه عموم بحيث أثق بصحته وروى ابن ماجه وعبد الله بن أحمد ابن حنبل في مسنده عن عبادة بن الصامت قال (قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بتمر النخل لمن أبرها إلا أن يشترط المبتاع وان مال المملوك لمن باعه إلا أن يشترط البائع) فاما رواية ابن ماجه ففي سندها الفضيل بن سليمان وليس بالقوى وقال ابن معين ليس بثقة فالحديث نسبه ضعيف من هذا الطريق وذكر القاضي أبو الطيب الحديث الذي ذكره الشافعي رضى الله عنه ولفظه (فجعل التمر لمن

[339]

أبرها) وقال ذكر هذا الحديث أبو إسحق في الشرح وأبو علي الطبري في المحر ونقله الشيخ أبو حامد عن الساجي قال وهذا نص وليست في هذه

الروايات زيادة على رواية مسلم المتقدمة إلا أنه ليس في هذا الاستثناء اشتراط من المبتاع فالأولى أن يستدل برواية مسلم وتعليق الحكم فيها بالوصف ودلالته على أن ذلك (1) وقال الماوردي روى أن النبي صلى الله عليه وسلم أنشد قول الاعرابي حين حرم عليه بعض ملوك الجاهلية ثمرة نخلة له جذدت جني نخلتي ظالما * وكان الثمار لمن قد أبرأ فقال النبي صلى الله عليه وسلم وكان الثمار لمن قد أبرأ) وكان ذلك منه اثباتا لهذا الحكم كما أنشد قول الاعشى. وهو سر غالب لمن غلب. فقال النبي صلى الله عليه وسلم. وهو سر غالب لمن غلب. تشبينا لهذا القول وهذه الوجود ذكرناها على جهة الاستئناس والاعتضاد لأنه يقوم بها بمفردها حجة والحجة ما تقدم وله تنمة تأتي في فرع مذاهب العلماء والله أعلم. (فرع) في مذاهب العلماء. وافقنا على دخول الطلع والتفرقة بين ما قبل التأبير وبعده مالك وأحمد والليث بن سعد وداود بن علي والطبري وقال ابن أبي ليلى يدخل الطلع في بيع النخل بكل حال وقال أبو حنيفة رضى الله عنه والكوفيون والاوزاعي لا يدخل بكل حال مؤبرا كان أو غير مؤبر الا بالشرط فاخذ أبو حنيفة رضى الله عنه بالمنطوق دون المفهوم وأخذ الشافعي رضى الله عنه بالمنطوق والمفهوم معا ولم يأخذ ابن أبي ليلى بالمنطوق ولا بالمفهوم واحتج من نصر قوله بأنه متصل بأصل الخلقة فاشبه السقف والاعصان والصوف على ظهر الغنم (وأجاب) أصحابنا رحمهم الله بأن هذه الاشياء إنما دخلت لأنها أجزاء وليست بنماء بدليل أن الحيوان يولد وعليه الصوف والنماء مالا يكون أصلا (وأما) الثمرة فإنها نماء (وردوا) هذا القول بما تقدم من السنة والاستدلال (واحتج) الحنفية ومن وافقهم بأنها ثمرة

(1) بياض بالاصل

[340]

* برزت عن شجرها وبانها يجوز إفرادها بالعقد فلم تتبع الاصل كالمؤبرة وبالقياس على طلع الفحال وبانها نماء لها حال إذا انتهت إليه فلم تتبع الاصل كالزرع في الارض وبان الزرع لا يتبع الارض في حالة ظهوره ولا في حالة كمونه فكذلك الطلع وبأنه لا يختلف قول من شرط التأبير أنها إذا لم تؤبر حتى انتهت وصارت بلحا أو بسرا ثم بيع النخل أن الثمرة لا تدخل فيه قالوا فعلمنا أن المعنى في ذكر التأبير ظهور الثمرة وبان الطلع لا يتبع في الرهن فكذلك في البيع كالمؤبرة (وأجاب) الاصحاب بعد التمسك بالحديث عن الاول بمنع كونها برزت عن الاصل فإنها في غلافها (وعن) الثاني بأننا لا نسلم جواز إفرادها بالعقد على رأى أبي إسحق المروزي لان المقصود مغيب فيما لا يدخر فيه فهو بمنزلة الجوز في القشرة العليا ولئن سلمنا فجواز الافراد لا يدل على عدم التبعية ألا ترى أن من باع دارا فيها نخلة دخلت النخلة في البيع تبعا ويجوز افرادها بالبيع (وعن) الثالث بان الصحيح عندنا ان طلع الفحال كطلع الاناث ولو سلم فالفرق ان طلع الاناث المقصود منه ما في جوفه وطلع الفحال هو المقصود على وجهه (وعن الرابع) بان الزرع نماء برز عن الاصل بخلاف الثمرة (وعن الخامس) بان الزرع ليس من أصل الخلقة فلذلك لم يتبع بخلاف الثمرة فإنها مستترة في الشجرة من أصل الخلقة (والجواب) عن السادس أنها قبل التشقق غير ظاهرة لان الثمرة المقصودة مستترة في الكلام فحيث ظهرت عن الكمام اما بالتأبير أو بغيره كانت للبائع فمن جعلها للبائع من غير تأبير ولا ظهور

كان مخالفا للفظ الحديث ومعناه (وعن السابع) من وجوه (أحدها) ان الشافعي رضى الله عنه قال في القديم يدخل الطلع في الرهن تبعاً للاصل (والثاني) ان الرهن لا يزيل الملك والبيع يزيل الملك (والثالث) ان المعنى في المؤبرة انها أخذت شيها من الولد المنفصل وشيها من الجنين فتعارضنا وبقيت على حكم الاصل وهو ملك البائع ولا كذلك الكامنة (تتمة) استدلال الاصحاب وقول المصنف رحمه الله ولان ثمره النخل كالحمل إلى آخره هو من كلام القاضى

[341]

أبي الطيب ولذلك الاصحاب قاسوه على الحمل الشيخ أبو حامد والماوردي وغيرهم وتقدمت الاحترازا التي فيه لكن الشافعي رضى الله عنه في الام في هذا الموضع قال وتخالف الثمرة المؤبره الجنين في ان لها حصة من الثمن لانه ظاهر وليست للجنين لانه غير ظاهر ولو لا ما جاء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في ذلك لما كان الثمر مثل الجنين في بطن أمه لانه يقدر على قطعه والتفريق بينه وبين شجره ويكون ذلك مباحا منه والجنين لا يقدر على اخراجه حتى يقدر الله تعالى له ولا يباح لاحد اخراجه وانما جمعنا بينهما حيث اجتمعا في بعض حكمهما بان السنة جاءت في الثمر لم يؤبر بمعنى الجنين في الاجماع فجمعنا بينهما خيرا لاقياسا إذا وجدنا حكم السنة في الثمر لم يؤبر كحكم الاجماع في جنين الامة وانما مثلنا فيه تمثيلا ليفقهه من سمعه من غير أن يكون الخبر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم يحتاج إلى ان يقاس على شئ بل الاشياء تكون له تبعاً هذا كلام الشافعي رضى الله عنه وهو يقتضي الفرق بين الثمرة والحمل والاعتماد في ذلك على الحديث وحده وكما دل الاجماع في الحمل على الفرق بين قبل ظهوره وما بعده كذلك دلت السنة في الثمرة على الفرق بين ما قبل التأبير وما بعده وكلام الشافعي في هذا الموضع صريح في ان الحمل لا يقابله قسط من الثمن على غير الاصح عن الاصحاب والاصحاب ذكروا في ان الثمرة هل يقابلها قسط من الثمن طريقتين (إحدهما) القطع بالمقابلة كما هو نص الشافعي (والثانية) تخرجها على قولين كالحمل وهى ضعيفة لمخالفتها النص ورجحها الرافعي في باب الرد بالعب وقصد الشافعي رضى الله عنه بذلك تشبيهه قبل ظهوره بالثمره غير المؤبرة ثم ذكر الفرق بينهما من جهة القدرة على فصل الثمرة عن الشجرة بخلاف الحمل والاصحاب قاسوا عليه ولم ينظروا إلى هذا الفرق وذكروا اعتراضات على

[342]

القياس وانفصلوا عنها (اما) الاعتراضات فان المعنى في الحمل لا يجوز افراده بالعقد فلذلك كان تبعاً وليس كذلك الثمرة لانه يجوز افرادها بالعقد على رأى ابن أبي هريرة وهو الصحيح عند طائفة وهذا قريب مما قاله الشافعي رضى الله عنه وليس إياه وبأنه لو كان الطلع كالحمل لوجب أن تكون الثمرة للمشتري وان كانت قد ظهرت لانها متصله بالاصل وبأنه لا يجوز للبائع استثناء الحمل لنفسه ويجوز له استثناء الطلع لنفسه وانفصلوا عن الاول بأبواب الدار فانه يجوز افرادها بالعقد ومع ذلك تتبع

وإنما لم يجر العقد على الحمل وجر على الثمرة لان الحمل جار مجرى
أبعض الام فلما لم يجر العقد على أبعضها لم يجر على حملها والثمره
قبل التأبير تجرى مجرى أغصان الشجرة فلما جاز العقد على أغصانها جاز
على ثمرها (وعن الثاني) بأنها إذا كانت كأمته في الطلع فهي بمنزلة
الحمل لأصل لها غيره فأما إذا ظهرت من الطلع فقد أخذت شيها من الولد
المنفصل عن الام لانها ظاهرة كالولد وأخذت شيها من الجنين لانها متصله
بالاصل كاتصال الجنين بالام وليس أحدهما أولى من الآخر فتعارضنا وبقيت
الثمره على ملك البائع كما كانت (وعن الثالث) أنه يجوز للبائع استثناء
السقف والاعصان ومع ذلك إذا لم يستثن دخلت في البيع (فائدة) كلام
الشافعي رحمه الله المتقدم كالصريح في إفادة الاجماع على دخول الحمل
في بيع

[343]

الام وقد روى عن محمد بن سيرين وغيره أنهم أجازوا بيع الامه واستثناء
ما في بطنها وليس مجرد ذلك مصادما للاجماع المذكور ولكن ابن المغلس
الظاهري قال عن أصحابهم ان تبعية الحمل للام قول أكثر العلماء وان
النظر يوجب أن يكون الحمل للبائع لانه غيرها وليس كعضو منها الا أن يمنع
من ذلك ما يجب التسليم له فنسبة ابن المغلس ذلك إلى أكثر العلماء يشعر
بخلاف إذ أنه رأى ذلك من كلامهم ولم يعلم في المسألة اجماعا ومحل
الجزم في دخول الحمل إذا كان مملوكا لرب الحيوان بشرط أن يكون البيع
قد وجد باختياره قال بان الرفعة وفي معناه كل تملك جرى بالاختيار من
المالك اما بنفسه أو بوكيله وفي معنى ذلك ولى المحجور عليه لصغر أو
سفه أو فليس وهل الاستتباع في هذا لاجل رضاه بانتقال الملك في الام
عنه القائم فيه مقامه وكيله أو وليه وكذا عند بيعه عليه قهرا أو لاجل أنه
لم ينتقل الملك فيها عنه الا بعوض فيه معنيان تخرج عليهما مسائل ذكرها
الامام في باب الخراج بالضمان (منها) لو وهبها حيث لا ثواب وهي حامل لا
يتبعها الحمل الجديد كما قال لا والقديم أنه يتبعها كما في البيع ومثلها جار
فيما لورهن الجارية الحامل لانه في المسألتين راض بخروج الملك في
الاولى ويتعلق الحق في الثانية لكن لا بعوض أجريا أيضا فيما لو رهنها
حائلا فحملت (ومنها) لو خرجت عن ملكه

[344]

بعوض لكن لا برضاه كما إذا رد عليه عوضها بعيب وكانت قد حملت في يده
أو رجع فيها بائعها عند فليسه وهي حامل وقد كانت حائلا عند ابتياعه لها
هل يتبعها الحمل قولان (قلت) قضية المأخذين أن الاب لو رجع في الجارية
التي وهبها لابنه وهي حامل ثم حملت أن لا يتبعها الحمل قولاً واحداً لانه لا
عوض ولا رضاه مع ذلك فقد حكى الامام في التبعية قولين قال الامام
والفرق أن عقود الاجبار بالعوض تستدعي بعد المبيع عن الغير ولو نفذنا
البيع ونحوه على الجارية دون الحمل لجر ذلك عسرا وما جرى من الارتداد
فهذا ليس في حكم العقود فجرى الامر في التبعية على التردد قال ابن
الرفعة وحيث نقول الحمل لا يتبع الام في الرد بالعيب ونحوه ظاهر كلامهم
أن الرد صحيح لا يمنع منه كما لم يمنع منه افضاؤه في التفريق بين الام

والولد على رأى ولو كان الحمل حين البيع مملوكا لغير البائع بوصية أو غيرها فلا يندرج الحمل في البيع وهل يصح البيع قال ابن الرفعة يشبه أن يرتب على استثناء الحمل (ان قلنا) يصح فهنا أولى والا فوجهان قال القاضي حسين في كتاب أمهات الاولاد قال إذا كان متزوجا بأمة فحملت منه وأوصى له بحملها جاز له أن يشتري الجارية على وجه

[345]

يعني لانه صار جدا قال ولا خلاف أنه لا يجوز بيعها من غيره ومثل الوجه في بيعها منه إذا أوصى له بحملها المذكور فيما إذا باعها من مالك الحمل والله أعلم (قاعدة) العقود التي يملك بها النخل والتمر أربعة أضرب (أحدها) عقد معاوضة على وجه المراضاة كالبيع والصلح والصداق والخلع والاجارة كما إذا أجر داره مدة بنخلة مطلقة فهذه العقود تتبعها الثمرة غير المؤبرة ولا تتبعها المؤبرة (الضرب الثاني) ما ملك بمعاوضة على غير وجه المراضاة كما لو باعه نخلا فاطلعت في يد المشتري ثم أفلس فرجع البائع في عين ماله فهل تكون الثمرة التي لم تؤبر تبعا له فيه وجهان (أصحهما) عند الروياني التبعية وكما إذا رهن نخلا فاطلعت فحل الدين والطلع لم يؤبر فيبيع المرهون جبرا من غير رضا الراهن هل يدخل الطلع في البيع أم لافيه وجهان وقطع الروياني هنا بالتبعية لانه وجد منه الرضا بهذا البيع عند الرهن وقد أطلقوا على هذين القسمين أنهما من عقود المعاوضات التي على غير وجه المراضاة وقد يتوقف في اطلاق العقد على الرجوع في الفليس والامر في ذلك قريب ومن عد ذلك في عقود المعاوضات أراد به البيع الذي يرتب الرجوع عليه وحكى الجرجاني الوجهين أيضا في بيع نخيل المغلس في دينه (الضرب الثالث) عقد على سبيل المراضاة من غير معاوضة كالهبة والوصية هل تكون الثمرة التي لم تؤبر تبعا له على وجهين ومثل أن يهب نخلا لوله فيطلع فيرجع في هبته هل يتبع الطلع النخل على وجهين (الصحيح) من المذهب ما قال الماوردي هنا أن الوالد لا يسترع الثمرة وعد هذا القسم أيضا من هذا الضرب اعتبارا بالعقد المبني عليه كما تقدم وعد هذان الوجهان في كل هذه المسائل التي في الضربين قال الشيخ أبو حامد وغيره أصلها مسألة واحدة وهي إذا رهنه نخلا عليها طلع لم يؤبر هل يدخل في الرهن باطلاق العقد أم على قولين قال القاضي أبو الطيب قال في الجديد لا يدخل لان الرهن لا يزيل الملك وكان يقول في القديم يدخل على الطريق البيع ثم رجع عنه في الجديد (الضرب الرابع) ما لم يكن من عقود المعاوضات ولم يكن مأخوذا على وجه المراضاة كالطلاق قبل الدخول إذا استرجع به نصف المهر وكان قد أصدقها نخلا لاطلع عليها ثم أطلعت وطلقها قبل التأبير وقبل الدخول فهنا لا تتبع الثمرة الشجرة ولا ترجع إلى الزوج قولا واحدا قال الماوردي لا يختلف المذهب فيه وقال الشيخ أبو حامد أنه ليس لنا موضع لا يتبع الطلع قبل الابار الاصل الا في هذه المسألة يعني قولا واحدا وتعليقه أن الصداق إذا كان زائدا زيادة متصلة غير متميزه كالسمن والكبر والصنعة لا يرجع به وانما يرجع بنصف قيمته يوم أصدقها فإذا لم يرجع بالزيادة التي لا تتميز فلان لا يرجع

[346]

بالطلع أولى فان أراد أن يرجع بنصف النخلة دون الطلع فان له ذلك ويترك الطلع إلى أوان الجذاذ وجعل الماوردي من هذا لقسم الوالد إذا رجع فيما وهبه لولده لم يكن للوالد استرجاع الثمرة معه على الصحيح من المذهب وفهم عنه الروياني القطع بذلك فقال وفي الحاوي وعلى هذا الوالد لا يسترجع في الهبة من الولد غير المؤبرة قولاً واحداً لأنه لا معاوضة ولا تراض. (فرع) قال صاحب التلخيص في ما شذ عن أصول الكوفيين يعنى الحنفية أنه ان رهن أرضاً أو أقر بها دخلت الثمار يعنى عندهم وهذا يرد عليهم في كونهم يقولون لا يدخل في البيع ولا في غيره الا في هاتين المسألتين. (فرع) وأما قول المصنف رحمه الله قال الشافعي رحمه الله وما تشقق في معنى ما أبر لأنه نماء ظاهر فهو كالمؤبر فهو كذلك في الام والمختصر وان لم يكن بلفظه والقياس الجلي خاهر في ذلك لان الاعتبار بظهور الثمرة فلا فرق بين أن تظهر بعلاج أو بغير علاج أو تشقق بالرياح اللواقح وهو أن يكون فحول النخل في ناحية الصبا فتهد في وقت الابار فان الابار تتأثر براويح طلع الفحول قال الشيخ أبو حامد بل ظهورها بنفسها أولى قال الشافعي رحمه الله عليه في البويطي الابار في النخل إذا انشق الخف وبدت الثمرة فهو وقت الابار أبر أو أم يؤبر قال الماوردي وقد يكون من أنواع النخل ما يكون ترك تلقحه أصح للثمرة ومن كلام الشافعي والبويطي المذكور يستفاد أن التأبير اسم لوضع طلع الفحال في الاناث بعد تشققها لا لنفس التشقق وهو معنى قول الاصحاب ان وقت التأبير قائم مقام التأبير وان وضع الكش بعد تشقق الثمرة ليس بشرط في سلامة ذلك للبائع والتبعية في المبيع وعدمها منوطة بالتشقق لا بوضع طلع الفحال فيها فيكون ذكر التأبير غالباً والنخل تارة يتشقق بنفسه فيلحق بعد ذلك وتارة يبلغ أوان التشقق ولم يتشقق بعد ويشقق ويفعل ذلك به وقال ابن الرفعه ما معناه انا إنما اتبعنا المعنى هنا ولم نتبع اللفظ ولا أجرينا فيه خلافاً لان المعنى قوى باصل بقاء ملك البائع ولا يعارض ذلك بأن تركه التأبير عند إمكانه كالأعراض فنجعل تابعة لمقتضى مفهوم الحديث لضعف عموم المفهوم وقال ابن عبد البر في التمهيد لم يختلف العلماء أن الحائط إذا تشقق طلع إنائه فاخر إباره وقد أبر غيره ممن حاله مثل حاله ان حكمه حكم ما أبر لأنه قد جاء عليه وقت الابار وظهرت ثمرته بعد تغييبها في الخف وما ذكره هؤلاء الأئمة هو المعول عليه وقال ابن حزم الظاهري إنه لو ظهرت ثمرة النخل بغير ابار لم يحل اشترطها أصلاً وجمد جموداً عجيباً فقال لا يجوز في ثمرة النخل

[347]

إلا الاشتراط فقط (وأما) البيع فلا حتى يصير زهوا فإذا هو صار زهوا جاز فيه الاشتراط والبيع مع الاصول ودونها وليس هذا الحكم إلا في النخل المأبور خاصة ولم يطرده في غير النخل من الشجر ولا في النخلة الواحدة والنخلتين وهذا جمود عجيب ينكره الفهم وعدم طرده إياه في النخلة والنخلتين بناء منه على أن النخل اسم جمع ولمخالفيه أن يقولوا انه اسم جنس فان العرب لم تلزمه تاء التانيث قال الله تعالى (اعجاز نخل من منقعر) وإذا كان اسم جنس شمل القليل والكثير كتمر وسائر ما مؤنثه بالتاء مما لم تلزمه العرب كالتخم البهم بخلاف الرطب فانهم قالوا هو الرطب كما لم تلزم فيه العرب التانيث يصح أن يكون اسم جنس النخل من هذا القبيل والله أعلم. (فرع) دل الحديث على ان الثمرة المؤبرة للبائع الا ان يشترط المبتاع أي كل الثمرة للبائع الا أن يشترط المبتاع كلها أو شيئاً منها كالنصف والثلث وأي جزء كان معلوماً فلا تكون كلها للبائع بل على

حسب الشرط والعموم في الاول مأخوذ من الاضافة من قوله فثمرتها والاطلاق في الثاني مأخوذ من عدم الهاء كما تقدم التنبيه عليه في لفظ الحديث وبه يقول جمهور العلماء ومنهم اشهب من المالكية وقال مالك وابن القاسم لا يجوز ان بشرط بعضها وكذلك قال مالك وداود وفي مال العبد لا يجوز الا ان يشترطه كله أو يدعه كله. (فرع) هذا الاشتراط هل حكمه البيع أولا قد تقدم كلام الشافعي انه يقابله قسط من الثمن فذلك يدل على ان حكمه حكم البيع عنده ومشهور مذهب مالك ان الثمرة إذا اشترطها المشتري الاصل أو اشتراها بعد انها لاحصة لها من الثمن ولو أحيحت كلها كانت من المشتري وتمسك ابن حزم في ان هذا الاشتراط ليس يبيع بنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمرة حتى ترهى وحمل هذا على عمومه والقائلون بان الاشتراط بيع يحتاجون إلى تخصيص هذا الحديث أو تأويله على بيعها وحدها. (فرع) قال أصحابنا يحصل تسليم الشجرة مع كون الثمار المؤبرة عليها للبائع وقال أبو حنيفة رضى الله عيه لا يحصل الا بعد قطع الغنمات وممن صرح بهذا الفرع القاضي حسين وفرقوا بينها وبين الارض المشغولة بالزرع على وجه منفعة الشجرة تافهة. (فرع) فاما غير المؤبرة فقد علم انها عند الاطلاق تكون للمشتري فلو اشترطها البائع فلا خلاف في الجواز وان اختلفوا في جواز افرادها في البيع فان ذلك بيع حقيقي وهذا استجد فيصح قال القاضي ابو الطيب قال في كتاب الصرف فذلك جائز لان صاحب النخل نزل عليه تسوية الثمرة في نخله

[348]

حين باعها اياه إذا كان استثناها على ان يقطعها فان استثني على ان يقرها فلا خير البيع لانه باعه ثمرة لم يبد صلاحها على ان تكون مفردة إلى وقت قد تأتى عليها الآفة قبله قال القاضي أبو الطيب وهذا الكلام يقتضي ان من باع نخلا قبل التأبير واستثنى الثمرة لنفسه لم يجز الا بشرط القطع وليس يقول بهذا أحد من أصحابنا لانه يجوز ان يشترط مطلقا وانما شرط القطع في بيع الثمرة قبل بدو صلاحها (قلت) قد قال به بعض الاصحاب تخريجا على ان المشرف على الزوال هل يجعل كالزائل فان الثمرة بالبيع قد أشرفت على زوالها عن البائع وبلاستثناء كأنها رجعت إليه فاشبهت الداخلة في ملكه ابتداء فلذلك شرط شرط قلعها والوجهان مشهوران في طريقة المراوزة حكاهما القاضي حسين وغيره وجعلوا هذه قاعدة ان ما اشرف على الزوال هل يعطي حكم الزائل وخرجوا على ذلك مسائل (منها) إذا باع دارا واستثنى منفعتها لنفسه سنة هل يصح كما لو باعها ثم استأجرها أولا يصح فيه الوجهان فان قلنا هناك يصح فهنا يجب القطع في الحال وان قلنا هناك لا يصح فهنا يصح ولكن لا يجب القطع في الحال هكذا قال القاضي حسين (ومنها) إذا جنى المدبر جنابة تستغرق قيمته ثم مات الشيد ولم يخلف غيره ففداه الورثة حكما بنفوذ العتق وفي الولاة قولان (ان قلنا) المشرف كالزائل العائد فالولاء للورثة والا فللمتوفي ومنهم من يؤول نص الشافعي على ما إذا باع الشجرة مطلقا ثم اشترى من المشتري الطلع فانه يجوز بشرط القطع هكذا قال القاضي حسين وغيره وممن جزم بظاهر النص الماوردي على ما حكى الروياني عنه لكن أكثر العراقيين جازمون بانكار ذلك وان ما نقل عن كتاب الصرف خطأ في النقل لان حرمة نقل إذا كان اشتراها على ان يقطعها فان اشتراها على ان يقرها فلا خير في البيع فوقع الخطأ في النقل من قوله اشترى إلى قوله استثنى ووافقهم القفال على هذا والقاضي حسين أيضا صحيح

خلاف ظاهر النص وحمله تأويله انه أراد به إذا باع النخل قبل التأبير فكانت الاصول والثمرة للمشتري ثم اشترى البائع الثمرة منه قبل بدو الصلاح لم يجر الشراء الا بشرط القطع ولكننا نعود إلى الكلام في ذلك عند بيع الثمار (واما) الحديث فليس فيه تعرض لذلك نعم قد يقال إذا كان مقتضاه ان يكون للمشتري فينبغي إذا شرطت للبائع لا يصح كالحمل كما لا يصح استثناءه لا يصح ههنا فما وجه جزم الاصحاب بصحته ونظرهم بعد ذلك في أنه هل يشترط شرط القطع أم لا (والجواب) عن هذا انها ليست كالحمل من كل وجه كما تقدم وقد تقدم خلاف في جواز افرادها بالبيع فان قلنا به فلا اشكال في جواز استثنائها وان قلنا بقول ابي اسحق المروزي وهو ان لا يجوز افرادها بالبيع فذلك لان المقصود فيها مغيب ولا يلزم من ذلك ان لا يجوز استثناءها فانه لا يشترط في المستثنى ما يشترط في المبيع وقال المالكية ان شرطها البائع لم يجر وكان المشتري باعها قبل بدو صلاحها.

[349]

(فرع) إذا قلنا بأنه إذا استثنى الثمرة يشترط شرط القطع فاطلق قال الامام دل كلام الائمة ان الاستثناء باطل والثمرة للمشتري قال وهذا مشكل جدا وان صرف الثمرة إليه مع التصريح باستثنائه محال عندي فالوجه عد الاستثناء المطلق شرطا فاسدا مفسدا للعقد في الاشجار ويكون كاستثناء الحمل وهذا الذي ذكره الامام هو الذي جزم به الماوردي وانه يفسد البيع تفريعا على هذا القول ولم يذكر غير ذلك وذكر الماوردي أيضا تفريعا عليه انه لو استثنى نصف الثمرة فسد العقد لتعذر اشتراط القطع. (فرع) إذا بقيت الثمار غير المؤبرة للبائع بالاستثناء قال الامام فان لم نشترط التقييد يعني بشرط القطع رأينا الابقاء وان شرطنا أو جبا الوفاء ولا خلاف ان الثمار المؤبرة إذا بقيت ولم يبد الصلاح فيها لا يستحق عليه قطعها وان كان يشترط في صحة بيعها إذا افردت شرط قطعها (قلت) لانها لم تشرف على الزوال فان العقد المطلق والحالة هذه لا يقتضي دخولها بخلاف ما قبل التأبير وكيف ما قدر فظاهر المذهب ان لا يشترط في الاستثناء شرط القطع والله أعلم. (فرع) قال الماوردي انه لو استثنى البائع نصف الثمرة بطل العقد لتعذر اشتراط القطع به وهذا منه بناء على أمرين (أحدهما) وجوب اشتراط القطع (والاصح) خلافه وقد تقدم الكلام فيه قريبا (والثاني) أن امتناع القطع مبني على منع القسمة وسيأتي الكلام فيه في بيع نصف الثمرة شائعا قبل بدو الصلاح والله أعلم. (فرع) قد علمت أن هذه المؤبرة عند الاطلاق للمشتري فلو تلفت في يد البائع قبل القبض ثبت للمشتري الخيار ان شاء فسخ البيع لتلف بعض المبيع قبل القبض وان شاء أجاز في الاصول بجميع الثمن أو بحصته على القولين في تفريق الصفقة وليس كما إذا قطعت يد العبد فانه إن أجاز يحيز بجميع الثمن قولا واحدا على المشهور لان الثمن لا يتقسط على الاطراف ويتقسط على الثمرة كما تقدم من نص الشافعي رضي الله عنه وممن صرح بهذه المسألة القاضي أبو الطيب والمحاملي والرويانى وكذلك لو كانت مؤبرة واشترطها المشتري لنفسه ثم تلفت وعن البويطى قول آخر في مسألة العبد أنه يأخذه بحصته من الثمن وعن القاضي أبي حامد أن هذا لا يصح على مذهب الشافعي رضي الله عنه ومن أصحابنا من خرج تلف الثمرة غير المؤبرة على القولين في أن الحمل هل يقابل بقسط من الثمن وهو مردود لنص الشافعي رضي الله عنه على خلافه

(فرع) باع نخله مطلعة ولم يقل للمشتري انها مؤبرة ولم يعلم المشتري بتأبيرها ثم علم كان الخيار قاله الشافعي رضى الله عنه والاصحاب القاسي أبو الطيب والرويانى والمتولي وعللوه بأن له بقاء الثمرة ربما أضر بالشجرة في سنة أخرى فان من الاشجار ما يحمل سنة ولا يحمل سنة أو يقل في سنة ويكثر في سنة وأيضاً فانه يحتاج إلى الدخول في ملكه وربما يتأذى به قال ابن الرفعة ولا يقدح ذلك في البيع قولاً واحداً وان قدح في الزرع على وجه لان هذه المنفعة نافهة بخلاف منفعة الارض. (فرع) بيع الطلع في قشره مفرداً مقطوعاً على الارض أو على النخل بشرط القطع فيه وجهان (قال) أبو إسحق لا يصح لان المقصود من الطلع ما في نفسه وهو مستور بما لا مصلحة له فيه (وقال) ابن أبي هريرة يصح لان الجميع مأكول والمأكول إذا استتر بعضه ببعض جاز بيعه والاول أصح عند المحاملى وصاحب العدة والشيخ أبي حامد فيما نقل عنه والثاني أصح عند الشيخ أبي حامد والماوردي والقاسي الطبري والرويانى والحرجاني وقال الامام إن معظم الاصحاب ذهبوا إليه وان صاحب التفريغ حكى فيه قولين وبناهما على بيع الحنطة في سنبلها ونقل ابن الصباغ عن أبي حامد أنه اختار قول أبي اسحق ثم المجوزون لذلك انما يجوزونه بشرط القطع إذا كان على النخل كما دل عليه كلام ابن الصباغ والرويانى وغيرهما وهو ظاهر والمسألة مذكورة في الكتاب في باب النهي عن بيع الغرر وشرحها النووي هناك ولا خلاف أن وقت التأبير لا يكون لوجود التأبير قال صاحب التتمة كما أن الاعتبار بولادة الجارية لا بوقت الولادة وسيأتي في كلام الامام ما قد يتوهم منه خلاف ذلك ونذكر تأويله هناك إن شاء الله تعالى وقال ابن الرفعة إذا شقق الطلع قبل أو ان تشققه فهو للمشتري وان شقق في أو انه فهو للبائع وان لم يتشقق بنفسه ولا شقق في أو انه فهل يكون للبائع إقامة لوقت التشقق مقام التشقق أولاً فيه نظر واحتمال (قلت) وهذا الاحتمال باطل والحكم كما مر مع الظهور وجوداً وعدمًا. (فرع) قال الشيخ أبو محمد إذا أبر الطلع وحكمنا ببقائه للبائع فجزم الكمام للمشتري فانه يترك على النخلة نقله عنه في النهاية وجزم به في الروضة نقلًا عن البسيط عند الكلام فيما يدخل تحت اسم الشجرة.

(فرع) باع نخلة لم يخرج طلعتها فانه يخرج طلعتها على ملك المشتري فلو استثناه البائع بطل البيع قاله الخوارزمي في الكافي. (فرع) لو شرط غير المؤبرة للمشتري قال في التتمة كان تأكيداً ولك ان تقول يصير كشرط الحمل إذا صرح به وفيه خلاف وسيأتي نظيره فيما إذا باع الثمرة مع الشجرة قبل بدو الصلاح قالوا فيها يصح وسيأتي البحث المذكور فيها وهو هنا أقوى لان المؤبرة التي لم يبد صلاحها يجوز بيعها بمفردها قولاً واحداً ولكن يشترط فيه شرط القطع وغير المؤبرة لنا في بيعها مفردة خلاف فمن يقول بعدم الصحة يوجب الحاقها بالحمل فإذا صرح بدخولها كان كما لو صرح بدخول الحمل وفيه خلاف (والاصح) عند الرافي بطلانه والله أعلم. (فرع) ذكرهما أبو العباس بن سريج ونقلهما الشيخ أبو حامد في تعليقه عنه (احدهما) اشترى نخلة فاشترت في يد البائع فالثمره للمشتري

ولا يكون شئ من الثمن مقابلا لها وهى امانة في يد البائع فان سلمها استقر البيع في النخلة وخرجت الثمرة من امانته وان تلفت انفسخ البيع في النخلة وعليه رد ثمنها ولا شئ عليه لاجل الثمرة وان تلفت الثمرة سلم النخلة وأخذ جميع الثمن وان سلمت الثمرة وتلفت النخلة سقط جميع الثمن عن المشتري وأخذ الثمرة ولا شئ للبائع (الثاني) اشترى أرضا عليها نخيل مؤبرة واشترط كل ذلك وكانت قيمة الجميع متساوية فحدثت ثمرة أخرى قبل ان يتسلمها فالثمرة الحادثة في ملك المشتري فان أكل البائع الثمرتين جميعا كان عاصيا فيهما وعليه بدل الثمرة الخارجة ان كان اكلها رطبيا فثمنه وان كان اكلها تمرا فمثله واما الخارجة فالمشتري بالخيار لاجلها فان فسح البيع رجع بجميع الثمن وان اجاز فعلى القولين في جنابة البائع (ان قلنا) كالأفة السماوية اجاز في الارض والنخل بحصتهما من الثمن (وان قلنا) كالأجنبي اعطاه جميع الثمن ثم غرمه بدل الثمرة والله أعلم (فائدة) الغزالي رحمه الله تعالى في المستصفي من المنكرين لهذا المفهوم ولكنه في كتبه الخلافة كالتخصير بالغ في اثبات ذلك وتقريره وان عرف العرب في الاستعمال افهم امورا تكاد تزيد فوائدها على موجب الاوضاع وان الاشكال في المسكوت عنه والبقاء على النفي الاصلى فيه انما كان قبل التخصيص أما بعد التخصيص ارتفع

[352]

الاشكال وصار ذلك معلوما بدليل من جهة الشرع والسر في الفرق بين هذه المفهومات وبين مفهوم اللقب حيث لم يكن حجة على المختار ان التخصيص هو الطريق المستعمل عرفا للنفي والاثبات بطريق الاجاز ومعنى التخصيص إيقاع الخصوص بقطع بعض الجملة عن الجملة والجملة إما أن تتمثل في الذكر بقوله من باع نخلة فانها تتناول المؤبر وغير المؤبر فإذا استدرك وقال بعد أن تؤبر كان ذلك تخصيصا وقطعا عن جملة واما أن تتمثل في الوهم بأن يكون ذكر أحد القسمين مذكرا للآخر المقطوع عنه بالضرورة كقوله الثيب أحق فانه قطع عن البكر إذا الثيابة والبكارة صفتان يتقاطعان على التعاقب وضعت كل واحدة منهما لفصل قسم عن قسم والعلف أيضا كذلك مع إثبات الثيابة بذكر الثيابة والسوم بالضرورة واليوم في قوله (وأتموا الصيام إلى الليل) والتأثير نفي البكارة والعلف والليل والاستتار وليس في إثبات البر نفي الزعفران والادوية والفواكه وغيرها أولا اتصال بين البر وغيره حتى يكون ذكره قطعاً لذلك الاتصال نعم قد يدل على التخصيص بقريئة تنضم إلى الذكر القاصر فاما مجرد الذكر فلا يدل والتخصيص دليل بالوضع العرفي فلا يخرج عن كونه دليلاً إلا بقريئة فليدرك التفاوت بين الرتبتين وهذا الذي ذكره الغزالي رحمه الله من نفي الكلام لمن أنصف من نفسه وفهم بذوقه الفرق بين الرتبتين فيعلم بهذا الكلام السبب في ذلك (أما) من لم يشهد ذوقه للتفرقة قال فهو جدير بأن لا يكلم ومراده بالعرف عرف المحاورة في كلام العرب لاعرف طارئ بعدهم وهذا السر هو الموجب لكوننا لم نقل بمفهوم قوله (فان خفتم أن لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به) ومفهوم قوله صلى الله عليه وسلم (أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذنها فنكاحها باطل) (أما) الاول فلان الخلع لا يتفق إلا في حالة الشقاق ويستحيل بحكم العادة وقوعه في حالة المصافاة وما لا يقع عرفا فليس من غرض الشرع بيانه فقد استوعب الشارع كل محل الحاجة ولم يقع البعض عن البعض وذكره اللقوق ذكره لمحل الحاجة إلى البيان وهو كل محل الحاجة (وأما) الحديث فلان المرأة إما أن تفوض أمرها للولى لحياتها أو تستقل لزوال حياتها (أما) المباشرة

بإذن الولي فلا تقع في العادة فلم يكن من محل البيان في عرضه والله أعلم

[353]

(فائدة أخرى) في التأثير عن جابر عن عبد الله رضى الله عنه قال (أبصر النبي صلى الله عليه وسلم الناس يلقحون النخل فقال ما للناس قالوا يلقحون فقال لالقاح أولاً أدري اللقاح شيئاً فقال فتركوا اللقاح فخرج تمر الناس شيئاً فقال النبي صلى الله عليه وسلم ما شأنه قالوا كنت نهيت عن اللقاح فقال ما أنا بزراع ولا صاحب نخل لاقحوا) أورد أبو بكر محمد بن موسى الحارمي هذا الحديث في كتابه الناسخ والمنسوخ لتضمنه النهي عن اللقاح ثم الأذن فيه ونقل عن بعضهم أن قوله لالقاح صيغة تدل على النهي وأن للشارع أن يتحكم في أفعال العباد كيف أراد ولهذا قالوا للنبي صلى الله عليه وسلم كنت نهيت عن اللقاح ولم ينكر عليهم ومال الحارمي إلى أن ذلك ليس بحكم شرعي ولقوله في رواية أخرى (إنما طننت طناً فلا تؤاخذوني بالظن ولكن إذا حدثتكم عن الله تعالى شيئاً فخذوا به فإني لن أكذب على الله) ثم قال الحارمي وعلى الجملة الحديث يحتمل كلا المذهبين ولذلك أبقينا يعني في الناسخ والمنسوخ. قال المصنف رحمه الله تعالى. (وان باع فحالا وعليه طلع يتشقق ففيه وجهان أحدهما أنه لا يدخل في بيع الاصل لان جميع الطلع مقصود مأكول وهو ظاهر فلم يتبع الاصل كالتين والثاني أنه يدخل في بيع الاصل وهو الصحيح لانه طلع لم يتشقق فدخل في بيع الاصل كطلع الاناث وما قاله الاول لا يصح لان المقصود ما فيه وهو الكش الذي يلقح به الاناث وهو غير ظاهر فدخل في بيع الاصل كطلع الاناث) (الشرح) الفحال بضم الفاء وحاء مهملة مشددة وآخره لام ذكر النخل وقال ابن فارس الفحال فحال النخل وهو ما كان من ذكوره فحالا لانته قال ابن قتيبة وهو فحال النخل ولا يقال فحل (1) ولذلك اعترض معترض على الشافعي رضى الله عنه فان الشافعي قال وان كان فيها فحول فقال هذا المعترض إن هذا خطأ لانه لا يقال في النخل فحل ولا في جمعه فحول وانما يقال فحال وجمعه فحاحيل وأجاب الاصحاب بأن كل واحد منهما جائز في اللغة وقد ورد به الشعر. قال الشاعر تأبدي ياخيرة العسل * بأبدي من جيد فسلي * إذ صن أهل النخل بالفحول والكش بضم الكاف وبالشين المعجمة هو ما في بطون طلع الفحال الذي يلقح بها طلع الاناث

(1) بياض بالاصل

[354]

(أما) الاحكام فقال الاصحاب تبعاً للشافعي إذا كان في النخل فحول فاما أن تغرد الفحول بالبيع واما أن يبيعهما معاً فان أفرد الفحول بالبيع فاما أن يكون قد تشقق شيء من طلعتها أولاً فان تشقق شيء من طلعتها فالمثرة للبايع بلا شبهة وان لم يكن تشقق شيء ثمن طلعتها (فأحد) الوجهين أنه

للمشتري هو الصحيح وقال المصنف في التنبيه والشيخ أبو حامد في تعليقه انه المنصوص وادعى بعضهم أنه ليس في المسألة نص (ومن أصحابنا) من قال للبائع مستدلاً بأن ظهور طلع الفحال بمنزلة تشقق طلع الاناث لانه ليس له ثمرة غيره بخلاف طلع الاناث فان المقصود ما في جوفه فإذا لم يظهر بالتشقق يكون للمشتري وهذا أصح عند الماوردي والجرجاني في التحرير ورد الاصحاب ذلك بأن المقصود من طلع الفحال ليس هو الاكل بل الكش الذي يلقح به وهو غير ظاهر فهو كالاناث في التشقق سواء قال الماوردي هذان الوجهان مخرجان من اختلاف أصحابنا في طلع الاناث هل يقاس على الحمل قياس تحقيق أو قياس تقرب قال بعضهم قياس تحقيق فعلى هذا لا يصير طلع الفحال مؤبراً إلا بالتشقق وقال آخرون بل قياس تقرب اعتباراً بالعرف فعلى هذا يصير طلع الفحال مؤبراً اعتباراً بالعرف اه ولو كان قد تشقق شئ من طلع الاناث وأفرد الذكور بالبيع وهى غير مؤبرة ففيها وجهان كالوجهين الآتين فيما إذا أفرد ما لم يؤبر بالبيع قاله الفوراني وأما إذا جمع في العقد بين الفحول والاناث فان كان قد تشقق شئ من طلع الاناث فطلع الكل للبائع على الوجهين اتفاقاً (أما) على الصحيح فلان الكل كطلع الاناث وأما على الوجه الآخر فان طلع الاناث تشقق وطلع الفحال له بكل حال وقد جزموا على الصحيح ههنا ان طلع الفحول يتبع طلع الاناث وكان ينبغي أن يأتي فيها وجه بأن طلع الفحال للمشتري بناء على أن أحد النوعين لا يستتبع لآخر كما سنحكيه عن القاضي حسين والامام في القسم الآخر لغير المشتقق فيه فهو كجنس آخر وهذا الكلام منه كالصريح بجريان الخلاف وقال الجوزي إذا كان فيها فحول فقد اختلف أصحابنا فقال أبو حفص انما جعلت الفحول تابعة لانها للاقل فالنادر يدخل في الغاصب ولان الغرض من طلع الفحال أكله غالباً فاستوى المؤبر منه وغيره إذا تشقق شئ من الاناث فباقي الحائط وذكوره وأناته

[355]

تبع له وإذا تشقق شئ من الذكور فسائر ما بقى من الذكور والاناث تابع فهذا الكلام يقتضي أن أبا حفص وهو ابن الوكيل هو القائل بأن طلع الفحال للبائع بكل حال وانه عل تبعيتها للاناث عند الاجتماع بهذه العلة وبعلة أخرى وهى النذرة غير أن التعليل بالنذور انما يتم على ما هو المعهود غالباً فلو فرض كثرة الفحول زالت هذه العلة وان لم يتشقق شئ منها أصلاً لامن طلع الاناث ولا من طلع الفحول فعلى الصحيح الكل للمشتري وعلى الوجه الآخر طلع الاناث للمشتري والفحال للبائع وقال القاضي حسين على هذه الوجه فيه وجهان كما في طلع الاناث إذا كان من صنفين وتشقق البعض دون البعض وجمع بينهما في العقد وكذلك الامام جعل تبعية الاناث للذكور كاستتباع النوع النوع وكذلك حكى الوجهين وقال ان الاصح أن طلع الاناث لا يتبع طلع الفحول وان كان طلع الفحول يتبع طلع الاناث وقال المتولي انه على هذا الوجه يكون الفحول والاناث كالجنسين فلا يجعل الاناث تبعاً لها وان كان قد تشقق شئ من طلع الفحول فقط فعلي الصحيح المطلق كله للبائع وحكى في الحاوى وجهاً وصححه ان طلع الاناث لا يتبع طلع الذكور وان كان طلع الذكور يتبع طلع الاناث لان مقصود الثمار طلع الاناث وطلع الذكور يقصد لتلقيحه لانفسه وهذا الوجه وهو الذي يدل عليه نص الشافعي رضى الله عنه كما سألنيته قريباً ان شاء الله تعالى فعلى هذا يكون حكمه كما سيأتي على الوجه الآخر وعلى الوجه الآخر طلع الفحول للبائع بالظهور وطلع الاناث للمشتري

وينبغي أن يأتي فيه وجه أن طلع الاناث أيضا للبائع بناء على أن أحد النوعين يستتبع الآخر على قياس ما حكاه القاضي حسين الا أن يتمسك بما تقدم عن صاحب التتمة أن الذكور مع الاناث على هذا الوجه كالجنسين وهو بعيد واعلم ان عبارة المختصر وان كان فيها فحول بعد أن تؤبر الاناث فثمرتها للبائع وظاهر هذه العبارة إذا باع الفحول والاناث جميعا وقد أبرت الاناث فالكل للبائع وهي الصورة التي حكينا الاتفاق فيها على ذلك وأبدينا فيها احتمال وجه وعبارة الشافعي في الام ومن باع أصل فحل نخل أو فحول بعد أن تؤبر اناث النخل فثمرها للبائع الا أن يشترطه المبتاع وهذا يشبه عبارة

[356]

المختصر الا ان اطلاق عبارة الام تصدق على ما إذا باع الاصل وحده بعد تأبير الاناث وهذا لا يستمر الا على الوجه القائل بأنه إذا أفرد ما لم يؤبر يجوز إذا كان تأبير شيء من غير نوعه من ذلك الجنس ومفهومه يقتضي انه إذا باع الفحل قبل التأبير يكون طلعه للمشتري كما ادعى المصنف في التنبيه أنه المنصوص وفي ظاهره اشكال لانه يشمل ما إذا تأبر هو قبل تتأبر أن الاناث ولا يمكن القول بأن ذلك للمشتري فلذلك عبارة المختصر أبين ثم قال الشافعي في الام ومن باع نخلا قبل ان تؤبر اناث النخل فالثمرة للمشتري وهذا النص يقتضي أن ثمرة الاناث لا تتبع ثمرة الفحول على خلاف ما قدمناه عن الاصحاب أنه إذا تشقق شيء من طلع الفحول يكون الطلع كله للبائع على الصحيح ويشهد للاحتمال الذي ابديته فيه هذان كان قول الشافعي نخلا بالنون والحاء المعجمة وان كان بالفاء والحاء المهملة فاشد فانه حينئذ يقتضي أن الفحال إذا أفرد بالبيع وقد أبر ولم تؤبر الاناث أن طلعه للمشتري ولا قائل بذلك نعلمه من الاصحاب وانما جوزت هذا الاحتمال في لفظ الشافعي لانه أتى به في مقابلة من باع فحلا بعد أن تؤبر الاناث فقسيمه من باع فحلا قبل ان يؤبر وان كان ذلك ليس بلازم والله سبحانه وتعالى وأعلم يؤيد ما قلته ان الشافعي قال أيضا في المختصر ولو تشقق طلع اناته أو شيء منه فهو في معنى ما أبر نخله فمفهوم هذا أنه لا يكتفي في ذلك بتشقق طلع الذكور (فائدة) أطلق المصنف الوجهين في هذا الكتاب ولم ينسب شيئا منهما إلى النص وكذلك فعل القاضي أبو الطيب وفي التنبيه قال وقيل ان ثمرة الفحال للبائع بكل حال وهو خلاف النص وكذلك فعل الشيخ أبو حامد فهذا احد المواضع التي يؤخذ منها ما اشتهر على السنة الفقهاء أن التنبيه مأخوذ من طريقة الشيخ أبي حامد والمهذب من طريقة القاضي أبي الطيب وذلك غير مستمر فسيأتي في تقسيم الشجر تبع الشيخ أبا حامد ولم ينبع ابا الطيب لكن ذلك في صنعة النصف لافي النقل وفي ذلك الموضوع يأتي كلام في مخالفته أبا حامد أو موافقته والظاهر عندي أنه لم يلتزم متعابة طريقة واحدة في كتاب منهما نعم ان كان ذلك في الاكثر فرما ويترك ذلك في بعض الاوقات لما يترجح عنده ولم أقف من نص الشافعي في الفحال الا

[357]

ما حكته عن الام والمختصر فيحتمل أن يكون الشيخ أبو حامد والمصنف وقفا على نص آخر أصرح منهما ويحتمل أنهما أخذهما من ذلك والله اعلم. (فرع) قال الماوردي إذا أخذ طلع الفحال جاز بيعه في قشره لانه من مصلحته وكان أبو إسحق يمنع من بيعه حتى يصير بارزا قال وليس هذا بصحيح ونسب الامام والاول إلى معظم أصحابنا وذكر عن صاحب التقريب أنه ذكر في ذلك قولين وأنه بناهما على بيع الحنطة في سنبلها قال الامام وهذا مقدر حسن (فائدة أخرى) ادعى بعضهم أنه ليس في خصوص مسألة الفحال نص للشافعي وأنه لا يمكن أخذه من إطلاقه أن الابار حد لملك البائع لان الابار عبارة عن إصلاح طلع الاناث بعد تشققه أو شققه بالكش الذي في طلع الفحال فلا أبار في الفحال فلا دخول له في هذا ولا يمكن حمل كلامه في التنبيه في قوله وهو خلاف النص على نص الحديث لان الحديث إنما يحمل على التأبير اللغوي وهو إنما يكون للانات على ما سبق وجعل التشقق في معناه حكم شرعي من الحاق الفقهاء بالمنصوص عليه فهو بكلام الشافعي أولى (فرع) باع فحالا لا طلع عليه ثم أطلع قبل لزوم العقد قال في الاستقصاء (فان قلنا) إنه كطلع الاناث فهو للمشتري (وان قلنا) إنه كالمؤبرة وقلنا أنه يملك بالعقد أو موقوف فهو أيضا للمشتري (وان قلنا) أنه لا يملك إلا بالعقد وانقضاء الخيار فهو للبائع لانه حدث والبيع على ملكه.. قال المصنف رحمه الله. (وان باع حائطا أبر بعضه دون بعض جعل الجميع كالمؤبر فيكون الجميع للبائع لانا لو قلنا ان ما أبر للبائع وما لم يؤبر للمشتري أدى إلى سوء المشاركة واختلاف الايدي فجعل ما لم يؤبر تبعاً للمؤبر لان الباطن يتبع الظاهر ولم يجعل ما أبر تابعا لما لم يؤبر لان الظاهر لا يتبع الباطن ولهذا جعلنا أساس الدار تابعا لظاهرها في تصحيح البيع ولم نجعل ظاهرها تابعا للباطن في إفساد البيع).

[358]

(الشرح) الحائط وهو البستان من النخيل (1) (أما) الاحكام ففي هذه الجملة مسألتان (الاولى) إذا باع حائطا أبر بعضه دون بعض جعل الجميع كالمؤبر وجعل ما لم يؤبر تابعا لما أبر (أما) إذا كان نوعا واحدا فاتفق عليه الاصحاب تبعاً للشافعي رضى الله عنه واستدلوا هم وغيرهم لذلك بأن تأبير البعض يحصل للنخل اسم التأبير فيشملة قوله صلى الله عليه وسلم (من باع نخلا قد أبرت) قال ابن عبد البر وأصل الابار أن يكون في شئ منه الابار فيقع عليه اسم أنه قد أبر كما لو بدا صلاح شئ منه وفيما ذكره من إطلاق اسم التأبير على الجميع بتأبير بعضها توقف لا يخفى لاسيما على ما يوقله أصحابنا أنه يكفي تأبير نخلة واحدة في البستان بل طلعة واحدة ويصير الباقي تبعاً فدعوى إطلاق التأبير على الجميع حقيقة في غاية البعد وقد وقع في كلام ابن حزم ما يقتضي أن لفظ الحديث وفيها ثمرة قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع وهذا لو ثبت كان صريحا في المطلوب لكني لم أجده في شئ من ألفاظ الحديث التي وقفت عليها وانما فيها كلها جعل التأبير صفة للنخل المبيعة وحقيقة ذلك أن يكون في الجميع واللفظ الذي ذكره ابن حزم لم يذكره باسناد بل أتى به في ضمن استدلال فعله لم يثبت فيه نعم لا يشترط أن يوجد التأبير في كل طلع النخلة بل متى وجد في شئ منها صح أنها أبرت فيكون جميع ثمرتها للبائع وان كان بعضها غير مؤبرة استدلالا بالحديث وبعضه الاصحاب وغيرهم فيما اتفقوا عليه من الاكتفاء بتأبير البعض أن العادة لم تجر بتأبير جميع النخل بل يكتفون بتأبير بعضها واستدل أبو إسحق المروزي لذلك بما ذكره المصنف وزاده المصنف بالاستشهاد بأساس الدار وهو جواب عن سؤال مقدر أورده

الشيخ أبو حامد والماوردي وغيرهما وأجابوا عنه وهو أنه هل لاجل ما أبر
تابع لما لم يؤبر في دخوله في البيع وأجابوا بأنه استقر في الشرع أن
الباطن تبع للظاهر وليس الظاهر تبعاً للباطن فان ما بطن من أساس
الحائط ورؤس الاجذاع تبع لما ظهر في جواز البيع وأيضاً فإنه كان يلزم
منه مخالفة منطوق الحديث ولك أن تقول على الأول ان الحكم بتبعية
الاساس أمر ضروري لصحة البيع ولا كذلك الثمار ألا ترى أنه لو شرط أن
تكون المؤبرة للبائع وغير المؤبرة للمشتري اتبع شرطه فانها لو كانت كلها
مؤبرة

(1) بياض بالاصل

[359]

وبشرط بعضها اتبع شرطه وسوء المشاركة موجود فكأنهما رضيا به
وأورداه العقد عليه وكل عقد فيه مشاركة فهو مظنة الضرر ومع ذلك يصح
كثير من العقود المقتضية للمشاركة واستدلوا أيضاً بأن بدو الصلاح في
بعضها بمنزلة بدو الصلاح في جميعها فكذلك التأبير ولك أن تجيب بأن
المعنى في الاصل أن الثمرة متى تركت حتى يوجد الصلاح في جميعها أدى
إلى أن لا يصح بيعها بحال فإنه إلى أن يتكامل فيها يتساقط الأول فيؤدي
إلى فساد الثمرة وتأذى مالها وليس هذا المعنى موجوداً هنا والله أعلم
وفي كلام الشافعي في الام إشارة إلى الدليلين اللذين استدلا بهما
الاصحاب (وأما) إذا كان الحائط أنواعاً فالمذهب أيضاً أن ما لم يؤبر تابع لما
أبر فان الشافعي قال إذا بيعت رقبة الحائط وقد أبر شئ من نخلة فثمره
تلك النخل في عامه ذلك للبائع ولو كان منه ما لم يؤبر ولم يطلع لان حكم
ثمرة ذلك النخل في عامه ذلك حكم واحد كما يكون إذا بدا صلاحه ولم يؤبر
قال صاحب التتمة ويخالف الجارية الحامل بولدين وضعت أحدهما ثم باعها
قبل وضع الآخر لا يجعل تبعاً للمولود على ظاهر المذهب لان الولد بعد
الانفصال ليس له تعلق بالام فيفرد كل واحد بحكمه والطلع بعد التأبير
متصل بالشجرة هذا الفرق ذكره صاحب التتمة في النخلة الواحدة يكون
بعض طلوعها مؤبراً وبعضها غير مؤبر فأما إذا كان بعض النخيل مؤبراً
وبعضها غير مؤبر ففرق بينه وبين الاغنام يبيعها وقد نتج بعضها يبقى
نتاجها للبائع والتي لم تنتج يدخل حكمها في العقد لان نتاج الاغنام لا يتفق
في وقت واحد بخلاف النوع الواحد من النخيل وقال أبو علي بن خيران لا
يكون تأبيراً إلا في نوعه لان الانواع يختلف ادراكها وتتفاوت والنوع الواحد
لا يتفاوت ورد الاصحاب عليه بما ذكره المصنف وممن وافق الاصحاب على
ذلك أبو علي بن أبي هريرة لكنه شرط في ذلك ان يكون اطلع حتى يكون
في حكم المؤبر وان اختلف النوع (أما) ما ظهر من الطلع بعد البيع فقال
بأنه للمشتري لانه ظهر في ملكه وغلطوه في ذلك بالنص الذي قدمته عن
الشافعي أنفاً وحكمه بأن ثمرة ذلك العام للبائع ولو كان فيه ما لم يؤبر ولم
يطلع وهذا نص صريح وقول ابن أبي هريرة هذا صححه الماوردي وسيأتي
في كلام المصنف وانما ذكرته هنا لتعلقه به فإنه ينتظم به فيما إذا باع نخلاً
وفيه ثمرة مؤبرة ثلاثة أوجه (أحدها) وهو المذهب ان ثمرة جميع ذلك العام
للبياع (والثاني) قول ابن خيران ليس للبائع

* الا المؤبرو (الثالث) قول ابن أبي هريرة ان للبائع المؤبر والمطلعة غير المؤبره عند البيع وللمشتري ما أطلع بعد البيع والله أعلم ولم يقل أحد من الاصحاب بأفراد المؤبر بحكمه ومذهب مالك رحمه الله أنه إذا أبر أكثر الحائط فهو للبائع حتى يشترطه المبتاع وان كان المؤبر أقله فكله للمبتاع واضطربوا إذا أبر نصفه قال ابن عبد البر والاطهر من المذهب انه للمبتاع الا أن يكون النصف مفردا فيكون للبائع. (فرع) هذا كله فيما إذا باع الجميع أما إذا أفرد غير المؤبر بالبيع فيسأني ذلك في كلام المصنف رحمه الله تعالى ان شاء الله تعالى (المسألة الثانية) إذا كان له حائطان فابر أحدهما دون الاخرى وباعهما فان المؤبر للبائع وما لم يؤبر للمشتري ولا يتبع أحدهما الآخر لما ذكره المصنف هذا هو الصحيح المشهور الذي جزم به القاضي أبو الطيب والماوردي الروياني كما فرقنا في الشفعة بين ما قسم وبين ما لم يقسم وقاسه الشيخ أبو حامد أيضا على بدو الصلاح فان بدو الصلاح في أحد الحائطين لا يستتبع الآخر وفيه وجه آخر ان البستان يتبع الآخر وجعل الرافعي الخلاف في البستانين مرتب على البستان الواحد فحيث قلنا في البستان الواحد أن كل واحد من المؤبر وغير المؤبر يفرد بحكمه فهنا أولى وحيث قلنا بان غير المؤبر يتبع فهنا وجهان (أصحهما) إن كان بستان يفرد حكمه الفرق أن لاختلاف البقاع تأثيرا في وقت التأبير فاقضى كلام الرافعي رحمه الله جريان الخلاف في البستانين في صور (إحداها) عند اتحاد النوع

والصفقة (والثانية) عند اختلاف النوع على المذهب (والثالثة) عند تعدد الصفقة إذا أفرد البستان الذي لم يؤبر بالبيع فانه يكون كما لو أفرد غير المؤبر في البستان الواحد ولنا فيه خلاف سيأتي الاصح أنه لا يتبع فعلى الوجه الآخر مقتضى كلام الرافعي أن يأتي في البستانين خلاف إذا أفرد غير المؤبر بالبيع وكلام المصنف يقتضي على الصورتين الاولتين ما اقتضاه كلام الرافعي من جريان خلاف عند اتحاد النوع والصفقة موجود لغيره فان القاضي حسين حكى عنه في ذلك وجهين وأما عند اختلاف النوع فغريب وقد جزم صاحب التتمة فيه بعدم التبعية وجعل محل الوجهين فيما إذا كان الصنف واحد فأما إذا أفرد البستان الذي لم يؤبر بالبيع فأغرب لم أره لغير الرافعي لكنه يشبه ما ذكره الاصحاب في بدو الصلاح والفرق واضح من جهة أن المطلوب بدو الصلاح أمنها من العاهة وقد يقال انه حاصل بدخول وقته وإن لم تشمل صفقة والمطلوب تأثير أن يكون المبيع أو بعضه بارزا وهو مفقود ههنا قال الرافعي وغيره ولا فرق بين أن يكون البستانان مثلا صغين أو متباعدين قال ابن الرفعة يشترط أن يكونا في اقليم واحد بل في مكان طبعه واحد وما ذكره صحيح مأخوذ من كلام الشافعي رضى الله عنه وعليه يحمل كلام الرافعي وغيره ثم اعلم أن المراد بالحائطين ما يكون أحدهما مثمرا غير الآخر ولا يشترط أن يكون محوطا فان صاحب البيان ذكر المسألة فيما إذا كان له حائطان فيهما نخيل أو قطعتان من الارض فيهما نخيل لكن ينبغي أن يضبط ذلك بضابط فان قطعتي الارض المتجاورتين كالارض الواحدة التي لها جانبان وجعل التأبير في أحد الجانبين دون الآخر ثم باع الجميع فان ما لم يؤبر تابع لما أبر فإذا كان الارضان غير متجاورتين كانا لذلك فينبغي أن يضبط ذلك بأن يكون

بينهما نوع من التمييز حتى يعدا في العرف مكانين ولا يعدان مكانا واحدا
وأسباب ذلك إما حاجز بينهما وأما غير ذلك مما هو معلوم في العرف فإن
من الاراضي ما هي قطعة متجاورة وبحكم أهل العرف بأنها أراضي لأرض
واحدة لنوع من التمييز بينها (وأما) القطعة الواحدة إذا أبر جانب منها دون
جانب ثم باع الجميع حصلت التبعية لان صاحب الحاوي قال (1) وقال الشيخ
أبو حامد انه لا يشترط الحاجز وانما يعتبر أن يصدق عليهما اسم الانفراد
وهو إشارة إلى ما قلناه.

(1) بياض بالاصل

[362]

(فرع) هذا الحكم المذكور من أول الفصل إلى هنا أن المؤبر لا يتبع النخلة
المبيعة وغير المؤبر يتبع لافرق فيه بين أن يكون المبيع النخيل دون
البيستان أو معه وهذا وإن كان من الواضحات فإن صاحب العدة صرح به
فذكرته تبعا له ورغبة في الايضاح والله سبحانه أعلم.. قال المصنف رحمه
الله. (وان كان له حائط أطلع بعضه دون بعض فابى المطلاع ثم باع الحائط
ثم أطلع الباقي ففيه وجهان قال أبو على بن أبي هريرة ما أطلع في ملك
المشتري لا يتبع المؤبر بل يكون للمشتري لانه حادث في ملكه فلا يصير
للبياع والثاني انه يتبع المؤبر فيكون للبياع لانه من ثمرة عامه فجعل تابعا
له كالطلع الظاهر في حال العقد فإن أبر بعض الحائط دون بعض ثم أفرد
الذي لم يؤبر بالبيع ففي طلعه وجهان أحدهما أنه للبياع لانا جعلناه في
الحكم كالمؤبر بدليل أنه لو باع الجميع كان للبياع فصار كما لو أفرد بعض
المؤبر بالبيع والثاني أنه للمشتري لانه إنما جعل كالمؤبر إذا بيع معه
فيصير تابعا له فاما إذا أفرده فليس يتابع للمؤبر فتبع أصله). (الشرح) فيه
مسألتان (المسألة الاولى) إذا باع جميع نخل البيستان وقد أبر بعضها
وبعضها لم يطلع بعد فاطلع بعد البيع في ذلك المشتري فلا اشكال في أن
المؤبر للبياع وأن ما كان وقت العقد مطلقا غير مؤبر تابع له فيكون للبياع
أيضا (أما) ما أطلع بعد ذلك فإن كان من طلع العام المستقبل فهو
للمشتري وليس محل الوجهين نبه عليه الماوردي وهو ظاهر من كلام
المصنف وان كان من طلع ذلك العلم ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول ابن
أبي هريرة وادعى الماوردي أنه الاصح وتبعه ابن أبي عصرون أن ما أطلع
في ملك المشتري لا يتبع المؤبر بل يكون للمشتري كحدوثه في ملكه وقد
صح ابن الصباغ أيضا هذا الوجه عند الكلام في اختلاط ثمرة النخلة المبيعة
بثمرة البائع (والثاني) وهو قول أبي حامد الاسفراييني وقال انه يتبع
فيكون للبياع خوفا من سوء المشاركة كما لنا جعلنا ما لم يؤبر تبعا لما أبر
خوفا من سوء المشاركة ووافق أبا حامد على تصحيح هذا الوجه جماعة
منهم الرافعي وفرق الماوردي منتصرا لقول ابن أبي هريرة بأن ما لم يؤبر
يصح العقد عليه ويلزم فيه بالشرط فجاز أن يصير تبعا لما قد استثناه

[363]

العقد قال ولو كان التعليل المذكور صحيحا كان بيع عالم يخلق تبعاً لما خلق كما يجوز بيع ما لم يبد صلاحه تبعاً لما بدا صلاحه قال وفيما ذكرنا من ذلك دليل على وهاء قوله وفساد تعليله يعني أبا حامد (قلت) وقد تقدم أن قول ابن أبي هريرة الذي انتصر له الماوردي مخالف لنص الشافعي الصريح ويمكن التمسك للنص بظاهر الحديث فإنه حكم بأن ثمرة النخل المؤبرة للبائع وثمرتها تشمل ما كان مطلقاً حين العقد وما لم يكن خرجنا عنه في ثمرة العام المستقبل بدليل فينبغي فيما عداه على ظاهر العموم إلا أن يقال إن قوله فثمرتها لا يشمل إلا الثمرة الموجودة وهي المطلعة وليس بعيد لكن سوء المشاركة حاصل والحاجة داعية إلى ذلك وما ألزم به الماوردي من بيع ما لم يخلق تبع لما خلق فانما يلزم لو كان كلما يشترط في البيع يشترط في الاستثناء (وقوله) إن ما لم يؤبر يصح العقد عليه فرعه على رأيه ورأى غيره وقد تقدم عن أبي إسحاق أن لا يصح بيعه وهو الأصح عند المحاملي وغيره فعلى هذا لا يصح الفرق المذكور وفي التمهة ذكر نظير لهذه المسألة استنبط هذا الوجه منها وهي جارية المكاتب إذا أتت بولد من أحدهما قبل الكتابة والآخر بعدها قال نص أن الولدين للسيد فاستنبط منها هذا الوجه ووجه في الجارية إذا كانت حبلية بولدين فوضعت أحدهما ثم باعها فالولد الذي في البطن يبقى للبائع على ظاهر النص على ما قاله الإمام ورأى أن الصواب خلافه وأن الولد الثاني للمشتري وعن الخضرى أنه كان يحكى في ذلك قولين (أحدهما) ما نسب إلى النص (والثاني) ما رأى الإمام أنه الصواب قال ابن الرفعة ولو كان الخارج بعض الولد ولم ينفصل كله إلا بعد البيع فستعرف في باب الجنائيات وغيره أن المرجح في المذهب أن حكمه حكم ما لم ينفصل منه شيء وفيه وجه أن حكمه حكم المنفصل فعلى هذا يكون للبائع وعلى الأول ينبغي أن يقطع في هذه الحالة بمقابلته بجزء من الثمن لأنه قد علم وجوده ثم قال الإمام في الحالة الأولى ثم إذا حكمنا بأن الحمل للبائع فيجب أن يحكم بفساد البيع في الام على ظاهر المذهب قال ابن الرفعة أو يصح على ظاهر المذهب لأن هذا شبيه ببيع الجارية الحامل يجوز من حيث أن البائع لم يستثنه وإنما الشرع استثناه وقد اختلف قوله يعني الإمام في أن المرجح فيه الصحة أو البطلان (قلت) وتخرجه على بيع الجارية الحامل بحر حسن متعين وحكمه والتصحيح فيه معلوم

[364]

في موضعه ولقد تعجبت من صاحب البيان فإنه قال إن القول بأن ما أطلع للمشتري لم يذكر الشيخ أبو حامد غيره والموجود في تعليقه والمنقول عنه خلاف ذلك (المسألة الثانية) إذا أبر بعض الحائض دون بعض فافرد المؤبر بالبيع فلا اشكال في أن ثمرته للبائع وإن أفرد الذي لم يؤبر بالبيع ففيه وجهان كما ذكر المصنف نقلاً وتعليلاً وممن حكاهما القاضي أبو الطيب (وقوله) فصار كما لو أفرد بعض المؤبر بالبيع يعني إذا ثبت بهذا البيع حكم التأبير صار كالمؤبر فإذا أفرد بالبيع صار كما لو أفرد المؤبر بالبيع ونظير المسألة إذا بدا الصلاح في بعض الحائض فافرد بالعقد الثمرة التي لم يبد صلاحها فيها ففي صحته وجهان كالوجهين (والصحيح) أن الطلع للمشتري وممن صححه صاحب البيان وقال إمام الحرمين إن القائل بأن غير المؤبر هنا يتبع المؤبر بقول دخول وقت التأبير كالتأبير نفسه وهذا الكلام من الإمام قد بوهم أن من الأصحاب من يقول إن وقت التأبير كالتأبير نفسه كذلك كلام الغزالي يقتضي ذلك وقد بوهم ذلك أن هذا القائل يكتفي بحضور الوقت أن يحصل تأبير أصلاً ولم أعلم من قال بذلك

وانما مراد الامام ومن أطلق العبارة إذا حصل تأبير في غير المبيع ولم يحصل في المبيع وقد تقدم في ذلك كلام وحزم الفوراني بأنه إذ أفرد النوع الذي لم يؤبر بالمبيع انه ليس حكمه حكم المؤبر فيمكن أن يكون محل الوجهين اللذين ذكرهما المصنف وغيره فيما إذا أفرد ما لم يؤبر من نوع واحد ويمكن أن يكونا مطلقا بناء على ان التأبير في احد النوعين تأبير في الآخر وقد صرح صاحب التتمة بذكر الوجهين فيما إذا أفرد الصنف الذي ليس بمؤبر على طريقة من يرى تبعية النوع للنوع وهو المذهب فيصح ابقاء الوجهين في كلام المصنف على اطلاقهما.. قال المصنف رحمه الله. قال الشافعي رحمه الله والكرسف إذا بيع أصله كالنخل وأراد به كرسف الحجاز فانه شجر يحمل في كل سنة وتخرج ثمرته في كمام وتتشفق عنه كالنخل فان باع وقد تشفق جوزه فهو للبائع وان لم يتشفق فهو للمعتري وان تشفق بعضه دون بعض جعل الجميع للبائع كالنخل وأما ما لا يحمل الاسنة وهو قطن العراق وخراسان فهو كالزرع ويحى حكمه ان شاء الله تعالى).

[365]

(الشرح) الكرسف بضم الكاف وسكون الراء وضم السين المهملة بعدها فاء القطن ويقال له الكرسف البرسف وهو على نوعين منه ما يبقى في الارض سنين ويحمل كان سنة مثل كرسف الحجاز وابين وتهامة والشام والبصرة قال المحاملي والبلاد الحارة فهو شجر شبيه بالنخل ويتشفق الجوز فيؤخذ القطن منه ويترك القشر على الشجر كما يترك كمام الطلع على الشجر وقيل ان بعضهم شاهده يحمل في السنة ثلاث مرات ويعضد عليه كما يعضد على الشجر وقد عده الاصحاب مع النرجس والبنفسج والمصنف أفرد بالذکر وهو أولى فان فيما وجها كما سيأتي بالحقهما بالذرع وأما الكرسف المذكور فلا نعلم خلافا في الحاقه بالنخل على أن من الامثلة المذكورة مع النرجس والبنفسج مالا خلاف فيه ولكن الكرسف كانه أشبه بالشجر منه فلذلك أفرد بالذکر وكذلك الشافعي رضي الله عنه أفرد بالذکر قال والكرسف إذا بيع أصله كالنخل قال الاصحاب في هذا النوع من الكرسف انه إذا باع الارض كان تابعا لها وان أفرد بالمبيع جاز مطلقا ولا يشترط شرط القطع وإذا باعه مفردا أو مع الارض أو باع الارض فدخل في بيعها وكان فيه جوز فان كان قد تشفق منه شئ كان الكل للبائع الا أن يشترط المشتري وان لم يتشفق منه شئ فالكل المبتاع الا أن يشترط البائع كثمرة النخل سواء فالتشفق هنا بمنزلة التأبير في النخل وكلام المصنف مصرح بانه لو تشفق بعضه كان الجميع للبائع والاصحاب مساعدون له على ذلك ومن جملتهم صاحب التهذيب وافق في ان الكرسف في ذلك كالنخل وسيأتي كلامه فيما سوى ذلك من الورد وغيره

[366]

(النوع الثاني) مالا يحمل الاسنة واحدة وهو قطن بغداد وخراسان لا يبقى أكثر من سنة واحدة فحكمه حكم الزرع ان باع الارض لم يدخل في العقد كالزرع الا أن يشترطه المشتري فيصح بشرطه ما لم يكن جوزا منعقدا غير متشفق فسياتي انه يمتنع على المشتري اشتراطه هذا إذا لم يكن اشتد

فان اشتد وقوى ولم يتشقق فلا يجوز بيعه أصلا مفردا ولامع الارض سواء ظهر بعضه أم لم يظهر شئ منه لان المقصود منه مغيب فهو مجهول كالسنبل فان باعه مع الارض بطل فيه وفي الارض قولا تفريق الصفة وكذلك في الزرع مع الارض سواء قاله القاضي أبو الطيب وان باعه وحده فان كان حشيشا لم ينعقد جوزه أو انعقد ولم يحصل فيه قطن جاز بيعه بشرط القطع وان كان قد عقد جوزه واستحكم قطنه لان المقصود منه القطن وهو مغيب كالسنبل فعلى هذا ان باعه مفردا بطل وان باعه مع الارض بطل فيه وفي الارض قولا تفريق الصفة وكذلك إذا باع الارض واشترط المشتري ان يكون ذلك له واقتصر الرافي في ذلك على ما ذكر صاحب المهدب نقلا وفيما قال صاحب التهذيب موافقة لبعض ما تقدم عن القاضي أبي الطيب فان تشقق وظهر القطن صح بيعه وحده ومع الارض وجاز لمشتري الارض أن يشترطه وهل يدخل القطن في البيع قال صاحب التهذيب يدخل بخلاف الثمرة المؤبرة لا تدخل في بيع الشجرة لان الشجرة مقصود كثمار سائر الاعوام ولا مقصود هنا سوى الثمرة الموجودة وقال القاضي حسين انه يبقى للبائع ولا يدخل في البيع وشبهه ابن الرفعة هذا الخلاف بالخلاف فيما إذا رهن خريطة لاقمة لها وكان فيها شئ له قيمة هل يتبع اللفظ دون ما فيها أو يجعل المرهون ما فيها لانه المقصود عادة وفيه وجهان (أصحهما) الاول قلت وان لم يتشقق قال في التهذيب لم يصح بيعه على الاصح وقال القاضي حسين يصح في الاصل ولا تدخل الثمرة وكل منهما بني على أصله قال ابن داود فعلى قول اشتراط التشقق يشترط أن يكون في كله فلو تشقق بعضه لم يصح الا فيه بخلاف ثمرة النخل وكرسف الحجاز واحتج من منع من بيعه قبل تشققه بان المقصود منه (1) وفي البيان أن الشيخ أبا حامد منع من بيعه وان تشقق جوزه كالطعام في سنبله وهذا محمول على غلط في النسخة التي وقعت لي وهذه الجملة التي ذكرتها هي قول أكثر الاصحاب وقال صاحب التتمة انه إذا تنهى

(1) بياض بالاصل

[367]

نهايته ولا يكون له نماء بعد ذلك وهو في آخر الخريف فيبعه جائز مطلقا ويكلف تفريغ الارض عنه على حسب العرف وما عليه من الحمل لا يتبعه سواء كان متشققا أم غير متشقق لان الشجرة ليست بمقصودة وانما المقصود الثمرة فلا تدخل في بيع البائع وهذا الذي قاله صاحب التتمة فيه تنبيه وعليه استدراك أما التنبيه فان استفيد مما ذكر أن شرط الحكم بجواز البيع فيه أن يكون تناهى ولا يتوقع له نماء فلو لم يكن كذلك لم يصح الا بشرط القطع كما في شجر البطيخ إذا خاف اختلاطه أما بيعه مع الارض فلا حاجة فيه إلى ذلك (واما) الاستدراك فان أصول هذا الوع من الكرسف لا تقصد وحدها بدون حملها ولا يشتريها أحد الا والمقصود حملها فقوله ان حملها لا يتبع لان الشجرة ليست بمقصودة تعليقه صحيح وليس ينبغي ان يكون فيما إذا عني أنه يشتري الاصول فقط أما إذا قال بعنك هذا القطن وهذا الزرع دخل لانه هو المقصود وليس دخوله تبعا وكلام الاصحاب المتقدم منزل على ذلك وذلك هو المفهوم عند الاطلاق وكذلك إذا قال بعنك الارض وما فيها من الزرع فأما بيع ثمره فان تشقق وباع ما تشقق منه صح ويؤمر بالالتقاط على العادة فلو تأخر الالتقاط حتى تشقق غيرها

واختلط فعلى القولين وان لم يكن تشقق ولا انعقد القطن فباعه على شرط التبقيع لم يصح كثمره لم يبد صلاحها وان باعه بشرط القطع لم يصح لانه لا منفعة فيه في تلك الحالة فاما ان انعقد القطن ولم يتشقق فحكمه حكم الحنطة في السنبيل هذا كلام صاحب التتمة قال فلو باع الجوز مع الشجرة قبل التشقق بشرط القطن فمن اصحابنا من قال فيه قولاً ببيع الغائب والشجرة وان كان قد رآها فهي تابعة فلا يجعل لها حكم ومنهم من قال في الجوز قولاً ببيع الغائب إذا ابطنا ففي الشجرة قولاً تفريق الصفقة وقد ذكر صاحب البيان ان قطن العراق كقطن الحجاز يبقى سنين والامر في ذلك يرجع إلى المشاهدة والفقة قد تبين.. قال المصنف رحمه الله. (وان باع شجراً غير النخل والكرسف لم يخل اما أن يقصد منه الورد أو الورق أو الثمرة فان كان يقصد منه الورد فان كان ورده يخرج في كمام ثم يفتح منه كالور فهو كالنخل فان كان في الكمام تبع الاصل في البيع كالطلع الذي لم يؤبر وان كان خارجاً من الكمام لم يتبع الاصل كالطلع المؤبر

[368]

وان كان لاكمام له كالياسمين كان ما ظهر منه للبائع وما لم يظهر للمشتري وان كان مما يقصد منه الورد كالتوت ففيه وجهان أحدهما انه ان لم يفتح فهو للمشتري وان تفتح فهو للبائع لان الورد من هذا كالتمر من سائر الاشجار والثاني انه للمشتري تفتح أولم يفتح لانه بمنزلة الاغصان من سائر الاشجار وليس كالتمر لان ثمرة التوت ما يؤكل منه). (الشرح) الفصل معقود لبيان ما يلحق من الاشجار بالنخل فان الشافعي رحمه الله لما ذكر حكم النخل المنصوص عليه واتبعه بالكرسف الذي هو في حكمه قال بعد ذلك ويخالف الثمار من الاعناب وغيرها النخل وان دفع في بيان ما يكون في معنى ثمر النخل وشرح الاصحاب ذلك فقسما الشجر النبات الذي له حمل في كل سنة إلى اقسام واحسن تقسيم فيها ما سلكه الشيخ أبو حامد وتبعه المصنف وهو ان الشجر ثلاثة اضرب ما يقصد منه الورد وما يقصد منه الورد وما يقصد منه الثمرة والذي يقصد منه الثمرة على خمسة اضرب الاربعة التي ستأتي في كلام المصنف والخامس ما يظهر في كمام ثم تشقق عنه الكمام فتظهر الثمرة فتقوى بعد ذلك وتشتد وهي ثمرة النخل والكرسف فلا تأتي الاربعة كما ذكر والقاضي تقسيمه فيما سوى النخل والكرسف فلا تأتي الاربعة كما ذكر والقاضي أبو الطيب جعل الاقسام كلها خمسة فلم يأت في تقسيمه من الحسن والبيان ما في تقسيم الشيخ أبي حامد فلذلك عدل المصنف عنه وذكر المصنف في هذه القطعة التي ذكرناها ههنا ضربين (الضرب الاول) ما يقصد منه الورد وهو على نوعين (احدهما) ما يخرج في ورق اخضر لا يشاهد منه شيء ثم بعد ذلك يفتح فيشاهد ما تحته كأنواع الورد الاحمر والابيض والاخضر والنرجس فان كان قد تفتح منه شيء عند البيع فجميعه للبائع ما تفتح وما لم يفتح هذا هو المشهور خلافا لما سذكروه عن صاحب التهذيب ومن تبعه ان ما تفتح يكون للبائع وما لم يفتح يكون للمشتري وأن ما لم يفتح منه شيء يكون للمشتري كالطلع حرفاً بحرف هكذا قال أبو حامد وقال الروياني في البحر والشاشي في الحلية وابن الصباغ والرافعي عن الشيخ أبي حامد أنه للبائع وان كان في كمامه وان ذلك

ظاهر كلام الشافعي رضى الله عنه (قلت) وهذه الحكاية عن أبي حامد كان يغلب على ظني أنها وهم فان الذي في تعليقه الجزم بالتفصيل المتقدم ولا أعلم خلافا في ذلك فلعله التبس على الحاكي هذه المسألة بمسألة الثمرة التي عليها نور ووقع اختلاف في نقل الحكم مع ذلك لكن لما رأيتها ولا الأئمة نقلوا ذلك (قلت) لعل الشيخ أبا حامد اختلف كلامه في ذلك. ويدخل شجر هذا النوع في بيع الارض كسائر الاشجار وقال البيهقي في التهذيب والخوارزمي في الكافي إن الورد إذا تفتح بعضه فالذي تفتح للبائع والذي لم يفتح للمشتري بخلاف مالو باع نخلة تشقق بعض ثمرها وعلمه بأن ما تفتح من الورد يجتنى ولا يترك فان يتناثر ويقفل فلا يتلاحق البعض بالبعض فكان كل واحد في حكم المنفرد بخلاف الثمار فانها لاتجتنى حتى تتلاحق وكلام أبي حامد والجرجاني والمصنف في التنبيه وابن سراقه في بيان ما لا يسع جهله مصرح بخلافه (النوع الثاني) من هذا الضرب ما يبرز بنفسه لا يحول دونه حائل إلا أنه يخرج على جهته ثم يفتح كالياسمين فان كان قد ظهر منه شئ فالجميع للبائع وان لم يظهر منه شئ فهو للمشتري والظهور في هذا النوع بمنزلة التفتح في النوع الاول هذه طريقة الشيخ أبي حامد وسلكتها المصنف هنا والرويانى والرافعي وغيرهم. واعلم أن عبارة المصنف رحمه الله تعالى هنا في الياسمين خاصة وكذلك عبارة الجرجاني يوافقان بظاهرهما ما قاله صاحب التهذيب في الورد لكن عبارة المصنف في التنبيه مصرحة بأن الياسمين كالورد وان ظهور بعضه كظهور كله فينبغي أن تحمل عبارته في المهدب على ذلك لا على ما قاله صاحب التهذيب والله أعلم. وأطلق القاضي أبو الطيب في النوعين أنه إن تفتح للبائع وان لم يفتح للمشتري وكذلك قال المصنف في التنبيه لكن بلفظ الظهور لما قال أو بورا تفتح كالورد والياسمين فان كان ظهر ذلك أو بعضه فهو للبائع وان لم يظهر فهو للمشتري فان أراد بالظهور التفتح وهو الظاهر فهو موافق للقاضي أبي الطيب وان أراد البروز وان كان في الكمام لم يقل به أحد إلا أن يتعسف في الاعتذار عنه بأن المراد الظهور وذلك في الورد وما يخرج في كمام بالتفتح وبالياسمين وما يخرج في غير كمام بنفس الخروج فحينئذ يصح ويكون موافقا لما قاله في المهدب ولما قاله الشيخ أبو حامد وأما اعتبار القاضي أبي الطيب التفتح فيما لا كمام له فلا معنى له وقال الرويانى

إن البنفسج كالورد وعد جماعة البنفسج والنشرين من جنس الياسمين والحق سليم فيما نقل عنه النشرين بالورد قال الفرارى والمشاهد في بلادنا خروجه في كمام يفتح عنه كالورد يعني الياسمين. (فرع) لو باع كمام الورد قبل حصول الورد فيها وكذا الجوز قبل القطن بشرط القطع صح لان الورد والقطن ليسا بمقصودين منهما فصارا مقصودين بانفسهما لعل الدواب قاله الخوارزمي (الضرب الثاني) ما يقصد منه الورق كالتوت وشجره هو المسمى بالفرصاد وفيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبي إسحاق وصححه الرويانى أنه إن كان قد ظهر من الورق شئ فالكل للبائع وإلا فللمشتري هكذا عبارة الشيخ أبي حامد والشيخ في عبارته بالتفتح وعده تابع للقاضي أبي الطيب فانه قال كذلك وزاد ففرض المسألة فيما إذا باع أصل التوت وقد خرج ورقه وبرد عليهما في ذلك ما ورد عليهما في اعتبار

التفتح في الياسمين وان استبعدت حصول التفتح في ورق التوت فيساتي في كلام الماوردي والرويانى ما يثبت وقد أخبرني من يخبر ذلك وأن ورق التوت يخرج منعقدا لم يتفتح (فائدة) الياسمين بكسر السين والاشهر جعل النون حرف إعرابه وفيه لغة أنه يعرب إعراب قائمين بالواو والياء والنون بياءين مثنائين هذا هو المشهور وقد قيل فيه لغة أن الاولى مثناة والثانية مثلثة وأنكرها الجوهري ونسبها ابن قتيبة في أدب الكاتب إلى الفرس (والوجه الثاني) أنه للمشتري بكل حال ونسبه الامام إلى الجماهير وصاحب البيان إلى اختيار الشيخ أبي حامد وقال في التهذيب انه المذهب وهو الاصح عند الغزالي والرافعي والقاضي حسين وغيرهم لانه ورق فاشبه سائر الاوراق ولما ذكره المصنف ومنع صاحب هذا الوجه أن تكون ثمرة التوت منحصرة في ذلك أو أن ذلك من الثمر بل ثمرته ما يؤكل منه من النمرة الحلوة والمرة وجعل البغوي والرافعي وغيرهما محل الخلاف فيما إذا كان في أوان الربيع أما في غيره فالكل للمشتري بلا خلاف على ما صرح به صاحب التتمة كسائر الاوراق وفي المسألة وجه ثالث جزم به المارودي وحكاه الرويانى أنه إن كان شاميا يقصد ثمره دون ورقه فلا اعتبار بظهور ورقه وان كان يقصد وقفانه يبدو في عقده ثم يفتح عنها فان كان في عقده تبع الاصل وان انشقت العقدة وظهر ورقها لم يتبع الاصل وهو للبائع قال الرويانى وهو قريب من قول أبي اسحق ورأى بعضهم أن الخلاف منزل على هذا التفصيل وان لا معنى لذلك الخلاف وان كان الشيخ قد

[371]

حكاه (قلت) وقد عرفت أن الشيخ لم ينفرد به بل كل الاصحاب ذكروا الخلاف ولم أر هذا التفصيل لغير الماوردي وان كان متجها فان النوع الذي يقصد ثمره ولا يقصد ورقه كالأحمر فيما قال بعضهم فانه لا يطعم ورقه للدود المقصود ثمره فهذا ورقه كورق سائر الاشجار أما التوت الابيض الذي يقصد منه الورق لطعمه الدود فيتجه فيه الخلاف قال ابن الرفعة ويلتحق بالاول ورق الذكر من الابيض لانه لا يصلح لتربية الدود كما صرح به الاصحاب في كتاب المساقاة والله أعلم. (فرع) الخلاف الذي يقطع أغصانه ويترك ساقه وطوله تقطع الاغصان من جوانبه فحسب إذا باع شجرته قال القاضي الحسين والاعصان لا تدخل في العقد لانه ينزل منزلة الثمار في سائر الاشجار. (فرع) قال الماوردي والرويانى الحناء ورقه أيضا ويبدو ورقه بعد تقديح أغصانه من غير أن يكون في عقدة تنفتح عنه فإذا بدا ورقه بعد التقديح ثم باع شجره كان في حكم النخل المؤبر فيكون للبائع وقال صاحب البيان شجر الحناء والجوز والهرنس لانص فيها فيحتمل أن يكون كالتوت على الوجهين ويحتمل أن يكون البائع أحق بالورق إذا ظهرت وجهها واحدا لانه لائمره لهذه الاشجار غير الورق. (فرع) شجر النبق قال صاحب التتمة المذهب كسائر الاشجار يتبعها ورقها وقيل انها كالتوت لان في ورقها منفعة مقصودة يغسل بها الرأس قال ابن الرفعة وهذا ينبغي أن يكون هو الاصح في بلادنا لانه مقصود بالثمرة وله طواحين معدة لطحنه وموضع يباع فيه بأبلغ ثمن لكثرتة وفرق على القول الآخر بينه وبين ورق التوت بأن منفعة غسل الرأس نافهة وغيره في المعنى يشاركها فانها تغسل بالخطمي والطين وغير ذلك بخلاف ورق الفرساد فانه كل مقصوده.. قال المصنف رحمه الله. (وان كان مما يقصد منه الثمرة فهو على أربعة أضرب أحدها متا تخرج ثمرته ظاهرة من غير كمام كالتين والعنب فما ظهر منه فهو للبائع لا يدخل في البيع من غير شرط وما يظهر

بعد العقد فهو للمشتري لان الظاهر منه كالطلع المؤبر والباطن منه كالطلع الذي لم يؤبر).

[372]

(الشرح) بدأ في الضرب الثالث من أقسام الشجر وجعله على أربعة أضرب وقد تقدم التنبيه على أن منها ضربا خامسا لم يدخل في تقسيمه ولم يلتزمه وهو النخل والكرسف لافراده إياهما بالذكر وجعله مورد التقسيم فيما سواهما. إذا علم ذلك فهذا الضرب الذي يقصد منه الثمرة مما سوى النخل والكرسف على أربعة أضرب (أحدها) ما تخرج ثمرته ظاهرة من غير كما لاورق دونها ولا حائل مثل التين والعنب فإذا باع أصل التين والعنب فان كان قد خرجت الثمرة فهي للبائع الا أن يشترط المبتاع وان لم تكن خرجت وانما خرجت في ملك المشتري فهي للمشتري ويكون خروج هذه الثمرة بمنزلة ظهور ثمرة النخل من الطلع وظهور القطن من الجوز قال الشيخ أبو حامد وأظن التوت الشامى مثله أي مثل التين والامر كما قال فان ثمرة التوت تخرج بارزة من غير كمام وأظن مراده بالشامى التوت الاحمر المرفان المقصود منه ثمرته لاورقه بخلاف التوت الذي قصد ورقه لتربية الدود وان كان الحكم في الثمرة واحدا وقد حكى عن الشيخ أبي حامد انه قال في العنب عندي ان له ورذا ثم ينعقد قال المحاملى وشاهده قول الشافعي يعني الذي معناه أن سائر الثمار من العنب وغيره تخرج ثمرتها وعليها ورد وهو يشاهد من بين ذلك الورد ويرى ويتساقط عنها النور ويبقى الثمر فتكبر ولا كذلك لانخل فانها لا ترى من داخل الكمام وهذا وجه المخالفة قال ابن الرفعة وقد يقال على هذا وجه المخالفة ان كمام ثمرة النخل شامل لحبات منه وكمام العنب شامل لكل حبه وكذا كمام غيره من الثمار ولهذا المعنى أثر يظهر لك في بيع ماله قشيران كالجوز وللوز وقد علل جعل العنب للبائع بان اشتمال كل حبة على كمام يزايلها كاشتمال كل حبة من حبات ثمر النخل بعد التأبير ومع ذلك فهو للبائع فكذا العنب يكون له والماوردي يزعم أن العنب نوعان منه ما يورد ثم ينعقد ومنه ما يبدو منعقدا قال ابن الرفعة ولا أثر لهذا الاختلاف في الحكم لان من أثبت له نورا يقول انه غير مانع من الرؤية فكان كالمعدوم والله أعلم. واعلم ان كلام المصنف في هذا الضرب والضرب الذي بعده يقتضي أن ما يظهر بعد العقد لا يكون تابعا لما كان عند العقد وانه لا يكون ظهور بعضه كظهور كله كالنخل وبذلك صرح صاحب التهذيب وهو يوافق ما تقدم عن صاحب التهذيب في الورد والياسمين وما اقتضاه كلام المصنف وصرح به صاحب التهذيب في هذا الضرب الذي بعده لم أجد في كتب الاصحاب ما يخالفه ونقل الرافعي ما قاله صاحب التهذيب عنه في الورد والتين والعنب وقال ان الصورة الاخيرة يعني التين والعنب محل التوقف قال صاحب الوافي ولو أجرى الوجه القائل بان ما يحدث من الطلع بعد ما تأبر منه البعض

[373]

يكون للبائع كالطلع غير المؤبر لانه من ثمرة العام فيكون أيضا ما يحدث من التين للبائع تابعا لما ظهر لان الظاهر في حكم المؤبر من ثمرة النخل

كان له اتجاه ظاهر ولم أجد للأصحاب نصافيه غير ما ذكره الشيخ وان يكن فرق فمن حيث ان ظهور الشيء بعد الشيء في التين معتاد ثم حين بلوغ التين يؤخذ فالذي يحدث بعده لا يختلط به حتى يقضي إلى سوء المشاركة بخلاف ثمرة النخل فانها تترك إلى الجذاز فيصير الجميع على حد واحد في البلوغ فيختلط ولا يتميز فاحتجنا أن نجعله تابعاً وفي هذه المسألة لا حاجة إلى ذلك (قلت) وهذا اعتراض وجواب جيدان وقد علمت أن المصنف لم ينفرد بذلك الفرق المذكور بعض ما قاله صاحب التهذيب في الورد والياسمين ويمكن الفرق بأن الورد والياسمين يسرع فيه التلاحق ولا يتميز فيقضي إلى المحذور بخلاف التين والعنب فان التمييز بينهما بين والله أعلم.. قال المصنف رحمه الله. (والثاني) يخرج في كمام لا يزال عنه الا عند الاكل كالرمان والموز فهو للبائع لان كمامه من مصلحته فهو كاجزاء الثمرة). (الشرح) هذا الضرب الثاني من الضرب الثالث الذي يكون المقصود فيه الثمرة والامر كما قال المصنف حكماً وتعليلاً نص عليه الشافعي والأصحاب قال الشافعي في الام وإذا باع لاجل أرضاً فيها شجر رمان ولوز وجوز الارنج وغيرها مما دونه قشر يواريه أو ظهرت ثمرته فالثمرة للبائع إلا أن يشترطها المبتاع وذلك ان قشر هذا لا تشقق عما في أجوافه وانفق الأصحاب على ان الحكم كذلك في الرمان والموز وذكروا في ذلك معنيين (أحدهما) ان كمامه من مصلحته كما ذكره المصنف وهو الذي أشار إليه الشافعي (والثاني) تقشر نفس الثمرة فانه يدخر عليها فهو كالتين وفي كلام المصنف تصريح باطلاق الشجر على شجر الموز وسباني تعرض لحكمه في فصل النبات غير الشجر وكلام الشافعي رضى الله عنه فيه قال ابن الرفعة ولاجله قيل انه لا تجوز المساقاة عليه وأما الجوز واللوز والرانج فقه نزاع فلذلك أخره المصنف وجعله من الضرب الثالث.. قال المصنف رحمه الله. (والثالث ما يخرج وعليه قشرتان كالجوز واللوز والرانج فالمنصوص أنه كالرمان لا يدخل في بيع الاصل لان قشره لا يتشقق عنه كما لا يتشقق قشر الرمان ومن أصحابنا من قال هو كثمرة النخل الذي لم يؤبر لانه لا يترك في القشر الاعلى كما لا تترك الثمرة في الطلع).

[374]

(الشرح) الرانج براء مهمله ونون بعد الالف مكسورة وجيم وهو الجوز الهندي وهو النار جيل إذا علم ذلك فهذا الضرب وهو الثالث من الضرب الثالث فالجوز واللوز والرانج قد تقدم أن الشافعي ذكره مع الرمان وحكم في الجميع بأنه للبائع الا أن يشترط المبتاع وبذلك قطع صاحب التقريب لان قشوره لا تزول في الغالب إلا عند القطف وبعد القشرة العليا من الثمرة بخلاف الكمام فانه يعد من الشجرة ويترك الكمام عند القطع على الاشجار ونزل السعف والكرانيف وقشور الجوز ليست كذلك قال الشيخ أبو حامد (أما) الذي لا إشكال فيه فالرمان والموز وقال في الجوز واللوز ظاهر قول الشافعي أنه وان لم تتشقق القشرة الاولى فهو للبائع قال وقال أصحابنا إنما جعله بمنزلة الرمان إذا ظهرت القشرة التي تلى اللب وظاهر هذا الكلام من الشيخ أبي حامد أن ذلك عن الأصحاب والقاضي أبو الطيب جعل الشيخ أبا حامد هو المخالف في ذلك فقال وغلط الشيخ أبو حامد فقال الجوز يتشقق قشره الفوقاني عنه ويسقط ويظهر السفلاني فيجب أن يكون ذلك بمنزلة النخل فان لم يكن تشقق فهو للمشتري وان تشقق فهو للبائع قال القاضي أبو الطيب وهذا خلاف نصه لان الشافعي رضى الله عنه قال تشقق القشرة من هذا ليس من صلاحه إذا كان على رؤس الشجر لانه كتشقق الرمان الذي ليس فيه صلاحه وكان ذلك هو

الحامل للمصنف على نسبة الخلاف إلى بعض الاصحاب مبهما من غير تعيين وقطع الماوردي ونصر المقدسي في الكافي بما قاله أبو حامد وقال الروياني إنه الاقيس وقال المحاملي في المجموع قال الشيخ وقد ذكر الشافعي رضي الله عنه أن حكم الجوز واللوز قشرة عليا وسفلى لانه ليس بالحجاز شجر الجوز واللوز فحمل أمره على أن له قشرة واحدة وأجراه مجرى الرمان والموز أو علم ذلك ولكنه فرض المسألة فيه إذا زالت عنه القشرة العليا وبقيت السفلى والدليل على أنه أراد هذا أنه قال دونه حائل لا يزل عنه إلا في وقت الحاجة إلى أكله وهذا صفة القشرة السفلى دون العليا (قلت) أما الاحتمال الاول فبعيد لان في مختصر المزني في باب الوقت الذي يحل فيه بيع الثمار وكذلك في الام وهو بعد الموضع بشئ يسير أن على الجوز قشرتان واحدة فوق القشرة التي يدفعها الناس عليه ولايجوز بيعه وعليه القشرة العليا لانه يصلح أن يدفع بدون العليا وكذلك الرانج فلا يجوز أن ينسب إلى الشافعي أنه لم يكن يعرف حال الجوز وأما الاحتمال الثاني فهو قريب ولايباه كلام الشافعي فان عبارته في الام وذلك أن قشر هذا لا ينشق عما في أجوافه وصلاحه في بقائه هذا كلام الشافعي بحروفه وليس فيها ما يوجب أن يكون

[375]

المراد القشرة العليا دون السفلى بل تعليل الشافعي رضي الله عنه بأن صلاحه في بقائه يفهم أن ما ليس صلاحه في بقائه لا يكون للبايع الا إذا زال عنه وقشرة الجوز واللوز العليا من هذا القبيل فان كانت تشقق عنه وهو على الشجر فينبغي أن يكون الامر كما قال الشيخ أبو حامد وتغليط القاضي أبي الطيب غير متجه لكني أقول ان تشقق القشرة العليا من على الجوز واللوز إنما يكون بعد يبسه ونهايته وكثيرا ما يؤخذ من على الشجر مع قشرته كاللوز العاقد والرانج أيضا كثيرا ما يؤخذ في قشرته بعد نهايته بل العادة مطردة في كل ماله قشران فليس هو كثمرة النخل قبل التأبير فينبغي أن يكون للمشتري كما يقتضيه إطلاق النص وان كان للتأويل فيه محتمل والله أعلم. واعلم أن اللوز إذا كان أخضر صغيرا يؤكل في قشرته ويجوز بيعه مع تلك القشرة كما ذكره القاضي حسين لانه مقصود كالب سواء مع ذلك المنصوص كما تقدم أنه يدخل في بيع الاصل فكأنهم شبهوه بالطلع في اللوز إذا كان صغيرا فانه يؤكل كله ولا ينقطع من التبعية حتى يظهر من اللوز والله أعلم. وقد نقل إما الحرميين عن العراقيين ما ذكرناه عن الشيخ أبي حامد وذكر عن صاحب التقريب خلافة وكأنه لما وقف على كلام الشيخ أبي حامد نسب ذلك إلى العراقيين وقد عرفت كلامهم وهذا وهم منه ونص الشافعي على خلاف ذلك وأورد ابن الرفعة على أبي حامد أنه يقول بأن ماله نور يكون للبايع بخروج نوره وهذا منه فإذا انعقد كان للبايع بطريق الاولى قال إلا أن يقال في الجواب ان ذلك قاله في ثمرة تخرج في جوف نور والجوز ليس كذلك فان البند نيحى قال إنه يورد أولا وردا لا تخرج الثمرة من جوفه بل يذهب الورد وينعقد بعد ذهابه ثمرة كهية التين أول ما يطلع وسيأتي في الضرب الرابع كلام عن البند نيحى يتعلق بهذا الضرب في اللوز. قال المصنف رحمه الله تعالى. (والرابع ما يكون في نور يتناثر عنه النور كالتفاح والكمثرى فاختلف أصحابنا فيه فقال أبو إسحق والقاضي أبو حامد هو كثمرة النخل إن تناثر عنه النور فهو للبايع وان لم يتناثر عنه فهو للمشتري وهو ظاهر قوله في البويطي واختيار شيخنا القاضي أبي الطيب رحمه الله لان استنثارها بالنور كاستنثار الثمر في الطلع وتناثر النور عنها كتشقق الطلع عن الثمرة فكان في الحكم

مثلها وقال الشيخ أبو حامد الاسفراييني هو للبائع وان لم يتناثر النور عنها لان الثمرة قد ظهرت بالخروج من الشجر واستنارها بالنور

[376]

كاستنار ثمرة النخل بعد التأبير بما عليها من القشر الابيض ثم ثمرة النخل بعد خروجها من الطلع للبائع مع استنارها بالقشر الابيض فكذلك هذه الثمرة للبائع مع استنارها بالنور. (الشرح) النور الزهر على أي لون كان وقيل النور ما كان أبيض والزهر ما كان أصفر والكمثرى (1) (أما) الاحكام فإذا باع أصل التفاح والكمثرى والسفرجل والاجاص والخوخ والمشمش وما جرى مجراه مما يخرج في نور ثم يتناثر عنه النور فالمشهور أنه إذا باع الاصل وقد خرج وردها وتناثر وظهرت الثمرة فهي للبائع إلا أن يشترط المبتاع وان لم يتناثر وردها ولم تظهر الثمرة ولا بعضها فهي للمشتري لان الثمرة مغيبة في الورد وتظهر بعد تناثره فهي في ذلك كثمرة النخل في التأبير وعدمه وهو ظاهر قوله في البويطي لانه قال في آخر باب السلف قبل باب الوديعة وحكم الابار في التفاح واللوز والفرسك إذا خرج منه وتحب ونقل ذلك عن أبي إسحاق المروزي في الشرح والقاضي أبي حامد في جامعه وأبي علي بن أبي هريرة وهو اختيار القاضي أبي الطيب كما قال المصنف قال في تعليقه وغلط الشيخ أبو حامد الاسفراييني فقال ظهور الورد بمنزلة ظهور الثمرة واحتج بأن الشافعي رضى الله عنه قال حكم كل ثمرة خرجت بارزة ترى في أول ما تخرج كما ترى في آخره فهو في معني ثمرة النخل بارزا من الطلع وغلط فيه لان هذا أراد به مالا ورد له مثل العنب والتين لان هذا هو الذي يخرج بارزا وأماما يخرج في الورد فليس ببارز وإنما هو في جوف الورد وقد فسر ذلك في الصرف وذكرت لفظه فسقط قول هذا القائل انتهى كلام القاضي والذي ذكره من لفظ الشافعي في الصرف قال ما كان من الثمر يطلع كما هو لام كمام عليه أو يطلع عليه كمام ثم لا يسقط كمامه فطلوعه كإبار النخل لانه ظاهر وهذا إنما يرد على الشيخ أبي حامد بمفهومه فان منطوقه يدل على أن مالا كمام عليه كالتين والعنب أو عليه كمام لا تسقط كالموز والرمان فالطلوع في القسمين بمنزلة التأبير أما كون الطلوع في غيرهما ليس بمنزلة التأبير فليس ذلك بالمنطوق بل قد يقال إنه يدل للشيخ أبي حامد لاطلاقه أن مالا كمام عليه يكون طلوعه كالتأبير والذي يخرج في نور لا كمام عليه وان كان مستترا بالنور غير أن هذا يبعده قوله كما هو فانه يشعر لانه لا شيء عليه من كمام ولا غيره وقد ذكر الشيخ في تعليقه ما نقله عن القاضي أبي الطيب فقال ان الذي ذهب إليه شيوخ أصحابنا أبو إسحاق وأبو علي بن أبي هريرة وغيرهما أنها للمبتاع ولولا أنني لا أحب مخالفة كان ظاهر

(1) بياض بالاصل

[377]

المذهب والاشبه بالسنة أن الانوار إذا ظهرت للبائع الا أن يشترط المبتاع كالطلع إذا تشقق أو أبر وذكر كلام الشافعي رضى الله عنه الذي تقدم ثم قال وأما معنى السنة فقوله عليه الصلاة والسلام (من ابتاع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع) لما جعل ثمرة النخل للبائع إذا ظهر عند الطلع وذلك الظاهر نور يتفتح فإذا تنأثر انعقدت الثمرة بعده كانت الانوار كالطلع لان النور يتأثر ثم تنعقد الثمرة بعد ذلك وفيه نظر انتهى كلامه والحق ان لاجحة له في كلام الشافعي فان الشافعي رضى الله عنه إنما حكم بذلك في الثمرة التي تخرج بارزة ترى في أولها كما ترى في آخرها وما يخرج في نور ليس يرى في أوله كما يرى في آخره فكيف يحمل عليه أو يقال إنه مندرج فيه وما استدل به من الحديث وما أشار إليه وذكره المصنف له من استتار ثمرة النخل بعد التأبير بما عليها من القشر الابيض فان ذلك يرجع إلى تحقيق مناط فان الشيخ أبا حامد يقول ان ثمرة النخل بالتأبير لا تظهر وإنما يظهر ما يجرى مجرى ورد سائر الاشجار لانه إذا تشقق الطلع ظهر ما فيه مثل الليف وفيه حب صغار مثل الذرة وليس ذلك هو الثمرة وإنما الثمرة في جوف ذلك الحب ترى مثل الشعرة كما ترى ثمرة سائر الاشجار من بين الورد فان كان الامر كما قال الشيخ أبو حامد من أن ثمرة هذا الضرب الذي تحن فيه ترى من بين الورد وان ثمرة النخل مثلها فينبغي أن يكون الحق معه والا فالحق مع القاضي أبي الطيب ومن وافقه وهذا ليس اختلافا في فقه بل يرجع إلى أمر محسوس ومثله يقطع بأدراك الصواب فيه والظاهر الذي تدل عليه المشاهدة أن الامر كما قال أبو حامد وأراد المصنف من الاستتار بالقشر الابيض وبالنور ما حكيناه عن الشيخ أبي حامد والا فظاهره أنها مستترة كلها وذلك يخالف ما تقدم من الحاقها قبل التأبير بالحمل لاستتارها وبعد التأبير بالولد المنفصل لظهورها والذي صححه الرافعي في ذلك أنها للمشتري هكذا للمحرر والروضة ويشعر به كلامه في الشرح قال ان الآخر أرجح عند أبي القاسم الكرخي وصاحب التهذيب وجعل أكثر الاصحاب الضابط في ذلك تنأثر النور كاتقدم وقال القاضي حسين عن الاصحاب ان ذلك يخرج أولا نورا ثم يتشقق ثم يتأثر ذلك ثم تنعقد الحبات كالمشمش والخوخ والتفاح ونحوها قال فما لم تنعقد الحبات فيه يتبع الاصل في البيع وإذا انعقدت حياته لا يتبع الاصل في البيع مطلقا ولا يدخل الا بالشرط وكان القاضي أخذ ذلك عن الفقهاء فان الروياني حكى عن الفقهاء انه إذا تحببت ثمارها فهي للبائع وان كان النور باقيا عليها وان لم تتحبب فالنور كالورق. هذه عبارته

[378]

ويجئ من مجموع ذلك ثلاثة أوجه (الاول) أنها للبائع بمجرد الظهور وهو قول أبي حامد (والثاني) أن الاعتبار بالتحبب وهو قول الفقهاء (والثالث) أن الاعتبار بتأثر النور وهو المذهب لقول الشافعي رضى الله عنه في البويطى إذا خرج من النور وتحبب وقد يقال ظاهر النص يقتضى اعتبار مجموع الامرين لكن الظاهر أن التحبب يكون قبل التناثر فذكر التناثر يعني عنه وفي البحر أن الاصح ما قاله الفقهاء رضى الله عنه وكذلك قال الخوارزمي في الكافي انه لا اعتبار بتأثر النور على الاصح وذكر ابن الصباغ أن المحاملي في المجموع ذكر هذه الحكاية التي حكيناه عن أبي حامد وأنها ليست مذكورة في التعليق الاخير عنه وهذا عجب من ابن الصباغ فان شيخه أبا الطيب ذكرها عنه فكان ذكرها من جهته أولى وهى في التعليقة الموجودة عندنا واما عدم ذكرها في التعليقة الاخيرة فلا يدل (تنبيه آخر) أكثر الاصحاب جعلوا المشمش والتفاح والخوخ من هذا القسم

الذي نحن فيه وتكلموا فيها كلاما واحدا كما تقدم وامام الحرمين سلك طريقة أخرى فجزم بأن الخوخ والمشمش وما في معناه مما الازهار محتوية عليه للمشتري في مطلق البيع والتفاح والكمثرى وما في معناه مما لا تحتوى أزهاره على الثمار ولكنها تطلع والثمرة دونها قال فمما كان كذلك مال العراقيون إلى أنه للبائع ومن أصحابنا من قال للمشتري لعدم الانعقاد قال وهذا هو الذي ذكره الصيدلاني وهذه الطريقة التي ذكرها الامام مخالفة لما قاله أكثر الاصحاب ولنص الشافعي الذي نقلناه عن البويطي فانه جعل حكم الابار في التفاح والفرسك شيئا واحدا والفرسك هو الخوخ والامام قد جعل حكمه مخالفا لحكم التفاح ثم ان الامام نقل مثل العراقيين إلى أنه للبائع والعراقيون كما رأيت على أنه قبل تناثر النور للمشتري إلا الشيخ أبا حامد ولعل الامام رأى كلام أبي حامد فنسب ذلك إلى العراقيين كما تقدم له مثل ذلك في الجوز. (فرع) قال القاضي الماوردي ان الكرم نوعان نوع منه يبدو منه أنوار ثم ينعقد ومعه بما يبدو حيا منعقدا وقد تقدم الكلام في ذلك وعد الماوردي الرمان واللوز مع ذي النور قال تاج الدين عبد الرحمن والمشاهد في بلادنا خلاف ذلك في الرمان فان نوره لا يكون سابقا له في أول الظهور وأما اللوز فكذلك هو عندنا وقال الرافعي أن الرمان واللوز مما يخرج في نور يتناثر عنه النور وما ذكرناه من الحكم فيما إذا بيع الاصل بعد تناثر النور عنه فان بيع قبله عاد الكلام السابق فيه يعني إما أن

[379]

يباع بعد الانعقاد أو بعد التناثر فكلام الرافعي موافق للمارودي في أن الرمان له نور ولعله نوعان كالكرم وأطلق المتولي القول بأن العنب حكمه حكم النخيل قال وان كان على حبه قشر لطيف يتفتق عنها ويخرج منها نور لطيف لان مثل ذلك يوجد في غير النخيل بعد التأبير وقد جعله رسول الله صلى الله عليه وسلم للبائع وهذا ملاحظة منه للمعني الذي لحظه أبو حامد فيما مضى وصاحب التتمة مال إلي موافقته فيه أيضا وقال ان ثمرة هذه الاشجار تكون تحت غطاء ويفارقها ويخرج من تحتها النور والثمرة والنور على رأس الثمرة لكنه قسمه قسمين قسم يكون له نور بغير كمام كالتفاح والكمثرى والسفرجل وهو الذي حكى كلام أبي حامد فيه ومال إلى موافقته وقسم على ثمرها نور بغير وتكون الثمرة بين كمام كالنخوز واللوز والمشمش والاحاص قال فقبل ان يخرج من الكمام ويتناثر نوره حكمه حكم الطلع قبل التأبير وهذا التفصيل قريب مما حكيناه عن الامام. (فرع) تقدم في كلام الشافعي المحكي عن البويطي عن اللوز مع التفاح والفرسك فاعترض البندنجي بذلك على قول الاصحاب ان اللوز كالجوز قال وهو سهو منهم فيه قال ابن الرفعة (فان قلت) هل للشيخ أبي حامد جواب عن نصه في البويطي (قلت) لعله يقول اللوز نوعان منه ما ينشق عنه قشره الاعلى على الشجر وهو المذكور في الام ومه مالا ينشق قشره على الشجر وهو المذكور في البويطي وشاهد ذلك أنا نجد القول وغيره كالفرك لا يمكن إزالة قشره عنه دون الاسفل ولا كذلك غير الفرك. (فرع) إذا باع أصلا عليه ثمرة ظاهرة وظهر ما في ثمرة العام بعد البيع ففيما حدث بعد البيع وجهان ذكرناهما في التأبير قاله صاحب البيان يشير إلى الوجهين المتقدمين عن ابن أبي هريرة وغيره وأنه لا فرق في ذلك بين النخل وغيره * قال المصنف رحمه الله. (وان باع أرضا وفيها نبات غير الشجر فان كان مما له أصل يحمل مرة بعد أخرى كالرطوبة والبنفسج النرجس والنعنع والهندبا والبطيخ والقتاء دخل الاصل في البيع وما ظهر

منه للبائع وما لم يظهر فهو للمشتري كالأشجار وان كان مما لا يحمل إلا مرة كالحنطة والشعير لم يدخل في بيع الاصل لانه نماء ظاهر لايراد للبقاء فلم يدخل في بيع الاصل كالطلع المؤبر).

[380]

(الشرح) الرطبة بفتح الراء وفي كتاب ابن البردى عن شيخه أبى الغنائم بضم الراء وهو غلط وهو القضب وهو القتب. (أما) الاحكام فقال أصحابنا الزرع النبات اسم لكل ما ينبت من الارض وينقسم إلي قسمين أصل وغير أصل فالأصل ضربان شجر وغير شجر فغير الأصل هو الزرع وبعبارة أخرى النبات ضربان شجر وغير شجر فالشجر على ثلاثة أضرب ما يقصد منه الورد أو الورق أو النمر وقد مضى حكمها وأقسامها والنخل والكرسف داخلان في التقسيم وان كان المصنف أفردهما بالذكر أولا وغير الشجر ضربان أصل وغير أصل ولهذين الضربين عقد المصنف هذا الفصل فالضرب (الاول) الاصل وهو ما يحمل مرة بعد أخرى (والثاني) هو الزرع هكذا قسم الشيخ أبو حامد وهو يقتضى أن اسم الزرع مخصوص بما لا يحمل إلا مرة وهو ظاهر وكذلك يقتضيه إيراد جماعة وجعل الرافعى رحمه الله الزرع ضربين فجعل ماله ثمرة يحمل مرة بعد أخرى ضربا من الزرع كالبنفسج والنرجس وجعل الرطبة والنعنع والهندبا خارجا عن الزرع داخل تحت اسم الاصول حيث قال الغزالي وأصول البقول كالأشجار وجعل صاحب التهذيب اسم الزرع صادقا على الثلاثة الاضرب ما يثمر مرارا كالنرجس وما تيجذ مرارا كالنعنع وما لايجذ مرارا وليست له ثمرة بعد ثمرة كالحنطة وكلام الشافعى رضى الله عنه في المختصر يشهد لذلك فانه أطلق الزرع على الضربين الاولين فهو أقرب مما سلكه الرافعى في إطلاقه الزرع على الضرب الاول دون الثاني فانه بحسب الحقيقة صادق على الجميع وبحسب العرف قد يقال إنه لا يصدق عند الاطلاق الاعلى الاخير والامر في ذلك قريب أو هو راجع إلى اللفظ (وأما) المعنى والاحكام فالاضرب الثلاثة فيه مختلفة والمصنف لم يذكر لفظ الزرع وانما ذكر لفظ النبات ولا شك أنه شامل للجميع لكنه جعلها في الحكم قسمين وجعل الرطبة والبنفسج من القسم الاول وأشعر كلامه بأن حكمها متحد فأما في دخول الاصل فصحيح على ما سياتي تفصيله وأما في كون ما ظهر منه للبائع وما يظهر للمشتري فان ذلك مختلف فالبنفسج ما ظهر من ثمرته للبائع وما لم يظهر من ثمرته للمشتري وأما أصله فحكمه حكم الشجر والرطبة ليس لها ثمرة فما ظهر منها نفسها يكون للبائع وما لم يظهر للمشتري ولم يبين فلذلك يتعين أن يقسم القسم الاول في كلام المصنف إلى قسمين فيكون مجموع الاقسام ثلاثة كما ذكرها البغوي والرافعى وان كنا نحن لم نطلق اسم الزرع على جميعها (القسم الاول) الاصل الذى له ثمرة بعد ثمرة كالبنفسج والنرجس والبطيخ والقناء والبادنجان وعد صاحب التهذيب

[381]

من ذلك الموز والكرسف الحجازى فاما الكرسف الحجازى فقد أفرد المصنف بالذكر فيما مضى وأما الموز فذكره المصنف أيضا في القسم

الثاني من أقسام الشجر فيما تقدم وهو الاقرب فانه شجر لغة وعرفا والكلام الآن في النبات الذي لا يسمى شجرا فلا يحسن عد الموز فيه. إذا عرفت ذلك فحكم هذا القسم أن ثمرته الظاهرة حال البيع تبقى للبائع والامثلة المذكورة مختلفة فمنها ما لا تخرج ثمرته إلا ظاهرة كالبنفسج فان ورده أشبه الاشياء بالياسمين ليس في كمام فان كان قد ظهر من ورده شئ فورد تلك السنة للبائع الا أن يشترط المبتاع هكذا صرح به الشيخ أبو حامد وفي معنى ذلك البطيخ والقثاء والبادنجان إذ لا فرق بينهما وأما النرجس فانه كالورد الابيض والاحمر يخرج عنه أوراق خضر لا يظهر منه شئ ثم يفتح فان كان قد تفتح منه شئ فان ثمرة هذا العالم للبائع الا أن يشترط المبتاع وأما أصوله ففيها الطرق السابقة في الاشجار حرفا بحرف سواء في ذلك ما ظهر منها على وجه الارض وما بطن فحينئذ حكم هذا القسم في تبعية الاصول للارض وفي حكم الثمار حكم سائر الاشجار هذا هو المشهور وحكي الرافعي وجهها في النرجس والبنفسج أنهما كالحنطة والشعير وحكاه الروباني في البنفسج وعن الشيخ أبي حامد أنه ضعف الوجه المذكور في النرجس وقال هذا كلام من لم يعرف النرجس فان النرجس له أصل يبقى عشرين سنة وانما يحول من موضع إلى موضع في كل سبع سنين لمصلحته ولا خلاف في هذا القسم والذي بعده أن بيع الارض صحيح وليس كبيع الارض المزروعة زرعا يحصد مرة واحدة كما سيأتي في القسم الثالث وممن صرح بنفي الخلاف صاحب التتمة (القسم الثاني) وهو بعض القسم الاول في كلام المصنف الاصل الذي ليست له ثمرة بعد ثمرة ولكنه يجذ مرة بعد أخرى كالسداب والكرات والنعنع والهندبا والطرخون والكرفس والقصب الفارسي وأشجار الخلاف التي تقطع من الارض كل مرة والرطب وهي القصب ويسميتها أهل الشام الغصة بالصاد المهملة والقت بالتاء المثناة وهو القرط قال الأزهرى هو القت الذي تسميه أهل العودی (1) وقد عطف المصنف القصب على القت فيقتضى أنهما متغايران وكلام النووي يدل على أن الغصب والقت والقرط والرطوبة شئ واحد ولذلك صرح به القاضي أبو الطيب ولكنه بلغه العراق الرطبة وبلغه أهل بلادنا القرط وبلغه الشام الغصة والصواب أن القت والرطبة شئ واحد وإن القرط الذي ببلادنا شئ آخر والرطبة توجد أيضا في صعيد بلادنا والله أعلم. ففي هذا القسم إذا باع الارض وفيها شئ من ذلك ظاهر على الارض فالجدة الظاهرة عند البيع للبائع لا خلاف في ذلك لانها ظاهرة في الحال

(1) كذا بالاصل

[382]

لاتراد للبقاء فلم تدخل في البيع الا بالشرط كالثمرة المؤبرة وفي دخول أصولها الكامنة في الارض في بيع الارض الخلاف الذي في الاشجار هكذا ذكره العراقيون والصيد لاني وغيرهم وعن الشيخ أبي محمد الجويني القطع بالدخول هنا والفرق بينها وبين الشجر أن هذه كامنة في الارض نازلة منزلة أجزائها بخلاف الاشجار فانها بادية ظاهرة مفارقة للارض في صفتها هكذا حكى عنه في النهاية والبسيط والشرح ووقع في الوسيط أن الشيخ أبا محمد قطع بانه كالدرع يعني فلا يدخل وذلك خلاف المشهور عن الشيخ أبي محمد قال ابن الرفعة ولو صح ذلك عن الشيخ لا يمكن أن يقال

في الفرق بينه وبين الشجر أن مدة ابقائه في الارض قد تعلم فلا يكون مراد للدوام بخلاف الشجر وأيد ذلك بالوجه الذي حكاه الرافعي في البنفسج والنرجس أنهما كالحنطة والشعير إذ لا يظهر فرق بين هذين وبطريقة حكاها الماوردي في البطيخ وما يوجد مرة بعد أخرى لكن في علم واحد أنه كالزرع فيكون للبائع قال فقد يحصل لما في المسألة ثلاثة أوجه (قلت) يعني ثلاث طرق القطع بالدخول والقطع بعدم الدخول واجراء الخلاف والله أعلم. لكن شرط إثبات هذه الطرق أن تتحقق نسبة الطريقة التي في الوسيط إلى قائل والاطهر أن ذلك وهم ناسخ لمخالفتها ما في البسيط والنهية وقد رأى الامام أن القياس طريقة إجراء القولين وخالف ما نقله عن والده قال ادلا يلوح فرق بينها وبين الغراس والابنية وقول ابن الرفعة بأن مدت بقاء أصولها قد تعلم ان سلم معارض بأن بعض الاشجار قد يكون كذلك ولكن تارة تطول مدته وتارة تقصر نعم مقتضى الوجه الذي نقله الرافعي في البنفسج والنرجس انه يثبت ثلاثة أوجه بذلك وان لم يثبت ما عندي إلى الشيخ أبي محمد من جعلها كالزرع (فان قلنا) بأن الاصول لا تدخل في بيع الارض فهي باقية على ملك البائع والخيرات كلها على ملكه الموجودة عند العقد والحادثة والكلام في وجوب تبقيتها كما تقدم في الاشجار (وان قلنا) بظاهر المذهب وأن الاصول داخله قال صاحب التهذيب فلا يجوز حتى يشترط البائع على نفسه قطع ما هو ظاهر منه لانه يزيد فيختلط المبيع بغير المبيع وتبعه على ذلك الرافعي ولم يذكر فيه خلافا والذي ذكره الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والمتولي والقاضي حسين أن البائع يطالب في جذاها الحال وليس له أن يتركها حتى تبلغ أو ان الجذاذ لان تركها يؤدي إلى الاختلاط وسكتوا عن وجوب اشتراط القطع في العقد بل زاد الماوردي على ذلك فحكى وجهين في أنه هل ينتظر به تناهي جذاذه (أحدهما) ينظر فإذا بلغ الحد الذي جرت

[383]

العادة بجذاذه عليه فقد انتهى ملك البائع ما بعد تلك الجذة بكمالها للمشتري قال وهذا قول من زعم أن ما أطلع من ثمار النخل بعد العقد للبائع تبعاً لما أطلع منها وأبر والوجه (الثاني) أنه لا ينظر به كمال جذاذه بل يكون للبائع ما ظهر منه وقت العقد وليس له حق في غيره وبه قال أبو إسحاق المروري ويؤمر بجذاذه وان لم يستكمل ويكون الاصل الباقي وما يستخلف طلوعه بعد العقد تابعاً للاصل وهذا قول من زعم أن ما أطلع من ثمار النخل من بعد العقد يكون للمشتري ولا يكون تبعاً لما أطلع منها وأبرو هذا البناء الذي أشار إليه الماوردي يقتضي أن يكون الصحيح على طريقة أبي حامد الاسفرايني والرافعي أن القلع لا يجب عقيب العقد حتى تتكامل تلك الجذة لان الصحيح عندنا أن ما طلع بعد البيع تابع لما أبر قبل البيع فيكون للبائع وان كان الاصح عند الماوردي أنه للمشتري ولا يلزم الشيخ أبا حامد أن يقول بأنه لا يجب القلع الا أن يسلم البناء المذكور ويفرق بين صورتين بأن للطلع حداً وهو نهاية ذلك الحمل الذي اطلع بعضه وأبر وجرى العادة بالتلاحق فيه بخلاف الرطبة فانها كالحمل الواحد وقد نص أبو حامد في تعليقه على هذا الفرق لكن في التبعية فقال ان للطلع حداً ينتهي إليه وليس للرطبة حد هذا فرق الاصحاب وفرق من عند نفسه بفرق آخر وهو أن لا منفعة للمشتري في قطع الثمرة والبائع منفعة في قطعها والرطبة في قطعها فائدة وللمشتري وفي تركها فائدة للبائع لانها تزيد انتهى وما قاله أبو حامد وصاحب التهذيب والرافعي لم يلاحظوا فيه الوجه الذي نقله الماوردي من أنه ينتظر به تناهي جذاذه فان قلنا به فلا

يجب القلع أصلا هو بتعليه مصادم لقول أبي حامد أنه ليس للربطية جد توجد عليه (وان قلنا) انه ليس للبائع الا ما كان ظاهرا فيجب القلع واما كونه يشترط شرطه في العقد فقد يقال انه لا حاجة إلى ذلك لانه إذا كان القلع واجبا بمقتضى العقد فلا حاجة إلى شرطه فأنا انما يشترط القلع في الثمار لان مقتضى الاطلاق فيها الابقاء وهذا هو الاقرب إلى كلام الروياني فانه قال إذا باع الارض مطلقا وهناك بيت ظاهر فهو للبائع بالاطلاق العقد وعلى البائع نقله في الحال وهكذا عبارة صاحب التتمة وغيره ويحتمل أن يقال لا بد من شرط القلع كما أنه لا بد من شرط القلع في بيع الثمرة التي يعلم أنها تتلاحق وتختلط على ما سيأتي ولا يفرق بين اختلاط المبيع بغيره وبين اختلاط ثمرة المبيع بدليل أن الحكم مطرد فيما إذا باع شجرة عليها ثمرة مؤبرة واختلطت بغيرها على الطريقة الصحيحة إلا أن يقال ان الثمرة هي المقصود الاعظم من الشجر أو كل المقصود وأما أصل الربطية الموجود في الارض فليس هو كل المقصود من

[384]

الارض ولا معظمة وسأجمع ان شاء الله هذه المسائل جملة في آخر الباب عند الكلام فيما إذا باع ثمرة يعلم اختلاطها بغيرها وقد انتظم في هذه المسألة ثلاثة أوجه (أحدها) أنه يجب شرط القلع في العقد وهو ما قاله البغوي والرافعي (والثاني) لا يجب ولا يكلف به إلا أن تتكامل الجدة فتكون كلها للبائع (والثالث) ان البائع يكلف القلع حال العقد ولا نقول ان شرط ذلك واجب في العقد وهو مقتضى كلام أبي حامد وأبي الطيب والمتولي والروياني فان لم يجز البائع حتى زادت في ملك المشتري واختلطت فيخرج على القولين في الاختلاط قاله الفوراني والله أعلم. (فرع) بني الماوردي على الوجهين اللذين ذكرهما ما إذا كان الزرع بذرا لم يظهر بعد قال فمن انتظر بها تناهي الجذاز جعل ما ينبت من هذا البذر أول جذه للبائع ومن لم ينتظر به التناهي وجعل حق البائع مقصورا على ما ظهر جعل البذر وجميع ما يظهر من نباته للمشتري ولك أن تقول الموجب لانتظار تناهي الجذاز كونه ملك الظاهر وتبعية الباطن من تلك الجدة للظاهر منها وهذا المعنى مفقود فيما إذا لم يكن ظهر منها فينبني الجزم بأنها تكون للمشتري كالثمرة غير المؤبرة لكن هذا الوجه مع بعده وغرابتة هو مقتضى كلام الشافعي في الام إذ قال وان البائع قد أعلم المشتري أن له في الارض التي ابتاعها بذرا سماه لا يدخل في بيعه فاشترى على ذلك فلا خيار للمشتري وعليه أن يدعه حتى بصرم فان كان مما ينبت من الزرع تركه حتى تصرمه ثم كان للمشتري أصله ولم يكن للبائع قلعه ولا قطعه وان عجل البائع ففعله قبل بلوغ مثله لم يكن له أن يدعه يستخلف وهو لمن وجد ثمرة غضة فليس له أن ينتظر أخرى حتى يبلغ لانه لم يكن له مما خرج منه الامرة واحدة فيعجلها ولا يتحول حقه في غيرها بحال ولذلك اطلاق صاحب التنبيه في قوله والجدة الاولى للبائع يشمل بعمومه ما إذا كان منها شئ ظاهر وما إذا لم يكن وطن ابن الرفعة أنه لا قائل بذلك من الاصحاب بعد حكايته نص الشافعي كانه لم يقف على الخلاف الذي حكاه الماوردي فإذا نص الشافعي واطلاق صاحب التهذيب موافق للوجه الذي حكاه المارودي وليس لقائل أن يحمل النص المذكور على ما إذا اشترط البائع واستثنى ذلك لنفسه كانت الاصول وكل جذة تحصل له وقد صرح الشافعي بعدم ذلك وانه ليس الا الجدة الاولى فان تعسف متعسف وحمله على ما إذا اشترط البائع ان الجدة الاولى له ففيه نظر

يحتمل أن يقال بالصحة كلو استثنى الثمرة غير المؤبره ويحتمل أن يقال بالفساد فانه قد لا يتميز حق البائع من حق المشتري بخلاف الشجر مع الثمر فانها متميزان وبالجملة فالوجه المذكور ضعيف غريب والصحيح المشهور أن البذر وجميع ما يظهر من المشتري ومن الواضح أن صورة المسألة فيما نتكرر ثمرته والله أعلم. (فرع) باع الارض وفيها البقول المذكور بعد جذها فليس على الارض منها شئ ظاهر يقال انه للبائع وما في بطنها من العروق جزم القاضي أبو الطيب بدخوله في البيع وذلك بناء منه على أن الشجر يدخل في البيع فالطرق الجارية فيه وفي أصول البقول إذا كان منها شئ ظاهر جارية هنا من غير فرق وأما الوجهان اللذان ذكرهما الماوردي في البذر وتكلمت عليهما أنفاً فالقياس إجراؤهما هنا أيضا وإن كان الأصلح أن ذلك للمشتري لانه ليس ثم شئ ظاهر يستتبع ما ليس بظاهر. (فرع) إذا كان في الارض أشجار خلاف يقطع من وجه الارض كل مدة قال صاحب التهذيب حكمها حكم القصب الفارسي وقال الرافعي حكمها حكم القصب والمراد واحد وهو أن حكمها حكم القسم الثاني الذي فرغنا منه (أما) إذا كان فيها جذوع خلاف عليها قوائم فهي منزلة أعصان سائر الاشجار. (فرع) إذا قلنا بوجود القطع فيما كان ظاهرا عند العقد من البقول (أما) على ما اختاره الرافعي رضى الله عنه من وجوب شرط القطع (إما) على الوجه الثالث قال صاحب التتمة ثم الرافعي عنه أنه لافرق بين أن يكون ما ظهر قد بلغ أو ان الجذ أو لم يكن وأطلقا ذلك الحكم من غير تفريع لانهما لم يذكرنا الوجه الثاني الذي ذكره الماوردي واستثنا من ذلك القصب فانه لا يكلف قطعه إلا أن يكون ما ظهر قدرا ينتفع به وكذلك قال الشيخ أبو حامد القصب الفارسي إذا كان للبائع لم يلزمه نقله وتحويله إلى وقت قطعه في العادة وهو زمان الشتاء فانه إن قطع قبل ذلك الوقت تلف ولا يصلح لشئ وكذلك الروياني والجرجاني قالوا إن البائع يمكن حتى يقطعه إذا جاء وقته لان له وقتا يقطع فيه ولك أن تقول إشكالا على الرافعي انه إذا كان البيع يجب فيه شرط القطع فاما أن يكون ذلك عاما فيما ينتفع به ومالا ينتفع به أو لا فإن كان عاما فيجب الوفاء به وإن كان محله فيما ينتفع به فلا وجه لاستثناء الغصب وحده بل كل مالا ينتفع به والقول بوجود شرط القطع فيما لا ينتفع به بعيد ألا ترى أن بيع الثمرة قبل بدو الصلاح إنما يجوز بيعها بشرط

القطع إذا كان المقطوع مما ينتفع به (فان قلت) ذاك لان المنفعة بشرط في المبيع والمقطوع هنا غير مبيع (قلت) لكنه فيه إضاعة مال فيمتنع شرطه لذلك نعم قد يقال إن هذا يجب قطعه وإن لم يشترط لانه يصير في ملك المشتري على أصله فلا يلزمه إبقاؤه وإذا لم يلزم فيجوز اشتراط قطعه وفوات ماليته مقابل لما يحصل للبائع من ثمن المبيع فقد يكون له غرض في اغتفار ذلك بازائه وهذا الاشكال (الثاني) بعينه لازم لصاحب التتمة والشيخ أبي حامد لكن الشيخ أبا حامد ليس في كلامه تصريح بقصر ذلك على القصب فلعله يقول به في كل مالا ينتفع به إذا قطع بخلاف صاحب التتمة فان ظاهر كلامه الفرق بينه وبين الزرع في ذلك وقد يؤخذ

من كلام أبي حامد المتقدم جواب عن ذلك من قوله إن للقصب وقتا يقطع فيه فان ذلك يقتضي تشبيهه بالزرع الذي يجب إبقاؤه لما قدمه الروياني في الفرق من المعنى أن له وقت نهاية والرطوبة ليس لها وقت نهاية لكن ذلك بعيد لان كلا من الرطوبة والقصب الفارسي له وقت يؤخذ فيه في العادة ويزيد بعده بخلاف الزروع التي بعد وقت أخذها لا تزيد شيئا والله تعالى أعلم. (فرع) من البقول ما يبقى أصله سنين وهو الذي تجرى فيه الاحكام المتقدمة ومنه ما يبقى سنة واحدة بجئ مدة بعد مدة في السنة قال الشيخ أبو حامد حكم هذا عندي حكم الزرع كله للبائع إلا أن يشترط المبتاع فهذا ذكره الشيخ أبو حامد في هذا القسم الثاني وهو ما يجذ مرة بعد أخرى وذكر الماوردي في نظيره من القسم الاول وهو ما يثمر مرة بعد أخرى لكن في عام واحد كالبطيخ والخيار والقثاء ذكر فيها وجهين (أحدهما) وهو قول البغداديين أنه في حكم الشجر فيكون للبائع من ثمرته ما قد ظهر وللمشترى الاصل وما يظهر (والوجه الثاني) وهو قول البصريين أنه في حكم الزرع فيكون للبائع أصله وثمره لانه زرع عام واحد وان تفرق لقاط ثمره والشجر ما يبقى أعواما والحق به ما يبقى أعواما كالعلف ولم يلحق به ما يبقى عاما واحدا والروياني جزم القول فيما يجذ دفعة بعد أخرى بالتسوية بين ما يبقى مدة يسيرة كالهندبا والجرجير وما يبقى سنين ومقتضى كلامه أن ذلك منصوص عليه في الام وحكى مع ذلك ما نقله الماوردي. (فرع) ظهر لك مما تقدم أن الاقسام فيما لا يؤخذ مرة بعد أخرى أربعة (الاول) أصل له ثمرة بعد ثمرة وأصله يبقى سنين في الارض (الثاني) أصل له ثمرة بعد ثمرة يبقى عاما واحدا (الثالث) أصل

[387]

له ثمرة لكنه يجذ مرة بعد أخرى ويبقى أصله سنين في الارض (الرابع) أصل يجذ مرة بعد أخرى في عام واحد وهذا هو الذي نقلته فيما تقدم عن الشيخ أبي حامد وما ذكره الماوردي في القسم الثالث من الخلاف يأتي فيه إذ لا فرق بينهما والله أعلم * وهذه الاقسام الاربعة كلها في القسم الاول من القسمين اللذين ذكرهما المصنف وبذلك تعرف مراتب الامثلة التي ذكرها فالبنفسج والنرجس من القسم الاول والبطيخ والقثاء من القسم الثاني والنعنع والهندبا والرطوبة منه ما يبقى سنين في الارض فهو من القسم الثالث ومنه ما يبقى سنة واحدة كقرط بلادنا وكثير من بقولها فهو من القسم الرابع والله عزوجل أعلم. (فرع) الموز أصله لا يحمل إلا سنة واحدة ثم يموت بعد أن يستخلف مكانه فرخا يحمل بعد ذلك فإذا باع الارض وفيها شجر موز فلا شك أنه إذا كان عليه ثمر يكون الثمر للبائع فقد مر ذلك في كلام المصنف والكلام ههنا في أن أصل الموز نفسه هل يدخل في بيع الارض كما يدخل الشجر أولا وقد تقدم عن صاحب التهذيب أنه عده في القسم الاول وأن الاصول تدرج على أصح الطرق كالشجر وكأنه رأى أن اسم الشجر يطلق عليه فلذلك أجرى عليه حكمه والذي قاله الماوردي أن الاصل الموجود وقت العقد لا يدخل في البيع كالزرع لانه لا يبقى بعد سنة والفرخ الذي يستخلف كالشجر يدخل في البيع (قلت) وقوله إن الفرخ يدخل في البيع إن فرض في فرخ يحدث بعد البيع فلا معنى لتشبيهه بالشجر ولا يقال إنه دخل في عقد البيع بل ذلك كسائر ما يحدث يستحقه المشتري بحكم الملك لا بحكم الدخول في العقد وان فرض في فرخ يكون حاصلًا عند العقد فقد يقال ينبغي على قوله أن لا يدخل لانه لا يبقى لانه ليس له أكثر من ثمرة واحدة كالزرع وقد قال الشافعي في الام بعد ذكر بيع الارض وفيها القصب إذا باع أرضا وفيها موز قد خرج فله ما خرج من

الموز قبل بيعه وليس له ما خرج مرة أخرى من الشجر الذي تحت الموز وذلك أن شجر الموز عندنا يحمل مرة وينبت إلى جنبها أربع فيقطع ويخرج في الذي حولها وهذا الكلام محتمل لان يكون المراد به أن ثمر الموز الموجود عند العقد للبائع وما يحدث بعده للمشتري وهذا صحيح لا إشكال فيه وليس فيه ما يشهد لما قاله الماوردي ولا لما قاله صاحب التهذيب فان سألت عن حكم الشجرة نفسها على هذا التفسير ويحتمل أن

[388]

يكون مراده به الشجرة نفسها وان كان خارجا منها يكون للبائع وما نبت من فراخها يكون للمشتري فيوافق كلام الماوردي وهو الذي فهمه ابن الرفعة ولم يترجح عندي هذا الاحتمال على الذي قبله لكنه يؤخذ من كلام الشافعي أن الفرخ الحادث بعد البيع للمشتري لقوله إن ما خرج مرة أخرى ليس للبائع فان كان مراده الفرخ فذاك وان كان المراد ثمرته فيلزم من كون الثمرة للمشتري أن يكون الاصل له وهذا لا شك فيه في أن الفرخ الحادث بعد البيع للمشتري وإذا ثبت ذلك دل على أن أصل شجر الموز الذي هو مستقر في الارض يدخل في بيعها لان الفرخ الذي حكمنا بكونه للمشتري يثبت منه (وأما) الفرخ الموجود وقت العقد وهو ينبت على الاحتمالين اللذين ذكرتهما في كلام الشافعي رضى الله عنه في قوله فله ما خرج من الموز قبل بيعه إن كان مراده الثمرة فلا دلالة فيه وان كان مراده الشجرة نفسها فيشمل الام وفراخها وكلام الجوزي يشهد للتفسير الاول فانه قال في معرض نقل كلام الشافعي فان باعه أرضا وفيها موز للبائع ما خرج من الموز وليس له ما يخرج بعد ذلك ولا ما لا تخرج أولاده التي إلى جنبه فقوله ولا ما تخرج أولاده يدل على أن الكلام في الثمرة فان الحقنا ذلك بالرطوبة اقتضى أن لا يدخل شئ بما ظهر في البيع لا الام ولا فراخها كما ذلك مقتضى هذا الاحتمال ولذلك لا تجوز المساقاة عليه جزما كما يقتضيه كلام الماوردي في باب المساقاة وان الحقناه بالشجر اقتضى دخولهما وقد يقال تلحق الام بالرطوبة لقرب قطعها وأما الفرخ فانه يقصد بقاءه حتى تقطع الام ويكبر وتحدث ثمرته بعد ذلك فكذلك يقول ان الفرخ يدخل لشبه بالشجر في كونه مقصود البقاء والام لا تدخل كما يقتضي ذلك كلام الماوردي فنظرت في هذه الاحتمالات الثلاث أيها أرجح فوجنت أرجحها على مقتضى المذهب أنهما يدخلان الام والفراخ كما قاله صاحب التهذيب فان الذي بلغني من حال الموز ممن له فيه معرفة يخالف حال الرطوبة فان شجرة الموز ينبت إلى جانبها من أصلها فراخ فإذا تكامل حمل الشجرة الاصلية قطع عرجون الموز مع شئ من رأس الشجرة ويبقى بقيتها لاجل تربية الفرخ وانه متى قطعت كلها يموت الفرخ فتبقى لاجله حتى يتكامل الفرخ وتجف هي وتتساقط بنفسها إلى الارض فيخلفها ذلك الفرخ ويطرح الموز وهكذا على الترتيب لا بد من بقاء الام لتربية أولادها ولا يبقون من أولادها الا واحدا ويقطع الباقي لئلا يضر بامه ويشرب ماءها. فإذا علمت

[389]

أن شجرة الموز لا يمكن قطعها من أصلها لافساد فرخها وان فرخها لا ينتج بدونها ظهر لك الفرق بينها وبين الرطبة فانه لو قلنا للبائع أن يقطع ما ظهر من الموز ويبقى الجذر في الارض وحده لم ينبت بعد ذلك منه شيء لم ينتفع به المشتري فلا يمكن القول بعدم دخولها في البيع لذلك لا يمكن القول بعدم دخولها في الام ودخول الفرخ لانه كان يكون للبائع قطع الام فيتلف الفرخ فلا بدمن ابقائهما وهو قول صاحب التهذيب والله أعلم * والظاهر أن مراد الماوردي بالفرخ الذي يكون للمشتري ما حدث بعد البيع وقد يطلق على مثل ذلك أنه داخل في العقد توسعا في العبارة ووقع في كلام الماوردي أن الفرخ يحمل في العام القابل وقد أخبرني بعض أهل المعرفة بذلك أنه لا يقيم سنة بل تارة تكون اقامته شهرين وتارة أكثر من ذلك فلعل مراد الماوردي بالسنة المدة التي تبقى فيها كما يقال سنة الزرع وان كان لايراد حود كامل وقد ظهر أن الموز نوع غريب لم يشمله التقسيم لان له أصلا ثابتا ولا يحمل الامرة ويستمر جذره في الارض سنين ولايجذ كالرطبة والله أعلم. (فرع) لو كان في الارض جزر أو سلق أو ثوم أو فجل أو بصل قال صاحب التهذيب لايدخل شيء منها في بيع الارض يعني ويكون ذلك من حكم التقسيم الذي سيأتي وهو الزرع الذي لا يحمل الامرة وكذلك الرافعي الا أنه لم يذكر البصل ولو باع أرضا فيها جزر أو فجل بجزرها وفجلها نقل الماوردي عن الافصاح وجهين (أحدهما لا يجوز (والثاني) يجوز تبعا. (فرع) هذه الاحكام التي تقدمت كلها فيما إذا أطلق البيع أما لو باع الارض وشرط ذلك للمشتري ما يحصد مرة بعد أخرى كالبقول فللمشتري الفروع والعروق قاله صاحب التتمة وفرق بين هذه حيث يقول عند الاطلاق لايدخل ما ظهر منها وبين الشجر بأن هذه لايراد للدوام وهي نماء ظاهر فصارت كالثمرة المؤبره والشجرة تراد للدوام فاستوى فرعها وأصلها وصار الجميع للمشتري (القسم الثاني) من كلام المصنف وهو الثالث من التقسيم الذي ذكرته أولا ما لا يحمل الامرة كالحنطة والشعير والباقلا والكتان فلا خلاف أنه لم يدخل في الارض الا بالشرط لما ذكره المصنف والطلع المؤبر الذي جعله مقيسا عليه ثبت حكمه بالحديث المتقدم (من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع الا أن يشترط المبتاع) (1) وقوله نماء ظاهر احتراز من الطلع الذي لم يؤبر (وقوله) لايراد للبقاء احتراز من الغراس إذا قلنا يدخل في بيع الارض على ظاهر المذهب

(1) بياض بالاصل

[390]

والرافعي رحمه الله اقتصر على التعليل بعدم الدوام والثبات قال الماوردي (فان قيل) الثمرة قبل التأبير مستبقاة لكامل المنفعة لم تجنى وهي داخله في البيع فهلا كان الزرع مثلها (قيل) الفرق بينهما أن الثمرة حادثة من خلقه الاصل المبيع والزرع مستودع في الارض بفعل الآدمي الا ترى أن الارض يدخل فيها المعدن لانه خلقه في الارض ولا يدخل فيها الركاز لانه مستودع فيها * واعلم ان الترجمة عن هذا القسم تشمل الموز لانه نبات لا يحمل الامرة واحدة لكن لا قائل بأن جذره الثابت في الارض لايدخل بخلاف الحنطة والشعير فالمراد حينئذ بهذا القسم ما لا يحمل الامرة ولس له أصل ثابت في الارض وبذلك يخرج الموز فان له أصلا ثابتا منه تنبت الفراخ وعلى هذا ينبغي أن يقال في القسم الحاضر النبات اما

أن يكون له أصل ثابت في الارض أولا فالاول اما أن يكون يحمل مرة واحدة كالموز أو مرات فأما في عام واحد كالبطيخ أو في أكثر كالرطبة وسائر ما يجذ ويثمر مرات والذي لابقاء لاصله هو الزرع كالحنطة والشعير وشبههما أو نقول النبات اما أن يثمر ويجذ مرات أو مرة واحدة فالاول اما في عام واحد أو في أعوام والثاني اما أن يبقى أصله كالموز أو لا يبقى كالحنطة والشعير.. قال المصنف رحمه الله. (وفي بيع الارض طريقان من أصحابنا من قال فيه قولان لانها في يد البائع إلى إلى ان يحصد الزرع فكان في بيعها قولان كالارض المستأجرة ومنهم من قال يصح بيع الارض قولاً واحداً لان المبيع في يد المشتري وانما يدخل البئع للسقي أو الحصاد فجاز بيعه قولاً واحداً كالامة المزوجة). (الشرح) الطريقان مشهوران والاولى منسوبة إلى أبي اسحق المروزي وجمهور الاصحاب على الطريقة الثانية وهي التي صححها الرافعي وغيره وقاسوها على بيع الدار المشحونة بأمثلة البائع وعلى بيع الامة المزوجة وفرقوا بينها وبين الدار المستأجرة بأن يد المستأجر حائلة بكل حال فكان كما لو أجر أمته ثم باعها بطل البيع على أحد القولين ولو زوجها ثم باعها صح البيع قولاً واحداً وذكر الشيخ أبو حامد أن الاصحاب فرقوا بفرقين آخرين لا يتصحان لم نذكرهما ورد الجمهور طريقة التخرج على القولين بأنه لو كان في معنى تلك الصورة لوجب القطع بالفساد لان مدة بقاء الزرع مجهولة ألا ترى أن بيع الدار التي استحققت المعتدة سكنها إذا كانت العدة معلومة كالاشهر فيها قولان وإذا كانت مجهولة كالحمل والاقراء بطل قولاً واحداً وذكر ابن الرفعة سؤالاً قد يعترض به على هذا وهو أن لابي إسحق

[391]

أن يقول مدة الزرع وان لم تعلم يقينا فالعرف الغالب يضبطها فان فرض مخالف فنادر وزمنه يسير مغتفر والمنع من بيع دار المعتدة بالاقراء ليس لما ذكر بل لانها قد تموت فتكون المنفعة عائدة للمشتري ولهذا نقول على طريقة قاطعة لا يصح وان كانت عدتها بالاشهر وهذا السؤال مندفع بمن لها عادة مستقيمة في الاقراء والحمل فانه لا يصح بيع الدار التي استحققت سكنها للعدة وان كانت العادة تضبطها فلما لم يغتفر ذلك كذلك لا يغتفر مثله في مدة الزرع (وقوله) ان المنع من بيع دار المعتدة بالاقراء ليس لما ذكر إلى آخره لا يحسن فان الكلام إنما هو في القطع بالفساد ولا يجوز أن تكون العلة في ذلك ما ذكره والا لقطعنا بالفساد في دار المعتدة بالاشهر فمستند القطع بالفساد في دار المعتدة الاقراء والحمل وعدم إجراء الخلاف فيه إنما هو الجهالة (أما) قوله ان المنافع تكون عائدة للمشتري فاعلم أن المنقول في توجيه الطريقة القاطعة التي ذكرها أن منفعة الدار المعتد فيها ليست مملوكة للمعتدة فانه لو ماتت كانت منافعها للزوج فيكون إذا باعها كمن باع داراً واستثنى منفعتها لنفسه مدة معلومة والظاهر فيه البطلان والذي يليق بهذه الطريقة إذا صححنا بيعها أن تكون المنافع باقية على ملك الزوج إن كان مطلقاً أو ورثته إن كان ميتاً فإذا ماتت المعتدة بقيت منافع بقية المدة من الاشهر على الزوج أو ورثته ولا تكون للمشتري وانما تكون للمشتري لو نزلنا استحقاق المعتدة منزلة استحقاق المستأجر فحينئذ يجئ فيه الخلاف المذكور فيما إذا عرض ما يفسخ الاجارة هل تكون منفعة بقية المدة للمشتري أو للبائع فيه وجهان فقد تبين أن السؤال المذكور غير متوجه والله أعلم. (فان قلت) الحاق بيع الارض المزروعة بالدار المشحونة بالامتنع غير متجه لامكان الاشتغال بتسليم الدار عقيب العقد ووجوب ذلك فالمنفعة مستحقة للمشتري في

تلك المدة بخلاف مدة بقاء الزرع والحاقيها بالامة المزوجة أيضا غير متجه لان الامة المزوجة يمكن تسليمها الآن ووضع اليد عليها بخلاف الارض المزروعة فان التخلية التامة مع وجوب ابقاء الزرع غير حاصلة فوجب اما القطع بالبطلان الحاقا بدار المعتدة ولا قائل به واما اجراء الخلاف الحاقا بالعين المستأجرة كما قال أبو إسحاق (قلت) شرط الحاق مسألة بأخرى اشتراكهما في مناط الحكم مع عدم الفارق ولا يكفي الاشتراك فيما ليس مناط الحكم في الاصل ولا شك أن بين المسائل الخمس قدرا مشتركا من جهة عدم حصول ملك المنفعة للمشتري عقيب العقد ولما

[392]

اتفقوا على صحة بيع الامة المزوجة دل على أن ذلك غير مقتضى لابطال البيع وان مأخذ البطلان ليس هو عدم حصول المنفعة للمشتري بل عدم القدرة على تسليم العين لثبوت يد المعتدة والمستأجر الحائلتين بين المشتري وبينها واما الارض المزروعة والدار المشحونة والامة المزوجة فثلاثتها مشتركة في انه لا يد حائله فالمقتضى للبطلان إذا أجرى فيه لعدم اشتراكهما في مناط الحكم والارض المزروعة لها شبه من كل من الدار المشحونة والامة المزوجة تشبه الدار المشحونة من جهة أن لكل منهما امدا ينتظر ويفترقان في الاشتغال بالتسليم عقيب البيع في الدار دون الارض وتشبه الامة المزوجة في أن كلا منهما يستحق فيه استيفاء ملك المنفعة على المشتري ولا يجب ازالته عقيب العقد ويفترقان في أن الزرع له غاية بخلاف النكاح فلذلك حسن قياسها عليها وقياسها على الامة أرجح كما فعل المصنف فانه قد يقال ان منفعة الدار في مدة التفريع مستحقة للمشتري ولذلك وجب على البائع تفريعها فلم يكن المبيع مسلوب المنفعة بخلاف الامة المزوجة والارض المزروعة فان منفعتها غير مستحقتين للمشتري مدة بقائهما ولم أعلم أحدا حكى في صحة بيع الدار المشحونة بالامتنع خلافا وذكروا الطريقين في الارض المزروعة قال الامام ولاشك أن القياس يقتضى التسوية بينهما اذلا فرق ويمكن ان نقول ما ذكرناه من تخصيص الخلاف بالارض المزروعة وحكى الامام في أن المشتري إذا كان جاهلا بان الدار مشحونة هل يثبت له الخيار وجهان والمذهب ثبوته اما الارض المزروعة فيثبت الخيار جزما عند الجهل سواء قلنا ان تسليمها يمكن أم لا لعدم امكان الانتفاع بها في الحال الا أن يختار البائع قلع الزرع ويكون غير ضار بالارض فلا خيار كما سيأتي الوجه الذي نقله الامام في عدم ثبوت الخيار في الدار المشحونة بالامتنع وان الغاصب في العادة اشتمال الدار على أمتعة ثم انها تفرغ بعد ذلك والله أعلم. (التفريع) بائع الارض المزروعة إذا خلى بينها وبين المشتري فهل يحكم بصيرورتها في يده فيه وجهان (أحدهما) لأنها مشغولة بملك البائع كالدار المشحونة بالامتنع (وأصحهما) على ما ذكره الامام والغزالي والرافعي نعم لحصول التسليم في الرقبة وهي المبيعة واما الدار المشحونة فالتسليم فيها متأ في الحال فلا حاجة تدعو إلى التخلية قبله على أن الامام أورد فيها وجهان أن اليد لا تثبت فيها بخلاف الارض

[393]

وجعل في المسألتين ثلاثة أوجه وادعي أن ظاهر المذهب ثبوت اليد فيهما وحكاه غير الامام أيضا وحكى الغزالي في البسيط وجهان ان اليد تثبت في الدار ولا تثبت في الارض فيجتمع من نقله ونقل الامام أربعة أوجه ووجه الفرق على الوجه المحكى في البسيط ان التشاغل بالتفريغ ممكن فنزل الممكن الذي لا عسر فيه منزلة الموجود قال ابن الرفعة ولعل القائل بأنه لا يحصل التسليم هو أبو إسحق المروزي فلا يصح إبطال مذهبه يعني في البيع إلا باقامة الدليل على صحة القبض وهذا الوجهان في صحة تسليم الارض المزروعة يؤخذان من لفظ الكتاب فانه ذكر في تعليل الطريقة الاولى أنه في يد البائع وفي تعليل الثانية أن المبيع في يد المشتري وقد يقول الفقيه هذان التعليان متصادمان (والجواب) أن ذلك يحتمل إذا كان في أحد الكلامين زيادة كما في هذه السورة فان في تعليل الطريقة الثانية ما ينه على دفع خيال التعليل الاول وتبين أن قوله انها في يد البائع ليس كذلك لان المبيع هو العين والعين في يد المشتري ودخول البائع لاجل السقى والحصاد المتعلقين بالزرع خاصة لا يمنع ثبوت اليد على العين والله أعلم (تنبيه) من قال بصحة تسليمها مزروعة لاشك أنه يقول بصحة البيع ومن لم يقل به يحتمل أن يقول بتخريجها على العين المستأجرة كما قال أبو إسحق ويحتمل أن يجزم بالصحة ويفرق بما تقدم من أن العين المستأجرة عليها يد حائلة والارض المزروعة في يد بائعها لكنه قد يكون الزرع لغير البائع وهو مستحق الابقاء فيساوي يد الاجارة. (فرع) لو انقلع الزرع قبل المدة لحاجة أو جده البائع قبل وقت حصاده وجب عليه تسليم الارض وليس له استبقاء الارض ما بقي مدة الزرع لانه إنما يستحق من الارض ما كان صلاحا لذلك الزرع قاله الماوردي والاصحاب ولو كان الزرع مما لو جد قبل حصاده قوى أصله واستخلف وفرخ كالدخن

[394]

فجده قبل حصاده كان له استبقاء الاصل الباقي إلى أوان الحصاد لانه من جملة ذلك الزرع وليس له استبقاء ما استخلف فرخ بعد الحصاد لانه غير ذلك الزرع وعلى البائع قلعه ولا يملكه المشتري كما يملك أصل القوت الذي يجذ مرة لان القوت أصل ثابت والزرع فرع زائل واستخلاف بعضه نادر قال ذلك الماوردي. (فرع) قال الرافعي كل زرع لا يدخل في البيع لا يدخل وان قال بعث الارض بحقوقها يحكى ذلك عن الشيخ أبي حامد قال الرافعي ورأيت لمنصور التميمي في المستعمل أيضا (قلت) وقد رأيت ذلك في تعليق أبي حامد في بيع القرية أنه إذا قال بمزارعها دخلت المزارع وان قال بحقوقها لم تدخل المزارع كما ذكره المصنف فيما تقدم (وأما) في الارض فلم أقف عليه فيها. (فرع) عندنا لا يؤمر البائع بقطع الزرع الذي له إبقاؤه إلى أوان الحصاد خلافا لابي حنيفة رضى الله عنه فعنده منفعة الارض مستحقة للمشتري فلذلك أوجب القطع وعندنا هي مستحقة للبائع فلذلك لم نوجبه وأوجبنا الابقاء وعند وقت الحصاد يؤمر بالقطع والتفريغ ويحجر البائع عليه وعليه تسوية الارض وعليه قلع العروق التي يضر بقاؤها بالارض كعروق الذرة نص عليه كما إذا كان في الدار المبيعة أمتعة لا يستع لها باب الدار بنقص وعلى البائع ضمانه هكذا ذكره وجزموا بوجوب التسوية وسيأتي فيه وجه مذكور في مسألة الحجارة عن صاحب التتمة وقياسه أن يأتي هنا (وأما) ضمان النقصان في باب الدار فقال القاضي أبو الطيب في موضع الحجارة ان أمكن تقويم ما نقص من قيمة ما انهدم لزم البائع ذلك وان لم يمكن لزمه تسوية حلقة الباب وقال هنا يحتمل أن يقال يلزمه بناؤه كما يلزمه تسوية الارض وهو مقتضى كلام المحاملى والقاضي

حسين. (فرع) لو كان المشتري جاهلا بالزرع بأن كان رأى الارض قبل ذلك ثم اشترها وبها زرع ولم يرها حين العقد فله الخيار في فسخ البيع لان الزرع عيب يمنع منفعة الارض فان فسخ رجع بالثمن وإن أقر فللبائع ترك الزرع في الارض إلى وقت حصاده كما نقوله في الثمرة المؤبرة وسيأتي ذلك ان شاء الله تعالى فلو رضى البائع بتسليم الزرع فلا خيار له قاله الماوردي والاصحاب وتففقوا عليه وهذا إذا لم يطرأ ما يقتضي تأخر الزرع عن وقت الحصاد المعتاد ولو طرأ ما يوجب ذلك ففيه كلام أذكره قريبا في فرع وجوب الاجرة.

[395]

(فرع) في وجوب الاجرة على البائع في مدة بقاء الزرع في الارض ان كان المشتري عالما فلا أجره قطعا وان كان جاهلا فوجهان عن رواية صاحب التقریب والذي أورده المعظم أنه لا تجب الاجرة وتقع تلك المدة مستثناه كما لو باع دارا مشحونة بأقمشة لا يستحق المشتري الاجرة لمدة التفريغ وهذا ما جزم به الماوردي وخلافه (والاظهر) عند الغزالي والجرجاني والوجوب وجعل الامام محل الخلاف فيما إذا كان جاهلا قال الروباني انما تجب الاجرة إذا زرعتها بقعد الاجارة أو بغير حق وهنا لم يوجد واحد منهما ثم ههنا كلامان (أحدهما) أن هذا الخلاف هل محله إذا اكتفينا بالتخيلة وجعلناها قبضا أراد الم نكتف بها أو هو على الاطلاق قال ابن الرفعة ما ذكر من التعليل يقتضي أن ذلك يختص بحالة عدم الاكتفاء قال ولاشبه أن يقال ان اكتفينا بها فالخلاف متوجه وان لم نكتف بها (فان قلنا) الاجرة لا تجب أو اكتفينا بالتخيلة فههنا أولى (وان قلنا) تجب فههنا وجهان مبنيان على أن البائع إذا انتفع بالمبيع قبل اقباضه هل تلزمه الاجرة أم لا وفيه خلاف (فان قلنا) لا لم تجب هنا (وان قلنا) نعم وجبت ولا ننظر إلى أنه ثم متعدد ولا تعدى منه ههنا لان باب الضمان لا يختلف وقال ابن الرفعة انه لولا تعليل الامام يعني تعليله وجه عدم إيجاب الاجرة بقدره المشتري عل الفسخ لولا هذا التعليل لا يمكن أن يقال الوجهان في الرجوع بالاجرة إنما هو قبل التخيلة أو بعدها وقلنا انها لا تكفي ويكونان مبنيين على جنابة البائع فان قلنا كالاجنبي ضمن الاجرة والا فلا قال الامام وللخلاف نظائر في الحجارة (قلت) والاشبه أن الخلاف في وجوب الاجرة في مسألة هذه كما في مسألة الحجارة مطلق فيما إذا اكتفينا بالتخيلة وفيما إذا لم نكتف بها وماأخذة أن تفويت المنافع هل هو كالعيب أم لا بل المنافع مستقلة متميزة عن المبيع كما يشعر به تعليل الامام والغزالي وجه الوجوب في هذه المسألة (فان قلنا) بالثاني ضمنا مطلقا ولا أثر للاجارة في إسقاطها ولا فرق في ذلك بين أن نقول يكتفي بالتخيلة أولا وهذا يوافق الوجه الذي يقول في مسألة الحجارة بوجوب الاجرة قبل القبض وبعده وان جعلنا تفويت المنافع بمنزلة التعيب اكتفت على أن جنابة البائع على المبيع كالآفة السماوية أو كجنابة الاجنبي (إن قلنا) كجنابة الاجنبي ضمنها مطلقا قبل التخيلة وبعدها اكتفينا بالتخيلة وجعلناها قبضا أو إذا لم نكتف به أو هو على الاطلاق فان كان ذلك قبل التخيلة لم تلزمه الاجرة وان كان بعد التخيلة فان لم نكتف بها فكذلك وهذا قول من لا يوجب

[396]

الاجرة في مسألة الحجاره مطلقا وان اكتفينا بالتخلية والغرض أن الزرع الذي هو عيب حاصل قبل القبض فلا تجب الاجرة أيضا لانه بالاجارة رضى بذلك فان لم يكن له اجرة كما ورضى بالعيب لم يكن له ارش فقد تلخص أن الخلاف في وجوب الاجرة جار مطلقا اما قبل التخلية أو بعدها إذا لم يكتف بها فمأخذ الوجوب أمران (أحدهما) إلحاق البائع بالاجنبي (والثاني) أن المنافع متميزة عن المقصود فليس تفويتها بمنزلة العيب ومأخذ عدم الوجوب جعلها عيبا وإلحاق تعيب البائع بالآفة السماوية (وأما) بعد التخلية والاكْتفاء بها فمأخذ الوجوب أن المنافع متميزة غير معقود عليها كما تقدم أو إلحاق البائع بالاجنبي ومأخذ الاسقاط جعل تعيب البائع كآفة السماوية فإذا أجاز المشتري سقط حقه من الارش لانه قد رضى بالعيب كذلك هنا إذا أجاز سقط حقه من الاجرة بقية المدة لان سببه متقدم قبل القبض وقد رضى به (فان قلت) مقتضى ما ذكرت أن يكون الصحيح عدم وجوب الاجرة لان الاصح عند الاكثرين أن جناية البائع كآفة السماوية وقد جزم الرافعي بأن استعمال البائع المبيع يخرج على جنابته إن جعلناها كآفة السماوية لم تجب والا وجبت فيخرج من ذلك أن الاصح في مسألتنا أنه لا يجب الاجرة لافي مسألة الزرع ولا في مسألة الحجاره لكن قد تقدم في مسألة الحجاره أن الاصح وجوبها بعد القبض وعدم وجوبها قبله وقد تقدم عن الغزالي والجرجاني أنه الاصح عندهما في مسألتنا أيضا (قلت) أما الغزالي فان الاصح عنده أن جناية البائع كالاجنبي فلا يرد عليه تصحيحه هنا الوجوب فان ذلك موافق وقد قدمنا عن الاكثرين في مسألتنا أن الاصح عدم الوجوب وكذلك تقدم عن الشيخ أبي محمد في مسألة الحجاره (وأما) ما تقدم عن الاكثرين في مسألة الحجاره من تصحيح الوجوب بعد القبض دون ما قبله فالفرق بينها وبين مسألتنا هذه أنه هنا إذا رضى بالزرع يلزمه إبقاؤه إلى أوان الحصاد فالرضا بالزرع رضا بالابقاء الذي هو من لوازمه وكذلك لا تجب الاجرة (وأما) الحجاره فانه إذا رضى بها لا يلزمه إبقاؤها بل يجبر البائع على قلعها لكن لك أن تقول ان مدة القلع أيضا قد رضى بها كما أن مدة قلع الزرع عند أوانه داخله تحت رضاه وان كان القلع في ذلك الوقت واجبا فكان ينبغي أن لا تجب لها اجرة إلا إذا زاد وأخر البائع فحينئذ تجب والله أعلم. (تنبيه) ما حكيت في مأخذ وجوب الاجرة من أن المنافع متميزة

[397]

عن المعقود عليه كذلك قاله الامام والغزالي وهو يقتضى أن البائع إذا انتفع بالعين المبيعة قبل القبض تجب عليه الاجرة من غير تخريج على أن جنابته كجناية الاجنبي أولا والذي ذكره الرافعي هو طريقة التخرير خاصة وما ذكره ههنا يقتضى طريقة أخرى كما أشرت إليه وهي ظاهرة فان جناية البائع والكلام فيها محله إذا ورد على المعقود عليه أو على بعضه من جزء أو صفة (أما) المنافع فللتردد في إلحاقها بجزء المبيع أو صفته مجال ظاهر فان ثبت ذلك فيكون في استعمال البائع المبيع طريقان (أحدهما) وجوب الاجرة (والثانية) تخريجها على جنابته والله أعلم. (فرع) وهو الكلام الثاني تقدم أن الامام جعل محل الخلاف في وجوب الاجرة في حالة الجهل (أما) في حالة العلم فلا تجب قطعاً وكذلك تقدم في الخيار أنه لا يثبت الا في حالة الجهل (أما) في حالة العلم فلا قال ابن الرفعة وهو ظاهر إذا لم يطرأ أمر يقتضى تأخر الزرع عن وقت حصاده المعتاد فان التيقية إنما وطن المشتري نفسه عليها إلى ذلك الوقت (أما) إذا تأخر عن الوقت المعتاد فقد يقال انه يثبت له الخيار ويكون إذا أجاز في استحقاقه الاجرة

الخلاف السالف وأصل ذلك أنه إذا علم عينا بالمبيع وأقدم عليه فلا خيار فلو زاد ثبت الخيار على المشهور ثم قال واطلاق الشافعي رضى الله عنه يقتضي تركه إلى الحصاد سواء تأخر عن وقته المعتاد أم لم يتأخر ومراده بالحصاد أول أوقاته لاحقية الحصاد. (فرع) ما تقدم من وجوب الابقاء إلى أوان الحصاد محله عند الاطلاق أو اشتراط التبقية إليه فلو شرط البائع قلع الزرع وتفريغ الارض قال ابن الرفعة هنا ففي وجوب البقاء بهذا الشرط تردد حكاه عن الاصحاب في أواخر كتاب الصلح ووجه وجوب الوفاء ظاهر (وأما) وجه عدم الوجوب (1) (فرع) يشترط في بيع الارض المزروعة تقدم الرؤية على العقد فان موضع منابت الزرع غير مرئى حالة العقد يدل على ذلك كلام الشافعي والاصحاب منهم الماوردى وغيره فانه قيل في الفرع المتقدم أن يكون رأها قبل ذلك قال المتولي إذا ادرك الزرع فعليه الحصد والنقل إلى مكان آخر فان أراد أن يدرس الزرع في تلك الارض وينقيه لم يكن له ذلك الا بالرضا وان كان تلحقه بالنقل إلى مكان مشقة والله أعلم.

(1) بياض بالاصل

[398]

(فرع) إذا شرط دخول الزرع في البيع فان كان بقلا أو قصيلا لم يبلغ أوان الحصاد قال الماوردى والمحاملى وغيرهما من المتقدمين والمتأخرين صح البيع في الارض والزرع ولا يلزم في الزرع شرط القطع لانه دخل في العقد تبعا للارض وصار كالثمرة التي لم يبد صلاحها إذا بيعت مع محلها وستأتي هذه المسألة في الثمار وفيها بحث وان كان الزرع قد اشتد واستحصد فان كان مشاهد الحب كالشعير فالبيع صحيح في الارض والزرع وان كان غير مشاهد كالحنطة والعدس ففي بيعه مفردا قولان فان جوزنا فبيعه مع الارض أولى وان منعنا ففي بيعه تبعا للارض وجهان (أحدهما) يجوز كاساس البنيان (والثاني) لانه مقصود فإذا بطل ففي بطلانه في الارض قول واحد للجهل بالحصنة من اختلاف أصحابنا في تعليل تفريق الصفقة. (فرع) إذا اشترى أرضا رأها قبل البيع ولم يرها حين البيع فوجد فيها زرعاً ثبت له الخيار نص عليه الشافعي رضى الله عنه وبعض الاصحاب وقد تقدم (تنبيه) مراد المصنف بالارض المزروعة بزرع يحصد مرة واحدة كالحنطة والشعير فهي محل الخلاف في صحة بيعها أما المزروعة بزرع يحصد مرة بعد أخرى كالبقول فالعقد صحيح قولاً واحداً قاله صاحب التتمة وهو اظهر لانها كالشجر فينبغي أن ينيه لذلك لئلا يظن ان ذكر المصنف لها بعد تقدم القسمين مقتضى لشمول الخلاف والله أعلم (فائدة) قوله حتى يحصد يقال أحصد الزرع أي بلغ اوان الحصاد فقال ابن داود في قول الشافعي وان كان فيها زرع فهو للبائع حتى يحصد بكسر الصاد وقال انه افصح وأصح في المعنى من فتحها لانه إذا بلغ أو ان الحصاد جذ (1) على حصده وما ذكره من كلام الشافعي ظاهر وأما قول المصنف هنا والحكم ببقاء ملك البائع مستمر إلى وجود الحصاد فيصح ان يقال بضم الياء وفتح الصاد ويصح بفتح الياء وكسر الصاد أي حين يحصد البائع الزرع ولا يصح حتى يحصد بضم الياء وكسر الصاد هنا أي حتى يبلغ اوان الحصاد لان يده لاتزول بذلك فاليد مستحقة للبائع إلى احصاد الزرع ويد البائع ثابتة إلى الحصاد والله أعلم

[399]

قال المصنف رحمه الله تعالى. (وان باع أرضا فيها بذر لم يدخل البذر في البيع لانه مودع في الارض فلم يدخل في بيعها كالركاز فان باع الارض مع البذر ففيه وجهان أحدهما أنه يصح تبعا للأرض والثاني لا يصح وهو المذهب لانه لا يجوز بينه منفردا فلم يجر بيعه مع الأرض). (الشرح) فصل الاصحاب في البذر مثل التفصيل المذكور في النبات فقالوا البذر الذي لا تفاوت لبناته ويوجد دفعة واحدة لا يدخل في بيع الأرض ويبقى إلى أو ان الحصاد وللمشتري الخياران كان جاهلا به فان أجاز أخذ الأرض بجميع الثمن لان النقص الذي في الأرض بترك الزرع إلى الحصاد لا يقسط عليه الثمن فان تركه البائع له سقط خياره وعليه القبول ولو قال أخذه وأفرغ الأرض سقط خياره أيضا ان أمكن ذلك وفعله في زمن يسير على وجه لا يفوت عليه الأرض وان اشتراها وهو عالم بالبذر فلا خيار له وعليه ترك إلى أو ان الحصاد والبذر الذي يدوم نباته كنوى النخل والجوز واللوز وبذر الكراث والرطوبة ونحوه من القبول حكمه في الدخول تحت بيع الأرض حكم الأشجار هكذا ذكر هذا التفصيل الماوردي والقاضي أبو الطيب والرويانى والرافعي رحمه الله وغيرهم وإذا علمت ان البذر الذي يدوم حكمه حكم الشجر (فان قلنا) الشجر لا يدخل صار حكمه حكم بذر الزرع في ثبوت الخيار وعدمه بالنسبة إلى حالة الجهل والعلم (وان قلنا) انه يدخل على المذهب فان كان عالما فلا خيار وان كان جاهلا فان لم يكن قلعه مضرا بالأرض فلا خيار وان كان مضرا أو يمضي فيه مدة فان كانت الأرض تملك بعد ذلك بحيث يكون غرسها نقضا فيها فينبغي أن يثبت للمشتري الخيار ولم أر في ذلك نقلا والله أعلم. هذا إذا باع الأرض وأطلق أما إذا باع الأرض مع البذر فان كان من البذر الذي حكمنا بدخوله في البيع قال صاحب التتمة كان تأكيدا ولك أن تقول ينبغي أن يكون كما لو قال بعثك الجارية وحملها وان كان من البذر الذي لا يدخل وهو الذي تكلم فيه المصنف ففيه وجهان (أحدهما) يصح في تبعا كالحمل وادعى هذا القائل ان الشافعي رضى الله عنه نص على ذلك في كتاب التفليس فقال لو باع زرعا مع أرض خرج أولم يخرج (والثاني) وهو الصحيح المشهور من المذهب أن البيع لا يصح في البذر للجهالة ولانه مقصود في نفسه فلم يجر بيعه مع الأرض كالركاز ويخالف الحمل فانه يتبع الام في المطلق وهؤلاء أولوا نصه في التفليس على أن المراد خرج السنبل أولم يخرج فعلى هذا إذا بطل البيع في البذر ففي بطلانه في الأرض طريقان (أحدهما) أنه على قولى تفريق

[400]

الصفقة وهو الذي يقتضى ايراد الماوردي ترجيحها وحزم بها القاضي حسين والفارقي تلميذ المصنف وغيرهما وهذا انما يكون على قولنا بانه يختر بجميع الثمن (والطريقة الثانية) القطع ببطلان بيع الأرض ويقتضى ايراد القاضي أبي الطيب ترجيحها وهى المذهب عند الرويانى وهى مقتضى المذهب في أنه يختر بالقسط وجعل الرويانى محل الخلاف إذا لم يجهل جنسه وصفته فان جهلها لم يجر قولاً واحداً وهذا منه بناء على

الطريقة المشهورة في بيع الغائب وفيه وجه أنه يجري مع الجهل وذلك معروف في موضعه فعلة الخلاف هنا مطلقا على أن أبا الفتوح العجلي أفاد أن الوجه القائل بالصحة ههنا وإن منعنا بيع الغائب فيكون محل الخلاف تقريرا على بيع الغائب (أما) على تجويز بيع الغائب قال فلا يبعد الحكم بصحة البيع (قلت) ولا بد فيه من ملاحظة التبعية فإنه لو باع البذر وحده وهو مستتر فلا شك أنه يمنع من منع بيع الغائب وكذا بعض من أجازوه وإنما قلت ذلك لأنهم لما تكلموا في بيع الثمار المستترة والحنطة في سنبليها ونحو ذلك قال الامام ان المنع فيها مفرغ على منع بيع الغائب (أما) إذا جوزناه فإنه يصح وحمل الرافعي كلام الوجيز على موافقته لكن الغزالي في الفتاوى في السؤال التاسع والعشرين في بيع السلاح والجرز في الارض قال أنه إن قضى ببطلان بيع الغائب فلا شك البطلان وإن قضى بصحة بيع الغائب اتجه ظاهرا ابطال هذا لان تسليمه لا يمكن الا بتقليب الارض وهو غير لعين المبيع فيضا هي بيع الجلد قبل السليخ ليسلم بالسليخ وكذلك صاحب التهذيب وعلل بان بيع الغائب يمكن رد المبيع بعد الرؤية بصفته وههنا لا يمكن وإذا علمت ذلك علمت ان اطلاق المصنف مراده منه البذر الذي لانيات لاصله وكذلك الشافعي رضى الله عنه في الامام أطلق كما فعل المصنف ومراده ذلك فان كان البذر مما يصرم فصرمة البائع كان للمشتري اصله ولم يكن للبائع قعله ولا قطعه وان عجل البائع فقعله قبل بلوغ مثله لم يكن له أن يزرعه ليستخلفه نص عليه الشافعي رحمه الله وقد تقدم في أول الباب بحث في الغراس الذي يشتد وهو يعود ههنا في البذر الذي وضع لذلك ولم يقصد به الدوام في محله والله أعلم. ولو باع البذر وحده جزم صاحب التتمة بالبطلان * قال المصنف رحمه الله. (إذا باع أصلا وعليه ثمرة للبائع لم يكلف قطع الثمرة إلى أو ان الجذاز فان كان مما يقطع بسرا كاليسر الحيسواني والقرشي لم يكلف قطعه إلى أن يصيرا بسرا وان كان مما لا يقطع الا رطبا لم

[401]

يكلف قعله إلى أن يصير رطبا لان نقل المبيع على حسب العادة ولهذا إذا اشترى بالليل متاعا لم يكلف نقله حتى يصبح وان اشتراه في المطر لم يكلف نقله حتى يسكن المطر والعادة في قطع الثمار ما ذكرناه فلا يكلف القطع قبله. (الشرح) الاصل المراد به الشجرة والجذاز بكسر الجيم وفتحها حكاها ابن قتيبة وأوان الجذاز بكسر الجيم زمان صرم النخيل إذا يبس ثمرها والجذاز القطع يقال الجذاز والصرام في النخل القطاف في الكرم واللقاط فيما يتناثر كالخوخ والكمثرى وغيره فيلتقط والحيسوان بكسر الجيم وباء تحتها نقطتان وأخره نون من غير اضافة قال ابن باطيش وابن التودي جنس من اليسر أسود اللون والقرش بضم القاف وفتح الراء وشين معجمة قال ابن باطيش هو الاحمر قال صاحب البيان لا يقطع الا بسرا (أما) الاحكام فقال الشافعي والاصحاب إذا اشترى نخلا وعليه ثمرة للبائع أو كرسفا وعليه فطن للبائع أو شجرا وعليه ثمرة أو وردا أو رد للبائع أرضا وفيها زرع للبائع لم يجبر على قطع الثمرة والورد والزرع إلى أو ان الجذاز والحصاد إلى الوقت الذي جرت العادة بتبقيتها فان كان غيبا فعليه تبقيته إلى أن يسود وتدور الحلاوة فيه ويقطع في العادة (فأما) إذا عقد وحصل فيه قليل حلاوة فليس له مطالبة البائع بقطعه في تلك الحال وان كان رطبا فعليه تبقيته إلى ان يرطب ويتكامل نضجه ثم يقطع وإن كان بسرا فما جرت العادة بقطعه بسرا طوالب بقطعه بسرا بعد نضجه واستكمالته ثم بعد ذلك ليس له أن يتركه على الشجر والنخل حتى يتكامل ويستحکم لكون

ذلك اصلح له فيأخذه شيا فشيا كما إذا باع دارا فيها متاع هي أحرز له لم يجب على المشتري تركه ولا يجب على المشتري السقى لاجل ثمرة البائع وإنما عليه تركها والبائع يسقى وحكم جميع الثمار في ذلك حكم ثمرة النخيل لا خلاف في ذلك قال نصر المقدسي رحمه الله في الكافي وكذلك الورد يعني بترك إلى اوان اخذه ووافقنا على انه لا يجب على البائع القطع ويجوز له التبقية إلى اوان الجذاذ مالك وأحمد وقال أبو حنيفة يجبر عليه عند مطالبة المشتري بذلك في الحال. دليلنا ما ذكره المصنف وهكذا لو زرع المشتري الارض فاستحقها الشفيع لم يجبر المشتري على قطع الزرع ونقله حتى يبلغ اوان الحصاد لانه وقت العادة في نقله (فان قيل) ينتقض بمن جد ثمرة وتركها في الارض تشمسها ثم باع الارض فانه يلزمه نقلها قبل جفافها وان كانت العادة نقلها بعد جفافها (قلنا) لاعادة لذلك

[402]

في أرض بعينها بل يمكن تجفيفها في غيرها كما نقول في الزرع لا يجب نقله وهو في الارض ولو حصده وتركه في الارض ثم باعها وجب نقله وقول المصنف لان نقل المبيع على حسب العادة جواب عن قول الحنفية ان من باع شيئا كان عليه تسليمه ورفع يده عنه وان ابقاء الثمرة بعد البيع انتفاع بالنخل واجاب الاصحاب بما ذكره المصنف من أن ذلك انما يجب على العادة ولهذا إذا اشترى دارا مملوءة طعاما انما يلزم البائع نقله على العادة ولا يلزمه أن يجمع الآن كل حمال في البلد وينقل الطعام عنها وأجابوا عن كون ذلك انتفاعا بالنخل وان يشبه استثناء المنفعة بأن استثناء المنفعة انما يبطل إذا وقع بالشرط أما ما وقع بنفس العقد عرفا فلا بدليل الامة المزوجة. (فرع) قال الماوردي انه انما يستحق الابقاء إذا بقيت الثمرة للبائع بالتأبير اما إذ صارت له بالشرط والاستثناء قبل التأبير فعلى البائع قطعها في الحال لان الاستثناء انما يصح على شرط القطع وهذا الذي قاله الماوردي انما يستقيم إذا شرطنا القطع في الاستثناء وقد تقدم أن الاصح خلافه وأيد بعضهم ما قاله الماوردي ان استثناء المنفعة بالشرط مبطل بخلافه بالشرع وهذا التأبير ضعيف لان الشرط هنا انما اقتضى بقاء الثمرة للبائع فصار كما لو باع أرضا واستثنى البناء الذي فيها كان له ابقاؤه بالشرع ولا نقول ان هذا استثناء للمنفعة والله أعلم. (فرع) قال الشافعي والاصحاب رحمهم الله تعالى فإذا حصد الزرع فان بقى له أصول لا تضر بالارض كاصول الحنطة والشعير لم يلزمه نقلها لانه لا ضرر على المشتري في تركها وان كانت تضر بالارض كعروق الذرة والقطن لزمه نقلها من الارض ونقل الروباني عن بعض الاصحاب الوجوب مطلقا والصحيح الاول فإذا نقلها فان حصل في الارض بنقلها حفر لزمه تسويتها كما لو كان في الارض حجارة مدفونة فنقلها ويخالف من غصب فصيلا وأدخله دارا ثم كبر الفصيل فان تسوية الباب لا تجب على صاحب الفصيل لان الغاصب متعد والمشتري ليس بمتعد وهكذا لو كان في الدار المبيعة حب لا يمكن إخراجه إلا بأن يوسع الباب ينقض شئ من الحائط فان له ذلك ويضمن قيمة ما نقص قال القاضي أبو الطيب ويحتمل أن يقال يلزمه بناؤه كما يلزمه تسوية الارض ههنا وقد صرح المحاملى في المجموع بأنه يجب عليه بناء ذلك ورده إلى حالته فيما إذا باع دارا وفيها قماش لا يخرج إلا بنقض الباب

وهو الموافق لطريقة العراقيين فانهم يختارون وجوب إعادة الجدار قال المحاملى هنا كل من حصل ملكه في ملك غيره واحتيج في تخليصه إلى مؤنة فان كان حصل ذلك بغير تفريط من صاحب الملك فالمؤنة على من يتخلص ملكه مثل مسألة الزرع والحب والخاية والصدوق في الدار وان كان بتفريط من صاحب الملك مثل أن يعصب رجل رجلا على حب فلم يخرج من الباب أو على عجل صغير فكبر فلم يتمكن من إخراجه إلا يهدم الباب فان الباب يهدم ولا يلزم صاحب المتاع بناؤه ومن فروع هذه القاعدة إذا هربت دابته فدخلت دار رجل ولا يمكن إخراجها إلا بنقص شئ من الدار يغرم النقص صاحب الدابة قاله الروياني وإذا وقع دينار في محبرة ولا يخرج إلا بكسرها كسرت ويجب ضمانها على صاحب الدينار نقله الروياني عن بعض الاصحاب. (فرع) لو أصابت الثمار أفة وصارت بحيث لا تنمو فهل للبائع تبقيتها ولا فائدة له في تبقيتها أم للمشتري إجباره على قطعها. قال الامام ذكر صاحب التقريب قولين ولم يصحح الرافعي والنووي شيئا منهما وقال ابن الرافعة إن الذي يقع في النفس صحته قول الاجبار لانه انكشف الحال عما لو قارن العقد لم يستحق التبقيّة لاجله فانه لو باع الشجر بعد حصول الآفة بالثمار لم يستحق التبقيّة قال لكن نصه في الام على خلافه ولو انقطع الماء فلا شئ على المشتري فيما أصيب به البائع وكذلك ان أصابته جائحة نص عليه الشافعي رضى الله عنه نقله عنه أحمد بن بشرى. (فرع) لا يمنع البائع من الدخول في الحائط للسقي فان لم يأمنه المشتري يصنّب الحاكم أمينا يسقيها والمؤنة على البائع. قاله الخوارزمي وكلام الخوارزمي يدل على أن الشجرة لا تصير مسلمة حتى تفرغ من الثمرة قال ولهذا لو باع سفينة في البحر مملوءة بالانقال لا يجرى تفريغها حتى تبلغ الشط ومراده بهذا ان التسليم يكون على العادة. (فرع) ولا يستحق المشتري على البائع أجرة الارض في مدة اقامة الزرع في الارض لانه ملك الارض مسلوبة المنفعة في تلك المدة فلا يستحق لما أجرة. (فرع) لو باع النخلة وعليها ثمرة مؤبرة بشرط القطع كلام الرافعي يصرح بالجواز وانه يجب الوفاء بالشرط لكن الامام حكى في باب الصلح فيما إذا باع أرضا مزروعة بشرط قطع الزرع

ترددا في وجوب الوفاء به ويجب بمقتضى ذلك طرد التردد المذكور في الثمرة المؤبرة ولو قيل انه لا يصح البيع بشرط قطعها لان فيه تنقيص مالتها لم يبعد. قال المصنف رحمه الله تعالى. (فان أصاب النخل عطش وخاف أن تشرب الثمرة الماء من أصل النخل فيهلك ففيه قولان (أحدهما) لا يكلف البائع قطع الثمرة لان المشتري دخل في العقد على أن يترك الثمار إلى الجذاد فلزمه تركه (والثاني) أنه يكلف قطعه لان المشتري إنما رضى بذلك إذا لم يضر به فإذا أضر به لم يلزمه تركه فان احتاج أحدهما إلى سقى ماله ولم يكن على الآخر ضرر جاز له أن يسقيه لان اصلاح لما له من غير اضرار باحد فجاز وان كان على الآخر ضرر في السقي وتشاحا ففيه وجهان. قال أبو إسحق يفسخ العقد لانه ليس أحدهما بأولى من الآخر في الاضرار فوجب أن يفسخ. وقال أبو علي بن أبي هريرة يجبر الممتنع منهما لانه حين دخل في العقد رضى بدخول الضرر عليه لانه يعلم أنه لا بد من السقى ويجب أجرة السقى على من يسقى لان منفعته تحصل له).

(الشرح) تقدم أن الثمرة إذا بقيت للبائع لا يكلف قطعها إلى أوان الجذاز ومن ضرورة ذلك أن يمكن من سقيها فيلزم المشتري تمكينه وقد لا يسقي البائع فيحصل للمشتري الضرر وقد يحصل الضرر من السقي أيضا وذكر المصنف تفصيل ذلك في هذا الفصل في مسألتين (المسألة الأولى) إذا عطشت النخل وكان قد باعها وهي مؤبرة وبقينا الثمار للبائع فعطشت النخل وانقطع الماء ولم يتمكن من سقيها وكان تركها على الاصول يضر بالاصول ولا يضر بالثمرة فان كان الضرر ويسيرا أجبر المشتري عليه هكذا قاله القاضي أبو الطيب وغيره ونص عليه الشافعي فرضى الله عنه في الام وان كان كثيرا بأن كان يخاف على الاصول الجفاف أو نقصان حملها في المستقبل نقصانا كثيرا وعلى ذلك يجب حمل كلام المصنف ففيه قولان منصوصان في الام في هذا الموضع وحكاهما الاصحاب كما حكاهما المصنف نقلا وتعليلا وعبارة الشافعي في الام ففيها قولان ثم ذكر قول الاجبار ولم أره ذكر القول الآخر فتأملت كلامه إلى آخره تأملا كثيرا فلم أفهم الثاني منه فلعله تركه اما لوضوحه أو لضعفه (والاصح من القولين) الثاني القائل بالاجبار وممن صححه الروياني وابن أبي عسرون والنووي ورجحه الروياني بأن ضرر الاصول أكثر وجزم به الفوراني ونقل الرافعي تصحيحه عن الكرخي وصححه في المحرر وقد ذكر الماوردي

[405]

مسألة السقي وقسمها تقسيما حسنا وهي ان السقي اما أن يكون ممكنا أو متعذرا فان كان متعذرا فاما لاعواز الماء أو لفساد آله فان كان لاعواز الماء سقط حكم السقي ثم نزل الثمرة على أربعة أضرب (الأول) أن يكون يضر بالثمرة والنخل جميعا فقطع الثمرة واجب ولصاحب النخل اجباره لان تركها مضرة للنخل بلا منفعة له (الثاني) أن لا يضر واحدا منهما فله ترك الثمرة إلى أوان الجذاز (الثالث) أن يضر بالثمرة دون النخل المثمرة فالخيار (الرابع) أن يضر بالنخل دون الثمرة فقولان وهذا الضرب هو الذي ذكره المصنف. وان كان تعذر السقي لفساد الآلة أو المجاري أو طم الآبار فايهما لحقه بتأخير السقي ضرر كان له اصلاح ما يوصله إلى الماء فان كان ذلك مضرا بالنخل وجب على المشتري النخل أن يزيل الضرر عن نخله ولا يجبر رب الثمرة على قطع ثمرته وان كان مضرا بالثمرة لزمه ذلك أو يقطعها وان كان مضرا بهما جميعا لزم صاحب الثمرة إلا أن يبادر إلى قطع ثمرته فيسقط عنه (وأما) إن كان السقي ممكنا فله أربعة أضرب (أحدها) أن يكون نافعا لهما (والثاني) أن يكون ضارا لهما (والثالث والرابع) أن يكون ضارا لاحدهما دون الآخر ونذكر ذلك مفصلا (المسألة الثانية) إذا احتاج أحدهما إلى سقى ماله ولم يكن على الآخر ضرر جاز له أن يسقيه لما ذكره المصنف وفيها صورتان (احدهما) أن يكون المحتاج البائع (الثانية) أن يكون المحتاج المشتري وقول المصنف ولم يكن على الآخر ضرر يشمل ما إذا كان له نفع وما إذا لم يكن والشيخ أبو حامد والماوردي ذكرا ما إذا كان لكل منهما نفع فقال الشيخ أبو حامد لا يجبر الممتنع من السقى على السقى وللآخر أن يسقى والاجرة عليه وقال الماوردي للبائع أن يسقى وعلى المشتري أن يمكنه ومؤنة السقى على البائع لما فيه من صلاح ثمرته وان كان لنخل المشتري فيه صلاح إلا أن الاغلب من حال السقى صلاح الثمرة والنخل تبع فلو امتنع البائع من السقى لم يجبر وقيل للمشتري ان أردت سقى نخلك فاسقه ولا تجبرك عليه وما قاله الماوردي موافق في المعنى لما قاله الشيخ أبو حامد والمصنف وعبارة المصنف أشمل كما تقدم التنبيه عليه والحكم واحد لا يختلف وانما يختلف التصوير فيجئ صور هذه المسألة

باطلاق المصنف ثلاثا أن ينتفع البائع ولا يتضرر المشتري ولا ينتفع أو ينتفع المشتري ولا يتضرر البائع ولا ينتفع أو ينتفعا جميعا وكلام هؤلاء الائمة يقتضي أن البائع لا يجبر على السقى ومن جملة الاقسام التي أطلقوها أما إذا كان السقى نافعا لهما وكان تركه ضارا بالمشتري

[406]

لامتصاص الثمار رطوبة الاشجار وقد جزم الامام في هذه الصورة في حال امكان السقى بأن البائع يجبر من جهة المشتري على أحد الامرين اما أن يسقى واما أن يقطع الثمار إذا كان يضر بقاؤها وجعل محل القولين اللذين حكاهما المصنف أولا فيما إذا كان السقى متعدرا ووجه القول الاول القائل بأنه لا يكلف قطع الثمرة بأنها تنتفع بالتبقية وانما على البائع أن لا يترك مجهودا يقدر عليه فإذا انقطع الماء فلا تقصير منه وحق التبقية قائم له وهذا قاله الامام حسن يجب تنزيل كلامهم عليه وقال الامام ان القولين يشيران إلى أن المراعي جانب البائع أو جانب المشتري قال ولم يقع التعرض لاستواء الحقين يعني كما يقوله أبو إسحق فيما إذا لم يكن على الآخر ضرر كما سيأتي قال ولا بد من هذا الوجه ثم موجب استواء الحقين الفسخ والله أعلم. وقول المصنف جاز له أن يسقيه وليس للآخر أن يمنعه فان منعه أجبر على تمكينه وهذا مراد الروياني بقوله إذا كان السقى ينفعهما فايهما طلب أجبر الآخر عليه لانه لا فائدة من الامتناع فيما ينفعه ولا يضره أي أجبر على التمكين منه لاعلى أن يسقى والله أعلم (المسألة الثالثة) إذا احتاج أحدهما إلى السقى وكان على الآخر ضرر وفيها صورتان (أحدهما) أن يكون السقى يضر بالنخل وينفع الثمرة فاراد البائع السقى فوجهان قال أبو إسحق يقال للمشتري اسمح للبائع بالسقى فان سمح فذاك والا قلنا للبائع اسمح بترك السقى فان سمح فذاك وان أبي فسخنا البيع بينهما وقال ابن أبي هريرة يجبر المشتري على ذلك وللبيع ان يسقى والاجرة على البائع وحكى الامام وجها ثالثا بمراعاة جانب المشتري لان البائع ألزم تسليم الشجرة على كمالها قال وحقيقة الاوجه تؤول إلى أن من أصحابنا من يرعى جانب المشتري ومنهم من يرعى جانب البائع وأبو إسحق لا يقدم أحد الحقين على الآخر (الصورة الثانية) أن يكون السقى يضر بالثمرة وينفع الشجرة فاراد المشتري السقى قال أبو إسحق يقال للبائع اسمح في أن يسقى المشتري فان سمح فذاك والا قلنا للمشتري اسمح في ترك البائع فان سمح فذاك وان أبي فسخنا البيع بينهما وقال ابن أبي هريرة أجبر البائع على ذلك وأوجب الاجرة على المشتري لانه على أن لا يضر بغيره وفيه الوجه الثالث الذي حكاه الامام ويكون بنا لمراعاة جانب البائع وفي كل من الصورتين لو اتفقا على السقى أو تركه جاز قاله صاحب البيان وغيره وقد يخص المصنف هاتين الصورتين فيما ذكره وتبين بهذا التفصيل أن قوله وتجب الاجرة على من يسقى من كلام ابن أبي هريرة واما مراده بمن يسقى البائع

[407]

في الصورة الاولى والمشتري في الصورة الثانية ويجوز أن يكون قوله وتجب اجرة السقى على من يسقى كلاما مبتدأ غير مختص بابن أبي هريرة

يعني حيث أوجبنا السقى فهو على من ينتفع له لا كمن باع ثمرة بعد بدو
الصلاح فانه يسقى والمنفعة للمشتري ويشمل ذلك ما إذا سقى البائع أو
المشتري أو هما جميعا فتجب الاجرة عليهما كما صرح به الروياني وهو
الظاهر والذي يسقى في الصورتين هو المطالب الذي أجبرنا الممتنع
لأجله ومعنى الاجبار إجباره على تمكين الآخر من السقى وقول المصنف
لان منفعة السقى تحصل له تعلق ظاهر في الطرفين وقد فهم ابن
الرفعة من كلام الماوردي في هذه الصورة الثانية وقوله أن لصاحب الثمرة
منعه فإذا منعه كان لصاحب النخل فسح البيع ففهم ابن الرفعة من ذلك
قولا آخر قال وبذلك يكمل أربعة أوجه (ثالثها) ان تراضيا على أحد الامرين
فذاك والا فسحه الحاكم (ورابعها) الامر كذلك إلا أن المتولي الفسخ البائع
إن أراد وقد بقى من هذه المسائل مسألة ذكرها الشيخ أبو حامد
والماوردي وغيرهما وتركها المصنف لوضوحها ولا خلاف فيها وهي إذا كان
السقى يضر بالثمرة والنخل جميعا كان لكل منهما منع الآخر لانه يدخل
الضرر على صاحبه بغير منفعة تعود إليه فهو سغه وتضييع قاله الروياني
وهذا انما يتصور في غير النخل (أما) النخل فينفعه السقى أبدا فلو قال
صاحب الثمرة أريد أن أخذ الماء الذي كنت استحقه لسقى ثمرتي فاسقى
به غيرها من الثمار أو الزروع لم يكن له ذلك وهكذا لو أخذ ثمرة قبل وقت
جذاذها لم يكن له أن يأخذ الماء الذي كان يستحقه إلى وقت الجذاذ لانه انما
يستحق من الماء ما فيه صلاح تلك الثمرة دون غيرها فقد كملت المسائل
التي في أحوال السقى ستا شمل كلام المصنف خمسا وترك واحدة
ومسائل ترك السقى سبعا ذكر المصنف منها في آخر كلامه واحدة وترك
ستا وكلها مندرجة في كلام الماوردي والله أعلم. (فائدة) قال الشيخ أبو
حامد وغيره قالوا هلا قلتم في هذه المسائل السقى على المشتري (1)
صاحب الشجرة كمن باع ثمرة منفردة على الاصل بعد بدو الصلاح يجب
عليه تسليم الثمرة كاملة وذلك انما يكون بالسقى وههنا الواجب على
البائع تسليم النخل وقد سلمها ولم يملك الثمرة من جهة المشتري فكان
بخلافه قال ابن الرفعة وحيث نقول باجبار المشتري فلا خيار له أي في
حال انتفاع الثمرة بالسقى.

[408]

(فرع) حيث جعلنا للبائع السقى قال الشافعي والاصحاب وانما له أن
يسقى القدر الذي فيه صلاحه وليس له أن يسقى أكثر من المعهود بحيث
يتضرر به صاحب النخل فانه كما يحصل الضرر بالعطش المفرط يحصل
بالرى المفرط فان اختلفا في ذلك فقال المشتري في كل عشرة أيام
سقية وقال البائع في كل خمسة أيام سقية فالمرجع في ذلك إلى أهل
الخبرة فما احتاج إليه أجبر الآخر عليه ولو قال أهل الخبرة ان الثمرة لا
تفسد بترك السقى بل تسلم الثمرة من غير سقى غير أنها لو سقيت
لظهرت زيادة عظيمة والشجر يتضرر بها قال الامام فهذا فيه احتمال
عندي يجوز أن يقال يمنع البائع فان الزيادات لا تنضب فالمرعي الاقتصاد
ويجوز أن يقال له أن يسقى لمكان الزيادة على مذهب من يراعى جانبه
وهذا بين أن محل الخلاف المتقدم عن أبي اسحق وابن أبي هريرة إذا كان
السقى يضر أحدهما فعله ويضر الآخر تركه وفي هذه المسألة لم يتعارض
ضرران وانما ضرر وزيادة نفع والذي ينبغي ترجيح اجتناب الضرر ومنع
البائع من السقى والله أعلم. وأطلق الرافعي احتمال الامام متى كان
السقى يضر بواحد وتركه يمنع حصول زيادة للآخر وذلك يشمل الصورة
المذكورة وعكسها في كل منهما هل يلحق ذلك بتقابل الضرر فيه احتمالان

ولم أرهما في النهاية الا في الحالة الواحدة وجعل الغزالي الاحتمالين المذكورين وجهين والمراد أنه على أحد الاحتمالين يأتي الخلاف السابق بين أبي اسحق وابن أبي هريرة وعلى الاحتمال الآخر يتعين السقى والله أعلم. (فرع) القولان اللذان أطلقهما المصنف هل محلها فيما إذا كان السقى متعدرا أو مطلقا كلام الغزالي والامام يقتضى الاول وجزم في حالة الامكان بوجوب السقى أو القطع على البائع وكلام الشافعي يقتضى الثاني لكنه في حالة انقطاع الماء المعد لذلك وامكان غيره ورأى ابن الرفعة كذلك تنزيل القولين على حالة امكان السقى من غير الماء المعتاد وتنزيل الجزم بوجوب أحد الامرين على ما إذا كان السقى ممكنا بالماء المعد لذلك واستنبطه من كلام الشافعي وقوله أخذ صاحبه بقطعه إلا أن يسقيه متطوعا أخذ من ذلك أن الواجب عند امكان السقى القطع عينا وله أن يسقطه بالسقى الا أن الواجب أحد الامرين كما يقول ذلك في المولى فان لم يمكن السقى بحالة من الاحوال تعين وجوب القطع لانه لامسقط له ولاجرم كان هو الاصح عند الكرخي وغيره وقال النووي ان هذين القولين

[409]

فيما إذا كان للبائع نفع في ترك الثمرة فان لم يكن وجب القطع قولا واحدا كذا قاله الامام وصاحب التهذيب. (فرع) ظاهر كلام الاصحاب أنه يجب السقى بالماء الذي جرت العادة أن يسقى منه تلك الاشجار ولو كان ملك المشتري بأن كان من بئر دخلت في العقد وقلنا بأنه يملك ماءها كما هو المذهب ولما كان استحقاق البائع لذلك من جهة الشرع اغتفر بخلاف مالمو شرط لنفسه انتفاعا بملك المشتري حيث يفسد العقد قال ابن الرفعة لكن هذا يقتضى عدم استحقاق السقى إذا كانت الثمرة غير مؤبرة وشرطها البائع لنفسه فليتأمل (قلت لا يقتضى ذلك فان شرطه الثمرة غير المؤبرة لنفسه يصيرها بمنزلة الثمرة المؤبرة وحينئذ يكون وجوب السقى بالشرع ووجوب الابقاء وليس ذلك كما إذا شرط الانتفاع بملك المشتري ومن كون السقى واجبا من الماء المعتاد وان كان ملك المشتري يستفاد معنى قول المصنف تجب أجرة السقى على من يسقى ولم يقل وتجب مؤنة السقى لان الماء من جملة المؤنة وهو على المشتري وفي الصورة المذكورة وانما يجب على من يسقى بها الاجرة في نقله وما أشبهه نعم تجب عليه أيضا الآلات التي يستقى بها المشتري وانما يلزم بالتمكين من الماء خاصة والله أعلم. (فرع) أما الارجح من هذه الواجه صحح الرافعي قول الفسخ كما هو قول أبي اسحق وصحح الغزالي في الوسيط مراعاة جانب المشتري والذي يقتضيه اطلاق نص الشافعي يشهد لما قاله ابن أبي هريرة فانه قال وإذا كان لا يصلحها الا السقى فعلى المشتري تخلية البائع وما يكفى من السقى فهذا في هذه الصورة موافق لابن أبي هريرة في اجبار المشتري فيحتمل أن يكون في عكسها يجبر البائع كما يقوله ابن أبي هريرة وهو الاقرب ويحتمل أن يكون يقول بمراعاة جانب البائع مطلقا وقال ابن الرفعة ان ظاهر النص على ما صححه في الوجيز. قال المصنف رحمه الله لا يجوز بيع الثمار والزرع قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها وروى ابن عمر رضى الله عنه أيضا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ثمره النخل حتى تزهى والسنبل والزرع حتى يبيض ويأمن العاهة ولان المبيع إنما ينقل على حسب العادة ولهذا لو اشترى بالليل متاعا لم يكلف نقله حتى يصبح والعادة في الثمار تركها

إلى أو ان الجذاد فإذا باعها قبل بدو الصلاح لم يأمن أن يصيبها عاهة فتتلف وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز وان باعها بشرط القطع جاز لانه يأخذ قبل أن يتلف فيأمن الغرر وإن باع الثمرة مع الاصل والزرع مع الارض قبل بدو الصلاح جاز لان حكم الغرر يسقط مع الاصل كالغرر في الحمل يسقط حكمه إذا بيع مع الاصل وان باع الثمرة ممن يملك الاصل أو الزرع ممن يملك الارض ففيه وجهان أحدهما يصح لانه يحصل لمالك الاصل فجاز كما لو باعها مع الشجر والارض والثاني لا يصح لانه افردته بالبيع قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع فاشبه إذا باعها من غير مالك الاصل).
 (الشرح) حديث ابن عمر رضى الله عنهما الاول رواه بلفظه المذكور البخاري ومسلم ولفظ مسلم الثمرة وفى الصحيحين أيضا من رواية ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تتبايعوا الثمرة حتى يبدو صلاحها) زاد مسلم وتذهب عنه الآفة (وأما) حديث ابن عمر الثاني فرواه مسلم ولفظه عن بيع النخل حتى يزهو وعن السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة نهى البائع والمشتري وفى رواية الشافعي في حديث ابن عمر قال الراوى فقلت لعبد الله متى ذلك قال طلوع الثريا وقد وردت أحاديث في الصحيحين وفى غيرهما في المنع من بيع الثمار قبل بدو الصلاح (منها) حديث ابن عمر المذكور (ومنها) عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمرة حتى تزهو قال الراوى فقلنا لانس ما زهوها قال تحمر وتصفر قال رأيت إذا منع الله الثمرة بم يستحل احدكم مال اخيه رواه البخاري ومسلم وقد كثر الزهو في الحديث يقال زها النخل يزهو قال الخطابي هكذا روى في الحديث يزهو والصواب في العربية يزهي وقال غيره ليس هذا القول منه عند كل أحد فان اللغتين قد جاءا عند بعضهم ومنهم من قال زها النخل إذا طال واكتهل وهذا القول مخلف لما جاء في الحديث من تفسير انس العارف بالعربية ولمعني الحديث وقد ورد في بعض روايات الشافعي لهذا الحديث (قيل يا رسول الله وما تزهي قال حتى تحمر) والزهو بفتح الزاى وذكر ابن معين أن أهل الحجاز يضمون الزاى وهو غريب وعن أبى هريرة رضى الله عنه قال (قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تتبايعوا الثمرة حتى يبدو صلاحها ولا تتبايعوا الثمر بالثمر) رواه مسلم وقوله يبدو أى يظهر يقال بدا يبدو مثل دعا يدعو فأما بدأ يبدأ بالهمز فمن الابتداء وعن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم (نهى أن تباع الثمرة حتى يشفق قيل وما يشفق قال تحمار وتصفار ويؤكل منها) رواه البخاري

مسلم رحمهما الله تعالى وقوله يشفق بضم الباء المثناة من تحت واسكان الشين المعجمة وبعد القاف حاء مهملة ويروى بفتح الشين وتشديد القاف يقال أشفق وشفق وروى يشقه بإبدال الحاء هاء وقد فسره في الحديث قال والاشقاء أن يحمر أو يصفر وفى رواية النسائي في هذا الحديث حتى يطعم وفى رواية لمسلم حتى يطيب وعن ابن عباس قال (نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع النخل يأكل منه أو يؤكل وحتى يوزن قال فقلت ما يوزن فقال رجل عنده حتى يحرز) رواه البخاري ومسلم وعن

أنس (أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع العنب حتى يسود وعن بيع الحب حتى يشتد) رواه أبو داود والترمذي والحب الطعام واشتداده قوته وصلابته فهذه أحاديث من رواية خمسة من الصحابة تمنع من بيع الثمار قبل بدو الصلاح وعن عمرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مرسلًا أنه نهى عن بيع الثمار حتى تنجو من العاهة رواه مالك في الموطأ والفاظ هذه الأحاديث مختلفة ومعانيها متفقة قال العلماء أما أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم قالها في أوقات مختلفة ونقل كل واحد من الرواة ما سمع وأما أن يكون قال لفظًا في وقت ونقله الرواة بالمعنى وعن زيد بن ثابت قال كان الناس في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يتبايعون الثمار فإذا جذ الناس وحضر تقاضيمهم قال المبتاع أنه أصاب الثمر الذمان أصابه مراض أصابه قشام عاهات يحتجون بها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لما كثرت عنده الخصومة في ذلك (أما لا فلا يتبايعوا حتى يبدو صلاح الثمرة كالمشورة يشير بها لكثرة خصومتهم) رواه البخاري الذمان بفتح الذال وتخفيف الميم عفن يصيب النخل فيسود فينشق أول ما يبدو فيها من عفن وسواد والمراض بضم الميم داء يقع في المثرة فتهلك والقشام بضم القاف والشين المعجمة أن ينتقص ثمر النخل قبل أن يصير بلحا (وقوله) أما لا أي إن لم تفعلوا هذا فليكن هذا وأصلها أن الشرطية زبدت عليها ما وأدغمت فيها وأدخلت على لا النافية وقد يقال إن حديث زيد هذا يدل على أن النهي في الأحاديث المتقدمة ليس على سبيل التحريم لقوله صلى الله عليه وسلم إما لا ولقول الراوي كالمشورة لهم فإن ذلك يدل على أنه ليس بمحتم والتمسك على ذلك بقول الراوي كالمشورة ليس بالقوى فإن كل أوامره صلى الله عليه وسلم ونواهيهم لمصالحهم الآخروية والدينية وأما التمسك بقوله أما لا فإنه يقتضى أن النهي معلق على شرط وهو الذي نقدره محذوفًا والذي نقدره محذوفًا والذي يليق بهذا الموضع أن يكون التقدير

[412]

إن لا ترجعوا عن الخصومة أو ما في معنى ذلك فذلك وإن كانت صورته صورة التعليق فليس المراد منه التعليق فإن رجوعهم عن الخصومة في المستقبل في حق كل أحد لا يعلم ولا يمكن أن يبقى الحكم موقوفًا على ذلك فالمراد والله أعلم أنه أنشأ النهي لاجل ذلك وكأنه استعمل بمعنى إذ التي تستعمل للتعليل ومما يرشد إلى أن النهي حتم قوله نهى البائع والمشتري فإنه تأكيد للمنع وإن كان لمصلحة المشتري وقال ابن المنذر أجمع أهل العلم على القول بجملة هذا الحديث وقال أبو الفتح القشيري أكثر الأمة على أن هذا النهي نهى تحريم وقوله في حديث أنس (أرأيت إن منع الله تعالى الثمرة فيم بأخذ أحدكم مال أخيه) وقد ورد في بعض الروايات الصحيحة بيان أنه من كلامه صلى الله عليه وسلم وذلك من طريق مالك رحمه الله والدراوردي وخالفهما سفيان الثوري واسماعيل بن جعفر عن حميد فجعله من كلام أنس وإتقان مالك رحمه الله وضبطه مع كونه لا تنافي بينه وبين ما رواه سفيان يقتضي الحكم بكون ذلك من كلام النبي صلى الله عليه وسلم ويكون أنس قاله من كلامه لم يأت فيه بالرفع وإن عنده عن النبي صلى الله عليه وسلم فروى عنه كذلك على الوجهين ويثبت كونه عن النبي صلى الله عليه وسلم وقد زعم بعض شارحي التنبيه أن الشافعي رضى الله عنه انفرد عن جمهور المحدثين برفعه وليس كذلك فقد رواه جماعة عن مالك غير الشافعي ورواه مع مالك عن حميد الدراوردي كما رأيت والله أعلم. (أما) الأحكام فقد قسم الشافعي

والاصحاب بيع الثمرة إلى قسمين (القسم الاول) أن يبيعه قبل بدو الصلاح وذلك على قسمين (الاول) أن تباع مفردة عن الاشجار وذلك على قسمين (الاول) أن تكون الاشجار للبايع أو لغير المتعاقدين فيبيع الثمرة حينئذ على ثلاثة أقسام وهذا التقسيم أحسن وان شئت تقول وهو أقرب إلى كلام المصنف ان بيع الثمرة على قسمين (الاول) أن يبيعه قبل بدو الصلاح وذلك على قسمين (الاول) أن تباع من غير مالك الاصل وذلك على قسمين (الاول) أن تكون مفردة عن الاشجار وذلك على ثلاثة أقسام (الاول) أن يبيعه بشرط التيقية فيبيعه باطل بلا خلاف للاحاديث السابقة (الثاني) أن يبيعه بشرط القطع فالبيع صحيح بلا خلاف لانه بالقطع يزول المحذور من الآفة والعاهة وممن صرح بالاجماع في المسألتين الشيخ أبو حامد والرافعي وغيرهما ونقل ابن حزم في كتابه المحكى عن سفيان الثوري وابن أبي ليلى منع بيع الثمرة قبل بدو صلاحها جملة لا بشرط القطع ولا غيره والشافعي رضى الله عنه أخذ جواز بيعها بشرط القطع من قوله صلى الله عليه وسلم (أرأيت إذا منع الله الثمرة فيم يأخذ أحدكم مال أخيه) كذلك قال في الام فان الثمرة

[413]

التي تقطع آفة تأتي عليها فانما يمتنع ما يترك مدة تكون فيها الآفة وليس ذلك من باب تخصيص العموم بعله مستنبطة منه فان ذلك فيه خلاف وأما هذه العلة فمنصوصة ولاشك أن استفادة التعليل منه هذا الكلام ظاهرة وهو من أقوى درجات الايماء الذي هو أحد أدلة العلة ولعل سفيان الثوري رحمه الله إنما منع من ذلك لان في روايته أن التعليل المذكور من كلام أنس كما قدمته فلعله لذلك لم يأخذ به لكن في الحديث ألقاظ آخر تدل على ذلك (منها) قوله حتى تنجو من العاهة (ومنها) قوله حتى يبدو صلاحها يعني أنها بعد الصلاح تأمن من العاهات والجوائح غالباً لكبرها وغلظ نواها وقبل الصلاح تسرع إليها العاهات لضعفها فإذا تلفت لم يبق شئ في مقابلة الثمن وكان ذلك من أكل المال بالباطل فإذا شرط القطع عرف أن غرضه هو الحصرم وهو حاصل وقيل معنى آخر ضعيف نقله الامام وهو أنها قبل بدو الصلاح (1) أجزائها كبراً ظاهراً من أجزاء الشجرة وقد اتفق على القول بالجواز الشافعية والمالكية والحنفية. (فرع) إذا باع بشرط القطع وجب الوفاء به فلو سمح البائع بعد شرط القطع على المشتري بترك الثمرة إلى بدو الصلاح جاز لو طالبه بالقطع لزمه ذلك نص عليه الشافعي والصيمري والماوردي والرافعي قال الرافعي ويكون بدو الصلاح ككبر العبد الصغير وعن أحمد أنه يبطل البيع وتعود الثمرة إلى البائع وقد يقوى ذلك بأن الغرر إنما ينتفى بأخذها ولذلك قال المصنف رحمه الله لانه يأخذه قبل أن يتلف فمتى لم يؤخذ وان كان بتراضيهما فالغرر باق ألا ترى أنه لو تراضيا على عدم شرط القطع لم يصح وطريق الانفصال عن هذا السؤال أن المحذور آفة تمنع من التسليم المستحق بالعقد وهو في هذه الصورة مأمون فان التسليم المستحق فيها التسليم عقيب العقد فإذا تراضيا على إبقائها وحصلت آفة بعد ذلك لم تكن مانعة من التسليم المستحق بخلاف ما إذا أطلق أو شرط التيقية فان التسليم المستحق بالعقد هو وقت الجذاذ فالآفة الحاصلة قبله مانعة منه وممن روى عنه من المتقدمين ما يشبه قولنا يحيى ابن أبي كثير اليماني التابعي صح عنه أنه قال لا بأس ببيع الشعير للعلف قبل أن يبدو صلاحه إذا كان يحصده من مكانه فان عفل عنه حتى يصير طعاماً فلا بأس به.

[414]

(فرع) قال في التتمة إنما يجوز البيع بشرط القطع إذا كان المقطوع منتفعا به كالحصرم واللوز والبلح والمشمش فاما مالا منفعة فيه كالجوز والسفرجل والكمثرى فلا يجوز بيعه بشرط القطع أيضا وكذلك قال في البحر والرافعي فرع إذا باع بشرط القطع فلم يتفق القطع حتى مضت مدة فان كان قد طال به البائع بالقطع فلم يقطع وجبت الاجرة والا فلا قاله الخوارزمي. (فرع) التسليم في ذلك هل يكون بالتخلية كما هو تسليم الثمار فتكون مؤنة القطع على المشتري اولا يكون الا بالنقل والتحويل فتكون مؤنة القطع على البائع الذي يظهر من كلامهم الثاني ويظهر اثره فيما لو تلفت قبل قطعها هل يجرى فيها خلاف وضع الجوائح وسنذكره في موضعه ان شاء الله تعالى (القسم الثالث) ان يبيعه مطلقا لا بشرط القطع ولا بشرط التبقية فمذهبنا ان البيع باطل للاحاديث وبه قال مالك وأحمد وإسحق وداود وقال أبو حنيفة رضى الله عنه البيع جائز صحيح ويؤخذ المشتري بقطعها في الحال بناء على اصله في أن الاطلاق يقتضى القطع لان من حقوق العقد التسليم من غير تأخير والتسليم لا يتم الا بالقطع وعندنا الاطلاق يقتضى التبقية فنحن نخالفه في المسألة وفي الاصل الذي بني عليه ولهذا قال لا يصح البيع بشرط التبقية لابعد الصلاح ولا قبله وبشرط القطع يصح فيهما والاطلاق كشرط القذع ونحن نقول بشرط القطع يصح في الحالين وبشرط التبقية يصح بعده ولا يصح والاطلاق كشرط التبقية واستدلوا بأن حمل العقد على الصحة اولى فينبغي ان تنزله على القطع ليصح وبالقياس على ما بدا صلاحها وعلى ما شرط قطعها وعلى رهنها وأجاب أصحابنا بأن النهى ورد مطلقا فلا يكون تنزيلا على شرط التبقية لا طلاقه ولا على شرط القطع للاجماع بيننا وبين الخصم فتعين ان يحمل على البيع المطلق وأيضا ان النهى توجه إلى المعهود من البياعات والمعهود من البيع اطلاق العقد دون تقييده بالشرط فصار النهى بالعرف متوجها إلى المطلق دون المقيد ولان العرف في الثمار ان تؤخذ وقت الحذاق فصار المطلق كالمشروط التبقية والتسليم الواجب في العقد في كل شئ بحسبه وليس التسليم بالقطع والتحويل وانما هو برفع اليد والتمكين وأما إطلاق العقد وحمله على الصحة فغير مسلم بل يحمل على ما يقتضيه الاطلاق ثم يعتبر حكمه في الصحة والفساد وقد ينقيد المطلق إذا كان هناك عرف يقيد له لم يؤثر القيد إما في التصحيح واما في الافساد

[415]

وليس ذلك سعيا في التصحيح ولا في الافساد بل هو واقع من ضرورة القيد (وأما) القياس على ما بدا صلاحها فلا يصح لوجهين (أحدهما) أنه يدفع النص (والثاني) أن ما بدا صلاحه يخامر العاهة والقياس على المشروط القطع مردود بتقدير أن المطلق يقتضى التبقية والقياس على الرهن

فجوابه أن لنا في رهنها قبل بدو الصلاح قولين فان جوزنا فلان الرهن والهبة والوصية لا ضرر في عقدها قبل بدو الصلاح لانه لا عوض في مقابلتها بخلاف البيع فانها إذا تلفت ضاع الثمن ثم اعترضوا بما قدمته من راوية زيد ابن ثابت وقوله ان النهي كان كالمشورة وقد تقدم الكلام فيه وأجاب أصحابنا أيضا عنه بوجهين (أحدهما) أن تأويل الراوى مرجوع إليه إذا احتمل الخبر أمرين والمراد أحدهما بالاجماع كتفسير التفريق في خيار المتبايعين وكقوله إلاها وها تفسير عمر له (أما) في تخصيص العموم ومخالفة الظاهر فلا (والثاني) أن ظاهر راوية زيد وقوله انه حضر تقاضيتهم انه كان قد وقع على شرط التبقية ولا يقال وقت التقاضى بعد مدة إذا كان مشروطا وهذا الظاهر مشروط بالاجماع لانه متى شرط التبقية بطل ثم لاوجه لتمسك الحنفية به لانهم يمنعون شرط التبقية بعد بدو الصلاح كما يمنعونه قبله والحديث المذكور يقتضى الفرق بين الحالتين وحمل الغزالي في التحصين المشورة في ذلك على تعرف أحوال الثمرة ونجاتها من العاهة وأن ذلك لا يحصل إلا بالزهو فلما عرف العلة بالمشورة أثبت حكم الشرع بناء على العلة كما قال للسائل (أينقص الرطب إذا جف) ودليله أنه لما ذكر حالة الاحتياج قال فبم يأخذ أحدكم مال أخيه فهذا يدل على تحريم أخذ المال مع توقع الهلاك على قرب (قلت) وقد قدمت ما يرجح تأويله غير ذلك وقد صح عن زيد بن ثابت أنه لم يكن يبيع ثمار أمواله حتى تطلع الثريا فيتبين الاحمر من الاصفر وروى عن ابن عمر وابن عباس رضى الله عنهم أنه لا يباع حتى يؤكل من الثمر قال الشيخ أبو حامد ولا مخالف لهما من الصحابة والله أعلم. (فرع) قد ذكرنا أن العقد المطلق محمول على شرط التبقية لانها المعتاد فلو كان في البلاد الشديدة البرد كرم لا تنتهي ثمارها إلى الجلاوة واعتاد أهلها قطع الحصرم ففي بيعها وجهان عن الشيخ أبي محمد أنه يصح من غير شرط القطع تنزيلا لعادتهم الخاصة منزلة العادات العامة فيكون المعهود كالمشروط وامتنع الاكثرون من ذلك ولم يروا تواطؤ قوم مخصوصين بمثابة العادات العامة وهذا الخلاف يجرى فيما

[416]

إذا جرت عادة قوم بانتفاع المرتهن بالمرهون والقفال يرى اطراد العادة فيه كشرط عقد في عقد فيفسد الرهن وأشار امام الحرمين إلى تخرج ذلك على مهر السر والعلانية وان هذا أقرب من تلك المسألة لان أعمال التواطؤ في تلك المسألة الغاء صريح اللغة الثابتة فقد لا يحتمل ومن نظائر ذلك ما إذا جرت عادة شخص بأن يرد أجود مما استقرض فالمذهب جواز اقراضه وفيه وجه وهذه مسائل كلها متقاربة المآخذ والمخالف في بعضها لعله يخلف في الباقي ولكني اتبعت في نقل مسألة الحصرم عن الشيخ أبي محمد ومسألة الرهن على القفال ما في النهاية والرافعي نقل مسألة الحصرم عن القفال (فاما) لنسبة هذه القاعدة إليه (واما) لنقل خاص عنده وفي الوسيط نسبة إلى المنع في المسألتين إلى القفال ونسبه إلى ابن أبي الدم إلى الخلل والتهافت (أما) الخلل فلما ذكرته (وأما) التهافت ففي قوله المنع وتأويله أنه خالف من أبطل في مسألة الحصرم وخالف من صحيح في مسألة الرهن قال ابن الرفعة كلام الشيخ أبي محمد مبين لكلام القفال لان القفال اعتبر العادة وحدها والشيخ أبو محمد اعتبر العادة مع كون ذلك لا ينتهي إلى الجلاوة فقد يحتمل ذلك حالة كما له حتى لو جرت عادة بقطع العنب الذي يحث منه عنب حصرم صح العقد عليه عند القفال بدون شرط القطع ومن ذلك يخرج في مسألة الحصرم ثلاثة أوجه وهذا الذي قاله ابن الرفعة محتمل ولكن ظاهر كلام الناقلين عن الشيخ أبي

محمد أنه انما اعتبر العادة وانما فرضنا في ذلك لانه الذي يعتاد قطعه
حصرا (أما) ان ذلك معتبر عنده في الحكم فيحتاج إلى نقل ومنهم من
حمل قول الغزالي ومنع القفال في المسألتين على منع الصحة في مسألة
الرهن ومنع وجوب التيقية في الحصرم وحمل الحصرم على ما بدا صلاحه
لقول الجوهري ان الحصرم أول العنب والمراد انه لا تجب تيقيته إلى أوان
الجداد كما يقتضيه اطلاق غيره من الاصحاب وهذا حمل حسن أيضا لكن
الاقرب أن الحصرم لم يبد صلاحه وقول الجوهري معناه أول الثمرة التي
نهايتها عنب. وأعلم أن ههنا أمور اربعة يجب التمييز بينها (أحدها) العرف
(والثاني) العادة وينقسم كل منهما إلى عام وخاص والعرف غير العادة فان
المراد بالعرف ما يكون سببا لتبادر الذهن من لفظ إلى معنى من اللفظ
كما تقول الدابة حقيقة عرفية عامة في ذوات الاربع والجوهر حقيقة
عرفية خاصة في المعنى المصطلح عليه بين المتكلمين والمراد من العادة
ما هو مألوف من الافعال وما أشبهها فهذان قسمان متغايران العادة
والعرف وقد جعل العادة أعم وتقسّم إلى عادة قولية وهي ما سميته
بالعرف وعادة فعلية وهي مقابلة وقد يطلق العرف على الجميع والامران
الآخران

[417]

(أحدهما) الالفاظ التي تطلق في العقود وفي تقييد مطلقها وتفسير
محملها (والثاني) ما ينزل عليه العقد من الامور التي تجعل كأنها شرطت
في العقد وهذان امران متغايران أيضا فان الاول يرجع إلى تنزيل لفظ
مطلق جرى في العقد على معنى كحمل الدرهم على الدرهم المتعارف
في البلد وحمل المسلم فيه على السليم لانه المتبادر إلى الذهن عند
الاطلاق دون المعيب والثاني يرجع إلى تقدير شرط مضموم إلى العقد
كمسألتنا هذه فاعتبار العرف العام لاشك فيه في تقييد اللفظ المطلق كما
لو قال اشترى لى دابة لم يشتر إلا ذوات الاربع والعرف الخاص كالاصطلاح
على تسمية الالف الفين في مهر السر ومهر العلانية (وأما) العوائد الفعلية
فان كانت خاصة فلا اعتبار بها وان عمت واطردت فقد انفق الاصحاب على
اعتمادها وذكروا لها أمثلة (منها) تنزيل الدراهم المرسلة في العقود على
النقد الغالب وهذا إن قدمته في قسم العرف فان هذه العادة أوجب
اطاردها فهم أهل العرف ذلك النقد من اللفظ فالرجوع في ذلك إلى ما
يفهمه أهل العرف من اللفظ إلى العادة (ومنها) أنا لا نخرج المتكارس إلى
ذكر المنازل وتفصيل كيفية الاجزاء وهذا مثال صحيح وهي من قسم ما
يرجع إلى تقدير شرط مضموم إلى العقد وكثير من أحوال العقود يحمل
على ذلك كالتسليم والقطع والتيقية كبقية أجزاء البهيمة المكراة
والمقدار الذي يطوى في كل يوم ووجوب تسليم الاكاف والثفر واللجام
وجميع الادوات عند استئجار الدابة وضابطه لما غلب على وجه يسبق
مقتضاه من اللفظ إلى الفهم سبق المنطوق به على وجه يعد التعرض له
مستقصيا مشتغلا بما لا حاجة إلى ذكره وكثيرا ما يسمى الفقهاء ذلك عرفا
لعمومه ولان فهم هذه الاشياء صار في العرف لمفهوم اللفظ فالتحق
بالعادة القولية قال الامام وكل ما يتضح فيه اطراد العادة فهو الحكم
ومضمرة كالمذكور صريحا وكل ما يتعارض للطنون بعض التعارض في حكم
العادة فيه فهو مثار الخلاف يعني ما تتعارض الطنون في اطراده وأما ما لا
يطرد جزما فلا يعتبر وقد أطلق الاصوليون أن العادة الفعلية لا تعتبر فلا
تخصص عاما ولا تفيد مطلقا كما إذا حلف لا يأكل خبزا ولا يلبس ثوبا
فيحنت بأكل خبز الشعير ولبس الكتان وان كانت عادته أن لا يأكل الا القمح

ولا يلبس الا الحرير والسبب في ذلك أن العرف القولى ناسخ للغة وناقل
للفظ والفعل لا ينقل ولا ينسخ

[418]

ولا معارضة بينه وبين اللغة واطلاقهم في ذلك صحيح وما قدمناه غير
معارض له والله سبحانه وتعالى أعلم. ثم أشار الامام أيضا إلى تخرج
مسألة قطع العنب حصرا على خلاف الاصحاب في أن الشئ النادر إذا
اطرد كدم البراغيث في بعض الاصقاع هل يعطى حكم العام فيعفى عنه
وقطف العنب حصرا في غاية الندور فان فرط اطراد عادة بقعة به فهو
على ذلك الندور. (فرع) لو باع ثمرة لم يبد صلاحها على شجرة مقلوعة *
قال الروباني لانص فيه (قال) وقد قال أصحابنا يجوز بيعها مطلقا من دون
شرط القطع لانها لا تنمو ولا تأخذ من أجزاء الشجرة لو بقيت عليها بخلاف
غيرها (قلت) وهذا يشير إلى المعنى الذي نقله الامام واستضعفناه فيما
تقدم ولكن ينبغى أن يقال لانه لا يخشى عليها العاهة التي ورد النهي
لاجلها فان هذه لا يجب تبقيتها على الشجرة فيما يظهر لى. وإذا كان كذلك
فيجب قطعها في الحال والله أعلم * وممن نص على الصحة في ذلك أيضا
الخوارزمي وعلله بان العقد يحمل على العادة فيه القطع وكذلك صاحب
النتمة والنووي في الروضة فهذا ما يتعلق بالقسم الاول وهو ما إذا بيعت
الثمار مفردة عن الاشجار من غير مالك الاشجار. (فرع) إذا اشتراها قبل
بدو الصلاح بشرط التبقية وقطع منها شيئا قال الشافعي فيما نقله أحمد
ابن بشرى من نصوصه ان كان له مثل رده ولا أعلم له مثلا فإذا لم يكن
فقيمته (قلت) ومن هنا اسندت فائدة عظيمة أن المبيع بالبيع الفاسد إذا
كان مثليا يضمن بالمثل كما هو القياس وان كان بعضهم قال إنه يضمن
بالقيمة واطلاق صاحب التنبيه يقتضيه فهذا النص استفدنا أنه يضمن
بالمثل والله أعلم. (فرع) إذا اشترى ذلك بشرط القطع فلم يتفق القطع
حتى بدا الصلاح فان كانت الثمرة لا زكاة فيها فلبائع الاجبار على القطع
كما كان قبل ذلك وان كانت الزكاة تجب فيها فهل له ذلك أو لايجب إلى
ذلك بل ينفسخ العقد فيه قولان وقيل بمجرد بدو الصلاح تعلقت الزكاة بها
وبطل البيع رواه القفال عن الشافعي لتعذر التسليم كما لو اشترى حنطة
فانهالت عليها حنطة أخرى. قال ابن الرفعة وهذا فيه نظر لان المستحق
بعض المبيع وهو على الاشاعة فليكن البطلان ان قيل به في قدر الزكاة
كما إذا استحق بعض المبيع قال وجوابه أن ما فضل عن قدر الزكاة يجب
قطعه لو بقى العقد فيه

[419]

وهو لا يمكن فلذلك تعذر تسليمه وكذلك يمنع من بيع بعض الثمار مشاعا
قبل بدو الصلاح بناء على منع القسمة لان الشركة تمنع من صحة شرط
القطع لما في ذلك من تعبير عين المبيع (القسم الثاني) بحسب ما اقتضاه
كلام المصنف إذا بيعت الثمار مع الاشجار من غير شرط القطع فانه يصح
وقد نص الشافعي رضى الله عنه على هذه المسألة نقلها القاضي أبو
الطيب عن نصح في الرسالة وقد رأيتها في الام أيضا في باب ثمرة الحائط
يباع أصله قال فان قال قائل فكيف أجزتم بيع الثمرة لم يبد صلاحها مع

الحائط وجعلتم لها حصة من الثمن ولم يميزوها على الانفراد (قيل) بما وصفنا من السنة وأراد الشافعي بالسنة الحديث المذكور وهو قوله صلى الله عليه وسلم (لان أن يشترط المبتاع) وذكر الشافعي في الام في هذا الموضوع جواز بيع الدار بطرقها ومسيل مائها وأقنيتها وذلك غير معلوم لانه في معنى الثمرة التي لم يبد صلاحها تتبع في البيع ولو بيع شئ من هذا على الانفراد لم يجز وكذلك العبد يباع بجملة جوارحه ولو أفرد بعضها لم يجز فوافق في هذا وخالف في أنه لا يجوز افراد بعض جوارحه مع القطع أيضا. قال القاضي أبو الطيب ولو كان القطع يعني في الثمرة إذا بيعت مع الاصل شرطا لقال يعني في الحديث الا أن يشترط المبتاع القطع وفيه معنى وهو أنها متصلة بالاصل فعفى عن الغرر فيها كأساسات الدار وأصول الجدوع وطى الآبار وغير ذلك وأيضا فانه اجماع لا خلاف فيه هذا كلام القاضي أبي الطيب (وأما) ما ذكره من المعنى فهو الذي ذكره المصنف وذكره غيره من الاصحاب أيضا ومرادهم ان الاصل غير متعرض للعاهة والثمرة تابعة لكن المصنف عدل عن الامثلة المذكورة إلى الحمل وكأنه لحظ في ذلك أن تلك الاشياء أجزاء من المبيع حقيقة والثمرة والحمل كل منهما ليس بجزء حقيقي فكان قياسها عليه أولى ولك أن تقول أما قياسها على الحمل فان كان المراد ما إذا بيعت الام ودخل الحمل تبعا فالفرق ظاهر وان كان المراد ما إذا صرح بدخوله حتي يكون كمسألتنا هنا فقد قال الاصحاب انه إذا قال بعتك هذه الدابة وحملها ففي صحة العقد وجهان (أصحهما) عند الرافعي وبه قال ابن الحداد والشيخ أبو علي انه لا يصح (والثاني) وبه قال أبو زيد وهو مقتضى كلام القاضي أبي الطيب الصحة ومقتضى كلام القاضي أبي الطيب في شرح الفروع أن قول الصحة مفرع على أن للحمل قسطا من الثمن والقول الآخر على أنه ليس له

[420]

قسط (وأما) قياسها على الاساس فان كان كلام الاصحاب وان كان يقتضي الصحة في بيع الدار وأساسها لكنهم أجروا خلافا في بيع الجبة وحشوها فطريقة قاطعة بالصحة لانه جزء بخلاف الحمل وطريقة مجرية للخلاف فهلا جرى في الثمرة مثل هاتين الطريقتين (فان قلت) مأخذ البطلان عند من يقول بها في بيع الدابة وحملها والجبة وحشوها أنه جعل المجهول مبيعا مع المعلوم وكل واحد من الحمل والحشو يمتنع افراده بالبيع والثمرة بعد التأبير وقيل بدو الصلاح يصح بيعها ولكن بشرط القطع ولا يلزم من ايجاب هذا الشرط عندما تباع وحدها ايجابه إذا بيعت مع غيرها ولا من القول بالبطلان في مسألة الحمل الجبة القول به هنا (قلت) يرد ذلك قول الشافعي رضى الله عنه الذي قدمته قريبا بجواز بيع الدار بطرقها ومسيل مائها وأقنيتها وذلك غير معلوم لانه في معنى الثمرة التي لم يبد صلاحها تتبع في البيع فهذا النص يقتضي الصحة في الجميع وانه إذا قال بعتك الدابة وحملها يصح وهو رأي أبي زيد وأيضا فان الثمرة قبل بدو الصلاح إذا امتنع البيع فيها مطلقا وهى منفردة صارت غير قابلة للبيع على هذه الصورة وما لا يجوز بيعه وحده لا يجوز بيعه مقصودا مع غيره كالحمل وكيفما قدر لا يصح قياس الصحة في مسألة الثمرة على الحمل إلا عند من يقول بالصحة فيما إذا قال بعتك الدابة وحملها (والمشهور) خلافا فكيف ساع للمصنف القياس عليه. وممن وافق المصنف على القياس على الحمل الرافعي رضى الله عنه والاشكال عليه أشد فانه صرح بان بيع الام وحملها لا يصح على الاصح (وأما) المصنف فلعله يرى الصحة فان القاضي

أبا الطيب في شرح الفروع قال ان أكثر أصحابنا على أنه يصح بيع الشاة
ولبنها والجبنة وقطنها إذا علم أن الحشو قطن وقال ان مسألة الحمل
مبنية على أن الحمل له قسط من الثمن أو لا يعني ان قلنا له قسط صح
والا فلا لعدم العلم به ويتفق وجوده واستشهد للصحة في بيع الشاة ولبنها
بيع الدار وحقوقها والجوز ولبنه والرمان وحبه على أنه قال في آخر كلامه
انه يجوز تخريجها أعني الجوز ولبنه والرمان وحبه على الخلاف فبالجملة
الرافعي غير معذور في القياس على الحمل وانما يصح القياس ممن يرى
الصحة وكلام الشافعي في هذا الباب يدل على أن الحمل ليس له قسط
من الثمن وذلك يعضد القول بعدم الصحة في مسألة الحمل ويقوى
الاشكال على القياس عليه وقد يترك القياس المذكور

[421]

لخفاء مأخذ الصحة في مسألة انتفاء المعنى الذي ذكرته عن الامام في منع
البيع بغير شرط القطع وهو امتصاصها من ملك البائع وهذا المعنى مفقود
فيما إذا باعها معها أو نقول بانها إذا باعها مع الشجر حصل تسليمها تاما
فحصل الامن من العاهة في يد البائع بكل من المعنيين المقضي لبطلان
بيعها وحدها معقود في بيعها مع الشجرة فتعليل الصحة بهذا المأخذ أسلم
عن الاعتراض من التعليل بالتبعية لما عرفت (فان قلت) ظاهر ما حكيت من
نص الشافعي يقتضي الصحة في بيع الدار بمسيلها وأفيتها وطرقها وهي
غير معلومة وكيف يقع العقد على أماكن لم يرها العاقد (قلت) يغتفر ذلك
تبعا كالاساس والتحقيق في ذلك كله أن ما دخل في مسمى البيع وكان
جزأ فانه يجوز أن يبيعه معه كحشو الجبنة والاساس وما كان خارجا عن
مسماه وليس بجزء منه ظاهر النص الذي حكيت يقتضي الجواز فيه أيضا
لان المسيل والطرق خارجة وبه جزم القاضي أبو الطيب ولم يحك فيه
خلاف في شرح الفروع فان صح ذلك فالحمل بطريق أولى من جهة أنه
كالجزء ويحتمل أن يبطل فيه وان صح في تلك تخريجا على أن الحمل لا
يعلم ولهذا قال الشافعي في كتاب الصرف ولاخير في أن يبيع الرجل
الدابة ويشترط عقابها هذا كله إذا جعله مقصودا بان قال بعنك النخلة
وثمرتها أو الجارية وحملها هذا ما يتعلق بالمعنى الذي أبداه القاضي أبو
الطيب والمصنف (وأما) ما ادعاه القاضي أبو الطيب من الاجماع فان ذلك
صحيح فيما إذا كان على وجه الاشتراط كقوله بعنك هذه النخلة بشرط أن
ثمرتها لك فان ذلك صحيح لاشك فيه للحديث ما إذا أتى به على وجه البيع
كقوله بعنك النخلة وثمرتها فانه يجوز عندنا وعند المالكية لكن مذهب مالك
أنه لاحصة للثمرة من الثمن وكذلك مذهبه إذا اشتراها مشترى النخلة بعد
شراء النخلة وهو بعيد وقال ابن حزم الظاهري لا يجوز بيعها مع الاصول ولا
فيها إلا بالاشتراط فقط أخذا بظاهر لفظ الحديث وللأولين أن يقولوا انه لا
معنى لادخالها بالشرط إلا إدخالها في البيع والافهي لا تدخل عند الاطلاق
ومتى أدخلها في البيع بأي لفظ كان فقد صارت مبيعة مع الشجر نعم هل
تقابل بقسط من الثمن أولا جزم الشافعي بقوله هنا بأنها تقابل بقسط
وقال في الحمل هنا انه لا يقابل بقسط مع أن الاصح من المذهب أنه
يقابل أيضا.

[422]

(فرع) هذا الحكم الذي ذكرناه من جواز بيع الثمرة مع الاصول من غير شرط القطع لا خلاف في المذهب فيه أعلمه قال الرافعي رحمه الله بل لا يجوز شرط القطع لما فيه من الحجر على الشخص في ملكه وسبقه في ذلك صاحب التتمة وقال انه لو شرطه بطل (قلت) يرد عليه إذا باع الثمرة ممن يملك الاصل فان شرط القطع فيه حجر على الشخص في ملكه يعين ما قال ومع ذلك فقد قال الرافعي ان الاصح عند الجمهور وجوبه وعلل الخوارزمي المنع بأنه يضر بمقتضى العقد إذ مقتضاه الابقاء ثم استشكله بأن ما يحمل على مطلق العقد من العادة بين الناس لا يصير قضية لازمة كالاطلاق يحمل على الحلول والنقد الغالب ثم لو عين نقدا لا أجلا صح وقال ابن الرفعة يشبه على طريقة الامام والغزالي فيما إذا شرط في بيع العبد أن لا يكسوه إلا كذا أن يصح ويلغى الشرط وههنا القبض بالتخلية بلا اشكال لان التخلية تحصل في الاصل والثمرة معا إذ الثمرة تابعة للشجرة في التسليم والله أعلم. (فرع) اطلاق المصنف جواز بيع الثمرة مع الشجرة قبل بدو الصلاح يشمل ما اذا بدت من أكمامها وكانت مرئية وأما إذا لم تكن كذلك وكذلك من وقفت على كلامهم من الاصحاب أطلقوا المسألة ويشهد لذلك كلام الشافعي الذي قدمته في بيع الدار بمسيلها وطرقها وهي غير معلومة لان ذلك بيع وذلك ظاهر إذا قلنا يجوز بيع الطلع في قشره وهو الاصح (أما) إذا منعناه فيحتمل أن يقال انه يجوز أيضا تبعا كما سقط شرط القطع ويحتمل أن لا كما لو باعها معها بعد الصلاح (القسم الثالث) إذا باع الثمرة وحدها من مالك الاشجار بأن كان يملك أصلها ببيع متقدم أو هبة أو وصية أو كان قد أوصى له بثمره ومات الموصى فملكها وبقيت الاصول للورثة إذا باع الثمرة في هذه الصورة من مالك الاصول هل يصح من غير شرط القطع فيه وجهان (أحدهما) يصح لما ذكره المصنف وهو الذي جزم به المصنف في التنبيه وصححه الجرجاني والغزالي وادعى ابن التلمساني أن الاكثرين على ترجيحه والبندنجي أنه ظاهر المذهب لانه لو شرط القطع لم يجب عليه أن يقطع ثمار نفسه عن أشجاره فعلى هذا لو شرط القطع بطل العقد لانه يناهض مقتضى العقد قاله القاضي حسين في الزروع واعترض على القياس الذي ذكره المصنف بالفرق بانه إذا باع الثمرة وحدها كانت العلة المذكورة في الحديث متوقعة

[423]

من أكل المال بالباطل (وأما) إذا باعها مع الشجرة فعلى تقدير تلف الثمرة يرجع إلى الاصل فلا يكون أكل المال بالباطل (والثاني) وهو الاصح عند الشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيب والمحاملي والرويانى والشاشي وابن أبي عمرون والجمهور على ما حكاه الرافعي أنه لا يصح والفرق بينه وبين ما إذا جمعها عقد واحد أن العقد إذا جمعها كانت الثمرة تابعة معنى عن العرر فيها كالاساس بخلاف ما إذا أفردت وقال الرويانى مع تصحيحه لهذا الوجه ان الاول ظاهر المذهب وقال في إجابته ان أعني أظهر القولين (1) هو القياس وفي هذا الكلام أن الخلاف قولان لوجهان. (فرع) على هذا الوجه لا يجب الوفاء بهذا الشرط كما تقدم والخوارزمي في تعليقه (2) وممن صرح به النووي في المنهاج وأبدي ابن الرفعة فيه نظرا أخذ من قول القاضي حسين قال بعضهم ويمكن بناء الوجهين على التعليلين في منع بيع الثمرة قبل بدو الصلاح ان علل بالمشار إليه في الحديث وهو أخذ الثمرة بتقدير التلف بغير عوض اقتضى البطلان هنا وان علل بأن توقع التلف قبل الجذاذ يمنع تحقق التسليم اقتضى الصحة لان التسليم متحقق فان الاصل في ملك المشتري فلا علة لغيره في المبيع

وقال ابن الرفعة بعد أن ذكر عن بعضهم في تعليل هذا الوجه أن سبب التصحيح في بيعهما معا أن الاصل الشجر والثمار فيها وان ذكرت تابعة لها فلا يضر تعرض العاهة لها ولا كذلك إذا بيعت منفردة قال وهذا القائل تخير أن يقول ان التسليم لا يحصل بذلك والالم يصح له ما ذكر من التوجيه وهو مستمد من قول بعض الاصحاب أن من في يده وديعة ونحوها إذا ابتاعها ووفر الثمن لا بد من النقل والتحويل ليحصل القبض وفارق ما إذا باع الثمرة مع النخل فان التسليم بالتخلية بينه وبين النخل شملهما وعن ابن الصباغ والبنديجي والمحاملي أن هذا الوجه القائل بأنه لا يصح إلا بشرط القطع أقيس وما ادعوه من القياس فيه نظر والله أعلم. ولنرجع إلى كلام المصنف (قوله) ولا يجوز بيع الثمار والزروع من غير شرط القطع شمل قسمين البيع بشرط التيقية المجمع على بطلانه والبيع المطلق الذي خالفنا فيه أبو حنيفة والاستدلال بالحديث على القسمين ظاهر وكذلك بالمعنى الذي ذكره من قوله ولان المبيع انما ينقل على حسب العادة إلى قوله وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز وقد تقدم بسط ذلك وبيانه في ذكر حجنا وحج *

(1 و 2) بياض بالاصل

[424]

الخصم (وقوله) وان باعها بشرط القطع هو القسم الذي تكلمنا عليه ثانيا وادعى جماعة فيه الاجماع وتقدم ما في ذلك (وقوله) لا بد يأخذه قبل أن يتلف يستحق أخذه والا فقد يتراضيان على بقاءه وقد تقدم ان يجوز ذلك عندنا (وقوله) وان باع الثمرة مع الاصل أي سواء كان ذلك بصيغة الشرط أم بصيغة البيع (وقوله) لان حكم الغرر يسقطه اشارة إلى ان الغرر لا ينتفي ولكن لا يكون له حكم شرعا (وقوله) كالغرر في الحمل يسقط حكمه إذا بيع مع الاصل ظاهر ذلك انه يختار الصحة فيما إذا باع الجارية وحملها وكذلك يقتضيه كلام القاضي أبي الطيب في هذا الموضوع (والاصح) في المذهب خلافه كما تقدم (وقوله) وان باع الثمرة ممن يملك الاصل إلى آخره هو هذا القسم الثالث الذي شرحته وقد تقدم وسيأتي القسم الآخر الذي بقى من أقسام بيع الثمار وهو أن يكون بعد بدو الصلاح في كلام المصنف ان شاء الله تعالى. (فرع) إذا باع الثمرة التي لم يبد صلاحها وأطلق ثم باع من مشتريها النخل بعد ذلك صح بيعه النخل ولا يصح بيع الثمرة بل هو مقرر على بطلانه وأبدي الامام في كتاب المساقاة تخريج وجه فيه مما إذا زارعه على الارض بين النخيل ثم ساقاه عليها أنه يصح ويتبين بالمساقاة بعدها صحة المزارعة على بعد من استيعاده لهذا الوجه قال فان كان لهذا الوجه صحة وثبوت فلا بد من طرده في بيع الثمار إذا تقدمت واستأجر عنه بيع الاشجار هذا ما يتعلق بمسائل الثمار (وأما) الزروع فقد أدرجها المصنف مع الثمار وأجراها مجرى واحد والاقسام التي في الثمار عائدة بعينها في الزروع (القسم الاول) أن يبيعه مفردة عن الارض من غير مالك الارض قبل الاشتداد فان باعها بشرط التيقية أو مطلقا بطل للحديث وهو قوله (وعن السنبل حيث يبيض وبأمن العاهة) وفي الحديث الآخر (وعن بيع الحب حتى يشتد) وقياس مذهب أبي حنيفة وتجويزه البيع في الثمار مطلقا أن يجوزه في الزروع أيضا وان باعها بشرط القطع جاز عندنا وعند جمهور العلماء كما تقدم في الثمار وخالف سفيان الثوري وابن أبي ليلى كما

خالفا هناك فقالا لا يجوز مطلقا واتفق هؤلاء العلماء المشهورون وسفيان وابن أبي ليلى أيضا على أنه لا فرق في الزرع في السنبل والفصيل يمنع بيع الفصيل من غير شرط القطع وخالف ابن حزم الظاهري فجوزوه تمسكا

[425]

بأن النهي إنما ورد عن السنبل قال ولم يأت في منع بيع الزرع مذ يثبت إلى أن يسنبل نص أصلا وروى عن أبي إسحق الشيباني قال سألت عكرمة عن بيع الفصيل فقال لا بأس فقلت أنه سنبل فكرهه قال وهذا نفس قولنا وممن ذكر حكم هذه الاحوال الثلاث مع المصنف في الزرع الماوردي والرافعي وغيرهما. ولو باع الفت أو الفصيل بشرط أنه يرعى دوابه لا يصح ولا يجعل هذا كشرط القطع قاله الخوارزمي. (واعلم) أن الاصحاب اتفقوا فيما أعلم على اشتراط شرط القطع في هذا القسم وقال الغزالي في الوسيط (أما) البقل إن بيع مع الاصول فلا يشترط القطع وان بيع دون الاصول ينزل على القطع قال ابن أبي الدم يريد به أنه لا بد من شرط القطع قال الامام لا بد من شرط القطع فيه وهكذا قال ابن يحيى في محيطه إنه لا بد من شرط القطع وذكره الشيخ في البسيط في الزرع الاخضر وهكذا ذكره الجماعة في الزرع الاخضر وكان يمكن أن يقال لا يشترط اشتراط القطع في هذا بل متى أطلق نزل العقد على شرط القطع خوف من الاختلاط بخلاف الثمار ولفظ الشيخ في الوسيط يشعر به لكن المنقول ما ذكرته هذا كلام ابن أبي الدم. وقال ابن الرفعة إن الاشبه الفرق بين أن يكون ذلك لم ينته إلى الحالة التي يجذ فيها فلا يجوز بيعه إلا بشرط القطع أو أن ينتهي فيجوز كما ذكرنا عن الماوردي وعليه ويحمل كلام الغزالي لانه ذكره عند الكلام في بيع ما بدا صلاحه فظاهر نصه في الام يدل على ذلك لقول الشافعي فيها لا يجوز أن يباع لقرط الاجذة واحدة عند بلوغ الجذاذ ويأخذ صاحبه في جذاذ عند ابتياعه وقال في هذه الحالة انه إذا تركه من غير شرط في العقد أباما وقطعه ممكن في أول منها كان المشتري منه بالخيار في أن يدع الفصل الذي له بلا ثمن أو ينقض البيع (قلت) وهذا حمل حسن وعليه يدل كلام القاضي حسين ومراد ابن الرفعة بكلام الماوردي ما سيأتي عنه في بدو الصلاح وأنه جعل لذلك النوع حالة إصلاح ولكن في كلام الشافعي الذي اعتضد به ابن الرفعة ما يفهم أنه إذا بشرط تركه لم يصح وهو ظاهر لانه يؤدي إلى اختلاط فان ثبت ذلك وثبت أنه لا يشترط فيه شرط القطع يكون هذا نوعا مما بدا صلاحه لا يجوز فيه شرط التبقيع ويجوز فيه شرط القطع والاطلاق لكن يكون هذا فيما يعتاد جذه حتى يكون ذلك صلاحا فيه (أما) الزرع الذي يعتاد ابقاؤه فمتى باعه بغير شرط القطع فسد سواء كان بقلا أو قصيلا أو سنبل ما لم يشتد وقال الشافعي

[426]

أيضا لا يجوز بيع الفصيل الاعلى أن يقطع مكانه مما يستخلف أو لا يستخلف ولا يزيد وهذا الص يحمل على ما لم يبد صلاحه ولا ينافي ما قاله ابن الرفعة وهذا القسم هو الذي نتكلم فيه هنا (وأما) الول الذي يكون

وصل إلى حالة صلاح فسيأتي الكلام في بيع ما بدا صلاحه والله أعلم.
(القسم الثاني) أن لا يباع الزرع مع الأرض فيجوز من غير شرط القطع كما
مر في الثمار مع الأشجار وممن نص عليه مع المصنف الشيخ أبو حامد
والقاضي أبو الطيب والماوردي والمحاملي والرافعي وبقية لأصحاب
والمباحث المتقدمة هناك عائدة هنا (تنبيه) إطلاق المصنف جواز بيع الزرع
والثمرة مع الأرض والشجر يشمل ما إذا كان الزرع لم يتسنبل بعد أو
تسنبل ولم يشتد ولذلك صرح به الأصحاب وهو باطلاقه يشمل ما إذا كان
الحب الذي في السنبل غير المشتد مرثيا كالشعير أو غير مرثي كالحنطة
وإنما فصلوا بين المرثي وغيره فيما بعد بدو الصلاح على ما سيأتي إن شاء
الله تعالى فإن كانت التبعة تقتضي المسامحة في ذلك فينبغي في
الموضعين والا فما الفرق وقد تقدم مثل ذلك في الثمار أيضا (القسم
الثالث) إذا باع الزرع وحده من مالك الأرض فهو كبيع الثمرة من مالك
الشجرة جزم المصنف في التنبيه بالجواز وذكر ههنا الوجهين وقد تقدم
ذكرهما ولم أر من صرح بهذه المسألة في الزرع غير المصنف والقاضي
حسين والرويانى والجرجاني والمتولي ومقتضى نصه الذي نقلوه عن
الرهن أيضا يدل له وكثير من الأصحاب يقتضون على حكم الثمار وكأنهم
مكتفون بذلك عن ذكر حكم الزرع قال القاضي حسين وغيره فعلى قولنا لا
يحتاج إلى شرط القطع لو شرط فيه القطع بطل العقد لأنه ينافي مقتضى
العقد وفيه ضرر على المشتري. (فرع) قول المصنف هنا إذا باع الزرع ممن
يملك الأرض وقال في التنبيه من صاحب الأصل فظاهره أيضا أنه المالك
فلو باع الزرع من مستأجر الأرض وذلك يفرض في صور (منها) إذا استأجر
أرضا وزرعها وباع الزرع بشرط القطع وتراضيا على إبقائه ثم اشتراه
البائع مطلقا هل يكون كالمالك أو لو كان المالك غير مستحق للمنفعة بان
كانت مستأجرة مثلا هل يستمر الحكم المذكور أو نقول إن المالك في هذا
الوقت لا يدل له ولا منفعة فهو كالأجنبي (وأما) الثمرة فلا يمكن فيها ذلك لأن
الشجرة لا يجوز استئجارها كما صرح به بعض الأصحاب في هذا الباب.

[427]

(فرع) لو باع الزرع من مالك الأرض بالأرض لأنه يصح ويشترط فيه ذكر
القطع قاله القاضي حسين وصاحب التتمة الخوارزمي وهو ينبغي أن يكون
تقييدا لما تقدم من الإطلاق وعلى قياسه إذا باع الشجرة بالشجرة. (فرع)
قد تقدمت الأحاديث الواردة في المنع عن بيع الثمار قبل بدو الصلاح
(ومنها) ما هو مطلق (ومنها) ما هو وارد في النخل قال ابن عبد البر ولا
خلاف بين العلماء أن جميع الثمار داخل في معنى ثمر النخل وأنه إذا بدا
صلاحه وطاب أوله حل بيعه. (فرع) لافرق في الثمار بين ما يجذ كالبلح
والبسر أو يقطف كالحصرم والعنب أو يجمع كالبطيخ والقثاء والخيار
والباذنجان وكذلك التفاح والكمثري والخوخ والجوز واللوز والرايح كلها
تجرى فيها الأقسام المتقدمة والأنية في بيعها قبل بدو الصلاح وبعده
ومنفردة وتابعة والله أعلم. (فرع) الفجل المغروس في الأرض والسلجم
والجزر والسلق إذا اشترى ورقه فان شرط القطع جاز أو التبقية أو أطلق
لم يجز وإن اشترى أصله المغروس في الأرض لم يجز سواء قلنا بيع الغائب
باطل أو صحيح لأنه لا يمكن رده إلى البائع على صفته قاله القاضي أبو
الطيب والقاضي حسين وغيرهما. (فرع) قال القاضي حسين إذا باع أصل
الكراث مع الكراث صح العقد ويؤمر بالقلع ولو باع العروق بدون الكراث لم
يصح ويكون بيع الغائب وبيع المجهول ولو باع القصب الفارسي وما يتكرر
قطعه حكمه حكم الكراث وقال في الجوز ونحوه إذا كان الأرض ويكن بعضه

ظاهر من الارض فانه يجوز بيعه كالصبرة إذا رأى ظاهرها دون باطنها
وسياتي عن الامام أن البقول التي تتزايد لا يجوز بيعها الا بشرط القطع
مطلقا وليس لها حالة كمال بدو الصلاح. (فرع) قال ابن الحداد في
المولدات باع نصف ثمرة على رؤس النخل قبل زهو الثمرة فالبيع باطل
لانه لا يمكن أن يقسم وكذلك ان باعه نصف زرعه بقلا وكذلك قاله القاضي
حسين في الزرع والروبانى في الزرع والثمرة جميعا وقد ذكر هذا الفرع
غير واحد من الاصحاب ونص عليه الشافعي في الصلح أنه لا يجوز على
نصف الزرع وذكره المزني آخر مسألة في كتاب الصلح قال الراجعي وغيره
وعلوه بأن البيع والحالة هذه يفتقر إلى شرط القطع ولا يمكن قطع
النصف مشاعا الا بقطع

[428]

الكل فيتضرر البائع بنقصان عين المبيع فاشبه ما اذا باع نصفا معيناً من
سيف أو اسطوانة وعليها سقف دار بحيث لا يمكن تسليمها الا بهدم الدار
فانه لا يصح العقد فيه وقال الراجعي وما ذكروه من أن قطع النصف لا
يمكن الا بقطع الكل انما يستمر بتقدير دوام الاشاعة وامتناع القسمة (أما)
إذا جوزنا قسمة الثمار في حال الرطوبة بناء على انها إقرار فيمكن قطع
النصف من غير قطع الكل بأن يقسم أولا فليكن منع القول مبنيا على
القول بامتناع القسمة لا مطلقا وعلى هذا يدل كلام ابن الحداد قال
القاضي أبو الطيب وهو الصحيح (قلت) قد قدمت في باب الربا في جواز
قسمة الثمار على الاشجار أنه في غير الرطب والعنب لا يجوز قطعاً وفي
العنب والرطب ثلاث طرق (أصحها) وهى التي رجحها صاحب التهذيب
والمحاملي أنه لا يجوز وان قلنا إنها إقرار (والثاني) تخريجها على القولين
(والثالث) يجوز وان قلنا انها بيع ومحل الطرق الثلاث على مانبه عليه
المحاملي ما بعد بدو الصلاح (أما) قبل بدو لاصلاح فلا يجوز جزماً وان كان
كلام كثير من الاصحاب مطلقاً وقتياً ابن الحداد هنا ومن وافقه صحيحة في
غير العنب والرطب جزماً وفي الرطب والعنب إما جزماً على ما قاله
المحاملي وأما على الاصح إذا جعلنا الخلاف مطلقاً وما صححه القاضي أبو
الطيب من تخريجها على الخلاف في القسمة وان كان مخالفاً لما قاله
المحاملي فليس فيه تصحيح للجواز لانه لم يذكر هنا اما الاصح عنده في
القسمة وقد صحح الراجعي في باب الربا أن قسمة ذلك تبع فيكون الاصح
عنده على متقضي ذلك أنه لا يجوز قسمتها وان كان في باب القسمة حكى
اختلاف التصحيح في قسمة المتشابهات وهذا كله بناء على ما أفهمه نقل
الراجعي عن أبي الطيب من آخر الخلاف في ذلك والذي ادعاه ابن أبي الدم
أنه لا خلاف في البطلان وأن ابن الحداد علله بامتناع القسمة وغلطه
الاصحاب في التعليل وأن أبا الطيب قال الصحيح ما علل به ابن الحداد وقد
نص الشافعي على هذه العلة فالتصحيح حينئذ في التعليل ولا خلاف في
الحكم وقد قال الشافعي رضى الله عنه في باب بيع الأجال من الام انه إذا
كان بين القوم حائط فيه التمر لم يبد صلاحه فارادوا اقتسامه فلا يجوز
قسمة بالثمرة بحال وكذلك لو بدا صلاحها لم يجر من قبل أن للنخل
والارض حصة من الثمن وللثمرة حصة من الثمن فتقع الثمرة مجهولة
لا يخرص ولا تبع ولا تجوز قسمته إلا أن يقسما الاصل وتكون الثمرة بينهما
مشاعاً ان كانت لم تبلغ أو كانت قد بلغت

غير أنها إذا بلغت لا بأس أن يقتسماها بالخرص قسما منفردا وان أرادا أن يقتسما الثمرة مع النخل اقتسماها ببيع من البيوع فيقوموا كل سهم بأرضه وشجره وثمره ثم أخذ بهذا البيع لا بقرعة وإذا اختلف فكان نخلا وكرما فلا بأس أن يقسم احدهما بالآخر وفيهما ثمرة لانه ليس في تفاضل الثمرة بالثمره تخالفها ربا في يد بيد انتهى فهذا نص في امتناع القسمة قبل بدو الصلاح وأوله يقتضي امتناع القسمة بعد بدو الصلاح أيضا لكن قوله غير أنها إذا بلغت فلا بأس أن يقتسماها بالخرص قسما منفردا يقتضي جواز قسمها بعد بدو الصلاح فليتأمل. (واعلم) أن ابن الحداد علل المنع في ذلك بامتناع القسمة كما رأيت وغلطه بعض الاصحاب في التعليل وقال ليس العلة أنه لا يصح قسمتها فان البيع لا يصح وان قلنا قسمتها صحيحة وأن القسمة إفرار وانما لم يصح ذلك لان اشتراط القطع لا يصح فيها لان نصفها مشاعا لا يمكن قطعه قال القاضي أبو الطيب هذا الذي قاله هذا القائل ليس بصحيح والتعليل هو الذي ذكره ابن الحداد ونص الشافعي كذلك قال في الصلح لو كان الزرع بين الرجلين وصالح أحدهما على نصف الزرع لم يجز من قبل أن الزرع لا يجوز أن يقسم أخضر ولا يجبر شريكه على أن يقطع منه شيئا ومتقضى هذا الكلام من أبي الطيب أن علة ابن الحداد هي الصحيحة وأن القول بذلك مبني على امتناع القسمة وأن القائل الآخر خالفه في التعليل وعمم الحكم ثم قال القاضي أبو الطيب بعد ذلك انه إذا تصح قسمة الثمار صح بيعه لان شرط القطع يصح فيه فيبيع نصف الثمرة أو نصف الزرع بشرط القطع لم يطالبه بالقسمة في الحال فيقاسمه ثم يقطعه (وأما) إذا قلنا لا تصح القسمة فباع نصفها بشرط قطع الجميع لم يصح لان البائع لا يجبر على قطع ما لم يبع والشرط فيه لا يصح ولا يمكن قطع المبيع منفردا لانه مشاع وهذا الذي قاله القاضي بعد أن قرر أن العلة الصحيحة امتناع القسمة وأن المسألة مبنية عليها وهو صحيح لكن قد ثبت أن الثمار لا تصح قسمتها وكفى بهذا النص الذي في الصلح دليلا على امتناع قسمتها والله اعلم. ولم أر أحدا صرح بجواز بيعها غير القاضي في هذا الكلام الذي قاله ويشبه أن يكون تقريرا من عنده على مقتضى البناء على القسمة وما أفهمه نص الشافعي ولقائل أن يقول ليس التمسك بمفهوم ذلك على إثبات خلاف في هذه المسألة باولى من التمسك به على امتناع القسمة والجزم بامتناع البيع ههنا وكيف ما قدر فالمنع في هذه المسألة اما

أن يكون هو الصحيح أو يكون مجزوما به وإذا نظرت إلى كلام الرافعي بمجرد ما قاله فيما إذا جوزنا قسمة الثمار الرطبة بناء على أنها إفرار وما حكاه عن أبي الطيب أن تخريجها على ذلك هو الصحيح وفي ذهنك أن قسمته المماثلات إفرار توهمت من مجموع ذلك أن الصحيح الجواز في هذه المسألة وليس كذلك بل الزرع لا يجوز جزما لانه لا تجوز قسمته خرصا جزما الثمار غير الرطب والعنب كذلك والرطب والعنب يجري فيهما الخرص وفي قسمتهما خرصا خلاف المنقول عن نصه في الصرف الجواز وذكر الرافعي أنه الاصح تقريرا على أن القسمة إفرار لكنه ذكر في ذلك الموضوع أن الاظهر أنها بيع فيكون الاظهر امتناع البيع في ذلك العجب من القاضي أبي الطيب كيف صرح هنا ببيع الزرع على قسمته مع أنه جزم في

باب الربا أنه لا تجوز قسمة غير الرطب والعنب خرصا وإنما يتأتى ذلك عند من يرى أنه تجوز قسمته خرصا ولا أعلم أحدا صرح بذلك إلا أن لنا وجهها ضعيفا أن الخرص يجري في غير الرطب والعنب فيجئ على مقتضاه خلاف في قسمة ذلك خرصا قال ابن الرفعة (فان قلت) الاصحاق قالوا في كتاب المساقاة إن بيع بعض الثمار مشاعا بعد بدو الصلاح يصح وان لم تجز القسمة (قلت) صحيح لان التبقية تجب على البائع وهي تستلزم تبقية الباقي إذا لم تجز القسمة بالخرص وليس فيها تغيير عين المبيع والله أعلم. (فرع) من هذا الجنس لو باع نصف الثمرة مع نصف النخل صح وكانت الثمار تابعة قاله الرافعي وغيره وكذا إذا باع نصف الثمرة مع جميع الشجرة قاله الخوارزمي فلو شرط القطع في ذلك احتمل أن يكون اشتراطه في بيع كل الثمرة مع كل الاصل واحتمل أن يكون أولى بالفساد لاجل امتناع القسمة ولو كانت الشجرة أو الارض لواحد والثمرة أو الزرع لآخر فباع نصف الثمرة من مالك النخل أو نصف الزرع من مالك الارض فوجهان مبنيان على الوجهين في اشتراط القطع لو باع الثمرة كلها من صاحب الاصل قاله القاضي حسين في الزرع والرافعي في الثمرة وقد تقدم الخلاف في الاصح من الوجهين وان الاصح الاشتراط فيجئ عليه أن الاصح هنا عدم الصحة ولو كانت الثمار والاشجار أو الزروع والارض مشتركة بين رجلين فاشترى أحدهما نصيب صاحبه من الزرع أو الثمرة لم يصح وقال الخوارزمي ان اشترى نصيب صاحبه من الزرع بنصيبه من الزرع لم يجز لا مطلقا ولا بشرط القطع على الاصح فاشعر بخلاف ولعله الذي تقدم الكلام فيه في بيع نصف

[431]

الثمرة والزرع مشاعا على قولنا القسمة افراز ولو اشترى نصيب صاحبه من الثمرة بنصيبه من الشجرة أو نصيب صاحبه من الزرع بنصيبه من الارض فان باعه مطلقا لم يجز وان كان بشرط القطع صح لان جملة الثمار أو الزرع تصير للمشتري وجملة الشجر أو الارض تصير للآخر وعلى المشتري الثمرة أو الزرع قطع الكل لانه التزم بهذه المعاملة قطع النصف المشتري بالشرط والتزم تفريغ الاشجار والارض لصاحبه وبيع الشجرة أو الارض على أن يفرغها للمشتري جائز قاله القاضي حسين في الزرع والرافعي في الثمار وكذلك القاضي أبو الطيب في شرح الفروع. ولو كانت الاشجار أو الارض لواحد والثمرة أو الزرع لاثنتين فاشترى صاحب الشجرة نصيب صاحبه من الثمرة بنصف الشجرة أو اشترى صاحب الارض نصيب صاحبه من الزرع بنصف صاحبه من الزرع بشرط القطع صح قاله الرافعي وان كان بغير شرط القطع ففيه وجهان مبنيان على اشتراط القطع إذا باع الكل من صاحب الاصل قاله القاضي حسين فأما إذا باع نصف الثمرة أو نصف الزرع من غير مالك الارض فيشترط بشرط القطع قولا واحدا وقال الخوارزمي في الكافي لو كان الزرع لهما والارض لاحدهما فباع أحدهما نصيبه من الزرع البقل من صاحبه لا يجوز لا مطلقا ولا بشرط القطع كما لو باع من غيره ولو كانت الارض لاثنتين والزرع لواحد عكس ما تقدم فان باع الزرع من اجنبي فالحكم واضح وان باعه من مالك الارض فيخرج على الوجهين وان باع الكل من أحدهما لم يصح وان باع النصف من أحدهما يخرج على الوجهين إن قلنا لا يحتاج إلى شرط القطع جاز والا فلا قاله القاضي حسين ولو كان الزرع لواحد والارض لآخر فباع الزرع بالارض فقد تقدم ولو باع صاحب الزرع زرعه من صاحب الارض بنصف ارضه قال في التتمة فان قلنا انه إذا باع الزرع من مالك الارض

بشرط القطع فالقعد صحيح ويشترط القطع في الكل لان كل الزرع مبيع (وان قلنا لا يعتبر فيه شرط القطع فالقعد باطل لان شرط القطع في النصف مبطل للعقد لان الارض ملكه ولا يمكن افراز النصف بشرط القطع فيه لان النصف لا يعرف إلا بالقسمة ولو اشترى جميع الارض بنصف الزرع فيها فالعقد باطل قاله في التتمة واطلاق صدر المسألة في أنه لا يجوز بيع نصف الزرع مشاعا يشمله ولو باع جميع الزرع مع نصف الارض قال في التتمة لا يجوز لان النصف الذي هو مبيع مع الارض لا يجوز شرط القطع فيه والنصف الذي هو مبيع دون

[432]

الارض لا بد من شرط القطع وشرط القطع في النصف لا يمكن والله أعلم. ولو استثنى نصف الثمرة غير المؤبرة فقد في موضعه. (فرع) رأيت في المطارحات لابن القطان أنه ان باع نصف الزرع مشاعا مع جميع الارض جاز فان باعه مع بعض الارض أو دون الارض لم يجز ولم يتضح لى ذلك ولعله غلط في النسخة. (فرع) في رهن الثمرة وهبتها قبل بدو الصلاح خلاف سيأتي ان شاء الله تعالى في موضعه ان يسر الله ذلك. (فرع) قال أحمد بن بشر عن نصح ولا بأس بشراء نصف الثمرة جزافا قال أحمد يشبه أن يكون بعد بدو صلاحها. (فرع) البطيخ له أحوال (الحاله الاولى) أن يبيعه مع الارض فيتسغني عن شرط القطع وتكون الارض كالشجرة (والحاله الثانيه) ان يفرد أصول البطيخ بالبيع قال العراقيون والامام وغيرهم يجوز ولا حاجة إلى شرط القطع إذ لم يخف الاختلاط ثم الحمل الموجود يبقى للبائع وما يحدث يكون للمشتري قال ابن الرفعة ولم يخرجوه علي ما إذا أطلعت النخلة بعد البيع وكان بعض ثمرتها مؤبرة حين البيع لاجل أن ذلك يعد حملا واحدا وهذه بطون وان خيف اختلاط الحملين فلا بد من شرط القطع فان شرط فلم يتفق حتى وقع الاختلاط فطريقان سنذكرهما في نظيره ان شاء الله تعالى ولو باع الاصول قبل خروج الحمل فلا بد من شرط القطع أو القلع كالزرع الاخضر فإذا شرطه ثم اتفق بقاؤه حتى خرج الحمل فهو للمشتري قال ابن الرفعة وفي صحة البيع نظر لان مثله لا ينتفع به الانتفاع المقصود (الحاله الثالثة) ان يبيع البطيخ مع أصوله منفردا عن الارض فالذي قاله القاضي أبو الطيب وغيره من العراقيين الصحة وقال الامام والغزالي والمتولي لا بد من شرط القطع لان البطيخ مع اصوله متعرض للعاهة بخلاف الشجر مع الثمرة وذكر ابن الرفعة ان هذا من تفقه الامام وأن المنقول خلافه واعتمد في ذلك على فهمه لكلام جماعة من العراقيين والرافعي أبدى ذلك تخريجا فقال قضية ما نقلناه في بيع الاصول وحدها إذا لم يخف الاختلاط انه لا حاجة لشرط القطع فليعلم قول المصنف بالواو وكذلك وهذا الذي قاله الرافعي متعين اما أن يقال بالجواز في المسألتين أو بالمنع فيهما والاول أقرب إلى كلام العراقيين (والثاني) مقتضى

[433]

كلام القاضي حسين والغوراني والامام يلزمه الفرق بين بيع الاصول وحدها وبيع الاصول وحدها وبيع الاصول مع البطيخ حيث قال بالصحة في

الاول ومنع في الثاني وكيف ما قدر فالصحيح ما فهم من كلام العراقيين من اطلاق الصحة في المواضع وفي كلام الشافعي في المختصر ما يمكن التمسك به في ذلك (الحالة الرابعة) أن يبيع البطيخ وحده دون أصوله فان كان قبل بدو الصلاح لم يصح وان كان بدا الصلاح في كله أو بعضه نظر ان كان يخاف خروج غيره فلا بد من شرط القطع فان شرط فلم يقطع ففي الانفساخ للبيع قولان يأتي نظيرهما إن شاء الله تعالى. وقال ابن الرفعة قد يقال ان ذلك ظاهر على قولنا إن الاختلاط إذا حصل يبطل البيع أما إذا قلنا لا يبطل فيصح ههنا والفرق بين ذلك وبين توقع التلف أن المالية هناك تذهب كما يشير إليها الخبر ولا كذلك ههنا وان كان لا يخاف خروج غيره جاز من غير شرط القطع والباذنجان والقثاء والخيار ونحوه كالبطيخ في الاحوال المذكورة والله أعلم.. قال المصنف رحمه الله تعالى. (وان بدا صلاحها جاز بيعها بشرط القطع لحديث ابن عمر رضى الله عنه ولانه إذا جاز بيعه بشرط القطع قبل بدو الصلاح فلان يجوز بعد بدو الصلاح أولى ويجوز بيعها مطلقا للخبر ولانه آمن من العاهة فجاز بيعتها مطلقا كسائر الاموال ويجوز بيعها بشرط التبقية إلى الجذاز للخبر ولان اطلاق البيع يقتضى التبقية إلى اوان الجذاز فإذا شرط التبقية فقد شرط ما يقتضيه الاطلاق فجاز). (الشرح) القسم الرابع من الاقسام المتقدمه وان شئت قلت الثاني أن يبيع الثمار بعد

[434]

بدو الصلاح فانه يجوز مطلقا وقسمه الاصحاب أيضا باعتبار شرط القطع والتبقية والاطلاق إلى ثلاثة أحوال لاحكام تترتب على ذلك (الحالة الاولى) ان يبيعه بشرط القطع فهذا جائز اجماعا وممن ادعى الاجماع فيه الماوردي ومستنده اما مفهوم حديث ابن عمر وشبهه من الاحاديث المتقدمة المتضمنة النهى عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها فان مفهوم الغاية يقتضى جواز بيعها عند بدو الصلاح عند القائلين بالمفهوم واما زوال الحالة المقتضية للتحريم فيرجع إلى أصل حل البيع عند من لا يقول بالمفهوم وهذا لا بد من الاعتضاد به فان في التمسك بالمفهوم في الاحوال الثلاثة بحثا من جهة ان المفهوم له عموم أولا قال شارح البرهان في أصول الفقه ان استند المفهوم إلى طلب فوائد التخصيص لم يعم وان استند إلى ان ذلك من جهة اللفظ عم وعزى الاول إلى الشافعي لكننا قدمنا عن الشافعي ما يقتضى خلاف ذلك فان صح ما قدمناه عن الشافعي اتجه استدلال المصنف على مذهبه في الخبر في الحالتين ولا احتياج إلى الاعتضاد بالاصل المذكور والقياس الذي ذكره المصنف رحمه الله تعالى على ما قبل بدو الصلاح وقد تقدم الكلام في البيع بشرط القطع قبل بدو الصلاح والله أعلم. وفي هذه الحالة هل إذا شرط القطع يجب قد تقدم فيما قبل بدو الصلاح أنه يجب ولو تراضيا على الترك جاز وكذلك يأتي ههنا بطريق أولى قال الامام ولاشك ان هذه يعني جواز البيع بشرط القطع بعد بدو الصلاح مطرد في ابتياع الشجرة على شرط القطع من المغرس وابتياع البناء كذلك (الحالة الثانية) ان يبيعه مطلقا فيجوز أيضا بلا خلاف للخبر وقد تقدم ما في ذلك وبالقياس الذي ذكره المصنف قال الشافعي رضى الله عنه

والاصحاب وفي هذه الحالة للمشتري تركها إلى أوان الجذاذ وقال أبو حنيفة رضى الله عنه يجب على المشتري قطعها في الحال بناء على أصله في أن اطلاق العقد يقتضي القطع واطلاقه عندنا يقتضي التيقية بالعرف ويقول صلى الله عليه وسلم في بيع الثمرة قبل بدو الصلاح (أرأيت إذا منع الله تعالى الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه) قال القاضي أبو الطيب هذا التعليل يدل على أن بيع الثمرة مطلقا يوجب تيقيتها إلى أوان البلوغ لانه لو وجب قطعها في الحال لم تكن تعرض للجائحة والتلف وقال الحنيفة ان هذا كمن قال بعثك هذا بالف ولم يتعرض لدراهم ولا لدنانير وكانت قيمته في العرف الف درهم فالعرف يقتضي أن العاقد لا يشتريه بالف دينار ومع ذلك العقد باطل واجاب أصحابنا بان في العرف من أطلق الالف اتكالا على العرف ينسب إلى الجهل ومن اشترى ثمرة ولم يتعرض للابقاء وطمع في الابقاء لا ينسب إلى الجهل ولا يعد مقصرا بتركه (الحالة الثالثة) ان يبيعها بشرط التيقية فيصح عندنا وبه قال محمد بن الحسن ومالك وأحمد وداود وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله لا يصح تمسكا بان ذلك ينافي مقتضى هذا العقد الخاص التيقية وعن الثاني بما إذا اشترى دارا وللبائع فيها متاع فانه ينقله على حسب العادة وتمسك المصنف وأصحابنا في ذلك بالخبر ومفهوم الاغية فيه وقد تقدم ما في ذلك لاسيما وأبو حنيفة ينكر مفهوم الغاية وان اعترف به بعض المنكرين للمفهوم والتمسك بالقياس مبني على اقتضاء العرف لذلك والله عز وجل أعلم. (فرع) أطلق المصنف أنه إذا بدا صلاحها جاز بيعها ومراده بذلك ان المنع الذي كان

قبل بدو الصلاح يرتفع فيجوز البيع بشروطه المذكورة في مواضعها فالشعير يجوز بيعه لانه مشاهد في سنبله وكذلك كل ثمرة بارزة كالتفاح والمشمش والخوخ والكمثرى أو زرع بارز حبه في غير كمام كالشعير والذرة وكذلك ما كان مستورا بقشرة واحدة ومصلحته في بقائه فيها كالرمان والبادنجان والارز على خلاف فيه وأما ما عليه قشرة يتحفظ بغيرها كالقطن والسمسم والعدس أو قشرتان أو كالفستق والبندق والجوز وأما كالباقلاء واللوز والرطب فلا يجوز وقد ذكر المصنف بيع الباقلاء وبيع الحنطة في سنبلها في باب ما نهى عنه من بيع الغرر فلا حاجة إلى اعاده شرحه والله أعلم. وما اشرت إليه من المعنى بقولي ان المنع الاول ارتفع ببدا الصلاح جواب على تمسك الخصم بالمفهوم ون قلنا ان له عموما فانه يقتضي ارتفاع ذلك النهي اما ارتفاع النهي بسبب آخر فلا كقوله (ألا لا توطأ حامل حتى تضع) فهي إذا وضعت يرتفع النهي الذي لاجل النسب يبقى النهي لاجل الاذى حتى تغتسل. (فرع) قال القاضي حسين بيع الزرع وحده ان كان بذرا لم يصح على الصحيح وقصيلا جاز بشرط القطع أو بعد الاشتداد بارزا كان كالشعير والجاروش والدخن أو متسنبلا في كمام فقولا بيع الغائب فان باع الارض مع الزرع فان كان أخضر صح فيهما أو مشتد الحيات بارزا فكذلك أو مستترا فان أبطنا البيع فيه عند الانفراد بطل ههنا فيه وفي الارض قولا تفريق الصفة وان صحنا فيه مفردا ولكن ثبت خيار الرؤية فههنا قولا الجمع بين مختلفي الحكم. (فرع) قصب السكر صلاحه في بقائه في قشره كالجوز في قشره الاسفل وقد صرح

الماوردي بجواز بيعه إذا بدت فيه الحلاوة قال ابن الرفعة ولولا جواز بيعه في قشره لما جاز بيعه عند بدو صلاحه ويبقى إلى أوان قطعه. (فرع)
الكتان إذا بدا صلاحه قال ابن الرفعة يظهر جواز بيعه لأن ما يغزل منه ظاهر مرئي والشاش في باطنه كالنوى في التمر ونحوه لكن هذا لا يتميز في رأى العين بخلاف التمر والنوى والله أعلم. (فرع) البقل إذا بيع مع الاصول قال الغزالي لا يشترط القطع فان لا يتعرض لعاهة وقال صاحب التهذيب لا يجوز بيع القث والبقول في الارض دون الارض إلا بشرط القلع أو القطع سواء كان مما يجذ مرار أو لا يجذ الامرة واحدة غير أنه إذا باع ما يجذ مرارا بشرط القطع لا يجوز قلعه لأنه لم يملك الاصل وما لم يجذ إلا مرة واحدة يجوز وقال القاضي حسين إذا باع أصل الكراث مع الكراث صح ويؤمر بالقلع ولو باع العروق بدون الكراث لم يصح ويكون بيع الغائب ولو باع الارض التي فيها الكراث أو الرطبة فأصولها تدخل في العقد كالصول الاشجار وما ظهر لا يدخل ويؤمر البائع بحده في الحال وكذلك القصب الفارسي وما يتكرر قطعه حكمه حكم الكراث والفرق على رأى الغزالي بين البقل حيث قال انه لا يجوز بيعه بأصوله إلا بدون شرط القطع وبين البطيخ حيث قال انه لا يجوز بيعه مع أصوله إلا بشرط القطع أن ما ظهر من أصول البطيخ هو الذي تتكرر ثمرته دون ما بطن من عروقه ولهذا إذا قطع الظاهر لم يخلف وإذا كان كذلك فالأفة متعرضة لما

* ظهر من أصوله كتعرضها لنفس البطيخ ولهذا يؤثر فيها الحر والصقيع ونحوها كما يؤثر في البطيخ فلذلك استويا في الحم ولا كذلك ما يخلف من أصول البقول ونحوه فانه الذي في الارض ولا يخشى عليه تلك الآفات التي تخشى على أصول البطيخ والله أعلم. وان بيع البقل دون الاصول قال الغزالي يدل على القطع يعني لان العرف يقتضيه ولا يحتاج إلى شرط القطع بخلاف الزرع الاخضر فان العرف فيه الابقاء لو لم يشترط القطع ومن الناس من رأى التسوية في ذلك واعترض على الغزالي في كلامه بأن شرط القطع في ذلك ليس بواجب قال ابن الرفعة والاشبه أنه إن لم ينته إلى الحالة التي يجذ فيها فلا يجوز بيعه إلا بشرط القطع وان انتهى جاز وعليه يحمل كلام الغزالي وظاهر نصه في الام يدل على ذلك. (فرع) فان باع الثمرة بعد بدو الصلاح مع الاصول والزرع بعد أن اشتد حبه مع الارض نظرت فان كانت الثمرة ظاهرة أو كان الزرع كالشعير والذرة ونحوها والقطن إذا ظهر جميعه جاز لأنه مبيع مشاهد وان كانت الثمرة غير ظاهرة كالجوز واللوز والرانج في قشره وكان الحب غير ظاهر كالحنطة والبقول والحمص وما أشبهه (فان قلنا) يجوز بيعها مفردا جاز مع الشجر والارض (وان قلنا) لا يجوز لم يصح البيع فيها لأنه مبيع مجهول مقصود في نفسه وهل يصح البيع في الشجرة والارض يبنى على القولين في تفريق الصفة (فان قلنا) لا تفرق أو تفرق ولكن يجوز بالقسط بطل في الجميع (وان قلنا) يجوز بكل الثمن صح البيع في الشجر والارض وللمشتري الخيار بين أن يمسك الاصل بجميع الثمن وبين أن يرده ويأخذ ما دفع وقد تقدم هذا التفصيل كله في بيع الزرع من كلام الماوردي.

(فرع) في مذاهب العلماء وافقنا مالك وأحمد على جواز البيع بشرط التبقية بعد بدو الصلاح وقال أبو حنيفة لا يجوز واحتج له بأنه بيع وأجارة مجهولة فاشبهه اشتراط ترك القماش في الدار (قلنا) الشجرة لا تؤجر ولا أجرة لها بخلاف الدار. قال المصنف رحمه الله تعالى. (وبدو الصلاح في الثمار أن يطيب أكلها فإن كان رطباً بأن يحمر أو يصفر وإن كان عنبا أسود بأن يتموه وإن كان أبيض بأن يرق ويحلو وإن كان زرعاً بأن يشتد وإن كان بطيخاً بأن يبدو فيه النضج وإن كان قثاءً بأن يكبر بحيث يؤخذ ويؤكل والدليل عليه ما روى أنس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحب حتى يشتد وعن بيع العنب حتى يسود وعن الثمرة حتى تزهي) (وروى جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمرة حتى تطعم). (الشرح) أما حديث أنس فروى البخاري منه أن النهى عن بيع الثمرة حتى تزهي وفي رواية ثمر النخل وروى الترمذي منه النهى عن بيع العنب حتى يسود وعن بيع الحب حتى يشتد وقال حسن غريب لا يعرفه مرفوعاً إلا من حديث حماد بن سلمة وروى البيهقي الجميع كما ذكر المصنف لكن قدم ذكر الثمرة على الحب والعنب (وأما) حديث جابر فرواه البخاري ومسلم رحمهما الله ولفظهما عن بيع الثمرة حتى تطيب وعندهما في رواية أخرى واللفظ للبخاري رضي الله عنه (إن تباع الثمرة حتى تشقح فقل وما تشقح قال تحمار وتصفار ويؤكل منها) وعند مسلم في رواية (وعن بيع الثمرة حتى تطعم) كما ذكرها المصنف فإذا أردت عز وحديث جابر الذي في الكتاب على الإطلاق قل رواية مسلم وقوله يتموه قال ابن أبي

عصرون يدور فيها الماء الحلو ويصفو لونها وقوله يشتد أي يصلب ويقوى وقد تقدم ذلك وقوله حتى يطعم بضم الياء وكسر العين ويقال بفتح العين وضبطه ابن البدرى أنه بفتح التاء والعين أيضاً وهى خطأ قال معناه حتى يصير طعماً وقيل تبلغ حين تطعم وقد ورد في الصحيح من حديث ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم (نهى عن بيع النخل حتى يزهو وعن السنبل حتى يبيض) ولا تنافي بين هذا وبين حديث أنس المتقدم أنه نهى عن بيع الحب حتى يشتد لأن وقت اشتداده وقت مبادئ بياضه (أما) الأحكام فقد اختلف الناس في تفسير بدو الصلاح فروى عن ابن عمر أن بدو الصلاح في الثمر بطلوع الثريا وقد تقدم ذلك في الحديث عنه وحكي عن عطاء وجماعة أن بدو الصلاح أن يوجد في الثمرة ما يؤكل قليل أو كثير قال ابن المنذر وروينا ذلك عن ابن عمر وابن عباس وروى عن النخعي أن بدو الصلاح بقوة الثمرة واشتدادها وعندى أن ذلك ليس باختلاف محقق يرجع إلى معنى وكان ابن عمر إنما أطلق بطلوع الثريا لأنه أوان طيب الثمرة غالباً عندهم في ذلك الوقت فتباين الالفاظ عن العلماء في ذلك لا ينبغي أن يعتمد عليه في إثبات اختلاف ومذهبنا أن بدو الصلاح يرجع إلى تغير صفة في الثمرة وذلك يختلف باختلاف الاجناس وهو على اختلافه راجع إلى شئ واحد مشترك بينهما وهو طيب الاكل وفي ذلك جمع بين الحديثين اللذين ذكرهما المصنف فإن حديث أنس اعتبر الاشتداد في الحب والاسوداد في

العنب والزهو في الثمرة وحديث جابر دل على اعتبار الطعم في الثمرة
وهي تشمل العنب وغيره فيكون اعتبار الاسوداد وشبهه لانه وقت للطعم
لا لعينه فلذلك

[441]

قال في الحديث حتى تطيب قال الاصحاب ولا يصح ضبطه بطلوع الثريا لان
من البلاد ما يتأخر فيه صلاح الثمر أو يتقدم بل البلد الواحد قد يتعجل في
عام لاشتداد الحر ودوامه ويتأخر في آخر لاشتداد البرد ودوامه وطلوع
الثريا لا يختلف لانها تطلع بعد ثمانية عشر يوما من بشنس قالوا وكذلك
اعتباره بالاكل لا يصح لان ثمار النخل تؤكل طلعا وبلحا والكرم يؤكل حصر
ما وليس ذلك صلاحه ولا يصح اعتباره بالقوة لان قوة الثمرة قبل صلاحها
وإذا صلحت لانت ونضجت وقد أشار الشافعي رضي الله عنه إلى اختلاف
بدو الصلاح في اجناس الثمار بقوله. وللحرير نضج كنضج الرطب فإذا رأى
ذلك فيه حل بيع حريره. والقثاء تؤكل صغارا طيبا فبدو صلاحه ان يتناهي
عظمه أو عظم بعضه (واعترض) عليه أبو بكر بن داود بأنه اما ان يكون
الشافعي رضي الله عنه أراد ان يعلمنا أنه يحب القصاء فلا فائدة في ذلك
أو ان يعلمنا المحسوسات ولايجوز أن يعلم الناس ذلك لانهم يعلمونه
ضرورة (وأجاب) الاصحاب بان الشافعي قصد بهذا القول ان يفرق بين ما
طعمه في الابتداء مخالف لما يكون في النهاية وان القثاء بخلاف ذلك لانه
في ابتدائه وصغره طعمه كطعمه في حال كبره بخلاف بقية الثمار فانها
تكون في ابتدائها حامضة أو مرة ثم تصير حلو وأكثر الاصحاب ل يذكروا
البدو الصلاح ضابطا كما فعل المصنف بل جعلوه مختلفا كما اقتضاه كلام
الشافعي قال الماوردي وجملة الثمار على ثمانية أقسام (أحدها) ما يكون
بدو الصلاح فيه باللون وذلك في النخل بالاحمرار والاصفرار وفي الكرم
بالحمرة أو السواد أو الصفاء والبياض (وأما) الفواكه المتلونة (فمنها) ما
يكون صلاحه بالصفرة كالشمش (ومنها)

[442]

ما يكون بالبياض كالنفاح (قلت) ومحل ذلك فيما يتلون عند الادراك بلون
يخالف اللون السابق وجعل القاضي أبو الطيب نوعا من التفاح يكون أخضر
في حال كماله كما يكون في صغره قال فبدو الصلاح فيه بطيب طعمه
وحلاوته وكذلك جعل الشيخ أبو حامد العنب الابيض وما قالاه ظاهر (القسم
الثاني) ما بدو صلاحه بالطعم فمنه ما يكون بالحلاوة كقصب السكر ومنه ما
يكون بالحموضة كالرمان فإذا زالت المرارة بالحموضة أو الحلاوة فقد بدا
صلاحه (القسم الثالث) ما بدو صلاحه بالنضج كلنين والبطيخ فإذا لانت
صلاحته بدا صلاحه وهذا معنى قول غير الماوردي طيب أو الحلاوة
العبارات الثلاث متقاربة فان ذلك يحصل في وقت واحد وقال صاحب
النتمة لما تكلم في البطيخ الخيار والبادنجان حكمهما حم البطيخ الا في
شيء واد وهو ان بدو الصلاح فيهما ليس ان يكبر ويتناهي لانهما لا يؤكلان
في تلك الحالة ولكن ان يصير إلى الحد الذي يقصد تناوله في تلك الحالة
في العرف والعادة فإذا كان في جملة الصفقة واحده قد بلغت الحد فهو
وقت اباحة بيعه (الرابع) ما بدا صلاحه بالقوة والاشتداد كالبر والشعير فإذا

بدت قوته واشتد بدا صلاحه (الخامس) ما بدا صلاحه بالطول والامتلاء كالعلف والبقول القصب فإذا تناهي طوله وامتلاؤه إلى الحد الذي يجذ عليه بدا صلاحه هكذا قال الماوردي وسنذكر في آخر الكلام في عا عن الامام في القروط وما في معناه من البقول يخالف ذلك وما قاله الماوردي أولى لما سنذكر ونص الشافعي يدل لما قاله الماوردي والماوردي في اجازته بيع البقول إذا بدا صلاحها من غير شرط القطع تابع للصميرى وقال ابن الرفعة متعذرا عن الماوردي في ذلك ان

[443]

القصب إذا انتهى إلى تلك الحال لا يبقى عرفا بل العرف قطعه فاكتفي به كما اكتفى به في التبيقة في الثمرة لعدم (1) وهذا الاعتذار يقتضي ان القطع واجب وأنا يترك شرطه اكتفاء بالعرف في ذلك قال وفائدة ذلك أنه لو انتهى بعضه إلى هذا الحال جاز بيع جميعه من غير شرط القطع واستحق التبيقة في الباقي إلى أوان قطعه (السادس) ما بدو صلاحه بالعظم والكبر كالغناء والخيار والبادنجان (السابع) ما بدو صلاحه بانشقاق كمامه كالقطن والجوز فإذا تشقق جوز القطن وسقطت القشرة العليا عن جوز الاكل بدا صلاحه ومقصود الماوردي من هذا انه إذا تشقق بعضه جاز بيع المشقق منه وغير المشقق إذا نظمهما العقد وغيره كما تقدم وليس مراده ان يجوز بيعه قبل التشقق بشرط القطع لان ذلك ممتنع لانتشاره وانما سبق الكلام في المعنى الاول (الثاني) ما بدو صلاحه بانفحاه وانتشاره كالورد والنيلوفر فإذا تفتح المنضم منه وانتشر فقد بدا صلاحه وورق التوت بدو صلاحه ان يصير كارجل البط هكذا قال عطاء والنخعي وجملة القول في بدو الصلاح ان تنتهي الثمرة أو بعضها إلى أدنى احوال كما لها هكذا كلام الماوردي الا ما في ضمنه مما حكيناه عن غيره وما نقله في ورق التوت يوافق ما قاله صاحب التهذيب فانه قال ان بيع أوراق الفرساد قبل تناهيها لا يجوز الا بشرط القطع وكذلك قال القاضي حسين فلذلك رأى الرافعي ان يضبط حالة بدو الصلاح في هذه الاشياء بصيرورتها إلى الصفة التي تطلب غالباً لكونها على تلك الصفة وهو موافق للضابط الذي قاله الماوردي وهو أسلم من ضابط الماوردي فان الكمال بالمعنى المذكور في باب الربا ليس مراداً ههنا واعتبار الماوردي أدنى الاحوال أحسن

(1) بياض بالاصل

[444]

من عبارة الرافعي فانه قد تكون الصفة المقصودة منه قالبا نهاية تلك الحالة أو وسطها ولا يعتبر في بدو الصلاح الا أولها فينبغي أن يزداد هذا اللفظ في كلام الرافعي ليصير الضابط أو وضع مع أنه صحيح بدونها فان اللفظ منزل على ذلك وقد حكى الروياني عن القاضي أبي حامد أنه قال في جامعهم قد قيل ورق التوت يباع إذا خرج من كمامه وبه يبدو صلاحه ثم

نقل قول عطاء والنخعي المتقدم والله أعلم. وقد ظهر لك بما ذكرته أن قول المصنف وبدو الصلاح في الثمار أن يطيب أكلها غير شامل لجميع أنواع بدو الصلاح إذ ليس فيه ذكر الورك وكلام الشافعي رحمه الله تعالى في الام مصرح باعتبار بدو الصلاح في الحناء والكرفس والقصب ظاهر اللفظ يرد عليه القناء ونحوه فيجب أن يقال المراد ابتداء أكله المعتاد (فان قيل) البسر ليست العادة أن يؤكل في أول احمراره أو اصفراره بل يؤخر إلى تناهيه ومع ذلك بدو الصلاح فيه أن يحمر ويصفر كما صرح به الحديث ونص الشافعي قال امام الحرمين بين بدو الصلاح وبين الادراك وأوان القطاف قريب من شهرين يعني فلاجل ذلك لا يشترط الغاية المطلوبة في الطيب (فالجواب) ما قاله الامام فانه أورد ما الذي أوجب الفرق بين القناء والثمار وأجاب بأن لافرق فان الزهو إذا ابتداء الناس في الاكل وقد يعقب تأخر المطعم إلى تمام الادراك كذلك القول في القناء فان الصغار منه يتندر ولكن عموم الاكل يتأخر والذي يتناهي صغره لا يؤكل قصدا الا ان يتفق على شذوذ فرج الحصول إلى طيب الاكل وابتداء الاعتياد فيه فعلامة ذلك في المتلونات التلون إلى جهة الادراك وفيما لا يتلون القوة وجريان الحلاوة فإشار الامام إلى أن الذي لا يؤكل في العادة أصلا كالقناء في حال تناهي صغره لم يبد صلاحه والذي

[445]

يؤكل في العادة بدا صلاحه وللاكل في العادة مراتب ابتداء ووسط وانتهاء والمعتبر ابتداؤها وهو حاصل في البسر بالاحمرار دون القناء في صغره وداخل المصنف الزرع في أصناف الثمر يشهد له قوله الله تعالى (كلوا من ثمره إذا أثمر وآتوا حقه يوم حصاده) وكل ما ذكره المصنف واضح مما ذكرته الا قوله أن صلاح العنب الاسود بأن يتموه والذي حكته فيما تقدم من كلام الماوردي وهو الموجود في كلام الشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيب ان صلاح العنب الاسود باسوداده وفي كلام الماوردي أن الصلاح في الكرم بالتموه إلى الحمرة أو السواد والله أعلم. وقول المصنف رحمه الله تعالى في القناء حيث يؤخذ ويؤكل تنبيه على ان امكان الاكل موجود فيه من قبل ولكنه لا يؤخذ للاكل في العادة وفي معني القناء الخيار والبادنجان كما صرح به الروياني قال وفي الرمان بالحموضة أو الحلاوة وزوال المرارة وفي الورد الانفتاح والانتشار. (فرع) إذا باع اوراق الفرصاد مع الاغصان فان بلغ نهايته جاز من غير شرط ثم ان كانت المقاطع معلومة فذاك والا بان يترك على الشجر سنة أو أكثر لم يجز ما لم يبين موضع القطع ويعلم عليه علامة وكذلك إذا باع الاوراق وحدها قبل نهايتها بشرط القطع ولكن لا تقطع الاغصان معها قال ذلك القاضي حسين. (فرع) قال الشافعي والاصحاب إذا بدا صلاح ما خرج ما القناء والبطيخ لم يجز بيع ما لم يخلق منه تبعاً لما خلق ووجب افراد العقد بالموجود وقال مالك يجوز بيع ما لم يخلق تبعاً لما خلق لان

[446]

الحادث يختلط فدعت الضرورة إلى بيعه قبل وجوده تبعاً وهي دعوى ممنوعة قال بعض الاصحاب وطريق تحصيل ذلك ان يشتري هذا الشجر مع

ثمرته وبدونها بشرط القطع ويستأجر منه الارض سنة أو سنتين فلا يملك مطالبته بالقطع. (فرع) قال الشافعي رضى الله عنه ولا يجوز ان يستثنى من الثمرة مدا وقسم الاصحاب الاستثناء في البيع إلى أربعة أقسام (الاول) ان يكون الاستثناء معلوما والمبيع بعده معلوما وهذا على ضربين مشاع ومحرز فالمحرز بعنك ثمرة هذه الحائط الا ثمرة هذه النخلات العشر بعينها فهذا جائز بالاتفاق والمشاع بعنك ثمرة هذه الحائط الاربعها صحيح أيضا ويكون المبيع ثلاثة أرباعها مشاعا وقال الاوزاعي باطل لانه بيع على شرط الشركة (والقسم الثاني) ان يكون الاستثناء مجهولا والمبيع بعده مجهولا وهو ضربان مشاع ومحدود فالمشاع كقوله بعنك هذا الثمرة الاقوت سنتي أو قوت علماني باطل اتفقا وما ورد من ذلك على ابن عمر رضى الله عنه محمول على انه كان معلوما والمحدد كبيع الثمرة الا عشر نخلات منها لا بعينها فهو باطل وقال مالك رحمه الله تعالى ان كان قدر ثالث الثمرة فما دون جاز وكان له عشر نخلات وسط (والقسم الثالث) ان يكون الاستثناء معلوما والمبيع بعده مجهولا كقوله بعنك هذه الثمرة الا صاعا منها فهو باطل وقال مالك جائز (والقسم الرابع) ان يكون الاستثناء مجهولا والمبيع معلوما كقوله بعنك من هذه الثمرة مائة صاع والباقي لى فان علما ان فيها مائة صاع فصاعدا صح ان امكن كيل الثمرة وبطل ان لم يمكن كيلها ولا يصح الخرص فيها لان البيع بالخرص لا يجوز لانه

[447]

تخمين وحدثس وانما يجوز في حق المساكين لانه مواساة (قلت) الصحيح في العرايا انه لا يختص بالمساكين والله أعلم وان لم يعلم ان في الثمرة مائة صاع كان البيع باطلا للجهل بوجود المبيع فلو كيلت من بعد فكانت مائة صاع فصاعدا لم يصح البيع بعد فسادها قال ذلك المارودي وغيره من الاصحاب ذكر الفرع ولكن لم يستوعبوا هذه الاقسام مبسوطا كاستيعابه والله أعلم. (فرع) إذا باع ثمرة حائط بأربعة آلاف درهم إلا ما يخص ألفا منها قال الشافعي والاصحاب يكون الاستثناء صحيحا لان ما يخص ألفا منها هو ربع الثمرة فان قال الا ما يخص قيمة ألف منها بسعر اليوم لم يصح لانه غير معلوم هكذا فرض القاضي أبو الطيب المسألة وهو غير ظاهر وقال المارودي فيها ان كان الاستثناء بسعر ما باع صح وان كان بسعر بومه لم يجز ومراده ما قاله أبو الطيب وكلام ابى الطيب أبين وأحسن. (فرع) قال اشتريت منك هذا الثوب بهذه الدراهم الا خمسة دراهم لم يجز قاله الرويانى ولو قال بعنك قفيزا من هذه الصبرة الا مكوكا جاز لانهما معلومان قاله الرويانى. (فرع) قال بعنك ثمرة هذا النخل إلا النوع المعقلى فان شاهد المعقلى المستثنى وعلم قدره صبح البيع وان جهلاه فسد قاله المارودي. (فرع) باع شاة واستثنى سواقطها قال في الصرف لا يصح وكذا إذا قال إلا رأسها وبديها ولا فرق بين أن يكون البيع لمسافر أو لحاضر أو يكونا حاضرين أو مسافرين وبه قال أبو حنيفة وقال مالك في حق المسافر يجوز قاله القاضي أبو الطيب.

[448]

(فرع) باع قطننا واستثنى حبه أو سمسما واستثنى كسبه أو شاة واستثنى جلدتها كان البيع في هذا كله باطلا قاله الماوردي. (فرع) بيع الثمرة وفيها قدر مذكور في (1) ولكن يذكر هنا ما يتعلق بهذا المكان وهو أنه لو قال بعثك الثمرة إلا مقدار الزكاة يصح بشرط أن نذكر قدر الزكاة في البيع أهو العشر أو نصف العشر وقال مالك يكتفى بالعلم به شرعا عن ذكره ورده أصحابنا فان أراد أن يدفع قدر الزكاة من غير بلك الثمرة ففيه وجهان (أحدهما) يجوز لانه يحل محل البائع (والثاني) لانه كالوكيل فان استهلك المشتري الثمرة رطبيا ففيما يطلب به من حق الزكاة وجهان (أحدهما) العشر تمرا على الوجه الذي يجبر له دفع الزكاة من غيرها فيكون ذلك ضمنا لعشرها تمرا (والثاني) يطالب بقيمة عشرها رطبيا على الوجه الذي يمنع الزكاة من غيرها فعلى هذا ان نقصت قيمة عشرها رطبيا عن قيمة عشرها تمرا ففي الرجوع على البائع يفصل ما بينهما وجهان مخرجان من أن الزكاة وجبت في الذمة أو في العين فعلى الاول يرجع وعلى الثاني لا يرجع عليه لزوال يده عن عين قال ذلك الماوردي ولعل ذلك مفروض فيما إذا أمر البائع المشتري بأداء الزكاة وكذلك قاله الروياني نقلا عن الماوردي. (فرع) الزرع الذي يخلف كالقرط وما في معناه من البقول يكون متزايدا أبدا لا وقوف له فإذا بيع منه جذة فلا بد من القطع ولا ينظر في هذا القسم إلى ما يقع في زمن العاهات دون

(1) بياض بالاصل

[449]

ولا إلى طيب الاكل لاجل الاختلاط قاله الامام وقد تقدم عن الماوردي ما يخالفه وقول الامام انها لا تزال لتزايدها يمنع فان فرض كذلك فالامر كما قال كما سيأتي في كلام المصنف في بيع الثمار الذي يعلم اختلاطها. (فرع) إذا اشترى الزرع الذي لا يخلف إما بعد بدو الصلاح وإما قبله شرط القطع وقد صنفت تبقيته إما بعد بدو الصلاح وإما قبله باتفاقهما فالزيادة التي تحصل في الزرع للمشتري بالاتفاق كنمو الثمرة إلى وقت اتفاق القطع وليست كزيادة الزرع المخلف قاله الامام والزرع الذي لا يخلف لو قطع يملك المشتري ظاهره وعروقه المستترة بالارض قاله الامام (قلت) فيجئ على ذلك أنه إذا حصد وكانت عروقه تضر بالارض كالذرة يجب على المشتري قلعها وتسوية الحفر الحاصلة بسببها كما تقدم مثله إذا اشترى الارض فانه يجب على البائع ذلك وان لم يضر بالارض لم يجب كما تقدم أيضا وسنذكر في مسألة اختلاط الرطوبة عن صاحب التتمة ما يخالف ما قاله الامام هنا ان شاء الله تعالى.. قال المصنف رحمه الله تعالى. (فان) وجدد والصلاح في بعض الجنس من حائط جاز بيع الجنس كله في ذلك الحائط لانا لو قلنا لا يجوز

[450]

معني هذا يفرد بالبيع ومعني الاول ان يبيع الاصناف جملة فهذا النص المنقول عن الاملاء صريح لا يقبل التأويل لكن القاضي ابا الطيب قال ان الصحيح الذي ذكره القاضي ابو حامد في الجامع ونص الشافعي عليه في البويطي انه لا يكون بدو الصلاح في النوع الآخر لانه قد نص ان الصلاح إذا بدا في الثمرة الصيفية فانه لا يكون بدوا له في الثمرة الشتوية فكذلك في النوعين مثله سواء (قلت) ولا حجة في هذان لان الثمرة الشتوية والصيفية يختلفان في الوقت اختلافا ظاهرا بعيدا والنوعان من الثمرة الواحدة متقاربان غالبا نهم ان فرض نوعان أحدهما شتوي والآخر صيفي فينبغي ان يكون الامر كما قال القاضي ابو الطيب فانا انما نعتبر بدو الصلاح لكونه وقتا يغلب على الظن فيه أمنها من العاهة ولاشك ان بين صلاح الشتوية والصيفية من الزمان مالا

[453]

يوثق بذلك فيه وكلام الشافعي الذي قاله قال وصلاح الثمرة إذا احمرت أو اصغرت في الحائط نخلة واحدة فقد جاز بيعه وان كان بعضه شتويا وبعضه صيفيا فلا يجوز الا ان يبيع كل واحد منهما على حباله وظاهر هذا الكلام انه في الجنس الواحد وأما حملة على الجنسين فبعيد وإذا كان في الجنس الواحد فلا وجه حينئذ بأن يقال بأن بعض الانواع تابع لبعض وان كان بعضها شتويا وبعضها صيفيا لمختلفة نص الشافعي فاما ان يقال ان ذلك شاهد لان اختلاف النوع يؤثر في قطع التبعية مطلقا كما قال القاضي ابو الطيب واما ان يقال انه يفرق في الانواع بين ما يتقارب ادراكها فيحكم فيها بالتبعية وبين ما يتأخر فلا يحكم بل لا ينظر إلى اختلاف الانواع بل إلى تفاوت الزمان حتى لو كان نوع واحد معقلي مثلا منه ما يكون في الصيف ومنه ما يكون في الشتاء لا يجعل أحدهما تابعا للآخر في الصلاح فهذا هو الاقرب لكلام الشافعي المذكور والمعني والفقهاء يقتضيه كان المقصود هنا الامن من العاهة كما تقدم التنبيه عليه فالقول بان اختلاف الانواع لا أثر له وان اختلف الزمن مخالف لنص الشافعي في البويطي والحاقه بالتأبير غير متجه لاختلاف المدرك في التأبير والقول بان اختلاف الانواع مؤبر مطلقا مخالف لنصه المنقول عن الاملاء وهذا الذي قلته يحسن أن يكون وجهها ثالثا وبه يحصل الجمع بين النصوص التي نقلت عن الشافعي ويمكن

[454]

أن يحمل كلام الشافعي في الصيفي والشتوي على الجنسين ان لم يكن فيه ما يدفعه قال ابن ابي عصرون وإذا كان في البستان جنسان يتباعدا ادراكهما كالصيفي والشتوي وبدا صلاح السيفي لا يتبعه الشتوي والله تعالى أعلم. ومن العجب أن ابن خيران اختار فيما إذا أبر بعض الانواع دون بعض أن غير المؤبر لا يتبع المؤبر واختار أن النوع الذي لم يبد صلاحه يتبع الذي بدا صلاحه والقاضي ابو الطيب نقل ذلك عنه في المسألتين وهو مشهور عنه في المسألة الاولى وقد قدمت الفرق بين التأبير وبدو الصلاح واختلاف مأخذيها فلذلك لا تناقض بين كلاميه وقال القاضي ابو الطيب انه ومن وافقه في مسألة بدو الصلاح استدلوا بان هذه الانواع تضم إل ما بدا صلاحه في الزكاة فمتي وجد منها وسقان ونصف ومن هذه التي بدا

صلاحها وسقان ونصف وجبت الزكاة قال وهذا الذي ذكروه ينتقض بما نص عليه الشافعي رضى الله عنه من الثمرة الشتوية مع الصيفية فانها لاتتبعها في بدو الصلاح وان كانت تضم إليها في الزكاة فاطلاق كلام المصنف رحمه الله تعالى يقتضي أنه لا فرق بين أن يختلف النوع أولاً ولا فرق بين أن يختلف الزمان أولاً وقد علمت ما فيه والله أعلم. وقول المصنف ولا يجوز أن يبيع ما لم يبد فيه الصلاح من جنس آخر قد قدمت أن ذلك لا خلاف فيه عندنا وان الليث بن سعد خالف فيه وردوا عليه بأنه

[455]

يلزمه بيع العنب قبل أن يسود وهو خلاف الحديث الصحيح (الصورة الثانية) أن يختلف البستان كما إذا بدل الصلاح في جنس في بستان آخر فيه من ذلك الجنس لم يبد فيه الصلاح فباعهما صفقة واحدة فالمشهور من المذهب انه لا يصح وان صلاح أحدهما لا يكون صلاحاً للآخر وادعى القاضي أبو الطيب أنه لا خلاف فيه وبذلك جزم الماوردي وجميع العراقيين ومال الامام إلى خلاف ما قالوه سيما إذا لم يتباعد وليس بينهما الاجدار ولاجل ذلك أثبت الغزالي في المسألة وجهين أحدا من تفقه الامام وتبعه الرافعي وظاهر نص الشافعي يشهد لما قاله العرقيون فانه قال في الام والحوائط تختلف بنهامة وجد والسقيف فيستاخر أبار كل بلد بقدر حرها وبردها وما قدر الله من ابانها فمن باع حائطاً منها لم يؤبر فثمرته للمبتاع وان أبر غيره لان حكمه به لا يغيره ولذلك لا يباع منها شئ حتى يبدو صلاحه وان بد اصلاح غيره وسواء كان نخل المؤجل قليلاً أم كثيراً إذا كان في خطار واحدة وبقعة واحدة في غير خطار فبد اصلاح واحدة منه حل بيعه ولو كان إلى جنبه حائط آخر له أو لغيره فبدا صلاح حائط غيره الذي هوالى جنبه لم يحل بيع ثمر حائطه بحلول بيع الذي إلى جنبه هذا كلام الشافعي رضى الله عنه وهو صريح بعدم التبعية إذا اختلف البستان والملك وظاهر في عدم التبعية عند اختلاف البستان وحده وان

[456]

كان قد اقتصر على قوله حائط غيره ففي كلامه المذكور موضع ترشد إلى اطراد الحكم في حائطه الآخر والله اعلم. فإذا قلنا بالمشهور فباعها فيجب اشتراطها فيجب اشتراط القطع في الذي لم يبد صلاحه فان باعها على الاطلاق بطل فيما لم يبد صلاحه وفي الذي بدا صلاحه قولاً تفريق الصفقة قاله الماوردي فاما إذا أفرد البستان الذي لم يبد صلاحه بالبيع وقد بدا الصلاح في الذي إلى جانبه فقد تقدم أن كلام الرافعي رحمه الله يقتضي جريان خلاف فيه ولم أقف عليه لغيره وصرح جماعة بالجزم بخلافه وقال الامام انه رأى الطرق متفقة على خلافه وأن ذلك يشير إلى ما ذكره العراقيون من اعتبار اتحاد البستان (الصورة الثالثة) ان تختلف الصفقة مع اتحاد البواقي كما إذا بدا الصلاح في نوع فباع من ذلك النوع في ذلك البستان ما لم يبد صلاحه منفرداً من غير شرط القطع ففيه وجهان مشهوران في طريقتي العرقين والخراسانيين وبعضهم يقول قولان (أحدهما) يجوز من غير شرط القطع لما ذكره المصنف (والثاني) وهو الصحيح عند القاضي أبي الطيب وابن أبي عسرون والرافعي انه لا يصح

ورتب القاضي حسين هذين الوجهين على الوجهين فيما إذا جمع النوعين صفة واحدة (وان قلنا) هناك لا يستتبع فهنا أولى والا ففيه وجهان. (فرع) قال بعثك هذا بكذا وهذا بالظاهر ان الحكم كذلك نظرا لتفصيل الثمن

[457]

وجوز ابن الرفعة ان يأتي فيه وجه بالجزم بالصحة كما هو وجه أيضا فيما إذا قال بعث هذا بدرهم أجرتك هذا بأخر فقال المخاطب قبلتهما نظار إلى الجمع في القبول (الصورة الرابعة) ان يختلف الملك مع اتحاد الجنس والنوع والبستان قيل يجوز لمن لم يبد الصلاح في ملكه لاجل اتحاد البستان فان طباعه واحدة وقد بدا الصلاح في ذلك النوع في الجملة أو لا يجوز نظرا إليه في نفسه فيه وجهان وقد علمت في الصورة الثالثة ان الصحيح عدم الصحة لاجل افراد ما لم يبد صلاحه بالمبيع والمالك واحد فهنا أولى بعد الصحة قال الرافعي رحمه الله تعالى وقياس ذكر الوجهين ههنا عند اتحاد البستان واختلاف الملك ان يكونا في التأبير كذلك وان لم يجر لهما ذكر والظاهر انه لا يعتبر في الموضوعين اتحاد الملك (الصورة الخامسة) ان يختلف البستان والنوع مع اتحاد البواقي فمقتضى كلام الرافعي اثبات خلاف في ذلك ولم أره لغيره وكيف ما كان فالصحيح عدم التبعية عند تعدد البستان فعند تعدد البستان والنوع أولى (الصورة السادسة) أن يختلف البستان والنوع والصفة فيفرد النوع الذي لم يبد صلاحه من أحد البستانين اعتمادا على بدو الصلاح في النوع الآخر من البستان الآخر الذي لم يبلغه

[458]

فمقتضى كلام الرافعي اثبات خلاف فيه أيضا ولم أره وهو في غاية البعد وقال الامام انه لم يختلف علماؤنا فيه فلا يقال الوقت وقت بد الصلاح فتجعل الثمار المباعة كأنها مزهبة هذا الا قائل به وكأنه أوجب للرافعي ذلك اجمال الكلام وعدم افراد كل صورة بالذكر والله أعلم (الصورة السابعة) ان يختلف البستان وتتعدد الصفة مع اتحاد البواقي وقد تقدم ذكرها في آخر الصورة الثانية فهذه سبع صور وقبلها صورتان وإذا اتحد الجميع واختلف الجنس فتصير تسعا (وأعلم) ان الصورة الممكنة من الاختلاف في ذلك ستة عشر هذه التسع المذكورة وسبع أخرى وهي العاشرة (الاولى) ان يتحد الجميع (الثانية) ان يخلف الجنس (الثالثة) ان يختلف النوع (الرابعة) ان يختلف البستان (الخامسة) ان تختلف الصفة (السادسة) ان يختلف الملك (السابعة) ان يختلف النوع والبستان وهذه السبع تقدمت (الثامنة) ان يختلف النوع والصفة فيبيع صاحب البستان نوعا لم يبد صلاحه منفردا اعتمادا على بدو الصلاح في نوع آخر عنده وقد تقدم ان الصحيح عند تعدد الصفة وحدها عدم التبعية فهنا أولى ولا يبعد ان يجرى فيها خلاف إذا جعلنا النوعين كالنوع الواحد واطلاقهم يقتضي ذلك لكن الفوراني جزم بأنه

لا يكون حكمه حكم المؤبر وكذلك يقتضيه كلام الغزالي في البسيط وقد تقدم في التأبير بحث في اثبات الخلاف فليُنظر هناك (التاسعة) أن يختلف النوع والملك مع اتحاد الصفقة كما إذا باع عن نفسه نوعا وعن موكله نوعا في بستان واحد بدا صلاح أحدهما ولم يبد صلاح الآخر وقلنا أن الصفقة لا تعدد وفرعنا على أن مثل هذا مبيع يصح فهل يصح من غير شرط القطع اعتمادا على أن الصفقة واحدة أولا اعتمادا على تعدد الملك لم أر فيه نقلا (العاشرة) أن يختلف البستان والصفقة فيفرد الشخص من بستان له بيع ما لم يبد صلاحه اعتمادا على بدو الصلاح في ذلك النوع من بستان له آخر وقد تقدم (الحادية عشرة) أن يختلف البستان والملك فيبيع شخص عن نفسه نوعا من بستانه وعن موكله في ذلك النوع من بستان آخر وقد بدا الصلاح في أحدهما دون الآخر وفرعنا على صحة مثل هذا البيع فلم أر فيه ذلك نقلا (الثانية عشرة) أن تخلف الصفقة والملك فيبيع ما لم يبد صلاحه اعتمادا على بدو الصلاح في ملك غيره من ذلك النوع في ذلك البستان ولم أر فيه نقلا (الثالثة عشرة) أن يتحد النوع مع اختلاف الثلاثة فيفرد نوعا اعتمادا على بدو الصلاح في نوع آخر من بستان غيره

فإن صح ما تقدم عن الرافعي في أفراد أحد البستانين فلا يبعد أن يأتي في هذه الصورة أيضا خلاف والصحيح المنع (الرابعة عشرة) أن يتحد البستان مع اختلاف الثلاثة فيبيع نوعا اعتمادا على بدو الصلاح في نوع آخر من ملك غيره في ذلك البستان ولا يبعد مجئ خلاف فيه والصحيح المنع (الخامسة عشرة) أن تتحد الصفقة مع اختلاف الثلاثة (السادسة عشرة) أن يتحد الملك مع اختلاف الثلاثة ولم أر فيهما نقلا ولا يخفي تخريجهما على ما تقدم والله أعلم. والمذهب في جميع الصور عدم التبعية إلا فيما إذا اتحد الجميع فيصح بلا خلاف أو اختلف النوع فقط وفي التصحيح خلاف كما تقدم وبقيت الصور كلها لا بد من شرط القطع فيما لم يبد صلاحه أما جزما أو على المذهب والله أعلم (فائدة) النظر في هذه المسائل كلها هل هو لسوء المشاركة أو لعسر التمييز كلام الجمهور يقتضي الأول ولا فرق في جميع ما ذكرناه بين الثمار والزرع وأن كان كثير من الأصحاب إذا تكلموا إنما يذكرون البستان والثمار فليس إلا على جهة ذكر بعض أفراد المسألة وممن صرح بذلك صاحب التتمة قال إنه إذا اشتد بعض السنابل كان كالثمار إذا بدا الصلاح في بعضها لكنه فرض ذلك فيما إذا تسنبل جميع الحب والظاهر أن ذلك منه ليس على

سبيل الاشتراط فإنه لو تسنبل بعض الحب واشتد وبعضه إلى الآن بقل فقياس المذهب أن يبيع ويحتمل أن يقال يجري فيه الخلاف فيما إذا أطلع بعد البيع هل يبيع المؤبر حالة البيع. ولو باع البطيخ على أصوله بعد بدو النضج والادراك جاز مطلقا وبشرط التبقيت كالثمار حتى لو أدرك بطيخة

واحدة من جملة الارض التي زرع فيها البطيخ وبيع الجميع جاز ويدخل في العقد كل ما هو موجود من ثمرة ويترك حتى يلتحق الصغار بالكبار قاله صاحب التتمة. ولايجوز بيع الجزر والفجل والسلق في الارض لاستتاره وجهاته ويخالف الغائب لانه لا يمكن الاطلاع عليه الا بالقلع وذلك عيب فيه قاله في التتمة وغيرها وقد تقدم. ويصح بيع القبيط في الارض بشرط القطع ان لم يكن بلغ الحد الذي يقصد تناوله فيه وان بلغه فيجوز مطلقا وبشرط التبقي يترك حتى تلتحق الصغار الكبار بالخيار والبادنجان لان ما هو المقصود منه ظاهر وانما المستتر بالارض عروقه وهي غير مقصودة قاله في التتمة. والسلجم ان كان المعظم منه ظاهر افكالقبيط وان كان في الارض فكالفجل والسلق قاله في التتمة أيضا. (فرع) إذا باع شيئاً من ثمرة البطيخ والبقلاء والخيار والبادنجان وما أشبه ذلك منفرداً عن

[462]

الاصل نظرت فان كان قبل بدو الصلاح فيها لم يجز الا بشرط القطع وان كان بعد بدو الصلاح في بعض الجنس جاز بيع جميع ذلك الجنس في ذلك القداح من غير شرط القطع لانه في معنى ثمرة الشجرة فكان حكمه في ذلك حكمها قاله في الاسنقصاء. (فرع) ولايجوز في شئ من ذلك أن يبيع ما ظهر من الثمرة أو الورد وما يظهر بعد ذلك في سنه وبه قال أبو حنيفة وأحمد وقال مالك يجوز. (فرع) لا خلاف انه لا بد من وجود الصلاح في شئ وقول الغزالي اتفقوا على ان وقت بدو الصلاح كاف محمول على ذلك وكذلك المراد في اقامة وقت التأبير مقام التأبير ونهت على ذلك لنلا يتوهم من اعتبار الوقت انه لا يشترط وجو الصلاح بعد حضور وقته ولا قائل به وانما أطلق الغزالي هذه العبارة لان العادة ان الوقت إذا حضر فلا بد ان يوجد في بعض والله أعلم.

[463]

(فرع) إذا كان بستانان فيهما زرع واحد فبدا الصلاح في أحدهما قال العبدري فانه لا يكون صلاحاً في الآخر ويصح افراد هذا بالبيع دون الآخر لا يختلف المذهب فيه هذا قول العبدري في الكفاية وذكر ذلك بيانا لحكم مثله في النخل فان كان عنده أن النخل أيضا لا يختلف فيه فهو المشهور الموافق لطريقة العراقيين كما تقدم وان كان هذا في الزرع بخصوصه فيحتاج إلى فرق والله أعلم. (فرع) قد تفهم من كلام بعض الاصحاب أن منهم من قال باعتبار وقت بدو الصلاح أو وقت التأبير ويجعل ذلك بمثابة التأبير نفسه ومعنى ذلك أنه إذا اتحد النوع واختلفت الصفة أو بالعكس مع حصول التأبير في الجملة أما اعتبار الوقت من غير تأبير أصلاً فهذا لم يقل به أحد من أصحابنا وكذلك في بدو الصلاح والله أعلم. قال المصنف رحمه الله تعالى. (إذا ابتاع زرعاً أو ثمرة بعد بدو الصلاح لم يكلف قطعه قبل أو ان الحصاد والجذاد لان العادة فيها تركها إلى الحصاد والجذاد فلم يكلف نقله قبله كما نقول فيمن اشترى متاعاً بالليل أنه لا يكلف نقله الا بالنهار فان احتاجت الثمرة أو الزرع إلى السقي يلزم البائع ذلك لانه يجب عليه تسليمها في حال الجذاد والحصاد وذلك لا يحصل الا بالسقي فلزمه).

(الشرح) اتفق الاصحاب على انه يجب على البائع التخلية إلى أوان الحصاد في الزروع والجذاز في الثمر والمخالف في هذه المسألة أبو حنيفة رضي الله عنه لانه يقول بيع الثمرة مطلقا ينزل على القطع ويجب قطعها في الحال وقد تقدم الكلام معه قريبا فاعني عن اعادته وبيننا أيضا فيما تقدم ما يعتبر من العادة مالا يعتبر من العادة ومن جملة ما تمسكوا به مما يحسن ذكره هنا ان موجب الشرع تفريع ملك البائع وأجاب أصحابنا بان أصل التفريع مقول به وكيفيته تتلقى من العرف بدليل ما ذكره المصنف رحمه الله تعالى من أن من اشترى طعاما أو متاعا بالليل لا يكلف نقله الا في النهار وأما السقي فجمهور جماعات الاصحاب أوجه علي البائع وجعلوه من تمام التسليم وقطع بذلك جماعات وقال القاضي حسين فيه وجهان (أحدهما) علي المشتري لان الثمرة له (والثاني) علي البائع لان متصل بملكه قال ويمكن ان يقال فيه وجهان بناء على مالو اصابتها جائحة بعد التسليم (ان قلنا) يتلف من ضمان المشتري فالسقي عليه وان قلنا من ضمان البائع فالسقي عليه (قلت) وكذلك الشاشي في الحلية حكى الوجهين في وجوب السقي علي البائع وجعل أصلهما القولين في وضع الجوائح لكن المذهب الجديد انها من ضمان المشتري

والمذهب ان السقي عل البائع وهو من جملة ما يستدل به للقديم كما ستقف عليه ان شاء الله تعالى وقد أطلق الاصحاب وجوب السقي فينبغي ان يكون ذلك إذا باعها مطلقا أو بشرط التبقية (أما) إذا باعها بشرط القطع بعد الصلاح أو قبله فلا ويؤيد ذلك انهم في وضع الجوائح حكوا طريقة قاطعة عن الغفال فيما إذا باعها بشرط القطع انها من ضمان المشتري قالوا إذ لا يجب السقي علي البائع هنا فالاستدلال بهذا وعدم رده يدل على انه محل وفاق لكن لنا طريقة أخرى هناك قاطعة بانها من ضمان البائع وطريقة وهي الاظهر عند الراعي انها علي القولين فيحتمل ان يكون أصحاب هاتين الطريقتين يوجبون السقي أيضا وهو بعيد لانه لم يلتزم له الابقاء فينبغي ان تكون صورة شرط القطع مستثناة من وجوب السقي ويتعين القطع بهذا لانه له المطالبة بالقطع فكيف نوجب عليه السقي الا ان يقال انه يجب عليه السقي في مدة طلب القطع إذا خيف من تركه الفساد لانه من تنمة التسليم وهذا بعيد أيضا كما لو اشترى حيوانا ولم يقبضه لا يجب علي البائع في مدة طلبه بالتسليم القيام به ولا يجب علي البائع نصب الناطور كما سيأتي التنبيه عليه في مسألة وضع الجوائح. (فرع) إلى متى ينتهي الزمان الذي يجب فيه السقي يجئ من مقتضى كلام القاضي حسين والامام وغيرهما على ما سنحكيه في مسألة وضع الجوائح ثلاثة أوجه (أصحها) انه إلى أوان الجذاز (والثاني) يتأخر بعد ذلك زمانا لا ينسب المشتري فيه إلى توان بترك الثمار على الاشجار (والثالث) بنفس الجذاز وهذا لم يصرحوا به في السقي ولم يذكره الامام وانما ذكره القاضي حسين في وضع الجوائح وسيأتي ذلك مبينا هناك.

(فرع) لو شرط السقي على المشتري بطل البيع لان السقي مجهول نص عليه الشافعي والاصحاب وعلله بعضهم بان السقي مجهول وعن القاضي أبي حامد انه ولو كان معلوما ابطلناه أيضا من قبل انه بيع وجارة في أولى قوله (قلت) وهذه علة الشافعي رحمه الله تعالى قال الخوارزمي والجذاذ على المشتري على الاصح (قلت) وما أشار إليه من الخلاف يمكن بناؤه على الخلاف الذي سنذكره في نهاية وضع الجوائح هل هو بوقت الجذاذ بنفس الجذاذ (ان قلنا) بالاول فعلى المشتري (وان قلنا) بالثاني فعلى البائع لانها لا تصير مسلم الا به. (فرع) قال الشيخ أبو محمد في السلسة إذا اشترى ثمرة علي رؤس الشجر بعد بدو الصلاح فتركها عليها لى أو ان الجذاذ فانقطع ماء الوادي فان ضر بقاء الثمرة بالشجرة لم يجبر صاحب الشجرة على ترك الثمرة عليها وان لم يكن على الاشجار ضرر في التبقية ولا للثمار نفع في التبقية ولا ضرر على الثمار بالقطع ولو تركت على الاشجار لم تزد على حالها ولو قطعت لم ينقص القطع شيئا من قيمتها فطالب البائع المشتري بقطعها فهل يجبر على القطع فعلى قولين بنينان على ما إذا أسلم في شئ إلى أجل معلوم فجاء به قبل المحل وليس في قبضه مزية فهل يجبر على قبوله فعلى قولين (فان قلنا) لا يجبر على القبول فلا يجبر المشتري على قطع الثمرة هنا والا فيجبر وهذا محمول على ما إذا حصلت هذه الحالة قبل أو ان الجذاذ وعلي ما إذا علم عدم عود الماء وعدم الانتفاع بالماء (اما) إذا توقع النفع فلا يجبر المشتري على القطع ومن

هنا أيضا نأخذ ان مجرد انقطاع من غير حصول عيب ولا ضرر لا يثبت خيارا للمشتري وان ما سيأتي من كلا الصيد لاني في ذلك محمول على ما إذا كان الانقطاع يحصل به ضرر وقد تقدم من كلام الامام فيما إذا باع أصلا وعليه ثمرة للبائع. (فرع) قريب من هذا فيما إذا أصابت الثمار آفة بحيث لانمو أو لا فائدة في تبقيتها هل للبائع تبقيتها. (فرع) باع الجمد في المجد وكان طوله وعرضه وعمقه معلوما صح ويسلم بحسب الامكان وفيه وجه ان يلزمه تسليما على العادة بأخذ الجمد منه كل يوم وقرا أو وقرين أو ثلاثة قال القاضي حسين (والصحيح) الاول وقاسه على الدار والسفينة المشحونتين وقال الخوارزمي (الاصح) عندي انه لا يجب تفريغها في الحال بل على مر الايام على عادة تفريغ المجامد فعلى ما قاله القاضي حسين قد يورد هذا الفرع اعتراضا على كلام المصنف قال القاضي وكذلك من اشترى حمل حطب فانه يجب تسليمه في موضع البيع ولا يلزمه حمله لاي بيته وان كانت العادة قد تقضي بذلك. قال المصنف رحمه الله تعالى. (وإذا اشترى ثمرة علي الشجر فلم يأخذ حتى حدث ثمرة أخرى واختلفت ولم تتميز أو اشترى حنطة فلم يقبض حتى انثالت عليها حنطة أخرى ففيه قولان (أحدهما) يفسخ البيع وهو الصحيح لانه تعذر التسليم المستحق بالعقد فان البائع لا يلزمه تسليم ما اختلف به من ماله فان رضى البائع بتسليم ماله لم يلزم المشتري قبوله وإذا تعذر تسليم المعقود عليه بطل العقد كما لو تلف المبيع (والثاني) لا يفسخ لان المبيع باق وانما انضاف إليه زيادة فصار كما لو باع عبدا ففسن أو شجرة فكبرت فان قلنا لا يفسخ قلنا للبائع ان سمحت بحقك أقر العقد وان لم تسمح فسح العقد).

(الشرح) هذا الفصل معقود لحكم اختلاط الثمار وألحق به ما في معناه من اختلاط المبيع بغيره وذلك على مراتب (المرتبة الاولى) وعليها اقتصر في هذه القطعة من كلام المصنف ان تكون الثمرة مبيعة فنخلط بغيرها وذلك اما فيما يحمل حملا واحداً أو كان قد اشترى ما ظهر منها إما بعد بدو الصلاح مطلقاً أو قبله بشرط القطع ولم يتفق القطع ثم حدث ثمرة أخرى فان الثمرة الحادثة لصاحب الاصل فإذا كان ذلك قبل ان يلقط المشتري ثمره واختلطت الحادثة بالثمرة المبيعة فان كانت تتميز بالكبر والصغر أو نحوهما فان للمشتري المتقدمة وللبيع الحادثة نص عليه الشافعي والاصحاب رضى الله عنهم من العراقيين والخراسانيين. وان لم تتميز أو اشريت حنطة فلم تقبض حتى انتالت عليها حنطة أخرى وكانت كل واحدة منهما غير معلومة القدر أو ما اشبه ذلك ففيه قولان اتفقت الطرق على حكايتهما (أحدهما) يفسخ البيع لما ذكره المصنف والمراد بالتسليم المستحق ما يجبر البائع عليه وأما التسليم في ضمن الجميع فلا يجبر البائع عليه ولو سمح به لا يجبر المشتري على قبولها كما لا يجبر على قبض ما اشتراه وعين أخرى وإذا ثبت ان المشتري لا يجبر المبتاع على القبض نقول البيع باطل وهذا القول منقول عن نصه في الام والاملاء على مسائل مالك رحمه الله فلو قال البائع انما اسمح بحقي فلا اثر لذلك على هذا القول والقول (الثاني) نقله الربيع وهو اختيار المزني انه لا يفسخ وقال الغزالي والرافعي في المحرر انه الاظهر وكذلك الجرجاني لما ذكره المصنف ولان الاختلاط بمنزلة العيب فإذا سمح البائع بتسليمه كان كزوال العيب فيسقط خيار المشتري قال هؤلاء والتسليم غير متعذر فانه يقبضه أكمل ما كان كما لو أسلم في طعام جيد فاعطى أجود مما ذكره واراداً منه ومع ذلك يجب على المسلم قبوله وانما لا يجب التسليم في العين المضمومة إلى المبيع إذا كانت متميزة يمكن التسليم على الانفراد وقد قال المصنف رحمه الله ان الصحيح

الاول وكذلك قال القاضي أبو الطيب والشاشي وابن أبي عصرون وعن صاحب التفرير حكاية قول ثالث ان العقد لا يفسخ ولا خيار ويجعل الاختلاط قبل القبض كالاختلاط بعده واستبعده الامام وحكاه الجوزي عن أبي سلمة والمروري وحكى الروباني طريقة انه في مسألة الحنطة قبل القبض يبطل البيع قولا واحداً لان الشافعي جعلها دليل أحد القولين في اختلاط الثمار قال وهذا أوضح (واعلم) ان ما ذكره في تعلييل كل من القولين يقتضي ان التسليم لم يوجد ومن المعلوم ان القبض في الثمار بالتخية لكن وان قلنا قبضها بالتخية فليس ذلك بقبض تام فان البائع يجب عليه سقيها على المشهور من المذهب فالتسليم التام انما هو حين الجذاد وشبه جماعة من الاصحاب رضى البائع بترك حقه بالاعراض عن النعل فيما إذا اشترى دابة ونعلها ثما اطلع على عيب قال الامام ومسألة النعل ليست خالية عن خلاف وهذه التي نحن فيها أولى بالخلاف من تلك فان الزام المشتري بطوق منه البائع فيه بعد وفي هبة المجهول غوائل فالمسألة إذا مختلف فيها فان اجبرنا المشتري سقط خياره والا فهو على

تخيره وقد حكى الروياني فيما إذا انسالت حنطة على الحنطة المبيعة وسلم البائع الكل إلى المشتري وجهين في اجبار المشتري على القبول وفيه تصريح بمساعدة الامام لكنه لم يحك خلافا في مسألة الثمرة ومع حكايته الوجهين في الاجبار في مسألة الحنطة قال انه لا خيار للمشتري وهذا كلام منيح والصواب أنا إذا لم نجبر المشتري على القبول فخياره باق وانه لا فرق في ذلك بين الثمار والحنطة وقد صرح الامام في باب الخراج بالظمان بالوجهين في الاجبار في هبة الضمان وقال ان الاقبس عدم الاجبار على القبول وحكى الرافعي رحمه الله تعالى الوجهين هنا وقال ان الاصح سقوط خيار المشتري كما في مسألة النعل وقول المصنف في الثمرة فلم يأخذ وفي الحنطة فلم يقبض له معني انه عليه عن قرب وقوله حتى ائثالت عليها

[470]

حنطة أخرى هو باطلاقه شامل لما إذا كانا معلومي القدر اولا لكن صورته المسألة فيما إذا لم يكونا معلومي القدر على ما سيأتي التنبيه عليه في فرع عن الماوردي وقول المصنف رحمه الله تعالى (فان قلنا لا يفسخ قلنا للبائع ان سمحت بحقك أقرى العقد وأجبرنا المشتري على القبول كذلك صرح به الاصحاب الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب وغيرهما وقد تقدم عن الامام ما فيه (وقوله) وان لم يسمح البائع فسخ العقد أي يفسخه الحاكم بينهما كذلك صرح به الاصحاب منهم الماوردي والقاضي أبو الطيب ولا يقال للمشتري ههنا انكر تسليم المبيع والتمن جميعا إلى البائع لئلا يفوز البائع بالعوض والمعوض وما ذكره المصنف من انفسخ عند امتناع البائع كالمتمفق عليه بين الاصحاب على هذا القول وفي تعليق القاضي حسين أنه يفصل الخصومة بينهما بالتداعي وهو يوافق ما تقدم عن صاحب التقريب. (فرع) لو ائثالت على الحنطة المبيعة بعد قبضها حنطة أخرى فالبيع صحيح وهما مالان اختلطا فان اصطلحا على شئ كان القول قول من الشئ في يده في قدر ما لصاحبه قال أبو إسحق وصورته أن يكون المشتري ترك الطعام وديعة عنده فاختلط وأما في مسألة الثمرة فالقولان جاريان سواء اختلطت الحادثة بالخارجة بعد القبض بالتخلية أم قبله وقال المزني رحمه الله تعالى انما القولان في المسألتين قبل القبض فان كان بعد القبض فالبيع صحيح فيهما قولاً واحداً وغلطه الشيخ أبو حامد وفرق هو والاصحاب بأن الطعام إذا قبض استقر العقد والثمره ان قلنا بالقول الجديد انها من ضمانه فان كمال القبض فيها على البائع بدليل ان عليه السقى وبدليل انها لو عطشت كان للمشتري الخيار (قلت) ولهذا المعنى قال المصنف في الثمرة فلم يأخذ وفي الحنطة فلم يقبض فلم يأت في الثمرة بلفظ القبض بل بلفظ الاخذ والمراد به أخذها من على الشجرة واما القبض فمتقدم على ذلك

[471]

وان اختلطت الثمار بعد الجذاذ أو في الجرين أو غيره لم يفسخ قولاً واحداً وانما القولان بعد التخلية لان القبض لم يستقر ألا ترى ان الثمرة إذا عطشت ولم يتمكن البائع من السقى كان للمشتري ردها بالعيب قاله

القاضي أبو الطيب وغيره وهذا منهم بناء على الصحيح المشهور انه يجب على البائع السقي وقد حكى القاضي حسين رحمه الله فيه وجهين وبناهما على ان الحاجة من ضمان البائع أو من ضمان المشتري وهو غريب في النقل ومثله في العراية ما ارتضاه الامام والغزالي من ان الاختلاط في الثمار بعد التخلية مبني على وضع الجوائح (فان قلنا) توضع كان كما قبل القبض والا فينفاصلان بالخصومة أو الاصطلاح فعلي ذلك لا يأتي علي الجديد الا ان البيع صحيح قولاً واحداً كما ذهب إليه المزني وهو خلاف ما أطبق عليه العراقيون فقد تلخص في اختلاط الثمار اه ان كان قبل التخلية جرى القولان باتفاق الطرق وقياس الطريقة التي قالها الروياني في الحنطة ان يقال هنا انه يبطل قولاً واحداً وان كان بعد الجذاذ فالبيع صحيح قطعاً وان كان بعد التخلية وقبل الاخذ فالمشهور وهو طريقة العراقيين جريان القولين كما قبل التخلية واختار المزني والامام الغزالي علي الجديد أنه كما بعد الجذاذ فالمصنف حينئذ جرى على طريقة العراقيين وهي الصحيحة وممن اختارها القاضي حسين من الخراسانيين وقد أغرب المتولي فحكى في كتاب الرهن أنه لافرق في جريان القولين في مسألة الحنطة بين ما قبل القبض وبعده وهذا ضعيف جداً ويلزمه طرد ذلك في الثمار بعد الجذاذ. (فرع) لو باع الحنطة منه مكابله وسلمها إليه جزافاً ثم اختلطت بحنطة للبائع قال القاضي حسين يخرج علي القولين (فائدة) إذا انتهى الامر إلى الخصومة وقبول قول ذي اليد قال الامام سبيله في الخصومة أن لا يتعرض للبيع فانه إذا ادعى بيعاً في الصاعين فسينكره البائع ثم يرجع الكلام إلى اختلاف المتبايعين في قدر المبيع.

[472]

(فرع) اليد في الثمار بعد التخلية وقبل القطف للبائع أو للمشتري أولهما ثلاثة أوجه نقلها الامام قال ابن أبي الدم ومقتضاه أنا متى جعلنا الثمار في يد واحد فالقول قوله (وان قلنا) إنها في يدهما فلم يذكر الامام ولا الغزالي ما يقتضيه هذا الوجه ومقتضاه أن يقسم القدر المتنازع بينهما نصفين ولكل منهما تحليف صاحبه وفي كفيته وجهان كالوجهين في عين في يد رجلين كل منهما يدعى جميعها (أحدهما) يحلف على استحقاقه النصف الذي يسلم إليه (والثاني) على استحقاقه الكل والاول اصح وهذه المسألة مذكورة في الدعوى. (فرع) قد تقدم حكاية الخلاف في التصحيح في هذه المسألة وان الغزالي والرافعي قالوا إن الاظهر عدم الانفساخ وفيه نظر لانهما يوافقان على أنه لو باع الثمرة التي يغلب تلاحقها ان البيع لا يصح فان كان التلاحق الطارئ غير مانع من التسليم بل هو عيب فينبغي أن لا يبطل في صورة العلم بطريانه وان كان مانعاً من التسليم فينبغي إذا طرأ قبل القبض يفسخ العقد كتلف المبيع. (فرع) قد تقدم أنه على القول بعدم الانفساخ يقال للبائع إن سمحت بحقك أقر العقد كما قال المصنف وهكذا هو في مختصر المزني وقال إن البائع بالخيار والغزالي والرافعي لم يذكر ذلك وإنما قالوا إنه يثبت للمشتري الخيار قال الرافعي فان قال البائع اسمح فففي سقوط خيار المشتري وجهان والمفهوم من إثبات الخيار للمشتري أنه إذا لم يسمح البائع فالمشتري يفسخ وقد قدمت عن أبي الطيب وغيره أن الفاسخ هو الحاكم وأيضاً قياس قول الرافعي ان ذلك من باب العيون فيكون على الفور الا أن

يسقطه البائع بترك حقه فلو لم يفعل وآخر المشتري الفسخ سقط حقه وهو خلاف ما يفهم من كلام الاصحاب (فائدة) قال الامام ولو اعترفا والاختلاط بعد القبض بالالتباس ورضيا بأن لا يفسخ العقد رجع الكلام إلى الوقف والاصطلاح فقولته ورضيا بأن لا يفسخ العقد لا حاجة إليه لانه ان كان بعد القبض التام فلا خيار ولا يفسخ وان كان بعد القبض بالتخية فعنده كذلك وانما يأتي هذا الكلام عند الاصحاب على أحد القولين بعد التخية إذا قلنا بعدم الانفساخ فيحتمل إذا رضيا بأن لا يفسخ العقد يرجع الامر إلى الاصطلاح كما بعد القبض. (فرع) هكذا الحكم في بيع الباذنجان في شجره إذا بلغ نهايته لم يحتج إلى شرط القطع ولو كان البعض صغارا والبعض كبارا فانه يترك حتى يتلاحق فان كان الكل صغارا لم يجر الا بشرط القطع فلو باع في الحاليتين ثم ظهر شئ آخر واختلط بالمبيع جرى القولان وكذلك الخربز وهو البطيخ وهكذا القثاء والخيار وكل ماله حمل بعد حمل على ما ذكره المزني والاصحاب فلو كان المبيع شجر الباذنجان فيسأتي في الفصل الذي بعد هذا.

(فرع) فيه تنبيه على تقييد كلام المصنف. لو اختلط الطعام المبيع بغيره قبل القبض وكان أحدهما معلوم القدر وذلك باحد ثلاثة أوجه (اما) ان يكون كلامهما معلوم الكيل (واما) ان يكون المبيع منهما معلوما فيعلم بعد استيفاء كيل المبيع قدر ما ليس بمبيع (واما) ان يكون غير المبيع معلوما فيعلم بعد استيفاء كيل ما ليس بمبيع قدر المبيع فإذا كان المبيع معلوم القدر باحد هذه الوجوه الثلاثة فقد صار مختلط العين متميز القدر وتميز والقدر يمنع من الجهل وهو أقى المقصودين فصح البيع واختلاط العين مغير للصفة مع تفاوت الاجزاء فصار عيبا يوجب الخيار فوجب ان يكون البيع جائزا وللمشتري الخيار فان فسخ رجع بالثمن وان اقام صار شريكا للبائع على قدر الحصتين. وان كان الطعام متماثلي القيمة تقاسماه كيلا وان كان مختلف القيمة بيع وكانا شريكين في ثمنه على قدر قيمة الطعامين الا ان يتراضيا بقسمة ذلك كيلا على الحصص دون القيمة فيجوز. ذكر هذا الفرع بكما له الماوردي وهو ينه على ان محل جريان الخلاف في الانفساخ انما يكون عند الجهل بالمقدار ولذلك قيدت كلام المصنف فانه مطلق والله أعلم. وكذلك كلام كثير من المصنفين واما الثمار فلا تكون إلا مجهولة المقدار والله أعلم.

* (فرع) قد تقدم انه إذا كان اختلاط الطعام بعد القبض لا يفسخ العقد والعقد صحيح بحاله وكذلك الثمر إذا كان بعد الجذاذ فان كان قدر الطعام أو الثمر معلوما باحد الاوجه التي مضت تقاسماه على ما تقدم وان كان قدر الطعام مجهولا والفرض انه بعد القبض فلا يفسخ العقد وإن تراضيا على شئ واتفقا عليه جاز واقتسامه على ذلك وان اختلفا فان كانت صبرة

المشترى قد انثالت على صبرة البائع فالقول قول البائع في قدر ماله مع يمينه لان اليد له وان كانت صبرة البائع انثالت على صبرة المشتري فالقول قول المشتري في قدر ماله من مال البائع مع يمينه وقال المزني القول قول البائع لان يده قد كانت على الطعامين معا وكان اعرف بقدرهما من المشتري المستحدث اليد قال الماوردي وهذا خطأ لان ما وجب اعتبار اليد فيه كانت اليد الثانية أولى ان تكون معتبرة من اليد المرتفعة كسائر الحقوق (قلت) والصواب ما قاله الماوردي وقد قاله غيره وتقدم ذلك مختصرا وليس من لازم التصوير الذي أطلقه المزني ان تكون اليد للبائع فقد تكون صبرته في يد غيره والله أعلم. (فرع) لو صدر الخلط من البائع أو المشتري عن قصد كان الحكم كذلك كما يقتضيه لفظ الشافعي رضي الله عنه في الام.

[476]

(فرع) قال القاضي حسين ان القولين في الانفساخ في مسألة اختلاط الثمار المبيعة بغيرها ينبيان على تلف المبيع في يد البائع قبل القبض لا خلاف انه يفسخ العقد ولاي معنى يفسخ فيه معنيان (أحدهما) لتعذر التسليم (والثاني) لوقوع اليأس عن التسليم (ان قلنا) بالاول انفسخ العقد ههنا (والا) فلا لانه يمكنه تسليم الكل قال ويخرج على هذين المعنيين مسائل (منها) إذا باع درة ووقعت قبل القبض في لجة البحر يفسخ العقد لوجود المعنيين وان وقعت في وادي ان قلنا بالاول انفسخ والا فلا (ومنها) لو باع عصفورا ثم اختلط بعصافير البائع قبل القبض أو حنطة فانثالت فيها حنطة أخرى للبائع ان قلنا بالاول انفسخ والا فلا (ومنها) إذا باع عبدا فأبق قبل القبض عامة اصحابنا على ان البيع لا يفسخ وقال أبو يعقوب كل الابوردي يفسخ قال القاضي ويكن تخريجه على المعنيين وكذا لو نهبه التركمان أو غاروا عليه قبل القبض (قلت) وفي مسألة اختلاط الثمار والحنطة وشبهها لا يظهر فرق بين تعذر التسليم وبين اليأس منه فانه إن أريد به تسليم المبيع وحده متميزا فهو متعذر ومايوس منه وإن أريد تسليمه في الجملة فليس بمتعذر ولا مايوس منه (وأما) مسألة العصفور فقد قال الروياني في البحر انه لو باع شاة فاختلطت بقطيع لا تتميز

[477]

فالمذهب انه يبطل البيع قال وتفارق الحنطة لا ان هناك الاشاعة لم تمنع البيع وههنا الاشتباه مانع من العقد وقيل لا يبطل لانه يمكنه التسليم بان يقبض الكل ويكون حكمه حكم من اختلطت شاته بقطيع الانسان قال وهذا لا يصح لان الشرط في القبض ان يتسلط به على المقبول ويتمكن من التصرف وهذا لا يوجد بقبض الجملة (قلت) قوله المذهب انه يبطل البيع ان أراد الترحيح في الجملة فالحنطة والثمرة كذلك وان أراد انه يبطل قطعاً بخلاف الحنطة والثمرة لما لحظه من معنى الاشاعة والاشتباه فقد يقال ان ذلك لا يستقيم لان الخلط ههنا لو اقتضى الاشاعة كما يقوله في باب الفليس وغيره لكان المذهب هنا انه لا يفسخ العقد بالاختلاط لان المذهب هناك انه يصير مشتركا وأيضا فكان يفصل هنا بين ان يكون الخلط بالمثل والارداً أو بالوجود كما هو مفصل هناك لكن المذهب ههنا انه يفسخ العقد

ولم يفصل أحد بين ان يكون الخلط بالاجود أو بالمثل فدل على الفرق بين البابين وان الخلط انما يقتضي الاشاعة إذا كان بعد القبض أما قبل القبض كمسألتنا هذه فالملك غير مستقر فيتأثر بالخلط ولا يحكم بالاشاعة وما ذكره الروياني يوافق وجهها في الفليس ان البائع لا يرجع في المبيع إذا خلط مطلقا وهو مؤيد هناك بمسألة الاختلاط هنا والمذهب هناك خلافه وفرقوا بينهما بما ذكرناه ولو كان قول

[478]

* الاشاعة ملاحظا في مسألة اختلاط الثمرة والحنطة لكننا نقسم ذلك بين البائع والمشتري ولم يقل به أحد ههنا فيما أعلم وانما القائل بعد الانفساخ يقول بالتخير نعم معنى الاشاعة يجب ان يلاحظ إذا كان الاختلاط بعد القبض في الحنطة وبعد الجذاذ في الثمرة وكذلك على القول الذي حكاه الامام عن صاحب التقريب وان كان لم يتعرض للاشاعة ولا ينافي ذلك ما تقدم عن الاصحاب من فصل الخصومة لان ذلك معرفة المقدار وبعد معرفة المقدار الذي لكل منهما يصير مشتركا كما تقدم عن الماوردي فيما إذا كان المقدار معلوما ويصير حكمه حكم الاختلاط المذكور في غير ذلك من الابواب وفي المثليات بحكم الاشاعة على ما سنذكره ان شاء الله تعالى في باب الفليس والغصب والله سبحانه وتعالى أعلم. قال المصنف رحمه الله تعالى. (وان اشترى شجرة عليها حمل للبائع فلم يأخذه حتى حدث حمل للمشتري واختلطت ولم تتميز ففيه طريقان قال أبو علي بن خيران وأبو علي الطبري لا يفسخ العقد قولا واحدا بل يقال إن سمح أحد كما بترك حقه من الثمرة أقر العقد لان المبيع هو الشجر ولم يختلط الشجر بغيره وإنما اختلط ما عليها من الثمرة والثمرة غير مبيعة فلم يفسخ البيع كما لو اشترى دارا وفيها طعام للبائع وطعام للمشتري

[479]

فاختلط أحد الطعامين بالآخر فان البيع لا يفسخ في الدار وقال المزني وأكثر أصحابنا أنها على قولين كالمسألة قبلها لان المقصود بالشجر هو الثمرة فكان اختلاطها كاختلاط المبيع وإن اشترى رطبة بشرط القطع فلم يقطع حتى زادت وطالت ففيه طريقان (أحدهما) أنه لا يبطل البيع قولا واحدا بل يقال للبائع ان سمحت بحقك أقر العقد وان لم تسمح فسخ العقد لانه لم يختلط المبيع بغيره وانما زاد المبيع في نفسه فصار كما لو اشترى عبدا صغيرا فكبر أو هزبلا فسمن الثاني وهو الصحيح أنه على قولين أحدهما لا يفسخ البيع والثاني يفسخ ويخالف السمن والكبر في العقد فان تلك الزيادة لاحكم لها ولهذا يجبر البائع على تسليم العقد مع السمن والكبر لهذه الزيادة حكم ولهذا لا يجبر البائع على تسليمها فدل على الفرق بينهما). (الشرح) فيه مسألتان هما من بقية المراتب التي تقدم التنبيه عليها من مسائل الاختلاط (إحداها) وهي المرتبة الثانية إذا اشترى شجرة أو أرضا فيها شجرة وعلى الشجرة المبيعة أو الداخلة في البيع من الثمرة حمل. إذ اشترى شجر وعليها حمل للبائع بأن كان مؤبرا أو ما في معناه فلم يأخذها البائع حتى حدث حمل للمشتري واختلطت ولم تتميز وذلك إنما يكون فيما يحمل حملين أما ما يحمل مرة في العام فقد تقدم أنه

متى كان على النخلة شئ مؤبر كان جميع ثمرة ذلك العام للبائع. إذا عرف ذلك قال الاصحاب فان كان الحمل الحادث يتميز عن الاول كان الحمل الموجود حال العقد للبائع والحمل الحادث للمشتري لانه حدث في ملكه وان لم يتميز فقد نقل المزني عن الشافعي قولين كما تقدم في المرتبة الاولى

[480]

واختلف الاصحاب في ذلك على طريقين كما ذكره المصنف رحمه الله تعالى (احدهما) طريقة ابن خيران وأبي علي الطبري في الافصاح القطع بعدم الانفساخ ونقل الشيخ أبو حامد عن ابن خيران أن هذه المسألة لا تعرف للشافعي رحمه الله تعالى ولا نص عليها ولا تجئ على مذهبه أيضا بل البيع صحيح بكل حال قال وقد نكت ابن خيران وما قصر وهذا الكلام من الشيخ أبي حامد فيه ميل إلي ما قاله ابن خيران وكذلك الماوردي قال ان ما قاله ابن خيران أصح جوابا وتعليلا وان كان نقل المزني صحيحا قال والادعان للحق أولى من نصرة ما سواه وقال القاضي أبو الطيب عن ابن خيران والطبري أنهما قالا ان الذي في مختصر المزني نقله في الام فوق الغلط في النقل من مسألة بيع الثمره إلى مسألة بيع الاصول واحتج المنتصرون لهذه الطريقة بان الاختلاط ليس في المبيع فصار كما لو اشترى رجل ثمار أو تجددت ثمار في يد البائع وتعيبت الثمار والمبيع في يد البائع فلا خيار بعيب الثمار قال الامام وهذا القياس الذي لا يسوغ غيره وممن صحح هذه الطريقة الخوارزمي في الكافي (والطريقة الثانية) وبها قال المزني وأبو إسحق المروزي ونسبها القاضي أبو الطيب كما نسبها المصنف إلى أكثر أصحابنا انها على القولين قال هؤلاء ونحن وان لم نعلم نصه عليها فان المزني ثقة فما نقله عنه وفي المسألة مالا يحتمل التأويل من وجهين (أحدهما) ان فيها يقال للمبتاع أتسمح فان سمح والا قيل للبائع أتسمح فلو لا ان المعقود عليه هو نفس الشجر لما صح ان يقال لكل منهما أتسمح (والثاني) انه قال تكون الخارجة للبائع والحادثة للمشتري فدل على ان المعقود عليه هو الشجر ثم المعنى يدل على ذلك فان المعقود عليه وان كان هو الشجر فان المقصود منها الثمرة فإذا اختلطت

[481]

الخارجة بالحادثة فقد اختلط المقصود من المبيع بغير المبيع فهو كما لو اختلط المبيع بغيره قال الشيخ أبو حامد وهذا قريب غير ان ابن خيران أسقط المسألة بالاصالة فلا معنى لقول هذا القائل ان فيها مالا يحتمل التأويل (قلت) المراد أن المسألة غير قابلة للتأويل واما اسقاط ابن خيران فيجاب عنه بان المزني ثقة وقد نقلها فلم يبق لابن خيران متعلق الان ان تقول ان المزني أخطأ فيها وجوابه بما أبداه هذا القائل من المعنى فانه ينفي الجزم بخطائها واعلم ان هؤلاء الائمة على جلالتهم واطلاعم بين منكر لما نقله المزني ومقلد له فيه وقد وقفت على القولين بما لا يتحمل التأويل إلا بتعسف عظيم فانه قال في آخر باب تمر الحائط يباع أصله وما أثمر في السنة مرارا فيبيع وفيه ثمرة فهي للبائع وحدها فإذا انقضت فما خرج بعدها مما لم يقع عليه صفقة البيع فلمشتري الاصل وصنف من

الثمرة مكان يخرج منه الشئ بعد الشئ حتى لا ينفصل ما وقعت عليه صفقة البيع وهو في شجره فكان للبائع ما لم تقع عليه صفقة البيع وكان للمشتري ما حدث فان اختلط ما اشترى بما لم يشتري فلم يتميز فقيها قولان (أحدهما لا يجوز البيع فيه الا بان يسلم البائع للمشتري الثمرة كلها فيكون قد أوفاه حقه وزيادة أو يترك المشتري له هذه الثمرة فيكون قد ترك له حقه (والقول الثاني) أنه يفسد البيع من قبل أنه وإن وقع صحيحا فقد اختلط حتى لا يتميز الصحيح منه الذي وقعت عليه صفقة البيع ما لم يقع عليه وقد تكلف ابن الرفعة بحمل ذلك على ما إذا باع شجرة التين مثلا بعد أن نتجت الاغصان ولم تبرز الثمرة فاشترط البائع لنفسه تلك الاغصان فانه كالثمرة غير المؤبرة إذا شرطها البائع لنفسه فيشترط فيها القطع على النص فيصح أن يقال إن المبيع قد اختلط بغيره وهذا تكلف

[482]

بعيد وقد أحسن المحاملي فاعترف بأن الشافعي رحمه الله تعالى نص على القولين في الام ورد على ابن خيران مذهبا وحجاجا وذكر الامام عن القائلين بهذه الطريقة أنهم فرقوا بين صورة الاختلاط وبين تعيب الثمار المتحدة في يد البائع بأن الاختلاط سببه بقاء ثمرة البائع على الاشجار وعلى البائع في الجملة تخلية المبيع للمشتري فقد حصل الاختلاط بسبب ما استقاه البائع لنفسه وقرب ذلك من نقل الاحجار المودعة في الارض ومن قلع باب الدار المبيعة لنقل ما فيها من الامتعة وفي البحر أن ابن خيران تناول ما نقله المزني على ما إذا ابتاع الشجرة وبقيت الثمرة للبائع ثم اشترى المشتري ثانيا الثمرة ثم ظهرت الحادثة فاختلطت بها وهنا يختلط المبيع بغير المبيع فهي مسألة القولين وغلطه في هذا التأويل بان هنا وان اختلط المبيع بغير المبيع الا أن كله للمشتري واختلط ملكه بملكه فلا يؤثر في البيع أصلا والله أعلم (فائدة) قال الشيخ أبو حامد ولا أعرف شجرة تحمل حملين يتميز أحدهما عن الآخر في سنة واحدة الا التين فانه يحمل النور وذى ثم يحمل بعده في الوقت وقد قال

[483]

غيره ان النارج والانرج والرانج أيضا يحمل حملين وقد بلغني عن نوع من التفاح والبادنجان والبطيخ والقثاء ونحوها كالتين وأجاب الاصحاب عن كوننا لم نجعل الحادثة تابعة للخارجة كما في ثمرة النخل حيث جعلنا المطلع الحادث تابعا على الصحيح بأن العادة في النخل انه يحمل حملا واحدا فإذا كان بعض حملة للبائع كانت ثمرة ذلك العام كله له والتين يحمل حملين كل واحد منهما غير الآخر فالثاني كثمرة النخل في العام القابل (قلت) والآخر كذلك غير أنه لا يطرد في شجر بعينه ولا نقول في ثمرة النخل مطلقا ان ثمرة العام كلها للبائع فقد ورد ان نخل أنس بن مالك رضى الله عنه كانت تحمل في السنة مرتين بدعوة النبي صلى الله عليه وسلم له فالمعتبر حينئذ بالحمل على ما جرت العادة فإذا كان أحد الحملين منفصلا عن الآخر انفصالا بينا غير متلاحق لم يتبع الثاني الاول وان كانت عبارة الشافعي التي قدمتها تقتضي اعتبار العام فينبغي ان يقول على ذلك سؤال قال

الاصحاب (ان قيل) هلا قلمت الحمل الثاني تابع للاول كما إذا باع نخلة مؤبرة فان الطلع الحادث للبائع تبعاً للموجود (فالجواب) ان في لطلع وجهين

[484]

والفرق ان الطلع الحادث من جملة هذا الطلع الموجود لانه ليس له الا حمل واحد يتقدم بعضه ويتأخر بعضه وليس كذلك الحمل الثاني مع الحمل الاول. (فرع) قال المتولي في هذه المسألة ان عدم الانفساخ هو الصحيح يعني من طريقة القولين وفي مسألة اختلاط الثمار المبيعة بغيرها لم يصح شيئاً والذي صحه ابن أبي عصرون في هذه المسألة من طريقة القولين القول بالانفساخ كما صحح ذلك في مسألة اختلاط الثمار المبيعة. (فرع) إذا قلنا يفسخ العقد فلا تغريب عليه (وان قلنا) يفسخ قال القاضي أبو الطيب فمن سمح منهما أجبر الآخر علي قبوله وان امتنع فسخ الحاكم بينهما كذلك قال القاضي أبو الطيب وهو مفهوم المصنف رحمه الله قال الماوردي على ما يقتضيه مذهب ابن خيران ان تراضيا وانفقا على قدر الحادثة من المتقدمة والا فالقول قول صاحب اليد ولا يفسخ البيع لانه لا يجعل لما حدث تأثيراً في البيع وهذا الذي قاله الماوردي أحسن وأدخل في المعنى الذي لحظه ابن خيران لان الاختلاط في غير

[485]

المبيع لأثر له وكذلك صرح به المحاملي بعبارة تقتضي أنه منقول عن ابن خيران فانه قال وقال ابن خيران المسألة على قول واحد ان البيع لا يبطل ولكن يقال لكل منهما اسمح بترك ثمرتك فان سمح اجبر الآخر على القبول وان لم يسمح نظر فان كان الشجرة والثمرة في يد البائع كان القول قوله في قدر ما يستحقه المشتري منها وان كانت في يد المشتري فالقول قوله في قدر ما يستحقه منها. وكذلك الامام قال انه على هذه الطريقة لا يثبت الخيار وربما يظن بين كلام هؤلاء وكلام القاضي أبي الطيب منافاة ولا منافاة بينهما فقد بين الروياني ذلك ونقل القول بالفسخ عن نصه في الام وعن ابن خيران انه إذا لم يسمح واحد منهما فالقول قول من في يده كما قاله المصنف والقاضي أبو الطيب تغريبا على القول بعدم الانفساخ من قولي طريقة الخلاف وما قاله الماوردي والمحاملي والامام تغريب على طريقة ابن خيران فقط فكلام أبي الطيب لا يبراد عليه الا من جهة كونه أطلق ذلك على قول عدم الانفساخ وهو مشترك بين قول ابن خيران وحد قولي طريقة الخلاف وكلام المصنف الا يبراد

[486]

عليه قوى لانه نقل قول ابن خيران وفرع عليه انه يقال من سمح منكما أقر العقد فافهم انه إذا لم يسمح واحد منهما لا يقر العقد ويفسخ وليس

ذلك قول ابن خيران ولو آخر هذه الكلمة بعد طريقة القولين وقالها تفريعا على عدم الانقساح كان يتعذر عنه بما اعتذر عن القاضي أبي الطيب والله أعلم. (فرع) كلام المصنف هنا مشير إلى انه لامزية في عرض ترك الحق بين البائع والمشتري وكلامه في التنبيه يقتضي انه يبدأ بالبائع وكلام الماوردي يقتضي البداءة بالمشتري والاقرب التسوية كما أشار إليه في المهذب وان من بدأ بالقول البائع أو المشتري لم يقل ذلك على أنه متحتم بل على جهة المثال وليس كذلك كالبداءة في التسليم فان ذلك مقصود يجبر عليه بخلاف هذا والله أعلم. (فرع) أورد على الزام المشتري أو البائع قبول ما بذل له من الثمن لامضاء العقد ما إذا سمح غرماء المفلس لصاحب السلعة المبعة بتقديمه بتمام الثمن ليستمر عقد البيع فانه لا يلزمه الاجابة وفيه

[487]

نظر (المسألة الثانية) وهي المرتبة الاخرى. إذا اشترى رطبة فان اشترها بشرط القطع من اصلها فلم يقلع فما حدث يكون للمشتري ان اشترها بشرط القطع فلم يأخذها المشتري حتى طالت وعلت فقد عطف المزني هذه على مسألة القولين فاختلف الاصحاب فمنهم من قال البيع صحيح قولاً واحداً كما ذكره المصنف حكماً وتعليلاً (1) ومنهم من قال هي على قولين كالمسألة الاولى وممن ذهب إلى هذا أبو إسحق المروزي وابن أبي هريرة والشيخ أبو حامد وجهور أصحابنا والامام الروياني والشاشي قال الماوردي وجهور أصحابنا وغلط الشيخ أبو حامد القائل والاول وأجاب هؤلاء عما تمسك به القائل الاول من الكبر والسمن بان زيادة الكبر والسمن وصيرورة البلح بسر أو ما أشبه ذلك ليست بعين بمعنى انه لم يزد في اطرافه ولا في عدده والرطبة إذا طالت تفرع لها أعصان وحدثت أعيان لتكن فهو كالمسألة الاولى سواء وحسن المصنف هذا الجواب بقوله ان تلك الزيادة لاحكم لها فلم يقال انها ليست بعين فانها عين قطعاً ولهذا احتاج الاولون يفسرون ذلك بعدم زيادة اطرافه وعدده لكنها وان كانت

(1) كذا بالاصل

[488]

عينا فلا حكم لها بدليل انه يجبر على التسليم معها فعبارة المصنف أسلم عن المشاحة وقد يفرض طول الرطبة من غير تفرع أعصان ومما يدل على ذلك انه لو باع الرطبة وطولها ذراع فاجبر في نصف طوله قبل القبض سقط من الثمن بقدره بخلاف السمن فانه لو هزل في يد البائع لم يسقط شئ وقال القاضي أبو الطيب ان الزيادة في الرطبة حدثت في الاصول التي في الارض فهي بمنزلة حدوث حمل آخر من الثمرة وقال الماوردي انها عين متميزه بخلاف الكبر والسمن فانه ليس متميزاً (واعلم) ان هاتين الطريقتين على ما ذكره المصنف متفقتان على ان الزيادة التي حصلت في الرطبة للبائع وليست للمشتري وكذلك قال القاضي أبو الطيب

والمحاملي والشيخ أبو حامد قبلها والقاضي حسين وذكر الماوردي في حكاية الطريقة الجازمة بالصحة ان الزيادة للمشتري لانها لا تتميز فان صح ذلك ففي المسألة ثلاث طرق وقال ابن أبي عصرون ان الاصح من قولي أحد الطرفين الانفساخ كما ذكره في المسألتين السابقتين وقول المصنف فسخ أي يفسخه الحاكم كذلك صرح به الماوردي وقوله على القولين أي القولين في

[489]

اختلاط الثمرة المبيعة (واعلم) أن في مسألة الرطبة ومسألة اختلاط الثمار المبيعة يقال للبائع ان سمحت بحقك أقر العقد وان لم تسمح فسخ البيع كما قال المصنف هناك ولا يقال للمشتري ان سمحت بحق أقر العقد وفي مسألة إذا باع الشجرة واختلطت الثمار الموجودة بالحادثه يقال لكل منهما ان سمحت بحقك أقر العقد والفرق ان في المسألتين الا ولتين إذا ترك المشتري حقه فاز البائع بالعوض والمعوض. (فرع) باع شجرة الباذنجان ان بلغ نهايته فان كان في الخريف لا يحتاج إلى شرط القطع والا فيشرط القطع فان كان عليه نور فهو للمشتري والا فهو للبائع كما في سائر الثمار ولا يدخل في مطلق العقد الا بالشرط فلو ظهر باذنجان آخر واختلط بالاول بحيث لا يتميز ففیه طریقان كما ذكرنا وهكذا في البطيخ والقناء وما في معناها قاله القاضي حسين وقال الروياني في هذا الفرع ان باع الاصل مع الثمره لا بد من شرط القطع فان شجر الخربز والباذنجان والقناء زرع وقد تقدم في كلام الامام ما يخالفه وقال الخوارزمي ان باع الاصول قبل خروج حملها لم يجر الا بشرط القطع وان باع بعد خروج حملها فان باعها مع الحمل جاز مطلقا وإن باعها دون الحمل أو مطلقا فالحمل الموجود للبائع والحادث

[490]

للمشتري ومقتضى كلام القاضي حسين الذي حكته انه إذا باع البطيخ مع أصوله لم يصح الا بشرط القطع بخلاف النخل وكذلك قال الامام والغزالي قال ابن الرفعة وهو أفرقه منه يعني من الامام والمنقول الاول يعني كلاما عن البندنجي وغيره يقتضي انه يجوز مطلقا (فائدة) إن قلت ما وجه تأخير هذه المرتبة عن الرتبة الثانية فان في هذه المرتبة اختلط المبيع بغيره فهي أشبه بالمسألة الاولى (قلت) المرتبتان الاولتان الاختلاط فيهما ظاهر اما اختلاط المبيع بغيره في الرتبة الاولى واما اختلاط المقصود منه بغيره في الرتبة الثانية وفي هذه المرتبة القائل الاول يقول ليس فيها اختلاط وانما هو زيادة المبيع في نفسه ولو كان كما قال هذا القائل لاجر البائع على تسليم الرطبة بكمالها ولم يقل به أحد كما أشار إليه المصنف فالنزاع في المرتبة الثانية في المختلط فيها هل هو كالمختلط في المرتبة الاولى أولا والنزاع في الاختلاط هل هو كذلك الاختلاط أو لا فذكر المصنف الاختلاط المحقق بقسميه ثم لما فرغ منه ذكر ما يقبل النزاع في كونه اختلاطا أولا لكن اجراء القولين هنا أظنه أولى من اجرائهما في

المرتبة الثانية لان الاختلاط حقيقي وانكار ما فيه ارتكاب ضرب في المجاز أو القياس وكون المرتبة الثانية كالأولى على العكس من ذلك وكذلك قلت في هذه المرتبة الأخرى ولم اقل الثالثة وذلك ان جماعة من محققي الاصحاب كابى حامد والماوردي اختاروا اجراء القولين هنا دون المرتبة الثانية. ولو اشترى وديا فكبر فانه للمشتري قولا واحدا لانها زيادة غير مميزة قاله ابن ابي هريرة وغيره وجعله القاضي حسين في تعليقه قاعدة عامة انه إذا اشترى شجرة وتركها حتى تكبر وتطول وتزداد كثيرا فان كان مما لا يتكرر قطعه مثل شجرة التفاح وانواعه فيكون الكل للمشتري وان كان مما يتكرر قطعه مثل الخلاف والقصب يخرج على القولين وفي الفتاوى المنسوبة إليه فيما إذا اشترى شجرة بشرط القطع فلم يقطع حتى نما وكبر اطلاق القولين في انفساخ العقد ثم قال جامعها بعد هذه المسألة ليست عن القاضي وانه ينبغي ان تكون للمشتري ولا خيار له لانه ملك أصلها كالثمرة ثم قال ورأيت للشيخ أبي المعالي انه ان كانت الشجرة مما لا يخلف فللمشتري كالصنوبر والنخل وان كان يخلف كالقطن فقولان (قلت) وسنذكر من كلام صاحب التتمة أنه إذا اشترى الزرع بشرط القطع ان المشتري لا يملك أصوله وانها للبائع وقياس ذلك ان تكون الشجرة أيضا كذلك وان تكون زيادتها كاختلاط المبيع

بغيره فيجوز القولان كما اقتضاه باقي الفتاوى والذي قاله في التعليقة وقال ابن ابي هريرة محمول على ما إذا باع مطلقا فانه فيما لا يسخلف لا يحتاج إلى شرط القطع وتكون أصوله للمشتري (فائدة) هذه المسألة تنبهك على ان المشتري إذا اشترى جذة من الرطبة لا يملك منها الا الظاهر على وجه الارض وقد تقدم عن الماوردي حكاية خلاف في ان الجذة المراد بها الظاهر على الارض أو ما جرت العادة بجذده وهذا الوجه لا يجتمع مع كلامهم في هذه المسألة الا أن يكون قد عين في فرض هذه المسألة ان لا يملك شيئا من الباطن. (فرع) الزروع التي تحصد مرة واحدة إذا اشترها بشرط القطع وتأخر القطع حتى زاد قال صاحب التتمة فالزيادة للبائع والحكم على ما ذكرنا يعني في مسألة زيادة الرطبة واختلاطها قال حتى لو تسنبل تكون السنابل للبائع اللهم الا ان يكون اشترى الزرع بشرط القطع وتأخر القطع حتى زاد فتكون الزوائد له لانه ملك أصول الزرع التي منها تحصل الزيادة هكذا قال صاحب التتمة (فاما) قوله الزيادة للبائع والحكم كما في مسألة الاختلاط فهو مخالف لما تقدم عن الامام انها للمشتري بالاتفاق (واما) قوله حتى لو تسنبل تكون السنابل للبائع ففيه نظر لان السنابل ليست حادثة من خاص ملكه بل هي منها

على رأيه وجعلها للمشتري أقرب (واما) قوله اللهم إلى آخره فهكذا وجدته في النسخة والظاهر أنه غلط (والصواب) القلع باللام وعلى هذا يصح فانه

إذا اشتراه بشرط القطع من أصوله كانت الأصول ملكه فكلما حدث منه كان للمشتري لأنه زيادة ملكه والله أعلم. وقد صرح صاحب التهذيب بأنه إذا باع القرط بشرط القلع فلم يقطع حتى ازداد يكون ما حدث للمشتري لأنه ملك أصله وقد تقدم التنبيه على ذلك أول المسألة. (فرع) إذا اشترى أصول البطيخ تقدم عن الإمام والمتولي وغيرهما أنه لا يجوز إلا بشرط القطع قال صاحب التتمة أو القلع وقال صاحب التتمة إلا أنه إذا اشترى أصول النبات بشرط القلع ثم استأجر الأرض أو استعار ولم تبلغ الأصول فما يحدث يكون ملكا له لأنه فرع أصل مملوك وهذا من صاحب التتمة بناء على ما ذكره في الفرع المتقدم أنه إذا اشترى الزرع بشرط القطع لا يملك أصوله وقد تقدم عن الأصحاب أن الطريق إلى ملك ما يحدث من البطيخ أن يشتري الأصول بشرط القطع ويستأجر الأرض فلا يجب عليه القطع وهذا الذي قاله المتولي ينه على أنه لا يفيد اشتراط القطع بل لابد من اشتراط القلع وينبغي أن يكون ذلك مجزوما به لأن البطيخ مما يستخلف والله أعلم. ولو باع أصول النبات

[494]

مطلقا قال المتولي لا يدخل البطيخ إلا بالتنصيص لأنها ثمرة ظاهرة حتى أن الذي هو يرى ولم ينعقد لا يتبع الأصول بخلاف الثمرة التي لم تظهر تتبع الشجرة لأن الشجرة أصل مقصود والنماء تبع له فجعل ما لم يظهر من النماء تبعاً له وأما هنا أصل النبات ليس بمقصود وإنما المقصود المثار فلا يجعل المقصود تبعاً. (فرع) قال الشافعي رضي الله تعالى عنه ولا يجوز بيع القصيل إلا على أن يقطع مكانه مما يستخلف أولاً يستخلف ثم قال فإن اشتراه ليقطعه فتركه بغير شرطه وقطعه بمكنة فالبائع بالخيار في ترك القصيل أو نقض البيع فهذا النص أن كان المراد به ما استخلف خاصة فهو أحد الطريقتين أو القولين اللذين نقلهما الأصحاب وأن كان شاملاً لما يستخلف ولما يستخلف ولما لا يستخلف ففيه موافقة لما قاله صاحب التتمة من أن الزيادة في الزرع الذي لا يستخلف للبائع ومخالفة لما قاله الإمام قال صاحب التهذيب أنه لو باع القصيل أو الشجر المخلف كالخلاف والقصب أو ورق الفرصاد في أول خروجه بشرط القطع في ذلك كله فلم يقطع حتى زاد ففي انفساخ البيع قولان كالقت قال وعندى أن كانت المقاطع معلومة مثل أعصان الفراسيد يبين مقاطعها فما يحدث من الأوراق وفوق المقطع والطول يكون للمشتري وفي القت والكراث إنما يفسخ لأن ما يحدث من أصله الذي لم يبع غير متميز عما باع لأنه لا يعرف مقاطعها بعد الزيادة.

[495]

(فرع) في زيادات أبي عاصم العبادي إذا اشترى ورق الفرصاد مع أعصانه فتراخى القطع حتى مضى الوقت فله القطع وأن اشترى الورق فقط فتأخر فسد البيع في قول لأنه اختلط المبيع بغيره. (فرع) ما لا يجوز بيعه إلا بشرط القطع كالرطبة والقصيل والقصب والطرفاء والخشب والبردى في خرابزه ذكره ابن خيران في اللطيف. قال المصنف رحمه الله تعالى. (وإن كان له شجرة تحمل حملين فباع أحد الحملين بعد بدو الصلاح وهو يعلم أنه

يحدث الحمل الآخر ويختلط به ولا يتميز فالبيع باطل وقال الربيع فيه قول آخر أن البيع يصح ولعله أخذه من أحد القولين فيمن باع جذة من الرطبة فلم يأخذ حتى حدث شيء آخر أن البيع يصح في أحد القولين والصحيح هو الاول لانه باع ما لا يقدر على تسليمه لان العادة فيها الترك فإذا ترك اختلط به غيره فتعذر التسليم بخلاف الرطبة فانه باعها بشرط القطع فلا يتعذر التسليم) (الشرح) ضبط في الاستقصاء حملين بفتح الحاء قال في الاستقصاء وقال غيره الحمل بالفتح ما كان في بطن أو على رأس شجرة وبالكسر ما كان على رأس أو ظهر وحمل الشجرة مرتين

[496]

يقال ان ذلك التين واللوز والرانج والاترج تحمل حملين وهذه المسألة كالتيقيد لما تقدم وتبين ان ما مضى من الكلام في اختلاط الثمار المبيعة انما محله فيما إذا لم يكن الاختلاط غالباً أو كان غالباً ولكن شرط القطع على المشتري فلم يتفق حتى وقع الاختلاط اما إذا كان الاختلاط غالباً ولم يشترط القطع فالبيع باطل كما ذكره المصنف ههنا وهو الصحيح المشهور المنصوص في الام نص عليه في باب ثمر الحائط يباع أصله قال الربيع هناك وللشافعي في مثل هذا قول انه ان شاء رب الحائط ان يسلم ما زاد من الثمرة التي اختلطت بثمره المشتري صح قال المحاملي وهذا ليس بمنصوص وانما أخذه الربيع من أحد القولين فيما إذا باع جذة من الرطبة فلم يجزه المشتري حتى حدثت أعيان أخر فان الشافعي نص في تلك المسألة على قولين فخرج الربيع قولاً آخر في هذه المسألة بناء على تلك قال المحاملي وغلط في هذا والمذهب ان البيع يبطل قولاً واحداً والفرق ان الرطبة انما تباع على شرط القطع فالمبيع معلوم مقدور على تسليمه وانما يخاف تعذر التسليم بمعنى ربما حدث وربما لم يحدث فصح العقد وههنا وقع العقد على الثمرة الموجودة والعقد يقتضي تبقيتها إلى وقت الجذاذ فإذا

[497]

علم اختلاطها في تلك الحالة فقد وقع العقد على ما يعلم تعذر تسليمه حال استحقاق التسليم انتهى وشبهوه بشراء العبد الأبق وقد أطبق جماهير الاصحاب على ترجيح القول بالفساد ورد ما قاله الربيع قالوا وانما وزان مسألة الرطبة لو باع الثمرة بشرط القطع فلا يبطل البيع وقد نقل الامام قول الربيع المذكور في الكتاب عن العراقيين قال وذكر العراقيون قولاً بعيداً ان البيع موقوف فان سمح البائع ببذل حقه تبينا انعقاد العقد وان لم يسمح تبينا ان العقد غير منعقد في أصله وهذا قول مزيف لا أصل له وهو بمثابة المصير إلى وقف بيع العبد الأبق على تقدير فرض الاقتدار عليه وفاقاً فان طردوا هذا فهو علي فساد مطرد وما اراههم يقولون ذلك واراد الامام بالقول الذي نقله العراقيون ما ذكره المصنف عن الربيع لكن ليس في كلامهم الذي رأيت ان ذلك من باب وقف العقود بل صرح المحاملي في حكاية

هذا القول انه يقال للبائع اسمح بترك حقك فان سمح والافسخ العقد ولكن عبارة الربيع في الام التي حكيت بعضها في صدر كلامي محتملة لما قاله الامام والاولى ان يترك على ما قاله المحاملي وحينئذ لا يكون من وقف العقود ولا يتبين انعقاد العقد أو عدم انعقاده واما الزامهم بالعيد الأبق فالفرق ان الثمرة يمكن تسليمها بتسليم الجميع ولا كذلك الأبق لكن القول المذكور ضعيف بما ذكره المحاملي والمصنف فان الرطبة لاجل شرط القطع يمكن تسليمها وههنا الابقاء بعد بدو الصلاح مستحق فلا يمكن التسليم وكونه تسليمه بتسليم الجميع لا يكفي لان شرط العقد القدرة على التسليم الذي لو امتنع منه أجبر عليه وهو لا يجبر على تسليم الجميع وقد أورد ابن الرفعة على الامام والغزالي ادفا لا أن الاختلاط بعد التخلية لا يوجب الانفساخ ان يقولوا بالصحة ههنا فان التسليم ممكن بالتخلية وللبائع اجبار المشتري عليها إذا باع مطلقا لخروجه بذلك عن عهدة الضمان على هذا الرأي كما يكون ذلك في المنقول

وحيئنذ تساوى مسألة الرطبة نعم لو كان التسليم لا يمكن في حال الامع الاختلاط لم يصح ذلك وذلك في حمة البئر إذا أفردت بالبيع وقلنا الماء يملك وأورد صاحب الوافي أنه إذا علم حدوث ما تختلط به الثمرة المبعة إذا تركها فينبغي أن يجب القطع للمعذر المفضى إلى ابطال البيع فيصح نقل الربيع (قلت) وإيجاب القطع بدون شرطه بعيد لان المشتري لم يلتزمه ولا هو مقتضى العقد والله أعلم. وحقيقة الخلاف في هذه المسألة يرجع إلى أن المتوقع كالواقع أولا والجمهور على أن المتوقع كالواقع ولهذا منعوا الاب من نكاح جارية ابن إذا قلنا لو أحبلها صارت أم ولد له وشاهده من السنة نهية صلى الله عليه وسلم (عن بيع الثمرة حتى ترهى) وأورد ابن الرفعة على الامام أيضا في الزامهم العراقيين طرده ذلك في العبد الأبق أنه ابدى في كتاب اللقيط احتمالا في جواز بيع العبد الأبق المنقطع الخبر مع عدم اتصال الرفاق وعدم اجزاء عتقه

عن الكفارة ظاهر ثم قال ومما يجب ذكره أنا إذا منعنا البيع فلو تبين بقاء العبد فالظاهر عندي نفوذ البيع وإن كان يلتفت على الوقف ولكن إذا بان الامر من الملك والقدرة على التسليم فظن التعذر لا يبقى أثره مع تبين خلافه وكان في المعاملات يضاهاى صلاة الخوف مع سواد يحسبه عدوا ثم بان خلافه. (فرع) إذا اشترى الشجرة المذكورة بعد ظهور أحد الحملين وتأبيره وهو يعلم انه يحدث الحمل الآخر ويختلط به فاطلق الرافعي وغيره ان البيع باطل الا بشرط القطع وقال انه يحى فيه الخلاف يعني خلاف الربيع ولم يذكر أنه على طريقة ابن خيران كيف يكون الحكم وينبغي على طريقة ابن خيران في المسألة المتقدمة بالصحة الحكم وعلى الطريقة

المثبتة للخلاف يكون كما لو باع احد الحملين فالمشهور البطلان الا بشرط القطع والله أعلم. (1) إذا باع شجرة واستثنى ثمرتها التي لم تؤبر

(1) بياض الاصل فحرر

[501]

فانه لا يشترط شرط القطع على الصحيح (1) وإذا باع شجرة وبقيت ثمرتها المؤبرة للبائع قبل بدو الصلاح لا يشترط قطعها جزما (2) وإذا باع ثمرة بعد بدو الصلاح فعلم اختلاطها بغيرها قبل الجذاز بطل العقد على أحد القولين ولو باع شجرة عليها ثمرة مؤبرة واختلطت بثمرة أخرى فكذلك على المذهب (3) ولو باع رطبة أو شبهها مما ذكرناه هنا لم يجز الا بشرط القطع (4) ولو باع الارض وفيها رطبة تبقى للبائع ويعلم اختلاطها بغيرها فهو كما لو باع شجرة عليها ثمرة مؤبرة يعلم اختلاطها بغيرها ومقتضى المذهب كما قدمته اشتراط القطع فكذلك هنا وظهر لك بجميع هذه المسائل ان اطلاقهم عدم اشتراط القطع فيما إذا بقيت الثمرة للبائع قبل التأبير بالشروط أو بعد التأبير وقبل بدو الصلاح بالعقد محمول على ما إذا لم يكن تلاحق المثار غالبا أما لو كان غالبا فمقتضى ما تقرر بطلانه كما إذا باع

(من 1 إلى 4) بياض بالاصل فليحرر

[502]

ثمرة يعلم تلاحقها بغيرها وليس لك أن تفرق بأن الثمرة هناك مبيعة فتعذر تسليمها موجب للبطلان بخلاف ما إذا بقيت للبائع فإنها ليست بمبيعة لانا نقول ان هذا المعنى هو الذي لحظه ابن خيران فيما إذا باع الشجرة وعليها ثمرة فاختلطت بغيرها وقد أبطله الاصحاب هناك ولو باع شجرة وعليها ثمرة غير مؤبرة واستثنى البائع اما بشرط القطع ان شرطناه أو بدونه فحدث طلع آخر فهل يكون حكمه ما إذا بقيت الثمرة المؤبرة للبائع وحدث طلع آخر فيجرى فيه الوجهان في أن الطلع يكون للبائع أو للمشتري أو نقول هنا ان الطلع الحادث للمشتري قولا واحدا لان الثمرة غير المؤبرة انما بقيت بالشروط فلا يستتبع الطلب الحادث لم أر في ذلك نقلا (فان قلنا) ان الطلع للبائع تبعا للثمرة فلا كلام (وان قلنا) للمشتري وكان الغالب تلاحقه فهل يصح من غير شرط فيصير كما لو باع شجرة عليها ثمرة مؤبرة يعلم اختلاطها

[503]

بغيرها وقياس المذهب فيها البطلان ولو اشترى شجرة القثاء والبطيخ ونحوه مع ثمرتها اشترط القطع لانه كالزراع ثم ان لم يتفق القطع حتى خرج شئ آخر فالخارج والموجود كله للمشتري وهذا هو الوجه في تحصيل كل الثمرة الموجودة وغيرها للمشتري وان اراد الخلاص من مطالبته بالقطع استأجر منه الارض سنة أو سنتين فيحصل له منفعة تلك المدة ولا يملك صاحب الارض مطالبته بالقطع قاله الروياني وغيره. بعون الله تعالى قد تم طبع الجزء الحادي عشر..

مكتبة يعسوب الدين عليه السلام الالكترونية