

# شبكة مشكاة الإسلامية

## المجموع شرح المذهب

### الإمام محيي الدين النووي

ج 12

[ 1 ]

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

[ 2 ]

بسم الله الرحمن الرحيم \* (باب بيع المصبرات والرد بالعيب) \*\* قال  
المصنف رحمه الله تعالى \* \* (إذا اشترى ناقة أو شاة أو بقرة مصراة ولم  
يعلم بأنها مصراة ثم علم أنها مصراة فهو بالخيار بين أن

[ 3 ]

يسك وبين أن يرد لما روى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم  
قال لا تصروا الابل والغنم للبيع فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين  
بعد أن يخلبها ثلاثا ان رضىها أمسكها وإن سخطها ردها وصاعا من تمر "  
وروى أن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال " من ابتاع محفلة فهو  
بالخيار ثلاثة أيام فان ردها رد معها مثل أو مثلى لبنها قمحا) \* \* \* (الشرح)  
حديث أبي هريرة متفق عليه رواه الأئمة مالك في الموطأ والشافعي عنه  
والبخاري ومسلم في صحيحهما وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه  
وليس في شيء من الفاظهم ولا في غيرها مما وقفت عليه من كتب  
الحديث اللفظ الذي أورده المصنف هكذا وهذا الحديث رواه عن أبي هريرة  
جماعة منهم عبد الرحمن الأعرج المشهور بصحته ولفظه لا تصروا الابل  
والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يخلبها ان رضىها  
أمسكها وان سخطها ردها وصاعا من تمر رواه البخاري ومسلم وأبو داود  
وليس فيه بعد أن يخلبها ثلاثا وكذلك رواه الشافعي وفيها زيادة لا تصروا  
الابل والغنم للبيع كذلك رواه المزني عنه وقيل أن المزني انفرد بهذه  
الزيادة عن الشافعي رحمه الله (وأما) الربيع فانه روى عنه كما روى  
الجماعة بدون هذه الزيادة ومن الرواة له عن أبي هريرة رضى الله عنه أبو

بكر محمد بن سيرين ولفظه " من اشترى شاة مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام فان ردها رد معها صاعا

#### [ 4 ]

من طعام " لامراء في رواته من طريقة " من اشترى مصراة فهو بخير النظرين إن شاء أمسكها وإن شاء ردها وصاعا من تمر " لامراء (1) رواهما مسلم وأبو داود \* وروى الترمذي والنسائي وابن ماجه بعض ذلك وروى أبو صالح عن أبي هريرة ولفظه " من ابتاع شاة مصراة فهو فيها بالخيار ثلاثة أيام إن شاء أمسكها وإن شاء ردها معها صاعا من تمر " رواه مسلم \* (قال البخاري قال

(1) بياض بالاصل

#### [ 5 ]

بعضهم عن ابن سيرين صاعا من طعام وهو بالخيار ثلاثا \* وقال بعضهم عن ابن سيرين صاعا من تمر ولم يذكر ثلاثا والتمر أكثرها كلام البخاري ورواه عن أبي هريرة موسى بن يسار ولفظه " من اشترى شاة مصراة فلينقلت بها فليحلبها وان رضى حلابها أمسكها وإلا ردها ورد معها صاعا من تمر " رواه مسلم ورواه عن أبي هريرة أبو صالح ولفظه " من ابتاع شاة مصراة فهو فيها بالخيار ثلاثة أيام إن شاء أمسكها وإن شاء ردها ورد معها صاعا من تمر " رواه مسلم وفي لفظ من رواية ابن سيرين " من اشترى من الغنم فهو بالخيار " رواه مسلم ورواه عن أبي هريرة همام بن منبه ولفظه " إذا ما أحدكم اشترى نعجة مصراة أو شاة مصراة فهو بخير النظرين بعد ان يحلبها إما هي وإلا فليردها وصاع تمر " رواه مسلم \* قال بعضهم وهو دليل على الرد بغير أرش ورواه عن أبي هريرة ثابت مولى عبد الرحمن بن زيد ولفظه " من اشترى غنما مصراة فاحتلبها فان رضىها أمسكها وان سخطها ففي حلبتها صاع من تمر " رواه البخاري وأبو داود (وقال) بعضهم وهو دليل على أن صاع التمر في مقابلة اللبن وأنه أخذ قسطا من الثمن \* ورواه عن أبي هريرة الشعبي ولفظه " من اشترى منكم محفلة فكرهها فليردها وليرد معها صاعا من طعام " رواه ابن الجارود وفي لفظ من رواية ابن سيرين " من اشترى نعجة مصراة أو شاة مصراة فحلبها فهو باحد النظرين بالخيار ان شاء ردها وأثناء من طعام " رواه البيهقي عن أبي عبد الله الحاكم بسند صحيح \* وكل هذه الالفاظ مرفوعة إلى

#### [ 6 ]

النبى صلى الله عليه وسلم فهذه روايات أبى هريرة ليس فى شئ منها اللفظ الذى ذكره المصنف بتمامه بل طريق الاعرج جمعت بين النهى عن التصرية وبيان حكمها من غير ذكر الثلاث \* وطريق ابن سيرين وأبى صالح فيها ذكر الثلاث وهى مقتصرة على بيان الحكم والظاهر أنهما حديثان وليسا حديثا واحدا حتى يمكن أن تضاف هذه الزيادة إلى الرواية الأولى بل والمعنى أيضا مختلف لان رواية ابن سيرين وأبى صالح اللتين فيهما ذكر الثلاث (فالأول) يقتضى اثبات الخيار ثلاثا من غير بيان ابتدائه (والثانى) يقتضى اثبات الخيار من غير بيان مدته فالجمع بينهما كما فى الكتاب يقتضى التصريح بحكم لم يصرح به فى شئ من الروايتين وهو أن يكون الخيار بعد الحلب ثلاثا فالثلاث إما راجعة للخيار فيقتضى أنه بعد حلبها ثلاثا ثبت الخيار وكل واحد من الأمرين لم يدل عليه شئ من الروايات صريحا (وأما الثانى) فلم يدل عليه أصلا لا صريحا ولا ظاهرا وممن ذكر الحديث كما ذكره المصنف سواء العبدى فى الكفاية والرافعى فى التهذيب \* وقالوا رواه البخارى ومسلم وينبغى أن يكون مرادهما أصل الحديث لان ذلك اللفظ وممن ذكره كذلك أيضا الشيخ أبو حامد فى تعليقه وذكر أنه حديث

[ 7 ]

مختصر المزنى والمصنف تبع الشيخ أبى حامد فى ذلك والموجود فى مختصر المزنى ليس فيه هذه اللفظة ولم يذكرها القاضى أبو الطيب فى تعليقه أيضا وإنما ذكر على الصواب وذكره ابن أبى هريرة فى تعليقه بلفظ قريب مما ذكره المصنف فيه الخيار ثلاثا وليس فيه بعد أن يحلبها وهو مصدر بالنهى كما ذكره المصنف وهو فى الغرابة كاللفظ الذى أورده المصنف \* وذكره أيضا جماعة من الأصحاب منهم الغزالي كما ذكره المصنف وأصل الحديث ثابت متفق عليه بالالفاظ المتقدمة على ما تبين أجمع أهل العلم بالحديث على صحته وثبوته من حديث أبى هريرة رواه عن الاعرج ومحمد بن سيرين وأبو صالح السمان وهمام بن منبه وثابت مولى عبد الرحمن وقد تقدمت روايتهم ومحمد بن زياد ورواياته فى جامع الترمذى بقريب من الالفاظ المتقدمة وموسى بن يسار وقد تقدم ومجاهد وأبو إسحق ويزيد ابن عبد الرحمن بن أذينة وغيرهم ورواه عن هؤلاء وعن من بعدهم خلائق لا يحصون حتى ادعى بعضهم أنه صار إلى التواتر وقال ابن عبد البر حديث المصراة ثابت صحيح لا يدفعه أحد من أهل العلم بالحديث (وأما) حديث ابن عمر فرواه أبو داود وابن ماجه باللفظ الذى ذكر المصنف \* قال الخطابى

[ 8 ]

وليس إسناده بذاك (قال) الحافظ المنذرى والأمر كما قال فان جميع بن عمير قال ابن بهير هو من أكذب الناس (وقال) ابن حبان كان رافضا يضع الحديث (قلت) وجميع بن عمير هو الذى له عن ابن عمر هذا الكلام عن ابن بهير وابن حبان من أشد ما قيل فيه وقد قال ابن أبى حاتم سألت أبى عنه فقال من عتق الشيعة ومحلله الصدق صادق الحديث كوفى تابعي (وقال) البخارى فى التاريخ الكبير فيه نظر (وقال) البيهقى فى المعرفة لما ذكر هذا الحديث هذه الرواية غير قوية (وقال) فى كتاب السنن الكبير تفرد به

جميع بن عمير وذكر عبد الحق هذا الحديث في الاحكام ولم يتعرض لحال جميع ابن عمير هذا وانما أعله بصدقة بن سعيد الراوى عن جميع فانه أيضا ليس بالقوى فهذا ما يتعلق بالحديثين اللذين في الكتاب وقد روى حديث المصرة عن ابن عمر أيضا بما يوافق رواية أبى هريرة رواه الدارقطني من حديث ليث عن مجاهد عن ابن عمر وأبى هريرة رفعوا الحديث (قال لا يبيع حاضر لباد ولا تلقوا السلع بأفواه الطريق ولا تناجشوا ولا يسم الرجل على سوم أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه حتى ينكح أو يرد ولا تسلم المرأة طلاق أختها لتكتفي ما في صحتها فانما لها ما كتب لها ولا تبيعوا المصرة من الابل والغنم فمن اشتراها فهو بالخيار ان شاء ردها وصاعا من تمر والرهن مركوب

## [ 9 ]

ومحلوب " وليث المذكور في سنده هو ليث بن أبى سليم ولا تقوم به حجة عند أكثر أهل العلم بالحديث وروى الدارقطني من حديث كثير بن عبد الله عن أبيه عن جده وهو عمرو بن عوف المزني قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا حلب ولا جنب ولا إعراض ولا يبيع حاضر لباد ولا تصروا الابل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو إذا حلبها بخير النظرين إن رضيها أمسكها وإن سخطها ردها وصاعا من تمر " وكثير بن عبد الله هذا ضعيف جدا (قال) الشافعي رحمه الله فيه ركن من أركان الكذب (وقال) ابن حبان له عن أبيه عن جده نسخة موضوعة (قال) الدارقطني عقب هذا الحديث تابعه عاصم بن عبد الله عن سالم عن ابن عمر في المصرة وروى البيهقي رحمه الله في السنن الكبير بسند جيد عن عبد الرحمن بن أبى ليلى التابعي الكبير الثقة المشهور عن رجل من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم عن النبي صلى الله عليه وسلم " أنه نهى أن تتلقى الاجلاب وأن يبيع حاضر لباد ومن اشترى مصرة فهو بخير النظرين فان حلبها ورضيها أمسكها وان ردها رد معها صاعا من طعام أو صاعا من تمر " قال البيهقي يحتمل أن يكون هذا شكا من بعض الرواة فقال صاعا من هذا أو من ذاك لا أنه على وجه التخيير ليكون موافقا للاحاديث الثابتة في هذا الباب \* وروى البيهقي رحمه الله أيضا من حديث اسماعيل بن مسلم عن الحسن بن أنس بن مالك رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " من اشترى شاة محفلة فان

## [ 10 ]

لصاحبها أن يحتلبها فان رضيها فليمسكها وإلا فليردها وصاعا من تمر " اسماعيل بن ابراهيم مسلم متروك وروى أبو بكر الاسماعيلي رضى الله عنه في كتابه الصحيح المستخرج على صحيح البخاري رحمه الله من حديث سليمان التميمي عن عبد الله وهو ابن مسعود رضى الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال " من اشترى شاة محفلة فليردها فليرد معها صاعا " رواه من حديث أبى خلف التيمى لكنه اختلف في وقفه ورفع فرواه البخاري في الصحيح موقوفا من قول ابن مسعود رضى الله عنه وكذلك رواه الشافعي في الام في أحكام على وابن مسعود رواه عن هشام هكذا رأته في الام (وقال) ابن الاثير فيما بلغه عن هشام (وقال)

الاسماعيلي أن أبا خالد رفعه وأن ابن المبارك ويحيى بن سعيد وابن أبي عدى وبزيد بن زريع وهشاما وجريرا وغيرهم رواه موقوفا على ابن مسعود ورواه البرقاني موقوفا على شرط البخاري وزاد " من تمر ماله " الاسناد والحكم على طريقة المحدثين شرط في مثل هذا الموضوع للوقف وتقديمه على رواية الرفع (أما) على طريقة الفقهاء فينبغي الحكم للرفع وان أبا خالد وهو سليم بن حبان الاحمر لانه احتج به الشيخان ومن رفع معه زيادة من وقف والمخالف في هذه المسألة يحكم بصحة مثل ذلك فقد تلخصت روايات حديث المصراة من طريق أبي هريرة وابن عمر وعمرو بن عوف المزني جد كثير بن عبد الله رضى الله عنهم ورجل من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وأنس من مالك وابن مسعود

## [ 11 ]

رضى الله عنهم (وأصحهما) رواية أبي هريرة رضى الله عنه ورواية رجل من الصحابة سندها جيد ورواية ابن مسعود على طريقة المحدثين ضعيفة في رفعها وتحب علي طريقة كثير من الفقهاء التمسك بها وترجيح الحكم بالمرفوع ولا أرى التمسك بمثل هذا لمنصف في مثل هذا الموضوع مع قوة الظن بالوقف لرجحان روايته كثرة وجماله نعم ذكر الماوردي أن الشافعي رواه أعنى يحيى بن سعيد عن التيمي ولم أقف عليه في كلام الشافعي فان صح ذلك وكان الرفع فيه محققا تعين الحكم بصحته وقد ذكر الاسماعيلي عن يحيى بن سعيد أنه ممن رواه موقوفا فان صح ما ذكره الماوردي فيكون عنه روايتان والله أعلم (أما) اللغة فقوله صلى الله عليه وسلم لا تصروا - فهو بضم الناء المثناة من فوق وفتح الصاد وبعد الراء المشددة واو وفتح لام الابل علي - مثال تركوا (قال) القاضي عياض كذا صحيح الرواية من صرى إذا جمع مثقل ومخفف وهو تفسير مالك له والكافة من أهل اللغة والفقهاء وبعض الرواة تحذف واو الجمع وتضم لام الابل على ما لم يسم فاعله وبعضهم يقول يصير - بفتح الياء وضم الصاد واثبات واو الجمع ونصب لام الابل - وخطأ القاضي هذين الوجهين (وقال) انهما لا يصحان إلا على تفسير من فسر بالربط والشد من صر يصير (وقال) فيه المصرورة وهو تفسير الشافعي لهذه اللفظة كأنه يحبسها بربط أخلافها وشدها لذلك وخطأ ابن عبد البر الوجه الاخير وجعله وهما محتجا بأنه لو كان كذلك مصرورة قال وهذا

## [ 12 ]

لا يجوز عندهم ولم يذكر ابن عبد البر الوجه الثاني وهو مثل الوجه الاخير وقيده الفارقي تلميذ المصنف بالوجه الثاني وابن معن شارح المذهب بالوجه الثالث وكلاهما خطأ والفارقي أقل عذرا لان الواو ثابتة في جميع ما وقفت عليه من كتب الحديث ونسخ المذهب (قال) الخطابي اختلف أهل العلم واللغة في المصراة ومن أين أخذت واشتقت (فقال) الشافعي رضى الله عنه التصرية أن تربط اخلاف الناقة والشاة وتترك من الحلب اليومين والثلاثة حتى يجتمع لها لبن فيراه مشتريها كثيرا فيزيد في ثمنها فإذا تركت بعد تلك الحلية حلية أو اثنتين عرف أن ذلك ليس بلبنها (قال) أبو عبيد المصراة الناقة أو البقرة أو الشاة التي قد صرى اللبن في ضرعها معنى

حقن فيه أياما فلم يحلب وأصل التصرية حبس الماء وجمعه يقال منه صريت الماء ويقال إنما سميت المصرة لأنها مياه اجتمعت قال أبو عبيدة ولو كان من الربط لكان مصرورة أو مصررة قال الخطابي كأنه يريد به الرد على الشافعي قال الخطابي قول أبي عبيد حسن وقول الشافعي صحيح والعرب تصر ضرور الحلويات إذا أرسلتها تسرح ويسمون ذلك الرباط صرارا فان راحت حلت تلك الاصرة وحلبت واستدل لصحة قول الشافعي بقول العرب (العبد لا يحسن الكر والفر إنما تحسن الحلب والصر) ويقول مالك بن نوبيرة فقلت لقومي هذه صدقاتكم مصررة اخلاقها لم تجدد \* قال ويحتمل أن أصل المصرة مصررة أبدلت إحدى الرأين ياء وقال الأزهرى

## [ 13 ]

في كلامه على مختصر المزني جائز أن تكون سميت مصرة من صرا خلافها كما قال الشافعي رحمه الله وجائز أن تكون سميت مصرة من الصرى وهو الجمع (يقال) صريت الماء في الحوض إذا جمعته (ويقال) كذلك الماء صرى (وقال) عبيد \* يا رب ماء صرى وردته \* سبيله خائف حدث \* ومن جعله من الصر قال كانت المصرة في الاصل مصرورة فاجتمعت ثلاث رأات فقلبت إحداها ياء كما قالوا تظمنت من الظن وكما قال العجاج \* بمضي الباز إذ البازى كسر \* هذا كلام الأزهرى رحمه الله وكلام الشافعي رحمه الله المذكور وهو في مختصر المزني وقال النووي رحمه الله وفي صحيح مسلم عن أبي هريرة رضى الله عنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم " عن النجش والتصرية " قال وهذا يدل لرواية الجمهور يعنى للضببط في الرواية كما تقدم (وأما) الاشتقاق والمعنى المختلف فيه بين الشافعي وغيره فليس فيه تعرض له لأنه يصح ذلك مع إبدال الراء ياء على أنه ليس في كلام الشافعي رحمه الله تصريح بأن ذلك مأخوذ من الصر وإنما مقصوده ومدلول كلامه أنه فسر التصرية بالامور المذكورة في كلامه من الربط والترك من الحلب حتى يجتمع اللبن والشك أن ذلك فيه معنى الربط والجمع معا فيحتمل أن تكون التسمية بذلك لاجل الجمع وذكر الربط لأنه المعتاد عند العرب على ما تقدم من كلام الخطابي ولأنه سبب

## [ 14 ]

في احتباس اللبن وإذا كان كذلك فليس في كلام الشافعي مخالفة لغيره إلا زيادة تبيين ما كانت العرب تفعله من ربط أخلاف الناقة والشاة ويحتمل أن يكون تسميتها بذلك لما اشتملت عليه من الصر والربط وحينئذ تتحقق المخالفة فالأقرب أن الشافعي إنما أراد المعنى الاول وقد قال أبو حاتم السجستاني الشافعي اعلم باللغة منا نقله عن الثعلبي في تفسير سورة النساء وروينا عن عبد الملك بن هشام قال قول الشافعي حجة في اللغة قال الربيع وكان ابن هشام بمصر كالأصمعي بالعراق وقال أبو عبيد الشافعي ممن يؤخذ عنه اللغة أو من أهل اللغة الشك من ابن أبي حاتم وقال المازني الشافعي عندنا حجة في النحو وقال أبو الوليد بن الجارود أن للشافعي لغة جيدة يحتج بها كما يحتج بالبطن من العرب وقال ثعلب أن الشافعي رحمه الله من بيت اللغة يجب أن تؤخذ عنه وقال أيوب بن سويد خذوا عن الشافعي اللغة وقال ثعلب أيضا إنما يؤخذ الشافعي باللغة لأنه

من أهلها وإنما ذكرت هذه الأقول كلها ليتبين قدر الشافعي عند أئمة اللغة وقد وقع في كلامه رحمه الله أن التصرية أن يربط أخلاف الناقة والشاة وأخلاف جمع خلف - بكسر الخاء المعجمة وسكون اللام - (قال) ابن قتيبة الخلف لكل ذات خف والطفى للسياح وذوات الحافر وجمع أطباء والصرع لكل ذات ظلف قال وقد يجعل الصرع أيضا لذوات الخف والخلف لذوات الظلف والثدى للمرأة

## [ 15 ]

(قلت) فاطلاق الشافعي اخلاف الناقة والشاة (إما) أن يكون على هذا القول (واما) أن يكون من باب التغليب علينا الناقة على الشاة والله أعلم \* وفي التصرية لغة التصوية بدل الرء واو قال الهروي التصوية والتصرية واحد وهو أن تصرى الشاة أي تجفل قال يوسف بن اسماعيل بن عبد الجبار ابن أبي الحجاج المقدسي فيما علقه من كتاب التنبيه على تصحيف أبي عبيد الهروي في كتاب الغربيين تخريج ابن ناصر قال الحافظ هكذا رأيت في عدة نسخ يصر الشاة بغير ياء والصواب أن يصرى باثبات الياء بعد الرء من حديث الناقة (فأما) قوله أن يصر فمعناه أن يشد وذلك يجوز ولم ينع عنه النبي صلى الله عليه وسلم (قلت) ولم أره في الغربيين إلا بالراء والياء كما نقلته فلعل النسخ التي وقعت لابن ناصر كانت مصحفة ولو كان الأمر على ما وقع له من النسخ لكان ذلك قريبا من المعنى المنسوب للشافعي وقد تقدم الكلام فيه وما اعترض به من أن النهى لم يرد عن الصر فجوابه أن المراد أن يكون ذلك لاجل البيع على وجه الغش والخديعة كما دلت عليه رواية المزني المتقدمة وكلا الأمرين الصر والتصرية حرام إذا قصد به ذلك وجائز إذا لم يقصد به ولم يترتب عليه خديعة ولا ضرر بالحيوان لكن الحكم المذكور من الرد وثبوت الخيار إنما يكون في حالة يحصل فيها اجتماع اللبن لا في الصر المجرد لفهم المعنى والله أعلم \* واللقحة - بكسر اللام وفتحها - والكسر أفصح وجمعها لقع مثل قرية وقرب

## [ 16 ]

وهي الناقة القريبة العهد بالولادة نحو شهرين أو ثلاثة والمحفلة هي التي جفل اللبن في ضرعها وهي المصرة (وقوله) بخير النطرين هو امسك المبيع أو يرده أيهما كان خيرا له فعله (والحلاب) هو الاناء يملأه قدر حلبة ناقة ويقال له المحلب أيضا وبعضهم يطلق فيقول الحلاب الاناء الذي يحلب فيه اللبن ويطلق على المحلوب وهو اللبن كالحراف لما يحترف وقال أبو عبيدة إنما يقال في اللبن الاحلاب والمشهور عند العلماء أن المراد بالحلاب في الحديث وكذلك الحلبة في بعض روايات الحديث اللبن نفسه ومن الظاهرية من امتنع من ذلك ورأوا أن هذا من المجاز للذي لم يدل نص على إرادته وسيقع الكلام في ذلك أن شاء الله تعالى في الفصل الثاني عند قول المصنف بدل اللبن والتمر الحنطة والطعام في بعض روايات الحديث وإن كان مطلقا فالمراد به التمر واستدلوا على ذلك بأمرين (أحدهما) أنه كان الغالب على أطعمتهم (والثاني) لأن معظم روايات الأحاديث إنما جاءت " وصاعا من تمر " ويحتمل وجهها ثالثا من الاستدلال وهو حمل المطلق على المقيد وليس من شرط ذلك أن يكون هو الغالب ولا

أن يترجح روايته هذا ما في حديث الكتاب وطرقه من اللغة وتبويب المصنف المقصود به ذكر الاسباب المثبتة لخيار النقيصة وهو ما تبنت بفوات أمر مظنون ينشأ الظن فيه من

## [ 17 ]

تغير فعلى كالتصيرية أو نص عرفى كالعيب فان العرف يقتضى السلامة أو التزام شرطى كشرط الكتابة ونحوه إذا خرج بخلافه وقد ضمن المصنف هذا الباب هذه الاقسام الثلاثة على هذا الترتيب وقدم التصيرية لانها هي المنصوص عليها وذكر الرد بالعيب بعد ذلك وقاسه عليها كما سيأتي في كلامه وقد ورد فيه حديثا نصا سنذكره في موضعه إن شاء الله تعالى ثم ذكره بعده خيار الخلف الذى يثبت بفوات الالتزام الشرطى وجعل مؤخرا عن الرد بالعيب (إما) لانه ورد فيه حديث أيضا أعنى الرد بالعيب (وإما) لان الرد بالعيب أكثر وقوعا وإن كانا جميعا ثبتا بالقياس على التصيرية كما اقتضاه كلام المصنف ولولا التصيرية ورد فيها النص لكان يقتضى أن يقدم الالتزام الشرطى عليهما لان الملتزم بالشرط أوكد من حيث المعنى من الملتزم بالعرف أو بقريئة الحال ولذلك قال الغزالي أن الالتزام الشرطى هو الاصل وما عداه ملحق به يشير إلى هذا المعنى فكان ذلك كمنص في فرع ليس فيه إلا أصل واحد فانه يتبين بذلك حكم ذلك الاصل ويصح أن يقال أن حكم الفرع مأخوذ من ذلك الاصل وإن كان منصوصا وهذا المعنى ذكره القاضى حسين في نص الشافعى على فرع يكون بهذه الصفة (وأما) اقتصار المصنف في الترجمة على المصرة والرد بالعيب وسكوته على خيار الخلف وان كان الخلف ليس بعيب ولكنه فوات فضيلة فلاجل استوائهما في النقص فيه بأحدهما على الآخر ولان التصيرية والرد بالعيب فرعان لاصل بالمعنى الذى لحظه الغزالي كما تقدم فذكرهما في الترجمة منه على اصلهما بطريق أولى ووضع المصنف هذا الباب لانه فرع من الابواب المتضمنة شروط العقد مطلقا في باب ما يجوز بيعه وشروطه في الربويات وبيع الثمار أخذ في أسباب الفسخ واستدراك ما يقع في المبيع من العيب بالفسخ أو بالارش " وقول المصنف أو بقرة " ليتبين أن الحكم غير مقصور على الابل والغنم اللذين تضمنهما الحديث الذى ذكره بل هو شامل إما بالقياس إذا اقتصر على الحديث الذى أوراه المصنف وذلك من باب الاولى لان لبن البقر أغزر وأكثر بيعا من لبن الابل

## [ 18 ]

وإما بالنص فان في الروايات الصحيحة التى تقدمت " من اشترى مصراة " (وقال) بعض شارحي التنبيه إن ذلك للرد على الظاهريين اللذين خصوا الحكم بالمنصوص عليه من الابل والغنم وهذا الذى نقله عن الظاهريين نقله القاضى أبو الطيب وغيره من أصحابنا عن داود فصرح ابن المعلى وابن حزم الظاهريان بأن شمول الحكم تمسكا بالنص العام وهو قوله " من اشترى مصراة " ولم يحكى في ذلك خلافا وهو اللائق بمذهبهم أخذ بعموم الخبر ولا يجب تقييد أحد الخبرين بالآخر لان ذلك إنما يكون في المطلق والخبر ههنا عام لصيغة من لكن يعرض ههنا بحثان (أحدهما) أن هذا الخبر الذى فيه " من اشترى مصراة " من رواية ابن سيرين عن أبى هريرة كما

تقدم وقد تقدم من روايته أيضا " من اشترى شاة مصراة " وهذه الرواية فيها زيادة ليس في الاولى وزيادة العدل مقبولة فيجب العمل بها وعدم القول بالعموم فان الحديث واحد ومخرجه واحد ووجه إدراك الصواب في هذا البحث أنا نظرنا الرواية العامة المذكورة التي ليست فيها الزيادة وهي قوله " من اشترى مصراة " فوجدناها من رواية سفيان بن عيينة عن أيوب عن ابن سيرين وذلك في مسلم ومن رواية هشام بن حسان عن ابن سيرين وذلك في ابن ماجه بسند صحيح ومن رواية قرة بن خالد عن ابن سيرين وذلك في الترمذي بسند صحيح ومن رواية محمد بن زياد عن أبي هريرة وذلك في الترمذي بسند صحيح ومن رواية موسى بن يسار عن أبي هريرة وذلك في النسائي ونظرنا الزيادة فوجدناها من طرق (منها) عبد الوهاب عن أيوب وفيها " من اشترى من الغنم " وهذا اختلاف عن أيوب عن سفيان وعبد الوهاب والراوي عنهما شخص واحد وهو العدلي (ومنها) قرة عن ابن سيرين وفيها " من اشترى شاة مصراة " وهذا اختلاف عن ترك أيضا وكذلك موسى بن يسار واختلف عنه أيضا واختلف أيضا عن هشام بن حسان وكلا السندين إليه على شرط الصحيح فلما رأينا هذه الروايات والاختلاف نظرنا ما يقتضيه النظر في ذلك فقلنا جميع أصحاب أبي هريرة الذين ذكراهم وهنا اختلف

## [ 19 ]

عنهم في ذلك إلا محمد بن زياد والشعبي فانه لم يختلف عنهما فيما علمنا ولم يرد عنهما إلا الصيغة العامة والا ثابت مولى عبد الرحمن فلم يرد عنه إلا الطريق المثبتة للزيادة وهي قوله " من اشترى غنما مصراة " (فقد) يقال ان كل واحد من الشعبي ومحمد بن زياد أجل من ثابت مولى عبد الرحمن وسفيان بن عيينة عن أيوب عن ابن سيرين أجل واحفظ وأنتم ممن خالفه فتقدم رواية العموم لذلك (وقد) يقال إن جانب الزيادة هنا ورد من طرق صحيحة واحتمال النقص في رواية المثبت المتقن أولى من احتمال الخطأ والوهم بالزيادة في حق الثقة والذي أقوله أن الحكم بالخطأ على راوي الزيادة هنا بعيد (فالأقرب) أن تجعل الروايتان ثابتتين ولعل النبي صلى الله عليه وسلم تكلم بهما مرتين فرواهما أبو هريرة كذلك ويكون ذكر الغنم في إحدى الروايتين على سبيل المثال ولو كان الحكم مقصورا عليه لما ذكر في الابل وقد صح في الابل من حديث الاعرج عن أبي هريرة (والبحث الثاني) إذا ثبتت الروايات في كلام النبي صلى الله عليه وسلم فمفهوم الرواية التي فيها التقييد لم لا يخص به عموم الرواية الاخرى كما مثله في قوله " إذا أفضى أحدكم بيده إلى فرجه " مع قوله " من مس فرجه " حيث خصوا عموم الثاني بمفهوم الاول فلا ينتقض بغير الافضاء الذي هو المس بباطن الكف وذلك هنا (إما) من مفهوم الشرط لقوله " من اشترى " (وأما) من مفهوم الصفة لقوله " من اشترى من الغنم " وكلا المفهومين حجة عند كثير من العلماء (منهم) الشافعي والمفهوم يخص به العموم كما قلنا في المس (والجواب) عن هذا أن جانب المفهوم هنا ضعف بثبوت الحكم المذكور في الابل صريحا بحديث الاعرج عن أبي هريرة وبفهم المعنى من ذلك بخلاف الاحداث فان مبنائها على التبعيد فهذان الامران أضعفا اعتبار المفهوم من قوله " من اشترى شاة " وقوله " من اشترى من الغنم " والثاني وحده يضعف اعتبار المفهوم من قوله " إذا اشترى أحدكم نعجة أو شاة " (وأما) الظاهرية فانهم غير قائلين بالمفهوم فلا يرد عليهم ويحتجون بالعموم لثبوته على ما تقدم والله أعلم \* (وقول المصنف ولم يعلم أنها مصراة) شرط لا بد منه علي أصح

الوجهين عند الجمهور منهم القاضى أبو الطيب وفيه قول آخر مشهور في المذهب أن الخيار يثبت وإن كان المشتري عالماً بالتصيرية حين العقد ويعبر عن الوجهين بأن هذا الخيار هل هو خيار عيب أو خيار ثابت بالشرع وبناهما الرافعى وغيره على أن الخيار يمتد ثلاثة أيام أو يكون على الفور (فإن قلنا) بالأول ثبت مع العلم وإلا فلا وسيأتى الوجهان في كونه على الفور أو إلى ثلاثة أيام في كلام المصنف إن شاء الله تعالى (والصحيح) عند الرافعى ومن وافقه أن ذلك على الفور فالبناء حينئذ منته (والمختار) أنه يمتد ثلاثة أيام كما سيأتى إن شاء الله تعالى تقريره والجمهور ههنا أن متى علم المشتري بالتصيرية حالة العقد لا يثبت الخيار وإن ذلك خيار ثبت لأجل النقص ومن العجب أن الظاهرية لم يثبتوا الخيار ههنا في حالة العلم ويحتاجون إلى دليل في ذلك بأن اللفظ متأول وما ادعينا نحن من ظهور المعنى وفهمه هم لا يعتبرونه (وقوله) فهو بالخيار إلى آخره هذا هو الحكم المقصود من هذا الفصل (وممن) قال به من الصحابة عبد الله بن مسعود وأبو هريرة من فتياه صح ذلك عنهما ولا مخالف لهما من الصحابة ونقل العبدى القول به أيضا عن ابن عباس وابن عمر وأنس (وممن) قال به من الفقهاء بعدهم الشافعى ومالك والليث وابن أبى ليلى وأحمد وإسحق وأبو ثور وداود وأبو يوسف وزفر ومسلم بن خالد الزنجى وأبو عبيد وجمهور أهل الحديث (واتفق) جميع أصحابنا على ذلك تبعاً لإمامهم وخالف في ذلك أبو حنيفة ومحمد ورويت رواية غريبة بذلك عن مالك ذكر العتبى من سماع أشهب بن مالك أنه سئل عن قول رسول الله صلى الله عليه وسلم " من ابتاع مصرأة فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها إن شاء أمسكها وإن شاء ردها وصاعاً من تمر " فقال سمعت ذلك وليس بالثابت ولا الموطأ عليه ولئن لم يكن ذلك أن له اللبن بما علف وضمن (قيل) له نراك تضعف الحديث (فقال) كل شئ يوضع موضع وليس بالموطأ ولا الثابت وقد سمعته (قال) ابن عبد البر هذه رواية الله أعلم بصحتها عن مالك وما رواها عنه إلا ثقة ولكنه عندي اختلاف من رأيه (قلت) وإن صحت هذه

الرواية عن مالك فينبغي أن يؤول قوله " ليس بالثابت " على الحكم لا على الحديث فإنه صحيح عنده بلا إشكال وقد أودعه الموطأ المشهور عنه خلاف هذه الرواية فالقول بمقتضى الحديث (قال) ابن القاسم (قلت) لمالك أناخذ بهذا الحديث (قال) نعم قال مالك أو لآحد في هذا الحديث رأى قال ابن القاسم وأنا أخذته إلا أن مالكا قال لى أرى لأهل البلدان إذا نزل بهم هذا أن يعطوا الصاع من عيشهم (قال) وأهل مصر عيشهم الحنطة (وقال) ابن عبد البرقى التمهيد أن الصحيح عن مالك ما رواه ابن القاسم وأن رواية أشهب منكراً والله أعلم \* (أما) الاستدلال فدليلنا في المسألة الاخبار المتقدمة وهى صريحة في المقصود والمعنى في ذلك صحيح مستقيم غير خارج عن الاصول على ما سنبين في أجوبة المخالفين إن شاء الله تعالى \* ومن القياس على مالو باع طاحونة حبس ماءها زماناً ثم أرسله حالة البيع فظن المشتري أنه أبداً كذلك ثم علم فانا أجمعنا على ثبوت الخيار (واعتمد) المخالفون في الاعتذار عن الحديث أموال ضعيفة ترجع إلى طريقتين

طريقة الرد وطريقة التأويل (الاول) أن هذا خبر واحد مخالف لقياس من الاصول المعلومة وما كان كذلك لم يلزم العمل به إما كونه مخالف لقياس الاصول المعلومة فمن وجوه (أحدهما) أنه أوجب غرم اللبني مع إمكان رده (وثانيها) أنه أوجب غرم قيمته مع وجود مثله (وثالثهما) أنه جعل القيمة تمرا وهي إنما تكون ذهباً أو ورقاً (ورابعها) أنه جعلها مقدرة لا تزيد بزيادة اللبني ولا تنقص بنقصانه ومن حكم الضمان أن يختلف باختلاف المضمون في الزيادة والنقصان (وخامسها) أن اللبني إن كان موجوداً عند العقد فقد ذهب جزء من المعقود عليه وذلك يمنع الرد وإن كان اللبني حادثاً بعد الشراء فقد حدث على ملك المشتري فلا يضمه وإن كان مختلطاً فما كان موجوداً منع الرد وما حدث لم يجب ضمانه (وسادسها) إثبات الخيار ثلاثاً من غير شرط مخالف للاصول فإن الخيارات الثابتة بأصل الشرع من غير شرط لا تقدر بالثلاث (وسابعها) يلزم من العمل بظاهره الجمع بين الثمن والمثمن للبائع في بعض الصور وهو ما إذا كانت قيمة الشاة صاعاً من تمر فإنها ترجع إليه

[ 22 ]

مع الصاع الذي هو مقدار ثمنها (وثامنها) أنه مخالف لقاعدة الربا في بعض الصور وهو ما إذا اشترى شاة بصاع فإذا استرد معها صاعاً من تمر فقد استرجع الصاع الذي هو الثمن فيكون قد باع شاة وصاعاً بصاع وذلك خلاف قاعدة الربا عنكم فانكم تمنعون مثل ذلك (وتاسعها) أنه أثبت الرد من غير عيب ولا شرط لأن نقصان اللبني ليس بعيب ولا الرد به بدون التصرية (وعاشرها) أن اللبني كالحمل لا يأخذ قسطاً من الثمن والألجاز إفراده بالعقد كالثمن وإذا لم يأخذ قسطاً من الثمن لا يضمن (وأما) المقام الثاني وهو أن ما كان من أخبار الأحاد مخالفاً لقياس الاصول المعلومة لم يجب العمل به فلان الاصول المعلومة مقطوع بها وخبر الواح مظنون والمظنون لا يعارض المعلوم (العذر الثاني لهم) ان هذا الحديث من أخبار أبي هريرة وإنما يقبل من أخباره ما فيه ذكر الجنة والنار (وأما) في الأحكام فلا يقبل وتارة يقولون أنه غير فقيه والحديث مخالف للقياس والصحابة ينقلون بالمعنى ولا ثقة برواية غير الفقيه (العذر الثالث) دعوى النسخ في هذا الحديث وأنه يجوز أن يكون ذلك حيث كانت العقوبة بالمال جائزة (العذر الرابع) أن هذا حديث مضطرب لما وقع الاختلاف في ألفاظه وهذه الامور الاربعة لترك العمل به بالكلية (العذر الخامس) في مخالفتهم لظاهر الحديث بتأويله واستعماله وحمله على ما إذا اشتراها فشرط أنها تحلب خمسة أرطال مثلاً وشرط الخيار فالشرط فاسد فإن اتفقا على إسقاطه في مدة الخيار صح العقد وإن لم يتفقا بطل (وأما) رد الصاع فلأنه كان قيمة اللبني في ذلك الوقت (والجواب) عن ذلك (أما) الاول فبالظن في المقامين جميعاً (أما) قولهم أنه مخالف لقياس الاصول فمن الناس من فرق بين مخالفة الاصول ومخالفة قياس الاصول وخص الرد بخبر الواحد المخالف للاصول لا المخالف لقياس الاصول وهذا الخبر إنما يخالف قياس الاصول وقياس الاصول يترك بخبر الواحد لأنه أقوى منه ولهذا قال أبو حنيفة رضي الله عنه أن القياس أن

[ 23 ]

الاكل ناسيا يفطر ولكن ترك القياس بخير أبى هريرة " أطعمه الله وسقاه " وقيل أبو حنيفة خير أبى فرارة في جواز التوضى بالنبيذ وخير زادن في إبطال طهارة المصلى بالقهقهة لانهما إنما خالفا قياس الاصول ورد خبر التصرية وبيع العربية لانهما خالفا أصول القياس عنده وصاحب هذه الطريق ينازعه في ذلك ويقول إن ذلك إنما هو مخالف لقياس الاصول كالاول ومن سلك هذه الطريقة يسلم أن الحديث المذكور مخالف لقياس الاصول (ومنهم) من لا يسلم أن مخالفة الاصول أيضا قاذحة ويقول أن كل ما ورد النص به فهو أصل بذاته لا يعتبر فيه موافقة الاصول كالدية على العاقلة والغرة في الجنين وغير ذلك وليس إبطال أصل لمخالفته أصولا أخرى بأولى من إبطال تلك الاصول لمخالفتها ذلك الاصل (والصواب) العمل بها جميعا ويعتبر كل أصل بنفسه وصاحب هذه الطريقة يقول انه لا فرق بين مخالفة قياس الاصول ومخالفة الاصول وكلاهما لا يوجب الرد والاحاديث التى ذكروها في التصرية والقهقهة وغيرها سواء في ذلك مع أن خبر التصرية أصح (وأعلم) أن الاصول المختلف في رد الخبر بها هي المستنبطة التى تكون في نفسها متحملة (أما) الاصول المقطوع بها فنص الكتاب والتواتر والاجماع أو الاصول التى في معناها كتحريم الضرب المستفاد من تحريم التأفيف فإذا ورد الخبر بخلافه رد ويعتقد أنه لم يصح لان النبي صلى الله عليه وسلم لا يقول ما يخالف ذلك هكذا قاله الاستاذ أبو إسحق الاسفراينى فهذان جوابان إجماليان عن دعوى مخالفة الاصول (ومنهم) من سلك في الجواب عن ذلك طريق التفصيل ويتبين أن ذلك ليس مخالفا لقياس الاصول من الوجوه التى ذكروها بل في الاصول ما يشهد له وبعاضده (أما) غرم القيمة مع أماكن الرد فان رد اللبن في التصرية غير ممكن لوجهين (أحدهما) نقص قيمته وذهاب كثير من منافعه بطول المكث (والثانى) أن لبن التصرية قد خالطه ما حدث في الضرع بعده على ملك المشتري فلم يمكن رده مع الجهل بما خالطه (وعن الثانى والثالث والرابع) وهو غرامة القيمة مع وجود المثل وكونه تمرا وكونه مقدرًا مع اختلاف

[ 24 ]

قدره ان كان مجهول القدر مجهول الوصف جاز الرجوع فيه إلى بدل مقدور في الشرع من غير مثل ولا تقويم وقد وجد ذلك في مواضع (منها) الحر يضمن بمائة من الابل (ومنها) الجنين يضمن بالغرة ويستوى فيه الذكر والانثى (ومنها) المقدرات من جهة الشرع في الشجاع كالموضحة مع اختلافها بالصغر والكبر (ومنها) جزاء الصيد فليس من شرط الضمان أن يكون بالمثل أو القيمة من النقيدين ولا من شرط المثلى أن يضمن بالمثل والعدول في الامور التى لا تنضب إلى شئ معدود ولا يختلف من محاسن الشرع قطعاً للخصومة والتشاجر وهذه المصلحة تقدر على تلك القاعدة الكلية والتمر غالب أقواتهم كما قدرت الدية بالابل لانها غلب أموالهم (وعن الخامس) وهو إيجاب الرد مع ما حدث في يد المشتري من النقص من وجهين (أحدهما) أن النقص حادث في اللبن دون الشاة وهو إنما يرد الشاة دون اللبن (والثانى) أن النقص الحادث الذى لا يتوصل إلى معرفة العيب إلا به لا يمنع من الرد كالذى يكون مأكوله في جوفه إذا كسر (وعن السادس) وهو أن خيار الثلاث من غير شرطه مخالف للاصول بأن الشئ إنما يكون مخالفاً لغيره إذا كان مماثلاً له وخولف في حكمه وههنا هذه الصورة انفردت عن غيرها بأن الغالب أن هذه المدة هي التى يتبين بها لبن الحبله المجتمع بأصل الخلقة واللبن المجتمع بالتدليس فهى مدة يتوقف على

العلم عليها غالبا بخلاف خيار الرؤية والعيب فانه يحصل من غير هذه المدة  
فيهما وخيار المجلس ليس لاستعلام عيب وعلى أن لنا في تقييد خيار  
المصرأة خلافا سيأتي ان شاء الله تعالى \* وانما جاء السؤال والجواب على  
ظاهر الحديث والوجه الموافق له (وعن السابع) وهو لزوم الجمع بين البديل  
والمبديل من ثلاثة أوجه (أحدها) أن صاع التمر بدل عن اللبن لا عن الشاة فلا  
يلزم الجمع بين العوض والعوض (الثاني) أن الحديث وارد على العادة  
والعادة أن لا تباع شاة بصاع (الثالث) أن ذلك غير ممتنع كما إذا باع سلعة  
بعبد قيمة

## [ 25 ]

كل منهما ألف ثم زاد العبد وبلغت قيمته ألفين ووجد المشتري بالسلعة  
عيبا فردها ويسترجع العبد وقيمه ألفان وذلك قيمة الثمن والمثمن (وعن  
الثامن) وهو مخالفته لقاعدة الربا أن الربا إنما يعتبر في العقود لا في  
الفسوخ ولا في ضمان المتلفات (وعن التاسع) وهو إثبات الرد من غير  
عيب ولا شرط أن الخيار ثبت بالتدليس كما لو باع رحى دائرة بماء قد جمعه  
لها وكما لو سود الشعر فان العيب إنما أثبت الخيار لانه ينقص الثمن به  
والتدليس كذلك ونحن نقول أن هذا التدليس نفسه عيب (وعن العاشر) وهو  
كون اللبن غير مقابل بقسط من الثمن بالمبيع وأن اللبن يقابله قسط من  
الثمن كاللبن في الاناء (وقولهم) لو قابله قسط من الثمن لجاز افراده  
بالعقد منقوض بأساس الدار وأطراف الخشب التي في البناء لا يجوز  
افرادها ويدخل فيه على سبيل البيع ويقابلها قسط من الثمن (وأما)  
الحمل قلنا فيه قولان (فعلي) قولنا بأنه لا يأخذ قسطا يفرق بينهما بأن  
الحمل غير مقدور على استخراجه من الام فهو بمنزلة اللحم المخلوق في  
الجوف بخلاف اللبن فانه مقدور عليه فهذه الاجوبة دافعة لقولهم أنه  
مخالف لقياس الاصول (ولئن) سلمنا مخالفته لذلك (فالجواب) ما تقدم من  
أن المخالفة لا تضر لما تقدم (وقولهم) أن تقديم خبر الواحد على الاصول  
المعلومة فيه تقديم المظنون على المقطوع ممنوع فان تناول تلك  
الاصول لمحل خبر الواحد غير مقطوع به لجواز استثناء محل الخبر عن ذلك  
الاصل فان تلك الاصول عامة والخبر خاص والمظنون يخصص المعلوم  
(وأما العذر الثاني) وهو كونه من رواية أبي هريرة فلو لا ذكره في الكتب  
والاحتياج إلى الجواب لكننا نستحي من ذكره ونجل أبا هريرة أن يتكلم بذلك  
على سبيل الحكاية أو نسمعه في أحد من الصحابة وأبو هريرة من ثقته  
وأمانته وحفظه لسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم بالمحل المعلوم  
ودعا له النبي صلى الله عليه وسلم أن يحبه الله وأمه إلى كل مؤمن

## [ 26 ]

ومؤمنة وروى عن عثمان أنه قال حين روى لهم " امكثي في بيتك حتى  
يبلغ الكتاب أجله " حفظ الله عليك دينك كما حفظت علينا سنة نبينا صلى  
الله عليه وسلم وفضائل أبي هريرة ومناقبه مشهورة والمخالفون في  
حكم هذه المسألة إنما يتعللون بظنهم أنه ليس بفقير وهذا ليس بصحيح  
فان عمر بن الخطاب رضى الله عنه استعمله على البحرين ولم يكن عمر  
رضى الله عنه ليولى غير فقيه وكان أبو هريرة على المدينة في خلافة

معاوية أترى كان يحكم بغير فقه ؟ وقد نقلت عنه فتاوى وقد روى عبد الرزاق في مصنفه عن عمر بن راشد عن يحيى بن أبي كثير عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان أن رجلا من مزينة طلق امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها فأتى ابن عباس يسأله وعنده أبو هريرة فقال ابن عباس إحدى المعطلات يا أبا هريرة فقال أبو هريرة واحدة تثبتها وثلاث تحرمها فقال ابن عباس زينتها يا أبا هريرة أو قال نورتها أو كلمة تشبهها يعني أصاب ففتياه بحضور ابن عباس وقول ابن عباس في ذلك دليل أيضا على فقهه ولو فرضنا وحاش لله أنه غير فقيه فاشترط الفقه تحكم لا دليل عليه مع عدالة الراوى وضبطه وفهمه الذي يمنع من إحالة المعنى ثم إن المخالف قبل خبر أبي هريرة في مواضع من جملتها في النهي عن الجمع بين المرأة وعمتها وبين المرأة وخالتها ولم يرو هذا الحديث من طريق صحيحة غير طريق أبي هريرة وقد روى من جهة غيره بطريق ضعيفة فقبلوا خبره في ذلك وهو مخالف لعموم الكتاب قوله تعالى (وأحل لكم ما وراء ذلكم) فأيهما أعظم مخالفته لعموم الكتاب أو مخالفته لقواعد متنازع في عمومها ومخالفته للقياس المتأخر عن الكتاب بمراتب ثم إن حديث المصراة قد روى من غير طريق أبي هريرة كما تقدم ومن جملتها طريق عن ابن مسعود الامام المجمع على فقهه وعلمه وإن كنا قد رجحنا فيما تقدم أنه موقوف على ابن مسعود كما هو في صحيح البخاري لكن طريق الرفع أيضا جيدة وعلى طريقه

[ 27 ]

كثير من الفقهاء غير المحدثين لا يبعد تصحيحها وقد روى رفعه من غير طريق الاسماعيلي المتقدمة ذكر الماوردي عن أبي عثمان النهدي عن عبد الله بن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم وهذه إذا صح فيها الرفع طريق قوية جدا هذا مع متابعة الروايات المتقدمة مع ملاحظة الوجوه المتقدمة المبينة أن ذلك غير خارج عن القياس وإن لم يصح طريق الرفع في رواية فكونه من كلامه صحيح بلا اشكال وقول الصحابي عندهم حجة لاسيما ابن مسعود وطريق فقهم ترجع إليه فإن لم يكن ههنا حجة فلا أقل من أن يكون عاصدا لحديث أبي هريرة على زعمهم (وأما) نحن فلا نقول أن الحديث يحتاج إلى شيء يعضده والله أعلم (وأما الاعتذار الثالث) وهو دعوى النسخ فذلك من أضعف الاعتذارات لأنه دعوى نسخ بالاحتمال من غير دليل (وأما الاعتذار الرابع) بالاضطراب فإن الالفاظ المختلفة التي وردت منها ما سنده ضعيف فلا اعتبار به ومنها ما هو صحيح لا منافاة فيه والالفاظ التي صحت كلها لا تناقض فيها بل الجمع بينهما ممكن ظاهرا (وأما الاعتذار الخامس) واستعمالهم للحديث على وجه الاشتراط فذلك لا يصح لاربعة أوجه (أحدها) أن النهي عن التصرية وما ذكره معه يقتضى تعليق الحكم بالتصرية وما استعملوه عليه يقتضى تعليق الحكم بفساد الشرط فصار ذكر التصرية لغوا (الثاني) أنه جعل الرد للمشتري وحده ولو كان لاجل الشرط لكان لهما لأن البيع حينئذ يكون فاسدا قاله الماوردي وغيره وفيه نظر فإنه إذا شرط في الشاة المبيعة أنها تحلب مقداراً فنقصت عنه فانما يثبت الرد للمشتري لا للبائع وذلك على وجه سيأتي في كلام المصنف بصحة البيع (والشرط الثالث) أنه جعل الرضا موجبا للامضاء والسخط موجبا للفسخ والرد ولم يجعله متعلقا باسقاط الشرط (والرابع) أنه أوجب فيه رد صاع من تمر واسقاط الشرط لا يوجب رد صاع من تمر قال هذه الالوجه

الماوردي رحمه الله وأقواها الوجه الاول لكماله هو وغيره فقد بان بحمد الله تعالى صحة ما ذهبنا إليه وجمهور العلماء واندفع ما تعلق به الخصم في دفع ذلك (وأما) أن القياس هل هو معاضد للحديث فجماعة يدعون ذلك ويثبتونه بما علم في الاجوبة المتقدمة وبعضهم يأبى ذلك ويروى الاستناد في ذلك إلى الحديث ويجعل الاجوبة المذكورة لدفع الاعتراضات فقط قال الغزالي في المآخذ والانصاف أولى من العناد ونحن نعلم أن حديث المصراة لو لم يرد لكنا لا نثبت الخيار وقد سلم ما وجد حلة العقد ولم يتخلف إلا منفعة في المستقبل فالاعتماد على الحديث وهو صريح لا تأويل له والله أعلم \* وقول الغزالي هذا أنه لو لم يرد الحديث لكنا لا نثبت الخيار لا يضرنا فيما قدمناه فانا قد لا نسلم ذلك وندعى ثبوت الخيار كالعيب والشرط ولو سلمنا فحيث ورد الحديث فهو العمدة مع فهم المعنى فيه وإن ما اشتمل عليه من الاحكام من محاسن الشرع كما تقدمت الاشارة إليه وهذا الذي قاله الغزالي خالف فيه الامام فانه قال في النهاية أن قاعدة مذهب الشافعي تدل على أن ثبوت الخيار جار على القياس وذكر بيان ذلك بمسألة تجعيد الشعر وتلطيح الثوب بالمداد وشبه ذلك وسنذكر ذلك عند الكلام في هذه المسائل إن شاء الله تعالى (أما) رد الصاع فالامام موافق علي أنه خارج على القياس والله أعلم \* وقد ذكر القاضي أبو الطيب عن أبي عبيد القاسم بن سلام أنه قال في كتابه المسمى بالحجر والتفليس ناظرت محمد بن الحسن واحتججت عليه بحديث أبي هريرة " إيمان رجل مات أو أفلس " فقال هذا من أخبار أبي هريرة فكان ما هرب إليه أشد عليه مما هرب منه (قال) القاضي أبو الطيب فان قال يعنى الذى رده أنه يكثر الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم (فالجواب) أن ذلك يوجب قبوله ويؤكد لزومه وغازاة حفظه وسعة علمه وكان الشيخ أبو محمد الياقبي يحيب عنه بقول البحتري \*

إذا محاسني اللاتي أدل بها \* صارت ذنوبي فقل لى كيف أعذر وأبو هريرة نفسه قد أجاب عن أكثر الحديث فانه كان يلزم رسول الله صلى الله عليه وسلم ودعا له النبي صلى الله عليه وسلم بالحفظ \* (فرع) \* في علة هذا الخيار وجهان (أحدهما) التدليس الصادر من البائع (والثاني) الضرر الحاصل للمشتري بأخلاف ما وطن نفسه عليه ويظهر أثر الوجهين فيما لو تحفلت بنفسها أو صرها غيره بغير إذنه (والاصح) عند صاحب التهذيب ثبوته وبه قطع القاضي حسين وقطع الغزالي بخلافه في الوجيز فيما إذا تحفلت بنفسها وفي الوسيط حكى الوجهين وجعل الاولى عدم الثبوت وحقيقة الوجهين ترجع إلى إلحاق خيار التصرية بخيار العيب أو بخيار الخلف المجمع على كل منهما (فرج) البغوي والقاضي حسين الاول وهو مقتضى كلام الماوردي والعراقيين ممن صرحوا أن التصرية عيب وكذلك يقتضيه كلام الشافعي في الام فانه قال (فإذا حلبها ثم أراد ردها بعيب التصرية) وقال أيضا (فان رضى الذى ابتاع المصراة أن يمسكها بعيب التصرية) (ورج) الغزالي الثاني وتبعه عبد الغفار القزويني في حاويه (والمراد) بتخلفها بنفسها أن يترك صاحبها حلبها أياما من غير شد لا عن قصد بل نسيانا أو

لشغل عرض فان اللبن يجتمع في ضرعها إذا لم يصل إليها ولدها أو تنفق شد أخلافها لحركتها بنفسها لا يصنع آدمى ولو ترك صاحبها حلبها ثلاثة أيام من غير شد الاخلاف لقصد غزارة اللبن ليراه المشتري فهو في معنى الشد بلا خلاف (قال) ابن الرفعة ولهذا قال بعض الشارحين وليس شد الاخلاف شرطاً بل هو الغالب وإنما المعتبر أن يترك حلبها قصداً (قلت) وذلك داخل تحت الحديث على تفسير أبي عبيد وقد تقدم التوفيق بينه وبين تفسير الشافعي والتي صراها أجنبي

## [ 30 ]

بغير إذن البائع لا شك أنها داخلة تحت اسم المصرة عليها وان لم يصح إطلاق اسم المصرة عليها فهي كهى في المعنى من جهة الظن الناشئ من رؤيتها فظن السلامة في غيرها (وأما) الحاق ذلك بالخلف جعل ذلك كالالتزام فبعيد ولو صراها لا لاجل الخديعة ثم نسيها فقد حكى الشيخ أو الفتح القشيري المشهور بابن دقيق العيد عن أصحابنا فيه خلافاً ولم أر ذلك في كلامهم صريحا لكنه يتخرج على أناهل ننظر إلى أن المأخذ التدليس أو ظن المشتري (فعلى) الاول لا يثبت الخيار لانه لم يقصد الخديعة والتدليس (وعلى) الثاني يثبت لحصول الظن (والراجح) من ذلك ثبوت الخيار نظرا إلى المعنى وقوات ما ظنه المشتري ولو شد أخلافها قصداً لصيانة لبنها عن ولدها فقط قال ابن الرفعة فهو بلا شك كما لو تحفلت بنفسها (قلت) وهى كالمسألة التى حكاها الشيخ أبو الفتح عن أصحابنا لكن في تلك الزيادة النسيان وهو ليس بشرط فانه إذا كان العقد صحيحا لم يحصل تدليس وخديعة وليس لقائل أن يقول ان التدليس حاصل بعدم تبيينه وقت البيع وهو عالم به لان هذا المعنى حاصل فيما إذا تحفلت بنفسها وباعها وهو عالم بالحال لا فرق بين المسألتين وابن لرفعة سقط عليه من كلام القشيري فنقل المسألة عنه على أنه صراها لاجل الخديعة ثم نسيها ثم اعترض بأنه ينبغى أن تكون هذه من صور الوفاق وهذا الاعتراض لو كان الامر كما نقله صحيح لانه حينئذ يكون قد حصل التدليس والظن ولا يفيد توسط النسيان فإذا المسألة ذكرها ابن الرفعة وخرجها على ما إذا تحفلت بنفسها والمسألة التى نقلها القشيري واحدة والمسألة التى نقلها ابن الرفعة عن القشيري بحسب النسخة التى وقعت له غلطا مسألة أخرى ينبغى الجزم بالخيار فيها فلذلك ذكرت المسألتين وأوجبت التنبيه عليهما لانهما ليسا في كلام الاصحاب صريحا فيما علمت والله أعلم \*

## [ 31 ]

\* ( فرع ) لا خلاف أن فعل التصرية بهذا القصد حرام لما فيها من الغش والخديعة والخداع محرم في الشريعة قطعاً وهل يختص اثم فاعله بحاله علم التحريم أولاً لانه ظاهر المفسدة قال ابن الرفعة يشبه أن يكون الكلام فيه كما في النجش (قلت) والذي اختاره الرافعى في النجش تخصيص معصية الناجش ممن عرف التحريم بعموم أو خصوص وحكى البيهقى من كلام الشافعي ما يقتضى ذلك والله أعلم \* وهذا الذى ذكرت من نفي الخلاف في تحريم التصرية هو المشهور بين أصحابنا وغيرهم وحكى الشيخ

أبو حامد صاحب العدة عن أبي حنيفة جوازه ولو حصلت التصرية لغير قصد البيع قد رأيت في كلام بعض الاصحاب أنها حرام وينبغي أن يحمل ذلك على ما إذا كانت تضر بالحيوان أما إذا لم يحصل ضرر بالحيوان ولا يلتبس علي أحد فلا معنى للتحريم وبعض الاصحاب الذي أشرت إليه هو صاحب التتمة فانه لما تكلم في الباس العبد ثوب الكتان فرق بينه وبين التصرية (قال) الباس ثوب الكتان من غير قصد البيع ممنوع بالشرع بل للسيد أن يلبس عبده كل ما يحل لبسه (وأما) ترك حلب اللبن من غير قصد اللبن ممنوع عنه بالشرع ويجب حمل ذلك على ما ذكرته \* قال المصنف رحمه الله \* \* (واختلف أصحابنا في وقت الرد فمنهم من قال يتقدر الخيار بثلاثة أيام فان علم بالتصرية فيما دون الثلاثة كان له الخيار في بقية الثلاث للسنة (ومنهم) من قال إذا علم بالتصرية ثبت له الخيار على الفور فان لم يرد سقط خياره لانه خيار ثبت لنقص فكان على الفور كخيار الرد بالعيب) \* \* (الشرح) \* الذي قال بتقدر الخيار ثلاثة أيام هو القاضي أبو حامد المرورودي وعليه نص الشافعي في اختلاف العراقيين في باب الاختلاف في العيب في الجزء الخامس عشر من الام (قال)

[ 32 ]

من قبل أن المصرة قد تعرف تصريتها بعد أول حلبه في يوم وليلة وفي يومين حتى لا يشك فيها فلو كان الخيار إنما هو ليعلم استبانة عيب التصرية أشبه أن يقال الخيار حتى يعلم أنها مصراة قل ذلك أو قصر كما يكون له الخيار في العيب إذا علمه بلا وقت قل ذلك أو قصر ونقله الروياني عن نسه في الاملاء أيضا ونقله الجوزي وابن المنذر من كلام الشافعي صريحا ولم يذكر الجوزي غيره وهو الصحيح عملا بالحديث ويقتضى ايراد الروياني في البحر وابن سراقه في بيان ما لا يشع جهله والشاشي في الحلية ترجيحه وهو الذي قاله الغزالي في الخلاصة وقطع به القشيري والماوردي مع احتمال في كلامه والخيار على هذا القول يكون خيار تروية كخيار الشفعة على قول وكخيار الشرط (والثاني) وهو أنه على الفور على قول أبي علي ابن أبي هريرة فيما نقله الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب وغيرهما وصححه الفارقي تلميذ المصنف والبغوي في التهذيب والرافعي والخوارزمي في الكافي وابن أبي عصرون في الانتصار (وقال) الروياني في الحيلة أنه القياس والاختيار وهذان الوجهان متفقان على جواز الرد إذا اطلع على التصرية في الثلاث وإنما الخلاف بينهما في كونهما على الفور أو يمتد إلى آخرها وفي المسألة وجه ثالث قاله أبو إسحاق أنه لا يرد قبل انقضاء الثلاث ولا بعدها أيضا وإنما له الرد عند انقضاء الثلاث وهذا الوجه بعيد وهكذا حكاه الروياني والبنديجي وسيأتي في آخر المسألة تنبيه على ما يتعلق بتحرير هذه الالوجه \* واعلم أن بين الالوجه الثلاثة اشتراكا وافتراقا والوجه الاول والثالث يشتركان في اعتبار الثلاث في التصرية فهي ثابتة بالشرع من غير شرط ويفترقان فأبو اسحاق يقول المقصود بها الوقوف على عيب التصرية فانه لا يظهر بحلبة ولا بحلبتين فإذا حصلت الحلبة الثالثة عرف الحال وكان له حينئذ الرد بالعيب على الفور

[ 33 ]

وأبو حامد يجعل الخيار في الثلاث كالخيار الثابت بالشرط ويدل له قوله صلى الله عليه وسلم " فهو بالخيار ثلاثة أيام " جعل الثلاثة طرفا للخيار وهو مخالف لما يقوله أبو إسحاق وكلا الوجهين مبين لقول ابن أبي هريرة فإن ابن أبي هريرة يقول أن الخيار ثلاثة أيام إنما يثبت بالشرط ويحمل الحديث على ذلك والتصيرية موجبة للخيار على الفور لأنها عيب من العيوب فبين قول ابن أبي هريرة وقول أبي إسحاق اشتراك في جعل خيار التصيرية خيار عيب ثبت على الفور واقتراق في أن ابن أبي هريرة لا يعتبر الثلاث عند عدم الشرط أصلا وأبو إسحاق يعتبرها ولذلك أنه إذا اطلع على التصيرية بعد الثلاث ثبت له الخيار على الفور عند ابن أبي هريرة ولا يثبت عن أبي إسحاق وتأويل ابن أبي هريرة للحديث على الاشتراط لا دليل عليه وقول أبي حامد وابن أبي هريرة متباعدان جدا لكن بينهما اشتراك واحد في جعل الخيار في الثلاثة الأيام في صورة الشرط وتلخيص هذا أن خيار التصيرية عند أبي حامد خيار شرع وعند أبي إسحاق وابن أبي هريرة خيار عيب وخيار الثلاث عند أبي حامد بالشرع وعند ابن أبي هريرة بالشرط وعند أبي إسحاق بالعيب (وأصحهما وأوفقهما) للحديث ولنص الشافعي قول أبي حامد والأصحاب نقلوا عنه أنه حكى ذلك على اختلاف العراقيين وقد رأيت فيه كما حكاه وقد قدمت من حكاه أيضا ولاجل ذلك صحت هذا القول وخالف الرافعي رحمه الله في التصحيح فإني رأيت أكثر الأصحاب ممن حكى الخلاف لم يصح شيئا والذين صححوا قد ذكرتهم وهم مختلفون في التصحيح وليس يترجح أحد الجانبين على الآخر بكثره

[ 34 ]

والرافعي تبع في ذلك البغوي وهو معارض بالصيمري والجوزي ومعناه الدليل من الحديث ونص الشافعي واعتذر البغوي عن الحديث بأنه بنى الأمر على الغالب لأن الغالب أنه لا يقف على التصيرية قبل ثلاثة أيام ويحمل نقصان اللبن في اليومين على تبدل المكان وتفاوت العلف وغير ذلك وهذا الاعتذار يوافق قول أبي إسحاق (وأما) ما قاله صاحب التهذيب من أنه ثبت الخيار على الفور إذا اطلع قبل مضي الثلاث فلا يناسب ذلك ولو كان الحديث على الغالب لقال " فهو بالخيار ثلاثة أيام " فإذا هذا العذر مع تصحيح هذا الوجه لا يجتمعان اجتماعا ظاهرا لكن ههنا تنبيهات (أحداها) ما يمكن أن يكون مستندا لأبي إسحاق وابن أبي هريرة (أما) أبو إسحاق فيمكن أن يكون مستنده الحديث باللفظ الذي أورده المصنف رحمه الله وكذلك أورده جماعة من الأصحاب في كتبهم الفقهية وهو قوله " فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ثلاثا " فان هذا اللفظ يحتمل أن يكون المراد بعد أن يحلبها ثلاث حليات يثبت له الخيار فلا يكون له الخيار قبل انقضاء الثلاث لأن الحديث لم يدل عليه هذا التقدير ولا يمتد بعد الثلاث بل يكون على الفور لأن الحديث على هذا التقدير إنما دل على مطلق الخيار حينئذ فلا يمتد لأمريين (أحدهما) عدم الدليل عليه والأصل الملزوم (والثاني) القياس على ما سواه من العيوب لكنا قد بينا أن هذه الرواية لم تصح ولا رأيتها في شيء من الروايات فتعذر هذا البحث وبتقدير الصحة فذلك محتمل لاحتمال أن يكون ثلاثا متعلق بخير النظرين ويكون الحلب مطلقا غير مقيد بالثلاث ويؤيده الرواية التي فيها التصريح بآثبات الخيار ثلاثا لكنني سأنبه في التنبيه

الثاني علي زيادة في ذلك فليكن المستند في رد ذلك عدم صحة الحديث (وأما) ابن أبي هريرة فمستنده أن التصرية عيب وخيار العيب علي الفور فيحمل ورود الثلاث في الحديث علي ما إذا شرط الخيار ثلاثا وهذا منه يشبه ما ذهبت إليه الحنفية في بعض اعتذاراتهم عن الحديث وإن لم يكن موافقا فيما ذكروه في رد الصاع وقوة الحديث تقتضي أن ذلك ثابت بالتصرية لا بالشرط ثم يقال لابن أبي هريرة أنت من الموافقين علي العمل بالحديث وعدم الالتفات إلى مخالفة القياس فليكن معمولا به في أن هذا الخيار يمتد إلى ثلاثة أيام ولا يقاس علي ما سواه من العيوب فإن هذا الليل أخص من الدليل الدال علي أن خيار العيب علي الفور بل أن لم يكن في مسألة العيب إجماع ولا نص يقتضي الفور فاللائق أن يجعل الخيار فيه ثلاثا بالقياس علي المصراة التي ورد فيها النص وإن كان فيها نص أو إجماع فهو عام وهذا خاص والخاص مقدم علي العام فلا مستند حينئذ لهذا الوجه وهو الذي صححه البغوي والرافعي ولا لقول أبي اسحاق الذي قبله والصواب الصحيح المنصوص قول أبي حامد المرورودي وقول ابن أبي هريرة يشهد له من جهة المذهب شئ وهو أن في كلام الشافعي ما يقتضي أن خيار الشرط ثلاثا في البيوع مأخوذ من حديث المصراة فلو كان عند الشافعي أن خيار المصراة ثابت بالشرع من غير شرط كيف كان يستنبط منه جواز اشتراط الخيار ثلاثا في البيوع ويحتمل أن يقال أن ثبوته بالشرع مع عدم الجهالة فيه مسوغ لاشتراطه وهذا أقرب إلى ظاهر الحديث فإنه ليس فيه تعرض للشرط والله تعالى أعلم (التنبيه الثاني) أن الحديث

باللفظ الذي أورده المصنف رحمه الله علي الاحتمال المقابل لما أبدته في ما أخذ أبي اسحاق يقتضي إثبات الخيار ثلاثة أيام ابتداءؤها بعد الحلب وهذا لا أعلم أحدا قال به لا أبا حامد ولا غيره إلا أبا بكر ابن المنذر فإنه قال له خيار ثلاثة أيام بعد الحلب علي ظاهر الحديث وإنما قال أبو حامد بأنها من آثار العقد كخيار الشرط علي ما سأذكره إن شاء الله تعالى لكن الحديث بهذا اللفظ لم يصح والله أعلم (التنبيه الثالث) إن الالفاظ الصحيحة في الحديث ورد فيها " فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها " وفي الالفاظ الصحيحة في رواية أخرى " فهو بالخيار ثلاثة أيام " فاللفظ الاول يقتضي أن الخيار بعد الحلب واللفظ الثاني يقتضي أن مدة الخيار ثلاثة أيام ويلزم من مجموع ذلك أن يكون الخيار ثلاثة أيام ابتداءؤها من الحلب وهو الذي لم أعلم أحدا قال به غير ابن المنذر (وأما) أن يعمل بالحديثين ويجعل أحدهما مبينا للآخر فيلزم هذا الذي لم يقل به أحد فيما علمت غير ابن المنذر (وأما) أن يجعل متعارضين فتقف الدلالة علي ترجيح أن الخيار يمتد ثلاثة أيام (والجواب) عن هذا أن قوله " فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها " محمول علي الغالب لان الرضى والسخط إنما يكون بعد الحلب وتبين الحال والحلب الغالب أنه يقع في الثلاثة فإثبات الخيار ثلاثة أيام اقتضى زيادة علي ما اقتضاه قوله " بعد أن يحلبها " فعملنا بالزائد المبين وحملنا الآخر علي الغالب وهذا الحمل لا ياباه اللفظ بخلاف حمل قوله " فهو بالخيار ثلاثة " علي الغالب فإنه ياباه اللفظ واللائق بارادة ذلك المعنى أن تقول فهو بالخيار بعد ثلاث (التنبيه الرابع) أن الاصحاب يعبرون عن الخلاف في هذه المسألة بأن الخيار هل هو خيار

شرع أو خيار عيب فالاول قول أبي حامد والثاني قول أبي إسحاق ومنهم من يعبر بأنه هل هو خيار شرط أو خيار عيب والاول قول ابن أبي هريرة والثاني قول أبي إسحاق وقد علمت معنى ذلك فيما تقدم وأن ابن أبي هريرة يوافق أبا إسحاق في اصل الخيار خيار عيب والثلاثة عنده ثابتة بالشرط لا لاجل التصرية بل بشرط المتعاقدين فكلام الاصحاب كلهم مصرح بأن الخيار عند أبي حامد بالشرع لا بالعيب وفرعوا على ذلك فروعا سأذكرها إن شاء الله تعالى وكانهم أخذوا بالتسليم أن خيار العيب لا يكون إلا على الفور وأنت إذا تأملت ما قدمته في جواب ابن أبي هريرة في التنبيه الاول توجه ذلك المنع لذلك فانا نقول لا تنافي بين الامرين وما المانع من أن يكون الشرع جعل خيار هذا العيب ثلاثة أيام كخيار الشرط لانه غالبا إنما يظهر فيها ولا يحتاج إلى أكثر منها ولا يكون ذلك من باب التعبد المحض الذي لا يعقل له معنى فهذا أقرب إلى المحافظة على إتباع النصوص والمعاني وقد قال الماوردي في الاقناع أن التصرية عيب يرد بها المشتري إلى مدة ثلاثة أيام وظاهر هذا الجمع بين جعلها عيبا أو امتداد الخيار ثلاثا لكنه ليس نصا فيما أقوله فإنه يحتمل أن يرتدا به أي وقت ظهر له التصرية في الأيام الثلاثة يرد على الفور ولا يرد بعدها وهو قول أبي إسحاق ولذلك لم أورده ولم أروه ولذلك لم أذكره مع الموافقين لشيخه الصيمري في إثبات الثلاثة لاجل هذا الاحتمال كما قدمت الاشارة إليه وقد يظهر لهذا البحث أثر في التفريع الذي سنذكره إن شاء الله تعالى (التنبيه الخامس) أنه تقدم عن الغزالي التردد في الحاق خيار التصرية بخيار العيب

أو بخيار الخلف وههنا في الاوجه الثلاثة جعلناها راجعة إلى أنه هل هو خيار شرع أو شرط أو عيب ولم يذكر الخلف (فالجواب) أن خيار العيب وخيار الخلف يشتركان في أن كلا منهما على الفور وإنما لا يفترقان فيما لا يكون من فعل البائع كتحويل الشاة بنفسها هل يثبت أصل الخيار أو لا يثبت فالذي يقول ههنا بأنه على الفور لا يختلف نظره وكان التعبير عن ذلك بالعيب وبالخلف سواء (التنبيه السادس) أنه قد تقدم أن الاصح عند صاحب التهذيب وغيره ثبوت الخيار فيما إذا تحفلت بنفسها وتخرج ذلك علي أنه يسلك به مسلك العيب وذلك مستمر على صحيح صاحب التهذيب هنا أنه على الفور (وأما) على ما صححته ونص الشافعي عليه وقاله أبو حامد من أن الخيار بالشرع فهل يكون الحكم ثبوت الخيار ثلاثا مستمرا أو لا فان كان مستمرا فلا مستند له فان الحديث لم يشمل إلا التي صريت وإلحاقه بالعيب لا يقتضى إثبات الثلاث وإن لم يثبت خيار أصلا كان ذلك مخافة لصاحب التهذيب وقد تقدم موافقته هناك وإن ثبت الخيار على الفور كان ذلك موافقة له هنا فأخذ الامرين لازم (أما) مخالفة صاحب التهذيب هناك (وأما) موافقته هنا (والجواب) أنه يثبت الخيار ثلاثا لان المعنى الذي يثبت لاجله في محل النص موجود هنا وهو فوات الظن وكونه من باب العيب لا يمنع إثبات الثلاث لم تقدم في التنبيه الرابع أنه لا منافاة بين ذلك وأن الدليل الدال على إثبات الثلاث هنا أخص من الدليل فيما سواه من العيوب فلا يلزم من موافقة صاحب التهذيب في ثبوت الخيار هناك لوجود

معنى الحديث موافقته ههنا في عدم اعتبار الثلاث لما في ذلك من مخالفة ظاهر الحديث (التبعية السابغ) أن قول أبي اسحق المذكور وقع في نقله ما ينبغي التثبت فيه فمنهم من يجعله كما حكته فيما تقدم وأنه يمتنع عليه الرد قبل الثلاث وبعدها وإنما له الرد عند انقضاء الثلاث صرح بذلك الرويانى وهو مقتضى كلام الشيخ أبى حامد وظاهر هذا الكلام إذا أخذ على إطلاقه يشمل ما إذا علم التصرية قبل الثلاث باقرار البائع أو نيته وامتناع الرد إذا أقر البائع أو قامت بينة لسببه ففيه بعد والذي يقتضيه كلام القاضى حسين أن له الرد في هذه الحالة على كل قول عند العلم فانه حكى الواجه الثلاثة من غير تعيين قائلها فقال منهم من قال هو خيار التصرية يمتد إلى ثلاثة أيام لانه لا يتحقق دونها حتى لو علم بعيب التصرية في الحال بأن أقر به أو شهد له البينة يكون على الفور ومنهم من قال هو للتروية كما في الشفعة في قول يمتد إلى ثلاثة أيام (ومنهم) من قال أراد به إذا شرط الخيار ثلاثا لان خيار التصرية خيار عيب ونقيصة فهو على الفور انتهى (والقول الثاني) في كلامه هو قول أبى حامد المروروذى (الثالث) هو قول ابن أبى هريرة والاول هو - والله أعلم - قول أبى اسحق وقد صرح عليه بثبوت الخيار إذا علم وصاحب التتمة لم يحك إلا قول أبى حامد وقول أبى اسحق صرح على قول أبى اسحق بأنه إذا علم التصرية بأقرار أو بينة وآخر الفسخ بطل خياره فتعين أن يحمل كلام غيرهما ممن حكى المنع عن أبى اسحق كالرويانى وغيره على أنه يمتنع عليه الرد إذا ظهر له التصرية بحلبة أو حلبتين لان ذلك لا يفيد العلم لاحتمال أن يكون يخلل في العلف

أو لتبدل الايدى (أما) إذا حصل العلم بقول البائع أو بينة ولا مانع من ثبوت الخيار وحينئذ يكون في هذا موافقة لابن أبى هريرة في ثبوت الخيار في الثلاثة على الفور إذا حصل العلم لكنه مع ذلك يخالفه في أن ابن أبى هريرة يثبت الخيار إذا حصل الاطلاع على التصرية بعد الثلاث وأبو إسحاق لا يثبت على ما حكاه الرويانى ولم يتعرض القاضي حسين لذلك بموافقة ولا مخالفة مع أن منع الرد بعد الثلاث أيضا مع وجود العيب بعيد والذي حكاه الماوردى تفريعا على قول أبى اسحق أن له الرد إذا اطلع بعد الثلاث ولم يحك الخلاف الا بين أبى حامد وأبى اسحق قال ثبت عن أبى اسحق ما صرح به الرويانى ومن وافقه فالخلاف بين أبى هريرة وأبى اسحق متحقق وان كان أبو إسحق يقول بالرد بعد الثلاث أيضا كما قاله الماوردى وقبلها كما قاله القاضى حسين فحينئذ يتحد قوله وقول ابن أبى هريرة لكن الشيخ أبو حامد مصرح بما قاله الرويانى ولم يحك الخلاف الا بين أبى اسحق وابن أبى هريرة وأبو حامد لا يرد نقله فهى ثلاثة أوجه محققة ويبعد كل البعد أن يقال أنها أربعة تمسكا بظاهر ما قاله الرويانى عن أبى اسحق من امتناع الرد قبل الثلاث وبما حكاه القاضي حسين ولم ينسبه فيكون ذلك قولا مغايرا للثلاثة وبه تصير أربعة هذا بعيد لا ينبغي المصير إليه وليس ذلك إلا للاختلاف في النقل والتعبير عن وجه واحد وتنبية كلام صاحب التتمة ولولا تصريح الشيخ أبى حامد وغيره بالخلاف بين أبى اسحق وابن أبى هريرة

لكنت أقول أن كلاهما يرجع إلى معنى واحد وهو أن الخيار على الفور وأنه وجه واحد مقابل لوجه أبي حامد وهما الوجهان اللذان ذكرهما المصنف لكن الاصحاب مطبقون على ذكر الخلاف بين أبي اسحاق وابن أبي هريرة والله تعالى أعلم (التنبيه الثامن) أن قول المصنف " ومنهم من قال إذا علم بالتصيرية يثبت له الخيار على الفور " يحتمل أن يكون مراده إذا علم بالتصيرية في الثلاثة الايام ويحتمل مطلقا (فان) كان المراد الثاني فالقول المذكور وهو قول ابن أبي هريرة كما ذكرناه فيما تقدم لانه القائل بجواز الرد قبل الثلاث وبعدها على الفور ويكون قول أبي اسحاق حينئذ قولا ثالثا في المسألة لم يتعرض المصنف رحمه الله لحكايته (وان) كان المراد الاول وان فرض المسألة في الثلاث خاصة فالقول المذكور هو قول ابن أبي هريرة باتفاق الناقلين وهو قول أبي اسحاق أيضا على ما تقدم عن القاضي حسين فانه يوافق على الرد قبل الثلاث على الفور ولا يكون حينئذ في مسألة الكتاب الا وجهان وتكون مسألة العلم بعد الثلاث مسكوتا عنها وفيها أيضا وجهان بين ابن أبي هريرة وأبي اسحاق فهما متفقان قبل الثلاث ويوافق ابا اسحق في امتناع الرد بعدها (التنبيه التاسع) أن اتفاق ابن أبي هريرة وأبي اسحاق على جواز الرد على الفور قبل الثلاث إذا حصل العلم باقرار البائع وبنيته ظاهر لا اشكال فيه ولا شك أن ابا اسحاق لا يعتبر العلم بغير ذلك من ظهور التصيرية بالحلبة والحلبتين كما تقدم وأما ابن أبي هريرة فلم يصرحوا عنه في ذلك بشئ ويحتمل أن يكون موافقا لابي اسحاق في ذلك فان الحكم باحالة تناقص اللبن على التصيرية مع

احتمال احواله على اختلاف العلف وتبدل الايدي غير مجزوم به ويحتمل أن يكون ابن أبي هريرة مخالفا لابي اسحاق في ذلك ويكتفي في جواز الرد بظهور ذلك بالحلبة والحلبتين حيث لا معارض لذلك كما يعتمد عليه في الثلاث فيكون ابن أبي هريرة وابو اسحاق مختلفين قبل الثلاث من بعض الوجوه دون بعض (التنبيه العاشر) قول المصنف " إذا علم " يحتمل أن يريد به حقيقة العلم باقرار البائع أو بالبينة وذلك يسمى علما في الحكم وحينئذ يحصل الاتفاق بين أبي هريرة وأبي اسحاق في جواز الرد قبل الثلاث ويحتمل أن يريد به مطلق الاطلاق ولو بدلالة الحلب فيعود فيه الكلام الذي قدمته الآن والله أعلم \* \* (التفريع) \* لو اطلع علي التصيرية بعد الثلاث (فعلى) قول أبي حامد قالوا ليس له الرد لان ذلك خيار ثبت بالشرع للتروي كخيار الشرط فيفوت بانقضاء الثلاث (وعلى) قول ابن أبي هريرة وأبي اسحق قد تقدم حكمه (وقال) الجوزي إذا علم بالتصيرية بعد الثلاث فله الرد كسائر العيوب وانما جعل الثلاث فسحة له إذا علم في أولى يوم بالتصيرية أو في الثاني أن يؤخر الرد إلى الثلاث وينقطع بأخر الرد بعد ثلاث (وأما) إذا لم يعلم فهو كسائر العيوب وهذا حسن ويوافقه ما سنذكره عن الابانة والوسيط ولو اشتراها وهو عالم بالتصيرية فعلى قول من ابن أبي هريرة وأبي اسحق لا يثبت كسائر العيوب الا أبي حامد قالوا يثبت له الخيار لانه خيار شرع وشبهوه بما إذا تزوجت عينا عالمة بعنته وعلى قول ابن أبي

هريرة وأبي اسحق لا يثبت كسائر العيوب وهو الاظهر في المستطهرى \*  
واعلم أن الحكم بعدم الرد بعد الثلاثة وثبوتها إذا اشتراها عالما بالتصيرية  
ميل إلى

## [ 43 ]

جانب التعبد وكل المفرعين ذكروا ذلك على قول أبي حامد حتى الماوردي  
وقد نهت فيما تقدم علي أنه لا تنافى بين اثبات الثلاثة وجعل ذلك من باب  
العيب ويؤيده ما تقدم عن الشافعي رحمه الله أنه صرح في الام بأن  
التصيرية عيب مع ما تقدم من الحكاية عن نصح أن الخيار ثلاثة أيام فالجمع  
بين هذين النصين يقتضى ما قلته ومقتضى ذلك أنه إذا اطلع بعد الثلاث  
ثبت له الخيار على الفور كسائر العيوب مع قولنا أن الخيار يمتد إلى ثلاثة  
أيام وان كان الزمن الذي قدره الشرع للخيار على سبيل التروي قد مضى  
كما يكون له الخيار بعيب يطلع عليه بعد خيار الشرط وقد يتفق أن  
المشتري يغفل عن ملاحظتها في مدة الثلاثة الايام بأن يكون في يد وكيله  
أو البائع أو غيرهما ثم يطلع بعد الثلاث على التصيرية وتناقص اللين في  
الحلقات الماضية (وأما) إذا اشتراها وهو عالم بالتصيرية فيحتمل أن يقال  
ثبوت الخيار كما ذكروه في التفريع على هذا القول مع كونه عيبا لان هذا  
العيب لا يوقف على حقيقته في العادة الا بالثلاث فلا يفيد العلم بكونها  
مصراة حتى يحلبها ثلاثا فحينئذ يعلم مقدار لبنها الاصلى وقبل ذلك يكون  
رضا بأمر مجهول كما يقول في بيع العين الغائبة إذا قلنا بصحته أنه ينفذ  
فسخه قبل الرؤية ولا ينفذ إجازته على الاصح على قول بيع الغائب فكذلك  
ههنا وفي ذلك تمسك بظاهر الحديث ومراعاة المعنى وبه يتجه اثبات  
الخيار مع العلم ولا يلزم منه اسقاط الخيار إذا اطلع على التصيرية بعد  
الثلاث ومما يرشد إلى المعنى في ذلك ما ورد في الحديث " بيع المحفلات  
خلاية ولا تحل الخلاية لمسلم " روى

## [ 44 ]

ذلك عن ابن مسعود مرفوعا إلى النبي صلى الله عليه وسلم وموقوفا على  
ابن مسعود والوقف أصح والرفع ضعيف ولكن يستأنس بذلك في المعنى  
وهو يرشد إلى الحاق هذا الخيار بخيار العيب كما أن من باع عينا علم عيبها  
ولم يبين فقد حصلت منه الخلاية (وهى الخديعة) وأما الذى يشترط وصفا  
في المبيع بحيث إذا ظهر خلافه يرد عليه ليس حاله حال المخادع فأفادنا  
الاثر المذكور أن الخديعة في البيع على تلك الصورة وأن التصيرية وان لم  
تكن من البائع تثبت الخيار لانه بالبيع معها من غير تبين مخادع كما أن بائع  
العين المعيبة مخادع وان كان العيب ليس منه فهذا المعنى يقتضى ثبوت  
الخيار أي وقت اطلع عليه \* ثم في المصراة معنى آخر وهو أنه لا يوقف  
على عيبها في العادة إلا بثلاثة أيام فزيد فيها هذا الحكم ولم يسقط بالعلم  
كغيرها من العيوب لان العلم بالتصيرية لا يفيد الغرض وينخرم به الخدش  
على مقدار اللين الاصلى فهذا ما ظهر لى في هاتين المسألتين وأنه يثبت  
الخيار ثلاثا مع العلم ويثبت إذا اطلع على عيب التصيرية بعد ثلاث على الفور  
وقد قدمت عن الجوزى القول بذلك وابن المنذور لما نقل عن الشافعي  
وناس من أهل الحديث أنهم يجعلون لمشتريه خيار ثلاثة أيام (قال) وفي

مذهب بعض المدنيين له الخيار متى تبين له أنها مصراة أن يردّها (قلت) وهذا هو قول ابن أبي هريرة وقد خرج صاحب التتمة بأنه إذا علم التصرية لا خيار له وحكى الوجهين فيما إذا توهمها أو أخبره بها من لا يثق بخبره ثم تحقق ذلك عنده (وقال) الشيخ أبو حامد رحمه الله إذا علم التصرية ثم لم يدم اللبن بل عاد إلى ما كان عليه قبل التصرية فهل له الرد فيه وجهان وهذا الكلام يوهم أنه لو دام على ما أشعرت به التصرية لم يكن له الرد وأن الخلاف مقصور على ما إذا رجع إلى ما كان عليه ويؤيده أنهم قد شبهوا ذلك بما إذا تزوجت عينا عن غيرها على رجاء أن لا يكون عينا عنها فإذا تحققت عنه أيضا ثبت لها الخيار ولا شك أنه لو لم يعن عنها لم يثبت لها خيار لكن الخلاف

[ 45 ]

في مسألة المصراة مطلق لان ماخذ اثبات الخيار أنه خيار شرع ثابت بالحديث وذلك لا يختلف نعم يمكن أن يقال ان جعلنا الخيار خيار شرع فيثبت في حالة العلم بالتصرية سواء دام اللبن أو لم يدم وان جعلناه خيار عيب فيأتي فيه الخلاف كما أشعر به كلام أبي حامد وللمأخذ الذي ذكره من اللاحق بمسألة العين (وفى) الابانة والوسيط الجزم بأنه ان كان بعد مضي الثلاث فالخيار على الفور وان كان قبله فوجهان وهذه العبارة قد يؤخذ منها أنه على حد الوجهين يمتد الخيار إلى ثلاثة أيام وأنه ان اطلع بعد الثلاث كان على الفور وهو الذي تقدم اختياري له لكنى لا أعلم من قال بذلك من الاصحاب وما اقتضاه كلام الفورانى المذكور يقوى التمسك به في ذلك لانه لم ينقل عن شخص معين أنه قال بمجموع ذلك وانما اقتضرت على قول الفورانى بعد الثلاث وعلى الوجهين قبله وكان الاولى الترتيب في الصنف خلافة الا أن يكون عنده وجه بذلك فيكون موافقا لما اخترته ويمكن أن يقال لا حاجة إلى نقله عن غيره بل كلام الفورانى وحده يكون في اثبات طريقه في المذهب في الجزم بالفور بعد الثلاث والتردد قبلها ومن ذلك يخرج القول المختار فغيه وجهان (أحدهما) له الخيار للتدليس (والثانى) لا لعدم الضرر \* (فرع) \* إذا قلنا بأن الخيار يمتد إلى ثلاثة أيام فهل ابتداءها من حين العقد أو من التفريق فيه الوجهان في خيار الشرط هكذا قال الرافعى رحمه الله تبعاً للشيخ أبى محمد وصاحب التتمة (والاصح) من الوجهين في خيار الشرط أن ابتداءه من العقد (وقد) قال الجوزى هنا أن الاصح أن أول وقت الثلاث من التفريق قال لان الفرقة تبيح له التبسط بالحلب وغير ذلك وقبل التفريق ممنوع من التصرف وخيار المجلس لهما جميعاً وإذا تفرقا بطل خيار البائع وحصل للمشتري خيار الثلاث (وفى) المجرد من تعليق أبى حامد أن ابتداء الثلاث على مذهب المروزى التفريق (وعلى) مذهب ابن أبى هريرة على وجهين \*

[ 46 ]

\* (فرع) \* لو اشترط خيار الثلاث للبائع في المصراة قال الجوزى لم يجز لان الخيار يمنع المشتري من الحلب وسائر التصرف وترك الحلب والتصرف في الشاة يؤدى إلى الاضرار بالشاة هكذا قاله الجوزى ووقفت عليه في كتابه ونقله ابن الرفعة عنه وسكت عنه ولك أن تقول لم يكن

الحلب وجواز التصرف لمن الملك له فان حكم بأن الملك للبائع فله الحلب وإلا فللمشتري ولا يحصل بذلك إضرار بالشاة نعم ذلك يؤدي إلى محذور على قولنا أن الملك للبائع في زمن الخيار لان اللبى الحادث يكون له تبعاً للملك وان تم العقد على الاصح فاللبى الموجود عند العقد للمشتري لدخوله في العقد واختلاطهما معلوم فلو شرط الخيار للبائع وحكم بأن الملك له في اللبى الحادث للزم هذا المحذور فيؤدي إلى بطلان البيع بخلاف خيار المجلس فان مدته قصيرة غالباً وأيضاً فالقول بأن الملك للبائع في خيار المجلس ضعيف بخلاف خيار الشرط إذا كان للبائع وحده (وقد يقال أن ما علل به الجوزى صحيح وأن التصرف في المبيع أو في جزئه وان حكمنا بأن الملك للبائع ممتنع وان كان إذا تصرف يصح كما ذكر الاصحاب في بعض التصرفات (وأما) الحل فلم يذكره فان ثبت تحريم على التصرف لزم ما قاله الجوزى لان التصرف بالحلب تصرف في المبيع وإذا منعنا من ذلك أدى إلى الاضرار بالشاة كما قال والله أعلم \* \* (فرع) \* لو اشترط للمشتري وحده قال ابن الرفعة فيشبهه أن يكون ابتداء الثلاث في التصرف من انقضاء خيار الشرط للمشتري إذا قلنا عند فقده أنه من انقضاء خيار المجلس حذراً من اجتماع متجانسين كالاجل ذلك قلنا أن ابتداء خيار الشرط من حين التفرق (قلت) وهذا بعيد لان التصرية تتبين في الثلاثة الاولى فاثبات ثلاثة أخرى لا وجه له والاولى أن نقول على هذا القول أنه لا حاجة إلى شرط الخيار للمشتري لانه ثابت بالشرع فكان كما لو شرط خيار المجلس فان

[ 47 ]

ذلك لغو لا فائدة فيه والله أعلم (فان صح) ذلك فتكون هذه المسألة من المسائل التي يثبت فيها خيار المجلس ولا يثبت فيها خيار الشرط للبائع وحده ولا للمشتري وحده (وأما) بشرطه لهما فيحتمل أن يمنع أيضاً أخذاً مما قاله الجوزى ومما قلته ويحتمل أن يجوز ولا يمتنع التصرف بالحلب لان الاصل استمرار العقد ومنه ثبتا في الصورة التي ذكرها الجوزى نظر في أنه إذا كان الخيار للمشتري بالشرع لاجل التصرية فلو صححنا اشتراط الخيار مع ذلك للبائع هل يكون ثبوت الخيار لهما بهذين الشئيين كنبوته بالشرط حتى لا يحكم بالملك حينئذ أو لا لاختلاف سببهما وهو الظاهر والله أعلم \* \* (فرع) \* إذا اشتراها وهي مصراة ولم يعلم بها حتى ثبت لبناها على الحد الذي أشعرت به التصرية وصار ذلك عادة بتغير المرعى ففيه وجهان (أحدهما) له الخيار لتدليس (والثاني) لا لعدم الضرر (قال) القاضي أبو الطيب والاول اصح (قلت) وهذا على رأيه في أنه خيار عيب وشبهوا هذين الوجهين بالوجهين فيما إذا لم يعرف العيب القديم إلا بعد زواله وبالقولين فيما إذا عنقت الامة تحت عبد ولم يعلم عنقتها حتى عتق الزوج وفي تعليق سليم عن أبي حامد قال الشيخ أما القولان فعلى ما قال وكذلك مسألة العيب (فأما) هذه المسألة فلا أعرف لاثبات الخيار وجهها لان نقصان اللبى ليس بعيب في الاصل وانما كانت تثبت الخيار للجمع وقد استدام له ذلك (قلت) وليس الامر كذلك بل له وجه ظاهر لان هذه الامور العارضة على خلاف الجبلة لا يوثق بدوامها بخلاف اللبى المعتاد من أصل الخلقة ومن المعلوم أن الكلام في هذا الفرع إذا جعلنا له الرد من باب العيب (أما) من يجعل الخيار بالشرع ويبين ذلك في الثلاثة فله الرد بلا إشكال وبني الجرجاني الوجهين على أن الخيار هل هو خيار خلف أو خيار عيب فان جعلناه خيار خلف فلا يثبت ههنا لانه لم يخلف وان جعلناه خيار عيب فينبى

على أن من اشترى سلعة وبها عيب فلم يعرف الا بعد زواله هل يثبت له  
الخيار\*

[ 48 ]

\* قال المصنف رحمه الله تعالى \*\* (فان اختار رد المصراة رد بدل اللبن  
الذى أخذه واختلفت الرواية فيه فروي أبو هريرة " صاعا من تمر " وروي  
أبن عمر " مثل أو مثلى لبنها قمحا " واختلف أصحابنا فيه (فقال) أبو  
العباس ابن سريج يرد في كل بلد من غالب قوته وحمل حديث أبي هريرة  
على من قوت بلده التمر وحديث ابن عمر على من قوت بلده القمح كما  
قال في زكاة الفطر " صاعا من تمر أو صاعا من شعير " وأراد التمر لمن  
قوته التمر والشعير لمن قوته الشعير (وقال) أبو إسحق الواجب صاع من  
التمر لحديث أبي هريرة وتأول حديث ابن عمر عليه إذا كان مثل لبنها من  
القمح أكثر قيمة من صاع من التمر فتطوع به) \*\*\* (الشرح) \* رواية أبي  
هريرة وابن عمر تقدم بيانهما وان الرواية إلى ابن عمر غير قوية (أما)  
الاحكام فالمشترى للمصراة إما أن يختار امساكها وأما أن يختار ردها وإذا  
اختار الرد فأما قبل الحلب وأما بعده وإذا كان بعده فأما مع بقاء اللبن وأما  
بعد تلفه فهذه أربعة أحوال سكت المصنف عن الحاليتين الاولتين لسهولة  
الامر فيهما وذكر الحاليتين الاخرتين احداها في هذه القطعة من الفصل  
والاخرى في القطعة التى ستأتى في كلامه إن شاء الله تعالى فلنذكر  
الاحوال الثلاث ونقدم الصورة التى فرضها المصنف وهى ما إذا أراد ردها  
(وصورة) المسألة إذا كان ذلك بعد الحلب وكان اللبن نالفا فقد اتفق  
الاصحاب على جواز ردها ورد بدل اللبن ولا يخرج ردها على الخلاف في  
تفريق الصفقة لتلف بعض المبيع وهو اللبن اتباعا للاخبار الواردة في  
الباب على أن اللبن على رأى لا يقابله قسط من الثمن وسيأتى في الحالة  
الثالثة تحقيق النقل في هذا الرأى ولا أعلم أحدا حكى خلافا في جواز الرد  
إلا ابن أبى الدم فانه قال فيه وجه حكاه الامام أنه إذا حلب اللبن فتلف  
امتنع عليه رد الشاة قياسا على رد العبد القائم بعد تلف الآخر ولا وجه لهذا  
الوجه مع الحديث (قلت) وهذا الوجه لم أقف

[ 49 ]

عليه في النهاية ولعله اشتبه بالوجه الذى سنذكره في الحالة الثالثة إذا  
ردها بعيب غير التصرية قال ذلك الوجه في النهاية أما ههنا فلا ثم اختلفوا  
في المضموم إلى المصراة في الرد في جنسه وقدره لاجل اختلاف  
الاحاديث الواردة (أما) الجنس وهو الذى ذكره المصنف فقد حكى المصنف  
فيه وجهين والاول منهما نسبه الشيخ أبو حامد فيما علق سليم عنه  
والقاضى أبو الطيب إلى ابن سريج كما نسبه المصنف رحمه الله وأن  
الواجب عنده في كل بلد غالب قوتها ونسبه الماوردى إلى أبى سعيد  
الاصطخرى ونسبه الرويانى اليهما وقال في الحلية انه القياس ونسبه  
المحاملى والشيخ أبو حامد في تعليق البندنجي عنه إلى ابن أبى هريرة  
وهو غريب ونسبه الجوزى لما تكلم في مسألة الجارية إلى ابن سلمة قال  
فكان ابن سريج وابن سلمة يردانها مع صاع من أقرب قوت البلد فان  
صحت هذه النقول فلعلمهم الاربعة قائلون بهذا الوجه وظاهر كلام هؤلاء

الناقلين أنه لا يجوز علي هذا الوجه التمر إذا لم يكن غالبا أو يكون حكمه كما لو عدل إليه عن القوت الواجب في زكاة الفطر وفيه خلاف والجوزي جعل محل الخلاف فيما إذا علم الثمن فحكي فيه قولين (أحدهما) يعتبر غالب قوت البلد (والثاني) لا يجوز إلا التمر وصاحب التتمة قال انه لا يختلف المذهب انه لو رد التمر جاز وأنه لو رد بدله شيئا آخر كالحنطة أو الشعير فيه وجهان (أحدهما) عليه رد الثمن ولا يجب على البائع قبول غيره (والثاني) يجوز أن يرد بدله صاعا من قوته وكلا هذين المصنفين يخالف طاهر اطلاق الاولين وكلام الرافعي يوافق كلام صاحب التتمة فانه صور كلامه بأنه يرد التمر ثم حكي الخلاف في تعيينه وقيام غيره مقامه والمراد بعدم الجواز هنا أنه لا يجبر البائع على قبوله أما عند التراضي فسيأتي حكمه إن شاء الله تعالى فإذا جمعت ما قاله الجوزي وصاحب التتمة مع ما اقتضاه كلام الاكثرين حصل لك في رد الغالب من قوت البلد ثلاثة أوجه (أحدها) أنه واجب (والثاني) أنه جائز وهو مقتضى كلام الرافعي وصاحب التهذيب (والثالث) التفرقة بين أن يكون التمر موجودا فيمتمتع

## [ 50 ]

أو معدوما فيجوز ويكون حينئذ هو الواجب ويحتمل أن تكون هذه ثلاثة أوجه محققة من فائلين مختلفين ويحتمل أن يكون اختلافا في تحقيق قول واحد (أما) عن بعض الاصحاب كابن سريج أو عن الشافعي كما اقتضاه اطلاق الجوزي قولين وبالجملة فلك أن تعتمد على ذلك في حكاية الخلاف على هذه المقالات الثلاث وكلها ضعيفة والصحيح خلافها كما سيأتي إن شاء الله تعالى وقد نقل الائمة عن ابن سريج أنه جعل اختلاف الاحاديث على ذلك وأن النبي صلى الله عليه وسلم اختلف لفظه لذلك فقال " صاعا من تمر " بالمدينة لان غالب قوتها التمر وكانت الحنطة بها عزيزة وقال " صاعا من طعام لا سمراء " حيث يكون الغالب من القوت الشعير أو الذرة أو الارز وقال " مثل لبنها قمحا " وأراد به الصاع لان الغالب أنه مثل اللبن الذي في الصرع وقصد به اللبن الذي يكون غالب قوته ووراء هذه الالوجه الثلاث غير القول بتعيين التمر الذي ذكره المصنف رحمه الله وجه رابع أنه يرد صاعا من أي الاقوات المزكاة شاء من تمر أو بر أو شعير أو زبيب ويكون ذلك على التخيير نقله الماوردي عن ابن أبي هريرة وقد تقدم نقل المحاملي عنه للوجه الاول والله أعلم (قال) الماوردي بعد حكاية هذا القول (وقوله) " مثلي لبنها قمحا " لانه في الغالب يكون صاعا لان الغالب في الغنم أن تكون الحلبة نصف صاع يعني ويكون تردد الرواية في ذلك محمولا على التنويع مثل لبنها إن كان كثيرا قدر لبنها ان كان كثيرا قدر صاع أو مثلي لبنها ان كان قليلا وهو الغالب على الشياه في بلادهم وممن ذهب إلى هذا الوجه أبو بكر احمد بن ابراهيم بن اسماعيل الاسماعيلي فانه قال في كتابه المستخرج على صحيح البخاري وفي قوله " صاع من تمر لا سمراء " دليل على أن المعنى هو المقصود لا الاقتصار على اللفظ لان التمر اسم لنوع معروف (وقوله) سمراء لو كان نوع التمر هو المقصود لم يكن لقوله لا سمراء معنى فثبت أن المعنى التمر وما قام مقامه لا يكلف سمراء (قلت) ولا يلزم ذلك وليست (لا) متعينة في الاخراج وانما هي هنا عاطفة مثلها في قولك جاءني رجل لا امرأة والمعنى في ذلك نفي توهم أن تكون السمراء

مجزئة فهذه الواجهة الأربعة مشتركة في أن التمر غير متعين بل يقوم مقامه غيره وهؤلاء الذين قالوا بأن غيره يقوم مقامه قصرُوا ذلك على الأقوات كما في صدقة الفطر وإنما الخلاف هنا في التخيير أو في اعتبار الغالب من قوت البلد وهو الصحيح على القول بعدم التمر قال الإمام لكن لا نتعدى هنا إلى الاقط بخلاف ما في صدقة الفطر للخبر وهذا الذي قاله الإمام يوافق ما تقدم عن الماوردي في نقل قوله التخيير (وقوله) إن ذلك في الأقوات المزكاة وإن كان قد أطلق النقل في قول الاصطخري ووراء هذه الواجهة الأربعة على القول بأن التمر لا يتعين وجه خامس عن حكاية الشيخ أبي محمد واختلف في التعبير عنه (فقال) ولده إمام الحرمين وهو أعرف بمراده ذكر شَيْخِي مسلماً غريباً زائداً على ما ذكره الأصحاب في طرفهم فقال من أصحابنا من قال يجري في اللبن على قياس المضمونات فإن بقي عينه ولم يتغير رده وليس عليه رد غيره وإن تغير رد مثله فإن اللبن من ذوات الامثال فإن أعوز المثل فالرجوع إلى القيمة وقد أوماً إليه صاحب التقريب ولم يصرح وهذا عندي غلط صريح وترك لمذهب الشافعي رحمه الله بل هو جيد عن مأخذ مذهبه ويبطل عليه مذهب الشافعي في مسألة المصراة ولم يبق إلا الخيار فإن اعتمدنا فيه الخبر لم يبعد من الخصم حمله على شرط الغزارة مع تأكيد الشرط بالتحفيل فهو إذا هفوة غير معدودة من المذهب لا عود إليها هذا ما ذكره الإمام في ذلك وهو أعرف بمراد والده والامر في تضعيفه كما ذكره فإن ذلك مجانب للحديث والمذهب ويقتضى أن التمر ليس الواجب أصلاً وأنه عند تلف اللبن الواجب رد مثله والرافعي رحمه الله صدر كلامه بأنه يرد التمر ثم جعل ما حكاه الشيخ أبو محمد رحمه الله على أنه يقوم مقام التمر غيره حتى لو عدل إلى مثل اللبن أو إلى قيمته عند أعواز المثل اجبر البائع على القبول اعتباراً بسائر المتلفات وفي هذا تأويل لكلام الشيخ أبي محمد رحمه الله وإن أراد يردّه إن شاء وليس عليه رده حتماً وذلك موافق لما سيأتي في الكتاب في هذا الفصل إن البائع يجبر على وجه على قبول اللبن إذا كان باقياً ومال ابن الرافعة إلى هذا التأويل وقال إن كلام الشيخ أبي محمد رحمه الله

في السلسلة ينطبق عليه لكن هذا التأويل يباه ظاهر حكاية الإمام عنه (وقوله) إنه يجري في اللبن على قياس المضمونات وأيضاً فإن الوجه الذي سيأتي في كلام المصنف رحمه الله إنما هو في حالة بقاء اللبن والإمام وإن كان كلامه عن الشيخ أبي حامد في حالة بقاء اللبن أيضاً لكن قوله أنه على قياس المضمونات نعم وأيضاً كلام الرافعي في ذلك إنما هو في حالة التلف فإن حمل على هذا التأويل على بعده وأن الواجب الأصلي هو التمر وله أن يعدل عنه إلى مثله فعلى بعده ليس على قياس المضمونات كما اقتضاه كلام الإمام عنه وهو وجه آخر غير ما ذكره الأصحاب في الحالتين أعنى حالة تلف اللبن وحالة بقائه خلافاً لما قاله ابن الرفعة أن ذلك ليس خارجاً عن كلام الأصحاب وإن كان المراد ظاهر ما نقله الإمام ففي ذلك مخالفة لما نقله الرافعي وهو في غاية المصادمة للحديث والمذهب قال ابن الرفعة لكن له وجه فإن اللبن الكائن في الصرع قبل الحلب يسير لا يتمول فصار تابعاً لما في الصرع كما إذا اختلط بالثمرة المبيعة ونحوها شئ

من مال البائع لا قيمة له فانه لا يمنع وجوب التسليم عليه للمشتري ولهذا حكى الماوردي طريقة قاطعة بأنه إذا اشترى رطبة فلم يأخذها حتي طالت أن الزيادة تكون للمشتري لكبر الثمرة وقد حكى الامام مثل ذلك عن شيخ فيما إذا باع صاعا من اللبن الذي في الضرع وقد رأى منه أنموذجا فقال وكان شيخي سابق في التصوير ويقول إذا ابتدر حلبه واللبن على كمال الدرة لم يظهر اختلاط شئ به له قدر به سآلاه وان فرض شئ على ندور لمثله محتمل كما إذا باع جزء من قرط قال ابن الرفعة والخبر على هذا محمول على ما اقتضاه ظاهره فانه يقتضى أن الرد بعد ثلاث واللبن إذ ذاك يكون تالفا في الغالب نعم المشكل قوله عند تعيين اللبن يعنى بالحموضة بوجوب رد مثله والخبر إذا أخرج مخرج الغالب يوجب رد غيره فالغرابة في هذا لكنه قياس إيجاب رد اللبن عند عدم التغير نظرا إلى جعل زيادة اللبن بالحلب تابعة وإذا وجب رد المثل فتعذر كان الواجب قيمته (قلت) وهذا التكليف على طوله ليس فيه محافظة على ظاهر ما نقل عن

[ 53 ]

الشيخ أبي محمد من الجرى على قياس المضمونات فان ما ذكره ابن الرفعة مقتصر على حالة بقاء اللبن وحمل الحديث على الغالب ثم ذلك غير متجه من وجهين (أحدهما) أن مقتضى ذلك أن لا يجوز الرد قبل ثلاث وهو لا يقول بذلك علي ما هو المشهور من المذهب (والثاني) أن غاية ذلك أبداء وجه من القياس لرد اللبن ونحن لا نذكر أن القياس قد يقتضى ذلك ولكن المتبع في ذلك الحديث وهو عمدة المذهب في ذلك فالعدول عنه خروج عن المذهب وكلام الشيخ أبي محمد في السلسلة مقتصر بظاهره على حالة التلف فانه قال في حكاية الوجه للمشتري جبر البائع على قبول المثل إن كان المثل موجودا وإلا عدل إلى الدراهم كسائر المتلفات والله أعلم \* فهذه الخمسة الاوجه على ما اقتضاه كلام الرافعي يجمعها القول بأن التمر لا يتعين وعلى ما يشعر به ظاهر كلام الامام الاربعة الاولى مشتركة في ذلك وهذا الخامس لا يشاركها بل يتعين عليه رد اللبن أو مثله أو قيمته على الاحوال التي ذكرها ويقابل ذلك كله الوجه الثاني الذي ذكره المصنف عن أبي اسحق المروزي اتباعا لحديث أبي هريرة رضى الله عنه وممن صحح هذا الوجه الشيخ أبو محمد في السلسلة والرافعي والنووي وممن نسبه إلى أبي اسحق كما نسبه المصنف رحمه الله الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والماوردي وابن الصباغ وغيرهم واختلف القائلون لهذا الوجه فقال الماوردي على هذا لا يجوز العدول إلى غير التمر ولو أعوز التمر أعطى قيمته وفي قيمته وجهان (أحدهما) قيمته في أقرب بلاد التمر إليه (والثاني) قيمته بالمدينة وقال القاضى أبو الطيب والبغوي عن أبي اسحاق انه ان عدل الي ما هو أعلى منه جاز وان عدل إلى ما هو دونه لا يجوز الا برضى البائع هكذا قال البغوي وفيه التنبيه على أنه إذا عدل

[ 54 ]

إلى الأعلى جاز من غير رضى البائع وكلام البغوي يقتضى أن الحنطة أعلى من التمر وكلام أبي الطيب مصرح بأنها قد تكون أعلى وقد تكون أدون وكأنه راعى في ذلك القيمة وكان البغوي راعى في ذلك الاقتيات فحصل

من هذين النقلين عن أبي اسحق وجهان والعجب أن الرافعى رحمه الله عمد به التهذيب ولم يحك عن أبي اسحق ما حكاه البغوي فيه وإنما حكى عن أبي اسحق ما حكيناه عن نقل الماوردى ولم يحك عن الماوردى أيضا عند الاعواز الا اعتبار قيمة المدينة وكلام المصنف منطبق على ما حكاه القاضى أبو الطيب والبغوى فقد اجتمع في جنس المردود مع المصراة سبعة أوجه ولك في ترتيبها طريقان (أحدهما) أن تقول في الواجب ثلاثة أوجه (أحدها) على قياس المضمونات على ظاهر ما حكاه الامام (والثانى) التمر (والثالث) جنس الاقوات (فان قلنا) بالتمر فهل يعدل إلى أعلى منه أو إلى غالب قوت البلد أو يفرق بين ان يكون التمر موجودا فيتعين أو معدوما فيعدل إلى الغالب أربعة أوجه (وان قلنا) بالاقوات فهل يتعين الغالب أو يتخير وجهان (والطريقة الثانية) أن نقول الواجب التمر وهل يتعين وجهان (فان قلنا) يتعين فهل يعدل إلى أعلى منه وجهان (وان قلنا) لا يتعين فهل يقوم مقامه الاقوات أو الاقوات وغيرها وجهان (الثانى) قول الشيخ أبى محمد (وان قلنا) الاقوات وحدها فهل يتخير أو يتعين الغالب وجهان وهذه الطريقة مقتضى ترتيب الرافعى وليس في كلام الرافعى رحمه الله لا أربعة أوجه ولم يحك وجه العدول إلى الاعلى ولا التفرقة بين أن يكون التمر موجودا أو معدوما ولا وجه الجرى على قياس المضمونات على ظاهر ما حكاه الامام وليس لك أن تأخذ من هذا الكلام اثبات وجه ثامن جمعا بين ما اقتضاه كلام الامام وكلام الرافعى في النقل عن الشيخ أبى محمد لان ذلك اختلاف في فهم كلام رجل واحد من الاصحاب وإنما يصح

[ 55 ]

اثبات وجهين لو ثبتا جميعا عنه أو قائلين وليس الامر ههنا على هذه الصورة (فان قلت) ما ذكرت أن الرافعى سكت عنه مما حكاه صاحب التهذيب عن أبى اسحق قد شمله قول الرافعى رحمه الله أن الاعتبار بغالب قوت البلد يعنى في القيام مقام التمر فهذا هو العدول من التمر إلى أعلى منه (قلت) ليس كذلك لانه ليس غالب قوت البلد أعلى من التمر على الاطلاق لا في الاقتيات ولا في القيمة فقد يكون بلد غالب قوتها قوت هو أدنى من التمر قوتا وقيمة وقد نقل الاصحاب عن أبى إسحق أنه جعل ترتيب الاخبار على القول المنقول عنه كما أشار المصنف رحمه الله إليه فصرح بالتمر في حديث وفى آخر قال " من طعام " وأراد التمر وفى آخر قال " قمحا " وذلك إذا كان القمح أعز ورضى بذلك وحيث قال " مثل " أو " مثلى لبتها " أراد إذا كان قدر ذلك صاعا وهذا الترتيب يوافق ما حكاه عنه المصنف والقاضى أبو الطيب والبغوى وهو مقتضى كلام الشيخ أبى حامد عنه (وأما) ما حكاه الماوردى والرافعى فلا يوافق ذلك لانه لا يجوز إخراج غير التمر أصلا (فان قلت) ما الصحيح من هذه الالوجه (قلت) الصحيح أن الواجب هو التمر لان الاحاديث الصحيحة مصرحة بالتمر والتي فيها الطعام مطلقا محمولة عليه لان المطلق محمول على المقيد (وأما) حديث ابن عمر الذى فيه القمح فقد تقدم التنبيه على ضعف طريقه ولا حاجة إلى ما تأوله ابن سريج وأبو إسحق عليه فيكون الصحيح أن الواجب هو التمر لا شبهة فيه لكن هل يتعين ولا يجوز غيره كما نقله الماوردى عن أبى اسحق أو يقوم مقامه ما هو أعلى منه كما نقله الباقون هذا محل النظر وقد قال الرافعى ان الاصح عند الشيخ

أبى محمد وغيره أنه يتعين التمر ولا يعدل عنه ولم يحك الرافعى عن أبى إسحق غير ذلك وظاهر ذلك تصحيح لما نقله الماوردى وأن غير التمر لا يجوز وكذلك هو في المحرر وصححه النووي أيضا وهو الذى يقتضيه ظاهر الحديث اللهم إلا أن يكون ذلك برضى البائع وسيأتى حكمه ان شاء الله تعالى لكن قد يتوقف في هذا التصحيح لامرين (أحدهما) أن حكاية الاكثريين عن أبى إسحق أنه يجوز العدول إلى الأعلى كما اقتضاه كلام المصنف وغيره وكثرة القائلين لذلك عن أبى إسحق يقتضى على ما نقله الماوردى عنه وتبين مراد أبى إسحق ولا يبعد أن يتناول كلام الماوردى وان كان خلاف الظاهر ليوافق كلام الاكثريين وإذا لم نتحقق هذا الوجه عن أبى إسحق وليس منقولاً عن غيره فكيف نقضى بصحته (الثاني) أن الاصحاب اتفقوا في زكاة الفطر على أنه يجوز العدول عن القوت الواجب إلى قوت أعلى منه فإذا عدل عن التمر إلى ما هو أعلى ينبغى أن يجوز (والأصح) أن الاعتبار بزيادة الاقنيات والقمح أعلى بذلك الاعتبار وان اعتبرنا القيمة على الوجه الاخير فقد يكون القمح في بعض الاوقات أكثر من قيمة التمر فلو كان التمر في المصرة متعينا حتى لا يجوز غيره وان كان أعلى (فالجواب) اما اختلاف النقل عن أبى إسحق وكون ذلك يقتضى التوقف في نسبة هذا القول إليه أو إلى غيره ويلزم من ذلك أن لا يكون متحققاً فهو بحث صحيح ولكن لنا أن نتمسك في أن الواجب هو التمر بظاهر كلام الشافعى رحمه الله وقوله أن يرد صاعاً من تمر وقوله أن ذلك ثمن واحد وقته رسول الله صلى الله عليه وسلم فإذا كان نص الحديث ونص صاحب المذهب يقتضى ان

بدل اللين هو التمر فتمكن المشتري من إعطاء بدله بغير رضى مستحقه على خلاف القواعد لا يدل عليه دليل ويكفى التمسك في الصحيح بنص صاحب المذهب المستند إلى دليل وأما من يشترط في التصحيح موافقة معظم الاصحاب فيحتاج إلى بيان ذلك ههنا في هذه المسألة ولم أقف من كلام الاصحاب على ما يقتضى ذلك ولا على نسبة القول المذكور إلى غير أبى إسحاق نعم الامام قال ذهب ذاهبون إلى أن الاصل التمر فلا معدل عنه وهذا الذى نقله الامام يوافق ما نقله الماوردى عن أبى إسحق فيحتمل أن يكون مراد الامام بالذاهبين أبا إسحق ومتابعيه ويعود ما تقدم من جهة اختلاف النقل عنه وبالجملة فمستند من لم يقل من الاصحاب على كثرتهم يتعين التمر اختلاف الرواية ومجئ القمح في بعض الروايات وقال الامام ان ذلك الذى مهد لاصحاب القوت مذهبهم وإلا فالاصل الاتباع وأنت إذا وقفت على ما تقدم من التنبيه على ضعف رواية القمح المطلق على المقيد في بقية الروايات التى أطلق فيها الطعام تارة وذكر التمر أخرى لم تبال بمخالفة كثير من الاصحاب إذا اتبعت الحديث ونص الشافعى من غير تأويل (وأما) الجواب عن اتفاق الاصحاب في زكاة الفطر على أنه يجوز العدول إلى الأعلى فان المقصود في زكاة الفطر سد خلة المساكين والحق فيها لله تعالى فلا يحصل فيها من التنازع والخصومة ما يحصل في غيرها وهذان الامران مقصودان في مسألة المصرة فان الحق فيها للادمي مقصود الشارع فيها قطع النزاع مع ما فيها من ضرب تعبد فقد بان ووضح لك أن الصحيح وجوب التمر وتعيينه ولا يجوز العدول عنه إلى غيره

سواء كان أعلي أو أدنى إلا برضى البائع فسيأتي الكلام فيه وهذا الصحيح  
خلاف الوجهين المذكورين في الكتاب لما تبين لك أن مراده عن أبي إسحق  
أنه يعدل إلى الأعلى وصحح ابن أبي عصرون في الانتصار قول ابن سريج  
والله أعلم \* هذا الكلام في جنس الواجب وأما مقداره ففيه وجهان  
(أصحهما) أن الواجب صاع قل اللبن أو أكثر

[ 58 ]

وإن رادت قيمته على قيمة الصاع أم نقصت لظاهر الخبر وهذا الذي نص  
الشافعي عليه رحمه الله في الجزء السادس عشر من الام قال الشيخ أبو  
محمد واليه مال ابن سريج والمعنى فيه قطع النزاع لان الموجود عند البيع  
يختلط بالحادث بعده ويتعذر التميز فتولى الشرع تعيين بدله قطعاً  
للخصومة وقد تقدم ذلك في الجواب عن الوجه الرابع من أسئلة الحنفية  
التي ادعوا فيها خروج الحديث عن القياس (والثاني) أن الواجب يقدر بقدر  
اللبن لرواية ابن عمر التي فيها مثل أو مثلى لبنها وعلى هذ فقد يزداد  
الواجب على الصاع وقد ينقص وأن الامر بالصاع كان في وقت علم أنه يبلغ  
مقدار اللبن فإذا زاد زدنا وإذا نقص نقصنا وهذا الوجه بعيد مخالف لنص  
الشافعي رحمه الله ولنص الحديث وقد تقدم ضعف الرواية التي تمسك بها  
وهذان الوجهان حكاهما الفوراني والقاضي حسين والشيخ أبو محمد  
غيرهم من الخراسانيين هكذا على الاطلاق ومقتضى ذلك أنا ننظر إلى  
قيمة اللبن وتؤدي بقدرها على هذا الوجه وبه صرح الروياني وكذلك الشيخ  
أبو محمد في السلسلة ذكر الوجهين فيما إذا زاد لبن التصرية على قيمة  
صاع من تمر وكذلك الامام في النهاية وقال الروياني انه ضعيف والامر كما  
قال كلام الشافعي رحمه الله في الام يصرح بخلافه فانه قال ردها وصاعاً  
من تمر كثر اللبن أو قل كان قيمته أو أقل من قيمته لان ذلك شئ وقته  
رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد أن جمع فيه بين الابل والغنم والعلم  
يحيط أن ألبان الابل والغنم مختلفة الكثرة والاثمان فان البان كل الابل  
وكل الغنم مختلفة وهذا الذي قاله الشافعي رحمه الله هو الحق الذي لا  
محيص عنه ولو كان الواجب يختلف باختلاف اللبن لفاوت النبي صلى الله  
عليه وسلم بين الابل والغنم فلما لم يفاوت بينهما وأوجب فيهما صاعاً من  
تمر علم قطعاً بطلان هذا الوجه ولم أر لهذا الوجه ذكراً في طريق العراق  
على هذا الاطلاق وإنما في كلامهم وكلام بعض الخراسانيين كالغزالي  
حكاية الخلاف فيما إذا زادت قيمة الصاع على قيمة نصف الشاة أو كلها كما  
سيأتي في كلام المصنف إن شاء الله تعالى ولولا أن الرافعي

[ 59 ]

اعتد بهذا الخلاف وحكاه وتصريح الشيخ أبي محمد والامام والروياني لكننت  
أقول انه يجب تنزيله على ما في كتب العراقيين لكن هؤلاء الائمة ذكروه  
صريحاً والرافعي حكى الامرين فقال ان منهم من خص هذا الوجه بما إذا  
زادت قيمة الصاع على نصف قيمة الشاة وقطع بوجوب الصاع فيما إذا  
نقصت عن النصف ومنهم من أطلقه إطلاقاً وليس في كلام الرافعي هذا  
ما يؤيد تنزيل هذا الاطلاق على ما في كتب العراقيين لكن ما حكاه الشيخ  
أبو محمد والامام والروياني صريحاً وكذلك يقتضيه كلام القاضي حسين

وفى كلام الامام كشف ذلك فانه حكى الوجهين في أنه هل يتعين الصاع أو يجب من التمر بقيمة اللين فان اعتبرنا الصاع فكانت قيمته بقدر الشاة أو أكثر ففي وجوبه وجهان عن العراقيين فجعل حكاية العراقيين الوجهين تغريبا على اعتبار الصاع وأفاد كلامه حصول ثلاثة أوجه في المسألة (أحدها) وجوب الصاع مطلقا (والثاني) وجوب قدر قيمة اللين مطلقا (والثالث) الفرق بين أن تكون قيمة الشاة أولا فان لم تكن بقيمة الشاة وجب الصاع وإلا وجب بالتعديل والوجه الثلاثة المذكورة متفقة على أن المردود هو التمر اما صاع أو أقل أو أكثر وسيأتى في كلام المصنف رحمه الله ما يخالفه وكذلك قوله على الوجه الثالث باعتبار التعديل مخالف لكلام المصنف وأكثر الاصحاب كما ستعرفه هناك إن شاء الله تعالى وفى بعض شروح المذهب المجموعة من الذخاير وغيرها ذكر الوجهين المذكورين وذكر حديث ابن عمر ثم قال قال العراقيون أراد الخبر أنه يجب المنل إذا كان اللين صاعا ويجب مثلاه إذا كان اللين نصف صاع وهذا يجب حمله على ما قاله الشيخ أبو محمد رحمه الله وغيره من اعتبار قيمة الصاع إلا أن يكون اللين صاعا كما هو ظاهر هذه العبارة وبالجملة فهذا الوجه في غاية الضعف مخالف لصريح نص الشافعي رحمه الله والحديث وممن حكاها أيضا ابن داود في شرح المختصر والله أعلم \* وإذا ضمنت الخلاف في المقدار

[ 60 ]

إلى الخلاف في الجنس زادت الاوجه فيما برده بدل اللين والله أعلم \* وسأتعرض لذلك إن شاء الله في فرع عند الكلام فيما إذا زاد الصاع على قيمة الشاة والله أعلم \* \* (فرع) \* هذا كله فيما إذا لم يرض البائع فاما إذا تراضيا على غير التمر من قوت أو غيره أو ذهب أو ورق أو على رد اللين المجلوب عند بقاءه قال الرافعي فيجوز بلا خلاف كذا قاله صاحب التهذيب وغيره وعبارة صاحب التهذيب أنه يجوز على الوجهين قال الرافعي ورأيت القاضى ابن كج حكى وجهين في جواز إبدال التمر بالبر عند اتفاهما عليه (قلت) وقد قال ابن المنذر في الاشراف أنه لا يجوز أن يدفع مكان التمر غيره لان ذلك يكون بيع الطعام قبل أن يستوفى وهو أحد قولى المالكية وقول ابن المنذر وهذا يقتضى أن ذلك من باب الاعتياض فان كان كذلك فالمنع من الاعتياض في ذلك مخالف لنص الشافعي رحمه الله فانه قال في باب السنة في الخيار ومن كان له علي رجل طعام حال من غير بيع فلا بأس أنه يأخذ به شيئا من غير صنفه إذا تقابضا من قبل أن يتفرقا واحترز الشافعي رحمه الله بالحال عن المؤجل وقد تقدم في باب الربا في الاعتياض عن الطعام المؤجل أن الشافعي رحمه الله نص على منعه وما ذكره ابن المنذر هنا لم يتعرض الاصحاب له هناك فيحتمل أن يكون ابن كج موافقه في المنع من الاعتياض عن الطعام مطلقا ويحتمل أن يخص ذلك بهذه المسألة لما فيها من ضرب من البعد فتلخص أن المذهب جواز الاعتياض عنه مطلقا وقول ابن المنذر المنع مطلقا وما حكاها ابن كج المنع في اعتياض البر عن التمر والظاهر أنه يعدى ذلك إلى كل مطعوم فاما أن يقول قولا فارقا بين المطعوم وغيره فيكون قولا ثالثا واما أن يكون يعمم المنع في الجميع تشبيها له بالثمن في الذمة فيكون قد وافق ابن المنذر في الحكم وخالفه في المأخذ واما أن يكون موافقا له في الحكم والمأخذ معا ويمنع الاعتياض عن الطعام في الذمة وان كان حالا وهو خلاف

نص الشافعي رحمه الله وليس في عبارة صاحب التهذيب نفى الخلاف مطلقا كما ذكره الرافعي رحمه الله حتى يستدرك عليه كل خلاف وانما قال على خلاف الوجهين يعني قول ابن سريج وقول أبي اسحق رحمهم الله وليس في كلامه أيضا في النسخة التي وقفت عليها ذكر القوت وانما ذكر الذهب والفضة وما لا يقتات ورد اللبن وأما حكايته وحكاية الرافعي عنه الاتفاق على جواز اللبن عند بقائه فينبغي أن يكون صورة ذلك إذا تراضيا على أخذه بدلا عن الواجب ويشترط في ذلك اللفظ هذا إذا جعلنا ذلك من باب الاعتياض كما تقدم أما إذا اقتصر على الرد فهل يكفي لانهما تراضيا عليه فيرد الرد عليهما أولا يكفي لان الواجب غيره فليس ذلك من باب الرد على صورة الفسخ والله أعلم وستعرض له في كلام المصنف رحمه الله إن شاء الله تعالى وفي فرع الآن فلنبينه له \* \* (فرع) \* التمر الذي يجب رده هل يتعين نوع منه أو ذلك إلى خيرة المشتري ما لم يكن معينا قال أحمد بن سري فيما نقله من نصوص الشافعي رحمه الله صاعا من تمر البلد الذي هو به تمر وسط بصاع النبي صلى الله عليه وسلم فظاهر هذا الكلام يقتضى أنه لا يعطى تمرا دون تمر بلده وإن كان سليما ولم أر من تعرض لذلك ولا اعتد به لا هنا ولا في زكاة الفطر والذي اقتضاه النص من تعيين تمر البلد يشهد له ما ذكر في الشاة لواجبة عن خمس من الابل وأنه لا يجوز العدول عن قيمة البلد على المذهب وما ذكر في الدراهم المأخوذة في الجبران في الصعود أو النزول وأنه يتعين نقد البلد قطعاً فإذا ثبت التعيين ههنا فالتعيين في زكاة ؟ ؟ ؟ ؟ أولى لان إطماع الفقراء تمتد إلى قوت البلد ونوع (نعم) إن كان في البلد أنواع فقد ذكروا في الشاة لمخرجة عن خمس من الابل أوجها نص الشافعي رضى الله عنه فيها وهو الذي قطع به صاحب المذهب بتعين غالب البلد وأصحهما على ما ذكره الرافعي أنه يخرج من أي النوعين شاء وقياس ذلك أن يأتي ههنا ذلك الخلاف بعينه (فان قلت) قد قال الماوردي رحمه الله انه إذا أعوز التمر أو أخرج قيمته

بالمدينة على وجه وهو الذي اقتصر الرافعي على حكايته وهو الذي قاله المصنف على قول أبي اسحق فيما إذا زادت قيمة الصاع على الشاة واعتبار قيمة الحجاز يدل على أن المعتبر تمر الحجاز لان القيمة بدل عنه فلو كان الواجب تمر البلد لآخرج قيمته (قلت) ما ذكره الشافعي هنا من تعيين تمر البلد وتأيد بالنظائر يدل على أن الاصح هو الوجه الثاني الذي نقله الماوردي أنه عند أعواز التمر يعتبر قيمته في أقرب بلاد التمر إليه وان كان الرافعي لم يذكره (وأما) ما ذكره المصنف وغيره من الاصحاب علي قول أبي اسحاق واقتصروا عليه وأن المعتبر قيمة الحجاز فذلك إنما قالوه على قول أبي اسحاق وقد يكون أبو إسحاق لا يوافق على ما اقتضاه النص من تعيين تمر البلد وهو بعيد أو يوافق على أن المعتبر عند الوجود تمر البلد فان أعوز رجع إلى قيمة الحجاز وهو بعيد أيضا ولا يلزم من حكاية الاصحاب ذلك أنهم يعتبرون قيمة الحجاز عند الأعواز على المذهب ولا شك أن مقتضى قول أبي اسحق اعتبارها فانه إذا اعتبرها في غير حالة الأعواز ففي حالة الأعواز أولى فتخلص أن التمر الذي يجب رده هو تمر البلد على ظاهر النص وفيه على قول أبي اسحق ما ذكرته وإذا أوجبتا تمرا فعدل إلى تمر أعلى منه جاز كما قالوه في زكاة الفطر وفي الشاة المخرجة عن الابل ولو عدل

إلى ما دونه لم يحزه كما ذكروه في الشاة هذا عند الوجود وعند الاعواز  
الواجب قيمته بأقرب البلاد إليه وقيل بالمدينة وهو مقتضى قول أبي  
اسحاق وقد يقال أنه إذا عدل عند الوجود إلى نوع أعلى ينبغي أن يكون  
كالعدول إلى جنس آخر كما قيل بمثله في السلم إن اختلاف النوع كاختلاف  
الجنس وحينئذ فلا يجوز ههنا بغير التراضي ويجوز بالتراضي لأن هذا يجوز  
الاعتياض عنه على لاصح كما تقدم بخلاف المسلم فيه (وأما) العدول إلى  
نوع أدنى فلا يجوز إلا بالتراضي إلا إذا فرعنا على قول التخيير وكذلك في  
الزكاة إذا وجبت

## [ 63 ]

عليه الزكاة من نوع لم يعدل إلى نوع دونه إلا إذا اعتبرنا القيمة ففيه خلاف  
وكذا لا يخرج عن الكرام إلا كريمة \* (فرع) \* الصاع الذي يجب رده بدل  
اللبن هل ينزل منزلة العين الأخرى الذي شملها العقد حتى أنه يتوقف الرد  
على رده مع الشاة أو نقول أنه يرد الشاة ويبقى بدل اللبنة في ذمته لم  
أقف في ذلك على نقل (وقوله) في الحديث رد معها صاعاً من تمر يشعر  
بالأول ويؤيده أن أفراد إحدى العينين بالرد لا يجوز في غير هذا الكتاب  
فجعل التمر قائماً مقام اللبنة لرد عليهما أقرب إلى المحافظة على ذلك  
وإذا صح ذلك فلا يكون اتفاهما على أخذ بدل التمر من باب الاعتياض حتى  
يحتاج إلى لفظ كما تقدم لأن التمر لا ثبوت له في الذمة على هذا البحث  
وإنما يقام مقام اللبنة ليرد الرد عليهما ويشكل أخذ بدله لا لاجل التعليل  
الذي قاله ابن المنذر بل لهذا المعنى وهذا الذي وعدت به فليتنبه له (نعم)  
اتفاهما على رد اللبنة واضح على هذا التقدير ولا يحتاج حينئذ إلى اعتياض  
لأن ذلك هو الأصل وإنما عدل إلى التمر خوفاً من اختلافهما فإذا تراضيا  
عليه جاز وورد الرد عليهما ويحصل الفسخ في جميع المعقود عليه ويخرج  
من ذلك أنه يجوز اتفاهما على رد اللبنة ولا يجوز اتفاهما على بدل آخر  
غيره لا يعد ولا غيره ولم أر أحداً صرح بمجموع هذا فليتنبه لهذه الدقائق \*  
(فرع) \* يمكن أن يقال إذا جعلنا التمر قائماً مقام اللبنة على ما تقدم من  
البحث وتراضيا على رد الشاة وأن يبقى التمر في ذمته يجوز كما يجوز في  
الشفعة حيث يكتفي برضا المشتري بذمة الشفيع عن تسليم العوض  
ويمكن أن يقال لا يكفي ذلك هنا لأن الشفعة تملك جديد وههنا رد والرد  
يعتمد المردود فعلى الاحتمال الأول يستمر ما قاله البغوي والرافعي  
رحمهما الله من أخذ البديل عن التمر لأنه قد صار في الذمة فيأخذ عنه ما  
يقع الاتفاق من مقدار غيره ويأتي فيه خلاف ابن المنذر وتعليله وعلى

## [ 64 ]

الاحتمال الثاني يتعين ما تقدم وأنه يتعين رد التمر أو اللبنة باتفاهما لأنه  
الأصل ولا يجوز غير ذلك لأن ذلك إقامة لغير المبيع مقام المبيع في حكم  
الرد وذلك إنما يكون من جهة الشرع \* (فرع) \* ولو كانت المصراة اثنين أو  
أكثر هل يرد أداء الواجب بذلك لم أقف لأصحابنا على نقل في ذلك لكن أبو  
الفرج بن أبي عمر الحنبلي رحمه الله نقل في شرح المقنع على مذهبه  
وعن الشافعي وبعض المالكية أنه يرد مع كل مصراة صاعاً لقوله من  
اشترى غنماً (قلت) وممن ذهب إلى ذلك ابن حزم الظاهري وزعم ابن

الرفعة أن ذلك ظاهر الحديث (قال) وما أظن أصحابنا يسمحون بذلك وهذا منه يدل علي أنه لم يقف في ذلك على نقل وكذلك أنا لم أقف على نقل إلا ما قدمته من نقل بعض الحنابلة عن الشافعي رضي الله عنه وهو مقتضى المذهب وقال ابن عبد البر ينبغي أن لا يجب في لبن شياه عدة أو بقرات عدة إلا الصاع عبادة وتسليما \* (فرع) \* اتفق أصحابنا رحمهم الله وأكثر العلماء على أنه لا يجب رد مثل اللبن التالف لان الصاع بدل اللبن بدليل قوله صلى الله عليه وسلم ففي حلبتها صاع من تمر ويفهم المعنى وقال ابن حزم يجب رد مثله مع التمر ان كان تالفا وعينه ان كان باقيا وذلك في اللبن الموجود عند العقد وأجاب عن الحديث بان الحلبة مصدر واطلاقه علي المحلوب مجاز ولا دليل عليه وانفقوا على أنه ليس عليه رد اللبن الحادث عنده والله أعلم \* وقد روى ابن أبي عدي حديث المصرة بلفظ فيه وان شاء ردها وصاعا من تمر وكان بما احتلب من لبنها وهو يدل على أنه بدل المحلوب لكن في سننه سليمان بن أرقم وهو ضعيف \* (فرع) \* في مذاهب العلماء قال ابن أبي ليلى وأبو يوسف يرد معها قيمة اللبن هكذا نقل عنهما ابن المنذر وغيره ونقل ابن حزم عنهما أنه يرد قيمة صاع وقال مالك في أحد قوليه يؤدي أهل بلد

## [ 65 ]

صاعا من أغلب عيشتهم وهكذا قول ابن سريج من أصحابنا وقال أبو حنيفة ومحمد رضي الله عنهما إذا كان اللبن تالفا ليس له ردها لكن يرجع بقيمة العيب فقط وان كان باقيا رده ولا يرد معها صاع تمر ولا شيا هكذا نقل ابن حزم عنه والمشهور عنه أنه إذا حلبها امتنع عليه الرد ونقل بعض أصحابنا عن أحمد أنه إذا حلبها سقط خياره وتعين حقه في الارش وهذا خلاف الحديث وعن بعض المالكية أنه لا يرد معها شيا لان الخراج بالضمان (الحالة الثانية) أن يختار الرد قبل حلب اللبن وهذا إنما يكون على غير الوجه الذي نقله الشيخ أبو حامد والرويانى ومن وافقهما عن أبي اسحاق في أنه يمتنع الرد قبل الثلاث والمشهور خلافه فإذا أراد الرد قبل الحلب ردها ولا شئ عليه وفاقا فان قوله وان سخطها ردها وصاعا من تمر المراد به إذا كان بعد الحلب والجمع بين طرق الحديث بين ذلك وأيضا المعنى يرشد إليه ونقل ابن عبد البر أنه لا خلاف فيه ولا يعكر ذلك على قولنا انه له الخيار قبل الحلب (الحالة الثالثة) أن يختار امساكها قال الشافعي رضي الله عنه إذا رضى بامساكها ثم وجد بها عيبا قديما غير التصرية فله ردها بالعيب ويرد بدل اللبن الموجود حالة العقد وعلي رواية الشيخ أبي علي وجه أنه كما لو اشترى عبيدين وتلف أحدهما وأراد رد الآخر فيخرج على تفريق الصفقة والمذهب الاول وبه جزم كثيرون وهو الذي نص عليه الشافعي رحمه الله في المختصر وقال الامام قطع الامام وصاحب التقريب والصيدلانى أجوبتهم بذلك وعنى بالامام والده الشيخ أبا محمد ثم استشكله من طريق القياس بأن المعنى يرشد إلى أن الصاع بدل عن اللبن والبهيمة مع اللبن في ضرعها كالشجرة مع ثمرتها فإذا بلغت الثمرة وأراد رد الشجرة دخل هذا في تفريق الصفقة قال هكذا حكم القياس ولكن الشافعي رحمه الله وجميع الاصحاب حكموا بما ذكرناه يعنى من عدم التخرج على تفريق الصفقة (قال) والسبب فيه أن الرد بالعيب القديم في معنى الرد بالخلف قطعاً واللبن في الواقعتين على قصة واحدة فرأى الشافعي الحاق الواقعة بالواقعة كما رأى الحاق الامة بالعبد في قوله عليه السلام " من اشترى شركا له في عبد " وذكر

الشيخ أبو علي في شرح التلخيص أن من أصحابنا من رد هذه المسألة إلى موجب القياس وخرجها على تفريق الصفقة (قلت) وكلام الشافعي رضى الله عنه في الرسالة في باب الاجتهاد يقتضى أن رد التمر في هذه الصورة بالحديث لا بالقياس لكن مراد الامام باللاحق اللاحق في أصل الرد لا في ضمان بدل اللبن واعتذر الغزالي عن التخريج على تفريق الصفقة في حالة رد المصرة بأن اللبن لا يقابله قسط من الثمن على رأى فهو في حكم وصف آخر لا يوجب زواله عيب الباقي بخلاف العيب الحادث (فان قلنا) يقابله قسط من الثمن فلا وجه لمخالفة الحديث فلنؤيد به جواز تفريق الصفقة فانه المختار لاسيما في الدوام وهذا الذى قاله الغزالي من أن اللبن لا يقابله قسط من الثمن على رأى الامام ذكره في لبن غير المصرة تخريجا على الحمل فقال الوجه أن تجعل اللبن كالحمل في أنه هل يقابل بقسط من الثمن على رأى الامام ذكره في لبن غير المصرة تخريجا على الحمل فقال الوجه أن يجعل اللبن كالحمل في أنه هل يقابل بقسط من الثمن وذكره الغزالي والرافعي هنا في المصرة قال ابن الرفعة ولبن المصرة مخالف لذلك إذ هو مقصود فيها بخلافه في غيرها ولهذا قال الشافعي رحمه الله انه إذا رد غير المصرة بعيب لا يرد بدل اللبن ولم يقل الشافعي ولا أحد من الاصحاب بذلك في المصرة وقال ابن الرفعة ان الغزالي أثبت احتمال الامام وجها ونقله إلى لبن المصرة وهو خلاف ما عليه الاصحاب وقال عما ذكره أنه إن قاله تبعاً للغزالي فلا عبرة به والا ففيه تعصيد لما ذكره الغزالي (قلت) وما حكاه الامام عن الشيخ أبى علي مفروض في المصرة لكن في هذه الحالة التى يتكلم فيها وهى ما إذا اختار إمساكها ثم أراد الرد بعيب التصرية فلم يقل أحد فيما علمت بالتخريج على تفريق الصفقة لان ذلك يكون مصادماً للحديث وإذا كان كلام الشيخ أبى علي مفروضاً في المصرة كان مستنداً لما نقله الغزالي في المصرة من أن اللبن لا يقابله قسط من الثمن على رأى وإلا لم يخرج على تفريق الصفقة عند ارداته الرد بعيب آخر وأما امتناع التخريج عند ارادة الرد بالتصرية فيصد عنه الحديث فلذلك لم يصر

إليه صائر ويبقى فيما عداه على مقتضى القياس فليس ما نقله الغزالي والرافعي خارجاً عما عليه الاصحاب (وأما) نص الشافعي رحمه الله في غير المصرة فسيأتي الكلام فيه وأن ظاهر المذهب خلافه وقد اعترض ابن الرفعة على ما نقله الشيخ أبو علي من التخريج وقال الامام إنه القياس بأننا إنما نخرج على تفريق الصفقة ما هو مقصود كله كاحد العبدین ونحوهما وما نحن فيه ليس كذلك فان اللبن غير مقصود كالشاة بل هي المقصودة واللبن إن قصد فتابع ولهذا اغتفرت الجهالة فيه والتوابع إذا فاتت لا تحلق بالمتبوعات ألا ترى أن المبيع إذا ظهر عيبه وامتنع رده لا نقول يخرج القول في الباقي على تفريق الصفقة وإن كانت السلامة من العيب مقصودة لكنها تابعة لا تفرد بالعقد فاللبن مثلها (قلت) وهذا أميل إلى أنه لا يقابل بقسط من الثمن مع انكاره له وإلا فمقتضى المقابلة إنه إذا رد بتفريق الصفقة يردّه وقد حكى الجوزى قولاً يوافق ما حكاه الشيخ

أبو علي في امتناع الرد ويخالفه في المآخذ فقال إن ظهر على عيب التصرية فلم يرد حتى ظهر على عيب آخر بعد مدة ففيها قولان (أحدهما لا يرد كما لا يرد سلعة اشتراها فظهر منها على عيب فلم يرد لها حتى ظهر منها على عيب آخر لانه رضىها معيبة (والقول الثاني) يرد والفرق بينه وبين السلع أنه يرد معها صاعا بدلا للبن المصرة فكأنه يرده بعيب واحد وسائر السلع لا يرد معها شيئا وكان قد رضىه فلا شئ له قال الجوزي قد يحى في السلع أنه يرد المصرة لانه رضى بعيب واحد دون الآخر (قلت) وهذا الاحتمال الذي قاله الجوزي هو القياس ولا يلزم من الرضى بعيب الرضى بجميع العيوب والذي قاله أولا من أن سائر السلع غير المصرة إذا ظهر منها على عيب فلم يرد حتى ظهر على عيب آخر أنه يمتنع الرد بعيد ولا وجه له وما أظن الاصحاب يساعدونه على ذلك كما حكاه الجوزي من القولين بل صرح الماوردي والشيخ أبو حامد وغيرهما بخلافه فانهم قالوا في هذه المسألة أن من رضى بعيب ثم وجد غيره لم يمنعه الرضا بما علم من الرد بما لم يعلم وجعلوا ذلك دليلا على الرد ههنا لكنى رأيت في تعليق الطبري عن ابن أبي هريرة ما يوافق

[ 68 ]

فانه قال في ذلك منزلته منزلة للمشتري سلعة فوجد بها عيبين فرضى بأحدهما كان له أنى يرد بالعيب الثاني وقد قيل انه لا يرد ولكن يرجع بأرش العيب الثاني قال وهو ضعيف على أن قوله في هذا الكلام وقد قيل يحتمل أن يكون في المصرة في المسألة المقيس عليها وبالجملة فالمذهب المشهور أن ذلك غير مانع ونقله ابن بشرى في منصوصات الشافعي رضى الله عنه وقد حكى ابن الرفعة عن الجوزي هذا عند الكلام في بيع البراءة وقال لعل وجهه أن في رده إبطال عفوه عن الاول فلم يجز ولهذا نظر يأتي في الجنايات وما حكاه الجوزي من القولين في المصرة قد وجه هذا القول بالمنع منهما بالقياس على غيرهما من السلع ونحن نمناه حكم الاصل إما جزما وإما على المذهب المشهور ولئن سلم (فالفرق) ما ذكره وتبين بذلك أن مآخذ القول بالمنع الذي حكاه الجوزي غير مآخذ الوجه الذي حكاه الشيخ أبو علي رحمه الله من التخريج على تفريق الصفقة قوى من جهة القياس والحديث يصد عنه غير أن القول الذي حكاه الجوزي على غرابته وضعفه يعتضد به الوجه الذي حكاه الشيخ أبو علي وان اختلفا في المآخذ لتواردتهما على حكم واحد وهو امتناع الرد وكلاهما شاهد للرأى الذي حكاه الغزالي والرافعي من أن اللبن لا يقابله قسط من الثمن وهو مع ذلك ضعيف لمخالفته نص الشافعي رحمه الله ولا وجه لمنع التخريج على تفريق الصفقة إلا اتباع الحديث والا فلقائل أن يقول إن كان اللبن مقابلا بقسط من الثمن وجب أن لا يرد بدله وقد دل الحديث على رد البدل ولذلك جزم الشافعي رحمه الله وأكثر الاصحاب بأنه مقابل بقسط وقعطوا بذلك في باب الربا واستدلوا له هناك بحديث المصرة كما تقدم والوجه الذي حكاه الشيخ أبو علي والجوزي في غاية الغرابة وما قاله ابن الرفعة من من كون اللبن تابعا تقدم الجواب عنه وليس أوصاف السلامة يتقسط الثمن عليها حتى إذا فات بعضها يتخرج على تفريق الصفقة بخلاف اللبن فانه يوافق على أنه يقابله قسط من الثمن وكون الشئ مقابلا بقسط من الثمن أخص من كونه مقصودا هذا ما ذكره كثير من الاصحاب وفصل الماوردي رحمه الله فقال إن كان بعد العقد علم بالتصرية ورضى ثم وقف على عيب آخر فله الرد لا يختلف أصحابنا فيه ويرد

معها صاعا من تمر وان كان علمه بالتصيرية مع العقد ثم وقف على عيب آخر فوجهان خرجهما ابن أبي هريرة من تفريق الصفقة فتحصلنا في هذه المسألة على ثلاث طرق وفي الرونق جزم بردها وحكي في رد الصاع التمر معها قولين وهذه طريقة رابعة غريبة فهذه الاحوال الثلاثة اللاتي تقدم الوعد بذكرهن والحالة الرابعة وهى ما إذا كان اللين باقيا سيأتي في كلام المصنف إن شاء الله تعالى \* \* (فرع) \* إذا قلنا بأنه لا يرد تخريجا على أنه لا تفرق الصفقة فله الارش قاله البندنجي في غير المصرة كما سيأتي إن شاء الله تعالى وقياسه أن يأتي هنا \* (فائدة) \* قال الجوزي: إن قال قائل إذا كان الصاع انما يرده به لا للين التصيرية الذي تضمنه العقد فقد ردت العين مع قيمة النقص فهلا كان هذا أصلا لكل نقص عند المشتري أنه يرده وقيمة النقص (قيل) لان المقصود في الشاة عينها واللين تابع فقد ردت العين بكمالها ورد قيمة التالف وإذا أراد شيئا نقصت عينه لم يرد العين بكمالها لان الكل مقصود ولو جاز أن يردها وقيمة النقص لجاز أن يرد قيمتها كلها إذا تلفت (فان قيل) كذا نفعل ببرد قيمتها كلها وان تلفت وهو قول أبي ثور (قلنا) هذا تدفعه السنة لانه قيل فهو بالخيار فيها إن شاء ردها وصاعا من تمر فانما جعل له الخيار في قيمتها والله أعلم \* \* (فرع) \* إذا لم يعلم بالتصيرية إلا بعد تلف الشاة تعين الارش وقد تقدم الآن عن أبي ثور أنه يرد قيمتها والله أعلم \* (فائدة) \* قول الغزالي رحمه الله فيما تقدم قريبا فهو في حكم وصف آخر لا يوجب زواله عيب الباقي بخلاف العيب الحادث قال ابن أبي الدم انه كذلك وصوابه أن يقول بخلاف أحد العبدتين الباقيين فان موت أحدهما يوجب في الباقي عيبا وهو تفريق الصفقة وليس للعيب الحادث ههنا حدث بل العيب يمنع الرد بالعيب القديم قال ولمتكلف أن يتكلف تصحيح كلامه بجواب بعيد فيقول مراده بالعيب الحادث الحاصل بتفريق الصفقة في أحد العينين بعد تلف العين الاخرى وهذا تكلف بعيد انتهى ولم يتعرض ابن الرفعة لهذا السؤال \*

\* قال المصنف رحمه الله تعالى \* \* (وان كان قيمة الصاع بقيمة الشاة أو أكثر ففيه وجهان (قال) أبو إسحق يجب عليه قيمة صاع بالحجاز لانا لو أوجبنا صاعا بقيمة الشاة حصل للبايع الشاة وبدلها فوجب قيمة الصاع بالحجاز لانه هو الاصل ومن أصحابنا من قال يلزمه الصاع وان كان بقيمة الشاة أو أكثر ولا يؤدي إلى الجمع بين الشاة وبدلها لان الصاع ليس يبدل عن الشاة وانما هو بدل عن اللين فجاز كما لو غصب عبدا فخصاه فانه يرد العبد مع قيمته ولا يكون ذلك جمعا بين العبد وقيمه لان القيمة بدل عن العضو المتلف) \* \* \* (الشرح) \* هذا من بقية الكلام في الحالة الاولى وهى ما إذا أراد رد المصرة بعد تلف اللين وتقدم من المصنف رحمه الله اطلاق القول في جنس الواجب وبيننا الكلام في مقداره وان من الاصحاب من أطلق حكاية الخلاف في تفاوت المقدار ومنهم من خصص فمن المخصصين المصنف فيما ذكره هنا وهو إذا كانت قيمة الصاع الواجب قدر قيمة الشاة أو أكثر ففيه الوجهان اللذان حكاهما المصنف رحمه الله ومن حكاهما كذلك مثل ما حكى المصنف شيخه القاضي أبو الطيب لكننا فرض

فيما إذا كان التمر يأتي على ثمن الشاة أو على الأكثر منه فهذا يقتضى أنه إذا كانت قيمة الصاع أقل من قيمة الشاة ولكنه يأتي على أكثرها أنه يجري الوجهان وجوزت أن يكون ما وقفت عليه من تعليق أبي الطيب فيها زيادة لا يوافق كلام المصنف رحمه الله ابن الصباغ في الشامل وهو كثير الاتباع للقاضى أبي الطيب وفرض المسألة فيما إذا كانت قيمته قيمة الشاة أو أكثر من نصف قيمتها فحصل الوقوف بما في تعليق أبي الطيب لان الأكثر من ثمن الشاة هو ما زاد على نصفه وكذلك قال الرويانى والرافعى رحمهم الله أن منهم من خص هذا الوجه بما إذا زادت قيمة الصاع على نصف قيمة الشاة وقطع بوجوب الصاع إذا نقصت عن النصف هكذا حكاه الرافعى رضى الله عنه من غير تعيين وحكاه الرويانى عن أبي اسحاق فهذه النقول متفقة على أن أبا اسحاق قائل بذلك فيما إذا زادت قيمة الصاع على نصف قيمة الشاة وقد حكى

[ 71 ]

الامام عن العراقيين الوجهين وفرض المسألة فيما لو بلغت قيمة الصاع قيمة الشاة أو زادت وذلك يوافق ما حكاه المصنف رحمه الله ثم حكى عن العراقيين أيضا أنه إن زادت قيمة الصاع على مثل نصف قيمة الشاة فالوجهان جاريان وليس في شئ من ذلك منافاة فان كلام المصنف رحمه الله ساكت عن حكم ما إذا زادت عن النصف ونقصت عن الشاة وكلام أبو الطيب ومن وافقه فيه زيادة بيان أن الخلاف فيها أيضا والقطع فيما إذا نقص عن النصف وقد تقدم عن بعضهم إطلاق حكاية الخلاف ولو كانت قيمة الصاع مثل نصف قيمة الشاة أو أقل وجب رده عند أبي اسحاق صرح به الشيخ أبو حامد وغيره وقال سليم انه لا خلاف فيه على المذهب وفى تعليق أبي حامد من طريق البندنجى والمجرد منها ذكر الوجهين في النصف كالأكثر وذكر العجلى في كلامه على الوسيط والوجيز وجهها بالتعديل أبدا أي أنه لا فرق بين أن يكون أقل من النصف أو أكثر وهذا هو الوجه الذى تقدمت حكايته عن الخراسانيين في ذكرهم الخلاف على الاطلاق في تفاوت ذلك بتفاوت اللبن وزيادة قيمة التمر على الشاة أو نصفها فرضوه في بلاد يكون التمر بها عزيزا كخراسان والوجهان في المسألة على هذا الوجه المخصوص مشهوران في طريقة العراقيين ولم يذكرهما غيرهم الا من حكاهما عنهم كالامام والغزالي ومن وافقهما وذكرهما على الاطلاق كما تقدم لا يعرف الا في طريقة الخراسانيين والعلة التى ذكرها المصنف رحمه الله للوجه الاول انما تظهر في الفرض الذى فرضه هو لا فيما فرضه أبو الطيب وموافقوه ولعل المصنف رحمه الله انما عدل عن الصورة التى فرضها أبو الطيب لذلك حتى يصح استدلاله وفى كلام الامام تعليقه بمعنى يكون اطراده فيهما فانه قال ان الرسول صلى الله عليه وسلم وان نص على الصاع من التمر فقد أفهمنا أنه مبذول في مقابلة شئ فائت من المبيع يقع منه موقع التابع من المتبوع فينبغي أن لا يتعدى على هذا حد التابع والغلو في كل شئ مذموم وقد يغلو المبيع للفظ الشارع فيقع في مسلك أصحاب الظاهر ووجه الغزالي رحمه بنا نعلم أنه عليه السلام قدره به لانه وقع في ذلك الوقت قريبا من قيمة اللبن المجتمع في الضرع ولك أن تقول ان هذا يقتضى أن لا يضبط ذلك بنصف

قيمة الشاة وأنا إذا علمنا زيادة قيمة الصاع على ما في زمان النبي صلى الله عليه وسلم لم نوجهه وعله العراقيين سالمة عن هذا السؤال لكن هذا يوافق الوجه الذاهب بأن الواجب من التمر بمقدار قيمة اللبن مطلقا وسيأتي في التفريع إيضاح لهذا إن شاء الله تعالى وممن نسب هذا الوجه إلى أبي إسحاق كما نسبه المصنف شيخه أبو الطيب والبندنجي وسليم وابن الصباغ رحمهم الله وقال سليم أنه أصح وهذا الوجه يرى أنه لا يجب الصاع في هذه الحالة وسنذكر في التفريع حقيقة ما يوجهه وتعرض فيه إلى لفظ المصنف إن شاء الله تعالى والوجه الثاني حكوه عن الاصحاب وهو الاصح وممن صححه الجرجاني والرافعي وابن أبي عصرون أنه يلزمه الصاع وإن زادت قيمته على قيمة الشاة للحديث واطلاق نص الشافعي رضي الله عنه أيضا يقتضى ذلك ولكنه غير مصرح به إنما صرح أنه لا فرق بين أن يكثر اللبن أو يقل ولا فرق بين أن تكون قيمته وقيمة اللبن سواء أو متفاوتة كما تقدم عنه (وأما) قيمة الصاع مع قيمة الشاة فلم يتعرض لها في ذلك الكلام لكن اطلاقه يقتضى ان لا فرق أيضا ولان الصاع يدل عن اللبن فلم يدل علي مساواته له فإذا لم تعتبر مساواته له فقدم اعتبار مساواته للشاة أولى وقد تقدم عن حكاية الشيخ أبي محمد أن ابن سريج مال إلى ذلك القول فلعله المراد ببعض الاصحاب هنا وقد أجاب المصنف عما تمسك به أبو إسحاق بما ذكره وهو حق والمسألة التي استشهد بها فيما إذا غضب العبد وخصاه صحيحة على القول الجديد ان جراح العبد يتقدر من قيمته كجراح الحر من ديتة فانه على هذا يجب عليه كمال القيمة وعلى القديم وهو أنها لا تتقدر فالواجب ما نقص من القيمة فان لم ينقص شئ فلا شئ عليه وان نقص وجب عليه ذلك النقص وهذا مبين في باب الغصب وقد يكون النقصان زائدا على نصف القيمة كما لو قطع يديه ورجليه ونقص من قيمته أكثر من النصف فانه على القديم صح الاستشهاد بهذه المسألة أيضا فانه يرده ويرد أكثر من نصف قيمته على القديم والقاضي أبو الطيب لم يستشهد بما ذكره المصنف رحمه الله وإنما استشهد بما إذا باع سلعة العبد وقيمة كل منهما ألف ثم يزيد العبد فتبلغ قيمته ألفين ويجد المشتري في السلعة عيبا فيردها ويسترجع العبد وقيمتها ألفان وذلك قيمة الثمن والمثمن وما استشهد به المصنف رحمه الله تبع فيه الشيخ أبا حامد وهو أولى لان الزيادة هنا

في القيمة فقط والعين المستردة واحدة لم يسترجع معها شيئا آخر ومسألة الغصب استرجع مع العبد الناقص قيمته فكان نظير استرجاع الشاة التي ذهب لبنها مع صاع يساوي قيمتها وقد يقول المنتصر لابي اسحاق أن الاصل في المصراة ضمان اللبن التالف بدله علي قياس المتلفات لكن الشارع جعل الصاع بدلا لما في ذلك من قطع النزاع مع قرب قيمة الصاع من قيمة اللبن في ذلك الوقت غالبا فإذا زادت قيمته على ذلك زيادة مفرطة فبعد إقامته بدلا عن لبن لا يساوي جزءا منه يقع موقعا بخلاف ضمان ما فات من العبد المغصوب فإن ذلك واجب متأصل (والجواب) عن هذا أن الشرع لما أوجب في لبن الغنم ولبن الابل مع العلم بتفاوتهما تفاوتنا ظاهرا بدلا واحدا علم أن ذلك بدل في جميع الاحوال والشرع إذا أناط الامور المضطربة بشئ منضبط لا ينظر إلى ما قد يقع نادرا وإذا وقع

ذلك النادر لا يلتفت إليه بل يجرى على الضابط الشرعي لاسيما والمشتري  
ههنا متمكن من الامساك فان اراد الرد فسييله رد ما جعله الشرع بدلا  
(وقول) الامام ان الغلو مذموم (جوابه) ان المعنى إذا ظهر وسلم وجب  
اعتباره وإذا لم يسلم وجب اتباع اللفظ ولا يسمى ذلك غلوا مذموما  
والمختص بأهل الظاهر الذي ذموا به هو التمسك باللفظ مع ظهور المعنى  
وصحته بخلافه والعالم في الحقيقة هو الجامع بين اللفظ والمعنى والله  
أعلم \* وقال صاحب الوافي فيما أجاب به المصنف عن قول أبي إسحاق  
بأن الصاع وإن كان قيمة اللبن الا أنه لم يكن مقصودا وإنما كان على سبيل  
التبع ولا يزيد على قيمة المتبوع الذي هو الشاة وهذا الكلام ليس بالقوي  
بالنسبة إلى ما تقدم ونقل الامام عن صاحب التفریح أنه قطع جوابه  
باعتبار قيمة الوسط في صورة الوجهين \* \* (التفریح) \* ان قلنا بالاصح  
ووجوب الصاع للاتباع فلا إشكال (وان قلنا) بالوجه الاول وهو قول أبي  
إسحاق أنه لا يجب الصاع في هذه الحالة فقد قال المصنف رحمه الله أنه  
يجب عليه قيمة صاع بالحجاز وهكذا قال جماعة من العراقيين والرافعي  
رحمه الله (وقال) القاضي أبو الطيب أنه يقوم بقيمة

[ 74 ]

المدينة وهو أخص فان الحجاز يشمل مكة والمدينة واليمامة ومحاليفها كما  
فسره الشافعي والاصحاب رضى الله عنهم وذكره المصنف في كتاب  
الجزية نسأل الله تعالى أن يبسر علينا الوصول إلى ذلك المكان في خير  
وعافية (وقال) ابن الرفعة أن من أطلق الحجاز أراد المدينة كما قاله  
القاضي أبو الطيب لان الخبر ورد فيها وبواقفه ما تقدم عن الماوردي أنه  
عند الاعواز يرجع إلى قيمة المدينة على أحد الوجهين هذا ما ذكره  
العراقيون على قول أبي إسحاق (وأما) الامام فانه قال ان لم نر إيجاب  
الصاع في هذه الصورة اعتبرنا القيمة الوسط للتمر بالحجاز واعتبرنا  
بحسب ذلك قيمة مثل ذلك الحيوان اللبون بالحجاز وإذا نحن فعلنا هكذا  
جرى الامر في المبدول على الحد المطلوب وهكذا الكلام من الامام فيه  
إجمال (وقال) الغزالي في الوسيط على هذا الوجه يعدل بالقيمة فنقول  
قيمة شاة وسط وقيمة صاع وسط في أكثر الاحوال (فان قيل) هو عشر  
الشاة مثلا أوجبا من التمر ما هو قيمة عشر الشاة وكذلك قال ابن عبد  
السلام في اختصاره للنهاية أنه يعتبر قيمة تلك المصرة بالحجاز والقيمة  
المتوسطة للتمر بالحجاز فتجب من التمر بهذه النسبة وكلام الامام  
المذكور كالظاهر في هذا المعنى وتنزيله عليه ولم يذكر الامام في  
التفریح على الوجه الذي حكاه العراقيون في هذه الصورة غير ذلك لان  
الوجهين المذكورين على مقتضى نقله يتفرعان على أن الواجب هو الصاع  
وأما الوجه الآخر الذي حكاه في صدر كلامه أن الواجب مقدار قيمة اللبن  
من التمر كيف كان فلم نذكره هنا لانه قسيم الوجه الذي عليه يفرغ فلذلك  
لم يذكر هنا إلا وجه التعديل وعبارته بعد ذلك في لبن الجارية المصرة قدر  
قيمة اللبن من التمر أو القوت لا يناقض ذلك لان مقصوده به الوجه  
المذكور هناك في صدر كلامه ولا يجئ عليه قول التعديل وقول الغزالي إذا  
قيل هو عشر الشاة مثلا أوجبا من التمر ما هو قيمة عشر الشاة مراده -  
والله أعلم - بالشاة الاولى الشاة الوسط وبالشاة الثانية الشاة المصرة  
المبيعة مثاله إذا قيل قيمة الصاع الوسط في الغالب درهم وقيمة شاة  
وسط في الغالب عشرة وقيمة الشاة المبيعة خمسة فانا نوجب من الصاع  
نصف عشر ما يساوى عشر قيمة

الشاة كما إذا كان الصاع في ذلك الوقت مثلا بخمسة فنوجب منه عشرة وهو يساوى نصف درهم وان كان الصاع في ذلك الوقت يساوى ثلاثة فوجب سدسه لانه يساوى عشر قيمة هذه الشاة وهو نصف درهم إذا عرف ذلك فقد نقل الرافعى رحمه الله عن الامام أنه يعتبر القيمة الوسط للتمر بالحجاز وقيمة مثل ذلك الحيوان بالحجاز فإذا كان اللبن عشر الشاة مثلا أوجبا من الصاع عشر قيمة الشاة ولم أر في النهاية إلا ما حكته قبل ذلك من الكلام الذى فيه إجمال ونسبت الكلام الذى فيه إجمال إلى والكلام الذى بعده في الجارية وقد ثبت أنه لا تناقض بينهما وأن كلام الامام الاول منزل على ما قاله الغزالي وبين الغزالي والرافعى اختلاف فان الغزالي ينسب قيمة الصاع من قيمة الشاة فإذا كان قيمة الصاع عشر قيمة الشاة أوجب عشر الصاع وأول كلام الرافعى رضى الله عنه يقتضى ذلك لكن آخره يقتضى نسبة اللبن من قيمة الشاة فانه قال فإذا كان اللبن عشر الشاة مثلا أوجبا من الصاع عشر قيمة الشاة واللبن لم يجر له ولا لتقويمه ذكر وإنما ذكر التمر فالوجه أن يقول فإذا كان التمر وقد جوزت أن يكون ذكر اللبن بدل التمر سهوا من ناسخ لكنه هكذا فيما وقفت عليه من النسخ وفى نسخ الروضة أيضا فأول كلام الرافعى رضى الله عنه وآخره لا يلتزمان التاما ظاهرا إلا أن يكون المراد بقيمة اللبن على حذف مضاف ويكون المراد بقيمة اللبن التمر لانه بدله وذلك تعسف على أنه يمكن أن يقال بالآخر فقط بأن يقوم اللبن وتقوم الشاة وينسب قيمة اللبن منها لكن صدر كلام الرافعى وكلام الامام يابى ذلك ويقتضى تقويم التمر وأيضا لا أعلم أحدا من الاصحاب قال بتقويم اللبن ثم ان كلام الرافعى والغزالي رحمهم الله متفقان على أنا بعد النسبة نوجب من الصاع ما اقتضته النسبة فنوجب في المثال المذكور أن يرد من الصاع ما يساوى عشر قيمة الشاة وذلك مخالف لما قاله جميع العراقيين من أن المردود فيه الصاع بالحجاز وبين الكلامين تفاوت ظاهر والظاهر من كلام العراقيين أنه لا يرد شيئا من التمر قال ابن الرفعة وهو الاشبه بمذهب أبى اسحق فانه يرى أن الصاع من التمر أصل لاجل الخبر كيف كان الحال وأنه الواجب وما يوجد يكون بدلا عنه ولا يجوز أن يجعل بعض صاع بدلا عن صاع \*

\* (فرع) \* هو من تنمة الكلام في ذلك \* اشترى شاة بصاع تمر ثم أراد ردها بالتصرية ففيه وجهان حكاهما الماوردى في الحاوى وغيره (أحدهما) وهو الاصح يردّها ويرد معها صاعا ولا اعتبار بزيادة الثمن ونقصه كما لا اعتبار بقلة اللبن وكثرته ولا يكون ذلك ربا لان الربا في العقود لا في الفسوخ قال صاحب التنمة إلا أن ذلك سوء تدبير منه في المالك فيقتضى الحجر (قلت) ومتى فرض الامر كذلك فينبغي امتناع الرد لانه سفه كما تقدم لنا فيما إذا صارفه دراهم بدنانير على عينها وخرج ببعضها عيب كخشونة الفضة وقلنا بجواز التفريق (فان قلنا) الاجازة بكل الثمن قال القاضى أبو الطيب لم يكن له حظ في رد المعيب لانه سفه فنيقيه على ملكه أصلح له وقد تقدم ذلك وأن غير أبى الطيب يشعر كلامهم أنه يتعين العدول إلى قول الاجازة بالقسط قياس ذلك أن يتفقوا على امتناع الرد ورد الصاع ثم

أما أن يمنع الرد مطلقا وهو قياس قول أبي الطيب وأما أن يرجع إلى القول الآخر الذي سيأتي وهو قياس الاحتمال الآخر في مسألة الصرف فراجع هناك (والوجه الثاني) في هذا الفرع أنه يرد بقدر نقص التصرية من الثمن لأن الرد لاستدراك النقص فعلى هذا يقوم الشاة لو لم تكن مصراة فإذا قيل عشرة قومت مصراة فإذا قيل ثمانية علم أن نقص التصرية هو الخمس فيرد المشتري معها خمس الصاع الذي اشتراها به فهذا الوجه الذي في هذه الصورة هو موافق لما قاله الغزالي والرافعي فتأيد ما قاله به قال ابن الرفعة لا لأن ما قاله الغزالي فيما إذا ساوت قيمة الصاع قيمة الشاة لا الثمن وما ذكره الماوردي فيما إذا ساوى الصاع الثمن وبينهما فرق لأن التمر قد يكون قدر قيمة الشاه وقد يكون أكثر منها وقد يكون أقل نعم الغالب مقارنة الثمن للقيمة وهذا الوجه قائله ناظر فيه إلى الغلبة ومع هذا يصح أن تعضد الخلاف الذي ذكره الغزالي به وفي هذا الفرع وجه ثالث ذكره الجوزي أنه يرد الشاه وقيمة اللبن ذهباً أو ورقاً قياساً على ما إذا اشترى حلياً بمثله من الذهب ثم وجد به عيباً وحدث عنده عيب ووجه رابع مجزوم به في تعليق الطبري عن ابن أبي هريرة أنه يردّها ولا شيء عليه \*

[ 77 ]

\* (فرع) \* هذا الذي تقدم من اعتبار قيمة الحجاز أو المدينة هو الذي ذكره أكثر العراقيين وقد تقدم عن الماوردي فيما إذا أعوز التمر حكاية وجه أنه يعتبر قيمة أقرب البلاد إليه تفرعاً علي قول أبي اسحاق وقياس ذلك أن يأتي هنا فإنه لا فرق بين أن يعوز التمر وبين أن يجوز له العدول إلى القيمة فإذا ضمنت ذلك وما قاله الغزالي رحمه الله في كلام المصنف رضى الله عنه حصل لك في هذه المسألة أعني مسألة الكتاب أربع أوجه (أصحها) وجوب الصاع (الثاني) وجوب قيمته بالمدينة (الثالث) وجوب قيمته بأقرب البلاد إليه (الرابع) وجوب بعض صاع لمقتضى التوزيع ليس في الفرع الذي قاله الماوردي الوجهان اللذان ذكرهما عند إمكان رد التمر وما حكيناه عن الجوزي وابن أبي هريرة وأما إن أعوز فسيأتي إن شاء الله تعالى \* \* (فرع) \* إذا أوجبت رد الصاع التمر فيما إذا اشتراها بتمر وهو الأصح فلو أنه رضى بها ثم أراد الإقالة قال القاضي حسين وصاحب التهمة إن قلنا الإقالة عقد فلا يجوز لأنه يلزمه أن يرد بدل اللبن تمراً فكأنه باع شاة وصاع تمر بتمر (وإن قلنا) الإقالة فسخ جاز لأن الفسوخ لا ربا فيها (قلت) وهذا الخلاف في الإقالة يأتي علي كل من الوجهين اللذين حكاهما الماوردي وأما الذي حكاه الجوزي أنه يرد قيمة اللبن نقداً فيجوز سواء قلنا الإقالة بيع أو فسخ \* \* (فرع) \* عن البندنجي أنه يعتبر قيمة يوم الرد كرجل أقرض رجلاً صاعاً من تمر بالحجاز ولقيه بخراسان له مطالبته بقيمة الحجاز يوم المطالبة وليس له مطالبته بالتمر كذا ههنا وكذلك يقتضيه كلام الشيخ أبي حامد (قلت) فلو فرضنا قيمة التمر يوم الرد بالحجاز كثيرة تزيد على نصف قيمة الشاة لغلاء سعر التمر ورخص الشاة فكيف الحال في ذلك (يمكن) أن يقال يلزمه ذلك كما في القرض ويمكن أن يقال يتعين التمر لأنه الأصل ولا فائدة في العدول عنه وقد تقدم من كلام الامام أنه يعتبر القيمة الوسط وينبغي أن يحمل ذلك على الوسط من الأنواع حتى يكون موافقاً لكلام البندنجي لكن قول الغزالي في أكثر الأحوال ظاهر بخلافه وأنه لا يعتبر وقت الرد وما قاله العراقيون أقل \*

\* (فرع) \* الذى يقول بأيجاب شئ من التمر فيما إذا اشترى شاة بصاع تمر وردها بالتصرية بمقتضى التوزيع قال ابن الرفعة ليت شعري ماذا يقول عند فقد التمر فليته قال والظاهر أنه يقول برد ما اقتضاه التوزيع من القيمة وعلى ما ذكره العراقيون يكون الواجب قيمة صاع من تمر الحجاز كما سلف وتقدم وجه آخر عن الحاوي أنه يجب قيمة صاع تمر بأقرب بلاد التمر إليه (قلت) وما قاله أنه ظاهر متعين على هذا الوجه وحينئذ يكون في هذه الصورة أربعة أوجه (أصحها) إيجاب قيمة بعض الصاع بالمدينة (والثاني) قيمة الصاع بأقرب البلاد (والثالث) إيجاب قيمة بعض الصاع بالمدينة على ما اقتضاه التوزيع (والرابع) إيجاب بعض قيمة صاع بأقرب البلاد إليه وقد تقدم ما ذكره الجوزي وابن أبي هريرة \* (فائدة) \* قول المصنف رحمه الله لأنه هو الاصل أي لان التمر هو الاصل كذلك صرح به الشيخ أبو حامد فيحمل كلام المصنف عليه ويكون المعنى أن صاع التمر بالحجاز هو الاصل فإذا تعذر رده رجعنا إلى قيمته بالحجاز كمن أقرض تمرًا بالحجاز ولقيه بخراسان فطالبه بقيمة الحجاز \* \* (فرع) \* رأيت في شرح التنبيه لابن بونس أنه إذا أراد قيمة الصاع فإنما نوجب فيه صاعًا من تمر بالحجاز ويشبه أن يكون في النسخة تصحيف ولعله يوجب قيمة صاع والله أعلم \* \* (فرع) \* تقدم في جنس الواجب رده مع المصرة سبعة أوجه وفي مقداره أربعة أوجه (أصحها) صاع تمر (والثاني) بقدر قيمة التمر (والثالث) إن زاد الصاع فيما يقتضيه التعديل والاوجب الصاع (والرابع) إن زاد فالواجب القيمة بالحجاز والا فالواجب الصاع ولم يقل أحد فيما أعلمه أنه إن زاد الصاع فالواجب قيمة الصاع من التمر والاوجب التمر فإذا خلطت الاوجه بعضها ببعض وجمعتها حصل لك فيما ترده مع المصرة خمسة وعشرون وجهًا من ضرب الاربعة في ستة (وأما) السابع وهو ما حكاه أبو محمد فلا يأتي خلاف في المقدار فيه وترتيبها هكذا (أصحها) أن الواجب صاع من تمر مطلقًا كثر اللبن أو قل زادت قيمته أو نقصت (الثاني) صاع من القوت الغالب (الثالث) صاع على التخيير بين الاقوات ما عدا

الاقط (الرابع) التمر أو ما هو أعلى منه (الخامس) التمر أو غالب قوت البلد (السادس) لو كان التمر موجودًا فصاع منه والا فصاع من الغالب فهذه ستة ومثلها أن الواجب بقيمة اللبن من هذه الاشياء على الخلاف فيها صارت اثني عشر وستة إن زادت قيمة الصاع على الشاة أو نصفها فالواجب ما يقتضيه التعديل من هذه الاشياء الستة على الخلاف فيها وان لم تزد فالواجب الصاع من الامور المذكورة فهذه ثمانية عشر وستة انه إن زادت قيمة الصاع فالواجب قيمته والا فهذه الاشياء الستة على الخلاف والخامس والعشرون ما حكاه الشيخ أبو محمد من الجرى على قياس المضمونات وهو أضعفها ولا يمكن أخذه مع الاربعة والله أعلم \* \* (فرع) \* فان كان باع الشاة المصرة بصاع من تمر فيجئ فيها بمقتضى التركيب ثمانية وعشرون وجهًا هذه الخمسة والعشرون المذكورة وثلاثة أخرى (أحدها) أنه يجب من الصاع بقدر نقص التصرية من التمر (والثاني) يرد قيمة اللبن ذهبًا أو فضة (والثالث) يردّها ولا شئ عليه فقد تقدم ذلك \* واعلم أن تركيب هذه الوجوه ذكر لتستفاد ويعرف كيفية النظر في ذلك ولكن إنباتها لذلك متوقف على أن كل واحد من أصحاب الوجوه قائل بالوجوه التي

تركب معها حتى يصح التركيب وقد فعل الاصحاب مثل ذلك في مواضع  
والله أعلم \* \* قال المصنف رحمه الله \* \* (وان كان ما حلب من اللبن باقيا  
فأراد رده ففيه وجهان (قال) أبو إسحق لا يجبر البائع على أخذه لانه صار  
بالحلب ناقصا لانه يسرع إليه التغير فلا يجبر على أخذه (ومن) أصحابنا من  
قال يجبر لان نقصانه حصل لمعني يستعلم به العيب فلم يمنع الرد ولانه لو  
لم يجز رده لنقصانه بالحلب لم يجز أفراد الشاة بالرد لانه أفراد بعض  
المعقود عليه بالرد فلما جاز ذلك ههنا - وان لم يجز في سائر المواضع -  
جاز رد اللبن هنا مع نقصانه - بالحلب وان لم يجز في سائر المواضع - ) \*

## [ 80 ]

\* (الشرح) \* هذه الحالة الرابعة من أحوال رد المصراة وهى إذا أراد ردها بعد  
الحلب واللبن باق وهذا على قسمين (أحدهما) أن يكون قد حمض وتغير فلا  
خلاف أن البائع لا يكلف أخذه (والثاني) أن لا يكون كذلك وهى صورة الكتاب  
ففيها وجهان (أصحهما) وهو قول أبى إسحق أنه لا يجب على البائع أخذه  
لما ذكره المصنف رحمه الله وفيه تنبيه على أنه ليس من شرط المسألة أن  
يأتي عليه زمان بل لو كان عقب الحلب لم يجب أخذه لانه صار يسرع إليه  
التغير فنقص عما كان في الضرع وقول المصنف رحمه الله بعد ذلك فلا  
يجبر على أخذه تأكيد لانه قد ذكر ذلك أولا ويمكن تعليل هذا الوجه أيضا بأن  
اللبن الموجود عند العقد الذى يستحق بدله اختلط باللبن الحادث المختص  
بالمشترى فإذا سمح به لا يجبر البائع على قبوله وهذا قد يحدسه الخلاف  
المذكور في الاخبار في مسألة اختلاط الثمار ومسألة النعل ومسألة  
الحنطة المختلطة فيكون الاقتصار على العلة الاولى أولى (وقد يقال) أنه  
لا يصار إلى الاخبار في المسائل المذكورة إلا للضرورة ألا ترى أن النعل إذا  
لم يكن نزع معيبا فلم ينزعه لا يجب قبوله وههنا لا ضرورة تدعو إلى  
قبول اللبن لامكان رد التمر الذى قدره الشرع وممن صحح هذا الوجه ابن  
ابى عصرون والرافعي رضى الله عنهما وقال الرويانى في البحر إنه  
الاصح عند جمهور أصحابنا وبه جزم الماوردي (والوجه الثاني) أنه يجب على  
البائع قبوله ويجبر عليه لما ذكره المصنف والاعتذار بكون ذلك لاستعلام  
العيب وهو الذى ذكره القاضى أبو الطيب مستمر على الاظهر من القولين  
في تلك المسألة كأنه إذا كسر منه قدر ما يفرق به العيب يرده قهرا  
وقاسوه على مسألة المصراة هذا والقول الثاني في تلك المسألة بمسألة  
المصراة التى قاسوا عليها رد الشاة بدون اللبن فانه جائز قول واحد مع  
النقصان الذى حصل فيها بالحلب لاجل أن ذلك لاستعلام عيب الشاة وليس  
مرادهم مسألة اللبن التى فيها إذ لا يحسن تخريج قول على وجه وحينئذ  
فمسألة اللبن هذه فرد من أفراد تلك المسائل المسندة إلى رد المصراة  
بعد نقصها بالحلب (الثاني) أنه إذا كان النقص الذى يستقل به العيب غير  
مانع على الاظهر من القولين في تلك المسائل وبلا خلاف في رد الشاة  
نفسها بعد الحلب فلم لا كان هنا في رد اللبن كذلك ؟ ولم حكم الجمهور

## [ 81 ]

بأن الصحيح عدم الاجبار ؟ (فالجواب) أن اللبن لم يظهر فيه عيب قديم  
يقتضى رده بخلاف الشاة وما لا يوقف على عيبه إلا بكسره فانه مشتمل

علي عيب قديم بسببه يرد فنقصه لاستعلام عيبه واللبن نقصه لاستعلام عيب غيره وهو الشاة والحاقه بما نقصه لاستعلام عيبه يحتاج إلى بيان والتمييز بين النوعين كاف في الفرق (وأیضا) النقص لاستعلام العيب لو قلنا بأنه يمنع في غير هذا الموضوع لادى إلى بطلان رد المعيب وههنا لا يؤدي إلى ذلك لان الشرع جعل اللبن بدلا يرده مع الشاة المعيبة واللبن ليس بمعيب فلا يلزم من اغتفاره في محل الضرورة اغتفاره حيث لا ضرورة (الثالث) أنا علي القول بالرد فيما نقصت قيمته بكسره نقول بأنه يغرم الارش علي قول وان كان الاظهر خلافه وأما ههنا على الوجه بأن له رد اللبن لا نعلم أحدا قال بأن المشتري يغرم مع ذلك تفاوت ما بين قيمة اللبن في الضرع وقيمه مخلوبا وهذا يحرك لنا بحثا وهو أن التمر يتقسط على الشاة واللبن الذي في ضرعها كما تقدم وذلك باعتبار قيمتهما فهل تعتبر قيمة اللبن في الضرع أو بعد الحلب (وقد) يقال انه في الضرع لا يمكن تقويمه كالحمل في البطن لكننا إذا كنا نعلم أنه بعد الحلب أنقص مما في الضرع وحين المقابلة كان في الضرع والمعتبر في التقسيط وقت العقد فهذا البحث حركته لننظر فيه فان كان يعتبر قيمته في الضرع وبالحلب ينقص عن ذلك فكان قياس ذلك الوجه إيجاب الارش ولا أعلم من قال به وان كان يعتبر قيمته بعد الحلب فلا نقص حينئذ ولا يحتاج أن يعتذر بأنه نقص حدث لاستعلام العيب (الرابع) انا إذا قلنا بأن للمشتري رد اللبن فهل له إمساكه ورد الشاة (قال) صاحب التتمة إن كان قد أمسكها زمانا يحدث في مثله لبن لا يكلف الرد لان الحادث بعد العقد ملكه فلا يلزمه رده وان حلب عقيب الشراء وقلنا على البائع قبول اللبن لانه عين حقه فعلي المشتري رده إذا أراد الفسخ وليس له رد البديل لان حقه في يده (الخامس) أن القائل بأن له ههنا أن يرد اللبن هل ذلك بطريق الفسخ كما لو اشترى عينين فوجد باحدهما عيبا فان له أن يرد الجميع إن كان كذلك فينبغي عند هذا القائل انه إذا أراد إمساك اللبن ورد الشاة يجرى فيها الخلاف فيما إذا أراد أن يفرد إحدى العينين بالرد فعلى قول يمنع عليها

[ 82 ]

الافراد بالرد وهو يوافق ما تقدم عن صاحب التتمة عند عدم اختلاط اللبن بلبن جديد وعلى قول لا يمنع وان لم يكن بطريق الفسخ فيماذا يجبر البائع على قبول وحقه في التمر واللبن على ملك المشتري بمقتضى العقد فتلخص أن صاحب هذا الوجه يلزمه أن يوجب رد اللبن عند بقائه وهو خلاف ظاهر الحديث (السادس) أن رد اللبن هل يكون حكمه حكم رد المصراه إذا قلنا الخيار فيها على الفور حتى إذا أخرج بطل اجبار البائع عليه ويقتصر على رد الشاة أو نقول رد الشاة على الفور واللبن إلى خيرة المشتري لم أر في ذلك نقلا وهو يلتفت على ما تقدم من البحث في أن ذلك هل هو بطريق الفسخ أولا فان كان بطريق الفسخ كان على الفور وكل هذه التفريعات المضطربة سببها ضعف هذا الوجه القائل بأن له رد اللبن قهرا (السابع) قول المصنف رحمه الله ولانه لو لم يجر الرد إلى آخره هو الدليل الثاني في كلامه الذي وعدت بالكلام عليه وهو دليل مستقل غير ناظر إلى أن النقصان لاجل الاستعلام أولا وبهذا يخالف ما قدمته من أن هذه المسألة ومسألة مالا يوقف على عيبه إلا بكسره جميعا يرجعان إلى مسألة رد المصراه مع نقصها بالحلب وهذا الدليل الذي ذكره المصنف رحمه الله غير ذلك لانه جعل امتناع رد اللبن مستلزما لامتناع أفراد الشاة بالرد وعلل الاول بالنقص بالحلب والثاني بأنه أفراد بعض المعقود عليه وذلك غير النقص بالحلب فلم يحصل الجمع بينهما به وانما مقصوده قياس

النقصان بالحلب على النقصان بالافراد فان افراد بعض المعقود عليه  
نقص وسكت المصنف رحمه الله عن ذلك لوضوحه ولذكره في موضع آخر  
وهو ما إذا اشترى عينين صفقة واحدة فانه لا يجوز افراد أحدهما بالرد إما  
جزماً إذا كان العيب بهما أو على الاظهر إذا كان بأحدهما وإذا كان افراد  
بعض المعقود عليه نقصاً فلو امتنع رد اللبن بنقصانه بالحلب لامتنع افراد  
الشاة لنقصانها بالافراد والجامع بينهما مطلق النقصان فلما جاز رد الشاة  
ههنا وافرادها عن اللبن اتفاقاً ولم يجعل النقصان بالافراد مانعاً - وان كان  
مانعاً في سائر المواضع - وجب أن يجوز رد اللبن ولا يجعل النقصان  
بالحلب مانعاً - وان كان مانعاً في سائر المواضع - هذا تقرير هذا الدليل  
ولابد من الجواب عنه إذ الاصح في المذهب خلافه (وطريق) الجواب أن  
الاصل أن النقص مانع ولا يلزم من مخالفة الاصل في موضع مخالفته في  
كل

### [ 83 ]

موضع الا أن يتبين أن المعني الذي استثنى لاجله نقصان افراد الشاة بالرد  
عن سائر مواضع الافراد موجود في النقصان بالحلب ههنا حتى يستثنى  
عن سائر مواضع النقص وصحة القياس متوقعة على ثبوت ذلك وهو غير  
بين (الثامن) أن الاصحاب اطلقوا على حكاية الوجهين كما حكاهما المصنف  
رحمه الله وكلام الشيخ أبي حامد يقتضى حكاية الوجهين عن أبي اسحق  
ولذلك الروياني قال أن أبا اسحق أشار في الشرح إلى وجهين والمصنف  
وابن الصباغ جعل القول بعدم الاجبار قول أبي اسحق وكلام أبي الطيب  
محتمل لما قاله أبو حامد ولما قاله المصنف فانه قال لا يجبر عليه ذكره أبو  
إسحق في الشرح وقال لانه صار معيباً وفيه وجه آخر أنه يجوز وبقيت  
الاصحاب يذكرون الوجهين غير منسويين والجمع بين ذلك كله أن أبا اسحق  
ذكر في شرحه الوجه الذي اختاره والوجه الآخر (التاسع) أن هذا كله في  
رده على جهة القهر أما لو تراضيا على ذلك قال الماوردي والروياني في  
البحر جاز وقد تقدم ذلك عن البغوي والرافعي رحمهما الله أنه لا خلاف  
فيه ونبهت هناك أنه هل هو من باب الاعتياض أو من باب الرد بالفسخ وان  
ابن المنذر خالف فيه ومقتضى كلامه المخالفة ههنا وهو أحد قولي  
المالكية وان ابن المنذر جعله من باب الاعتياض وذكرت بحثاً هناك يقتضى  
أنه ليس كذلك وأنه يجوز فلينظر ذلك البحث هناك في فرع عند شرح قول  
المصنف " وان أجاز رد المصرة رد بدل اللبن " \* \* (فرع) \* قسم المرعشي  
العيب الحادث عند المشتري إلى قسمين (أحدهما) المصرة يردّها ناقصة  
عما أخذت عليه من كون اللبن في ضرعها وما سوى المصرة ثلاثة أضرب  
(أحدها) يرد قولاً واحداً كالعنت والخيار يغمزه بعود أو حديدة فيتبين أنه مر  
(والثاني) فيه قولاً كالثوب يقطع ثم يعلم عيبه (والثالث) ثلاثة أقوال إذا  
كسرنا لا نوقف على عيبه إلا بكسره وسيأتى ذلك إن شاء الله تعالى في  
الرد بالعيب وفيه توقف نذكره هناك إن شاء الله تعالى \* \* (فرع) \* إذا  
اشترى شاة وجز صوفها ثم وجد بها عيباً إن كان الجز لاستعلام العيب لم  
يمنتع الرد وجرى مجرى حلب \*

### [ 84 ]

\* قال المصنف رحمه الله تعالى \* \* (وان اشترى جارية مصراة ففیه أربعة أوجه (أحدها) أنه يردّها ويرد معها صاعا لانه يقصد لبنها فثبت بالتدليس له فيه الخيار والصاع كالشاة (والثاني) أنه يردّها لان لبنها يقصد لتربية الولد ولم يسلم له ذلك فثبت له الرد ولا يرد بدله لانه لا يباع ولا يقصد بالعوض (والثالث) لا يردّها لان الجارية لا يقصد في العادة إلا عينها دون لبنها (والرابع) لا يردّها ويرجع بالارش لانه لا يمكن ردّها مع عوض اللبن لانه ليس للبنها عوض مقصود ولا يمكن ردّها من غير عوض لانه يؤدي إلى إسقاط حق البائع من لبنها من غير بدل ولا يمكن إجبار المبتاع على إمساكها بالثمن المسمى لانه لم يبذل الثمن إلا ليسلم له ما دلس به من اللبن فوجب أن يرجع على البائع بالارش كما لو وجد بالمبيع عيبا وحدث عنده عيب) \* \* \* (الشرح) \* الكلام في هذا الفصل والفصل الذي بعده يحتاج إلى أصل وهو أن المنصوص عليه في كلام الشافعي رحمه الله حكم الابل والغنم والبقر والصحيح المشهور أنه يعم جميع الحيوانات المأكولة والمصرح به من ذلك في الحديث هو الابل والغنم (وكثير) من الاصحاب يجعلون حكم البقر ثابتا بالقياس وبه يشعر كلام الشافعي رحمه الله في المختصر (ومنهم) من يأخذه من النص في الحديث الذي لفظه " من اشترى مصراة " فانه عام وقد تقدم ذلك واتفقوا على إثبات الحكم في البقر إما بالنص وإما بالقياس فان القياس فيها ظاهر جلي وهى في معنى الابل والغنم فلذلك اتفقوا على ثبوت الحكم فيها أما ما عدا ذلك من الحيوانات كالجارية والاتان فلا يظهر فيهما أنهما في معنى الاصل المنصوص عليه وعقد المصنف رحمه الله هذا الفصل والذي بعده للكلام فيهما والذي تجرى احكام المصراة عليهما فطريقه في ذلك أما القياس وان كان ليس في الجلاء والظهور كالأولى وأما إدراجها في عموم قوله " من اشترى مصراة " والذي لا تجرى عليهما أحكام المصراة طريقه قطع القياس وتبيين أنهما غير داخلين في عموم قوله مصراة (إما) بأن الاسم غير صادق عليهما عند الاطلاق (وإما) باخراجهما من اللفظ بدليل (وقد) يقال إن

[ 85 ]

من جملة ما يدل على إخراج الجارية قوله في الحديث " بعد أن يحلبها " فان ذلك يقتضى قصر الحكم على ما يصدق عليه اسم الحلب وفى إطلاق الحلب على الجارية نظر (واعلم) أن قاعدة مذهب الشافعي رضى الله عنه كما ذكره الامام يدل أن ثبوت الخيار في المصراة جار على القياس وإذا كان كذلك فيسوغ إلحاق غير المنصوص عليه بالمنصوص والمصنف رحمه الله وكثير من الاصحاب لم يذكروا الحديث الذي فيه صيغة العموم وإنما ذكروا النص في الابل والغنم وكان ما سوى المنصوص عليه على قسمين (قسم) التصرية موجودة فيه في غير الابل والغنم (وقسم) فيه معنى بشبه التصرية فذكر المصنف رحمه الله الجارية في هذا الفصل والاتان في الذي بعده لانهما ملحقان عند من يقول بالالحاق بالابل والغنم لتشمول التصرية بالجميع وذلك بعد تجعید شعر الجارية ولانه ملحق بالتصرية فلذلك أخره وله مراتب في الظهور كتجعيد الشعر فيلحق والخفاء كنقطة من المداد على ثوب العبد فلا يلحق وبين ذلك ففیه خلاف ونذكره هذه المراتب إن شاء الله تعالى عند كلام المصنف في تجعید شعر الجارية وذكر الماوردي وجهين في التصرية في غير الابل والبقر والغنم فأحد الوجهين وهو قول البصريين أنها ليست بعيب (والثاني) وهو قول البغداديين أن التصرية في كل الحيوان عيب (وأما) تصرية الجارية الذي هو محل كلام المصنف هنا فقال الامام إن الخلاف فيه ليس من النمط المذكور فان التلبس بالتصرية

في الجارية كالتلبيس بالتصيرية في البهيمه وانما نشأ الخلاف من أصل آخر وهو أن الاصل في خيار الخلف أن يترتب على الشرط والفعل الموهم المدلس الخلف بالشرط وهو دونه ويقوى أثره فيما يظهر توجه القصد إليه فاما ما لا يتوجه القصد إليه فلا يظهر التلبيس فيه قال ويمكن أن يقال هذا مع التقريب يلتحق بما قدمناه من مواقع الخلاف يعني من المرتبة التي بين الظهور والخفاء كما أشرنا إليه من قبل فان الشئ إذا كان لا يقصد مما يجري من تلبيس فيه وفاقا لا توهم ويمكن أن يقرب مما تقدم من وجه آخر وهو أن الضرع والاخلاف يعتاد معاينتها ويدرك الفرق فيها وليس كذلك الندى في بنات آدم فان المشاهدة لا تتعلق غالبا به وغرضنا تخريج الوفاق والخلاف على أصول ضابطة انتهى ومقصود

[ 86 ]

الامام بذلك أن الندى إذا كان لا يرى غالبا ولا يحصل فيه قصد التعرير غالبا فلم يتحقق كضرع الناقة والشاة الذي هو مرئ الغالب ومقصوده بما قاله أولا من أن لبن الجارية غير مقصود أي في الغالب لانه لا يقصد إلا على ندور لاجل الحضانه فلا يلتحق بما هو مقصود في كل الاحوال ولذلك لم يغير برؤية الحلمة وهو الندى إذا عرف ذلك فهل التصيرية في الجارية عيب أم لا على وجهين على ما تقدم عن الماوردي (وقال) الشيخ أبو حامد أنه لا خلاف أنها عيب لامرين (أحدهما) الرعية في رضاع الولد (والثاني) أن كثرة اللبن تحسن الندى لانه يعلو ولا يسترسل هكذا قال أبو حامد ولكن غيره مصرح بالخلاف في ذلك وشبهوه على أحد الوجهين بما إذا اشترى جارية فبانت اخته فلا خيار لان الوطئ في ملك اليمين غير مقصود إذا عرف ذلك فقد ذكر المصنف أربعة أوجه أصلها وجهان وقيل قولان (أحدهما) أنه يرد معها صاعا لما ذكره المصنف وهذا قول ابن سريج وابن سلمة فيما حكاه الجوزي (والآخر) يردها ولا يرد بدل اللبن لانه لا يعناض عنه في الغالب وإن كان متقوما وهذا معني المصنف رحمه الله أنه لا يقصد بالعود ولم يرد أنه لا يباع منفردا لان مذهبنا جواز بيعه وهذا الوجه ذكره الصيدلاني وغيره على ما حكاه الامام وكلا الوجهين مذكور في الحاوي وفيما علقه سليم عن أبي حامد (والوجه الثاني) أنه لا يرد وهذا قول أبي حفص ابن الوكيل على ما يقتضيه كلام الجوزي وعلى هذا فوجهان (أحدهما) وهو الثالث في كلام المصنف رحمه الله أنه لا يرد أي ولا شئ له لما ذكره المصنف رحمه الله وهذا الوجه لم يذكره الرافعي ولكن ذكره القاضي أبو الطيب والقاضي حسين والماوردي وغيرهم وهو مفرع على أن التصيرية في ذلك ليست بعيب (والآخر) وهو الرابع في كلام المصنف أنه لا يرد ويرجع بالارش وصححه ابن أبي عصرون تفريعا على القول بعدم الرد واختلف في مأخذه فالشيخ أبو حامد ذكره فيما علقه البندنجي عنه من قوله أنه لا خلاف في أنها عيب إلى مستدلا بما ذكره المصنف وهو حسن واستدل لانه لا يمكن ردها من غير عوض بأنها نقصت عنده فهذا الوجه بهذا التعليل مع الوجهين الاولين ثلاثتها مفرعة على القولين بأن التصيرية في ذلك عيب

[ 87 ]

ولذلك ذكرها الشيخ أبو حامد مفرقة في التعليقين ونقل الرويانى عن الدارمي أنه على القول بأنه ليس بعيب فإنه يرجع بالارش وعلمه قال لان هذا القائل منع الرد لانه ليس بعيب وقدر الدارمي أنه لا يرد لان الحلب عيب حادث فقال يرجع بالارش (قلت) وينبغي أن يحمل كلام الدارمي على ما قاله الشيخ أبو حامد رحمه الله ولا يغلط ولا يظن به أنه فرع ذلك على أنه ليس بعيب هذا ما ذكره الاصحاب رحمهم الله في ذلك (وقال) الامام إذا أثبتنا الخيار بتصرية الجارية وإن قدرنا التمر بقيمة اللبن فلم يكن اللبن الجارية قيمة لم يجب شيء وإن أوجبنا الصاع فهنا وجهان هذا إذا لم يكن اللبن منقوما وإن كان له قيمة فلا بد من بدله وهل يبدل بالصاع أو بقيمته من تمر أو قوت آخر فيه وجهان وهذا التخرج حسن (والاصح) من هذه الاوجه عند الراعى وصاحب التهذيب أنه لا يرد ولا يرد بدل اللبن وهو الثاني في كلام المصنف رضى الله عنه قال الرويانى في البحر وهذا أقرب عندي (والاصح) عند القاضي أبى الطيب والجرجاني انه يردّها ويرد معها صاعاً بمنزلة تصرية الابل والغنم (وقال) ابن ابى عسرون انه الاقيس به في المرشد وقد تقدم في باب الربا ان محمد بن عبد الرحمن الحضرمي نقل عن الشافعي رضى الله عنه أنه لو باع أمة ذات لبن بلبن ادمية جاز وهو رد ما صححه القاضي أبو الطيب هنا لانه لو كان اللبن بمنزلة العين ويقابله قسط من الثمن لما صح بيعها بلبن ادمية كما لا يصح بيع شاه في ضرعها لبن بلبن غنم وعلى ما تقدم من تخرج رجح النظر إلي تحقيق مناط وهو أن لبن الجارية هل له قيمة أولا فان كان له قيمة تعين الحكم بوجوب بدله كما قال الامام (قال) لان نفي البدل في هذا المقام لا يقتضيه خبر ولا يوجبه قياس \* (فرع) \* حكم الخيل حكم الجارية ذكره الماوردي ولم يذكر الماوردي في الجارية الثلاثة الاوجه المذكورة أولا في كلام المصنف رحمه الله قال العبدري لنا في تصرية لبن الجارية قولان وفى الاتان وجهان فاقتضى كلامه أن الخلاف في الجارية منصوص عليه وكذلك رددت القول فيما تقدم في ذلك هل هو وجهان أو قولان والله أعلم \*

[ 88 ]

\* (فرع) \* من جملة العلماء القائلين بأن حكم التصرية لا ينحصر في الابل والغنم البخاري رحمه الله فإنه قال في تبويبه باب النهي " للبايع أن لا يحفل الابل والغنم والبقر وكل محفلة والمصرأة التي صرى لبنها وحقن فيه وجمع فلم تحلب أياما " ولم يذكر في الباب حديثا فيه صيغة عامة بنعته والله أعلم \* (فرع) \* حكى المصنف في التنبيه وجهين (أحدهما) أنه لا يرد (والثاني) أنه يرد ولا يرد بدل اللبن فالثاني في التنبيه هو الثاني في المهذب والاولى في الثاني يحتمل أن يكون هو الثالث في المهذب وهو أنه لا يردّها ولا شيء له ويحتمل أن يكون هو الرابع وهو أنه لا يرد وبأخذ الارش ويحتمل أن يكون مقصوده عدم الرد الذي هو مشترك بين الوجهين ويكون كل من الوجهين مفرعا عليه وهو الاول (وقال) ابن الرفعة في قول التنبيه أنه لا يرد قال أي وبأخذ الارش وقال ان القول بأنه لا يرد ولا يرجع بالارش هو ما ظن ابن يونس أنه القول الاول من كلام الشيخ (قلت) وأما تفسير ابن الرفعة لكلام الشيخ فممنوع لما تقدم وأما كلام لبن يونس فمحتمل لانه حكى الوجهين فيحتمل أن يكون جعلهما مفرعين على الوجه الذي حكاه الشيخ وهو الاحتمال الذي قلت أنه الاول وحينئذ لا ينسب إلى ابن يونس حمل كلام الشيخ على أحد الوجهين دون الثاني والله أعلم \* قال المصنف رحمه الله تعالى \* (وان اشترى أتنا مصرأة فان قلنا بقول الاصطخرى أن لبنها طاهر ردها ورد معها بدل اللبن كالشاة (وان قلنا)

بالمخصوص أنه نجس ففيه وجهان (أحدهما) أنه يردها ولا يرد بدل اللبن لأنه لا قيمة له فلا يقابل ببديل (والثاني) يمسكها ويأخذ الارش لأنه لا يمكن ردها مع البديل لأنه لا يرد له ولا ردها من غير بدل لما فيه من إسقاط حق البائع من لبنها ولا إمساكها بالثمن لأنه لم يبذل الثمن إلا لتسلم له الاتان مع اللبن ولم تسلم فوجب أن تمسك ويأخذ الارش)\*

## [ 89 ]

\* (الشرح) \* الاتان الانثى من الحمر وقول الاصطخري رحمه الله بطهارة لبنها معروف مشهور وهوى يقول بطهارته وحل تناوله وعده الامام من هفوات بعض الائمة وحكى الامام أن من أصحابنا من حكم بطهارة لبنها وجزمه وهذا بعيد والمذهب نجاسته وقد تقدم أن تصرية الاتان هل هي عيب أم لا على وجهين وقال الشيخ أبو حامد أنه لا خلاف في أنها عيب كما تقدم أنه مثل ذلك في الجارية إذا عرف ذلك ففي حكم تصرية الاتان طرق (احدهما) ما ذكره المصنف رحمه الله أنه ان قلنا بطهارة لبنها ردها ورد بدل اللبن (وإن قلنا) بنجاسته فقبل يردها ولا يرد معها شيئاً وقيل يمسكها ويأخذ الارش وممن ذكر هذه الطريقة الشيخ أبو حامد (الطريقة الثانية) التي ذكرها الماوردي من العراقيين والقاضي حسين من الخراسانيين أنه هل يرد أو لا يرد في المسألة وجهان (فان قلنا) بنجاسة لبنها ردها ولا يرد معها شيئاً (وان قلنا) بطهارة لبنها وهو قول الاصطخري فهل يرد معها صاعاً من تمر علي وجهين كالجارية وأثاث الخيل وهذا عكس ما ذكره المصنف رحمه الله (والطريقة الثالثة) التي ذكرها الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب الجزم بردها وتخرىج رد بدل اللبن على الخلاف (فان قلنا) بطهارته رد بدله صاعاً من تمر (وان قلنا) بنجاسته لا يرد لان النجس لا يرد له ولا قيمة وهذه تخالف طريقة الماوردي فان الماوردي يتردد في رد بدل اللبن على القول بطهارته وأبو حامد وأبو الطيب جازمان به وتخالف طريقة المصنف رحمه الله في قوله أنه يمسكها ويأخذ الارش وقد نقل الشاشي عن القاضي أبي الطيب أن الاوجه التي في الجارية في الاتان على قول الاصطخري فهذه الطرق الثلاثة في طريقة العراقيين وبعضها في كلام الخراسانيين كما تقدم (والطريقة الرابعة) التي ارتضاها الامام انه ان قلنا اللبن نجس فلا يقابل بشئ ولكن لا يبعد إثبات الخيار إذ قد يقصد غزارة لبنها لمكان الجحش فيلتحق هذا الخيار بقبول التردد وان حكمنا بأنه طاهر فكذلك فان اللبن المحرم لا يتقوم وان حكمنا بحله فالقول في تصرية الاتان كالقول في تصرية الجارية وقد تقدم

## [ 90 ]

كلامه في الجارية وهذه الطريقة توافق طريقة الماوردي في إلحاقها بالجارية على قول طهارة اللبن وحله وتخالفها في أن الماوردي لم يحك القول بتحريم اللبن مع طهارته ولا التفريع عليه وفي أن الماوردي لم يبين الخلاف في الرد على الخلاف في النجاسة وإنما حكى الخلاف في الرد وفي سائر الحيوانات غير الابل والبقر والغنم (فان قلنا) بشمول الحكم للجميع فالماوردي جازم على قولنا بنجاسة اللبن يرد الاتان ولا شئ معها والامام مقتضى كلامه التردد في ردها وطريقة الامام تخالف طريقة

المصنف رحمه الله أيضا ولان الامام لم يتعرض لامساكها بالارش والمصنف لم يتعرض لطهارة اللبن مع تحريمه والله أعلم ولم يتعرض ابن عبد السلام في اختصار النهاية لما أشار إليه الامام من التردد في ثبوت الخيار فتلخص من هذه الطرق أربعة أوجه (أحدها) أنه يردها ويرد معها بدل اللبن (الثاني) أنه يردها ولا يرد معها شيئا وهذا هو الصحيح عند الرافعي وغيره وهو الذي جزم به المصنف رحمه الله في التنبيه (والثالث) أنه لا يردها ويأخذ الارش (الرابع) الذي دل عليه كلام الامام أنه لا يردها ولا شيء له لانه جعل ذلك من صور الخلاف ومراده به الحاقه بالمرتبة المتوسطة بين المراتب الثلاث التي تقدمت الاشارة إليها وبأى ذكرها إن شاء الله تعالى عند كلام المصنف رحمه الله في تجعيد شعر الجارية وإذا كان كذلك فيقتضى كلام الامام المذكور إثبات وجه كما قلناه أنه لا خيار له وكذلك يقتضيه كلام الماوردي حيث الحق الاتان بالجارية وحيث حكى الخلاف في سائر الحيوان مطلقا غير الابل والبقر والغنم كما تقدم عن البصريين والبغداديين في أن التصرية فيها عيب أو ليست بعيب وكلام غيره أيضا وهذا الوجه ليس مذكورا في كلام المصنف رحمه الله والوجه الثلاثة التي ذكرها المصنف ذكرها الشيخ أبو حامد أيضا مع قوله أن لا خلاف في انها عيب والوجه الرابع القائل بعدم الخيار مستمد من الوجه الذي تقدم عن البصريين أن التصرية في ذلك ليست بعيب فيجوزون الالوجه الأربعة وهي نظير الالوجه الأربعة

[ 91 ]

التي ذكرها المصنف رحمه الله في الجارية وان كانت المآخذ مختلفة وقال ابن أبي عصرون علي قول الاصطخري بعد أن حكى كلام الاصحاب وقولهم في التفريع عليه انه يرد مثل بدل لبن الشاة قال وعندي ينبغي أن يرد الارش لان لبنها لا يساوى لبن الانعام ولا يلحق به في تقدير بدله كما أن جنين البهيمة لما لم يساوى جنين الأدمية ضمن بها يقضى من قيمة الام وهذا الذي ذكره لو ثبت كان زائدا على الالوجه الأربعة لكنه بعيد لانه على القول بطهارته وجعله مما يقابل بالعوض لا يفارق لبن الانعام وان كان أنقص قيمة منها فان بعض الانعام لبنها أنقص قيمة من بعض ولا اعتبار بذلك ويلزمه أن يقول بذلك في الجارية ولم يقل به هناك بل قال أن الاقيس أنه يجب رد بدله والله أعلم \* \* (فرع) \* قول المصنف رحمه الله " لم يبذل الثمن إلا لتسلم له الاتان مع اللبن " وكذا قوله فيما تقدم في الجارية " لم يبذل الثمن إلا لتسلم له ما دلس به من اللبن " رأيتها مضبوطة في بعض النسخ - بضم التاء وفتح السين وتشديد اللام المفتوحة - والاحسن أن يقرأ - بفتح التاء واسكان السين وفتح اللام المخففة - فان البائع سلم الاتان مع اللبن ولكن حصلت في ذلك السلامة للمشتري \* \* (فرع) \* جزم المصنف في التنبيه بأنه يرد الاتان ولا يرد بدل اللبن وتردد في رد الجارية مع الجزم فيها بأنه لا يرد بدله اللبن فاما جزمه برد الاتان وتردده في رد الجارية فلان لبن الاتان مقصود ولا يساويه لبن الجارية في ذلك وعلى قوله في المذهب انه لا يرد قال انه يأخذ الارش يكون اللبن في الاتان مقصودا فلم يتردد قوله لا في المذهب ولا في التنبيه في أن لبن الاتان مقصود لكن امتناع رد بدله على الصحيح لاجل نجاسته وان كنا قد حكينا عن غير المصنف رحمه الله وجهها رابعا بعدم الرد مطلقا وذلك يلزم منه القول بأنه غير مقصود (أما) جزمه في التنبيه بأنه لا يرد بدل لبن الاتان فانه تفريع على المذهب في نجاسته وزعم ابن الرفعة أن ذلك سواء قلنا

بنجاسته أو بطهارته كما ذهب إليه الاصطخري قال وقيل على القول  
بطهارته يجب الصاع وهذا الذي قاله ابن الرفعة وان كان الخلاف

[ 92 ]

ثابتا فيه كما تقدم لكن لا يحسن أن نشرح به كلام التنبيه لان صاحبه في  
المهذب جازم على قول الاصطخري يرد بدل اللبن فيجب حمل كلامه في  
التنبيه على المذهب فيكون موافقا لذلك ليس ذلك مما اختلفت فيه  
الطريقان حتى يحمل كلامه في التنبيه على طريقة وكلامه في المهذب  
على طريقة أخرى وقد تبين لك الطرق المذكورة في ذلك والله أعلم \* قال  
المصنف رحمه الله تعالى \* \* (إذا ابتاع شاة بشرط أن تحلب كل يوم خمسة  
أرطال ففيه وجهان بناء على القولين فيمن باع شاة وشرط حملها  
(أحدهما لا يصح لانه شرط مجهول فلم يصح (والثاني) أنه يصح لانه يعلم  
بالعادة فصح شرطه فعلى هذا إذا لم تحلب المشروط فهو بالخيار بين  
الامسك والرد) \* \* \* (الشرح) \* هذه المسألة جزم الرافعي رحمه الله في  
باب البيوع المنهى عنها فيها بعدم صحة المبيع وصرح في الروضة بأنه  
يبطل البيع قطعا لان ذلك لا ينضبط فصار كما لو شرط في العبد أن يكتب  
كل يوم عشر ورقات ولم يتعرض الرافعي للمسألة في باب التصرية وابن  
الصباغ ذكر المسألة هنا وجزم فيها بالبطلان وكذلك صاحب التتمة قبل هذا  
الباب صرح وجزم بأن العقد فاسد وقال مع ذلك أنه إذا شرط أنها لبون فان  
كانت تدر لبنا وان قل فلا خيار له وان لم يكن لها لبن أصلا فله الخيار  
وكذلك قال غيره ونقلوا عن أبي حنيفة رحمه الله أنه يقول بالبطلان في  
هذه أيضا ولو شرط أنها غزيرة اللبن فتيين نزارته فله الرد قاله الروياني  
وكلتا المسئلتين لا إشكال فيه بخلاف مسألة الكتاب وصرح صاحب العدة  
حكاية الوجهين في مسألة الكتاب كما حكاها المصنف رحمه الله حرفا  
بحرف ونقل بعض المصنفين مسألة الكتاب وحكاية الوجهين فيها عن  
التتمة ولم أرهما فيها بل الذي رأيت فيها البطلان والمصنف المذكور هو  
يعقوب بن أبي عصرون وذلك وهم منه ولعله جاء يكتب المهذب كتب التتمة  
وقال الروياني في البحر لو اشترى شاة على أنها تحلب كل يوم

[ 93 ]

كذا وكذا قال أصحابنا لا يصح قولنا واحدا قال وقيل فيه وجه انه يصح وقال  
ابن أبي عصرون في الانتصار انه لا يصح البيع على أصح القولين فيحتمل  
أن يكون تابعا للمصنف في حكاية الخلاف في المسألة وأطلق القولين  
على الوجهين ويحتمل أن يكون عنده نقل خارج وممن حكى الخلاف أيضا  
في هذا الباب العمراني ويحتمل أن يكون تابعا للمصنف وكذلك حكاها فيما  
إذا شرط أن الشاة تضع لرأس الشهر مثلا والمشهور في المسئلتين  
القطع بالفساد ولم أر الخلاف إلا في كلام المصنف والروياني وصاحب  
العدة أيضا على أن المصنف رحمه الله وحده كاف في النقل فهو الثقة  
الامين ولا يستبعد ذلك من جهة المعنى فان ذلك قد يعلم بالعادة فان الشاة  
التي خبرها البائع وجربها دائما وهي تدر كل يوم مقدارا معلوما أو أكثر منه  
فهذا العقد الذي جرب وجوده منها في جميع الايام يغلب على الظن دوامه  
أما وضع الحمل لرأس الشهر المنقول عن العمراني فذلك بعيد الا على

ارادة التقريب الكثير نعم ههنا كلامان (أحدهما) أن الفرق ظاهر بين اشتراط قدر معلوم من اللبن واشتراط الحمل فان اشتراط كونها حاملا نظيره اشتراط مقدار من اللبن ينبغي أن يكون كاشتراط مقدار أو وصف في الحمل وذلك لا يمكن تصحيحه لأنه لا يمكن العلم به (واعلم) أن ههنا ثلاثة مراتب (إحداها) يشترط مقدار أو وصف في الحمل وهذا لا يصح قطعاً لأنه لا سبيل إلى علمه ولا ظنه (الثانية) اشتراط أصل الحمل واللبن وهذا يصح على الاصح لأنه معلوم موجود عليه أمارات ظاهرة (الثالثة) اشتراط مقدار من اللبن فهذا قدر يقوم عليه أمارة لعادة متقدمة ونحوها ومن هذا الوجه أشبه الحمل ويفارقه من جهة أنه متعلق بأمر مستقبل يخرج كثيراً فلذلك جرى التردد فيه (الثاني) أن بناء المصنف الوجهين على القولين في اشتراط الحمل يقتضى أن يكون الصحيح صحة الشرط ههنا لان الشرط صحة اشتراط الحمل لكن ابن أبى عمرون ممن وافق المصنف رحمه الله على حكاية الخلاف صحح البطلان وأكثر الاصحاح قطعوا به والفرق ما قدمته وجعلته من رتبة منحلة غير رتبة أصل الحمل واللبن والله أعلم \*

[ 94 ]

\* (التفريع) \* إذا قلنا بالصحة في ذلك فأخلف فله الخيار بين الامساك والرد كما قال المصنف كالمصرأة بل أولى من حيث المعنى لان هذا بشرط صريح وذاك بما يقوم مقامه من التعبير ومقتضى إلحاقها بالمصرأة أنه إن حصل الخلف قبل الثلاث يجرى فيها الخلاف المذكور في المصرأة في أنه يمتد الخيار إلى ثلاثة أيام أو يكون على الفور أو لا يثبت إلا عند انقضاء الثلاث على الاوجه السابقة فلو ظهر الخلف بعد الثلاث فيكون على الفور كالمصرأة ولا يأتي ههنا قول أبى حامد أنه لا يثبت الخيار بعد الثلاث لان هناك ماخذه أن الخيار ثابت بالشرع وههنا ثابت بالشرط وأيضا الخيار في التصرية خيار عيب على قول كما تقدم وأما هنا فخيار خلف ليس إلا نعم لو ظهر نقص اللبن ههنا بعد مدة فان كان ذلك بطريان حادث يقتضى ذلك فلا إشكال في أنه لا يثبت الخيار لان ذلك غير لازم للبائع لان سببه ما حدث في يد المشتري وان لم يظهر حاله بحال نقص اللبن عليها فيحتمل أن يقال إنه لا أثر للنقص أيضا لأنه لما دام اللبن وثبت على مقتضى الشرط حصل الوفاء بمقتضى الشرط وعلم بذلك مزاج الحيوان والنقص بعد ذلك بمدة طويلة محمول على تغير طراً وكذلك في المصرأة لدوام اللبن مدة ثم حصل نقص لم يتبين بذلك وجود التصرية بل ذلك محمول على نقص حادث وانما يبقى ثبوت الخيار حينئذ إذا اعترف البائع أو قامت بينة أنه كان قد صراها وهذا الاحتمال متعين (وأما) مقدار المدة فيحتمل أن يقال انه إذا حلبها ثلاثة أيام واللبن على حاله لم يتغير فنغيره بعد ذلك لا يؤثر وتكون الثلاث ضابطاً لذلك لاعتبار الشارع اياها في هذا الباب ويحتمل أن لا يضبط بمدة معينة بل بما يظهر من شاهد الحال ودلالته على أن النقص لامر أصلى أو طارئ والله سبحانه أعلم \*

[ 95 ]

\* قال المصنف رحمه الله تعالى \* \* (إذا ابتاع جارية قد جعد شعرها ثم بان أنها سبطة أو سود شعرها ثم بان بياض شعرها أو حمر وجهها ثم بان

صفرة وجهها ثبت له الرد لانه تدليس بما يختلف به الثمن فثبت به الخيار كالتصيرية وان سبط شعرها ثم بان انها جعدة ففيه وجهان (أحدهما لا خيار له لان الجعدة أكمل وأكثر ثمنا) (والثاني) أنه يثبت له الخيار لانه قد تكون السبطة أحب إليه وأحسن عنده وهذا لا يصح لانه لا اعتبار به وانما الاعتبار بما يزيد في الثمن والجعدة أكثر ثمنا من السبطة وان ابتاع صبرة ثم بان انها كانت على صخرة أو بان ان باطنها دون ظاهرها في الجودة ثبت له الرد لما ذكرناه من العلة في المسألة قبلها) \* \* \* (الشرح) \* الفصل يتضمن مسائل من التعبير الفعلى ملحقة بالمصراة إما بلا خلاف واما على وجه وقد كنت أشرت فيما تقدم إلى ذلك على ثلاث مراتب ووعدت بذكرها ههنا ولنجعل ذلك مقدمة على مسائل الفصل قال الامام إن أئمة المذهب نصوا بأن كل تلبيس حال محل التصيرية من البهيمية إذا فرض اختلاف فيه ثبت الخيار فلو جعد الرجل شعرا تجعيدا لا يتميز عن تجعيد الخلقه ثم زال ذلك ثبت الخيار للمشتري فنزلوا التجعيد منزلة اشتراط الجعودة وقد طردت في هذا مسلكا في الاساليب وإذا جرى الحالف بشئ لا ظهور له فلا مبالاة به كما إذا كان على ثوب العبد نقطة من مداد فهذا لا ينزل منزلة شرط كونه كاتباً ولو كان وقع المداد بحيث يعد من منزلة ان صاحب الثوب ممن يتعاطى الكتابة فإذا أخلف الظن ففي ثبوت الخيار وجهان وإذا بني الامر على ظهور شئ في العادة فما تناهى ظهوره يتأصل في الباب وما لا يظهر يخرج عنه وما يتردد بين الطرفين يختلف الاصحاب فيه هذا كلام الامام وهو منبه على المراتب الثلاثة التي يثبت الخيار فيها جزماً والتي لا يثبت جزماً والتي

## [ 96 ]

يتردد فيها ولم يذكر المصنف المرتبة التي يحزم بعدم الخيار فيها اقتصاراً منه على ما يلحق بالتصيرية جزماً أو على وجه إذا عرف ذلك فقد ذكر المصنف رحمه الله من المرتبة الاولى أمثلة (منها) إذا اشترى جارية قد جعد شعرها ثم بان أنها سبطة اتفق الاصحاب على ثبوت الخيار قياساً على المصراة لان الغرض يختلف بالجعودة والسبوطه (وأيضاً) الجعودة قيل أنها تدل على قوة الجسد والسبوطه تدل على ضعفه وللمسألة شرطان (أحدهما) أن يكون المشتري قد رأي الشعر فلو لم يره ففي صحة العقد وجهان (أحدهما) وبه قال الاكثرون وابن أبي هريرة انه لا يصح ويكون كبيع الغائب (والثاني) وبه قال القفال وجماعة وهو الاصح عند الماوردي الصحة فعلى الاول لا تأتي المسألة وعلى الثاني إذا لم يره لا يثبت الخيار إلا إذا شرط وقد قال الشافعي رحمه الله في المختصر ولو اشتراها جعدة فوجدها سبطة فله الرد فالاكثرون حملوه على مسألة الكتاب إذا كان البائع قد جعد شعرها بناء على الصحيح عندهم أنه لا بد من رؤية الشعر وعلى وجه الثاني يحتمل ذلك ويحتمل أن يكون المراد ما إذا شرط أنها جعدة وفي كلام الرافعي ما يقتضى جواز حمله على الاشتراط وإن فرعنا على الاصح لان الشعر قد يرد ولا يعرف جعوده وسبوطته لعروض ما يستوى الحالان عنده من الابتلال وقرب العهد بالتسريح ونحوهما ففي كون المسألة منصوصة للشافعي لهذا الاحتمال وعلى كل حال لا خلاف في المذهب فيها قال القاضي حسين في رؤية الشعر نشأ من اختلاف أصحابنا في قول الشافعي رحمه الله ولو اشتراها جعدة فوجدها سبطة فله الرد من أصحابنا من حمله على الشرط ومنهم من قال أراد إذا جعد شعرها بالتدليس (الشرط الثاني) ما تقدم عن الامام أن التجعيد يكون بحيث لا يتميز عن تجعيد الخلقه والاكثرون ساكتون عن ذلك ولا شك أنه إذا كان التجعيد

يسيرا بحيث يظهر لغالب الناس أنه مصنوع فالمشترى منسوب إلى تفريط  
أما إذا كان التجعيد بحيث يوهم كونه خلقيا فهذا هو المثبت للخيار وهو مراد  
الاصحاب (وشرط ثالث) فيه نزاع أن يكون ذلك تجعيد البائع أو غيره باذنه  
فلو تجعد بنفسه جزم الفوراني في الابانة بعدم الخيار

[ 97 ]

والاشبه يخرج علي ما إذا تحلفت الشاة بنفسها وقد تقدم أن فيها خلافا  
وفي الصحيح خلاف والاصح عند صاحب التهذيب وقضية كلام الاكثرين  
ثبوته هناك كما تقدم فينبغي أن يكون هنا كذلك وكلام ابن أبي عصرون في  
الانتصار والمرشد يقتضى ثبوت الخيار في ذلك فانه قال إن نظر إلى  
شعرها فراه جعدا ثم بعد ذلك بان أنه سبط ثبت له الرد وهذه العبارة  
بعمومها تشمل ما إذا تجعد بنفسه وما إذا جعده وكذلك عبارة الماوردي في  
الحاوي والفوراني أيضا في العمدة وهو الظاهر فانه لا فرق بين تجعد  
الشعر بنفسه وبين أن تحفل الشاة بنفسها ولعل الاصحاب إنما لم ينصوا  
على ذلك مثل ما نصوا على تحفل الشاة لان تحفل الشاة بنفسها قد يقع  
كثيرا (وأما) تجعد الشعر بنفسه فبعيد لا يتأتى في العادة فأفرض وقوعه  
فهو كتحفل الشاة بنفسها ولعل الفوراني من القائلين بعدم ثبوت الخيار  
فيما إذا تحفلت الشاة بنفسها كما رأى الغزالي في الوجيز فيكون جزمه  
في تجعيد الشعر بنفسه على ذلك \* (تنبيه) \* المراد بالتجعيد ما يخرج الشعر  
عن السبوطه المكروهة عند العرب وهو ما يظهر إذا أرسل من التكسير  
والنقبض والالتواء وليس المراد أن يبلغ الجعد القلط فان ذلك مكروه أيضا  
وأحسن الشعر ما كان بين ذلك وقد جاء في وصف شعر النبي صلى الله  
عليه وسلم " أنه كان شعرا رجلا ليس بالجعد القلط ولا بالسبط " وفي  
رواية أخرى " لم يكن بالجعد القلط ولا بالسبط كان جعدا رجلا " (وقوله)  
سبط هو - بفتح السين وباسكان الباء وفتحها وكسرهما - أي مسترسلة  
الشعر من غير تقبض والله أعلم (المسألة الثانية) من أمثلة المرتبة الاولى  
إذا سود شعر الجارية ثم بان بياض شعرها أو حمر وجهها ثم بان صفرة  
وجهها ثبت الخيار بلا خلاف والكلام فيه كالكلام فيما إذا جعد شعرها حرفا  
بحرف وقياس ما قاله الفوراني فيما إذا حصل ذلك بنفسه أن يأتي ههنا  
وتحمير الوجه والخدين يكون بالدمام وهو (الكلكون) قاله القاضي أبو  
الطيب وهذه اللفظة مذكورة في المهذب في باب الاحداد وهي - بكاف  
مفتوحة ثم لام مشددة مفتوحة أيضا ثم كاف ثانية مضمونة ثم واو ساكنة  
ثم نون -

[ 98 ]

وأصله كلكون - بضم الكاف وسكون اللام - و (الكل) الورد و (الكون) اللون  
أي لون الورد وهي لفظة عجمية معربة هكذا قال النووي رحمه الله في  
التهذيب ومن مسائل هذه المرتبة إذا بيبض وجهها بالطلاء ثم اسمر قاله  
القاضي أبو الطيب رحمه الله والطلاوة بياض وذلك إذا صب الحمار حتى  
حسن لونه أو نفخ فيه حتى صار بالنفخ كأنها دابة سمينه قالهما صاحب  
النتمة أو دهن شعر الدابة قاله المحاملى في المقنع وكذلك لو كان له رحي  
قليلة الماء فأراد العرض على البيع والاجازة أرسل ذلك الماء المحبوس

حتى ظن المشتري أن الرحي كثيرة الماء شديدة الدوران ثم ظهر أن الماء قليل اتفق الاصحاب عليهم وكلامهم يقتضى أن أبا حنيفة وافق عليها وكذلك إذا حبس ماء القناة ثم أطلقه عند البيع أو الاجارة أعني اجارة الارض فكذا إذا أرسل الزنبور في وجه الجارية فانتفخ وطنها المشتري سميئة ثم بان خلافة أو لون جوهرًا بلون البلخس أو العقيق أو الياقوت فظنه المشتري كذلك ثم بان زجاجا له قيمة بحيث يصح بيعه صح اتفق الاصحاب في جميع هذه المسائل على ثبوت الخيار لما ذكره المصنف رحمه الله (وقوله) بما يختلف به الثمن يحترز به مما لا يختلف به الثمن كالمسألة الثانية إذا سبطه فبان جعدا فان الثمن يزيد به وما أشبهها مما لا ينقص الثمن به ولو لم يخضب الشعر ولا شرط سواده ولكن باعها مطلقا فوجدها المشتري بيضاء الشعر فسيأتي حكمه بالرد بالعيب إن شاء الله تعالى \* ولو لم يلون الجوهر وباعه مطلقا والمشتري يظنه عقيقا أو فيروزجا قال القاضي حسين لا خيار له كما لو اشترى بقرة وقد عظم بطنها فظنها المشتري حاملا ولم تكن فلا خيار ولك أن تقول إذ ظن المشتري من غير اعتماد على أمر صحيح الجزم بعد الخيار (وأما) إذا عظم بطن البهيمة من غير فعل البائع وقلنا بأنه لو أكثر علفها حتى صارت كذلك ثبت الخيار علي وجه سيأتي إن شاء الله تعالى فينبغي أن يكون كما إذا تحفلت الشاة بنفسها فيجرى فيها ذلك الخلاف وكذلك إذا تلون الجوهر من غير فعل البائع فينبغي أن يجرى فيه الخلاف ويكون حكمه حكم الشاة إذا تحفلت بنفسها لان الظن فيه قوى بخلاف انتفاخ البطن (المرتبة الثانية) ما في ثبوت الخيار فيها خلاف وهو على قسمين منه ما مثار الخلاف فيه من ضعف الظن ومنه ما مثار الخلاف فيه من خروجه على أكمل مما ظنه ولنقدم الكلام في هذا فمن ذلك ما ذكره المصنف رحمه

## [ 99 ]

الله إذا سبط شعر الجارية ثم بان أنها جعدة الشعر فلا شك أن الجعد أشرف وقد يكون السبط أشهى إلى بعض الناس ففي المسألة طريقتان (إحدهما) ما ذكره المصنف وارتضاه الامام واقتصر الرافعى عليها أن في المسألة وجهين كالوجهين فيما إذا اشترط أنها سبطة الشعر فبانت جعدة ففي الخيار بالخلف في هذا الشرط الوجهان المذكوران فيما إذا شرط أنها تيب فخرجت بكرا (أصحهما) في المسائل الثلاث أنه لا خيار ولذي حكاة الماوردي عن ابن سريج في شرط السبوطه (والطريقة الثانية) أنه لا يثبت الخيار في التدليس بالسبوطه وجها واحدا وان ثبت في الخلف باشتراطها قال الصيدلانى وجعل ذلك ضابطا عاما أن كل ما لو كان مشروطا واتصل الخلف به اقتضى خيارا وجها واحدا فالتدليس الظاهر فيه كالشرط فإذا جعد شعر المملوك ثم بان سبطا ثبت الخيار وكل ما لو فرض مشهورا وصور الخلف فيه فكان في الخيار وجهان فإذا فرض التدليس فيه ثم تترتب عليه خلف الظن قال لا خيار وجها واحدا لضعف المظنون أولا وقصور الفعل في الباب عن القول قال الامام وهذا تحكم لا يساعد عليه والتدليس في ظاهر الفعل كالقول في محال الوفاق والخلاف على الاطراد والاستواء فإذا سبط الرجل شعر الجارية ثم بان أن شعرها جعد ففي الخيار الوجهان عندنا قال ابن الرفعة ولك أن تعجب من قول الامام أن ما ذكره الصيدلانى تحكم عجبا ظاهرا من جهة أن مأخذ اثبات الخيار عند التعرير بالفعل التصرية بلا نزاع وقد حكى أن مأخذ اثبات الخيار في المصراة عند بعض الاصحاب إلحاق ذلك بالعيب وإذا كان كذلك لم يحسن إثباته إذا خرج المبيع أجود مما رآه لانه لا عيب ويكون حينئذ الصيدلانى في

قطعه ناظرًا للمعنى المذكور ولعله هو قائله فان لم يكن هو قائله استفدنا من كلامه هذا أنه موافق له (قلت) وهذا ضعيف لامرين (أحدهما) أن الصيدلانى إنما علل انتفاء الخيار لضعف الظن وقصور الفعل عن القول وهذا المعنى لا فرق فيه بين الجعودة والسيوطة فان لم يكن الفعل والظن معتبرا

## [ 100 ]

في الثاني لم يكن معتبرا في الاول فلا يثبت الخيار في واحد منهما وان قيل بمساواة ذلك القول فيثبت فيهما وان قيل باعتباره مع انحطاطه عن رتبة القول حتى يجرى الخلاف فيجب أن يكون ذلك في الصورتين أما الحكم بثبوت الخيار في الاولى قطعاً كالقول وعدمه في الثانية قطعاً لا وجه ولو كان الصيدلانى سكت عن التعليل لامكن تحمل ذلك وأن الخيار ثابت في الاولى بالعيب ومنتف في الثانية لعدم العيب لكن كلامه ناص على أن التديس كالشرط في الصورة الاولى وعلى أن انتفاء الثانية لضعف الظن وقصور الفعل فلا جرم قال الامام إن ذلك تحكم (الثاني) أن القائلين من الاصحاب بأن إثبات الخيار في التصرية مأخذه اللاحق بالعيب معناه الاكتفاء في ثبوته بقوات الذى وطن المشتري نفسه عليه برؤيته للمبيع على تلك الصورة حتى يثبت فيما إذا تحفلت الشاة بنفسها ومقابله القول الذى يلحق ذلك بخيار الخلف حتى لا يثبت الخيار إلا إذا كان حاصلًا بتديس من البائع كما تقدم وإذا كان كذلك أمكن ان يقول بثبوت الخيار ههنا لان المشتري وطن نفسه على السيوطة لما رآها وقد يكون له فيها غرض فليس معنى إلحاق ذلك بالعيب إلا جعل دلالة الرؤية على هذا الوصف كدلالة الغلبة على وصف السلامة فخرجها على غير الوصف الذى رآه هو العيب وليس الوصف الذى رآه من السيوطة أو كبر الضرع من غير علم بالتصرية عيبا والذى يقول بأن الغرض قد يتعلق بالشعر السبط لا يمنع أن يجعل خروجه جعدا بمنزلة العيب إذا كان الغرض قد تعلق بسيوطته باشتراط أو برؤية لا فرق بينهما ويدل على هذا أن الصحيح كما تقدم أن التصرية ملحقة بالعيب كما دل عليه كلام الشافعي رضى الله عنه والعراقيين ولذلك كان الصحيح ثبوت الخيار فيما إذا تحفلت بنفسها (والطريقة) الصحيحة ههنا جريان الوجهين لو كان المأخذ في ذلك إلحاقه بالعيب من كل وجه لقطعوا بعدم الخيار ههنا وأما كون الصحيح من الوجهين ههنا أنه لا خيار فلان الصحيح من الوجهين فيما إذا أخلف الشرط لصفة أكمل كذلك والله أعلم \* وبما ذكرناه يظهر لك أن هذا القسم متفق على إلحاقه بالتصرية وانما الخلاف في الرد بحكم ذلك فعلى وجه يرد كما في التصرية وعلى الصحيح لا يرد لخروجه أكمل وهو لو شرط وصفا فخرج أكمل لم يرد

## [ 101 ]

على الصحيح وبهذا التحقيق يتعين أن يكون هذا القسم من المرتبة الاولى ولا يكون من المرتبة المتوسطة التى تقدمت الاشارة إليها في كلام الامام وانما ذكرته في المرتبة الثانية لكونه من صور الخلاف في الجملة نعم كلام الصيدلانى وما أشار إليه من ضعف الظن وتصور الفعل يقتضى التردد في

إلحاقه بالتصيرية وقد تقدم ما فيه ثم ان المصنف رحمه الله رد الوجه الثاني بأنه لا اعتبار به أي لا اعتبار بغرض المشتري وانما الاعتبار بما يزيد في الثمن لانه المعتبر لعموم الناس وهذا سيأتي مثله أيضا في كلام المصنف فيما إذا شرط أنها تيب فخرجت بكرا وقد حكى الروياني في البحر أنه لو صرح باشتراط السبوة فخرجت جعدة قال بعض أصحابنا بخراسان يثبت الخيار وجهها واحدا لاجل التصريح وقيل فيه وجهان فحصل في كل من المسئلتين طريقان (الصحيح فيهما) إجراء الوجهين وقيل في المسألة الشرط يثبت قطعاً وقيل في المسألة التدليس لا يثبت قطعاً (القسم الثاني من هذه المرتبة الثانية) التي هي محل الخلاف ما يضعف الظن فيه الخلاف في هذا القسم في إلحاقه بالتصيرية لاجل التعرير والظن أولاً لصنف الظن في هذا القسم وقصوره على الشرط والظن المسند إلى أمر غالب فمن ذلك من جهة أن هذا يقرب استكشافه وجرى العادة به بخلاف تسويد الشعر ونحوه وكذلك الخلاف في هذا القسم فمن ذلك لو لطح ثوب العبد بالمداد أو البسه ثوب الكتنة والخبازين أو سود أنامله وخيل كونه كاتباً أو خبازاً فبان خلافه فوجهان (أحدهما) يثبت الخيار للتليس (وأصحهما) عند الرافعي وغيره لا خيار وبه جزم الجرجاني لان الانسان قد يلبس ثوب غيره عارية فالذنب للمشتري حيث اغتر بما ليس فيه كثير تعرير وعلى هذا لو البسه ثوب الاتراك فظن المشتري أن المملوك تركي وكان رومياً فالحكم على ما ذكرنا قاله صاحب التتمة وكذلك لو أكثر علف البهيمة حتى انتفخ بطنها فتخيل المشتري كونها حاملاً قاله الامام والمتولي قولا عن الاصحاب والرافعي وكذلك لو أرسل الزنبور في ضرعها حتى انتفخ وطنها المشتري لبونا قاله المتولي والرافعي أيضا لان الحمل لا يكاد يلتبس علي الخبير ومعرفة اللبن متيسرة بعصر الثدي بخلاف صورة التصيرية وكثرة

[ 102 ]

اللبن فانه لا سبيل إلى معرفتها وقيل إثبات الخيار في مسألة تحمل الحمل منسوب إلى أبي حامد وقال ابن الرفعة وظاهر كلام الاصحاب في ذلك يدل على أنه مفرع على أن الحمل في الدواب ليس بعيب كما هو أظهر الوجهين في الرافعي في كتاب الصداق والموجود في أكثر الكتب (أما) إذا قلنا إنه عيب وهو ما أورده في التهذيب فيظهر أن يكون الكلام فيه كالكلام فيما إذا سبط شعر الجارية ثم بان أنها جعدة لان الاغراض تختلف به وان كان يعده وصف كمال وقد أسلفت ما فيه (قلت) وكان مراده بذلك أن يأتي فيه على طريقة قاطعة بعدم الخيار كما قال الصيدلاني هناك وانتصر له وان كنت قد بينت هناك ما يرد من كلام الصيدلاني أما ههنا فلا يأتي ما تقدم من الاعتراض بكلام الصيدلاني ولكن قد يقال الحمل وان كان عيباً فقد يقصده بعض العقلاء ويتعلق العرض به ولهذا يصح اشتراطه في الجارية على الاصح وان كان عيباً فيها وينتبت الخيار بعدمه كما قاله ابن يونس (والطريقة الصحيحة) إجراء القولين في اشتراط حمل الجارية والطريقة القاطعة بالصحة فيها لاجل أن الحمل في الأدميات عيب وان شرطه اعلام بالعيب ضعيف والاصح أن الحمل في الجارية والبهيمة زيادة ونقص كما ذكره في كتاب الصداق فليس نقصاً من كل وجه حتى يكون عدمه كعدم العيب بل عدمه يفوت به ما فيه من الزيادة فلذلك يثبت به الخيار وقال ابن الرفعة في كتاب البيع أنا إذا قلنا انه عيب فأخلف فلا خيار له كما إذا شرط أنه سارق فخرج غير سارق وفي كلام الرافعي رضى الله عنه ما يقتضى أن هذه طريقة ليست المذهب ولكن مع ذلك إنما يأتي إذا

قلنا الحمل عيب ونقص من كل وجه وهو بعيد فانه قد يكون مقصودا للعقلاء ويرغب فيه في بعض الاوقات لاغراض صحيحة بخلاف العيب المحض (المرتبة الثالثة) التي لا يثبت فيها الخيار قطعا وهو إذا جرى الخلف بشئ لا ظهور له كما إذا كان على ثوب العبد نقطة من مداد فهذا لا ينزل منزلة شرط كونه كاتباً هكذا ذكره الامام ونبه على أن محل الوجهين اللذين ذكرناهما في المرتبة الثانية أما إذا كان وقع المداد بحيث يعد من مثله أن صاحب الثوب ممن يتعاطى الكتابة وذكر الرويانى فيما إذا كان

## [ 103 ]

على الثوب أثر مداد فظنه كاتباً طريقين (أحدهما) فيه وجهها واحدا لانه يحتمل أن يكون إستعار ثوبا فقد ظن في غير موضعه فهذا الذى قاله الرويانى يحتمل أن يكون في المسألة من حيث الجملة ويحتمل أن يكون القطع في محل والخلاف في محل آخر على ما تقدم ويحتمل أن يكون الطريقان في هذه المرتبة الاخيرة (والافقه) التفصيل المتقوم ولم يذكر المصنف رحمه الله هذه المرتبة الاخيرة ولا شياً من أمثلة القسم الثاني من المرتبة الثانية وانما ذكر مسألة سيوطة الشعر وقد نبهت على أنها وان كان فيها خلاف في الرد فليس ذلك اختلاف في إلحاقه بالمصراة بل لاجل خروجها على الوصف الاكمل فينبغي أن يحمل كلام المصنف رحمه الله على أنه لم يرد إلا ذكر المصراة وما يلحق بها ولذلك ذكر بعده مسألة هي من المرتبة الاولى التي لا خلاف في ثبوت الخيار فيها وهى إذا اشترى صبرة ثم بان انها على صخرة أو بان أن باطنها دون ظاهرها في الجودة أي وان كان الكل جيدا لا عيب فيه فاما مسألة الصبرة إذا بان أنها على صخرة وكان المشتري عند العقد يظن أنها على استواء الارض فهل يتبين بطلان العقد فيه وجهان (أصحهما) لا ولكن للمشتري الخيار كما ذكره المصنف رحمه الله تنزيلا لما ظهر منزلة العيب والتدليس وهو الذى نص عليه الشافعى في باب السنة في الخيار في الجزء السابع من الام قال الرافعى رضى الله عنه وهذا ما أورده صاحب الشامل وغيره (قلت) وممن جزم به الماوردى في باب الشرط الذى يفسد البيع والقاضى أبو الطيب قبل باب بيع المصراة (والثانى) وبه قال الشيخ أبو محمد يتبين بطلان العقد لانا بنينا بالآخرة أن العيان لم يفد علما هذا إذا ظنها مستوية الارض أما لو علم بالحال فثلاث طرق (أصحهما) أن في صحة البيع قولى بيع الغائب (والثانى) القطع بالصحة (والثالث) القطع بالبطلان وهو ضعيف وان كان منسوبا إلى بعض المحققين (فان قلنا) بالصحة فوقت الخيار هنا معرفة مقدار الصبرة أو التمكن من تخمينه برؤية ما تحتها والوجهان في حالة ظن الاستواء مفرعان على القول بالبطلان ههنا وأما إذا بان أن باطنها دون ظاهرها في الجودة فالتلبيس حاصل كمسألة المصراة وتجعيد

## [ 104 ]

الشعر وشبهها من المسائل المجزوم بثبوت الخيار فيها ولم أرها في غير كلام المصنف رحمه الله وتبعه ابن أبى عصرون في الانتصار والمرشد وانما المشهور في كلام الاصحاب إذا وجد باطنها عفنا أو نديا أو معيبا أما إذا وجد دون ظاهرها في الجودة مع كونه غير معيب فقل من تعرض له

لكن في كلام الشيخ ما يحتمله فانه قال في باب الشرط الذي يفسد البيع إن نقلها فوجد أرضها مستوية وباطن الطعام كظاهره فالبيع لازم وان كانت علي دكة أو خرج الطعام متغيرا كان له الخيار لانه تدليس فهذا الكلام يمكن أن يؤخذ منه ما ذكره المصنف وبالجملة فالحكم فيه واضح للتدليس وهذا فرع عن القول بصحة البيع وقد قال الامام عند الكلام في بيع الغائب ولو كان باطن الصبرة يخالف ظاهرها فحفظي عن الامام أن ذلك بيع غائب وفيه احتمال ظاهر عندي وانما آخر المصنف هذه المسألة بعد مسألة تسبيط الشعر المختلف فيها حتى يجعل تسبيط الشعر بعد تجعيده والخلاف فيها لغير إلحاقها بالمصرأة كما تقدم التنبيه عليه والله أعلم \* وقد يقال إن العلم بباطن الصبرة مما يسهل استكشافه بادخال يده فيها ونحوه فهلا كان ذلك كعلف البهيمة وارسال الزنبور وأخواتها وقد تقدم أن الاصح عدم ثبوت الخيار فيها لسهولة الاستكشاف (والجواب) أن الاستدلال بظاهر الصبرة على باطنها أمر معتاد لا ينسب صاحبه إلى تفريط ويشق تغليب الصبرة بكمالها وأما انتفاخ بطن البهيمة وضرعها وأخواتها فلا يدل دلالة واضحة على الحمل واللبن والمكتفى بدلالة ذلك على الحمل واللبن ودلالة تلمخ الثوب بالمداد على الكتابة منسوب إلى تفريط وقد نص الشافعي رحمه الله فيما نقله أحمد بن بشرى على أنه إن خلط حنطة بشعير ثم جعل أعلاها حنطة لم يجز وان خلطهما أو حنطتين إحداهما أرفع فلا بأس ببيعها إذا كان ظاهره وباطنه واحدا فالنقييد بذلك دليل على أنه إذا جعل ظاهرها أجود يثبت الخيار لانه جعله من الغش المحرم والغش المحرم يثبت الخيار \* (فروع) \* إذا أسلم إليه في جارية جعدة فسلم إليه جعدة فلا خيار له على أصح الوجهين قاله

## [ 105 ]

القاضي أبو الطيب اشترى جارية على أن شعرها أبيض فكان أسود ففي الرد وجهان في الحاوي وغيره قال في المجرد من تعليق أبي حامد وغيره الصحيح أنه لا يرد وقياسه أن يأتي الوجهان فيما إذا شاهد شعرها أبيض فبان أسود كما في السبوة وكذلك في البحر لكنه في نسخة سقيمة لم أثق بها الخيار في تلقي الركبان مستنده التغيرير كالتصيرية وكذا خيار النجش إن أثنياه ومن التدليس الذي لا يثبت به خيار أن يقول كاذبا طلب هذا الشيء منى بكذا أو اشتريته بكذا فان المشتري يغتر بما يقوله ويزيد في الثمن بسببه قاله القاضي حسين وغيره والله أعلم \* (فرع) \* غير المصرأة إذا حلب لبنها ثم ردها بعيب ذكر العراقيون هذا الفرع في مناظرة جرت بين الشافعي ومحمد بن الحسن بعضهم عن الاملاء وبعضهم عن القديم قال الشافعي قال لى محمد بن الحسن فما تقولون فيما إذا اشترى شاة ليست بمصرأة ولكن فيها لبن فحلبها زمانا ثم وجد بها عيبا أله الرد؟ (قلت) نعم فقال إذا رد أبرد شيئا لاجل اللبن (قلت) لا هكذا نقل الشيخ أبو حامد هذه المناظرة قال والفصل بينهما أن لبن المصرأة متحقق فوجوده حالة العقد يتقسط عليه بعض الثمن فوجب رد قيمته علي البائع عند تلفه وغير المصرأة لا يتحقق وجود لبنها حالة العقد فلم يتقسط عليه شئ من الثمن فلم يجب رد قيمته (واعترض) الامام على ذلك بأننا إذا كنا نردد القول في أن الحمل هل يعلم فاللبن معلوم في الضرع قال وكيف لا وقد تتكامل الدرة ويأخذ الضرع في التقطير ولكن الوجه أن نجعل اللبن كالحمل في مقابلته بقسط من الثمن (فان قلنا) لا يقابل بقسط فالجواب ما حكوه (وان قلنا) يقابل فالوجه أن يرد بسبب اللبن شيئا وجزم صاحب

[ 106 ]

أبو حامد عن النص وما رواه الامام عن التخرىج على أنه هل يأخذ قسطا من  
التمر قال والصحيح الاخذ وذلك إشارة إلى ترجيح طريقة الامام أو طريقة  
صاحب التهديب على الطريقة المحكية عن النص وان الاصح أنه يرد بدل  
اللين وقال الماوردى ان له الرد وعليه رد بدل اللين ولكن لا يلزمه رد صاع  
لان الصاع عوض لبن التصرية فان اتفقا على قدره فذاك والا فالقول قول  
المشترى فهذه أربع طرق وفى تعليق أبى على الطبري عن ابن أبى هريرة  
أنه يردها قولا واحدا ويرد معها صاعا من تمر على أصح الوجهين وفى هذا  
موافقة لصاحب التهديب وفى تعليق الشيخ أبى حامد التي بخط سليم  
وتعليق القاضى أبى الطيب وغيرهما تفصيل لا بد منه وهو أنه إذا لم يمكن  
هناك رد اللين المحلوب ولا رد شئ لاجله لان اللين لم يكن موجودا في  
حالة العقد وانما حدث في ملكه وان كان قد ينتج في تلك الحالة شئ فذلك  
يسير لا حكم له وما حدث في ملكه لا يمنعه من الرد ولا يوجب عليه بدلا  
كغلة العبد فهذا القسم لا يمكن الخلاف فيه لانه ليس عند العقد لبن يقابل  
بقسط من التمر فايجاب البديل لا يدل عليه معنى ولا يفيد ان في ضرعها  
لبن مجتمع لبن العادة لا لبن التصرية فحلبها ثم علم بها عيبا فان كان اللين  
تالفا فلا رد لانه تناوله لاستعلام العيب فلا يكن له رد بعض المبيع ونقل  
القاضى أبو الطيب أن من أصحابنا من قال له رد الشاة ولا يرد بدل اللين  
وأنه نص عليه في القديم لان لبن غير التصرية يسير قال أبو الطيب  
والشاشى والاول أقيس وإذا ضمنت ما ذكره الرافعى والماوردى إلى ما  
اختاره هو لاجتمع في المسألة في هذا القسم خمس طرق (أحدها) امتناع  
الرد وهو اختيار الشيخ أبى حامد والقاضى أبى الطيب ومن وافقهما  
(والثانى) الرد فلا يرد بدل اللين شياً وهو المحكى عن نصه في القديم  
والرافعى نقله عن حكاية أبى حامد ولم أره في تعليقه في هذا القسم  
صريحا وانما ذكره مطلقا وأما أبو الطيب فانه صرح به في هذا القسم كما  
ذكرت (الطريق الثالث) قول صاحب التهديب أنه يردها ويرد صاعا من تمر  
(الرابع) قول الماوردى انه يرد بدل اللين ولا يرد الصاع (الخامس) قول  
الامام التخرىج على

[ 107 ]

مقابلته بالقسط والاصح المقابلة فيلزم رد بدله لكن ماذا يرد هل هو التمر  
كما قال صاحب التهديب أو غيره كما قال الماوردى لم يصرح الامام في  
ذلك بشئ وان كان اللين باقيا فعند الشيخ أبى حامد والقاضى أبى الطيب  
ومن وافقهما ينبنى على الوجهين المتقدمين فيما لو كان اللين باقيا  
وطلب المشترى رده مع المصراة (إن قلنا) يرد رده ويردها بالعيب (وان  
قلنا) لا يرد يرجع بالارش ولم يتعرض الرافعى رحمه الله وصاحب التهديب  
والامام والماوردى لحالة بقاء اللين بخصوصها والظاهر أن صاحب التهديب  
القائل يرد به الصاع التمر لا يفترق الحال عنده بين بقاء اللين وتلفه  
كالمصراة على المذهب والماوردى يحتمل أن يكون كذلك وهو الظاهر

لتعذر العلم بمقدار اللبن إلا أن يتفقا على رده وقول الامام محتمل لكلام صاحب التهذيب وكلام الماوردي كما تقدم فعلي هذا يأتي في حالة بقاء اللبن أيضا ست طرق (امتناع الرد) (أو الرد) (ولا يرد) معها شيئا (والرد) مع رد اللبن (أو الرد) مع رد التمر (أو الرد) مع رد البديل غير التمر (أو التخريج) على المقابلة بالقسط وفي هذه المسألة إذا قلنا برد الشاة مع اللبن فعند مقابلة شئ ليس في مسألة المصرة على ذلك القول وهو أنا هناك نقول له أن يرد ويجبر البائع على القبول وللمشترى مع ذلك أن لا يرد اللبن ويرد الشاة وحدها مع التمر وأما هنا على هذا القول فانا نقول أما أن يرد اللبن والشاة وأما أن لا يرد شيئا ولا نقول أن له رد التمر لانه لو كان تالفا لم يرد التمر وإنما يمتنع فكذلك إذا كان باقيا واللبن عند هؤلاء لعين أخرى ورد عليها العقد في غير التصرية والله أعلم \* \* (تنبيه) \* اعلم أن كل من قال بالرد ورد شئ بدل اللبن يقول بأن اللبن يقابله قسط من الثمن ومن يقول بأنه لا يرد أصلا يقول بأنه مقابل بالقسط فيشبه أن تكون إطلاقاتهم مخرجة على ذلك لا أن تكون طريقة مخالفة وحينئذ تعود الطريق إلى القسم الاول إلى أربعة في الثاني إلى خمسة وإنما ذكرت طريقة الامام معهم لمغايرتها في ظاهر العبارة والله تعالى أعلم \* وإذا وقفت على ما تقدم علمت أن الذي ينبغي أن يكون هو الصحيح أحد قولين أما امتناع الرد في القسم الاول كما اختاره الشيخ أبو حامد وقال القاضي أبو الطيب انه الاقيس وذلك لان

## [ 108 ]

الصحيح أن اللبن يقابله قسط من الثمن فليس له أن يرد من غير رد بدله ولا مع بدله لما فيه من تفريق الصفقة ورد الشاة بعد تعيها بما ليس من ضرورة الوقوف على العيب ولان الصاع الذي جعل بدلا عن اللبن ورد في المصرة على خلاف القياس فلا يقاس غيره عليه وكذلك في القسم الثاني لانهم بنوه على الوجهين السابقين في رد لبن المصرة عند بقائه والصحيح هناك أنه لا يجب على البائع قبوله ومقتضى البناء أن يكون الصحيح هنا أنه لا يرد ويأخذ الارش واخذ الارش في القسمين إذا قلنا بامتناع الرد سواء كان اللبن باقيا أو تالفا وان سكنوا عنه فالصحيح حينئذ امتناع الرد مطلقا في القسمين (وأما) قول صاحب التهذيب أنه بردها وصاعا من تمر مطلقا في القسمين ففيه بعد فان في الحديث الوارد في المصرة أن صح قياس هذه عليه وجب أن يرد التمر كما قال صاحب التهذيب وان لم يصح قياسها على المصرة وجب أن يجري فيها على حكم القياس فيمتنع الرد كما قاله أبو الطيب ومن وافقه فقول الماوردي مخالف للامرئين جميعا فأصح الأقوال وأحسنها أحد قولين (أما) قول أبي الطيب ومن وافقه (وأما) قول صاحب التهذيب وفي كل منهما مرجح (أما) قول صاحب التهذيب فلانه لما علم من الشارع في المصرة ان بدل اللبن صاع من تمر وجب أن يكون ذلك بدلا له في المصرة في غيرها لاسيما والمعنى الذي ثبت لاجله من قطع التنازع موجود ههنا فيثبت بالقياس على المصرة (وأما) قول الشيخ أبي حامد وأبي الطيب ومن وافقهما فيرجح الجريان على القياس الكلي في غير المصرة وقصر الحكم الوارد في الحديث على محل النص لكونه مخالفا للقياس فلا يتعدى به محل والمختارون لهذا القول من العراقيين أكثر وقال صاحب العدة انه ظاهر المذهب وعندي في الترجيح بين القولين نظران قوي القياس على المصرة يترجح قول صاحب التهذيب والا يترجح قول أبي الطيب وهو ومن وافقه يجيئون عن القياس على المصرة بأن المصرة حلبها لاستعلام

العيب بخلاف هذه والقلب إلى ما قاله هؤلاء أميل منه إلى ما قاله صاحب التهذيب والعجب أن الرافعي لم يتعرض لهذا ولا حكاه هذا إذا كان عند العذر لبن موجود له قيمة فان لم يكن

## [ 109 ]

كذلك جاز رد الشاة وحدها كما تقدم وذلك مما لا نزاع فيه (واعلم) أن إطلاق النص يقتضى أيضا مخالفة قول الاكثريين وقول صاحب التهذيب وقول الماوردي وانه يردها ولا يرد معها شيئا فاما أن يكون ذلك من الاقوال القديمة كما اقتضاه نقلهم له عن القديم واما أن يكون محمولا على ما إذا كان لبن يسير أما اللبن الكثير فهو مقابل يقسط من الثمن على ما صرح به الشافعي رضى الله عنه في الام وحكيناه في غير موضع فلا يمكن القول بالرد بدون رد بدله - والله أعلم - إلا إذا قلنا بأنه لا يقابل يقسط من الثمن ويحتمل أن يحمل قول الشافعي رضى الله عنه لا يرد شيئا لاجل اللبن أي اللبن الحادث فان في نصه الذي حكاه ابن بشرى قال " وإذا اشترى شاة غير مصراة فاحتلبها شهرا أو أكثر ثم ظهر على عيب دلس له فيها ردها ولم يرد معها شيئا " وقوة هذا الكلام تشير إلى أنه لا يرد معها شيئا عن ذلك الذي احتلبه طول الشهر وصاحب التهذيب فيما قاله في هذه المسألة تابع للقاضي حسين فانه سئل عنها فقال ينبغي أن يرد معها صاعا من تمر والله أعلم \* \* (فرع) \* إذا كانت الشاة غير مصراة وشككنا هل كان في ضرعها حين البيع لبن له قيمة أولا لم يرد معها شيئا وعليه يحمل قول الشيخ أبى حامد ومن وافقه فيما تقدم أن غير المصراة لا يتحقق وجود لبنها حالة العقد فلم يتقسط عليه الثمن فلم يجب رد قيمته والله أعلم \* \* (فرع) \* الكلام إلى هنا في بيع المصراة ومن الفصل الذي بعده في الرد بالعيب والمزنى في المختصر وأكثر الاصحاب جعلوا ذلك بايين فترجموا الاول بباب بيع المصراة وترجموا الثاني بباب الخراج بالضمنان والرد بالعيوب والمصنف رحمه الله جعل ذلك بابا واحدا لاشترائكهما فيما نهت عليه أول الباب والله أعلم \* قال المصنف رحمه الله تعالى \* \* (ومن ملك عينا وعلم بها عيبا لم يجز أن يبيعها حتى يبين عيبها لما روى عقبة بن عامر رضى الله عنه قال سمعت النبي " صلى الله عليه وسلم يقول المسلم أخو المسلم فلا يحل لمسلم باع من أخيه بيعا يعلم فيه عيبا

## [ 110 ]

إلا بينه له " فان علم غير المالك بالعيب لزمه أن يبين ذلك لمن يشتريه لما روى أبو سباع قال " اشتريت ناقة من دار وائلة بن الاسقع فلما خرجت بها أدركنا عقبة بن عامر فقال هل بين لك ما فيها قلت وما فيها إنها لسمينة ظاهرة الصحة فقال أردت بها سفرا أم أردت بها لحما قلت أردت عليها الحج قال إن بخفها نقبا قال صاحبها أصلحك الله ما تريد إلى هذا تفسد على قال إني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يحل لاحد يبيع شيئا إلا بين ما فيه ولا يحل لمن يعلم ذلك إلا بينه " فان باع ولم يبين العيب صح البيع لان النبي صلى الله عليه وسلم صحح البيع في المصراة مع التدليس بالتصرية) \* \* \* (الشرح) \* حديث عقبة بن عامر هذا رواه ابن ماجه وأخرجه الحاكم في المستدرک وقال هذا حديث صحيح على شرط الشيخين

ولم يخرجاه فاما حكمه بصحته فصحيح لان رواته كلهم ثقاة من رجال الصحيح ولا يظهر فيه علة مانعة (وأما) قوله إنه علي شرط الشيخين ففيه نظر لان في رواته يحيى بن أيوب وهو الغافقي وشيخ شيخه عبد الرحمن بن سماسة وكلاهما لم يرو عنه البخاري وانما هما من أفراد مسلم وللحاكم شئ كثير مثل هذا وذلك محمول منه - والله أعلم - على أن الرجال المذكورين في إسناد هذا الحديث لا تقصر رتبهم عن الرجال الذين اتفق الشيخان عليهم واثبات ذلك صعب فانه يتوقف على سير جميع أحوال هؤلاء وهؤلاء والموازنة بينهما وان تأتي ذلك في النادر فانه يصعب في الأكثر ولعل عند البخاري شياً من حال الشخص الذي لم يخرج له لا نطلع نحن عليه فدعوى انه على شرطه فيها ما علمت نعم هذا الحديث على شرط مسلم لان الرجلين المذكورين أخرج لهما مسلم والباقيين متفق عليهم وقد ذكر البخاري في جامعه الصحيح هذا الحديث من كلام عقبة بن عامر فقال في باب إذا بين البيعان ولم يكتما ونصحا وقال عقبة بن عامر " لا يحل لامرئ يبيع سلعة يعلم بها داء إلا أخبره أو زده هكذا معلقاً وذلك لا يقدح في رواية من رواه مرفوعاً وعقبة أفتي بذلك بمقتضى الحديث الذي سمعه من النبي صلى الله عليه وسلم (واعلم) أن في لفظ الحديث في رواية كل من ابن ماجه والحاكم مخالفة يسيرة في اللفظ لما ذكره

## [ 111 ]

المصنف رحمه الله في الكتاب فان لفظ ابن ماجه " المسلم أخو المسلم ولا يحل لمسلم باع لآخيه يباع فيه عيب إلا بينه له " ولفظ الحاكم كذلك وكذلك البيهقي عنه " المسلم أخو المسلم ولا يحل لمسلم إن باع من أخيه يباع فيه عيب ان لا بينه له " ليس في شئ من الروايتين التقييد بالعلم كما في كلام المصنف رحمه الله وان كان العلم لا بد منه في التكليف ولكن ترك ذكره كما في الرواية أبلغ في الزجر عن ذلك وأدعى إلى الاحتياط والاحترار فانه قد يكون بالمبيع عيب لا يعلمه البائع ولكنه متمكن من الاطلاع عليه ولو بحث عنه واستكشفه لعلمه فاهماله لذلك وتركه الاستكشاف مع تجويزه له تفريط منه لا يمنع تعرضه للآثم بسببه نعم التقييد بالعلم مذكور في الاثر الذي ذكره البخاري من كلام عقبة وبقية المخالفة في اللفظ يسيرة لا تتعلق بها معني وكل الالفاظ المذكورة تدل على أن الذي لا يحل هو الكتمان لا البيع ومعرفة هذا هنا نافعة في صحة البيع كما سيأتي إن شاء الله تعالى في آخر الفصل وروى هذا الحديث عقبة بن عامر بن عيس - بياء موحدة من تحت ساكنة - الجهني وفي نسبه وكنيته اختلاف كثير والاصح في كنيته أبو حماد سكن مصر وكان والياً عليها وتوفى بها في آخر خلافة معاوية وروى عنه جماعة من الصحابة وخلق من التابعين وسند هذا الحديث من يحيى بن أيوب إليه وهم أربعة كلهم

## [ 112 ]

مصريون وقبر عقبة معروف مشهور بالقرافة وحديث وائلة بن الاسقع الذي ذكره المصنف رحمه الله أخرجه الحاكم في المستدرک من طريق أبي سباع المذكور وقال هذا حديث صحيح الاسناد ولم يخرجاه وفي حكمه بصحته نظر فانه من رواته أبي جعفر الرازي عن يزيد بن أبي مالك عن أبي

السباع وأبى جعفر الرازي وهو عيسى ابن عبد الله بن ماهان التميمي وثقه يحيى بن معين وأبو حاتم الرازي وتكلم فيه جماعة قال الغلاس سئ الحفظ وقال أبو زرعة الرازي يهمل كثيرا وقال أحمد ليس بقوي وقال مرة مضطرب الحديث وقال مرة صالح الحديث وعن الساجي أنه قال صدوق ليس بمتقن وقال ابن حبان كان ممن ينفرد بالمناكير عن المشاهير لا يعجبنى الاحتجاج بخبره إلا فيما بوافق الثقة ولا يجوز الاعتبار بروايته فيما لم يخالف الاثبات وأما يزيد ابن أبي مالك فقال يعقوب النسوي في حديث ليس كاتبه خالد هذا ما قاله النسوي وقال أبو حامد من فقهاء الشام وهو ثقة وسئل أبو زرعة عنه فأثنى عليه خيرا وهو يزيد بن عبد الرحمن بن أبي مالك وقد روى عنه واثلة نفسه وما قاله أبو حاتم وأبو زرعة فيه أولى مما قاله النسوي وأما أبو سباع فشامي تابعي لم أعلم من حاله غير ذلك ووآله ابن الاسقع الراوي لهذا الحديث من الصحابة المشهورين وهو من بنى ليث بن بكر بن عبد مناف بن كنانة واختلف في نسبه إلى ليث ولا خلاف أنه من بنى ليث أسلم والنبى صلى الله عليه وسلم يتجهز إلى تبوك ويقال انه خدم النبي صلى الله عليه وسلم ثلاث سنين وعلى هذا يكون إسلامه قبل تبوك ان كان المراد ثلاث سنين كوامل وكان من أهل الصفة سكن الشام بقرية يقال لها البلاط على ثلاث فراسخ من دمشق وشهد المغازي بدمشق وحمص ثم تحول إلى بيت المقدس ومات بها وهو ابن مائة سنة وقال ابن معين توفى سنة ثلاث وثمانين وهو ابن مائة وخمس سنين كذا قال البخاري في التاريخ الكبير ورواه في الصغير عن ابن عباس وهو اسماعيل عن سعيد بن خالد وقيل بل توفى بدمشق في آخر خلافة عبد الملك سنة خمس أو ست وثمانين قال

## [ 113 ]

أبو مسهر ويحيى بن بكر مات سنة خمس وثمانين وهو ابن ثمان وتسعين سنة يكنى أبا الاسقع وقيل أبو محمد وقيل أبو قرصافة وهذا القول الثالث في كنيته قال البخاري انه وهم وقيل أبو الخطاب نقله البغوي في معجمه والصحيح في نسبه واثلة بن الاسقع بن عبد العزى بن عبد ياليل بن ياسب بن عبدة ابن سعد بن ليث بن بكر والاسقع بقاف وغيره - بغين معجمة مكسورة وياء مثناة من تحت مفتوحة - ومن فضائله ما ذكره البخاري في تاريخه عنه قال لما نزلت (انما يريد الله ليذهب عنكم الرجس أهل البيت) فقال وأنا من أهلك فقال وأنت من أهلى قال فهذا أرجا ما ارتجى وأكثر الناس يقولون فيه واثلة بن الاسقع وروى عن مكحول قال هو واثلة بن عبد الله بن الاسقع وأبو السباع شامى تابعي ذكره الحاكم أبو أحمد وابن عساكر من طريقه ولم يزد على ذلك وروى البيهقي هذا الحديث في السنن الكبير عن الحاكم وأبى بكر الحرى معا بذلك الاسناد ولفظ الحديث في المستدرک وسنن البيهقي كما ذكره المصنف رحمه الله إلا شيئا يسيرا فيه فلما خرجت بها أدركني واثلة وهو يجر رداءه فقال يا عبد الله اشتريت قلت نعم قال بين لك ما فيها والباقي سواء في المعنى وهذان الحديثان اللذان ذكرهما المصنف رحمه الله عن عقبة وواثلة متفقان على تحريم كتمان البائع العيب ويزيد حديث واثلة بتحريم ذلك على غير البائع أيضا إذا علمه وقد وردت أحاديث في المعنى غير ما ذكره المصنف منها عن أبى هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم " مر على صبرة طعام فأدخل يده فيها فنالت أصابعه بللا فقال ما هذا يا صاحب الطعام قال أصابته السماء يا رسول الله قال أفلا جعلته فوق الطعام حتي يراه الناس من غش فليس منى " رواه مسلم في أول كتابه الصحيح وأصحاب السنن وعن أبى هريرة

رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم " مر برجل يبيع طعاما فقال كيف تبيع فأخبره فأوحى الله إليه أن أدخل يدك فيه فأدخل يده فإذا هو مبلول فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس منا من غش " رواه البيهقي وعن العداء - بفتح العين وتشديد الدال المهملة وبعدها ألف ممدودة - ابن خالد قال كتب إلى النبي صلى الله عليه وسلم " هذا

## [ 114 ]

ما اشترى محمد رسول الله من العداء بن خالد بيع المسلم المسلم لاداء ولا خبثة ولا غائلة " رواه البخاري تعليقا فقال ويذكر عن العداء بن خالد وقال قتادة الغائلة الزنا والسرقة والاباق وهكذا هو في البخاري اشترى محمد رسول الله من العداء بن خالد والخبثة ما كان من غير طيب الكسب وسأل الاصمعي سعيد بن أبي عروبة عنها فقال بيع أهل عهد المسلمين والاول اصح وهى - بكسر الخاء وسكون الباء الموحدة وبالثاء المثناة - فكانه يقول لا مرض ولا حرام ولا شئ يقوله أي بملكه من اباق وغيره ورواه الترمذي وابن ماجه متصلا كلاهما عن محمد بن بشال عن عتاد بن الليث عن عبد المجيد بن وهب قال قال لى العداء بن خالد بن هودة " ألا أقرؤك كتابا كتبه لى رسول الله صلى الله عليه وسلم قلت بلى فأخرج لى كتابا هذا ما اشترى العداء بن خالد بن هودة من محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى منه عبدا أو أمة لا داء ولا عيلة ولا خبثة بيع المسلم المسلم " قال الترمذي هذا حديث حسن غريب وعن مكحول وسليمان بن موسى كليهما عن وائلة بن الاسقع قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول " من باع عيبا ولم يبينه لم يزل في مقت الله ولم تزل الملائكة تلعنه " رواه ابن ماجه وعن عمير ابن سعيد عن عمه وهو الحارث بن سويد النخعي قال خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم " إلى البقيع فرأى طعاما يباع في غرائر فأدخل يده فأخرج شيئا كرهه فقال من غشنا فليس منا " قال الحاكم في المستدرک هذا حديث صحيح وعن أبى الحمراء قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم " مر بجنابت رجل عنده طعام في وعاء فأدخل يده فيه فقال لعلك غشيت من غشنا فليس منا " رواه ابن ماجه والاحاديث في تحريم الغش ووجوب النصيحة كثيرة جدا وحكمها معلوم من الشريعة وكتمان العيب غش وفى حديث حكيم ابن حزام الثابت في الصحيحين عن النبي صلى الله عليه وسلم " قال البيعان بالخيار ما لم يتفرقا فان صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما وان كذبا وكتما محقت بركة بيعهما " وعن تميم الدارى رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم " قال الدين النصيحة " وعن جرير رضى الله عنه قال بايعت رسول الله صلى الله عليه وسلم " على إقامة الصلاة

## [ 115 ]

وإيتاء الزكاة والنصح لكل مسلم " رواهما مسلم أما اللغة فالعيب قال الجوهري العيب والعيبة والعب بمعنى واحد تقول عاب المتاع إذا صار ذا عيب وعيبته أنا يتعدى ولا يتعدى فهو معيب ومعيب أيضا على الاصل فيقول ما فيه معابة ومعاب أي عيب والمعاب المعيوب وعيبه نسيبه إلى العيب وعنه جعله ذا عيب وتعيبه مثله وقال ابن فارس العيب في الشئ

معروف وقد قسم أصحابنا العيب وأوضحوه وبينوه بيانا شافيا وسأذكر ذلك إن شاء الله تعالى عند قول المصنف والعيب الذي يرد به المبيع ما يعده الناس عيبا والنقب - بفتح النون والقاف وبعدها باء موحدة وهو مصدر نقب بكسر القاف ينقب بفتحها - يقال نقب خف البعير إذا رق وحفي ونقب الخف إذا تحرق ويقال نقب البيطار - بفتح القاف - سره الدابة ليخرج منها ماء وتلك الحديدة منقب وذلك المكان منقب وقوله بخفها قال أهل اللغة الخف للبعير والحافر للفرس والبغل والحمار وما ليس بمنشق القائم من الدواب والظلف للبقير والغنم والظباء وكل حافر منشق منقسم والتدليس المراد به إخفاء العيب مأخوذ من الدلسة وهي الظلمة قال الأزهري التدليس أن يكون بالسلعة عيب باطن ولا يخبر البائع المشتري لهم بذلك العيب الباطن ويكتمه إياه فإذا كتم البائع العيب ولم يخبر به فقد دلس ويقال فلان لا يدالس ولا يواكس أي لا يخادع وما في فلان دلس ولا دكس أي ما فيه خبث ولا مكر ولا خيانة هذا من كلام الأزهري رحمه الله (أما) لأحكام فقد تضمن الفصل ثلاث مسائل الأولى أن من ملك عينا وعلم بها عيبا لم يجز أن يبيعها حتى يبين عيبها وهذا الحكم متفق عليه للتبصير المتقدمة لا خلاف فيه بين العلماء قال الشافعي رحمه الله في آخر باب الخراج بالضمان في المختصر وحرام التدليس وكذلك جميع الأصحاب (وأما) ما قاله الجرجاني في الشافعي والمحاملي في المقنع أنه إذا كان مع الرجل سلعة وبها عيب يعلمه وأراد بيعها استحب له إظهاره لعبارة رديئة موهوما لأن ذلك غير واجب لذلك لا يقوله أحد له علم وتقييد المصنف رحمه الله بالعلم قد تقدم شيء من الكلام وأن نص الحديث مطلق بخلاف ما أورده المصنف

## [ 116 ]

رضى الله عنه في التنبيه ومن علم بالسلعة عيبا لم يجز أن يبيعها حتى يبين عيبها وذلك يشمل المالك والوكيل والولى وعبارته هنا مختصة بالمالك لكن الوكيل والولى يندرج في قوله هنا وإن علم غير المالك بالعيب لزمه أن يبين وقول المصنف رحمه الله في الكتابين جميعا يدل على أن البيع عند كتمان العيب محرم وعبارة الشافعي في قوله وحرام التدليس وكذلك عبارة كثير من الأصحاب تدل على حرمة كتمان العيب ووجوب بيانه ولم يتعرض للبيع وكذلك ألفاظ الأحاديث في ذلك وقد أشرت إلى هذا المعنى فيما تقدم ولكن لا منافاة بين الكلامين وكلا الأمرين حرام وحرمتها مختلفة فالتدليس حرام بالقصد في نفسه والبيع ليس حراما لذاته ولكن حرام لغيره وهو كتمان العيب وضبط هذا نافع فيما سيأتي في صحة البيع وفي عبارة المصنف والأصحاب والفاظ الحديث تنبيه على أنه لا يكفى البائع العالم بالعيب أن يقول هو معيب أو يبيعه بشرط البراءة من العيوب أو يقول إن به جميع العيوب أو أنه لا يضمن غير الحل كما جرت عادة بعض الناس بفعل ذلك بل لابد من بيان العيب المعلم بعينه والعبارات الأولى كلها فيها إجمال لا بيان وقد يظن المشتري سلامته عن ذلك فإن البائع إنما قال ذلك حذرا من العهدة بخلاف ما إذا نص له على العيب بعينه فإنه يدخل فيه على بصيرة وإطلاق المصنف رحمه الله والأصحاب والشافعي حرمة التدليس ووجوب البيان يتناول ما إذا كان المشتري مسلما أو كافرا ولفظ الأحاديث التي ذكرت واستدل بها المصنف رحمه الله إنما تدل على المسلم للمسلم وهذا كما ورد في الخطبة على خطبة أخيه والسوم على سومه وجمهور أصحابنا وجمهور العلماء رحمهم الله على أنه لا فرق في ذلك بين المسلم والكافر وحكي الرافعي في كتاب

النكاح عن أبي عبيد بن حريوة من أصحابنا في الخطبة ان المنع مخصوص بما إذا كان مسلماً أما الذمي فتجوز الخطبة على خطبته قال ويمثله أجاب في السوم على السوم (قلت) فيحتمل أن يطرد ذلك هنا أيضاً ويجعل تحريم الكتمان خاصاً بما إذا كان المشتري مسلماً ويوافقه ما تقدم في الحديث ببيع المسلم المسلم لاداء ولا خبئة وفسر سعيد ابن أبي عروبة

[ 117 ]

الخبئة ببيع أهل العهد ويحتمل أن لا يطرد ابن حريوة مذهبه هنا وهو الاقرب ويفرق بأن الخطبة على الخطبة والسوم على السوم ليس فيه إلا إيغار الصدور وذلك حاصل في حق الكافر (وأما) كتمان العيب ففيه ضرر بين وأخذ المالك الذي بذله المشتري ثمناً على ظن السلامة وله استرجاعه عند الاطلاع فكيف يحكم باباحة ذلك على ما لا يظن بأحد من العلماء لقول به على أن قول ابن حريوة في الخطبة على الخطبة والسوم على السوم مخالف لقول جمهور العلماء قالوا تحرم الخطبة على خطبة الكافر أيضاً وممن وافق ابن حريوة في الخطبة على الخطبة الاوزاعي والظاهر أنه لا يطرد ذلك في مسألتنا هنا للفرق المتقدم ومن الحجة على تعميم الحكم في مسألتنا وفي مسألة الخطبة والسوم والبيع على البيع قوله صلى الله عليه وسلم " لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين " (وأما) التقييد في هذه الاحاديث فانه خرج على الغالب ولا يكون له مفهوم أرأن المقصود التهيج والتنفير عن فعل هذه الامور من يشاركه في الاسلام والآخرة ويثبت عمومته بدليل آخر والله أعلم (المسألة الثانية) أنه ان علم غير المالك بالعيب لزمه أن يبين ذلك لمن يشتريه للحديث الثاني الذي ذكره المصنف ولقوله صلى الله عليه وسلم " الدين النصيحة " والاحاديث في ذلك كثيرة صحيحة صريحة وممن صرح بهذه المسألة مع المصنف رحمه الله ابن أبي عسرون والنووي في الروضة من زيادته وذلك مما لا أظن فيه خلافاً لوجوب النصيحة وقد دخل في قول المصنف غير المالك البائع بوكالة أو ولاية الذي دل كلامه في التنبيه عليه وغير البائع ومن ليس له تعلق بهما إلا أنه اطلع على العيب وان كان أجنبياً كما في قصة وائلة الاسقع وله ثلاثة أحوال (أحدها) أن يعلم أن البائع أعلم المشتري بذلك فلا يجب عليه الاعلام في هذه الحالة لحصول المقصود باعلام البائع (الحالة الثانية) أن يعلم أو يظن أو يتوهم أن البائع لم يعلمه فيجب عليه لاطلاق الحديث ولقصة وائلة فانه استفسر من المشتري هل أعلمه البائع فدل علي أنه لم يكن جازماً بعدم إعلامه وذلك لانه من جملة النصح لكن هذا إنما يكون إذا كان التوهم بمحتمله فلو وثق بالبائع لدينه وغلب على ظنه أنه يعلم المشتري به وهى الحالة الثالثة فيحتمل أن

[ 118 ]

يقال لا يجب عليه الاعلام في هذه الحالة لظاهر حال البائع وخشية من التعرض لا إيغار صدره والبائع يتوهمه أنه أساء الظن به ويحتمل أن يقال انه يجب الاستفسار كما فعل وائلة بن الاسقع لان الاصل عدم الاعلام ولا يجدون في الاستفسار مع عموم الحديث في وجوب التبيين هذا كله إذا كان البائع عالماً بالعيب فان كان الأجنبي عالماً به وحده وجب عليه البيان بكل

(وأما) وقت الاعلام ففي حق البائع قبل البيع فلو باع من غير اعلام عصى كما تقدم وفي حق الأجنبي قبل البيع أيضا عد الحاجة فان لم يكن حاضرا عند البيع أو لم يتيسر له وجب عليه الاعلام بعده ليرد بالعيب كما فعل وأثله ولا يجوز له تأخير ذلك عن وقت حاجة المشتري إليه والله أعلم \* (فرع) \* قال الامام الصائغ فيما يحرم من ذلك أن من علم شيئا يثبت الخيار فأخفاه أو (1) ينبغي في تدليس فيه فقد فعل محرما فان لم يكن السبب سببا للخيار فترك التعرض له لا يكون من التدليس المحرم ولا يجب ذكر القيمة فان العيب لا يثبت بمجرد خيار - والله أعلم - (المسألة الثالثة) إن باع ولم يبين العيب صح البيع مع المعصية قال الشافعي رحمه الله في المختصر وحرام التدليس ولا ينقض به البيع وجملة القول في ذلك أن البائع إذا باع سلعة يعلم أن فيها عيبا (فأما) أن يشترط فيها السلامة مطلقا أو عن ذلك العيب (وأما) أن يطلق فإن أطلق واقتصر على كتمان العيب وهي مسألة الكتاب فمذهبنا وجمهور العلماء أن البيع صحيح ونقل المحاملي والشيخ أبو حامد وغيرهما عن داود أنه لا يصح ونقله ابن المغلس عن بعض من تقدم من العلماء أيضا واحتج أصحابنا بحديث المصراة كما ذكره المصنف رضي الله عنه فان النبي صلى الله عليه وسلم جعل مشتري المصراة بالخيار ان شاء أمسك وان شاء رد مع التدليس الحاصل من البائع بالتصرية وهي عيب مثبت للخيار بمقتضى الحديث فدل على أن التدليس بالعيب وكتمانها لا يبطل البيع وبأن النهي لمعنى في العاقد والنهي إذا كان لمعنى في العاقد لا يمنع صحة البيع كالباع على بيع أخيه وانما يبطل النهي إذا توجه إلى المعقود عليه كالتنهي عن الملامسة

(1) بياض بالاصل

[ 119 ]

والمنايذة ألا ترى أن النهي عن البيع وقت النداء لما لم يرجع إلى ذات العقد لم يقتض الفساد بل ما نحن فيه أولى بالصحة لان البيع وقت النداء متوجه إليه وان كان معللا بأمر خارج (وأما) هنا وفي المصراة فلم يرد النهي على البيع وانما ورد هنا على كتمان العيب كما أشرت إليه فيما تقدم وفي المصراة على التصرية فليس البيع منهي عنه أصلا بل هو من حيث هو مباح والحرام هو الكتمان والبيع وقت الجمعة منهي عنه لاشتماله على التفويت فلنفهم الفرق بين الموضوعين وبهذا يجاب عن استدلال الظاهرية بقوله صلى الله عليه وسلم " كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد " فنقول التدليس هو المنهي عنه وهو مردود (فان قلت) قد تقدم أن البائع إذا لم يبين العيب حرام وأن المصنف رحمه الله صرح به في التنبيه وإذا كان كذلك فهو مثل البيع وقت النداء فلم يكن أولى منه بالصحة (قلت) لا شك أن المراتب ثلاثة (المرتبة الاولى) وهي أعلاها ما كان منهي عنه لمعنى فيه كبيع الملامسة (المرتبة الثانية) ما كان منهي عنه لا لمعنى فيه من حيث هو بل لاستلزامه أمرا ممنوعا كالبيع وقت النداء فهو مستلزم للتفويت ممنوع أو هو فرد من أفراد ما يحصل به التفويت والمتضمن أو المستلزم للممنوع ممنوع (المرتبة الثالثة) وهي أدناها ما لم ينه عنه أصلا ولكن به يتحقق ما هو منهي عنه فهذا لم يخرج الشرع عن قسم الاباحة فهو كسائر المباحات إذا استلزم شئ منها محرما في بعض الاوقات لا نقول انه ينقلب من الاباحة إلى التحريم ويوضح لك هذا أنه في المرتبة الثانية إذا

اشتغل بالبيع وفوت السعي للجمعة بأثم ائمين اثم للبيع المنهى عنه واثم لتفويت الواجب وفي هذه المرتبة لا يَأثم إلا إنما واحدا على الغش وكتمان العيب على البيع ولا يَأثم على البيع ائما آخر وإذا حكمنا على البيع المقارن للغش بالتحريم كذلك حكم على المجموع المتضمن للغش المحرم وليس المراد أن ذلك الفعل حرام ثم أي ليس البيع أصلا في حالة من الاحوال مستلزما للكتمان لان كل بيع يمكن أن يخبر معه بالعيب ولا يجوز الحكم على البيع بالتحريم إلا على الوجه الذي بينته إذ يراد تحريم المجموع أعني البيع مع الغش فليس البيع وحده منهيًا عنه بطريق القصد ولا بطريق الاستلزام وقد وافق الطاهريون أو من وافق منهم على تصحيح البيع مع النجس قالوا لان البيع غير النجس وذلك يوافق ما قلناه هنا ووافقوا على تصحيح

[ 120 ]

البيع مع تلقى الركبان ونص الحديث علي ذلك فهو حجة لنا هنا أيضا والظاهرية في المصرة ونحوها يجعلون ذلك خارجا بالنص ويتمسكون فيما عدا ذلك بما ذكروه وقد تبين الجواب عنه بحول الله وقوته وذكر البيهقي في باب صحة البيع الذي وقع فيه التدليس حديثا رواه البخاري أن ابن عمر اشترى أبلا هيمًا من شريك لرجل يقال له نواس من أهل مكة فأخبر نواس أنه باعها من شيخ كذا وكذا فقال وبلك فجاء نواس إلى ابن عمر فقال إن شريكي باعك أبلا هيمًا ولم يعرفك قال فاستقها إذا فلما ذهب ليستاقها قال ابن عمر دعها رضينا بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم لا عدوى والله تعالى أعلم \* \* (فرع) \* نقل الماوردي قبل باب لا يبيع حاضر لباد عن أبي علي بن أبي هريرة أنه كان يقول في ثمن التدليس حرام لاثمن المبيع ألا ترى أن المبيع إذا مات يرجع على البائع بأرش عيب التدليس فدل على أنه أخذ منه بغير استحقاق وهذا شيء عجيب كيف يكون الثمن حراما والبيع صحيحا وسيأتي في باب المراجعة كلام في ذلك في مسألة الاخبار بالزيادة ولعل مراد ابن أبي هريرة هنا أن القدر الزائد بسبب التدليس الذي يستحق استرجاعه عند فوات المبيع هو المحرم لا جملة الثمن وهو ظاهر كلامه ومع ذلك فيه نظر لانه لو رضى المشتري بالعيب استقر ملك البائع على الثمن كله ولو لم يرض به والمبيع قائم استرجعه كله فان كان عدم استقراره موجبا للوصف بالتحريم فليكن جميعه حراما أولا فلا يكون شيء منه حراما \* \* (فرع) \* هذا كله في مسألة الكتاب إذا باع من غير شرط ولكنه كان عالما بالعيب أما لو اشترط السلامة فكانت معينة أو شرط وصفا وأخلف فالمشهور الصحة وثبوت الخيار كحالة الاطلاق وحكى الرافعي عن الحناطى أنه حكى قولاً غريباً أن الخلف في الشرط يوجب فساد البيع وهو يوافق ما تقدم عن الظاهرية وهم قائلون بذلك في الشرط أيضا ولا يلزم طرد هذا القول الغريب هناك لان تعلق الغرض بالوصف المشروط لفظا أقوى وعند الاطلاق العقد متعلق بالمتعين وان كان العرف يقتضى السلامة فهذا فرق على القول الذى حكاه الحناطى حتى لا يلزم طرده وان كان هو ضعيفا لان مورد العقد المعين مع الشرط أيضا والله أعلم \*

[ 121 ]

\* قال المصنف رحمه الله تعالى \* \* (فان لم يعلم بالعيب واشتراه ثم علم بالعيب فهو بالخيار بين أن يمسك وبين أن يرد لانه بذل الثمن ليسلم له مبيع سليم ولم يسلم له ذلك فثبت له الرجوع بالثمن كما قلنا في المصراة) \* \* \* (الشرح) \* المشتري للعين المعيبة تارة يكون عالما بعيبها وتارة لا يكون (الحالة الاولى) إن كان عالما فلا خلاف انه لا يثبت له الخيار لرضاه بالعيب ولا يأتي فيه الخلاف المتقدم في المصراة إذا كان عالما بالتصرية لان المستند في ثبوت الخيار هناك عند من يقول به التعبد وان ذلك خيار ثابت بالشرع كما تقدم وليس ههنا كذلك وهذه الحالة تؤخذ من مفهوم كلام المصنف رحمه الله فانه شرط في الخلاف عدم العلم ومفهومه ان عند العلم لا خيار قال ابن حزم في كتاب مراتب الاجماع واتفقوا على أنه إذا بين له البائع عيب فيه وحد مقداره ووقفه عليه إن كان في جسم المبيع فرضى بذلك المشتري أنه قد لزمه والارد له بذلك العيب \* \* (فرع) \* فلو كان المشتري قد علم به ولكن لم يعلم أنه عيب يوكس الثمن ويوجب الفسخ قال الماوردي ولا رد له لانه قد كان يمكنه عند رؤيته أن يسأل عنه ولان استحقاق الرد حكم والجهل بالاحكام لا يسقطها قال فلو كان شاهد العيب قديما وقال طنتت انه قد زال فلا تأثير لهذا القول لان الاصل بقاء العيب ولو اختلفا في العلم بالعيب فالقول قول المشتري لان الاصل عدمه قاله صاحب العدة (الحالة الثانية) إذا لم يعلم بالعيب وهي منطوق مسألة الكتاب يثبت الخيار لما ذكره المصنف رحمه الله وقياس ذلك على المصراة إن كانت التصرية عينا ظاهرا بالقياس والجامع الذي ذكره المصنف وقد قدمنا أن الصحيح أن التصرية عيب وان لم تكن التصرية عينا فمن باب الاولى لان الخيار إذا

[ 122 ]

ثبت بالتدليس بما ليس بعيب فثبوتها بالتدليس بالعيب المحقق أولى هكذا ذكره القاضي أبو الطيب وفيه نظر لان الذي يقول بالتصرية ليس بعيب يجعلها كالشرط ويلحق الخيار فيها بخيار الخلف وحينئذ قد يقال لا يلزم من جعل التصرية التي هي من فعل البائع كالشرط جعل التدليس بالعيب الذي ليس من فعله ولئن جعلنا التدليس بالعيب كذلك فالعيب إذا لم يعلم به البائع لا يمكن دعوى ذلك فيه ومع ذلك الخيار ثابت به ولاجل ذلك الطريقة التي سلكها المصنف رحمه الله واقتصر عليها أولى في الاستدلال وأسلم عن الاعتراض نعم هو إنما يأتي على قول الجمهور ان التصرية عيب أما على القول الذي رجحه الغزالي في الوجيز ان الخيار فيها ملحق بخيار الخلف فلا لان سبب الخيار في المصراة المقيس عليها اخلاف الشرط الملتمزم ولم يوجد في مسألتنا فالمصنف رحمه الله قد جعل الجامع بين المسألتين عدم حصول المبيع السليم فعلي ما اختاره الغزالي لا يأتي إلا أن يجعل ذلك مقيسا على الالتزام الشرطي وكذلك فعل هو في الوسيط تنزيلا لغلبة السلامة منزلة الاشتراط ثم لك أن تجعل الالتزام الشرطي أصلا يكتفى به كما اقتضاه كلامه في الوسيط ولك أن ترده إلى التصرية لورود النص فيها وقد اقتصر المصنف رحمه الله على الاستدلال بالقياس وفي المسألة حديث واجماع أما الحديث فالذي ذكره بعد هذا بفصل في الخراج بالضممان فان فيه أنه خاصمه إلى النبي صلى الله عليه وسلم " وأنه رده عليه بالعيب " وستتكم عليه هناك إن شاء الله تعالى (وأما) الاجماع فانه لا خلاف بين المسلمين في الرد بالعيب على الجملة واتفقوا على أن من اشترى شيئا ولم يبين له البائع لعيب فيه ولا اشترط المشتري سلامة ولا اشترط الاخلاء به ولا بيع منه براءة فوجد به عيبا كان

به عند البائع وكان ذلك العيب يمكن البائع معرفته وكان يحط من الثمن حطاً لا يتعابن الناس بمثله في مثل ذلك البيع في ذلك الوقت

## [ 123 ]

يعنى وقت عقد البيع ولم يتلف عين المعيب ولا نقصها ولا تغير اسمه ولا تغير سوقه ولا خرج عن ملك المشتري كله ولا بعضه ولا أحدث المشتري فيه شيئاً ولا وطئاً ولا غيره ولا ارتفع ذلك العيب وكان البائع قد نقد فيه جميع الثمن فإن للمشتري أن يردّه ويأخذ ما أعطى فيه من الثمن وأن له أن يمسه أن أحب واختلفوا فيما عدا كل ما ذكرناه بما لا سبيل إلى ضبطه بإجماع جاز انتهى وادعى القاضى أبو الطيب إجماع المسلمين على النسوية بين العاش والخائن وغيره ولعل المصنف رحمه الله إنما اقتصر على القياس ولم يذكر الحديث والجماع لأن الحديث فيه أنه رد بعيب وذلك حكاية حال لا دلالة لها على العموم ولا إجماع مقيد بالقيود المذكورة أو أكثرها فكان الاستدلال بالقياس أشمل وبالجملة الرد بالعيب في الجملة لا شبهة فيه قال الشيخ أبو حامد ولا يخفى أن المراد العيب الموجود عند العقد (أما) لو وجد العيب وزال القبض فلا خلاف أنه لا حكم له وكذلك لو زال بعد البيع وقبل القبض \* \* (فرع) \* ولى الطفل إذا اشترى له شيئاً فظهر به عيب فإن كان الشراء بعين المال فهو باطل وإن كان في الذمة نفذ في حق الولي فإن اشترى سليماً فحدث به عيب قبل القبض فإن كان الحط في الامسك أمسك أو في الرد رد فإن ترك الرد فإن كان اشترى في الذمة انقلب إليه ولزمه الثمن من مال نفسه وإن كان بغير مال الطفل بطل العقد قاله صاحب التتمة والله تعالى أعلم \* \* قال المصنف رحمه الله تعالى \* \* (فإن ابتاع شيئاً ولا عيب فيه ثم حدث به عيب في ملكه نظرت فإن كان حدث قبل القبض ثبت له الرد لأن المبيع مضمون على البائع فثبت له الرد يحدث فيه من العيب كما قبل العقد

## [ 124 ]

وإن حدث العيب بعد القبض نظرت فإن لم يستند إلى سبب قبل القبض لم يثبت له الرد لأنه دخل المبيع في ضمانه فلم يرد بالعيب الحادث وإن استند إلى ما قبل القبض بأن كان عبداً فسرق أو قطع يداً قبل القبض فقطعت يده بعد القبض ففيه وجهان (أحدهما) أنه يرد وهو قول أبي اسحق لأنه قطع بسبب كان قبل القبض فصار كما لو قطع قبل القبض (والثاني) أنه لا يرد وهو قول أبي علي ابن أبي هريرة لأن القطع وجد في يد المشتري فلم يرد كما لو لم يستند إلى سبب قبله) \* \* \* (الشرح) \* الكلام الذي تقدم في إثبات الخيار في العيب الموجود عند البيع والكلام الآن في العيب الحادث بعده وقد قسمه المصنف رحمه الله إلى ثلاثة أقسام (القسم الأول) الحادث قبل القبض فحكمه حكم المقارن للعقد لأن المبيع مضمون قبل القبض على البائع بجملة فكذا أجزاءه وضمن الجزء الذي لا يقابله قسط من الثمن لا يقتضى الانفساخ فأثبت الخيار والمصنف رضى الله عنه استغنى عن هذه الزيادة بجعله ما قبل القبض كما قبل العقد لاشترائكهما في كون المبيع فيهما مضموناً على البائع بمعنى أنه إذا تلف تلف من كسبه وقد اتفق الأصحاب على هذا الحكم وإن العيب الطارئ قبل القبض

كالمقارن للعقد وذلك منهم تفريع على ما هو متفق عليه في المذهب وهو أن البيع قبل القبض من ضمان البائع وأنه إذا تلف قبل القبض انفسخ البيع ونص عليه الشافعي رحمه الله في مواضع واستنبطه من بطلان عقد الصرف بالتفريق قبل التقايب كما تقدم التنبيه عليه في باب الربا وذكره المصنف في آخر باب اختلاف المتبايعين وهلاك المبيع وسنشرجه هناك إن شاء الله تعالى أما على مذهب من قال أن المبيع في يد البائع أمانة كما هو مذهب مالك ولا خيار له وممن صرح به المتولي وصورة المسألة المجزوم بها هنا إذا كان حدوث العيب بأفة سماوية (أما) إذا حصل ذلك من جهة

## [ 125 ]

المشتري أو البائع أو الأجنبي فقد ذكر المصنف رحمه الله الاقسام كلها في باب اختلاف المتبايعين عند تقسيم تلف المبيع إلى الاقسام المذكورة وهناك استوعب الكلام على ذلك بعون الله وتيسيره إن شاء الله تعالى وملخص ما هناك ما يتعلق بهذا المكان أنه متى حصل العيب بأفة سماوية أو من البائع أو من الاجنبي فللمشتري الخيار جزماً ولكن يختلف أثره على تفصيل مذکور هناك ومن جملة ما إذا كان القاطع ابن المشتري ثم مات المشتري وورثه الابن ذكره صاحب البحر هناك وهنا أذكره إن شاء الله ومتى حصل العيب من جهة المشتري فلا خيار له على الصحيح تفريعا على أن اتلافه قبض وهو الصحيح المشهور (وأما) من يقول من العلماء بأن المبيع قبل القبض من ضمان المشتري كما يقوله أبو ثور مطلقاً ومالك في المبيع جزافاً فقياسه أن العيب الحادث قبل القبض لا أثر له ومذهب أبي حنيفة رحمه الله في تلف المبيع قبل القبض كمذهبنا (واعلم) أن هذا الحكم من كون العيب الحادث قبل القبض كالعيب المقارن للعقد هو المشهور الذي لا يكاد يعرف بل لا يعرف فيه خلاف بين الاصحاب ووراء ذلك أمران غريبان (أحدهما) أن الشافعي رحمه الله قال في الام في الرهن الكبير في جناية العبد المرهون على الاجنبيين ولو بيع العبد المرهون ولم يتفرق البائع والمشتري حتى جنى كان للمشتري رده لان هذا عيب حدث به وله رده بلا عيب ولو جنى ثم بيع فعلم المشتري قبل التفرق أو بعده بجنائه كان له رده لان هذا عيب دلّسه ولو بيع وتفرق المتبايعان أو أخبر أحدهما صاحبه بعد البيع فاختر امضاء البيع ثم جنى كان من المشتري ولم يرد البيع لان هذا حادث في ملكه بعد تمام البيع بكل حال له قال ابن الرفعة وهذا إن لم يحمل على ما بعد القبض فهو يقتضى باطلاقه أنه لا فرق فيه بين ما بعد القبض وقبله والعلة ترشد إليه لانه في الحالين ملكه عليه تام وإن لم يستقر إلا بالقبض (قال) وهذا ان صح

## [ 126 ]

يقتضى أن الجناية عمداً أو خطأ في يد البائع بعد تمام الملك لا يثبت بها للمشتري خيار وإن أثبت على نفسه ولكن الاصحاب لا يوافقون على ذلك (الامر الثاني) أن في مختصر البويطى قال أبو يعقوب وإن اشترى رجل من رجل عبداً أو ثوباً ولم يقبضه فجنى عليه البائع أو غيره جناية حرق أو غيره أو ما دون النفس أو النفس فهو مخير في العبد إن شاء أخذ الثوب وأخذ الجاني بجنائه وإن شاء ترك فإن كان ذلك بأمر من السماء كان مخيراً أن

يأخذه أو يدعه وليس له النقص إذا كان من السماء كما لو مات وقد قيل  
بأخذه ويسقط عنه ما نقصه بحصته من الثمن وإن كان ذلك بهزال في يديه  
أو ما أشبهه كان مخيرا وقد قيل إذا كان البائع الذي جني عليه في النفس  
فالبائع منفسخ انتهى وهذه الأقوال الثلاثة التي نقلها البويطى الأول  
والثالث معروفان في المذهب والغريب الثاني وهو أنه يأخذه ويسقط عنه  
حصته من الثمن وكلامه المذكور يقتضى أن ذلك فيما يمكن التقسيط عليه  
كالبند ونحوها لا كالهزال وشبهه ولكن هذا القول لم أعلم أحدا من  
الأصحاب ذكره على أنه ليس في كلام البويطى نسبتته إلى الشافعي رحمه  
الله ولا شيء من الكلام المذكور من حكاية كلام الشافعي رحمه الله وإنما  
الأقوال الثلاثة من حكاية البويطى والمسألة كلها كما يدل عليه أول كلامه  
ونسبته إلى أبي يعقوب فلعله حكاها عن بعض العلماء غير الشافعي رحمه  
الله \* \* (فرع) \* إذا وجد العيب قبل القبض ولكن سبب متقدم رضى به  
المشتري كما لو اشترى من وجب عليه القطع عالما به فقطع قبل القبض  
أو بكرا مزوجة فازال الزوج بكارتها قبل القبض فهل تكون كعيب حدث  
فيرد بها كما أنه إذا اشترى مرتدا فقتل قبل القبض ينفسخ العقد أو لالان  
رضاه لسببه رضى به والخيار لا يثبت مع الرضا بخلاف الانفساخ بالتلف لم  
أر في ذلك نقلا والاقرب

[ 127 ]

القطع بأنه لا يوجب الرد للرضى بسببه ولكن القاضى حسين رحمه الله  
أطلق أن زوال البكارة في يد البائع يثبت الخيار ومثل هذا الاطلاق لا يوجد  
منه نقل في خصوص المزوجة ووطئ الزوج بها (القسم الثاني) إذا حدث  
العيب بعد القبض ولم يستند إلى سبب قبل القبض فإنه لا يثبت به الرد  
وهذا إذا كان بعد القبض والتفرق أما لو قبضه في المجلس وحدث به عيب  
قبل التفرق والتخاير فالوجه في ذلك بناؤه على تلف المبيع في يد  
المشتري في مدة الخيار وفيه طرق (أحدهما) وهي التي أوردتها الغزالي  
وارتضاها الامام واقتضى إيراد الرافعي ترحيحها (أما) ان قلنا الملك للبائع  
انفسخ والا فوجهان (أصحهما) عدم الانفساخ وإذا تم العقد لزم الثمن لان  
القبض وجد إلا أنه بقيت علقه فصار كما لو اشترى مكايلة فقبض جزافا أو  
غصب المبيع من يد البائع وتلف في يده قال هذا التعليل صاحب التتمة  
(والثاني) ينفسخ لان العقد لم يستقر كما بعد الخيار وقبل القبض  
(والطريقة الثانية) القطع بعدم الانفساخ وإنه إذا حصلت الاجازة يلزم  
المشتري الثمن (وان قلنا) الملك للبائع وهذه منسوبة للشيخ أبي حامد  
(الطريقة الثالثة) مثلها الا أنا (إذا قلنا) الملك للبائع وحصل امضاء البائع  
ضمنه المشتري بالقيمة وهذه حكاها الامام عن العراقيين وبعض أصحاب  
القفال وهو مقتضى كلام المصنف حيث ذكر المسألة في أول كتاب البيوع  
ولذلك نسبها العمرانى إليه (الطريقة الرابعة) طريقة الماوردى ان كان  
التلف في خيار المجلس انفسخ على الاقوال كلها وان كان في خيار  
الشرط فان كان لهما أو للبائع وحده فكذلك وان كان للمشتري وحده (فان  
قلنا) يملك بانقضاء الخيار أو موقوف ضمنه بالقيمة (وان قلنا) يملكه بنفس  
العقد فعلي وجهين (أحدهما) وهو ظاهر نصه في البيوع أنه ضامن بالقيمة  
دون الثمن (والثاني) وقد أشار إليه في الصداق أنه ضامن له بالثمن  
المسمى (الطريقة الخامسة) ما دل

عليها كلام أبي الطيب أنه ان كان الخيار لهما أو للبائع وحده انفسخ قولاً واحداً وان كان للمشتري وحده (فان قلنا) الملك له فوجهان والا لم ينفسخ وقال القاضي أبو الطيب ان الذي نص عليه الشافعي رحمه الله في كتبه ان البيع ينفسخ ويجب على المشتري قيمته قال القاضي أبو حامد وقال الشافعي في كتاب الصداق يلزمه الثمن واختلف أصحابنا فمنهم من قال يلزمه القيمة والذي قال من الثمن ليس بثابت قال أبو الطيب ويحتمل أن يكون أراد بالثمن القيمة لان الشافعي يعبر عن القيمة بالثمن في مواضع كثيرة ومنهم من قال ما تقدم وادعى ابن الرفعة أن أكثر نصوص الشافعي على الانفساخ وذكر نصوصاً تدل على ذلك من الجزء الثامن والعاشر من باب الدعوى في المبيع ومن باب دعوى الولد فيه وقد رأيت أنا في الجزء الخامس عشر أيضاً أنه إذ باع العبد بالخيار ثلاثاً أو أقل وقبضه فمات في يد المشتري فهو ضامن لقيمته وان منعنا أن نضمنه ثمنه ان البيع لم يتم فيه قال الشافعي وسواء في ذلك كان الخيار للبائع أو للمشتري لان البيع لم يتم فيه حتى مات وقد حكى عن نصح في الصداق ان المبيع إذا تلف في يده زمن الخيار يلزمه الثمن وبذلك قال المتولي حصل قولان في المسألة وهو في ذلك تابع للقاضي حسين والنص المتقدم يدل على أن الانفساخ في الاحوال الثلاثة إذا كان الخيار للمبتاع أو للبائع أو لهما فهذه خمس طرق والطريقة الاولى أفقه ولكن تصحيح عدم الانفساخ من الوجهين فيها فيه نظر والنصوص التي للشافعي ليس فيما وقفت عليه منها ما فيه تصريح بالانفساخ ولا بعده بل الأكثر الذي تمسك به ابن الرفعة والذي رأيت في الام فيه إيجاب القيمة والنص المعارض له فيه إيجاب الثمن فأكثر النصوص تدل لاحد أمرين (أما) القول بالانفساخ الذي هو أحد الوجهين من الطريقة الاولى كما ادعاه ابن الرفعة (واما) الطريقة التي نقلها الامام عن العراقيين (وقلت) ان مقتضى كلام

المصنف في أول البيع فالتمسك بذلك للانفساخ عيباً كما ادعى ابن الرفعة غير متعين وترجيح عدم الانفساخ ولزوم الثمن موافق للنص المتقضى لوجوب الثمن ومخالف لأكثر النصوص لكن إذا ثبت ما قاله القاضي أبو الطيب من اطلاق الشافعي رحمه الله الثمن على القيمة وما نقله من النصوص في كتبه بترجح القول بالانفساخ لاسيما مع ما أشعر به كلام القاضي أبو حامد أن ذكر الثمن ليس بثابت إذا عرف بالعيب الحادث بعد القبض وقبل لزوم العقد يتعين بناؤه على هذا الخلاف فحيث نقول بالانفساخ اما على أن الملك للبائع أو مطلقاً على احد وجهي الطريقة الاولى وظاهر أكثر النصوص أو على طريقة الماوردي والقاضي أبي الطيب على ما فيهما من التفصيل والبناء فحدوث العيب حينئذ كحدوثه قبل القبض وبذلك صرح الماوردي عند الكلام في وضع الجوائح قال عن ابن أبي هريرة أن المقبوض في خيار الثلاث يستحق رده بما حدث من العيوب في زمان الخيار وان كان القبض تاماً وجب القول بعدم الانفساخ أما على الاصح عند الرافعي من وجهي الطريقة الاولى وعلى طريقة الشيخ أبي حامد أو على طريقة المصنف رحمه الله أو في بعض الاحوال على طريقتي الماوردي والقاضي أبي الطيب على التفصيل المذكور أو على مقتضى النص المحكى في ذلك فحينئذ لا يكون لحدوث العيب في ذلك

الوقت أثر في اثبات الخيار ولا جرم والله أعلم أطلق المصنف رحمه الله أن حدوث العيب بعد القبض إذا لم يستند إلى سبب قبل القبض لا يثبت الرد لأن اختياره أن القبض ناقل للضمان وإن كان في زمن الخيار كما تقدم وهو مستمر على الاصح عند الرافعي وقد تقدمت الإشارة إلى ما في ذلك من النصوص \* \* ( فرع ) لا فرق بين يد المشتري ويد نائبه ولو كانت يد البائع كما لو قبض المبيع وأودعه إياه بعد القبض نص عليه الشافعي رحمه الله والاصحاب ولو أودع البائع المبيع عند المشتري وقلنا لا يسقط حق الحبس بالايديع فتلف كما لو تلف في يد البائع على مقتضى ذلك وعن القاضي أبي الطيب انه صرح به في أواخر كتاب الشفعة وعبارة المصنف رحمه الله سالمة عن ذلك في الطرفين لاعتباره القبض وهو موجود في الاول مفقود في الثاني \*

## [ 130 ]

\* (فرع) \* هذا الذي تقدم من أن العيب الحادث بعد القبض الذي لا يستند إلى سبب قبله لا يرد به هو مذهبنا ومذهب جمهور العلماء وقال مالك بذلك إلا في الرقيق فانه قال ما أصاب الرقيق في ثلاثة أيام بعد البيع من أباق أو عيب أو موت أو غير ذلك فمن ضامن البائع فإذا انقضت الثلاثة الايام برئ البائع إلا من الجنون والجذام والبرص فان هذه الادواء الثلاثة إن أصاب شئ منها المبيع قبل انقضاء سنة من حين البيع كان له الرد بذلك قال ولا يقضى بذلك إلا في البلاد التي جرت عادة أهلها بالحكم بها فيها (وأما) البلاد التي لم تجر عادة أهلها بالحكم بذلك فيها فلا نحكم عليهم بذلك قال ومن باع بالبراءة بطل عنه حكم العهدة وكذلك يسقط حكم العهدة عنده فيما إذا باع السلطان لغريم أو من مال يتيم ولا عهدة فيه إلا أن يكون علم عيبا فكنمه وقال قتادة إن رأى عيبا في ثلاث ليال رده بغير بينة وإن رأى عيبا بعد ثلاث لم يستطع أن يرده إلا ببينة واحتج المالكيون بما رواه أبو داود من حديث الحسن البصري عن عقبة بن عامر الجهني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم " قال عهدة الرقيق ثلاث ليال " وفي رواية أخرى أربع ليال رواه أحمد في مسنده وفي رواية أربعة أيام قال قتادة وأهل المدينة يقولون ثلاثا قال سعيد قلت لعبادة كيف يكون هذا قال إذا وجد المشتري عيبا بالسلعة فانه يردها في تلك الايام ولا يسأل البينة وإذا مضت عليه أيام فليس له أن يردها إلا ببينة أنه اشتراها وذلك العيب بها والا فيمين البائع أنه لم يبعه ويرد وعن الحسن عن سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم " قال عهدة الرقيق ثلاث " رواه ابن أبي شيبة وقال هؤلاء إنما قضى بعهدة الثلاث لاجل حمى الربع فانها لا تظهر في أقل من ثلاثة أيام هو عن عبد الله بن أبي بكر محمد بن عمرو بن حزم أنه سمع أبا نعيم عثمان وهشام بن اسماعيل بن هشام يذكران في خطبتهما عهدة الرقيق في الايام الثلاثة من حين يشتري العبدان الوليدة وعهدة السنة وبأمران بذلك وعن عمر بن عبد العزيز أنه قضى في عبد اشتري فمات في الثلاثة الايام فجعله عمر من الذي باعه وعن ابن شهاب قال القضاة منذ أدركنا يقضون في الجنون والجذام والبرص سنة قال ابن شهاب وسمعت ابن المسيب يقول العهدة من كل داء عضال

## [ 131 ]

نحو الجذام والجنون والبرص وعن يحيى بن سعيد الانصاري رضى الله عنه قال لم تزل الولاة بالمدينة في الزمان الاول يقضون في الرقيق بعهدة السنة من الجنون والجذام والبرص ان ظهر بالمملوك شئ من ذلك قبل أن يحول عليه الحول فهو رد عليه ويقضون في عهدة الرقيق بثلاث ليال وقد أجاب أصحابنا وغيرهم عن الحديثين بأن الحسن لم يسمع من عقبة شيئا ولا سمع من سمرة إلا حديث العقيقة عند أكثر الحفاظ فروايتة في هذا منقطعة لا يحتج بها قال على بن المديني لم يسمع الحسن من عقبة ابن عامر شيئا وكذلك قال أبو حاتم وقال البيهقي في روايته عن سمرة في ذلك أنه غير محفوظ (قلت) وقد حفظت من طريق ابن أبي شيبة فليس فيها إلا النظر في سماع الحسن بن سمرة وأيضا ففيه عننة قتادة عن الحسن وهو مدلس وفي حديث عقبة مع الانقطاع والاضطراب ومن جملة ما أعل به أنه ورد عن الحسن على الشك بين عقبة وسمرة وهما وإن كانا صحابين فهو اضطراب وقد سأل الاثرم أبا عبد الله أحمد بن حنبل عن العهدة فقال ليس في العهدة حديث نتثته وقال الحاكم في حديث عقبة انه صحيح الاسناد غير أنه على الارسال لان الحسن لم يسمع من عقبة والرواية عن عمر بن عبد العزيز في قضائه بذلك ضعيفة وكذلك الرواية المذكورة عن يحيى بن سعيد الانصاري وبقيت ما ذكروه مع كونه ليس بحجة معارض بقول عطاء انه لم يكن فيما مضى عهدة في الارض لا من هيام ولا من جذام ولا شئ وبما روى من طريق الشافعي رضى الله عنه عن ابن جريح قال سألت ابن شهاب عن عهدة السنة وعهدة الثلاث فقال ما علمت فيها أمرا سالفا وعن ابن طاووس أنه كان لا يرى العهدة شيئا لا ثلاثا ولا أقل ولا أكثر وما أشار واليه من أن ظهور ذلك في هذه المدة يدل على تقدمه ممنوع فقد يحدث الابق وشبهه ولو سلم لهم ذلك فيكون من القسم الذى سنذكره وهو ما يوجد بعد القبض ويكون سببه متقدما لكن ذلك غير مسلم لهم على أن ابن الصباغ قال في الجواب عن ذلك ان الداء الكامن لا اعتبار به وانما النقص بما يظهر لاما كمن وفيما قاله بعد لان الكامن إذا دل عليه دليل بعد ذلك وعلم به صار كالظاهر وذكروا أيضا أن عمر بن الخطاب وابن الزبير رضى الله

[ 132 ]

عنهما سئلا عن العهدة فقالا لا نجد أمثل من حديث حبان بن معداد كان يخذع في البيوع فجعل له النبي صلى الله عليه وسلم الخيار ثلاثا إن شاء أخذ وإن شاء رد وعن على بن أبي طالب رضى الله عنه أجل الجارية بها الجذام سنة فاما ما ذكروه عن عمرو ابن الزبير فلا حجة لهم فيه لان في حديث حبان إن شاء أخذ وإن شاء رد ولم يعقد ذلك بعيب ولا في الرقيق دون غيره قال الشافعي رضى الله عنه والخبر في أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل لحبان بن سعد عهدة بثلاث خاص وما ذكروه عن على لا ينافيه وقد صح عن ابن عمر ما أدركت الصفة حيا مجموعا فمن المبتاع ولا نعلم له مخالفا من الصحابة واستثنت المالكية أيضا الثمار لقولهم فيها بوضع الجوائح وسنذكر مذهبنا ومذهبهم في ذلك عند ذكر المصنف رحمه الله له في آخر باب اختلاف المتبايعين إن شاء الله تعالى (القسم الثالث) العيب الحادث بعد القبض إذا أسند إلى ما قبل القبض كما مثل به المصنف رحمه الله فيمن قطعت يده حدا أو قصاصا بعد القبض بسرقة أو قطع سابق عليه ولا فرق في ذلك بين أن يكون بعد العقد كما فرضه المصنف أو قبله فان بيع من وجب قطعه بقصاص أو سرقة صحيح بلا خلاف فإذا قطع في يد المشتري بذلك السبب السابق على العقد أو على القبض فان كان

المشتري جاهلا بالحال ولم يعلم بالسرقة أو القطع حتى قطع وهي صورة مسألة الكتاب ففيه وجهان كما ذكره المصنف (أحدهما) وهو قول أبي اسحق وهو الاصح وهو قول ابن الحداد ونسبه الماوردي إلى ابن سريج وبه قال أبو حنيفة فيما حكاه الماوردي وقال القاضي أبو الطيب انه على قول الشافعي رضى الله عنه واطلاق نصه الذي نقله ابن بشرى يدل عليه أن له أن يرد ويسترجع جميع الثمن كما لو قطع قبل القبض فانه لو قطع قبل القبض والحالة هذه ثبت له الرد قطعا وهذا القائل يجعله من ضمان البائع بالنسبة إلى ذلك ولو تعذر الرد بسبب فالنظر في الارش إلى التفاوت بين العبد سليما وأقطع قاله القاضي حسين والرافعي وغيرهما (والثاني) وهو قول ابن أبي هريرة وابن سريج فيما حكاه الاكثرون والقاضي أبو الطيب ونقله ابن بشرى عن من نقله عن نصه في الاملاء ومال الماوردي إليه وبه قال أحمد وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله أنه من ضمان

[ 133 ]

المشتري وليس له الرد ولكن يرجع على البائع بالارش وهو ما بين قيمته مستحق القطع وغير مستحقه من الثمن وحمل النص الاول على ما قبل القبض هذا إذا كان جاهلا فلو كان عالما بالسبب فليس له الرد ولا الارش قطعا لدخوله في العقد على بصيرة ان كان موجودا عند العقد أو لاطلاعه عليه وامساكه ان كان حدث قبل القبض قال الشيخ أبو على ولا يجئ ههنا الوجه المحكي عن أبي اسحق في القتل يعني سابقا وأنه يرجع بالثمن على رأى أبي اسحق كما سنذكره ان شاء الله والامر كما قال الشيخ أبو على كما سنبينه ان شاء الله تعالى فينبغي أن يقيد كلام المصنف بذلك وان مراده إذا كان المشتري جاهلا وممن صرح به القاضي أبو الطيب والبيهقي والرافعي وفي كلام ابن الصباغ ما يقتضى أن فيه خلافا لانه قال ان علم بذلك فقطع في يده لم يرجع بشئ على المذهب وكأنه رأى أن وجه أبي اسحق يأتي ههنا وهو بعيد وسنين ذلك ان شاء الله تعالى في أواخر الباب \* (فرع) \* عن أبي حنيفة رحمه الله أنه إذا قطع في يد المشتري يرجع بنصف الثمن ووافق في المسائل الثلاث التي ستأتي ان شاء الله تعالى أنه يرجع بالجميع لانه من ضمان البائع ومن نظائر ذلك لو اشترى جارية مزوجة ولم يعلم بحالها حتى وطئها الزوج بعد القبض فان كان ثيبا فله الرد وان كانت بكرًا فنقص الافتقراض من ضمان البائع أو المشتري ففيه الوجهان ان جعلناه من ضمان البائع فللمشتري الرد بكونها مزوجة فان تعذر الرد بسبب رجوع الارش وهو ما بين قيمتها بكرًا غير مزوجة ومزوجة مفترعة من الثمن (وان) جعلناه من ضمان المشتري فلا رد له وله الارش وهو ما بين قيمتها بكرًا غير مزوجة وبكرًا مزوجة وفي بعض نسخا سقط من قوله والرافعي والروضة التي بخط المصنف وفي بعض نسخا سقط من قوله غير مزوجة إلى غير مزوجة فصار هكذا غير مزوجة وبكرًا غير مزوجة من الثمن وذلك غلط في الحكم وترك للتفريع من جعله من ضمان المشتري والفرق بينهما فان على ضمان البائع الافراع مضمون عليه فلذلك يقدر من ضمان المشتري ليس المضمون على البائع إلا سلامتها على التزويج وقد تقدم مثل ذلك في تعذر الرد في مسألة القطع وأنه يقدر على قول ضمان البائع سليما وأقطع لان القطع مضمون

عليه على الاصح وعلى القول الاخر بقدر مستحق القطع وغير مستحقه لان المضمون عليه سلامته عن استحقاق القطع وقد وافق ابن الرفعة ما في الروضة السقيمة من الغلط في الحكم وجعل الارش على قول ضمان البائع ما بين قيمتها بكرا مزوجة وبكرا غير مزوجة (وان) كان عالما بزواجها أو علم ورضى فلا رد له فان وجد بها عيبا قديما بعد ما افتضت في يده فله الرد ان جعلناه من ضمان البائع قاله القاضى حسين والبعوي والرافعي وخالفهم المتولي فقال لا رد وهو الراجح لما سأنبه عليه (وان) جعلناه من ضمان المشتري رجع بالارش وهو ما بين قيمتها مزوجة ثيبا سليمة ومثلها معيبة هكذا قال البعوي والرافعي ولك أن تقول ينبغي أن يكون ما بين قيمتها مزوجة بكرا سليمة ومثلها معيبة فان القيمة المعتبرة قيمة يوم العقد على قول ويوم القبض على قول وأقل القيمتين على المذهب وعلى كل قول تقدر هنا بكرا لانها بكر عند العقد وعند القبض وانما حدثت النوبة بعد ذلك فان قال ان ذلك لا يختلف لان نسبة البكر السليمة من المعيبة كنسبة الثيب السليمة من المعيبة وهو صحيح لكن ذلك يقتضى أن لا يعتد في كلامه بالثيب بل ينبغي أن يقول وهو ما بين قيمتها مزوجة سليما ومثلها معيبة وهكذا عبارة القاضى حسين فقول الرافعي ثيبا حشو لا فائدة فيه ان كان ذلك لا يختلف أو زيادة مفسدة ان اختلف والله أعلم \* وان تعذر ردها بسبب من الاسباب على قولنا أنه من ضمان البائع فالنظر في الارش يتجه أن يكون على ما ذكرناه الآن لا يختلف ولا يمكن أن يقال ما بين قيمتها بكرا مزوجة سليمة وثيبا مزوجة معيبة لان النقص الحاصل بالثيبة رضى به وصرح القاضى حسين بالمسألة فقال إن قلنا من ضمان البائع يرجع بما بين كونها بكرا غير مزوجة وبكرا مزوجة نقيضه (وان قلنا) من ضمان المشتري فيرجع بما بين كونها بكرا مزوجة وغير مزوجة وفى قوله بكرا مزوجة نقيضه نظر وذكر البعوي رحمه الله في التهذيب نظير المسألة وهو ما إذا اشترى سارقا عالما بسرقة فمقطع في يده ووجد به عيبا قديما قال له الرد إن جعلناه من ضمان البائع والا فيرجع بالارش وهو ما بين قيمته سارقا غير مقطوع معيبا وغير معيب فقوله غير مقطوع نظيره هنا أن تقوم بكرا وهو خلاف ما وقع في عبارته

وعبارة الرافعي هنا \* ثم اعلم أن ما قاله هؤلاء الائمة القاضى والبعوي والرافعي رحمهم الله يقتضى أن الرضى بالعيب لا يبطل أثره بالكلية بل يسقط الرد به وبما هو من سببه ويصير الواقع بسببه بعد القبض كالواقع قبل القبض في عدم المبيع من الرد وهذا إنما يتجه على قول أبى اسحق القائل بأن القتل بعد القبض بالردة السابقة يبطل العقد ويوجب الرجوع إلى النمن إن صح جريان هذا الوجه في مسألة القطع وشبهها وقد أنكره الشيخ أبو علي كما تقدم (أما) على المذهب الصحيح أنه إذا قتل بعد القبض وكان عالما برده لا يرجع بشئ وكذلك في القطع وزوال البكارة جزما كما تقدم فينبغي أن يكون القطع وزوال البكارة بعد القبض كعيب جديد مانع من الرد بعيب آخر (فان قلت) جعله من ضمان البائع على الصحيح يوجب مساواته لما وجد قبل القبض لكن لا يرد به لرضاه بسببه فلا يمنع الرد كما لو كان عيبا قديما رضى به فانه لا يمنع الرد وان كان لا يرد به (قلت) لو جعلناه ما بعد القبض كما قبل القبض في ذلك لوجب أن يبطل العقد

بالقتل بعد القبض عند الجهل أما عند العلم فلا فإذا رضى بالعيب أبطل أثره وكلما وجد بعد ذلك وان كان من أثره فليس منسوبا إلى البائع بل هو حادث في يد المشتري ناشئ مما رضى به وليس حالته على المشتري لرضاه بسببه فينبغي أن يكون مانعا من الرد بالعيب القديم قاله المتولي ويرجع بالارش (فان قلت) لعل كلام القاضى والرافعى والبغوي محمول على أنهم فرعوا ذلك على قول أبى اسحق (قلت لا لامرين أحدهما) أنهم لم يذكروا قول أبى اسحق في هذه الصور مع العلم بل كلامهم وكلام غيرهم يقتضى القطع بعدم جريانه هنا (والثاني) أنهم قالوا إذا قلنا من ضمان البائع وقدموا أن الصحيح أن ذلك من ضمان البائع فينبغي أن يتأمل هذا البحث والجواب عنه إن أمكن لينتفع به فيما إذا باع جارية حاملا ونقصت بالولادة وعلم بها عيبا وسيأتى ذلك إن شاء الله تعالى \* (فرع) \* زوال البكارة في المسألة المذكورة لا شك في أنه عيب سواء كانت الجارية مما يظن بكارتها في العادة لصغر سنها أم لا لأنها لما دخلت في العقد صارت مستحقة وان كانت مزوجة بدليل أنها تسلم له بعد الطلاق وقضية ذلك أنه إذا اشترى عبدا كاتبا أو متصفا بصفة تريد في ثمنه ثم زالت تلك الصفة بنسيان أو غيره في يد البائع ثبت للمشتري الخيار وان لم يكن فواتها عيبا قبل وجودها قال ابن الرفعة وهذا لا شك فيه \*

## [ 136 ]

\* (فرع) \* إذا اشترى جارية حاملا ورضى بحملها ثم وضعت في يده ونقصت بسبب الوضع ثم اطلع على عيب آخر بها فقياس ما تقدم في الجارية المزوجة أن لا يكون نقصانها بالولادة مانعا من الرد على ما قال ابن الرفعة ويؤيده أن الرافعى حكى فيما إذا أصدق زوجته جارية حاملا فحملت في يده ووضعت في يدها ثم طلقها فالنقص الحاصل منسوب إليه أو إليها فيه وجهان وفى كلام الماوردى والرافعى ما يقتضى أنه مانع من الرد وسنذكر المسألة عند ذكر المصنف لها ان شاء الله تعالى وقد أشرت فيما تقدم إلى ذلك وقد ذكر طائفة من الاصحاب منهم القاضى أبو الطيب والغزالي والرافعى رحمهم الله مع هذه المسائل أو بعضها مسائل تشاركها في حصول عيب قبل العقد أو القبض ويوجد أثره بعد القبض كالقتل برده أو محاربة أو بجنابة عمد سابقة أو الموت بمرض سابق والمصنف رحمه الله أفرد لهذه المسائل فصلا في أواخر هذا الباب وهو أولى لان كلامه هنا في العيب الحادث بعد القبض إذا كان سببه متقدما والحادث في هذه المسائل بعد القبض تلف يثبت الانفساخ عند من يقول انه لا عيب موجب للرد فلنؤخر الكلام في شرح هذه المسائل إلى الفصل الذى عقده المصنف لها فللمشاركة المذكورة ولان التلف في ذلك منزل منزلة العيب حتى يرجع عند الجهل بالارش لتعذر الرد بالتلف ولذلك أدخله المصنف رحمه الله في فصول الرد بالعيب كما سيأتى إن شاء الله ولفعل الاولين مرجح سأذكره قريبا إن شاء الله تعالى \* واعلم أن صورة مسألة الكتاب هنا فيما إذا لم يترتب على القطع تلف (أما) لو اتفق ذلك فالحكم كما سيأتى في هذه المسائل في آخر الباب ان شاء الله تعالى (تنبيه) جزم المصنف بالتسوية بين قطع اليد بالسرقة وبالقصاص وكذلك شيخه القاضى أبو الطيب والرافعى وقال الماوردى ان في القصاص لا يرد اتفاقا لان القود لا يتحتم ويصح العفو عنه والقطع في السرقة لا يصح العفو عنه (تنبيه آخر) نظرا لاصحاب الخلاف في هذه المسائل بالقولين فيما إذا علق العتق في حال الصحة بصفة ثم وجدت الصفة في مرض الموت هل يعتبر من رأس المال أو من الثلث (تنبيه آخر) كثير من الاصحاب منهم القاضى أبو الطيب

والقاضي حسين والرافعي ذكروا مسألة القطع مبنية على مسألة القتل  
بالجناية وأخواتها ولذلك قدموا الكلام فيها وقدموا مسألة القطع عليها  
بخلاف ما فعل المصنف فانه آخر مسألة الجناية وحكى الخلاف في كل  
منهما من غير بناء وترجح

## [ 137 ]

فعل الاولين بأن مسألة القطع غير منصوصة للشافعي فيما يظهر من  
كلامهم ومسألة الجناية منصوص على أصلها وأبو الطيب يقول ان قول  
أبي إسحاق فيها هو مذهب الشافعي وظاهر ذلك أنه منصوص عليه وسيقع  
الكلام في ذلك عند ذكر المصنف له ان شاء الله تعالى وممن وافقهم على  
البناء المذكور الرويانى في البحر وقال فيه ان بعض أصحابنا بخراسان قال  
إذا قلنا بالاول لا يرد بل يرجع بما بين قيمته سارقا مقطوعا وقيمه غير  
مقطوع بالسرقة من الثمن قال وهذا ضعيف (قلت) ومراده بالاول قول  
أبي إسحاق وعبر الرويانى عنه بأنه قول الشافعي لكن هذا الذى نقله عن  
بعض الخراسانيين لا يكاد يفهم \* \* (فرع) \* إذا رضى بالقطع واطلع على  
عيب آخر قديم فله الرد ان جعلنا القطع من ضمان البائع والا فلا قاله  
القاضي حسين \* \* (فرع) \* إذا كان عليه حد بالسياط فاستوفى بعد القبض  
فان مات فالحكم كما سيأتي في أواخر الباب وان سلم فالحكم كما مر في  
السابق فاستحقاق الحد بالسياط كاستحقاق القطع بالسرقة والقصاص  
قاله صاحب التتمة \* \* (فرع) \* عبد عليل به أثر السفر فقال سيده لرجل  
اشتر مني هذا العبد فان مرضه من تعب السفر وبزول عن قريب فاشتره  
فازداد مرضه ولم يزل قال القاضي حسين في الفتاوى ليس له المراد لانه  
غرر بنفسه وما غره البائع \* \* (فرع) \* إذا وجدت إزالة البكارة من الزوج أو  
قطع اليد قبل القبض وكان قد رضى بالزوجة والجناية فقد تقدم أنى لم أر  
نقلا في جواز الرد بذلك والاقرب القطع بانه لا يوجب الرد فله وجد مع ذلك  
عيب لم يرض به هل يكون زوال البكارة وقطع اليد مانعا من الرد بالعيب  
الأخر لرضاه بالسبب أم لا؟ الذى يظهر أن يقال (ان) جعلنا وجود ذلك بعد  
القبض غير مانع مع العلم كما قاله الرافعي بناء على أنه من ضمان البائع  
فهنا أولى (وان) جعلناه مانعا وأنه يرجع بالارش فهنا احتمالان مأخذهما

## [ 138 ]

أن المنع بعد القبض لاجل وقوعه في يد المشتري أو لاجل العلم (ان قلنا)  
بالاول لم يمتنع هنا لوقوعه في يد البائع (وان قلنا) بالثاني امتنع لوجود  
العلم ولم أر في ذلك نقلا (والاظهر) أن المنع بعد القبض لاجل حدوته في  
يد المشتري مع العلم بسببه وهذا المجموع منتف قبل القبض فلا يمتنع  
الرد وان علم بالسبب لان هذا عيب زائد على ما علمه ولهذا أقول انه لا  
يمنتع عليه الرد هنا وان كنت استشكلت عدم امتناع الرد بعد القبض كما  
تقدم والله أعلم \* \* (فرع) \* عن أبي حنيفة أنه إذا قطع في يد المشتري  
رجع بنصف الثمن ووافق في مسائل التلف التى ستأتي إن شاء الله تعالى  
أنه يرجع بالجميع لانه من ضمان المشتري \* \* قال المصنف رحمه الله  
تعالى \* \* (إذا وجد المشتري بالمبيع عيبا لم يخل أما أن يكون المبيع باقيا  
على جهته أو زاد أو نقص فان كان باقيا على جهته وأراد الرد لم يؤخره

فان آخره من غير عذر سقط الخيار لانه خيار ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال فكان على الفور كخيار الشفعة) \* \* \* (الشرح) للمبيع المعيب خمسة أحوال أن يكون باقيا على جهته أو زائدا أو ناقصا أو زائدا من وجه وناقصا من وجه أو تالفا ذكر المصنف الثلاثة الاولى وعقد لكل منها فصلا وذكر الخامسة في فصل بعد ذلك ولم يذكره في القسم هنا لانه لا يقال وجد العيب بالمبيع بعد تلفه وهو يقسم فيما إذا وجد بالمبيع عيبا ولو أريد بوجد العلمية التي تتعدى إلى مفعولين صح اطلاقها بعد التلف لكن ظاهر كلامه أنها من وجدان الضالة وذلك يستدعي موجودا وأما الزائد من وجه والناقص من وجه فاما أن يكون المراد أن الامر لا يخلو عن ذلك فالقسمة حينئذ حاصرة واما ان يكون تركه لان حكمه يعلم من التسمين وقلما يقع التعرض له وعطفه بأو علي اما غير متصح من جهة العربية وكثيرا ما يقع ذلك في كلام المصنفين وكذلك قوله أو زاد وكان الاولى أن يقول زائدا عطفا على ما هنا (أما الاحكام) فإذا كان المبيع الذي ظهر به العيب باقيا بحاله فقد تقدم أنه يخير بين امساكه ورده فان

## [ 139 ]

أراد رده فخير الرد على الفور عندنا وعند جمهور العلماء وكنت أحسب أن ذلك مجمع عليه حتى رأيت ابن المنذر نقل عن أبي أنه لا يكون الرضى إلا بالكلام أو يأتي من الفعل ما يكون في المعقول في اللغة أنه رضا فله أن يرد حتى تنقضي أيامه ويستمتع لانه ملكه وكذلك نقل ابن حزم فانه قال لا يسقط الرد إلا باحدى خمسة أشياء مطبقة بالرضا أو خروجه كله أو بعضه عن ملكه أو إيلاد الامة أو موته أو ذهاب عين الشيء أو بعضه قال وهو قول أبي ثور وغيره انتهى ومن بعد أقوال أبي ثور وجوها يلزمه أن يجعل هذا وجها من المذهب وهو في غاية العراية ونقل ابن المنذر عن جماعة من العلماء المتقدمين فتاوى محتملة لان لا يكون الرد على الفور ومحتملة لخلافه فلذلك لم أذكرها ولعلى أذكرها بعد هذا في تفصيل الاشياء المبطللة للخيار إن شاء الله وقد استدلل الاصحاب بكون الرد على الفور بدليلين (أحدهما) أن الاصل في البيع اللزوم وذلك متفق عليه ومن الدليل فيه قوله صلى الله عليه وسلم في حديث المتبايعان بالخيار " وان تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك واحد منهما فقد وجب البيع " متفق عليه وذلك يقتضى لزوم العقد من الجانبين وأنه لا خيار بعد التفرق ثم انا أثبتنا الخيار بالعيب بالدليل الدال عليه من الاجماع وغيره والقدر المحقق من الاجماع ثبوته على الفور والزائد على ذلك لم يدل عليه اجماع ولا نص فيجرب فيه على مقتضى اللزوم جمعا بين الدليلين وتقليلا لمخالفة الدليل ما أمكن ولان الضرر الذي شرع الرد لاجله يندفع بالبدار وهو ممكن فالتأخير تقصير فيجرب عليه حكم اللزوم الذي هو الاصل (الدليل الثاني) ما ذكره المصنف رحمه الله من أن القياس على خيار الشفعة وفيه احترازا قال ابن معن احترز بقوله ثبت بالشرع من خيار الشرط في البيع وبقوله لدفع الضرر عن المال عن خيار الامة إذا عتقت تحت عبد (إذا قلنا) ليس الخيار على الفور ومن خيار المرأة بالمطالبة بالعنة أو الطلاق في الابلاء ومن الخيار بين القصاص والدية وقد أجاد في ذلك وزاد غيره خيار العنة أيضا كخيار الامة قال بعض الفضلاء وهو منقوض بخيار المجلس فانه ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال وليس على الفور وهذا النقض مندفع بأن خيار المجلس ثبت رفقا بهما كما قاله المصنف رحمه الله في أول البيع وذلك على وجه التروي والنظر في المصلحة لا لدفع الضرر المحقق فانه قد لا يكون ثم ضرر أصلا ولا يستند إلى

ظهور وصف في المبيع وبعد أن كتبت هذا رأيت هذا المعنى بعينه لابي محمد عبد الله بن يحيى الصعبي في كلامه على المذهب الذي سماه غاية المفيد ونهاية المستفيد وجعل قوله لدفع الضرر احترازا من خيار المجلس فانه ثبت للارتياح والنظر وقد يرد على المصنف في ذلك خيار التصرية على قول أبي حامد المروروزي كما تقدم فانه خيار ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال ومع ذلك يمتد إلى ثلاثة أيام عند أبي حامد وقد يجاب عن هذا بأن أبا حامد يجعل ثبوته ثلاثا بالحديث ولا يجعله لكونه عيبا بدليل أنه يثبت مع العلم وإذا كان كذلك فلا يكون لدفع الضرر عن المال وقد يورد على المصنف أيضا الخيار الذي أثبتته النبي صلى الله عليه وسلم لحيان بن منقذ فان ذلك خيار ثابت بالشرع لدفع الضرر عن المال وهو يمتد ثلاثة أيام ويجاب عنه بأن ذلك مختص بحيان بن منقذ كما أشار إليه الشافعي رضي الله عنه فيما تقدم ويجاب عن كل من هذا وخيار المصراة على قول أبي حامد بأنهما خارجان من مقتضى القياس المذكور بالنص على خلاف القياس فيبقى فيما سواهما على مقتضاه وقد يورد على المصنف أنه قاس في باب الشفعة سقوط الخيار بتأخير الطلب من غير عذر على الرد بالعيب وههنا قاس الرد بالعيب على الشفعة وأجابوا عن هذا بأن قياس الرد بالعيب على الشفعة ورود الخبر فيها وقياس الشفعة على الرد بالعيب لان الشفعة تردد قول الشافعي فيها بخلاف الرد بالعيب فان أكثر العلماء اتفقوا على أنه على الفور وعدوا ذلك من محاسن المذهب وإذا تأملت كلام المصنف في باب الشفعة حكمت بعدم صحة السؤال لانه لما قال انها على الفور على الجديد الصحيح استدل له بالحديث ثم قال فعلى هذا ان آخر الطلب من غير عذر سقط لانه على الفور فسقط بالتأخير من غير عذر كالرد بالعيب وهذا الكلام يقتضى المغايرة بين الحكمين وان سقوط الخيار بالتأخير هو المقيس على الرد بالعيب وهو غير كونه على الفور الثابت بالحديث وههنا في الرد بالعيب المقصود اثبات كونه على الفور بالقياس على الشفعة فالمقيس هناك على الرد بالعيب غير المقيس هنا على الشفعة فلا سؤال ولا أشكال ولا حاجة إلى الجواب المذكور ولكن لك أن تقول ان كان السقوط بالتأخير من غير عذر ظاهر اللزوم لكون الخيار على الفور ولا

حاجة في الشفعة إلى قياسه على الرد بالعيب وان لم يكن كذلك فلا يكفي الرد بالعيب لثبوته إن ثبت أنه على الفور بالقياس على الشفعة كما هو مدلول كلام المصنف هنا فيحتاج إلى الجواب المذكور وقد خطر لي في الجواب عن ذلك والاعتذار عن المصنف في جعله سقوط الشفعة بالتأخير بعد تقرير كونه على الفور منثنا على الرد بالعيب مسألة غريبة نقلها أبو سعد الهروي عن تعليق البندنجي أن الشافعي رضي الله عنه نص في اختلاف العراقيين على القول الصحيح أن الشفعة على الفور للشفيع خيار المجلس لانه قال ولو عفا عن الشفعة ثم تركها ثم بدا له فأراد المطالبة بها كان له مادام في المجلس قال الهروي ووجهه أن العفو تقرير لملك المشتري لجهة المعارضة فيعقب بخيار المجلس كالشراء وعكسه الإبراء

عن الدين فانه اسقاط محض ولم يتضمن تقرير ملك في غيره (قلت) فلعل المصنف رحمه الله اطلع على هذا النص القائل بأن الشفعة لا تبطل بالعفو مادام في المجلس على قول الفور ولا شك أن التأخير أولى بعدم البطلان فأراد أن يدفع ذلك بالقياس على الرد بالعيب وهذا ينبغي السؤال عنه على أنى نظرت باب الشفعة من اختلاف العراقيين نظر العجل فلم أر هذا النص فيه وهو غريب مشكل ورأيت في كتاب احمد بن بشري الذي جمع فيه من نصوص الشافعي ما يوافقه فانه قال وتسليم الشفعة أن يقول سلمت شفعتي أو تركتها أو ما أشبهه ثم يفارق الشهود الذين قال بين أيديهم قد سلمت شفعتي فان لم يفارقهم حتى يقول أنا على شفعتي فذلك له وهذا هو ذاك النص بعينه وأيضا فقد اختلف الاصحاب في خيار المجلس في الشفعة وفسره بعضهم بأنه يخير بين الاخذ والترك في المجلس (وان قلنا) بالفور فما قاله المصنف يدفعه \* \* (فرع) \* إذا ادعى البائع أن المشتري أخر الرد بعد العلم وأنكر المشتري فالقول قول المشتري مع يمينه قاله الروباني عن جامع القاضى أبى حامد \* \* (فرع) \* أطلق المصنف رحمه الله أن التأخير من غير عذر يسقط الخيار والمراد بذلك أن يبادر على العادة قال أصحابنا فلا يؤمر بالعدو والركض ليرد ولو كان مشغولا بصلاة أو أكل أو قضاء حاجة

## [ 142 ]

فله الخيار إلى أن يفرغ وكذا لو اطلع حين دخل وقت هذه الامور فاشتغل بها فلا بأس وكذا لو لبس ثوبا وأغلق بابا قال الماوردي والرافعي ولو وقف عليه ليلا فله التأخير إلى أن يصبح وقال الهروي في الاسراف إلى ضوء النهار وهما راجعان إلى معني واحد هكذا أطلق الماوردي والرافعي جازما بذلك اعتبار بالعرف وقال صاحب التتمة إذا اطلق بالليل ولم يتمكن من حضور مجلس الحكم ولا من استحضار الشهود ليفسخ بحضرتهم ولا من أخبار البائع بذلك فعامة أصحابنا قالوا لا بد ان يقول في الوقت فسخت والا سقط حقه وكان القفال يقول لا يبطل بل يؤخر حتى يحضر البائع أو الشهود أو يحضر مجلس الحكم والظاهر أن صاحب التتمة يطرد هذا الخلاف في تأخر الفسخ بالعدر مطلقا ويشمل ذلك الصور المتقدمة من الاكل وقضاء الحاجة ونحوه ويكون ذكر هذه الاعذار المتقدمة على ما ذكر إنما تستمر على رأى القفال ويحتمل أن يكون ذلك مختص بالليل لما فيه من التأخير كما يقوله في الغيبة والمرض أنها الاعذار المتقدمة فلا يعد في العرف تأخيرا وهذا الاحتمال الثاني أوفق لكلام الرافعي واشتراط صاحب التتمة عدم التمكّن في الليل يقتضى أنه متي تمكّن فيه كان كالنهار وكذلك قال ابن الرفعة لا فرق بين الليل والنهار إذا تمكّن من المسير فيه من غير كلفة (أما) إذا كان فيه كلفة فله التأخير إلى الصباح وهذا وإن كان المعنى والفقه يقتضيه فلم أر التصريح به لغيره قال البغوي وابن أبى عصبون انه في الليل لا يلزمه تعجيل الفسخ ولا الاشهاد على نفسه بالرد في أصح الوجهين وهذا الوجه الذى أشار إليه يسلكه ملك الغيبة وسيأتى الكلام فيها إن شاء الله ولو لقي البائع فرد عليه قبل سلامه صح ولو رد عليه بعد سلامه صح أيضا خلافا لمحمد بن الحسن قاله الماوردي والرافعي وغيرهما وفى بعض الشروح للتنبيه حكاية وجهين في كون السلام عدرا هو بعيد وان كان الامام قال في الشفعة ان من عدّه في اشتراط قطع ما هو مشغول به من الطعام وقضاء الحاجة لا يبعد أن يشترط ترك الابتداء بالسلام ولو علم به وهو ممنوع بعته أو مرض كان على حقه إلى أن يزول المنع قاله الماوردي وسيأتي كلام كثير في حالة الغيبة لو لم يتم الغرض إلا باستيفائه

فهذه كلها أعذار احترز عنها المصنف رحمه الله بقوله من غير عذر وقال  
الائمة ان الكلام في المبادرة وما يكون تقصيرا وما لا يكون محله كتاب  
الشفعة وأحالوا الكلام هنا عليه وقد حكوا هناك وجها أنه يلزمه إذا اطلع  
على الشفعة قطع

[ 143 ]

ما هو عليه من طعام والخروج من الحمام والنافلة ونحو ذلك تحقيقا للبدار  
قال ابن الرفعة ومثله لا يبعد جريانه ههنا لانهما في قرن وعد ابن الرفعة  
من الاعذار اباق العبد قبل القبض فان المشتري إذا اطلع عليه وأخر لا  
يسقط حقه بل لو صرح باسقاطه لم يسقط على الصحيح (قلت) والحكم  
كما ذكر ولكن ذلك لان السبب متجدد في كل وقت فلا يحصل حقيقة  
التأخير فلا يحسن عده في جملة الاعذار \* (فرع) \* وأما الذي لا يكون عذرا  
فكثير (منها) لو بادر حين العلم بالعيب فلقى البائع فأخذ في محادثته ثم  
أراد الرد فلا رد له قاله الماوردي والرافعي وغيرهما ولو أخر الرد مع العلم  
بالعيب ثم قال أخرت لاني لم أعلم أن لي حق الرد فان كان قريب العهد  
بالاسلام أو نشأ في برية لا يعرفون الاحكام قبل قوله وممكن والا فلا وعن  
الفروع حكاية قولين كالامة إذا ادعت الجهالة بالحكم ولو قال لم أعلم أنه  
يبطل بالتأخير قبل قوله لانه مما تخفى على العوام هكذا قال الرافعي  
وقال النووي انما يقبل قوله ولم أعلم أن الرد على الفور وقول الشفيع  
لم أعلم أن الشفعة على الفور إذا كان ممن يخفى عليه مثله وقد صرح  
الغزالي وغيره بهذا في كتاب الشفعة (قلت) وفي الاطلاقين نظر ويتعين  
أن يقال يقبل قوله إذا كان ممن يخفى عليه أو مجهول الحال أما من علم  
أنه لا يخفى عليه فلا يقبل قوله وعلي هذا يحمل اطلاقهم وحيث بطل حق  
الرد بالتقصير حق الارش أيضا \* (فرع) \* لو اطلع على عيب قبل القبض  
تلزمه المبادرة على الفور أيضا على ما يظهر من كلامهم ولا يقال ان له  
التأخير إلى القبض لان كل ما كان قبل القبض من ضمان البائع ودوام  
العيب عيب \* (فرع) \* فيه تحقيق الكلام في الفور وكيفية الرد وحال الغيبة  
والمرض قال القاضي حسين عن عامة الاصحاب ان عليه الفسخ على  
الفور وعن الشيخ وهو القفال أن له التأخير إلى حضور مجلس الحكم هكذا  
رأيته في تعليقه وأراد أبو سعد الهروي في النقل عن القاضي حسين أنه  
رد على القفال وقال سبيله أن يفسخ الواقع منه لتيسر الاثبات له ويقرب  
منه ما تقدم عن صاحب التتمة ونقل عن عامة

[ 144 ]

الاصحاب في الليل أنه لا بد من تلفظه بالفسخ وعن القفال أنه يؤخر إلى  
وجود البائع أو الشهود أو مجلس الحكم قال الامام ان تمكن من الفسخ بين  
يدى قاض فلا عذر في التأخير وان لم يحضر خصمه ولم يتمكن من الاشهاد  
فليبتدر الرفع إلى القاضي بحيث لا يعد تقصيرا في العرف ولا يلزمه  
النطق بالفسخ قبل الحضور فان رفع إلى الحاكم مع حضور الخصم بطل  
حقه على المذهب وان لم يجد الغريم فأمكنه أن يتلفظ بالرد ويشهد فلم  
يفعل ورفع إلى القاضي فوجهان وقال الغزالي في البسيط ان نهض إلى  
البائع كما اطلع لم يكن مقصرا وان لم يكن حاضرا ورفع إلى القاضي

فليس مقصرا وان فسح في بيته وأشهد فليس مقصرا وان رفع إلى القاضى مع حضور الغريم بطل حقه على المذهب وان لم يكن الغريم حاضرا وأمكن الاشهاد فلم يشهد ورفع إلى القاضى فوجهان وهو موافق لكلام الامام وجزمه أولا بأنه إذا رفع إلى القاضى ليس مقصرا محمول على ما إذا لم يمكن الاشهاد جمعا بين أول كلامه وكلام الامام أنه يرد على الغريم فان لم يحضر فالاشهاد أو يكتفى بالحاكم وجهان فعلى أحد الوجهين الغريم ثم الاشهاد ثم الحاكم وعلى الوجه الآخر الغريم ثم الاشهاد أو الحاكم في رتبة واحدة وهذا إذا لم يكن حاضرا في مجلس الحكم فان كان حاضرا بين يدي القاضى فلا يعذر في التأخير كما قدمه الامام وقال في الوسيط ان كان العاقد حاضرا فليرد عليه في الحال وان كان غائبا فليشهد على الرد اثنين فان عجز فليحضر مجلس القاضى فان رفع إلى القاضى والخصم حاضر فمقصر وان كان الشهود حاضرا فرفع إلى القاضى فوجهان إذ في الرجوع إلى القاضى مزيد تأكيد فافتضى هذا الترتيب الغريم ثم الاشهاد ثم الحاكم وقيل الغريم ثم الاشهاد أو الحاكم في رتبة واحدة وقال في الوجيز يرد عليه في الوقت ان كان حاضرا وان كان غائبا أشهد شاهدين حاضرين فان لم يكن حاضرا عند القاضى فوافق ما في الوسيط قال الرافعى وفى الترتيب المذكور اشكال يعنى الذى في الوسيط والوجيز قال لان الحضور في هذا الموضوع اما أن يعنى به الاجتماع في المجلس أو الكون في البلد فان كان الاول فإذا لم يكن البائع عنده ولا وجد الشهود ولم يسع إلى القاضى ولا سعى إلى البائع واللائق لمن يمنع من المبادرة إلى القاضى إذا وجد البائع أن يمنع منها

## [ 145 ]

إذا أمكنه الوصول إليه وان كان الثاني فأى حاجة إلى أن يقول شاهدين حاضرين ومعلوم أن الغائب عن البلد لا يمكن إشهاده ثم على التفسيرين فكون حضور مجلس الحكم مشروطا بالعجز عن الاشهاد بعيدا أما على الاول فلان حضور مجلس الحكم قد يكون أسهل عليه من احضار من يشهده أو الحضور عنده وأما على الثاني فلانه لو اطلع على العيب وهو حاضر في مجلس الحكم ينفذ فسحه ولا يحتاج إلى الاشهاد بل يتعين عليه ذلك ان أراد الفسخ فظهر أن الترتيب الذى يقتضيه ظاهر لفظ الكتاب غير مرعى انتهى كلام الرافعى ووافق النوى على هذا الاشكال وقال ان الترتيب الذى ذكره الغزالي مشكل خلاف المذهب وقال الرافعى ان الذى فهمه من كلام الاصحاب ان البائع ان كان في البلد رد عليه بنفسه أو بوكيله وكذا لو كان وكيله حاضرا ولا حاجة إلى المرافقة فلو تركه ورفع الأمر إلى مجلس الحكم فهو زيادة توكيد وحاصل هذا تخييره بين الأمرين وان كان غائبا عن البلد دفع الأمر إلى مجلس الحكم والى أن ينتهى إلى الخصم أو القاضى في الحالين لو تمكن من الاشهاد على الفسخ هل يلزمه (وجهان) قطع صاحب التتمة وغيره باللزوم ويجرى مجرى الخلاف فيما إذا أخرج بغيره من مرض أو غيره ولو عجز في الحال عن الاشهاد فهل عليه التلطف بالفسخ وجهان (أصحهما) عند الامام وصاحب التهذيب لا حاجة إليه انتهى ما ذكره الرافعى وهو مخالف لما قاله الامام والغزالي في كون الرفع إلى القاضى مع حضور الخصم مبطلا كما يقوله الامام وعند الرافعى هو مخير بينهما ومخالف له أيضا في الاكتفاء بالاشهاد عن الحضور إلى الحاكم كما يقتضيه كلام الغزالي في البسيط والوجيز وصدر كلام الامام في النهاية وعلى ما قاله الرافعى لا يكتفى بذلك جزما ولا يجوز التشاغل به عن الحاكم وزائد على كلام الامام والغزالي بلزوم

الاشهاد عند الامكان إلى أن ينتهى إلى الخصم أو القاضى في الحالين على ما قطع به صاحب التتمة وغيره وان كان آخر كلام الامام والغزالي في البسيط يمكن حمله على الوجهين في ذلك الذى حكاهما الرافعى لكنه إن صح حمله على ذلك قاصر على الحاكم دون الخصم فهذه الامور الثلاثة في كلام الرافعى رحمه الله وفى كلام الامام

## [ 146 ]

زيادة بيان أنه ان تمكن من الفسخ بين يدى قاض فلا عذر في التأخير ومقتضى ذلك أنه مقدم على الجميع وهو كذلك بلا نزاع فقول الرافعى انه يخير بين الامرين ان أراد في غير مجلس الاطلاق وهو الظاهر فبقيت عليه هذه الحالة لم يذكرها وان ارد مطلقا اقتضى أنه من الحاكم ويذهب إلى البائع أو يترك البائع في المجلس ويذهب إلى الحاكم وسنذكر عن ابن الرفعة ما فيه وما ذكره الرافعى من أن الاصح عند الامام وصاحب التهذيب أنه لا حاجة إلى التلغظ بالفسخ عند العجز مخالف لما تقدم عن القاضى حسين ونقله عن عامة الاصحاب وموافق لما نقله عن القفال وفيما ذكره الرافعى من التخيير بحيث لا بد من معرفته سأفرد له فرعا في آخر الكلام ان شاء الله تعالى وقال ابن الرفعة في الكفاية على سبيل الايراد على الغزالي ان الامام ذكر في الشفعة أن الشفيع لو ابتدر مجلس الحكم فهو فوق مطالبة المشتري وحكما معا وجهين فيما إذا تمكن من الاشهاد وتركه ودفع إلى القاضى وهذا يدل على أن المضى إلى القاضى أقوى من لقاء الخصم وان الاشهاد أقوى من المضى إلى القاضى هكذا كلامه في الكفاية وقال في المطلب أن مراد الغزالي هنا في الوسيط والوجيز بالحضور الحضور في البلد وكذلك مراده في البسيط هنا وبظهر على ذلك ان الرفع إلى القاضى مع حضور الخصم في البلد ليس بتقصير بل هو فوقه لاحتمال المنازعة (وأما) الرفع إلى القاضى مع حضور الشهود مجلس الاطلاع ففيه الوجهان ثم قال ابن الرفعة انه على قولنا لا يجب الفسخ بحضرة الشهود فهل يجب عليه أن يشهد أنه طالب للرد يشبه أن يكون فيه وجهان كالشفعة ومن ذلك ان صح ينتظم ثلاثة أوجه ثالثها الاشهاد يعتبر عند تيسره على طلب الرد لا على نفس الرد (قلت) والصحيح كما تقدم عن الرافعى أنه يلزمه الاشهاد على نفس الرد (وأما) الاشهاد على أنه طالب الرد ولا يكفى فانه ههنا بمكنة إنشاء الرد بحضرة الشهود وفى الشفعة لا يمكنه الاخذ إلا بأمور هي مقصودة إذا ذاك فليس المقذور في حقه إلا الاشهاد على الطلب ثم اعترض ابن الرفعة على نفسه بأن الامام والغزالي في البسيط قالوا في الشفعة ان الشفيع إذا ترك مطالبة المشتري مع الحضور وابتدر الحاكم فهو فوق مطالبة المشتري وهذا المعنى يجوز أن يقال في حالة حضور المشتري في البلد وحضوره مجلس الاطلاع على الشفعة ويجوز أن يقال مثله في الحالين

## [ 147 ]

في الرد بالعيب أجاب بأنه يحمل ما ذكره في الشفعة على حالة غيبة المشتري عن مجلس الاطلاع عليها لان في حالة الحضور لا حلف على الشريك في قوله أنا طالب بالشفعة أو تملك بها أو وجد بدل المال فان

نارعه المشتري إذ ذاك رفعه إلى الحاكم وفي حال غيبة المشتري عن مجلس الاطلاع لابد من المضى إماله أو للحاكم فكان مخيرا بينهما أحوط وهذا لا تباين بين الكلامين قال وهذا قلته بناء على ما صار إليه معظم الاصحاب من أنه إذا أمن الرد على (1) لا يعذر بطلب الحاكم (أما) إذا قلنا بما صار إليه القفال فيما حكى القاضى عنه فلا فرق بين الحالين في جواز تأخير الطلب إلى وقت الحضور بين يدي القاضى كما ذلك مقتضى إطلاق القاضى في تعليقه عنه ولا جرم قال الامام مشيرا إلى هذا الوجه لو كان المردود عليه حاضرا فابتدر القاضى فظاهر المذهب أنه يبطل حقه لكن حكاية الهروي عن القفال لا تدخل حالة قصوره مع البائع بل حال غيبته وتمكنه فيها من الاشهاد وإذا كان كذلك ظهر صحة ما قال الغزالي من الجزم بأنه يقصر يعنى إذا رفع إلى القاضى والخصم حاضر أي في مجلس الاطلاع (قلت) ما حكى الهروي عن الشيخ أبى حامد أن الرفع إلى القاضى والطلب منه أن يحضر المشتري حتى يأخذ منه بالشفعة تطويل يبطل الحق قال ابن الرفعة وقد ينحل ما ذكرناه على ما يختاره من فهم كلام الوسيط اتباعا لما في الوجيز أن تأخير الرد بحضرة القاضى قد جمعها مجلس الاطلاع تقصير جزما وكذا تأخيره إذا اجتمع هو والمالك في مجلس الاطلاع وفيه ما سلف عن الامام وقد عرفت اندفاعه وعند عدم حضور البائع مجلس الاطلاع لكنه حاضر في البلد هل يجعل بترك الاشهاد قبل الانتهاء إليه مقصرا وجهان جاريان فيما إذا كان غائبا عن البلد وترك الاشهاد قبل الانتهاء إلى القاضى المفهوم منهما في الوجيز أنه غير مقصر ولو لم يقدر على الاشهاد في حال حضور البائع في البلد أو غيبته عنها فلا تقصير إلا باهمال طلب البائع أو القاضى وهل يكون طلب القاضى تقصيرا في حال حضور البائع في البلد وتيسر طلبه قبل طلب القاضى فيه الوجهان عن القفال

(1) بياض بالاصل

[ 148 ]

وغيره ومع ذلك لا يتوجه على الغزالي ما ذكرته في الكفاية وذكره الرافعى فيما يظنه فليتأمل (قلت) وملخص ذلك أنه ان حضر البائع مجلس الاطلاع رد جزما وان حضر البائع مجلس الاطلاع فكذلك لا على ما يفهمه كلام القاضى حسين من النقل عن القفال وان لم يحضر أحد منهما مجلس الاطلاع وحضر في البلد فعلى ما قاله الرافعى واقتضى كلام الامام في الشفعة أنه يكون مخيرا بين البائع والحاكم وقال ابن الرفعة انه في هذه الصورة الوجهان عن القفال وغيره يعنى فيكون التخيير على رأى القفال خاصة وعامة الاصحاب على خلافه وليس الصحيح لانه قد وافق عند تأويل كلام الامام والغزالي في الشفعة أن الرفع إلى الحاكم أحوط فهذه مناقشة في كلام ابن الرفعة وأيضا مناقشة ثانية وهى أن كلام الغزالي في الوسيط جعل الحضور إلى القاضى عند العجز عن الشهود وذلك يوهم الاكتفاء بالشهود ولم يقل به أحد من الاصحاب فيما علمته عند القدرة على القاضى أو البائع ومناقشة ثالثة وهى أن ما ذكره لا يدفع اعتراض الرافعى في قوله لم يسع إلى القاضى ولا يسعى إلى البائع كما يقتضيه كلام الغزالي (وقوله) ان حضور مجلس الحكم قد يكون أسهل من إحضار الشهود فيكون الحضور إلى القاضى مشروطا بالعجز عن الشهود كما

يقتضيه كلام الغزالي بعيد ما ادعاه ابن الرفعة من إرادة حضور مجلس الحكم صحيح ولكن لا يدفع سؤال الشافعي رحمه الله فقد ظهر أن اشكال كلام الغزالي باق بحاله فان اتضح بعض مراده وتلخيص الحكم على الصحيح الذي تحصل من كلام الرافعي وغيره وفي كل من الحالتين يجب الاشهاد إذا تيسر قبل الانتهاء إلى البائع أو الحاكم على الاصح ولا يجب التلفظ بالفسخ قبله على الاصح وتلخيصه بأيسر من هذا على الصحيح وسأفرد للكلام في ذلك فرعا ولك أن تعبر بعبارة مختصرة فنقول تجب المبادرة إلى البائع أو الحاكم فان مر في طريقه إلى أحدهما بالآخر ولقى شهودا وجب اشهادهم قبل ذلك في الاصح وإذا أردت تمييز المراتب فاعم أن الرتبة (الاولى) أن يحضر مع الحاكم في مجلس الاطلاع فيبادر ولا يؤخر قطعاً على ما قاله ابن الرفعة واقتضاه كلام الامام (الثانية)

## [ 149 ]

أن يحضر البائع مجلس الاطلاع فكذلك لا على ما يقتضيه نقل القاضى حسين عن القفال أنه له التأخير إلى حضور مجلس الحكم حذرا من إنكاره البائع (الثالثة) حضور الشهود مجلس الاطلاع فلا يعذر في التأخير لامكان الاثبات بهم ولم أر تصريحاً بنقلها إلا ما تقدم من اطلاق أنه يجب الاشهاد قبل الانتهاء إلى الحاكم والبائع ان أمكن على الاصح ومقتضى ذلك أن يأتي ذلك الوجه هنا أيضا وقد قدمت ما فيه ففي هذه الصور الثلاث متى آخر عن مجلس الاطلاع بطل حقه إما جزماً أو على الاصح وظاهر هذا الاطلاق يقتضى أنه لا فرق بين أن يكون الحاكم أبعد من البائع أو أقرب وقد يقال ينبغي أنه إذا كان يمر في مضيئه إلى أحدهما بالآخر يعذر كما لو كان معه في مجلس الاطلاع فلا يعذر في التأخير عنه إلى أن ينتهي إلى الآخر وقد قدمت ذلك أيضا وسنعيد الكلام فيه (الخامسة) أن يكون الموجود في البلد واحدا منهما اما الحاكم أو البائع فلا شك في تعيينه (السادسة) إذا لم يكن واحد منهما في البلد تعين الاشهاد (السابعة) إذا كان الشهود في البلد وتيسر الاجتماع بهم قبل البائع أو الحاكم فيجب الاشهاد على الصحيح وقال الغزالي في الشفعة ان المذهب أنه لا يجب (الثامنة) إذا كان الشهود في البلد ولا تيسر بهم الاجتماع قبل البائع أو الحاكم فلا يجب المضى إليهم جزماً (التاسعة) إذا كان الشهود في البلد تيسر الاجتماع بهم قبل البائع أو الحاكم فيجب الاشهاد على الاصح ولا يكفي جزماً (العاشر) إذا لم يكن في البلد شئ من الثلاثة فهل يجب أن يتلفظ بالفسخ يأتي فيه الوجهان المذكوران في كلام الرافعي في حالة العجز عن الاشهاد الاصح عدم الوجوب \* \* (فرع) \* إذا رفع الامر إلى الحاكم عند غيبة الخصم علي ما تقدم فكيف يدعى قال القاضى حسين في فتاويه يدعى شراء ذلك الشئ من فلان الغائب بثمن معلوم وأنه أقبضه الثمن ثم ظهر العيب وأنه فسخ البيع ويقيم البيعة على ذلك في وجه مسخر ينصبه القاضى ويحلفه القاضى مع البيعة لانه قضاء على الغائب ثم يأخذ المبيع منه ويضعه على يد عدل والثمن يبقى دينا على الغائب فيقبضه القاضى من

## [ 150 ]

ماله فان لم يجد له سوى المبيع باعه لقضاء دينه هكذا قاله القاضى ونقله الرافعى عنه وقوله في الدعوى انه فسخ البيع إنما ذكره القاضى تفريعا على رأيه في أنه لا يؤخر الفسخ حتى يحضر إلى الحاكم بل يفسخ عند الشهود أو وحده وأما على الاصح أنه لا يجب عليه التلفظ بالفسخ إذا لم يوجد الشهود وحضر عند الحاكم على ذلك فإنه ينشئ الفسخ عنده وتكون الدعوى التى تقيم البينة عليها بالشراء وقبض الثمن وظهور العيب فقط وقوله ينصب مسخرا تفريع على رأيه أيضا في الاحتياج إليه في الدعاوى والاصح عند غيره أنه لا يلزم القاضى نصب المسخر وتحليفه بعد البينة على الاصح من المذهب في الدعوى على الغائب وقيل يستحب وقوله يقضيه القاضى من ماله يشمل النقد وغيره وهو في النقد ظاهر وأما غير النقد فيحتمل أن يقال انه مثل البيع فيتخير القاضى في بيع ما شاء منهما ويحتمل أن يقال انه يتعين بيع المبيع لانه أقرب إلى مقصود البائع فان عجز باع من غيره ليكمله قال ابن الرفعة وهو الذى يظهر وليس كما قال لانه ليس للبائع غرض في أخذ الثمن من المبيع دون غيره بل هو وغيره سواء فينبغي أن يحمل كلام القاضى على ذلك ولا يحمل على ماله سوى المبيع لانه لا يتعين في ذلك والله تعالى أعلم \* \* (فرع) \* فأما إذا رفع إلى القاضى في حال حضور الخصم في البلد على ما تقدم أنه مخير أو كان عند الحاكم في مجلس الاطلاع على العيب وقد تقدم أن المعتبر حينئذ المبادرة إلى الحاكم جزما فالظاهر أنه لا فائدة في ذلك إلا اعلام الحاكم بالفسخ وطلب غريمه ليدعى عليه وحينئذ فالافتقار بذلك عند الاشهاد مستمر على الصحيح أن القاضى يقضى بعلمه أما إذا منعنا من القضاة بالعلم فلا يفيد اخبار الحاكم بذلك وحده قبل مجئ الغريم وإذا جاء الغريم لا يمكنه أن يقول انه الان كما اطلع على العيب ليقدم اعترافه عند الحاكم ولا يقبل قوله في قوله الفسخ في ذلك الوقت ولا يمكن الحاكم أن يحكم له به تفريعا على منع الحكم بالعلم فيقف وهذا يحسن أن يكون مأخذ التقديم الاشهاد

[ 151 ]

وأنه لا يرفع إلى الحاكم عند العجز على الاشهاد على ما اقتضاه كلام الوسيط لكن ذلك يقتضى تقديمه على النهوض إلى البائع أيضا وقد عرف بما ذكرته من علم الحاكم بتقدم علمه بالعيب وعدم انتفاعه بعلمه بالفسخ والله أعلم \* \* (فرع) \* الخصم الذى يرد عليه على وجه التعيين أو التخير بينه وبين الحاكم من هو كلام المصنف ساكت عن ذلك وإطلاق كلام الغزالي والرافعى أنه البائع وذلك يقتضى أنه لا فرق بين أن يكون عقد لنفسه أو لغيره قال ابن الرفعة وفى الثانية نظر (إذا قلنا لا عهدة تتعلق بالوكيل وعلى كل حال فله الرد على الموكل (قلت) والكلام في العهدة معروف في موضعه فلذلك حسن الاطلاق ههنا محالا على البيان ثم وقد صرح الرافعى في آخر هذا الباب بأن له الرد على الوكيل وعلى الوصى يعنى إذا باشر الوصى أو الوكيل العقد وقد مر ذلك فيما إذا أوصى إليه ببيع عبده وشراء جارية بثمنه واعتاقها ففعل ثم وجد المشتري عيبا بالعبد قال الوصى ببيع العبد المردود ويدفع الثمن إلى المشتري قال ولو فرض الرد بالعيب على الوكيل فهل للوكيل بيعه ثانيا فيه وجهان (أحدهما) وبه قال أبو حنيفة رحمه الله كالوصى ليتم البيع على وجه لا يرد عليه (وأصحهما) لا لانه امتثل الأمور وهذا ملك جديد فيحتاج إلى إذن جديد وبخالف الابضاء فإنه تولية وتفويض ولو وكله بأن يبيع بشرط الخيار للمشتري (فان قلنا) ملك البائع لم يزل فله بيعه ثانيا (وان قلنا) زال وعاد فهو كالرد بالعبد ثم إذا باعه الوصى ثانيا فان باعه بأقل من الثمن الاول فالنقصان على الوصى أو في

ذمة الموصى فيه وجهان (أصحهما) الاول وبه قال ابن الحداد وعلى هذا لو مات العبد في يده كما رد غرم جميع الثمن ولو باعه بأكثر من الثمن الاول انه لزيادة قيمة أو راعب دفع قدر الثمن للمشتري والباقي للوارث وان لم يكن كذلك فقد بان بطلان البيع الاول للعين ويقع عتق الحاربة عن الوصي إن اشترها في الذمة وان اشترها بغير ثمن العبد لم ينفذ الشراء

## [ 152 ]

ولا الاعناق وعليه شراء حاربة أخرى واعتاقها بهذا الثمن على الموصى هكذا أطلقه الاصحاب ولا بد فيه من تقييد لان بيعه بالعين وتسليمه عن علمه بالحال حكاية ينعزل بها ولا يتمكن من شراء حاربة أخرى هكذا قال الرافعي قال النووي الصورة مفروضة فيمن لم يعلم (وأما) قول ابن الرفعة على كل حال له الرد على الموكل بوجه أن ذلك بلا خلاف وليس كذلك بل الخلاف في العهدة فيهما جميعا فالصحيح مطالبتها جميعا الوكيل والموكل وقيل الوكيل دون الموكل وقيل الموكل دون الوكيل والكلام هنا في المردود عليه فظهر أنه كذلك وقد ذكره في التحالف وذكروا خلافا فيه وفي ولى المحجور عليه إذا باشر العقد فأما الوكيل فلا شك في اتجاه رد الائتلاف هنا كما قلنا من العهدة (وأما) ولى المحجور ففيه الجزم بالرد عليه والا فكيف الخلاص من رفع الجزم بالرد عليه إلى الظلامة وكذلك القاضى ونائبه في مال اليتيم (وأما) الوارث فانه يرد عليه وقد جزم أصحابنا بجريان التحالف معه (وأما) الرد بالعيب هنا فقد ذكر الرافعي ما تقدم وقد ذكر الشيخ أبو حامد وابن الصباغ وصاحب البحر المسألة أيضا وأنه يرد على الوكيل أي جوارزا وهي من المسائل التي فرعها ابن سريج على الجامع الصغير لمحمد ابن الحسن والاصل فيها أن السلعة متى عادت إلى الوكيل بغير اختياره فله ردها على الموكل ومتى عادت إليه باختياره فلا فان ردت عليه بعيب فان كان بعيب لا يحدث مثله فالوكيل يرده على الموكل وان لم يمكن تقدمه على القبض فقبله الوكيل لم يكن له رده على الموكل وان احتمل فان أقام المشتري بينة القول قول الوكيل فان حلف سقط الرد والا ردت على المشتري فان حلف ورد على الوكيل لم يرد على الموكل كما لو صدقه وقال القاضى الطبري إن قلنا رد الثمن بمنزلة البيعة له رده على الموكل قال الرويانى وفيه نظر عندي يعنى لانها لا تتعدى إلى ثالث \* (فرع) \* الاشهاد الواجب أطلقه الرافعي وغيره وقال الغزالي يشهد اثنين قال ابن الرفعة وذلك

## [ 153 ]

على سبيل الاحتياط لان الواحد مع اليمين كاف والامر كما قال \* (فرع) \* تقدم أنه إذا كان الخصم غائبا من البلد يرفع الامر إلى مجلس الحكم والغيبة المذكورة لا شك أنه يكفى فيها مسافة القصر وهل تكفى مسافة العدوى قال ابن الرفعة يشبه أن يكون فيها الخلاف في الاستعداد وقبول شهادة الفرع وكتاب القاضى إلى القاضى والدعاء لاداء الشهادة قال وقد يقال غيبته عن البلد وإن قلت المسافة كالغيبة البعيدة كما ذكر وجه في بعض الصور السالفة لان في تكليف الخروج عنها مشقة لا تليق بما نحن فيه قال وهذا ما يفهم كلام الرافعي الجزم به (قلت) والجزم بذلك هو

الظاهر وإن كان كلام الرافعى لا يقتضيه إلا باطلاق الغيبة فان جزم الاصحاب فيما تقدم بأن عند حضور الحاكم مجلس الاطلاع تجب المبادرة إليه بعد معه أن يكون الحاكم حاضرا في البلد فيجوز تركه والمضى إلى البائع في دون مسافة القصر أو مسافة العدو فينبغي أن يعتبر مطلق الغيبة إلا أن يكون موضع البائع خارج البلد أو أقرب من موضع الحاكم في البلد ففيه نظر \* \* (فرع) \* تقدم من كلام الرافعى أنه مخير بين البائع والحاكم وهذا باطلاقه يقتضى أنه يجد أحدهما ويعدل عنه إلى الآخر لاسيما قول الرافعى انه إن ترك البائع ورفع إلى الحاكم فهو زيادة تأكيد فانه دل على هذا المعنى لكن هذا يردده نصريحهم متى كان الحاكم في مجلس الاطلاع لا يجوز التأخر للبائع وبالعكس فيتعين حمل هذه العبارة على ما سوى هذه الصورة وأنه إنما يجوز له الذهاب إلى الآخر إذا لم يتفق له لقاء الآخر قبله ثم بعد ذلك قد يكون موضع الحاكم والبائع متساويين في القرب والبعد فيظهر التخير وقد يكون أحدهما أقرب من غير أن يمر به بأن يكونا في جهتين فهل نوجب المضى إلى الاقرب منهما أو يكون التخير مستمرا اطلاق كلامهم يدل على الثاني وهذا الفرع هو الذي وعدت به ولاجل ما فيه قلت فيما تقدم انه إذا مر في طريقه بأحدهما لا يعذر في مجاوزته إلى الآخر \*

## [ 154 ]

\* (فرع) \* وروى محمد بن سيرين قال ابتاع عبد الرحمن بن عوف جارية فقيل له إن لها زوجا فأرسل إلى زوجها فقال له طلقها فأبى فجعل له مائتين فأبى فجعل له خمسمائة فأبى فأرسل إلى مولاها أنه قد أبى أن يطلق فاقبلوا جاريتكم تمسك بعض الناس بهذا الاثر والمدعى أنه لا مخالف له من الصحابة وهو محتمل لان يكون عبد الرحمن لا يرى الخيار على الفور أو أنه لا يبطل بمثل هذا التأخير وليس في الاثر أنه رد جبرا فيحتمل أن مالكتها رضى بردها وإن سقط بالتأخير فيكون إقالة وكل منهما مخالف للمذهب \* \* (فرع) \* محل الذى تقدم من وجوب الفور في شراء الاعيان أما الموصوف المقبوض إذا وجد معيبا (فان قلنا) انه يملكه بالرضا فلا شك ان الرد ليس على الفور (وإن قلنا) يملك بالقبض فيجوز أن يقال على الفور والاوجه المنع لانه ليس معقودا عليه قاله الامام ونقله الرافعى عنه في باب الكتابة والله أعلم \* قال المصنف رحمه الله تعالى \* \* (فان كان المبيع دابة فساقها ليردها فركبها في الطريق أو علفها أو سقاها لم يسقط حقه من الرد لانه لم يرض بالعيب ولم يوجد منه أكثر من الركوب والعلف والسقى وذلك حق له إلى أن يرد فلم يمنع الرد \* \* (الشرح) \* الانتفاع بالمبيع قبل العلم بالمبيع إن لزم منه تأخير أو دفع في زمن لو سكت فيه أبطل خياره فلا شك في بطلان الرد لما تقدم في اشتراط المبادرة فينبغي أن يستحضر أن جميع ما ذكره هنا المراد منه أن يكون مع المبادرة في مدة طلب الخصم والقاضى وحينئذ أقول هذا الذى ذكره المصنف رحمه الله في الركوب والعلف والسقى نقل الشيخ أبو حامد والمحاملى في التجريد أن ابن سريج فرعه في جملة مسائل في الرد بالعيب على الجامع الصغير لمحمد بن الحسن وذكره هكذا كما ذكره المصنف رحمه الله حكما وتعليلًا وقال إن الذى يمنع من الرد أمرين حدوث نقص بالمبيع أو ترك

الرد مع القدرة عليه ولم أر هذه المسألة في تعليق أبي الطيب وذلك مما قد يرجح أن المهذب من تعليق أبي حامد وممن وافق المصنف علي هذا الحكم ابن الصباغ في الشامل والجرجاني في الشافي وأختره الروياني في الحلية وقال ابن الصباغ قال أصحابنا كذلك إذا حلبها في طريقه لان اللبن له فإذا استوفاه في حال الرد جاز كمنافعها وهذا تصريح بجواز استيفاء المنافع في حال الرد بالنقل عن الاصحاب وممن وافق على نقل ذلك عن الاصحاب الروياني في البحر ونقل عن والده أنه قال على قياس هذا لو كانت ثيبا فوطنها وهو حامل لها ينبغي أن لا يبطل حق الرد ومراده بأنه حامل لها حتى لا يحصل بالوطني تأخير فلو فرض ذلك في وقت لا يمكن المسير فيه كالليل فالظاهر أنه يضطر وذلك فيه ولذلك اطلق الرافعي الحكاية عنه أنه يجوز وطئ الثيب وصرح الجرجاني مع موافقته المصنف بأنه لا يجوز وطئ الجارية ولا لبس الثوب وهذا هو الصحيح لان ذلك يدل على الرضا وافهم كلام صاحب الشامل أن المبطل للرد الاشتغال بما يدل على الرضا وهذا الذي قاله المصنف وابن الصباغ والروياني وما اقتضاه كلامهم من جواز كل الانتفاعات نقل الرافعي عن الروياني خاصة وذهب هو وكثير من الاصحاب الذين وقفوا على كلامهم إلى خلافه وها أنا أذكر ما ذكره (فأقول) الذي قاله ابن القاص في التلخيص والمفتاح والماوردي والفوراني والقاضي حسين والمتولي والامام الغزالي والبغوي وأبو الحسن بن خيران في اللطيف والخوارزمي في الكافي والرافعي والنوى انه يشترط في الرد بالعيب مع المبادرة إليه ان لا يستعمل المبيع بعد علمه بعيبه فان استعمله وكان رقيقا واستخدمه أو دارا فسكنها بطل حقه من الرد والارش معا لان الاستعمال ينافى الرد واختلفوا فيما إذا كان يسيرا جرت العادة بمنه في غير ملكه كقوله اسقيني أو ناولني الثوب أو اغلق الباب ففي هذا وما جرى مجراه وجه جزم به الماوردي والروياني في البحر أنه لا أثر له ونقله الرافعي عن غير الماوردي أيضا والذي قاله القاضي حسين والامام وقال الرافعي ان الأشهر انه لا فرق وتابعه النووي في الروضة وقال إنه الأصح الأشهر ونقل عن القفال

في شرح التلخيص أنه لو جاء العبد بكوز ماء فأخذ الكوز منه لم يضر لان وضع الكوز في يده كوضعه على الارض فان شرب ورد الكوز إليه فهو استعمال أما إذا كانت دابة فركبها فان ركبها لا للرد بطل حقه وان ركبها للرد أو السقى فان كانت جموحا يعسر سوقها وقودها فهو معذور في الركوب وإن لم تكن جموحا ولكنه ركبها في الطريق وهي مسألة الكتاب ففيه وجهان (أصحهما) على ما ذكره الرافعي والنووي البطلان لانه انتفاع لم تجر العادة به في غير ملكه إلا باذن المالك (والثاني) وهو ما قطع به في الكتاب ونسبه الماوردي إلى ابن سريج وصح ابن أبي عصرون واختاره الروياني في الحلية لا يسقط حقه ويستدل له الماوردي وغيره بأن الركوب أعجل له في الرد وأصلح للدابة من القود قال ولكن لو كان ثوبا فلبسه ليرده لم يجز وكان هذا اللبس مانعا من الرد لان العادة لم تجر به ولانه لا مصلحة للثوب في لبسه وجعل الرافعي هذه المسألة دليلا على الأصح عنده في مسألة الركوب ولكن ما ذكره الماوردي من اعتبار العادة والمصلحة فارق ولو كان لابسا للثوب فاطلع على عيبه في الطريق فتوجه

ليرده لم ينزع فهو معذور لان نزع الثوب في الطريق لا يعتاد قاله الماوردي ونقله الرافعي عنه ولو ركب الدابة للانتفاع فاطلع على عيبها لم يجز استدامة الركوب وإن توجه للرد على ما هو الاصح عند الرافعي ولو كان حمل عليها سرجا أو اكافا ثم اطلع على العيب فتركهما عليها بطل حقه لانه استعمال وانتفاع قاله الرافعي تبعا لصاحب التلخيص قال الرافعي ولولا ذلك لاحتاج إلى حمل أو تحميل أي فتركهما يوفر عليه كلفة الحمل والتحمل فهي انتفاع فيمنع منه قال ابن الرفعة وبشبه أن يكون هذا إذا لم يحصل بنزعه ضرر بالدابة فإذا حصل أو خيف منه كما إذا كانت عرفت وخيف من نزعها أن تهوى فلا يكون نزعها في هذه الحالة تقصيرا إذ هو بعيبها فيكون مانعا من الرد (قلت) وهو كذلك بل يجف بنفسه في هذه الحالة كالنعل إلى أن يجف العرق ويكون نزعها من مصلحتها قال الرافعي ويعذر بترك العذار واللجام لانهما خفيفان لا يعد تعليقهما على الدابة انتفاعا ولان العقود يعسر دونهما

[ 157 ]

وهذا المعنى يقتضى جواز تعليقهما ابتداء في مدة طلب الخصم وهو كذلك ولو أنعلها في الطريق قال أبو حامد إن كانت تمشى بلا نعل بطل حقه والا فلا ولو كان أنعلها ثم اطلع على عيب فنزعه بطل خياره قاله صاحب التلخيص تخريجا وعلله البغوي لان نزعها يعيب الدابة بالنقب الذي يبقى قال فان كانت النقة موجودة عند البائع فانعلها المشتري فالنزع لا يبطل حقه من الرد فتلخص من هذا أن اللجام والعذار والرهن يجوز تركه ونزعه والنعل لا يجوز نزعها إلا في الصورة التي استثناهما البغوي فكاللجام يجوز تركه ونزعه والاكاف لا يجوز تركه فهذا ما ذكره هؤلاء الأئمة رضى الله عنهم ونقل صاحب التتمة عن أبي حنيفة جواز الاستخدام ورد عليه ونقل القاضى حسين وغيره أن الشافعي رحمه الله نص على أنه لو كانت دابة فركبها بطل حق الفسخ وقال أبو العباس إنما أراد به إذا ركبها استعمالا فإذا ركبها ليسقيها ويردها على المالك أو كانت جموحا لا تسير بنفسها لم يبطل حقه من الفسخ وإن كانت ذلولاً لا تحتاج في سيرها إلى الركوب بطل حقه من الفسخ كما لو قصد به الانتفاع بركوبها وهذا النقل عن الشافعي باطلاقه وعن ابن سريج بتفصيله مخالف ما ذكر المصنف رحمه الله من جواز الركوب مخالف لما نقله الماوردي عن ابن سريج فيما تقدم قال ابن الرفعة ولعل عنه وجهان أو أن هذا من تأويله للنص فيكون مذهبا للشافعي رحمه الله عنده وذلك من تخريجه فيما ذكره المصنف حينئذ وجزم مخالف لما قاله هؤلاء الأئمة ومخالف لما نسبوه إلى نص الشافعي ولولا هذا النص الذي نقلوه لكنت أرجح ما ذكره المصنف لموافقة ابن الصباغ والجرجاني له لاسيما نقل ابن الصباغ عن الاصحاح واستدلوا له بأنها لو ولدت في هذه الحالة كان الولد للمشتري لبقاء ملكه ولعل طريقة العراقيين كما قاله المصنف فان القائلين بخلافه أكثرهم من الخراسانيين وأصلهم القاضى حسين والفوراني ولم أر من وافقهم من غيرهم إلا صاحب التلخيص فيه وفي المفتاح وابن خيران الاخير على أن أبا الخيرين جماعة المقدسي شارح المفتاح ذكر فيه أن ركوب الدابة في الطريق لا يبطل حقه

كما ذكره المصنف وبالجمله فالمعول عليه في ذلك كما قاله الامام والغزالي العرف فينبغي أن لا يحكم على شئ من الاستعمالات بقطع الخيار إلا إذا دل دلالة ظاهرة على الرضا كالوطئ ولبس الثوب والقرض على البيع وشبهه أما ما لا يدل عليه أو يتردد فيه فينبغي أن نستلزم معه أصل الخيار ولا نحكم بالرضا بغير ما يدل عليه فان خيار الرد ثبت قطعاً والمبادرة حصلت والذي قارنها من الاستعمالات لا يدل على الرضا لان فرض المسألة كذلك فالحكم بالرضا إذ ذاك يكون حكماً بغير دليل وهذا كله إذا قلنا لا يجب التلفظ بالفسخ حالة الاطلاع على العيب أما إذا أوجبناه لا تأتي المسألة لانه إن تلفظ به لم يجز الاستعمال بعد ذلك بخروجه عن ملكه وان لم يتلفظ به بطل الرد بالتأخير ولما كان القاضي حسين يرى وجوب المبادرة إلى التلفظ بالفسخ لا جرم هو من القائلين بأن الاستعمال والاستخدام يبطل الرد والمبطل عنده في الحقيقة هو التأخير لا خصوص الاستعمال فيجب التنبه لذلك فان القاضي حسين رأس الخراسانيين وقال ذلك على رأيه والصحيح خلافه وان التلفظ بالفسخ غير واجب والملك للمشتري باق في زمن الرد فلا وجه لمنعه من تصرف لا يدل على الرضا وهذا كله في مسألة الركوب ونحوها والقائلون بأن الركوب يبطل يقولون انه لو كان راكباً فاطلع على العيب ينزل على الفور فلو استدام بطل حقه لان استدامة الركوب ركوب (أما) العلف والسقى فلا يضر هكذا جزموا به ولا أظنه يجرى فيه خلاف لان ذلك مصلحة خالصة للدابة لكن تعليل المصنف بأن ذلك حق له إلى أن يردّها يقتضى التفرقة بين ذلك وبين الركوب (وأما) مسألة الحلب فكذلك جزموا بها ونسبها بعض المصنفين إلى بعض الاصحاب ويغى التفصيل فان كان ترك الحلب يضر بها لكثرة اللبن في ضرعها فلا يجرى فيه خلاف كالعلف والسقى فان لم يكن كذلك فهو كالركوب للانتفاع فعلى ما ذكره المصنف ومن وافقه يجوز وعلى ما صحه الرافعى والجمهور يمتنع ونسب الرويانى في البحر جواز الحلب إلى أصحابنا وقيده بأن تكون سائرة فلو وقفها للحالب بطل الرد \*

\* (فرع) \* إذا كان في رد المبيع مؤنة فالمؤنة على المشتري قاله صاحب التتمة وغيره قال لان المبيع مضمون في يده والمال إذا كان مضمون العين كان مضمون الرد (قلت) وهذا ظاهر إذا لم يتلفظ بالفسخ أما إذا تلفظ به حيث أمرناه أما إذا قدر على الشهود على الصحيح وأما وحده على رأى القاضي حسين وبالفسخ خرج عن ملكه وقد صرح الرافعى بأن مؤنة الرد بعد الفسخ على المشتري وصرح هو والمتولي بأنه لو هلك في يده ضمنه وقد يقال ينبغى أن يكون حكمه حكم الامانات الشرعية والعين المستأجرة بعد انقضاء المدة فيجب عليه الرد لكن ليست العين مضمونة عليه وحكم المؤنة في زمن الرد حكمها في العين المستأجرة بعد انقضاء المدة لكن الجواب عن هذا أن أصل هذه اليد الضمان فيستصحب حكمها كالعارية المؤقتة إذا انقضت بخلاف العين المستأجرة فانها كانت أمانة وقد ذكر القاضي حسين في فتاويه جملة من هذه المسائل (منها) إذا فسخ البيع بالعيب أو بخيار الشرط أو الافلاس فمؤنة الرد على المشتري ومؤنة رد المرهون على الراهن والقيم إذا ظهرت خيانتة أو عزل والمال في يده فمؤنة الرد إذا صار مضموناً على القيم وإذا أراد الرد بعد بلوغ الصبي فعلى

الصبي ويرد مسلم الموصى إلى الموصى له على الموصى له ومؤنة رد العين المستأجرة بعد المدة على المالك يعني علي خلاف فيه فالصداق إلى الزوج إذا طلق قبل الدخول أو ارتدت أو فسخ النكاح على الزوج لأنه أمانة في يدها هكذا قال القاضي وهو طريق المراوغة وطريق العراقيين وهي الاصح أنه مضمون عليها (ومنها أيضا) مسألة ابتداء بها القاضي هذه المسائل وهي إذا سلم السيد العبد الجاني واحتيج إلى بيع رقبته في أرش جنابته فمؤنة البيع من أجرة الدلال وغيره على من أجاب يحاص من ثمن العبد الجاني للمجني عليه قدر أرش الجنابة (قلت) فلو كانت الجنابة تستغرق ثمن العبد فلم يتعرض القاضي لها وقد رأيت في شرح المهذب لابي إسحق العراقي فيما إذا كسر مالا يوقف على عيبه إلا بكسره قال إذا احتاج في رده إلى مؤنة (فان قلنا) ليس للمشتري الرد ويرجع بالارش كانت مؤنة رده عليه لأنه ملكه (وان قلنا) له الرد كانت مؤنته على البائع لأنه عاد إلى ملكه وهذا كلام عجيب ولا أدري من أين له والصواب ما تقدم \* (فرع) \* اشترى عبدا فوجد به عيبا فقصده وقال ظننت انى لو فصدته أو حجمته زال عنه

## [ 160 ]

ذلك العيب فقصده فلم يزل قال القاضي حسين في الفتاوى يبطل حقه من الرد لان فصدته رضى منه بالعيب فان أراد التخلص من ظلامته يفسخ أولا ثم يقصد فان هلك فهو من ضمان المشتري بالقيمة (قلت) وفي جواز فصدته بعد الفسخ وهو ليس بملكه اشكال قال جامع الفتاوى انه على هذا عندي إذا فسخ بين يدي البائع أو فسخ واشتغل بطلبه (أما) إذا فسخ مع غيبته والتوانى في رده بطل حقه قال وهو مشكل قلت الاشكال الذى ذكرته في جواز الفصد باق وزاد في هذا الكلام إشكالا آخر وهو أنه بعد الفسخ يبطل حقه بالتوانى والظاهر أنه بعد الفسخ ينتقل الملك عنه ولا يبقى إلا المنازعة فان صدقه البائع أو كانت بينه فلا يضره التوانى وانما تعتبر المبادرة عند من يرى التلفط بالفسخ على الفور لاجل انكار المشتري فليتأمل كل من الكلامين فانه مشكل والله أعلم \* \* قال المصنف رحمه الله تعالى \* \* (وله أن يرد بغير رضى البائع ومن غير حضوره لانه رفع عقد جعل إليه فلا يعتبر فيه رضى صاحبه ولا حضوره كالطلاق) \* \* (الشرح) \* الكلام المتقدم فيما يحصل به المبادرة وأما الفسخ فانه يجوز للمشتري ولو في حضور البائع وفي غيبته مع رضاه ومع عدمه ولا يفتقر إليه ولا إلى الحاكم وسواء كان قبل القبض فيجوز أن يفسخه بحضوره البائع ولا يجوز في غيبته وإن كان بعد القبض فلا يجوز إلا بحضوره ورضاه أو بحكم الحاكم وهكذا قال أبو حنيفة في خيار الشرط انه لا يجوز لاحدهما الفسخ إلا بحضوره صاحبه لكنه لم يشترط هناك رضاه فالمسائل ثلاثة عند أبى حنيفة رحمه الله خيار الشرط يشترط فيه الحضور لا الرضى والرد بالعيب مثل القبض كذلك يشترط فيه الحضور لا الرضى وبعد القبض يشترط فيه الرضا أو حكم الحاكم ودليلنا في خيار الشرط اطلاق حديث حبان بن منقذ وفي خيار العيب قبل القبض قال القاضي

## [ 161 ]

أبو الطيب النكتة فيها أن من لا يعتبر رضاه في رفع العقد لا يعتبر حضوره كالمراة في الطلاق وأما بعد القبض فلانه رد مستحق بالعيب فلا يعتبر فيه رضا البائع كما قبل القبض وقول المصنف رحمه الله لا يعتبر فيه رضى صاحبه اشارة إلى ما بعد القبض (وقوله) ولا حضوره اشارة إلى ما قبل القبض تنبيها على محل الخلاف في الموضوعين وقد قابل في النكت لفظ الرفع بالقطع وهو أحسن من جهة أن الطلاق قاطع لا رافع وما ذكره هنا أحسن من جهة أن الخصم لا يسلم أن الرد قطع بل هو رفع لاسيما على قوله وقول عندنا أنه يرفع للعقد من أصله وقاس في النكت على الموصى له أيضا وقوله جعل إليه احترازا من الاقالة فانها اليهما لا ينفرد بها أحدهما ولا يرد اللعان حيث يعتبر فيه حضور المرأة رضى للقاضى مع أن الفرقة تترتب على لعان الزوج وحده وهى فرقة فسخ عندنا لان الفرقة حكم شرعى رتبته الشرع على لعانه بغير اختياره فلا يندرج في قوله رفع لان الرفع الشرع لا هو وفى الرد بالعيب هو الفاسخ باختياره وقصده الرفع واستدل أصحابنا أيضا بالقياس على الرجعة والوديعه فانها تنفسخ في غيبة المودع حتى إذا علم به وجب عليه الرد وان كان لا يضمن حتى يتمكن ويجب عليه طلب صاحبها ليسلمها إليه أو الحاكم فان لم يفعل وهلك في يده ضمنها واعلم أن قول المصنف جعل إليه ظاهر فيما قبل القبض لان أبا حنيفة رضى الله عنه لا يشترط فيه رضى البائع (وأما) بعد القبض فقد يقال انه باشتراط رضاه يمنع أن الرفع حينئذ جعل للمشتري لتوقفه على رضا البائع مندفع عن المصنف لانه يعني بقوله جعل إليه أنه صادر منه وحده بخلاف الاقالة الصادرة منهما ومع ذلك يصح الاحتراز وان اشترط الخصم فيه شرطا آخر واستدل الحنفية بأنه رفع عقد بعيب فلا ينفرد به كالرد بالعنة وأجلب أصحابنا بأن ذلك يفتقر إلى إقرار الزوج بالعجز والى حكم الحاكم لانه يختلف فيه بخلاف هذا ووافقنا أبو حنيفة فيما إذا كان خيار الشرط لاحدهما على جواز انفراده بالفسخ وانما خالف فيما إذا كان الخيار لهما هكذا نقله القاضى حسين وعلى هذا يلزمه فان الرد بالعيب ثابت لاحدهما والله أعلم \*

[ 162 ]

\* قال المصنف رحمه الله تعالى \* \* (فان اشترى ثوبا بجارية فوجد بالثوب عيبا فوطئ الجارية ففيه وجهان (أحدهما) ينفسخ البيع كما ينفسخ البيع في مدة خيار الشرط بالوطئ (والثانى لا ينفسخ لان الملك قد استقر للمشتري فلا يجوز فسخه إلا بالقول) \* \* \* (الشرح) \* هذه المسألة ذكرها القاضى أبو الطيب في باب خيار المتبايعين وبنى الوجهين فيها على الوجيز في مسألة ذكرها هو والشيخ أبو حامد وهى ما إذا اشترى جارية بثمن ثم أفلس وثبت للبائع حق الفسخ فيها فوطئها هل يكون فسخا فيه وجهان (أحدهما) نعم كالوطئ في زمان الخيار فانه إذا صدر من البائع والخيار له أولهما كان فسخا على الصحيح المنصوص الذى قاله المحاملي في التجريد أنه لا خلاف فيه وقال القاضى أبو الطيب على جميع الاقاويل والجامع بينهما أنه رد للملك وفسخ للبيع والملك يحصل بالقول والفعل ولا فرق في الوطئ في زمان الخيار بين خيار المجلس وخيار الشرط وانما قيد المصنف بخيار الشرط لانه في مدة خيار المجلس قد يقال ان تحريم العقد باق والعقد أضعف وذلك أبعين رأس المال والغرض في الصرف في خيار المجلس كالمعين في العقد ولاجله قال بعض الاصحاب ان الحط والزيادة يلحقان في المجلس دون خيار الشرط وان كان الاصح للقوق فيهما فإذا كان الانفساخ بالوطئ في خيار الشرط ففي المجلس أولى

فلذلك خصه المصنف بالذكر لانه أقرب إلى خيار الرد الطارئ بعد تحريم العقد لكن لك أن تقول ان هذا القياس إنما يتم عند القائلين بأن الملك في زمان الخيار للمشتري وهو الصحيح عند الشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيب والامام (أما) إذا قلنا بأن الخيار للبائع أو موقوف فيظهر الفرق بينه وبين المبيع المعيب فانه ملك المشتري (والوجه الثاني) لا يفسخ بالوطئ والفرق بينه وبين المبيع في زمان الخيار حيث نقول يفسخ بالوطئ وان انتقل للمشتري ان الملك في زمان الخيار ضعيف والملك في المعيب قد استقر بدليل أنه يجوز له التصرف فيه فكان أقوى من الملك في زمان الخيار فلذلك يشترط فيه القول وهذا معني ما ذكره المصنف وههنا

[ 163 ]

أمور (أحدها) ان هذا إنما يحتاج إليه إذا قلنا بالملك في زمن الخيار للمشتري وقد تقدم التنبيه على ذلك (الثاني) ما الاصح من هذين الوجهين فاعلم أن الشافعي رحمه الله القائل بأن الاشبه ان من كان الخيار له فالملك له وان كان لهما فموقوف يقتضى أن نقول هنا بأن الاصح الوجه الثاني عدم الانفساخ لان القياس على زمان الخيار إذا كان الخيار لهما أو للبائع لا يحسن لان الملك عنده لم يحكم بزواله فلم يشبه المعيب وإذا كان الخيار للمشتري لا يمكن القول بأن وطئ البائع فسخ فانه إذا لم يملك الفسخ بالقول فعدم ملكه بالفعل أولى فعلى مقتضى كلام الرافعي ينبغي أن يكون الاصح هنا عدم الانفساخ وعلى ما صححه الشيخ أبو حامد وموافقوه من انتقال الملك بنفس العقد فقد ظهر الفرق بما ذكره المصنف رحمه الله فليكن الاصح أيضا عدم الانفساخ (الثالث) قول المصنف الملك قد استقر للمشتري والمشتري في كلامه مشتري الثوب فيكون المعنى أن ملك الثوب قد استقر له فلا يجوز فسحه بوطئ الجارية التي هي ثمن عنه وكذلك يقتضيه كلام القاضي أبي الطيب لكنه قال في مسألة الفليس التي بني عليها لان ملك المشتري قد استقر على الجارية وهذا يناسب أن يقول هنا لان البائع استقر على الجارية لان الراجع في الفليس هو البائع والراجع في العيب هو المشتري ولا شك أن تملك كل من البائع والمشتري مستقر وكل من المأخذين صحيح ويظهر أن يقال ان مشتري الثوب إذا اطلع على عيبه فحقه في رده وفسخ البيع فيه ويترتب على ذلك انفساخه في مقابله فالذي يرد عليه الفسخ هو الثوب لا الجارية وكان التعليل باستقرار الملك فيه أولى وبذلك يظهر افتراق هذه مع المبيع في زمان الخيار وفي هذا المأخذ أيضا لان الفسخ هناك وارد على الجارية الموطوءة بغير واسطة وههنا بواسطة رد الثوب (الرابع) أن الوطئ حرام على المذهب (وان قلنا) يحصل به الفسخ (الخامس) قال أبو على الفارقي في هذا انا قصدنا بالوطئ الفسخ ولا يجب عليه المهر لانه وطئ في ملكه فان لم يقصد به الفسخ لم يكن فسحا قولاً واحداً ويجب المهر ولا حد عليه ونظير ذلك وطئ الوالد الجارية المرهونة وان وطئها بقصد الاسترجاع فعلى الوجهين وان لم يقصد كان الوطئ محرماً ويلزمه المهر ولا حد للشبهة (السادس) في

[ 164 ]

جملة من نظائر هذه المسألة مما يجعل الفعل فيه كالقول في مسألة الجارية المرهونة وقد تقدمت ومنها التقليد والاشعار هل يجعل كقوله جعلته هدبا فيه خلاف ومنها لو ليد المحرم رأسه وعقصة وهذا لا يفعله إلا العازم على الحلق فهل ينزل الحلق على قولين (الجديد) لا (وأما) المعاطاة ونحوها فذلك لقربنة لا للفعل \* \* قال المصنف رحمه الله تعالى \* \* (فان زال العيب قبل الرد ففيه وجهان بناء على القولين في الامة إذا أعتقت تحت عبد ثم أعتق العبد قبل أن تختار الامة الفسخ (أحدهما) يسقط الخيار لان الخيار ثبت لدفع الضرر وقد زال الضرر (والثاني) لا يسقط لان الخيار ثبت بوجود العيب فلا يسقط من غير رضاه) \* \* (الشرح) \* الوجهان مشهوران حكاهما جماعة من الاصحاب والرافعي حكاهما أيضا في باب التصرية كما تقدم عند استمرار لبن المصراة على كثرته ولكنه في هذا المكان جزم بسقوط الخيار تبعا لصاحب التهذيب وقال ان مهما زال العيب قبل العلم أو بعده وقبل الرد سقط حقه من الرد وهما طريقان في المذهب حكاهما القاضي حسين (احدهما) حكاية الوجهين بناء على القولين (والثانية) القمط بسقوط الخيار قال وهذا المذهب والفرق بينه وبين خيار العتق على أحد القولين ان خيار العتق لا يبطل بالتأخير على قول فلم يبطل بارتفاع السبب المثبت له بخلاف خيار العيب فلما اختلف الخياران في الاصل اختلفا في الصفة والبقاء بعد ارتفاع السبب وقال ابن الرفعة ان هذا الفرق لا غناء فيه والامر كما قال وبالجملة الصحيح السقوط وكذلك هو الصحيح من القولين في الامة ويحتمل ان يقال بعدم السقوط هنا وان قيل في الامة لان خيارها مقيد بما ينالها من الضرر بالاقامة يجب الفرق وقد زالت العلة وخيار المشتري معلل بغير البائع له وانه بذل ذلك الثمن في مقابلة ما طنه سليما واخلف وزوال العيب في يد المشتري معه حاصلة له ولكني لم أر من قال بهذه الطريقة والامام في كتاب النكاح ضعف الوجه في المسئلتين جدا وصحح السقوط في المسئلتين وقال ان الخلاف فيهما يبنى على قاعدة ذكرها في الشفعة أن الشفيع إذا لم يشعر بها حتى باع ملكه الذي استحق الشفعة به وإنما ذكر الامام هذا لانه

[ 165 ]

حكي الخلاف في الشفعة قولين والاكثرون حكوهما وجهين فالوجه أن تكون ممسألة العيب وممسألة الشفعة كلتاهما مبنيين على مسألة الامة والاصح في المسائل الثلاث السقوط وممسألة الشفعة وخيار الامة من واد واحد وبينهما وبين مسألة العيب ما ذكرته في الاحتمال المتقدم الذي لم يذكره أحد من الاصحاب فيما علمت وإن كان المعنى الملاحظ فيه موجودا في كلا منهما وأكثر المصنفين يحكون الخلاف في مسألة الكتاب وجهين إلا صاحب البحر فانه قال لو زال العيب سقط الرد وقيل فيه قولان منصوصان وكلام المصنف باطلاقه يقتضى أنه لا فرق بين أن يكون زوال المعيب قبل العلم به أو بعد العلم به وقبل الرد بأن يكون في مدة طلب الخصم والقاضي والامر كذلك بلا نزاع وبه صرح الاصحاب ويقتضى أنه لا فرق بين أن يكون قبل القبض أو بعده وقد يقال الزائد قبل القبض أولي بالسقوط من الزائد بعده وكلام أبي سعيد الهروي في الاشراف جازم بأنه لا يرد لكنه أطلق فيما يوجد في يد البائع ولم ينص على أنه بعد البيع وقد صرح الامام بحريان الخلاف فيه فيقي كلام المصنف رحمه الله على اطلاقه ذكر الامام ذلك في كتاب التغليف \* \* (فرع) \* اشترى جارية سميئة فهزلت قبل القبض ثم سمتت فردها هل للمشتري الفسخ فيه وجهان بناء

على ما لو عصب شاة سمينه فهزلت ثم ردها هل يجب ضمان الثمن الاول  
أو يتخير بالتاني (إن قلنا) يتخير ولا يفسخ والا فله الفسخ قاله صاحب  
التهذيب وذلك بناء منه على الطريقة القاطعة بان زوال العيب يمنع من  
الرد أما على الوجه من الطريقة الاخرى فانه يفسخ ولو قلنا يتخير فيكون  
الترتيب هكذا (إن قلنا) لا ينجر الثمن الاول بالتاني فسخ والا فوجهان  
(أصحهما) لا \* \* (فرع) \* لو زال العيب القديم قبل العلم به ولكن حدث عيب  
مانع من الرد فعلى الاصح لا أرش وعلى الوجه الآخر ينبغي أن يثبت له  
الارش عن العيب القديم واليه صار ابن الرفعة وجزم الرافعي بعدم الارش  
وذلك مستمر على جزمه في هذا الباب بسقوط الخيار أما على طريقة  
الوجهين فيتعين جريانها هنا وسيأتى إن شاء الله الكلام في زوال العيب  
بعد أخذ أرشه في آخر الفصل الثاني لهذا \*

[ 166 ]

\* قال المصنف رحمه الله تعالى \* \* (وإن قال البائع أنا أزيل العيب مثل أن  
يبيع أرضا فيها حجارة مدفونة يضرب تركها بالأرض فقال البائع أنا أقلع ذلك  
في مدة لا أجرة لمثلها سقط حق المشتري من الرد لان ضرر العيب يزول  
من غير إضرار) \* \* \* (الشرح) \* صورة المسألة أن يضرب تركها ولا يضرب قلعتها  
وقد تقدم الكلام فيها في باب بيع الاصول والثمار وظاهر كلام المصنف  
هنا أن الخيار ثبت ويسقط بقول البائع ذلك والذي تقدم هناك وذكره  
الرافعي وغيره أنه يؤمر البائع بالقلع والنقل ولا خيار للمشتري والصواب  
ما قاله المصنف رحمه الله هنا وأنه يثبت الخيار ثم يسقط وكلامهم هنا  
محمول على هذا ألا ترى أن الرافعي وغيره قاسوا ذلك على ما لو اشترى  
دارا يلحق سقفها خلل يسير يمكن تداركه في الحال أو كانت منسدة  
البالوعة فقال البائع أنا أصلحه وأبيعها لا خيار للمشتري فهذا الكلام ناطق  
بأن عدم الخيار مرتب على قول البائع ويظهر أثر هذا فيما لو بادر  
المشتري وفسخ قبل أن يقول البائع ذلك فعلى ما قلته ينفذ فسخه ولا  
عبرة بقول البائع بعد ذلك واطلاق المصنف والرافعي وغيرهما أيضا  
السقوط بقول البائع أنا أقلع ينبغي أن يكون محمولا على ما إذا قلع أما إذا  
اقتصر على القول فسقوط الخيار به غير متجه لبقاء العيب والعبارة  
المحررة ما ذكره في كتاب الاجارة ويقتضيه كلام الامام هنا أيضا ان  
الخيار ثابت إلا إذا بادر المكترى إلى الاصلاح هذا كان اشتمال الارض على  
الحجارة المذكورة منقصا لها وهو ما يقتضيه ذكرهم لذلك في العيوب فان  
فرض أن الحجارة المذكورة لقرب زمان نقلها لا يعد اشتمال الارض عليها  
عبا صح اطلاقه أنه لا خيار ويلزم البائع بنقلها ولكن ذلك خلاف المفروض  
وأيضا لا يبقى حينئذ بقول البائع أنا أقلع أثر لانه يلزم به ولا خيار للمشتري  
قبله ولا بعده فالصواب ما يوافق عباراتهم في الاجارة فان الخيار ثابت إلا  
إذا بادر البائع إلى القلع في مدة لا أجرة لمثلها وحينئذ تكون العلة أن ضرر  
العيب زال وأما تعليل المصنف بأنه يزول فيناسب عدم ثبوت الخيار أصلا  
وهو لم يقل به ولا ينحى عن ذلك إلا أن يقال ان بقاء الاحجار مع امتناع  
البائع من قلعتها عيب وبدون امتناعه ليس

[ 167 ]

بعيب وهو بعيد إذ يقال ان اشغال الارض بالحجارة مانع من كمال صفة القبض فيها كما تقدم وذلك عن بعض الاصحاب فامتناع الحجارة مع امتناع البائع من قلعه كالعيب الحادث قبل القبض ولم يذهب أحد هنا إلى ثبوت الخيار مع مبادرة البائع إلى القلع أخذاً من أن وجود الاحجار في الارض عيب وزوالها بقول البائع أو بفعله كزوال العيب قبل الرد وفيه وجه كما تقدم وكان الفرق ضعيف الخيار ههنا لكون البائع مسلطاً على اسقاطه أو لانه زال قبل كمال القبض وليس كالعيب الزائل بعد القبض أو لان هذا الزوال بفعل البائع ففيه استدراك للطلامة بخلاف الزوال بنفسه وبعد أن كتبت ذلك رأيت ابن معن أورده على المصنف رحمه الله وزعم أنه تناقض بين ما ذكره هنا وفي الاجارة من سقوط الخيار وبين ما تقدم من حكايته الوجهين في زوال العيب قبل الرد وادعى الاولوية في طرد الوجهين هنا وكذلك ابن الردي قال أرى أن تكون المسألة الثانية كالمسألة الاولى على وجهين بل أولى لانه إذا كان بعد رد العيب وجهان فمع بقائه أولى وما ذكرته جواب عنه وليس المصنف مختصاً بذلك وقوله لا أجرة لمثلها قيد لا بد منه ليتحقق عدم الاضرار ولو كانت الحجارة يضر قلعه أو قلعه وتركها فقد تقدم الكلام في ذلك فيما لا يضر في باب بيع الاصول والثمار وقوله مدفونة يحترز عن المخلوقة وقد تقدم حكمها ومن الواضحات ان فرض المسألة في حالة جهل المشتري بالحجارة \* \* قال المصنف رحمه الله تعالى \* \* (وان قال البائع أمسك المبيع وأنا أعطيك أرش العيب لم يجبر المشتري على قبوله لانه لم يرض إلا بمبيع سليم بجميع الثمن فلم يجبر على امسك معيب ببعض الثمن وإن قال المشتري أعطني الارش لامسك المبيع لم يجبر البائع على دفع الارش لانه لم يبذل المبيع إلا بجميع الثمن فلم يجبر علي تسليمه ببعض الثمن) \* \* \* (الشرح) \* المسألتان واضحتان والاصل أن كل من وجب له شئ ليس له المطالبة بغيره ولا يجب عليه الانتقال إلى غيره وخرج عن هذا القصاص إذا عفا عنه يجب المال وان كان الواجب القود عينا وعن أحمد أن للمشتري أخذ الارش \*

[ 168 ]

\* قال المصنف رحمه الله تعالى \* \* (فان تراضيا على دفع الارش لاسقاط الخيار ففيه وجهان (أحدهما) يجوز وهو قول أبي العباس لان خيار الرد يجوز أن يسقط إلى المال وهو إذا حدث عند المشتري عيب فجاز إسقاطه إلى المال بالتراضى كالخيار في القصاص (والثاني) لا يجوز وهو المذهب لانه خيار فسح فلم يجز إسقاطه بمال كخيار الشرط وخيار الشفعة فان تراضيا علي ذلك (وقلنا) انه لا يجوز فهل يسقط خياره فيه وجهان (أحدهما) انه يسقط لانه رضى بامسك العين مع العيب (والثاني) لا يسقط وهو المذهب لانه رضى باسقاط الخيار بعوض ولم يسلم له العوض فبقى الخيار) \* \* \* (الشرح) \* الوجهان في جواز التراضى على إسقاط الخيار إلى بدل سواء كان ذلك البديل جزءاً من الثمن أم غيره انفقت الطرق على حكايتها والجواب منسوب إلى أبي العباس ابن سريج وعنه أنه حكاه عن القديم وبه قال أبو حنيفة ومالك والمنع قال القاضي حسين انه المنصوص وقال الامام انه ظاهر النص والمصنف في قوله انه المذهب تابع للشيخ أبي حامد وقال القاضي أبو الطيب انه ظاهر المذهب والماوردي وهو الذي صححه البغوي والرافعي وغيرهما وفيه نظر فانهم قاسوه على خيار الشرط والشفعة والفرق بينه وبين خيار الشرط والشفعة أن ههنا يأخذ الارش في مقابلة ما فات من المال ويسقط إلى مال كما قال المصنف رحمه الله تعالى فهذان معنيان ليسا في خيار الشفعة والشرط والمعني

الاول أحسن وصورة المسألة إذا لم يكن مانع من الرد ولا تأخر مسقط أما بأن يجهلا فورية الخيار أو يكون في خيار المصراة على القول بامتداده أو أن التشاغل بالاتفاق على الارش لا يعد إعراضا عن الرد ونظر القاضي حسين وغيره هذه المسألة بحق الشفعة لا تصح المصالحة عنه على أصح الوجهين خلافا لابي إسحق المرورزي وقد عرفت ما فيه قال القاضي حسين وقال أبو إسحق ثلاث مسائل أخالف فيها أصحابي حد القذف وحق الشفعة ومقاعد الاسواق أجوز الصلح عنها ومنعها سائر الاصحاب لانها ليست بمال وانما يصح الاعتياض عما هو مال فأما إذا كان حقا مجردا

[ 169 ]

فلا انتهى \* وقد عرفت أن جواز المصالحة هنا أولى من جوازها في المسائل الثلاث للفرق المذكور ولذلك ابن سريج لم ينقل عنه موافقة أبي إسحق إذا خالف في المسائل الثلاث يخالف في حق الرد بالعيب فانه لا فرق بينهما أو للرد بالعيب أولى كما قدم واكتفوا بنسبة الخلاف هنا إلى ابن سريج (وانما) قلت أن المصالحة هنا أولى بالصحة من المسائل الثلاث لما أشار إليه المصنف من أن خيار الرد يجوز أن يسقط إلى المال في حال ولا كذلك الحقوق الثلاثة ولأن الارش مأخوذ في مقابلة حال نائب ولا جرم (قال) القاضي أبو الطيب هنا أنه لا يصح المصالحة عن الشفعة قولا واحدا ولم يحك خلاف أبي اسحاق مع حكايته للخلاف هنا وهو مقتضى كلام المصنف رحمه الله هنا فانه جعل الشفعة أصلا مقيسا وقول المصنف في تعليل الثاني خيار فسخ يحترز بالفسخ عن القصاص والوصف حاصل في الاصل وهو خيار الشرط والشفعة فان فيهما فسخ البيع وإبطال حق المشتري للتنقص لكن هذا القياس لا يكفي بدون إلغاء الفرق المتقدم والاصحاب يقولون الارض جزء من الثمن في مقابلة الجزء الثابت كما سيأتي ومقتضى ذلك أن يجوز والمصالحة عنه كما قال ابن سريج فانه ليس في مقابلة حق مجرد ولا سلطة الرد ولذلك اتفقوا على جوازه عند حدوث عيب جديد \* \* (التفريع) \* وهو مذكور في الكتاب (إن قلنا) بالصحيح وهو أنه لا يجوز فتراضيا على ذلك فان كان المشتري عالما ببطلان المصالحة بطل حقه قطعاً وإن ظن صحتها وعليه يحمل كلام المصنف (فوجهان) وحكماهما الامام عن نقل العراقيين وتعليقهما ما ذكره المصنف والمذهب عدم السقوط كما قال (وممن) صححه القاضي أبو الطيب وابن الصباغ والقاضي حسين والبعوي والرافعي ومن التفريع أيضا إنا (إن قلنا) بجواز المصالحة سقط الخيار ويثبت الارش أو ما اتفقا عليه على البائع وإلا فلا فان كان أخذه وجب عليه رده ولو صالح عن العيب على مال وجوزنا فزال العيب لا يجب رد

[ 170 ]

المال لانه أخذ علي جهة المعاوضة قاله البعوي لا فرق في جواز المصالحة بين أن يكون الثمن ذهباً فيصطلحان على ذهب أو فضة أو حالا أو مؤجلاً قاله الجوزي \* \* (فائدة) \* الارش في اللغة. أصله الهرش أبدلت الهاء همزة وأرش الجراحة ديتها وذلك لما يكون فيه من المنازعة وأرشت الجرب والنار إذا أورتتهما والنار من بين القوم الافساد بينهم (وأما) في الشرع

فقال بعضهم هو عبارة عن الشئ المقدر الذي يحصل به الجبر عن الفاتئ (وقال) الرافعى هو جزء من الثمن نسبته إليه نسبة ما ينقص العيب من قيمة المبيع لو كان سليما إلى تمام القيمة \* \* (فرع) \* لنا صورة يرضى المشتري فيها بالعيب ولا يكون له مانع من الرد إذا أطلع على ذلك في مرض موته ولا تنقطع مطالبة الورثة عن البائع على أحد الوجهين وسنذكر عند الكلام في الارش \* \* قال المصنف رحمه الله تعالى \* \* (وإن أراد أن يرد بعضه لم يجز لان على البائع ضررا في تبعض الصفقة عليه فلم يجز من غير رضاه وإن اشترى عبيدين فوجد بأحدهما عيبا فهل له أن يفرده بالرد فيه قولان (أحدهما) لا يجوز لانه تبعض صفقة على البائع فلم يجز من غير رضاه (والثانى) يجوز لان العيب اختص بأحدهما فجاز أن يفرده بالرد \* \* وإن ابتاع اثنان عبدا فأراد أحدهما أن يمسه حصته وأراد الآخر أن يرد حصته جاز لان البائع فرق الملك في الايجاب لهما فجاز أن يرد علة أحدهما دون الآخر كما لو باع منهما في صفقتين) \* \* (الشرح) \* هذه ثلاث مسائل الاولى إذا كان المبيع عينا واحدة في صفقة واحدة فان كانت كلها باقية في ملك المشتري فليس له أن يرد بعضها بغير رضا البائع لمعنيين (أحدهما) تفريق الصفقة (والثانى) أن الشركة عيب فإذا رد النصف كان معيبا ولا يجوز رد العين إذا حدث فيها

[ 171 ]

عيب والمنع في هذه الحالة لا يكاد يعرف فيه خلاف وصرح القاضى حسين أنه لا خلاف فيه (قال) الامام ورأيت لصاحب التقريب طرد القولين فيه وهو خطأ غير بعيد وهذا الخلاف نقله القاضى حسين عن صاحبه فيما إذا باع النصف ومع ذلك غلطه وإن كان قد باع بعض العين لغير البائع فكذلك عند الجمهور (وقال) الماوردى إن جوزنا تفريق الصفقة فله رد ما بقى واسترجاع حصته والتوقف حتى ينظر ما يؤول إليه حاله وحكى ذلك عن نقل الشيخ أبى على وحكاه القاضى حسين عن صاحبه كما تقدم وغلطه ولم يطرد الماوردى هذا في حال بقاء الجميع في ملكه بل جزم بالمنع (فان قلنا) بجواز الرد فذاك ويسترجع قسطه من الثمن بلا خلاف (قال) الامام إذ لو قلنا يسترجع الجميع وباقى المبيع في يده فكان مضيا إلى إثبات شئ من المبيع في يد المشتري من غير مقابل وأورد ابن الرفعة أنه لم لا يقال يبقى الباقي بجميع الثمن ولا يسترجع شيئا ويكون المردود كالتالف قبل القبض ويكون فائدة الرد التخلص عن عهدة المبيع كما قاله القاضى حسين فيما إذا أبرأ من الثمن قلت فالقاضى حسين وافق الامام على ما قال وعلل بعدم الفائدة في الرد لو قلنا يمسه الجميع والله أعلم (وإن قلنا) بالصحيح المشهور الذي جزم به المصنف أنه لا يجوز له الرد ففى حالة بقاءه كله في ملكه لا أرش له لانه متمكن من رد الجميع وفى حالة خروجه عن ملكه إن كان بالمبيع فقد حكى الماوردى عنه في وجوب الارش وجهين مبنيين على التعليلين فيما إذا باع الجميع (أصحهما) الوجوب وسنذكرهما في كلام المصنف في بيع الجميع بعد ثلاث فصول إن شاء الله تعالى وفيما إذا خرج بغير المبيع بالتوقف رجع بالارش وبالعق لا يمكن لانه يسرى إلى الباقي وباللهبة على ما سنذكره في كلام المصنف في خروج الجمع فان على القول بامتناع الرد في النقص والعجز عن رد الجميع يكون الكلام في الارش كالللام في تعذر الرد في الجميع حرفا بحرف والصحيح فيما إذا خرج بعضه بالبيع هنا أنه لا رد ولا أرش (قال) الشافعى رحمه الله في المختصر ولو كان باعها أو بعضها ثم عليه بالعيب لم يكن له أن يرجع على البائع بشئ ولا من

قيمته من العيب (وقال) في الام في اختلاف العراقيين في باب الاختلاف في العيب وإذا اشترى الرجل من الرجل الجارية أو الثوب أو السلعة فباع نصفها من رجل ثم طهر منها على عيب دله له البائع لم يكن له أن يرد النصف بحصته من الثمن على البائع ولا يرجع عليه بشئ من نقص العيب من أصل الثمن وذكر الشافعي رحمه الله كلاما أكثر من ذلك سأذكره عند بيع الجميع فان فيه إشارة إلى أن العلة كونه لم يأنس من الرد وهناك أذكره إن شاء الله تعالى وكلام المصنف رحمه الله يقتضى أنه إذا رضى البائع جاز ولنا في أفراد إحدى العينين بالرد برضاء البائع وجهان (أصحهما) الجواز فليكن ما اقتضاه كلام المصنف رحمه الله جاريا على الاصح (إذا قلنا) بذلك فلو بذل المشتري أرش نقصان النقيض هل يجبر البائع عليه يحتمل أن يأتي فيه الخلاف فيما إذا طلب أحدهما الرد مع أرش العيب وطلب الآخر الامساك وغرامة الأرش (فان قلنا) يجاب المشتري أجبنه وأجبرنا البائع ومن ذلك يأتي في المسألة أوجه (أصحها) امتناع الرد إلا برضاء البائع (والثاني) الامتناع مطلقا (والثالث) الجواز مع أرش التبعض (والرابع) من غير أرش وهو ما يقتضيه كلام صاحب التقريب والماوردي والوجهان بعيدان والاكثر على القطع بخلافهما وقد أطلق أكثر الاصحاب هذا الحكم والخلاف في جواز التبعض ولم يفرقوا بين المنقوم والمثلى ولا شك أن ما ذكره يظهر في المنقوم للمعنيين المذكورين (أما المثلى فالحنطة ونحوها إذا اشترى صبرة حنطة فوجد بها عيبا فأراد رد بعضها قال صاحب التتمة (ان قلنا) في العبدین يجوز فيها هنا كذلك وإلا فوجهان والفرق أن رد البعض لا يؤدي إلى تجهيل الثمن قلت وينبغي بناؤهما على خلاف سيأتي أن المانع الضرر أو اتحاد الصفقة (ان قلنا) بالاول جاز لانه لا ضرر (وان قلنا) بالثاني فالصفقة متحدة فينبى على أنه هل يجوز تفريق الصفقة أو لا فعلى (الاول) يجوز وعلى (الثاني) بمتنع ولا يضر كون التفريق هنا اختياريا لكونه لا ضرر فيه وقد رأيت المسألة منصوصا عليها في البويطى في آخر باب الصرف قال ومن اشترى من رجل متاعا جملة ما لا يكال ولا يوزن فوجد ببعضه عيبا يرده جميعا أو يأخذه جميعا وان كان مما يكال ويوزن

فهو مخير ان شاء أخذ الجيد بحصته ورد ما بقى وهذا صريح في الجواز ودال على أن المراعى الضرر ولو باع المشتري للمشتري بعض العين الواحدة من البائع ثم وجد بالباقي عيبا (قال) القاضى حسين فالمذهب أن له الرد إذ ليس فيه تبعض الملك على البائع وقيل لا يرده (قلت) وينبغي بناء ذلك على أن المانع الضرر أو اتحاد الصفقة (ان قلنا) بالاول فله الرد (وان قلنا) بالثاني فتخرج على التفريق كما تقدم وسيأتى حكمه في كلام المصنف في بقية هذا الفصل ان شاء الله تعالى \* (فرع) \* لو مات المشتري في هذه الصورة وخلف وارثين فهل لاحدهما رد نصيبه فيه ثلاثة أوجه (أحدها) ليس له الانفراد لاتحاد الصفقة وهو قول ابن الحداد (والاصح) عند الرافعى واستدلوا له بأنه لو سلم أحد الابنين نصف الثمن لم يلزم البائع تسليم النصف إليه فعلى هذا هل يجب له الارش فيه ثلاثة أوجه

(ثالثها) أن أيس على الرد رجع والا فلا وهو الاصح عند القاضي حسين وقد ذكر الرافعي هذه المسألة عندما إذا اشترى وكيل عن رجلين وسأذكر ما قاله هناك ان شاء الله تعالى (والثاني) يجوز أن ينفرد برد نصيبه لانه جميع ماله حكاه الرافعي (والثالث) أن البائع مخير بين أن يأخذ نصف المبيع ويعطى نصف الثمن وبين أن يعطى نصف الارش ويخير الذي يريد الرد على اسقاط حقه قاله الماوردي وحكاه العمراني أن أبا الطيب ذكره عن ابن الحداد في شرح المولدات \* \* (المسألة الثانية) \* إذا اشترى عينين من رجل واحد صفقة واحدة ولها صور (احداها) ما ذكره المصنف أن يجد العيب بأحدهما وهما باقيا في يده فهل له افراد المعيبة بالرد فيه قولان (أظهرهما) عند الماوردي والرافعي وقال القاضي أبو الطيب والرويانى أنه ظاهر المذهب وقطع به الشيخ أبو حامد وهو المنصوص عليه في الام في كتاب الصلح وهو قول جمهور الاصحاب أنه ليس له ذلك بل

## [ 174 ]

يردهما جميعا أو يمسكهما جميعا سواء كان ذلك قبل القبض أم بعده وسواء كان مما يتساوى قيمته كالكرين من الطعام أو يختلف كالعبدین والثوبين هكذا ذكره وقد تقدم عن مختصر البويطى أن من اشترى مما يكال ويوزن أنه يجوز التبعض ومقتضى ذلك أن يجوز افراد أحد الكرين بالرد (والقول الثاني) الجواز واختاره الرويانى في الحلية والقولان عند الماوردي والقاضي أبى الطيب والغزالي والرويانى وغيرهم مبنين على تفريق الصفقة (ان قلنا) يفرق جاز والا لم يجز لكن قياس هذا البناء كما قال الرافعي أن يكون قول التجويز أظهر وأشار إلى الجواب بأن الصفقة وقعت مجتمعة ولا ضرورة إلى تفريقها فلا يفرق يعني وليس كما إذا جمعت حلالا وحراما أو حلالين وتلف أحدهما قبل القبض فان التفريق هناك ليس اختياريا وحاول ابن الرفعة اثبات قول يمنع افراد المعيب بالرد (وان قلنا) بجواز تفريق الصفقة وذكر من نص الشافعي في الصلح ما يدل دلالة ظاهرة على ذلك ويمكن أن يؤخذ من كلام المصنف ما يدل له لانه علل المنع بما يحصل من الضرر بتبعض الصفقة فلم يجز من غير رضاه وهذا الكلام يشعر بجواز تفريق الصفقة إذا رضى فالراجح أن لا يجعل القولان مبنين على تفريق الصفقة بل مرتبين بأن يقال ان منعنا تفريق الصفقة منعنا هنا والا فقولان والترتيب أوفق لكلام الأئمة الذين أطلقوا البناء فانه قد يطلق البناء على الترتيب ويبعد جعلهما قولين برأسهما أوفق لكلام المصنف فانه علل قول الجواز بأن العيب أخص بأحدهما وهذا يقتضى بمفهومه أن العيب إذا لم يختص وكان فيهما لا يجوز الافراد مع القول بجواز تفريق الصفقة فأفاد أول كلامه وآخره ان لنا قولاً بالمنع وان جوزنا تفريق الصفقة لاجل الضرر وقولا بالجواز ومنعنا تفريق الصفقة قلت تفريق الصفقة القهري لا يمكن القول

## [ 175 ]

بالجواز مع منعه لانه على ذلك القول يستحيل شرعا (وأما) التفريق الاختياري برد أحد العينين دون الاخرى فكلا القولين اللذين ذكرهما المصنف رحمه الله يفرعان علي منعه بمعنى أن المشتري ممنوع منه

وعلى تجويز التفريق القهري فان أريد بالتفريق القهري فالترتيب صحيح كما اقتضاه كلام الائمة وإن أريد التفريق الاختياري فلا ترتيب فلا بناء وهما القولان بعينهما وعلّة المصنف تقتضي عدم جريانها فيما إذا كان المعيب فيهما وسأعرض لذلك في بقية الكلام إن شاء الله تعالى ثم أن النص المذكور عن الصلح يدل دلالة قوية على المنع مع القول بتفريق الصفقة ولم أذكر لفظه خشية التطويل مع ظهوره فهو يرد التحريج على تفريق الصفقة والقول بالجواز مبنيا عليها إلا أن يكون لنا نص في موضع آخر على الجواز في خصوص مسألة افراد المعيب ولم أقف عليه ولذلك قطع الشيخ أبو حامد بالمنع والذي يقول بالجواز هنا يقول فيما إذا اشترى شقصى دارين أنه يجوز للشفيع أن يأخذ أحدهما دون الآخر وقد يحتمل ذلك في شقص دار واحدة أن يأخذ بعضه ويدع بعضه قاله صاحب التلخيص قال الرافعى والقولان مفروضان في العبدین وفى كل شئ لا تتصل منفعة أحدهما بالآخر (فأما) في زوجي خف ومصراعي باب ونحوهما فلا يجوز الافراد بحال وارتكب بعضهم طرد القولين فيه (قلت) وجعله صاحب التتمة مرتبا (إن قلنا) هناك لا يجوز فهنا وجهان وبناهما على أصل أشار القاضى حسين إذا غصب فرد خف قيمة الزوج عشرة فتلف في يده ورجع قيمة الآخر إلى درهمين هل يضمن خمسة أو ثمانية (إن قلنا) خمسة جاز له أفراد أحدهما بالرد (وإن قلنا) ثمانية فلا (وإذا قلنا) بالصحيح وأنه لا يجوز الافراد فقال المشتري وردت المعيب فهل يكون ذلك ردا لهما فيه وجهان (أصحهما) لا بل هو لغو ولو رضى البائع بأفراده جاز على الاصح هكذا أطلق الرافعى الخلاف وينبغى

[ 176 ]

(إذا قلنا) بجواز تفريق الصفقة أن يجوز قطعاً لانه إنما امتنع لضرر البائع وقد رضى (أما) إذا منعنا تفريق الصفقة فيمتنع وإن رضى ولذلك قال الغزالي أنه أقيس الوجهين فيما إذا رضى المنع قال لان استحالة تفريق الصفقة الواحدة لا يختلف بالتراضى وما ذكره الغزالي من أنه الاقيس جار على ما قرره من البناء على تفريق الصفقة وقد تقدم أن الراجح عدم البناء وأن الاولى أن يكون الخلاف مرتبا فكذلك الاصح الجواز إذا رضى وهو الذى نص الشافعي عليه في كتاب الصلح والمشكل طريقة الماوردى فانه قطع بالجواز إذا رضى البائع مع بنائه القولين عند عدم رضاه على تفريق الصفقة ولو أراد رد السليم والمعيب معا على هذا القول المانع من الافراد جاز قال الامام لم يختلف العلماء فيه وعلى القول الآخر المجوز للافراد (الاصح) الجواز وفيه وجه حكاة الامام والغزالي في الوسيط أنه لا يردهما الا إذا كانا معيبين وضعفه الرافعى وحكى ابن يونس أن الغزالي قال (إذا قلنا) لا يرد يطالب بالارش وتعتبر القيمة يوم العقد واعترض الناس عليه بأنه ليس في الوسيط الا فيما إذا تلف أحد العبدین والارش يتعين في مسألة التلف بخلاف هذه المسألة إذ يمكن (قلت) وهو كذلك ولا اتجاد لما قاله ابن يونس نعم لو كان صاحب الوجه المذكور الذى يقول انه لا يردهما الا إذا كانا معيبين يقول انه لا يرد المعيب وحده اتجه عنده لطلب الارش لكنه ينفى قول الامام فيما إذا منعنا الافراد أنه لم يختلف العلماء في جواز رد الجميع فتعين أن يكون الوجه الذى في الوسيط يمنع ردهما تفريعا على جواز رد أحدهما وحينئذ لا وجه لطلب الارش لامكان الرد ولو أراد رد السليم وحده قطع الماوردى بأنه لا يجوز (وقال) ابن الرفعة أنه لا خلاف فيه لانه إنما يجوز تبعا وقد فقدت التبعية والله أعلم \* وإذا جوزنا الافراد فردة

اشترط قسطه من الثمن بلا خلاف وقد تقدم من الامام تعليقه واعتراض  
ابن الرفعة عند الكلام في العين الواحدة \*

[ 177 ]

\* (فرع) \* قال أبو حنيفة رضى الله عنه بالجواز فيما بعد القبض ووافق  
فيما قبله واحتج من نصر قوله بأنه تم العقد فيهما وانفرد أحدهما بسبب  
الخيار وثبت فيه الخيار كما لو اشترى عبدين واشترط في أحدهما خيار  
الثلاث ونقض أصحابنا عليه ذلك بما قبل القبض أو وجد العيب فيهما أو كانا  
مصراعي باب زوجي خف أو مما تتساوى أجزاءه مثل كربين من طعام فإن  
أبا حنيفة رحمه الله قال في هذه المواضع الأربعة مثل ما قلناه (والجواب)  
عن شرط الخيار في أحدهما من وجوه بالنقض بالمسائل المذكورة وبأن  
صاحبه قد رضى بالتبعض لما شرط وبأن وصف تمام العقد لا تأثير له في  
الاصل لانه يجوز أن يرد الذي شرط فيه الخيار قبل القبض وبعده فهذا  
الكلام في ظهور العيب باحدي العينين وهما باقيتان وهى مسألة الكتاب  
على أن إطلاق كلام المصنف رحمه الله يحتمل أن يشمل هذه الصورة  
والصورة الثالثة التى سنذكرها وهى إذا كان السليم تالفاً فإن كان الاول  
وهو الظاهر (فالظاهر) من قولى الكتاب الاول وهو أنه لا يجوز الافراد وإن  
كان الباقي (1) الاولى المنع وفى الثالثة الجواز كما (2) ويرجح حمل كلام  
المصنف على العموم (3) القولين في الصورتين أن القاضى (4) في حكاية  
القولين بين ما إذا كان العيب في أحدهما وما إذا كان فيهما وأحدهما تالف  
ولم يذكر الترتيب (5) سنذكره (6) \* (الصورة الثانية) \* وجد العيب بهما جميعا  
وهما باقيان فله ردهما قطعاً وفى أفراد أحدهما بالرد القولان السابقان  
هكذا قال القاضى حسين والامام والرافعي وغيرهم وقد تقدم التنبيه على  
أن كلام المصنف يفهم القطع بالمنع في هذه الصورة وإن كان ساكتاً عن  
التصريح بها ولا شك أن الشيخ أبا حامد رحمه الله يقطع هذا بطريق الاولى  
وإنما النزاع في جريان الخلاف عند غيره وقد نقل صاحب الاستقصاء عن  
صاحب الافصاح أنه لا يجوز أفراد أحدهما بالرد إجماعاً كالطعام الواحد  
(قلت) وهذا ليس بصريح لان نص الشافعي رحمه الله تقدم في المكمل  
والموزون أنه يرد بعضه على ما إذا كانا باقين فأولى بالجواز لتعذر ردهما  
فمن جوز هناك فهنا أولى ومن منع هناك إما قطعاً كالشيخ أبى حامد  
وغيره حكاية القولين وبنوهم على تفريق الصفقة (إن قلنا) يفرق جاز وإلا  
فلا والبناء هنا ظاهر والمراد بالتفريق المبنى على التفريق القهري إن  
منعناه امتنع هنا وإن جوزناه جاز لوجود الضرورة ومقتضى هذا البناء أن  
يكون قول الجواز هنا أظهر والرافعي رحمه الله اقتصر في باب تفريق  
الصفقة على ترتيب الخلاف وأولوا به الجواز وليس في ذلك بيان الاصح  
وأعاد المسألة في باب الرد بالعيب ولم يتعرض لحكم رد الباقي هل يجوز

(1) إلى (6) بياض بالاصل فحرر

[ 178 ]

أولا وبما ذكرته من الترتيب يعرف أن الاظهر الجواز لكن النص الذي سنذكره عن البويطى والنص الذي سنذكره عن اختلاف العرقين كلاهما يدل على خلافه وهو ما يقتضى كلام الماوردى أنه الاصح ولعل الاصح عند الماوردى امتناع تفريق الصفقة والمراد بالتلف إما حسا وإما شرعا فان جوزنا الافراد رد الباقي واسترد من الثمن حصته بلا خلاف وقد تقدم تعليقه عن الامام واعتراض ابن الرفعة بطريق التوزيع بتقدير العبدین سلیمین وتقويمهما ويسقط المسمى على القيمتين فلو اختلفا في قيمة التالف فادعى المشتري ما يقتضى زيادة الرجوع على ما اعترف به البائع (فالظاهر) عند القاضى أبى الطيب والرافعى والمصنف حيث ذكر في باب اختلاف المتبايعين أن القول قول البائع مع يمينه (اما) بثمن ملكه فلا يرد منه ما اعترف به وهذا القول نسبه القاضى أبو الطيب والرافعى إلى نفسه في اختلاف العراقيين (والثانى) أن القول قول المشتري لانه تلف في يده فأشبهه الغاصب مع المالك إذا اختلفا في القيمة كان القول قول الغاصب الذى حصل إهلاك في يده وهذا القول في اختلاف العراقيين أيضا وقد رأيتهما فيه ولكن هل هما تفريع على جواز الافراد أو على منعه فيه نظر سأنبه عليه في آخر الكلام والاعتماد في حكايتهما هنا على نقل الائمة وقد اقتصر الرافعى رحمه الله وغيره على استرجاع حصة المردود من الثمن ولم يتعرضوا لشيء آخر ولا شك أن التالف إذا كان معيبا أيضا يجب الارش عليه لتعذر رده كما يجب الارش إذا تلف المبيع كله وتبين عيبه وإنما سكتوا عن ذلك احالة له على ذلك المكان واقتصارا على القدر المختص بهذا المكان وإن لم يجز الافراد فقولان فيما حكاها القاضى حسين وطائفة (ووجهان) فيما حكاها آخرون واقتضى إيراد الرافعى والنووي ترجيحه (أصحهما) عند الرافعى وغيره وهو الذى ذكره الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب في تعليقهما لا فسخ له ولكن يرجع بأرش العيب لان الهلاك أعظم من العيب ولو حدث عنده عيب لم يتمكن من الرد وهذا هو الذى نقله الربيع في مختصر البويطى فعلى هذا إن اختلفا في قيمة التالف عاد القولان لانه في صورتين يرد بعض الثمن الا أنه على ذلك القول يرد حصة الباقي وعلى هذا القول يرد أرش العيب وهل النظر في قيمة التالف في صورتين إلى يوم العقد أو يوم القبض فيه الخلاف الذى في اعتبار القيمة لمعرفة أرش العيب القديم وسيأتى إن شاء الله تعالى (والاصح منه) اعتبار أقل القيمتين (والوجه الثانى) أنه يضم قيمة التالف إلى الباقي ويردهما ويفسخ العقد قال الرافعى وهو اختيار القاضى أبى الطيب واحتج له بأن النبى

[ 179 ]

صلى الله عليه وسلم أمر في المصرة برد الشاة بدل اللبن الهالك (قلت) ولم أر ذلك في تعليقة القاضى أبى الطيب بل الذى فيها أنا (إذا قلنا لا يرد رجع بالارش كما تقدم عنه ولم يحك فيه خلافا وأنا (إن قلنا) له رده فيرده بحصته من الثمن قال وقال بعض أهل خراسان العقد على هذا القول فيهما جميعا ثم يرد الباقي وقيمة التالف ويسترجع كما في المصرة قال القاضى أبو الطيب وهذا خطأ ويخالف نص الشافعى لانه نص على ذلك في اختلاف العرقين وقال يرجع إلى حصته من الثمن ثم فرع عليه وذكر الاختلاف فالعجب من الرفعى رحمه الله إلا أن يكون القاضى أبى الطيب نقله عن بعض الخراسانيين كما رأيت لكنه جعله مفرعا على القول بالرد وحكاها الامام وغيره وجعله الغزالي والرافعى رحمهما الله مفرعا على قول المنع كما تقدم ولا تنافى بينه وبين ما فعله أبو الطيب فان أبى الطيب

يقول (إن قلنا لا يرد أي أصلا يرجع بالارش (وإن قلنا) يرد فهل يفرد أو يضم معه قيمة التالف فيه (وجهان) وهؤلاء يقولون (إن قلنا) يفرد استرد القسط وإلا فهل يمتنع عليه الرد أو يضم معه قيمة التالف (فيه وجهان) فالكلامان راجعان إلى معنى واحد وإنما النزاع في نسبة الرافي القول المذكور إلى اختيار أبي الطيب ووافق الرافي على ذلك ابن الرفعة وزاد ابن الرفعة أن ابن الصباغ نقل القولين في ذلك أعني في ضمن قيمة التالف إلى الموجود كما حكاهما لامام وغيره ولم أر ذلك في الشامل بل رأيت فيه ما يحتمل أن يكون سبب الوهم لدى عرض للرافي وتبعه هو عليه في النقل عن أبي الطيب فإن ابن الصباغ قال حكى أبو الطيب عن بعض أهل خراسان أنه يفسخ العقد قال وهذا هو السنة لحديث المصراة فلعل الرافي طلع ذلك وطن أن الضمير في قال لابي الطيب وإنما هو لبعض أهل خراسان يبينه ما في تعليقه أبي الطيب وقد تقدم الرافي في ذلك العمراني فينقل المسألة في الزوائد من الشامل وزاد فقال وقال القاضي هذا هو السنة قال ابن الصباغ وهذا ليس بصحيح هو القاضي وابن الصباغ ناقل عنه أو موافق له وبالجملة ولقول منصوص عليه في البويطي لان في مختصر البويطي ولو اشترى ثوبين في صفقة واحدة فقبضهما فهلك أحدهما وأصاب بالآخر عيبا فله أن يرد القائم وقيمة التالف ويرجع بأصل الثمن لدى إعطاه فان اختلفا في القيمة فالقول قول البائع من قبل أن الثمن كله قد لزم المشتري وهو يريد اسقاط الشيء عنه لما يدعى من كثرة قيمة الغائب ولا أقبل دعواه قال الربيع وله قول آخر إذا اشترى شيئين في صفقة واحدة فهلك واحد وأصاب بالآخر عيبا لم يكن له إلى الرد سبيل من قبل أنه كان له أن يرد الشيء كما أخذ

## [ 180 ]

فلما لم يرد مثل ما أخذ كان لا رد له وليس له أن ينقص عليه ما اشترى منه ويرجع عليه بقيمة العيب الذي وجده في الثوب الباقي فهذا الكلام الذي في مختصر البويطي يقتضى اثبات قولين (أحدهما) يضم قيمة التالف إلى الباقي ويردهما (والثاني) يمتنع الرد ويرجع بالارش وهما هذان القولان اللذان فرعناهما على عدم جواز الافراد فهما متعاضدان في منع الافراد كما قدمت لك أولا وقد تأملت نصه في اختلاف العراقيين فلم أجده صريحا في الرد واسترجاع القسط وإنما قال إذا اشترى ثوبين صفقة واحدة فهلك أحدهما في يده ووجد بالثاني عيبا واختلفا في ثمن الثوبين فالقول قول البائع مع يمينه من قبل أن الثمن كله قد لزم المشتري والمشتري ان أراد رد الثوب يرد به بأكثر الثمن أو أراد الرجوع بالعيب رجع به بأكثر الثمن ولا نعطيه بقوله لزيادة قال الربيع وفيه قول آخر أن القول قول المشتري من قبل أنه المأخوذ منه الثمن قال الشافعي رحمه الله إذا اشترى شيئين في صفقة فهلك أحدهما ووجد بالآخر عيبا فليس إلى الرد سبيل فيرجع بقيمة العيب لانه اشتراهما صفقة فليس له أن ينقصها (قلت) وهذا هو معنى ما في البويطي وليس فيه زيادة عليه الا القول الآخر الذي حكاه الربيع أن القول قول المشتري وآخر كلامه المذكور صريح في عدم الرد وأول كلامه فيه احتمال لما قاله أبو الطيب وما قاله في مختصر البويطي وإنما احتجت إلى ذلك لقول القاضي أبي الطيب أنه قال يرجع إلى حصته من الثمن وهذا بحسب ما فهمه من اختلاف العراقيين من منع التفريق والقاضي أبو الطيب نقله عنه بلفظ آخر صريح في التفريق فلعل له في اختلاف العراقيين نصا آخر وأبدي ابن الرفعة فيما حكى عن اختلاف العراقيين نظرا من وجهين (أحدهما) أنا نفرع علي منع التفريق فالنص

مصرح بالتفريق فكيف يرد به وهذا قاله ابن الرفعة بناء على ما نقله  
القاضي أبو الطيب ونقله ابن الرفعة عن ابن الصباغ اعترضنا عليه لكنك قد  
عرفت فيه النص بلفظ وليس فيه تصريح بالتفريق ولو ثبت ذلك فالعذر عن  
أبي الطيب أنه لم يجعل ذلك تفريعا علي

## [ 181 ]

منع التفريق حتى يعترض عليه بما ذكر بل انما قال إذا جوزنا الرد كما تقدم  
النقل عنه فإذا نقل عن الشافعي رحمه الله أنه قال مع الرد يسترجع  
القسط يكون ذلك ردا على من يقول لا يسترجع القسط بل يضم القيمة  
على التالف ويسترجع جميع الثمن ردا ظاهرا والوجه (الثاني) من اعتراض  
ابن الرفعة على أبي الطيب أن اختلاف العراقيين قيل انه من القديم وهذا  
بعيد لان ذلك من رواية الربيع عن الشافعي رضى الله عنه وان فرعنا على  
هذا الوجه وأنه يضم قيمة التالف إلى الباقي ويردها فاختلغا في قيمة  
التالف فالقول قول المشتري مع يمينه لانه حصل التالف في يده وهو  
الغارم وبه جزم القاضي حسين مع حكاية القولين في الصورتين الاولتين  
قال وكل موضع كان الغارم هو المشتري فالقول قوله وكل موضع كان  
الغارم هو البائع فعلى القولين وفى التتمة حكاية وجه آخر أن القول قول  
البائع لان المشتري يريد ازالة يده عن الثمن المملوك له وذكر في الروضة  
انه شاذ (قلت) في مختصر البويطى بعد أن قال انه يرد القائم وقيمة  
التالف (قال) فان اختلغا في القيمة فالقول قول البائع من قبل أن الثمن  
كله قد لزم المشتري وهو يريد إسقاط الشئ عنه لما يدعى من كثرة قيمة  
الفائت ولا أقبل دعواه وهذا يدل للوجه الذى قاله فى التتمة بل هو هو  
والقيمة هنا معروفة واعتبارها بيوم التلف على الاصح وليس كما تقدم  
على القول الآخر حيث يعتبر أقل الثمنين على الاصح أشار إليه الامام فى  
باب التخالف \* \* (فرع) \* إذا ظهر العيب بالتالف فقط لم يرد الباقي قطعا  
ويرجع بأرش التالف \* \* (فرع) \* لو ظهر العيب بأحدهما أو بهما بعد بيع  
أحدهما فقد جمع الراجعى بين ذلك وبين ما إذا كان أحدهما تالفا وجزم  
الشيخ أبو حامد هنا أيضا بامتناع الرد لانه لم يحصل اليأس من الرد وقد  
تقدم فيما إذا كان المبيع واحدا وخرج بعضه عن ملكه أن الصحيح امتناع رد  
الباقي فاشتركت صورة التلف وصورة البيع فى الترتيب على ما إذا كانا  
باقين كما قال الراجعى رحمه الله

## [ 182 ]

لكن الصحيح فى الاولى الجواز وفى الثانية المنع وهذا الذى ذكرناه إذ باع  
أحدهما وكانا معيين أو باع الصحيح وبقي المعيب (أما) لو باع المعيب  
وبقى الصحيح فلا يرد الباقي لأن قطعا والكلام فى الارش على ما مر  
وتحقيق الصحيح فى ذلك يتوقف على تحقيق العلة فيما إذا باع البعض هل  
هو عدم اليأس أو غيره وسيأتى إن شاء الله ذلك بعد ثلاثة فصول \* \* (فرع)  
\* استثنى صاحب التلخيص من وجوب الارش على القول بمنع الافراد  
مسألة واحدة وهى أن يكون قد باع أحدهما قال ينظر فان كان صحيحا لم  
يدلس فيه بعيب لم يرجع بنقصان العيب وان كان معيبا ففى هذا الموجود  
قولان (أحدهما) يرجع بنقصان العيب (1) والآخر ليس له الرجوع (قلت) لعل

مراده إن كان المبيع صحيحا من عيب حادث عند المشتري ولم يدلس فيه على المشتري (الثاني) لشيء حدث عنده فليس له الرجوع بالارش لعدم اليأس من رجوع المبيع إليه ويردهما معا وذلك يوافق ما قاله الشيخ أبو حامد وهو يحنئ على المذهب على ما سيأتي خلافا لابي اسحاق وان كان معيبا بعيب حدث عنده ففي رجوعه بأرش العيب في الثاني قولان كما لو تلف أحدهما أو أعتقه بناء على تفريق الصفقة \* (فرع) \* بما ذكرناه يتبين أن الخلاف في الجميع ولكنها مراتب ففي العبدین إذا كان أحدهما تالفا الجواز قوى جدا ودونه إذا كان أحدهما معيبا والخلاف فيه قوى أيضا وان كان الاصح فيهما المنع ودونه إذا كانا باقيين في ملكه والعيب باحدهما ودونه إذا كانا باقيين والعيب بهما ودونه في العبد الواحد إذا باع بعضه ودونه في العبد إذا كان كله باقيا في ملكه فهذه ست مراتب لا يرد على الصحيح الا في الاولى \* (فرع) \* حكم نقص أحدهما حكم تلفه وعتقه وبيعه قال صاحب التلخيص وينبغي أن يكون كذلك ما لم يرض البائع بأحدهما مع النقص الحادث فيصير كما لو لم يكن نقص \* (فائدة) \* أكثر الاصحاب يطلقون توزيع الثمن على العبدین باعتبار قيمتهما والرافعي في هذا الباب قبل باعتبار قيمتهما إلى سلیمتین ولا يتأني غير ذلك إذا كان المشتري جاهلا بالعيب فانه انما بذل الثمن على ظن السلامة ولو وزعنا الثمن عليهما على ما هما عليه من العيب أدى ذلك إلى خبط وفساد دل عليه الامتحان فالصواب تقدير السلامة كما ذكره الرافعي هنا وهي فائدة عظيمة نافعة في مسائل (منها) في الشفعة حيث يأخذ الشفص بقسطه من الثمن وغيرها من المسائل (ومنها) في المرابحة إذا وزع الثمن فيجبر بما يخصه من الثمن

## [ 183 ]

بوصف السلامة ويجبر بالعيب الذي ظهر له ولا يجوز أن يجبر بقسطه من الثمن باعتبار العيب (ومنها) مسألة تقدمت في الربا في الصرف إذا باع دينارين بدینارين فخرج أحدهما معيبا اختار القاضي أبو الطيب وجماعة البطلان لانه تبين أنه من قاعدة مد عوجة وأطلق الشيخ أبو حامد وجماعة الصحة واستشكله في ذلك الباب وانتدبت له مأخذا بعيدا وبهذه الفائدة هنا يترجح فظهر مأخذ حسن يحمل عليه ويتمسك به فيه ويقوى على أبي طالب لان الفساد في قاعدة مد عوجة من جهة التوزيع والتوزيع ههنا لا يقتضى المفاضلة إذا وزع باعتبار السلامة وانما يقتضى المفاضلة إذا وزع عليها باعتبار العيب (ومنها) في تفريق الصفقة في الدوام إذا تلف أحد المبيعين قبل القبض (ومنها) في غير ذلك ولا تخفى الفروع بعد بيان القاعدة وهي قاعدة مهمة يجب الاعتناء بها وملاحظتها في مسائل كثيرة في أبواب متعددة \* (فرع) \* لا خلاف أنه لو ظهر العيب بالتالف وحده فليس له الرد لان التالف لا يقبل الفسخ مقصودا أو مسوغا وانما صح الفسخ في التالف تبعا لقاله القاضي حسين وانما ذكرته وان كان واضحا لئلا يتوهم أن بقاء السليم مسوغ لورود الرد على المعيب في الصفقة التي شملته وليس لتكلف المبيع جملة إذ لا مورد أصلا فلذلك نهت عليه \* (المسألة الثالثة من مسائل الكتاب) \* إذا اشترى اثنان من واحد عينا ووجدا بها عيبا وأراد أحدهما امساک حصته والاخر رد حصته جاز على القول الظاهر المنقول عن نصح في كتبه الجديدة ومعظم كتبه القديمة وبه قال أحمد ومالك في رواية وأبو يوسف ومحمد وابن أبى ليلى ومنه أخذ الصفقة تتعدد بتعدى المشتري وهو الاصح ووجهه بانه رد جميع ما ملك مجارا كالمشتري الواحد قال الشافعي رحمه الله في المختصر ولو أصاب

المشترى ان صفقة واحدة من رجل تجارية عينا فاراد أحدهما الرد والآخر الامساک فذلک لهما لان المعهود في شراء الاثنین أن کل واحد منهما مشتری النصف بنصف الثمن انتهی (والقول الثاني) ويحکی عن رواية أبي ثور عن القديم وقال أبو داود أنه مرجوع عنه وبه قال أبو حنيفة أنه ليس له الانفراد بالرد لان العبد خرج عن ملك البائع كاملا والآن يعود إليه بعضه وبعض الشئ لا يشتري بما يخصه من الثمن لو بيع كله وربما أوردوا ذلك بعبارة أخرى فقالوا خرج عن ملكه مجتمعا أو صفقة واحدة ومن هذا القول أخذ أن الصفقة وإن تعدد المشتري متحدة على ما قاله الامام لكن الصحيح المشهور الذي جزم به كثيرون أن الصفقة متعددة وبذلك منعوا من قال خرج عن ملكه

## [ 184 ]

صفقة ومنعوا أيضا من قال خرج مجتمعا بما أشار إليه المصنف رحمه الله في استدلاله من قوله إن البائع فرق الملك في الايجاب أي فلم يخرج مجتمعا وأما من قال كلامك إن أريد بصفة الكمال فهي معني وان أريد التأكيد فلا يفيد ومن هنا نعلم أن المصنف رحمه الله جازم بان الصفقة متعددة واعترض القائلون باتحادهما وامتناع الانفراد بالرد ما لو قال بعنكما هذا العبد بألف فقال أحدهما قبلت نصفه بنصف الثمن وبما إذا حضر أحدهما نصف الثمن وأراد اجبار البائع على تسليم نصف العبد وبان الشركة عيب وأجاب الاصحاب عن الاول بان عندنا في المسألة وجهين (أحدهما) يصح وهو الذي جزم به القاضي أبو الطيب وجماعة من العراقيين وأنه يلزم البيع في حقه سواء قبل صاحبه أم رده وقيل إن للشافعي رحمه الله نصا في الخلع يشهد له وقال الامام إنه الاظهر في القياس ورجحه الروابي في الحلية (والثاني) وهو الاصح عند طائفة منهم الرافعي وهو الاظهر في النقل على ما قاله الامام لا يصح (وان قلنا) بالتعدد فان صيغة ايجاب البائع تقتضي جوابهما فكانها مشروطة بان يحيياه معا فليس ذلك من حكم العقد وانما هو من مقتضى اللفظ عرفا وفي هذا نظر من جهة ان اشتراط ذلك يقتضي الفساد وعن (الثاني) أن الحكم عندنا أن البائع يجبر على تسليم نصيبه وسيأتي ذلك في كلام المصنف في آخر باب اختلاف التبايعين ان شاء الله تعالى وعن (الثالث) بان البائع هذا الذي شرط بينهما فلم يكن هذا العيب حادثا في يد المشتري وقد عرفت بما ذكرته ان استدلال المصنف رحمه الله أمس بكلام المخالف من استدلال غيره بأنه رد جميع ما ملك وان كان الكل صحيحا وقوله كما لو باع منهما في صفقتين أي متعدتين لفظا فان هذه متعددة حكما لا لفظا وقال القاضي حسين الاولى أن نفرض الكلام فيما لو مات أحد المشتريين والبائع وارثه أو عاد إلى البائع نصيب أحدهما بالبيع أو بالهبة كي يسقط حل كلامهم ان الشركة عيب ووافق أبو حنيفة رحمه الله على أنه إذا اشترى رجلان شقصا من واحد فليلشغيع أن يأخذ نصيب أحدهما بالشفعة وهذا الذي التزمه الاصحاب من أن العقد متعدد هو المشهور وقال أبو الطغر بن السمعاني ان هذه طريق سقيمة لا يمكن تمشيتها ومن اعتمد عليها فلضعفه في المعاني لان قوله بعث منكما في جانبه كلمة واحدة نعم في جانب المشتري هي بمنزلة عقدين ولو جاز أن نجعل عقدين لتعدد المشتري لجاز ذلك لتعدد الجمع والمعتمد من الجواب أن الصفقة وان كانت واحدة لكن يجوز لاحدهما أن يرد لان الخيار ثابت لهما وهو حق مشروع فيمكن من استيفائه على وجه لا يؤدي إلى تفويت وإسقاط بعدم مساعدة الآخر له وأجاب عن كون الشركة عيبا بأن التي كانت بين المشتريين قد زالت والتي وجدت بين البائع والمشتري إنما

وجدت بعدم الرد والرد لا يعيب المبيع لكن يعيده إلى ملك البائع ثم الشركة تثبت باختلاف الملك فلا يكون العيب الذي هو معلول الرد سابقا لعلته وما قاله أولا لا يمكن تمثيته فإن من مقتضاه أن أخذ الوارثين لمشتري العين الواحدة مستقل بالرد وليس كذلك لما سيأتي إن شاء الله تعالى وما قاله ثانيا وإن كان محتملا فيمكن الانفصال عنه وقد ظهر لك بما تقدم أنا أن قلنا باتحاد الصفقة منعنا انفراد أحدهما بالرد (وإن قلنا) بالتعدد فقولان (أحدهما) المنع لضرر التبعض هذا إذا نظرت إلى التعدد والاتحاد أولا فلك أن تجعل القولين أولا في الانفراد فأحرزنا فمن ضرورته تجويز التفريق وإن منعنا الانفراد هل ذلك لحكمنا بالاتحاد أو لضرر التبعض وإن كانت الصفقة متعددة فيه وجهان وهذه الطريقة أوفق لكلامهم (والاصح) من الوجهين الثاني لما سيأتي من كلام البويطى \* التفريع على هذين القولين أن جوزنا الانفراد فانفرد أحدهما فتبطل الشركة بينهما ويخلص للممسك ما أمسك وللراد ما استرد أو تبقى الشركة بينهما فيما أمسكه الممسك واسترده الراد حكى القاضى الماوردى فيه وجهين قال الرافعى أصحهما أولهما قلت والوجه الثاني بعيد جدا وكيف يقال إن نصف العبد الذى أمسكه الممسك يكون بينه وبين الراد والراد لم يبقى على ملكه شيئا وكيف يقال إن نصف الثمن الذى استرجعه الراد يأخذ الممسك نصفه وهو لم يرد شيئا ووجهه الماوردى أنه لم يكن بينهما قسمة وهذا توجيه ضعيف لأن ذلك إنما يكون في المعين لا في المشاع فإن النصف المشاع المردود مختص الراد قطعا وحمله ابن لرفة على ما إذا كان الثمن مشتركا بينهما وهذا الحمل قد يقال إنه يصح معه الاشتراك في المسترد من الثمن أما بقاء الشركة في نصف العبد الباقي فلا والتحقيق أنه لا تصح الشركة في المسترد من الثمن أيضا لأن الثمن الذى كان مشتركا بينهما ملكه البائع ثم انتقض ملكه في نصفه الشائع المختص بالراد حكم رده ويقسمه الراد والبائع وهو قسمة جديدة واردة على ملكيهما وليس للممسك فيها حظ ونصفه الشائع لم ينقض الملك في شئ منه فلا وجه لهذا الوجه أصلا \* نعم قد تقدم لنا عن صاحب التقريب شدوذ في جواز رد بعض العين الواحدة فعلى ذلك إذا قال الراد رددت النصف ولم يعين أنه نصفه وقلنا بأن هذه الصيغة تحمل على الاشاعة كما هو في العتق وغيره على أحد الوجهين فيصح الرد في نصف نصيبه ولكن لا يبقى نصيب الممسك مشتركا ولا المسترد من الثمن مشتركا لعدم صحة الرد في نصيب شريكه بل يبقى للراد ربع العبد وللممسك نصفه ويسترد الراد ربع الثمن وبالجملة فهذا الوجه إلى

الغلط أقرب ومن التفريع على هذا القول أنه لا يلزم الراد ضم أرش التبعض إلى ما يردده لأن البائع الذى أضر بنفسه قاله الامام \* وإن منعنا الانفراد فذاك فيما ينقص بالتبعض (أما) مالا ينقص كالحبوب ففيه وجهان مبنيان على أن المانع ضرر التبعض أو اتحاد الصفقة فعلى الاول يجوز وعلى الثاني يمتنع وهو الذى جزم به القاضى حسين والتعليل الاول يمنع أحد اتحاد الصفقة من هذا القول والوجهان المذكوران بيانهما حكاهما الرافعى والامام وقد تقدم عن نصه في البويطى جواز ذلك في المشتري

الواحد ففي المشتريين أولى ولذلك أصلح بعضهم بعض نسخ التنبيه وجعل إن اشترى أثنان عبداً ولفظ مختصر المزماني شاهد له ونقله بعضهم عن المختصر سلعة مكان جارية فيكون شاهداً للنسخ المشهورة ويكون كلام البويطى الذى حكمته مفيداً لذلك \* وهذا إذا لم يقسماه فان اقتسماه فكذا عند الامام وفيه فرض المسألة وبناه القاضى حسين فيما نقله ابن الرفعة على الخلاف في القسمة ان قلنا إفرار (وان قلنا) بيع فكما لو اطلع على العيب بعد بيع بعضه هكذا نقل ابن الرفعة عن القاضى ولم أره في تعليقه هكذا لكنه لو قال فيما لو اشترى مشاعاً كنصف عرصة ثم قاسم المبيع ثم وجد عيباً قديماً ان قلنا القسمة افرار له الرد والا فلا كما لو باع بعض المبيع قال وفيه نظر (قلت) أما البناء على أن القسمة افرار أو بيع فمتجه متعين (وأما) منع الرد إذا قلنا إنها بيع فيما إذا قاسم البائع فمشكل على القاضى حسين لانه تقدم عنه أن المذهب فيما إذا باع بعض العين من البائع أنه يرد فينبغي أن يكون هنا الصحيح الرد على البائع إذا قاسمه علي القولين وذكر القاضى في الفتاوى إذا اشترى شقصاً من ربع وقاسم شريكه ثم وجد به عيباً قال (إن قلنا) القسمة افرار له الرد (وان قلنا) بيع فهو باع نصف ما في يده بنصف ما في يد شريكه فيرد النصف الذى يملك من الشريك عليه فإذا رد يعود إليه النصف الذى يملك منه الشريك ثم رد الكل بالعيب وإلا يبطل حقه لان الرد يعقبه فسخ العقد لاختلاف الملك قال وعلى هذا لو اشترى عبداً بدراهم وباعه بثوب ثم وجد بالثوب عيباً فرده واسترد العبد وبه عيب قديم فان كان قد علم به وهو في يد المشتري الثاني له أن يرد لانه قصد رد الثوب والعبد غاد لا باختياره وفيه وجه أنه لا يرد لانه يرد الثوب اختار ملك العبد معيباً قلت هكذا قال القاضى وهو على رأيه الذى سنذكره فيما إذا باع المعيب ثم اشتراه عالماً بعيبه أنه لا يرد على الاول والصحيح خلافه ولو أورد الممنوع من الرد الارش قال الامام ان حصل اليأس من امكان رد نصيب الآخر

[ 187 ]

بأن أعنته وهو معسر فله أخذ الارش وان لم يحصل نظر إن رضى صاحبه بالعيب فيبني على أنه لو اشترى نصيب صاحبه وضمنه إلى نصيبه وأراد أن يرد الكل ويرجع بنصف الثمن هل يجبر على قوله كما في مسألة النعل وفيه وجهان (ان قلنا) لا أخذ الارش (وان قلنا) نعم فكذا في أصح الوجهين لانه توقع بعيد وان كان صاحبه غائباً لا يعرف الحال ففي الارش وجهان عن حكاية صاحب التقرير من جهة الحيلولة الناجزة \* وقد بقى مسائل من هذا النوع لم يذكرها المصنف (منها) إذا تعدد البائع كما لو اشترى واحد عينا من رجلين فله رد نصف المبيع على أحد البائعين قاله القاضى حسين وغيره فان الصفقة تتعدد بتعدد البائع قطعاً ووافق أبو حنيفة رحمه الله فيه ولو اشترى واحد شقصين من رجلين فهل للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما فيه وجهان (أحدهما) نعم للتعدد (والثانى) لا للضرورة قال أبو حنيفة رحمه الله وقد تقدم مذهبنا ومذهبه فيما إذا تعدد المشتري قال القاضى حسين فمذهب أبى حنيفة في الشفعة على عكس مذهبه في الرد بالعيب (ومنها) إذا تعدد العاقدان بأن اشترى رجلان عينا من رجلين فهو في حكم أربعة عقود وكان كل واحد منهما اشترى ربع المبيع من هذا والربع من ذلك فله أن يرد نصيب أحد البائعين وكذلك لصاحبه قاله القاضى حسين وغيره ولو اشترى ثلاثة أنفس من ثلاثة عبداً لكل واحد من الثلاثة أن يرد بيع العبد على كل واحد من البائعين الثلاثة لان حكمهما حكم العقود التسعة قاله الماوردى (ومنها) إذا تعدد المعقود عليه والعاقد معا

بأن اشترى رجلان عبيدين من رجلين فلكل واحد منهما رد الربع من العبيدين على كل واحد من البائعين وهل له رد الربع من أحدهما على أحد البائعين على القولين في تفريق الصفقة في الرد هكذا قال القاضى حسين وقال أيضا في الصورة المذكورة بعينها في هذا الموضوع بعينه هل لكل منهما رد النصف من أحدهما على أحد البائعين على القولين هكذا رأيت في النسخة وكأنها غلط والصواب أن يقال على البائعين بأسقاط أحد فان كل واحد من المشتريين اشترى النصف من البائعين لا من أحدهما والتحقيق في ذلك أن يقال لهما رد العبيدين على البائعين قطعا ورد نصفهما على أحد البائعين قطعا وهل لاحدهما رد نصفهما على البائعين أو ربعهما على أحد البائعين فيه الخلاف فيما إذا اشترى اثنان من واحد وهل لاحدهما رد الربع من أحدهما على أحد البائعين على قولى التفريق فيما إذا اشترى عبيدين من واحد هذا إذا كان كل من العبيدين مشاعا بين البائعين (ومنها) إذا كان أحد العبيدين لهذا ولآخر لذاك وجمعا بينهما في الصفقة

[ 188 ]

وجوزناه على أحد القولين فهل له رد أحد العبيدين بالعيب إن جوزناه فيما إذا كانا لواحد فهنا أولى وإلا فوجهان والفرق أنه رد عليه جميع ما ملك من جهته قاله القاضى حسين وقد تقدم عنه وعن غيره أنه يرد نصف العين الواحدة على أحد البائعين فالقول هنا بأنه لا يرد بعيد (ومنها) إذا اشترى رجل عبيدين من رجلين مشتركين بينهما فله أن يرد على أحدهما نصفى العبيدين وليس له أن يرد نصفى العبيدين عليهما ولو أراد رد نصف أحد العبيدين على أحدهما فعلى قولين ولو أراد رد ربع العبيدين عليهما أو على أحدهما لم يجر بحال قاله القاضى الحسين قال والحد فيها أن فيما هو الخير يثبت الخيار وفيما هو الشر وجهان (ومنها) اشترى اثنان عبيدين من واحد فحكمهما ظاهر فيما تقدم لهما رد العبيدين قطعا ولاحدهما رد حصته منهما على الاصح كاحد المشتريين الواحد وليس له رد نصف العبد الواحد على الاصح كاحد العبيدين مع المشتري الواحد ولم أرها مسطورة \* (فرع) \* جملة المسائل المذكورة ترجع إلى ثمانية أقسام أن يتحد الجميع أو يتعدد المبيع فقط أو المشتري فقط وهذه الثلاثة مذكورة في الكتاب أو يتعدد البائع فقط أو المبيع أو البائع والمشتري أو المبيع والمشتري أو يتعدد الجميع ووجه أنه أما أن يتعدد الجميع أو يتحد واحد فقط أو يتعدد واحد فقط وفى كل من القسمين الآخرين ثلاثة \* (فرع) \* لو اشترى شيئا واحدا في صفقتين نصفه بصفقة ونصفه بصفقة أخرى من ذلك الرجل أو من غيره جاز له رد أحد النصفين بالعيب دون الثاني بلا خلاف لتعدد الصفقة \* (فرع) \* هذا كله إذا تولى كل واحد منهما العقد بنفسه أو كان عن كل واحد وكيل واحد (أما) إذا عقد بالوكالة وحصول التعدد في الوكيل أو في الوكيل فهل الاعتبار في تعدد العقد واتحاده بالعاقد أو المعقود له فيه أوجه (أصحها) عند الاكثرين أن الاعتبار بالعاقد وبه قال ابن الحداد لان أحكام العقد تتعلق به وخيار المجلس يتعلق به دون الموكل ويعتبر رأيتة دون رؤية الموكل (والثاني) الاعتبار بالمعقود له وهو الموكل قاله ابو زيد والحصري ونسبه بعضهم إلى أئمة العراق وهو الاصح في الوجيز (والثالث) الاعتبار في طرف البيع بالمعقود له وفى الشراء بالعاقد قاله أبو إسحق المرورى ونسبه الرويانى إلى القفال والفرق أن العقد يتم في الشراء بالمباشر دون المعقود له ولهذا لو أنكر المعقود له الاذن في المباشرة وقع العقد للمباشرة بخلاف طرف البيع قال الامام

رحمه الله وهذا الفرق فيما إذا كان التوكيل في الشراء في الذمة فان وكله بشراء عبد بثوب معين فهو كالتوكيل بالبيع (والرابع) قال في التتمة الاعتبار في جانب الشراء بالموكل وفي البيع بهما جميعا فأيهما تعدد تعدد العقد اعتبارا بالشقص المشفوع فان العقد يتعدد بتعدد الموكل في حق الشفيع ولا يتعدد بتعدد الوكيل حتى لو اشترى الواحد شقصا لاثنين فللشفيع أخذ حصة أحدهما بالفلس ولو اشترى وكيلان شقصا لواحد لم يجر للشفيع أخذ بعضه وفي جانب البيع حكم تعدد الوكيل والموكل واحد حتى لو باع وكيل رجلين شقصا من رجل ليس للشفيع أخذ بعضه وإذا ثبت ذلك في الشفعة ثبت في سائر الاحكام قال صاحب التتمة وهذا أبعد الطرق لان في باب الشفعة يأخذ من المشتري فإذا أخذ نصف ما في يده أضر به وههنا يرد على البائع فإذا تعدد البائع ورد على أحدهما ما كان له لم يتضمن ضررا وإذا تعدد الوكيل واتحد البائع فرد عليه نصف ماله تضمن ضررا وهذا الذي قاله صاحب التتمة صحيح ومدرك الشفعة غير مدرك هذا الباب ولذلك نقول في الشفعة ان الصفقة تتعدد بتعدد المشتري جزما وفي البائع خلاف عكس ما في هذا الباب ففي كل باب ينظر إلى المعنى المختص بذلك الباب (والخامس) إذا كان الوكيل من جهة المشتري فالعبرة بالموكل (وان) كان من جهة البائع فالعبرة بالعاقد وهذا بالعكس مما قاله أبو إسحق حكاه القاضى حسين في تعليقه وهو مغاير لما حكاه صاحب التتمة فهذه خمسة أوجه في تعدد الصفقة واتحادهما إذا جرت بوكالة ونقل صاحب التتمة عن القفال فيما إذا وكل رجلان رجلا فاشترى لهما عبدا قال وقال القفال إن كان البائع يعلم أنه وكيل رجلين فلاحدهما أن يرد نصيبه وإن كان البائع يعتقد أنه يشتري لنفسه أو اعتقد أنه وكيل لواحد فليس لاحدهما أن يرد النصف وهذا ليس وجهها سادسا في التعدد والاتحاد بل تفريع على القول بالتعدد وهكذا يقتضيه كلام القاضى حسين وغيره وعلى هذا مأخذه رضا البائع بالتبعض وعدمه وهو من نص الشافعي رحمه الله في الرهن إذا اشترى رجل له ولشريكه عبدا ورهن الثمن عينا مشتركة ثم وفر أحد الشريكين نصيبه من الثمن انفك نصيبه من الرهن على أحد القولين وهل للبائع الخيار بخروج بعض الرهن عن يده قبل كمال حقه (قال) الشافعي رحمه الله إن كان البائع عالما بأنه مشتريه لنفسه ولشريكه وأن الرهن مشترك بينهما فلا خيار له وإن كان يعتقد أنه اشترى لنفسه على الخصوص أو لشريكه وأن الرهن لواحد فله الخيار وكذلك في هذه المسألة ولا دليل في ذلك على أن القفال يقول بالتعدد

لتعدد الوكيل في الشراء ولا يخالفه كما تقدمت الحكاية عنه في موافقة أبي إسحق ولكن مأخذه ما ذكر وإنما ذكرت ما قاله مع الأوجه في تعدد الصفقة واتحادهما لانا نحتاج إليه في هذا المكان إذ المقصود ههنا ما يترتب على هذا الاصل من الفروع في الرد ولا بد من التفريع عليه وقد يجئ في بعض الفروع بسببه ستة أوجه وضعف القاضى حسين قول أبي إسحق ورأى أن الصحيح مأخذ ابن الحداد ومأخذ أبي زيد وأن أصلهما أن وكيل الشراء هل يطالب بالثمن ووكيل البيع هل يطالب بتسليم المبيع \*

(فروع) \* على هذا الاصل (منها) لو اشترى وكيل لرجل شيئا فخرج معينا فان قلنا بالاصح وهو اعتبار العاقد مطلقا أو لقول أبي اسحق فليس لاحد الوكيلين افراد نصيبه بالرد وبه قطع الماوردي وقاسه جماعة على ما لو اشترى ومات عن اثنين وخرج معينا لم يكن لاحدهما افراد نصيبه بالرد وهل لاحد الموكلين والاثنين أحد الارش سيقع التعرض له إن شاء الله تعالى عند ذكر المصنف مسألة الاثنين في آخر الفصل ان شاء الله تعالى فهذا إذا قلنا بقول ابن الحداد وهو الاصح وبواقفه هنا قول أبي اسحق وإن قلنا بقول أبي زيد جاز لكل من الموكلين افراد نصيبه بالرد وكذلك على الوجه الذي حكاه صاحب التتمة والوجه الذي حكاه القاضي حسين على رأى القفال يفرق بين علم البائع وجهله إن علم جاز لاحدهما أن يرد نصيبه وان جهل فلا لانه لم يرض بتبعض الملك عليه كذلك تقدم عن صاحب التتمة وقاله القاضي حسين وصاحب التهذيب ولم يعينا قائله فحصل في هذا الفرع ثلاثة أوجه (ومنها) لو وكل رجلان رجلا ببيع عبد لهما أو وكل أحد الشريكين صاحبه فباع الكل ثم خرج معينا هل الاصح وهو قول ابن الحداد لا يجوز للمشتري رد نصيب أحدهما وعلى الثلاثة الاوجه الاخر يجوز وعلي الخامس يقتضى أن لا يجوز وحكى الماوردي الوجهين هنا مع قطعه بالمنع أن التوكيل بالشراء كما تقدم يخالف بين الصورتين وهو يقتضى طريقة بان العبرة في جانب الشراء بالعاقد وفي جانب البيع وجهان ولذلك أبدت فما تقدم نظرا في قول من نسب قول أبي زيد إلى أئمة العراق (ومنها) ولو وكل رجلين في بيع عبده فباعه لرجل فعلى الوجه الاول يجوز للمشتري رد نصيب أحدهما وعلى الاوجه الاربعة الاخر لا يجوز (ومنها) على ما قاله الرافعى لو وكل رجلان رجلا

## [ 191 ]

في شراء عبد أو وكل رجلا في شراء عبد له ولنفسه ففعل وخرج العبد معينا فعلى الوجه الاول والثالث ليس للمؤكّلين افراد نصيبه بالرد وعلى الثاني والرابع يجوز وقال القفال إن علم البائع أنه يشتري لهما فلاحدهما رد نصيبه لرضى البائع بالتبعض وإن جهله قلت وهذا الفرع هو الاول بعينه وقد تكرر ذلك في الشرح والروضة وأظن الحامل على ذلك أن صاحب التهذيب ذكر هذا الفرع كما هو هنا وذكر الحكم فيه بالرد ثم أعاده لاجل الكلام في الارش وغير عبارته فقال إذا اشترى رجل بوكالة رجلين لهما شيئا فذكرهما الرافعى بالعبارتين وقدم الثاني على الاول وذكر حكم الرد في الموضوعين وكان يستغني بالاول عن الثاني وتبعه في الروضة على ذلك والله أعلم \* (فرع) \* \* نقل ابن الرفعة هذا الفرع المتقدم لو كان المشتري واحدا لنفسه ولموكله وصرح بذلك في العقد فهل لاحدهما أن ينفرد بالرد فيه وجهان واختيار أبي اسحق لا والثاني وهو الاصح وبه قال ابن أبي هريرة نعم لانهما بالذكر صارا كما لو باشرا حكاه صاحب البحر والقاضى أبو الطيب في كتاب الشركة \* قلت وذلك مخالف لما ذكر أنه لا يصح هنا (والاصح) ما ذكره هنا لان الاصح أن الوكيل مطالب بالعهد وإن صرح بالمباشرة (ومنها) لو وكل رجلان رجلا في بيع عبد ورجلان رجلا في شراء فنباع الوكيلان فخرج معينا فعلى الاوجه (الاول) لا يجوز التفريق وعلى (الثاني) و (الرابع) يجوز فلهما أن يردا على أحد البائعين نصف العبد ولاحدهما أن يرد النصف عليهما وله رد الربع من أحدهما لانه جميع ما يملكه عليه وعلى (الثالث) في جانب المشتري متحد دون البائع فيكون حكمه حكم الواحد يشتري من رجلين فلهما أن يردا نصيب أحد البائعين وليس لاحدهما أن يرد نصيبه عليهما وعلي (الخامس) يقتضى أنه كما لو

اشترى اثنان من واحد عكس الثالث فلكل من الموكلين في الشراء رد حصته بكمالها وليس له رد نصفها على احد الموكلين في البيع وعلى ما قاله القفال يفرق بين العلم والجهل كما تقدم فهذه خمسة أوجه في هذا الفرع وصاحب التتمة حكى فيه خمسة أوجه أيضا لكنه لم يحك الوجه الذي قاله القاضي حسين وإنما ذكر الوجه الذي تقدمت حكايته عنه والذي يظهر في هذا الفرع أنه يتجه التفريع عليه وعلى الثاني كما قدمت وأما الرافعي رحمه الله أنه اختصر جدا وقال فعلى الوجه الاول لا يجوز التفريق وعلى الوجه الآخر يجوز هكذا رأيت في النسخة الوجه

[ 192 ]

الآخر والمراد به قول أبي زيد ويكون قد يدل التفريع على بقية الوجوه الاربعة التي ذكرها في الروضة وبعض نسخ الرافعي وعلى الاوجه الاخر يجوز فمقتضاه أنه يجوز على الوجه الثاني والثالث والرابع فأما جوازه على الثاني والرابع فصحيح على إطلاقه كما تقدم وأما على الثالث فليس على إطلاقه وقد تقدم بيانه (ومنها) وكل رجل رجلين في بيع عبد ووكل رجل آخرين في شراء فتبايع الوكلاء فعلى الوجه الاول يجوز التفريق قال الرافعي والنووي وعلى الوجوه الاخر لا يجوز والامر كما قاله على الوجه الثاني مطلقا وأما على الثالث فيكون كما لو اشترى اثنان من واحد وعلى الرابع كما لو اشترى واحد من اثنين وعلى الخامس كذلك ولا يخفى الحكم في ذلك والرافعي رحمه الله لم يذكر الوجه الخامس في أصل المسألة فحصل في هذا الفرع أربع طرق وهذه الفروع الخمسة ذكرها الرافعي رحمه الله وتقدمه بذكرها جماعة وهي في الرافعي والروضة ستة للتكرار الذي تقدم لتنبه عليه (ومنها) ولم يذكره الرافعي لو وكل الواحد رجلين في الشراء دون البيع قال القاضي حسين فعلى طريقة ابن الحداد والشيخ أبي إسحق للموكل أن يرد النصف وعلى طريقة أبي يزيد ليس له رد النصف قلت وعلى ما حكاه صاحب التتمة والذي حكاه القاضي حسين أيضا ليس له الرد ولا يأتي هنا الوجهان \* \* (فرع) \* إذا صدر العقد بالوكالة فذلك على ستة عشر قسما لانه إما أن يتحد وكيل البيع ووكيل الشراء وموكلاهما وإما أن يتعدد الجميع وإما أن يتحد واحد فقط وهو أربعة وإما أن يتعدد واحد فقط وهو أربعة وإما أن يتعدد اثنان وهو ستة تقدم من هذه الاقسام الستة عشر ستة في الفروع الستة المذكورة وهي إذا تعدد واحد فقط بصورة الاربعة وقسمان من تعدد الاثنين وهما تعدد الوكيلين وتعدد الموكلين وبقيت عشرة منها اتحاد الجميع ولا حاجة إليه هنا والتسعة الباقية لا يخفى تدبرها وتفريعها على الفقيه وإذا أخذ مع هذه الاقسام تعدد العين المبيعة واتحادها كانت الاقسام اثنين وثلاثين فرعا ويحتاج الفقيه في حكم كل منها وتفريعه إلى تيقظ والله أعلم \* \* (فرع) \* فأما إذا جرى العقد بوكالة من أحد الطرفين فقط فستة عشر مسألة لان العاقد لنفسه إما واحد أو متعدد وعلى التقديرين فالوكيل مع موكله أربع صور صارت ثمانية مضروبة في تعدد المبيع واتحاده فهذه ستة عشر في البائع ومثلها في المشتري وقبلها اثنان وثلاثون وقبلها فيما إذا كان العقد بغير وكالة ثمانية وكل منها إما أن يفصل فيه الثمن أولا ولولا التطويل لذكرت كل صورة من ذلك وحكمها

وما يقتضيه التفريع فيها ولكن معرفة الاصل كافية للتبيين والله أعلم \*  
وانما ذكرت تعدد المبيع واتحاده وإن لم يكن له أثر في تعدد الصفقة لان له  
أثرا في الرد بالعيب الذي نتكلم فيه كما تقدم والله تعالى أعلم \* \* (فرع) \*  
هذا كله إذا جرى العقد بصيغة واحدة فلو جرى بصيغتين فلكل منهما  
حكمهما وقد تقدم التنبيه على كل والله أعلم \* \* قال المصنف رحمه الله  
تعالى \* \* (فان مات من له الخيار انتقل إلى وارثه لانه حق لازم يختص  
بالمبيع فانقل بالموت إلى الوارث كحسب المبيع إلى أن يحضر الثمن) \* \* \*  
(الشرح) \* قوله لازم احتراز من الحقوق الحائزة التي تبطل بالموت  
كالوكالة والشركة وخيار القبول وخيار الاقالة وخيار المكاتب ونحو ذلك  
(وقوله) يختص بالمبيع احتراز من خيار الرجوع في الهبة والعيب في  
المنكوحة هكذا ذكره المتكلمون على المهذب وقال أبو الطيب في تعليقه  
يتعلق بعين المبيع وجعله احترازا من الاجل فانه يتعلق بما في الذمة  
والاعيان لا يقبل التأجيل وصورة المسألة إذا مات المشتري قبل الاطلاع  
على العيب أو بعد الاطلاع وقبل التمكن من الرد أو بحدث العيب قبل  
القبض بعد موت المشتري ويقدر ثبوته للميت ثم ينتقل كما في سائر  
الامور التقديرية وهذا الحكم من كون خيار العيب ينتقل للوارث لا خلاف  
فيه وقل من صرح به هنا ولكن في خيار الشرط حيث يذكرون الخلاف فيه  
بيننا وبين الحنفية يقيسونه على خيار العيب \* \* (قاعدة) \* الحقوق في  
المهذب (منها) ما يورث قطعا (ومنها) ما لا يورث قطعا (ومنها) ما فيه خلاف  
وجملة ما يحضرنى من الحقوق الآن خيار الرد بالعيب وخيار الشفعة وخيار  
الغاس وحق حبس المبيع والرهن والضمان ومقاعد الاسواق وخيار الشرط  
وخيار تلقى الركبان وخيار تفريق الصفقة وخيار الامتناع من العتق وخيار  
الخلف وحق الحجر وحق اللقطة وحق المرور والاختصاص بالكلب وجلد  
الميتة ونحوهما وخيار المجلس وقبول الوصية وحق القصاص وحد القذف  
والتعذير وخيار الرؤية إذا أثبتناه والتحالف والعارية والوديعة والوكالة  
والشركة والوقف والولاء والخيار في النكاح خيار القبول وخيار الاقالة  
وخيار

الوكيل وحق الرجوع في الهبة وحق الاجل والتعيين والتبيين في ابهام  
الطلاق وفي نكاح المشرك وتفسير الاقرار بالمجمل والله أعلم \* \* (فرع) \*  
لو قطع ابن المشتري يد العبد المبيع قبل القبض ثم مات المشتري قبل  
التمكن من الاختيار وانتقل الارث إلى الابن القاطع هل له الخيار بحق  
الارث قال الرويانى يحتمل أن يقال له الخيار لانه يستفيد الخيار عن  
المورث لا عن نفسه بدليل أنه لو رضى بالعيب في حياة المورث ثم مات  
الاب كان له الخيار فإذا صح هذا فان اختار اجازة البيع لم يغرم شيئا للقطع  
لانه ملكه وان فسح كان عليه نصف القيمة ويسترجع الثمن وفي القول  
الاخر يغرم نقصان القيمة الحاقا للمماليك بالاموال \* \* قال المصنف رحمه  
الله تعالى \* \* (فان كان له وارثان فاختر أحدهما أن يرد نصيبه دون الآخر  
لم يجز لانه تبعض صفقة في الرد فلم يجز من غير رضا البائع كما لو أراد  
المشتري أن يرد بعض المبيع) \* \* \* (الشرح) \* هذا الذي ذكره المصنف رحمه  
الله هو الصحيح وهو قول ابن الحداد وقطع به جماعة منهم القاضى حسين  
والامام وممن صححه الرافعى والجرجاني وقال الفورانى انه ظاهر

المذهب واستدلوا له بأن أحد الاثنيين لو سلم نصف الثمن لم يلزم البائع تسليم النصف إليه وبأنهما قائمان مقام المورث ولم يكره له التبعيض وهذا هو استدلال المصنف رحمه الله واحترز بقول تبعيض عن خيار الشرط ويقول الصنفقة أي الواحدة عن المشترين وفيه وجه أنه ينفرد أحد الوارثين برد نصيبه لأنه جميع ماله حكاة الرافعي ونقله أبو إسحاق العراقي عن حكاية أبي علي محتجا بالصحيح المشهور في المكاتب إذا ورثه اثنان فأعتق أحدهما نصيبه أنه ينفذ والفرق بينهما ظاهر ونظره ابن الرفعة بقول في الراهن إذا مات وخلف اثنين فوفى أحدهما من الدين بقدر نصيبه انه ينفذ نصيبه وبالجملة هذا الوجه ضعيف (وإذا قلنا) به فلا أرش وعلى الاول هل يجب الارش للذي منعاه من الرد فيه وجهان (أحدهما) يجب ونسبه الروياني إلى ابن الحداد لتعذر الرد كما بالتلف (والثاني) لا يجب لعدم اليأس فانه يرجو موافقة صاحبه قاله القاضي حسين والاصح التفصيل إن حصل اليأس بأن علم الآخر بالعيب وأبطل حقه أو توانى مع الانكار رجع هذا بالارش وإن كان يرجو موافقة صاحبه لغيبته أو حضوره مع عدم اطلاعه فلا وهذا من القاضي رحمه الله قد يوهم أن في المسألة ثلاثة أوجه (أحدها) أنه لا يجب

[ 195 ]

الارش مطلقا وإن حصل اليأس لكن الذي قاله الامام وصاحب التهذيب والرافعي وجزموا به وجوب الارش في حالة اليأس وهو الظاهر فليكن قول القاضي محمولا على أنه أراد تنزيل الوجهين على ذلك وعلته في الوجه الثاني ترشد إلى أن محله عند عدم اليأس وكلام الروياني يدل على ذلك فانه حكى قول الرد وقول أخذ الارش وقول التفصيل كما قاله القاضي ونسبه إلى القفال وكذلك فعل صاحب التتمة قطع حالة اليأس بوجوب الارش وحكى الوجهين حالة عدم اليأس لوجود التعذر والكلام في الوارثين كما صرح به القاضي حسين والرافعي أجاز تعيينه فيما إذا وكل اثنان واحدا بالشراء ومنعنا كلا من الموكلين من الانفراد برد نصيبه فهل له الارش فيه الخلاف المذكور فيحصل بذلك مع الوجه الذي حكاة الرافعي رحمه الله في مسألة الوارثين ثلاثة أوجه (أصحهما) لا يرد وبأخذ الارش إن أيس (والثاني) لا يرد الارش (والثالث) يرد وقولنا هنا على الاول أنه يأخذ الارش أي هل هو على سبيل التعيين أو للبائع أن يسقطه بالرضى بالرد لدى ذكره البغوي وكذلك قطع الماوردي في مسألة الوارثين بأن البائع بالخيار بين أن يسترجعه بنصف الثمن وبين أن يعطي نصف الارش وهذا يقتضى أنه لا يكون هو الوجه الاول ويكون المراد أنه يأخذ الارش أي إن لم يوافق البائع على الرد وليس المراد أنه يجب الارش عينا رضى البائع أو سخط وبعضه هذا الاحتمال أن قول المنع الذي هو الصحيح منسوب إلى ابن الحداد كما تقدم وهو مع ذلك قائل كما قاله القاضي أبو الطيب في شرح الفروع أنه إذا طلب أحد الاثنيين الارش يجبر البائع كما قاله الماوردي فعلى هذا إذا رضى البائع بالرد وسقط حق المشتري من الارش ويحتمل أن يكون كل من الكلامين محمولا على ظاهره فيكون في المسألة أربعة أوجه والاحتمال الاول حتى يكون قول ابن الحداد مطبقا على ما هو الصحيح ويدل عليه كلام صاحب التهذيب والتحقيق في ذلك أنا إن جعلنا المانع كون الصنفقة متحدة ولا يقبل التفريق شرعا فيمتنع ويجب الارش عينا وليس للبائع الرضى بالرد وإسقاط حق المشتري من الارش (وإن) جعلنا المانع الضرر الحاصل للبائع بالتبعيض فإذا رضى بالرد فقد رضى بحصول الضرر له فيبطل حق المشتري من الارش (وأما) الرافعي رحمه الله فانه قال تبعا

لصاحب التهذيب في مسألة الاثنيين والموكلين في الشراء إذا منعنا أحدهما عن الانفراد انه حصل اليأس عند رد الآخر فان رضى به وجب الارش هذا وإن لم يحصل فكذلك على الاصح فاما جزمه بالارش عند

[ 196 ]

اليأس الحقيقي فحيد وهو موافق لما تقدم عن الامام وقد تقدم أن كلام القاضى يوهم جريان الخلاف فيه وتأويله وأما بقية الكلام عليه ففيه مناسبة في قوله أن اليأس عن رد الآخر بأن رضى به وجب الارش هذا وإن لم يحصل فلذلك يحصل برضى الآخر وقد تقدم هو عن الامام وقدمته عنه أن اليأس باعتاق الآخر وهو معسر (وأما) الرضا فانه قدم فيه خلافا عن الامام مبينا على انه لو اشترى نصيب صاحبه وضمه إلى نصيبه وأراد رده والرجوع بنصف الثمن هل يجبر البائع على قبوله (ان قلنا لا وجب الارش والا فكذلك في الاصح فقطعه هنا بأن الرضا يحصل به اليأس مخالف لما ذكر هناك (وأما) قوله ان الاصح وجوب الارش إذا لم يحصل الرضا فهو فيه موافق لصاحب التهذيب وذلك مخالف لما صححه القاضى حسين والترجيح بين التصحيحين متوقف على تحقيق المأخذ في وجوب الارش وهل هو اليأس أولا والاول هو الذى يقتضيه كلام الشافعي رضى الله عنه وسأذكره عندما إذا باع المبيع ثم اطلع على عيبه ان شاء الله تعالى وإذا تحقق ذلك ظهر أن الاصح ما قاله القاضى حسين والا فالاصح على ما قاله الرافعى والبغوى \* (فرع) \* إذا أوجبت الارش للممنوع من الرد فهل هو ارش النصف أو نصف الارش قد تقدم في كلام الماوردى في الاثنيين (الثاني) وهو كذلك فان الصفقة واحدة وأحد الوارثين يستحق نصف ما كان الميت يستحقه وهو مستحق عند تعذر الرد الارش كاملا فيستحق أحد وارثيه عند تعذر الرد نصفه (وأما) أحد الموكلين في الشراء فمن حيث كون الصفقة واحدة اعتبارا بالوكيل على الاصح لنسبة مسألة لاثنيين وفيه نظر من جهة أنهما لا يتلقيان استحقاق الارش من غيرهما حتى ينقسم بينهما وإنما يثبت لكل واحد ارش نقصان ملكه وقد يكون ارش النصف أقل من نصف الارش لانا نثبت من قيمة النصف وقيمة النصف أقل من نصف القيمة \* \* قال المصنف رحمه الله تعالى \* \* (وإن وجد العيب وقد زاد المبيع نظرت فان كانت لزيادة لا تتميز كالسمن واختار الرد مع الزيادة لانها لا تنفرد عن الاصل في الملك فلا يجوز أن ترد دونها \* \* (الشرح) \* الزيادة المتصلة التى لا تتميز كالسمن وتعلم العبد الحرفة والقرآن وكبير الشجر وكثرة أغصانها نابعة يرد الاصل ولا شئ على البائع بسببها ويجبر البائع على قبول العين زائدة وأوراق

[ 197 ]

شجرة الفرصاد اختلف الاصحاب في أنها كالأغصان أو كالثمار وأوراق سائر الاشجار كالأغصان قالهما الامام رحمه الله ولو اشترى غزلا فنسجه ثم علم به عيبا قال الماوردى حكى ابن سريج فيه قولين (أحدهما) يتخير المشتري بين الرد ولا أجره له عن النسيج وبين الامساك وأخذ الارش لان النساجة أثر لا عين (والثاني) أن البائع ان بذل الاجرة فله أن يسترده منسوجا وإن امتنع لزمه الارش لان النساجة زيادة عمل في مقابلة عوض

قال الرويانى وهذا أصح عندي ولا يجوز غيره قال المحاملي وفى هذا نظر وان خيار البائع انما يترتب على إمساك المشتري وطلب الارش فكيف يجعل قولاً ثانياً بل يتحرر الجواب في المسألة بأن نقول المشتري بالخيار بين الرد ولا أجره له وبين الامساك وأخذ الارش فان اختار الامساك كان للبائع دفع أجره النسيج والرد فان اختار ذلك أجبر المشتري وإن لم يختار أجبر البائع على دفع الارش وقال صاحب التهذيب لو زاد المشتري في المبيع شيئاً بصنعه بأن كانت داراً فعمرها أو ثوباً فصبغه ثم اطلع على عيب إن أمكنه نزع الزيادة من غير نقص نزعها ورد الاصل وإن لم يمكنه فان رضى البائع بأن يردّه ويبقى شريكاً في الزيادة رد وإن امتنع أمسكه وأخذ الارش وسيأتى فرع طويل في الصبح فيه زيادة على ما قال صاحب التهذيب هنا أذكره إن شاء الله عند الكلام فيما إذا نقص المبيع \* \* قال المصنف رحمه الله تعالى \* \* (وإن كانت زيادة منفصلة كاكساب العبد فله أن يرد ويمسك الكسب لما روت عائشة رضى الله عنها " أن رجلاً ابتاع غلاماً فاقام عنده ما شاء الله أن يقيم ثم وجد به عيباً فخاصمه إلى النبي صلى الله عليه وسلم ورد عليه فقال الرجل يا رسول الله قد استغل غلامي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمآن " ) \* \* (الشرح) \* حديث عائشة هذا رواه أبو داود وابن ماجه والحاكم في المستدرک وقال صحيح الاسناد ولم يخرجاه وقد روى حديث عائشة هذا مطولاً كما ذكره المصنف رحمه الله ومختصراً فالمطول من رواية مسلم بن خالد الزنجي شيخ الشافعي عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة كذلك رواه الشافعي في الام ورواه الائمة المذكورة وقد وثق يحيى بن معين رحمه الله مسلم بن خالد يسأله العباس بن محمد عنه فقال ثقة وكذلك قاله في رواية الدارمي عنه لكن البخاري رحمه الله قال عنه

## [ 198 ]

انه منكر الحديث وقال أبو داود عقب روايته لهذا الحديث هذا إسناد ليس بذاك (وأما) المختصر فلم يذكر فيه القصة واقتصر على قول النبي صلى الله عليه وسلم " الخراج بالضمآن " رواه أيضاً مسلم بن خالد عن هشام رواه عنه الشافعي رحمه الله في الام وتابع مسلماً علي روايته هكذا عمر بن علي المقدمي وهو ثقة متفق على الاحتجاج بحديثه رواه الترمذي عن أبي سملة يحيى بن خلف الحويارى وهو ممن روى عنه مسلم في صحيحه عن عمر بن علي وهذا إسناد جيد ولذلك قال الترمذي فيه هذا حديث حسن صحيح غريب من حديث هشام بن عروة ولفظ الترمذي في هذه الرواية أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى أن الخراج بالضمآن وقد روى مختصراً أيضاً من طريق هي أشهر من هذه وإن كانت هذه أحسن وأصح عن مخلد بن حبان عن عروة رواه الشافعي رضى الله عنه في الام والمختصر رواه المختصر عن من لا يتهم عن ابن أبي ذؤيب وفى الام عن سعيد بن سالم عن ابن أبي ذؤيب ورواه أبو داود والترمذي وقال حسن والنسائي والحاكم في المستدرک من جهة جماعة عن ابن أبي ذؤيب عن مخلد وعن مخلد قال ابتعت غلاماً فاستغليته ثم ظهرت منه على عيب فخاصمته فيه إلى عمر بن عبد العزيز فقضى له برده وقضى على برده وقضى على برده فأتيت عروة فاخبرته فقال أروح إليه العشيّة فاخبره أن عائشة أخبرتني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في مثل هذا أن الخراج بالضمآن فعجلت إلى عمر فاخبرته ما أخبرني عروة فقال عمر فما أيسر على من قضاء قضيته الله يعلم أنى لم أر فيه إلا الحق فبلغني فيه بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فراج إليه عروة فقضى له أن أخذ الخراج من الذى

قضى به علي له وقد تكلم في مخلد وإسناده هذا فقال الأزدي مخلد بن خفاف ضعيف وسيد أبو حاتم عنه فقال لم يرد عنه غير ابن أبي ذؤيب وليس هذا إسنادا يقوم به الحجة يعني الحديث وعن البخاري أنه قال هذا حديث منكر ولا أعرف لمخلد بن خفاف غير هذا الحديث قال الترمذي فقلت له فقد روى هذا الحديث عن هشان ابن عروة عن أبيه عن عائشة رضى الله عنها فقال إنما رواه مسلم ابن خالد الزنجي وهو راهب الحديث وقال الترمذي بعد روية المقدمي استغرب محمد ابن اسماعيل يعني البخاري هذا الحديث من حديث عمر بن علي قلت يراه تدليسا قال لا وإذا وقفت علي كلام هؤلاء الأئمة رضى الله عنهم قضيت بالصحة على الحديث كرواية المقدمي لاسيما وقد صرح البخاري بانتفاء التدليس عنها وإن كانت غريبة وقضاء عمر بن عبد العزيز بهذا كان في زمن أمرته علي

[ 199 ]

المدينة قال الترمذي والعمل على هذا عند أهل العلم قال وتفسير الخراج بالضمان هو الرجل يشتري العبد فيستغله ثم يجد به عيبا فيرده على البائع فالغلة للمشتري لأن العبد لو هلك هلك من مال المشتري ونحو هذا من المسائل يكون فيه الخراج بالضمان وقال الأزهرى الخراج الغلة يقال خرجت غلامي إذا واقفته على شئ وغلة يؤديها إليك في كل شهر ويكون مخل بينه وبين كسبه وعمله قال الشيخ أبو حامد ومنه خراج السواد لأن الفلاحين كانوا يعطون شيئا من الغلة عن الأرض وقال الماوردي رحمه الله الخراج اسم لما خرج من الشئ من عين ومنفعة وقال القاضي أبو الطيب الخراج اسم للغلة والفائدة التي تحصل من جهة المبيع ويقال للعبد الذي ضرب عليه مقدار من الكسب في كل يوم أو كل شهر مخارج قال وقولنا الخراج بالضمان معناه أن الخراج لمن يكون المال يتلف من ملكه فلما كان المبيع يتلف من ملك المشتري لأن الضمان انتقل إليه بالقبض كان الخراج له ولا يدخل علي هذا ضمان المعضوب على الغاصب لأنه ليس له وإنما هو ملك المعضوب منه مضمون على الغاصب والمراد بالخبر أن يكون ملكه مضمونا على المالك وهو أن يكون تلفه من ماله فإذا كان تلفه من ماله كان خراجه له ووزانه أن يكون خراج المعضوب للمعضوب منه لأن ملكه وتلفه منها من ماله والشيخ أبو حامد اعتذر عن هذا بأنه لم يقل الخراج بالضمان مطلقا وإنما قالت عائشة رضى الله عنها قضى في مثل هذا أن الخراج بالضمان وفى ذلك الموضع كان الشئ ملكا له وقد حصل في ضمانه وكل موضع يكون ملكا والضمان منه تكون الغلة له والمعضوب والمستعار والوديعة إذا تعدى فيها كل هذه المواضع لا ملك فلم تكن الغلة له وهذا المعنى من كون المراد أن الخراج تابع للملك والضمان هو المعتمد ولا خلاف أن عدم الملك لا يكون الخراج له وقد رأيت في كتاب الأزهرى على ألفاظ الشافعي رحمه الله أنه إذا اشترى الرجل عبدا بيعا فاسدا فاستغله أو اشتراه ببيع صحيح فاستغله زمانا ثم عثر منه على عيب فرده علي صاحبه فإن الغلة التي استغله من العبد وهى الخراج طيبة للمشتري لأن العبد لو مات مات من ماله لأنه كان في ضمانه فهذا معنى الخراج بالضمان وهذا الذى قاله الأزهرى رحمه الله في البيع الفاسد غلط لا يأتي على مذهبا \* (واعلم) أن ما حكيت من كلام الاصحاب يقتضى أن اسم الخراج شامل للعين والمنفعة بالنص وكلام الشافعي رحمه الله في الرسالة يقتضى خلاف ذلك وأنه قاس ما خرج من تمر حائط وولد على الخراج وأن الشاة المصراة إذا

رضيها ثم اطلع على عيب آخر بها بعد شهر ردها ورد بدل لبن التصرية معها صاعا وأمسك اللبن الحادث قياسا قال ابن المنذر قال بظاهر قوله الخراج بالضممان سريخ والحسن البصري وابراهيم النخعي وابن سيرين وسعيد بن جبير وبه قال مالك والثوري والشافعي وأبو إسحق وأبو عبيد وأبو ثور قال مالك في أصواف الماشية والشعور كذلك وقال في أولاد الماشية يردها مع الامهات وقد ذكر أبو ثور عن أصحاب الرأي أنهم ناقضوا فقال في المشتري إذا كانت ماشية فحلبها أو نخلا أو شجرا فأكل من ثمرها لم يكن له أن يرد بالعيب ويرجع بالارش وقال في الدار والداية والغلام الغلة له ويرد بالعيب قلت قسم بعض أصحابنا الحاصل للمشتري من المبيع إما أن يكون غير متولد من العين أو متولدا منهما فالاول إما منافع كاستخدام العبد وتجارته وما اعتاد اصطياده واحتطابه واحتشاشه وقبوله الهدية والوصية ووجد أنه ركازا أو لقطة ومهر الجارية إذا وطئت بالشبهة وأجرة المبيع إذا أجره وأخذ أجرته فكل ما حصل من ذلك نادرا كان أو معتادا للمشتري أن يستأثر به ويمسكه ويرد المبيع وحده ويسترجع جميع الثمن قولا واحدا لا خلاف في ذلك للحديث هكذا قاله جماعة وعن الرافعي في تلف المبيع قبل القبض أن الوهوب والموصى به والركاز والكسب

على الخلاف وسيأتى عن القاضي حسين ما يقتضى جريان الخلاف في المهر قبل القبض عند التلف وقد حكى عن عثمان الليثي وعبد الله بن الحسن أنه يلزمه رد غلة العبد حقه \* وقال عبيد الله ويرد الهبة التي وهبها أيضا وكان شبهتهما أن الفسخ يرفع العقد من أصله وسيظهر الجواب عنه إن شاء الله تعالى \* وعن أبي حنيفة أنه إن رد قبل القبض رد الكسب والغلة وجميع ما ليس من غير الاصل مع الاصل وإن رد بعد القبض ولا يمنعه ذلك من الرد وما أظن أحدا يقول انه يجب عليه رد أجرة استخدامه للعبد وتجارته له وسكنى الدار ومركوب الدابة ونحوه مما هي منافع محضة لا أعيان فيها \* ولو قال ان الفسخ يرفع العقد من أصله ووجه الاعتذار عن ذلك لعله يتعرض له فيما بعد عند ذكر هذا الاصل ان شاء الله تعالى \* (فائدة لآخر) \* الموجود في النسخ في لفظ الحديث قد استعمل غلامين - بالعين المعجمة واللام المشددة - وضبطه صاحب الاستقصاء - بالعين المهملة وميم بعدها وتخفيف اللام - وكل ما ذكره في العبد فمثله في الامة إلا الوطنى فسيأتي حكمه إن شاء الله تعالى وإلى هذا القسم أشار المصنف رحمه الله بقول اكتساب العبد وكذلك سكنى وركوب الدابة كل ذلك أدخله الاصحاب في اسم الغلة وان كان قد لا يشمل اسم الزوائد الذي تضمنه كلام المصنف إن شاء الله تعالى وأما المتولد من الغير فسيأتي حكمه في كلام المصنف \* \* قال المصنف رحمه الله تعالى \* \* (وان كان المبيع بهيمة فحملت عنده وولدت أو شجرة فأنثرت عنده رد الاصل وأمسك الولد والثمرة لانه نماء منفصل حدث في ملكه فجاز أن يمسكه ويرد الاصل كغلة العبد) \* \* \* (الشرح) \* هذا هو القسم الثاني أن تكون الفوائد الحاصلة أعيانا متولدة من غير المبيع كالولد والثمرة واللبن والصوف الحادث بعد العقد وأوراق الفرصاد على أحد الوجهين كما تقدم وقد اختلف العلماء في ذلك

على ثلاثة مذاهب (مذهبننا) أنه يمسك الثمار والفوائد الحاصلة ويرد الاصل بالعيب إذا لم يكن قد نقص بذلك يعني فلا يغيره وبه قال أحمد (وقال) أبو حنيفة لا يكون له الرد ويأخذ الارش (وقال) مالك يرد مع الاصل الزيادة التي هي من جنس الاصل وهي الولد ولا يرد ما كان من غير جنسه كالثمرة بل يرد الاصل وحده فوافقنا على الرد وخالفنا في

[ 202 ]

إمساك النتائج \* وأبو حنيفة رحمه الله خالفنا في الرد ومعتدنا في جواز الرد وجود العيب \* وفي إمساك الفوائد الحديث فإن الخراج يشمل كل ما خرج عينا كان أو منفعة وقد ورد في رواية أخرى أن الغلة بالضمان والغلة تشمل الثمرة وغيرها \* والمصنف رحمه الله جعل الدليل في ذلك القياس على غلة العبد التي ورد النص فيها \* وأبو حنيفة يسلم الحكم فيها قبل القبض ومالك رحمه الله يسلم الحكم فيها مطلقا ومعتد المخالفين أمران (أحدهما) أن الفسخ رفع للعقد من أصله وهذه قاعدة يبنى عليها فروع هذا الفصل وقد اختلف أصحابنا فيها والمذهب (الصحيح) وبه قال ابن سريج أن الفسخ يرفع العقد من حينه لا من أصله لأن العقد لا ينلّف حكمه على ما مضى فكذلك الفسخ وبدليل أنه لا يسقط به الشفعة ولو انفسخ من الاصل لسقطت ولأنه لو باع عبد الجارية فأعتق الجارية ثم رد العبد بالعيب لم يبطل العتق به ولو كان فسحا من الاصل لبطل ولا فرق في ذلك بين أن يكون الفسخ قبل القبض أو بعده \* وفيه وجهان آخران (أحدهما) أنه إن انفق قبل القبض يرفعه من أصله لأن العقد ضعيف بعد فإذا فسح فكأنه لا عقد يخالف ما بعد القبض ولا فرق في ذلك كما اقتضاه كلام الامام بين أن يكون العيب مقارنا للعقد أو حدث قبل القبض قال ابن الرفعة وفي الثاني نظر كيف يتقدم على سببه ولعل ذلك لأن ما قبل القبض ملحق بما قبل العقد في الضمان وفي ذلك أيضا (والثاني) أنه يرفعه من أصله مطلقا تخريجا من القول بوجوب مهر المثل إذا فسح النكاح بعيب حدث بعد المنتبش وهذا الوجه حكاه الرافعي عن التتمة هكذا وهو في التتمة لكن ليس فيها التصريح بقوله مطلقا ومراد الرافعي بالاطلاق بالنسبة إلى ما قبل القبض وبعده (وأما) بالنسبة إلى العيب المقارن والطارئ فلم يتعرض لذلك وفي التتمة توجيه الوجه الذي حكاه بأن سبب الفسخ قارن العقد وهو العيب فيستند الحكم إليه ويجعل كأنه جمع في العقد بين موجود ومعدوم حتى يصير كأن العقد لم يكن قال ابن الرفعة وهذا من كلام يقتضى اختصاص هذه الطريقة بالعيب المقارن وفي العيب الحادث يعني قبل القبض إذا فسح به بعد القبض ينبغى أن يضاف الفسخ تفريعا عليها إلى وقت حدوث العيب لا إلى أصل العقد كما نقله عن بعض الاصحاب في فسح النكاح (قلت) وهذا جوابه ما قدمه هو من التسوية بين ما قبل القبض وما قبل العقد كما اقتضاه كلام الامام رحمه الله من التسوية بين العيب المقارن والطارئ في جريان الخلاف قبل القبض

[ 203 ]

فعلي الطريقة التي حكاه صاحب التتمة يكون كذلك ولو ثبت ما أشار إليه ابن الرفعة واقتضاه كلام صاحب التتمة لزم اثبات وجه باستناد الفسخ إلى

حالة حدوث العيب سواء حصل الفسخ قبل القبض أم بعده ولا نعلم من قال به في شيء من الحالتين \* وقال أبو حنيفة رضى الله عنه الرد بالعيب قبل القبض يرفع العقد من أصله وأما بعد القبض فإن كان بالتراضى فيرفعه من حينه وإن كان بحكم الحاكم فيرفعه من أصله واستدل أبو حنيفة على أن الفسخ يستند إلى الاصل بأنه لا تجب فيه الشفعة \* وأجاب أصحابنا رحمهم الله بأن الاقالة لا تجب فيها الشفعة ومع ذلك لا ترفع العقد من أصله وجعلوا الرد في كونه رافعا من حينه مقيسا على الاقالة ثم قالوا لو كان الرد بالعيب يرفع العقد من أصله لا بطل حق الشفيع وهو لا يبطله فدل على أن الفسخ قطع للعقد من حينه \* إذا ثبت هذا الاصل فنحن نقول بأنه يرفع العقد من حينه فلذلك تكون الزيادة الحادثة في ملك المشتري له ولا يمنعه ذلك من فسخ العقد كالاقالة وأبو حنيفة رحمه الله يقول لما كان الرد بالعيب يرفع العقد من أصله لانه جبر له بخلاف الاقالة أوجب ذلك أن يرد النماء الحادث لكننا أجمعنا أي نحن وأنتم على أنه لا يلزمه رد النماء فدل على أنه لا يجوز الرد وأيضاً قالوا لا يجوز رده بدون النماء المنفصل كالمتمصل ومالك رحمه الله يجرى قوله في رد الولد على هذا الاصل لكنه يلزمه ذلك في سائر الزوائد والثمرة أولى بالرد إذا كانت مؤجرة حين الرد لانها متصلة والولد منفصل فلما وافق على عدم ردها لزمه ذلك في النتائج \* وأما أبو حنيفة رحمه الله فيلزمه التسوية بين الكسب الحاصل من غير العين والنتاج والثمرة الحاصلة من العين وقد فرق بينهما فقال يجوز الرد وبقيبة الاكساب له بعد القبض دون ما قبله كما تقدم وقال هنا يمنع الرد وذلك تناقض بل كان اللائق بأصله أن يستوى بين الجميع وأن يجوز الرد ويرد الزوائد كلها (الامر الثاني) أن الزيادة الحادثة بعد البيع مبيعة تبعاً لانه لا سبب للملك فيها الا سراية الملك من الاصل إليها والاصل مبيع فيسرى حكمه إليها على صفته ومع هذا الاصل لا يحتاج في رد الفوائد إلى أن العقد يرتفع من أصله بل يرد الفسخ على الولد مع الاصل وهذا قول للمالكية وبه تتمسك الحنفية أيضاً ونحن نسلم أن سراية الملك من الاصل إليها والاصل مبيع فيسرى حكمه إليه (1) حاصلة ولكن سراية العقد لا معنى لها فان العقد لا يرجع إلى وصف المحل المعقود عليه إذ لا معنى لكونه معقوداً عليه الا كونه مقابلاً بالثمن بحكم صيغة العقد وهذه

(1) بياض بالاصل فحرر

[ 204 ]

المقابلة لم تحصل الزيادة وعلى هذا الاصل تخرج مسائل الاولاد في الطرد والعكس أما ولد المرهونة فليس مرهون عندنا فان التوثق بالمرهون لا يرجع إلى صفة فيه وولد المرهونة ليس مرهوناً بالاتفاق حتى لا يتعدى حق الرجوع إليه لان الرجوع سلطة للمنعن فيما أنعم به ولم ينعم إلا بالام والولد متولد من الموهوب يسرى إليه ملك الهبة لا عقد الهبة وولد الاضحية المعيبة وولد المستولدة كأمهما لان الملك في المستولدة نقص بالاستيلاء وصار ذلك وصفاً لها والشاة صارت كالمسلمة إلى الله تعالى من وجه وكالناقة من وجه وهذا راجع لصفيتها وولد المكاتب وولد المدبرة فيهما اختلاف قول ومنشأه التردد في أن نقصان الملك من المكاتب هل يضاهاى النقصان في المستولدة أم يقال الكتابة حكر لازم كالحجر في المرهون \* فتبين بهذا أنه إنما يسرى لى الولد ما كان وصفاً للام والخصم يرد ذلك في

الراهن والبيع إلى صفة في المحل ويزعم أن ذلك وصف شرعي كالتضحية والاسنيلاذ \* فهذا فصل مقيد في هذا المعنى من كلام الغزالي رحمه الله قال والنظر في الفرق والجمع في هذه الصورة دقيق والطريق فيه ما نبهنا عليه وإذا تمهد أن الزيادة ليست مبيعة بطل القول برد النتاج والاكساب وبطل القول بذلك فيما قبل القبض أيضا وبطل منع الرد بسببها بعد القبض لأنها إذا لم تكن مبيعة فالبيع هو الاصل وقد تمكن من رد ما اشترى كما اشترى فليجز له الرد بعيب قديم لم يرض به كما إذا هلكت هذه الزوائد \* ثم على أبي حنيفة رحمه الله في هذا الطريق مزيد إشكال فانه إن كان مبيعا فليرد الاصل معها كما قاله مالك وكما قاله أبو حنيفة قبل القبض وان لم يكن مبيعا فامتناع الرد بسببه لا معنى له \* وعند هذا قد تم النظر في مذهبننا \* هذا كلام الغزالي رحمه الله في المآخذ وقد تكلم الاصحاب في الاولاد في كتاب الرهن وهى ولد المرهونة وأم الولد والمكاتبة والمدبرة والمعنقة بصفة والاضحية والمدبرة والجانية والضامنة والشاهدة والوديعة والعارية والمستأجرة والمغصوبة والمأخوذة بالسوم والموصى بها والزكاة وان يسر الله تعالى من الوصول إلى الرهن أذكر تفصيلها هناك ان شاء الله تعالى وله أكمل \* وههنا تنبيهات (أحدها) أن الذين قالوا من أصحابنا إن الرد يرفع العقد من أصله لم نعلم أحدا منهم يقول بامتناع الرد كما يقوله أبو حنيفة لا قبل القبض ولا بعده وذلك يدل على أحد أمرين إما ضعف القول المذكور وإما أنه لا تلازم بينه وبين امتناع الرد كما تقدم في البحث مع أبي حنيفة وكلام الامام والغزالي ما يشعر بالملازمة

[ 205 ]

بينهما فان كان كذلك فلعل سكوتهم عن طرد القول المذكور يضعفه (الثاني) أن مقتضى القول برفع العقد من أصله وان كان بعد القبض أن يرد الزوائد والاصحاب رحمهم الله حكوا قولين في رد الزوائد ان كان الرد قبل القبض وبنوهم على الخلاف في الطريقة المشهورة أن الفسخ رفع للعقد من أصله أو من حينه فعلى الاول برد وعلى الثاني وهو الصحيح لا يرد (أما) إذا كان الرد بعد القبض فلم نعلم أحدا يقول برد الزوائد ومقتضى الطريقة التى نقلها صاحب التتمة أن يجري الخلاف فيها أيضا وابن الرفعة اعتذر عن ذلك بأنه لعل من يقول بأنه يرفع العقد من أصله وإن أطلقه يريد به ما ذكره الغزالي رحمه الله في كتاب الصداق حيث تكلم في الفرق بين الزيادة المتصلة فيه وفى الصداق وهو أن الرد بالعيب يرفع العقد من أصله بالاضافة إلى حينه ثم اعترض على نفسه بأن مثل هذا يجوز أن يقال في الرد قبل القبض ولم يقولوا به بل جزموا على القول بأنه يرفع العقد من أصله بأن الزوائد للبائع وأجاب بأن الذى أحوجهم إليه بعد القبض استقرار العقد والاستقرار معقود قبله (الثالث) أن كلام المصنف رحمه الله جازم بعدم رد الولد والثمرة من غير تفصيل وهو كذلك فيما إذا كان الرد بعد القبض أما قبل القبض ففيه الخلاف كما تقدم لكن طريقة العراقيين كما جزم به المصنف رحمه الله من القطع بعدم رد الزوائد وأن الرد فسخ للعقد من حينه لا من أصله وانما الخلاف في طريقة غيرهم والاصح عند غيرهم أيضا كما جزموا به (الرابع) قد علمت أنه لا خلاف أن الرد إذا وجد بعد القبض لا يرد معه الزوائد ولا فرق في ذلك بين الزوائد التى حصلت بعد القبض والتي حصلت قبله بلا خلاف وانما محل الخلاف في الزوائد قبل القبض إذا كان الرد قبل القبض وقد وقع في الوجيز ما يوهم خلاف ذلك فانه قال يسلم الزوائد للمشتري إن حصلت بعد القبض وكذلك لو حصلت قبله على

أقيس الوجهين وحملوا ذلك على أنه طعيان قلم بزيادة التاء ويكون المراد حصل أي الرد ويستقيم الكلام (الخامس) في عبارة كثير من الفقهاء ومنهم الرافعي أن الفسخ رفع للعقد من حينه وقيل من أصله وفي عبارة آخرين منهم القاضي حسين والامام أن الرد قطع للعقد من حينه ولا يستند ارتفاع العقد لى ما تقدم وفي عبارة الماوردي شئ منه ويعرض في ذلك بحثان (أحدهما) هل الرفع من حينه والقطع بمعنى واحدا أولا (والثاني) أن الرفع من أصله هل معناه تبيين عدم العقد أو الملك أم لا (والجواب) أما الاول فالرفع

[ 206 ]

والقطع ليسا بمعنى واحد فان القطع صادق على قطع النكاح بالطلاق وقطع الملك بالبيع وكثير من أسباب الانتقالات ولا يسمى شئ من ذلك رفعا والرفع من حينه يسمى قطعاً لانه انقطع به الملك حقيقة فالرفع من حينه أخص من القطع فكل رفع من حينه قطع وليس كل قطع رفعا ولذلك وقع في كلام الامام والماوردي رحمهم الله تسميته بالقطع والسرفي الفرق بين الرفع والقطع الذي ليس برفع أن الرفع معناه إبطال أثر العقد المتقدم واستصحاب ما كان قبله حتى أن الملك العائد بعد الفسخ من آثار السبب المتقدم على العقد السابق وليس ملكا جديدا بالفسخ بخلاف البيع وسائر أسباب الانتقالات فانها مقتضية ملكا جديدا هو من آثار هذه الاسباب وليس أثر السبب سابقا ولا يبطل العقد المتقدم على هذا انتقال بل هذا الانتقال بالبيع هو من آثار الشراء السابق فافهم ذلك فان الانسان إذا اشترى عينا فكل تصرف يصدر منه فيها بيع أو غيره هو مستفاد من شرائه (وأما) الفسخ فانه نقض لشرائه وإبطال له (وأما الثاني) وهو أن الفسخ من الاصل هل معناه تبيين عدم الملك فهذا هو المتبادر إلى الفهم لا بمعنى أنا نتبين أن العقد لم يوجد فان العقد موجود حسا بل بمعنى أنه يتبين ارتفاع أثره وأن الملك لم يحصل وهذا بهذا التأويل في نهاية الاشكال فان السبب الراجع للعقد هو الفسخ فكيف يتقدم المسبب على سببه ولا يخلص من ذلك أن نقول إنه بطريق التبيين لانه يلزم أن يكون العقد الصحيح قد وجد مستجعا لشرائطه ولم يترتب أثره عليه ولا يقال أن من شرطه عدم طريان الفسخ عليه لان ذلك أمر لا غاية له ولا يرتبط الحكم به ولا يشك أن الملك حاصل الآن إذا جمعت شروطه ولا يوقف الامر في ذلك على أمر مستقبل ولو كان الامر على ذلك وانما يتبين عدم الملك لكان ينبغي أن يجب رد أجرة لاستخدام وسكني الدار وركوب الدابة بل كان يلزم أن يجب على المشتري أجرة ملك المدة التي أقام المبيع تحت يده سواء فوتها أم فانت بنفسها الا أن يقال إن ذلك مأذون فيه وقد أباحه له البائع لكننا نقول انه انما أباحه واذن فيه بمقتضى العقد هذا والعقد هو المتضمن للإباحة فإذا ارتفع ارتفعت وكان يلزم أن يتبين بطلان الهبة التي وهبت له إذا اشترطا اذن السيد في القبول لانه لم يأذن وأن يكون المهر إذا وطئت بالشبهة باقيا في ذمة الواطئ وأما قبضه المشتري منه لم يقع الموقع لعدم ملكه وأن يكون ما أخذه المشتري من صيد وحطب وحشيش واستهلكه يجب عليه قيمته للبائع وقد تقدم من كلام الغزالي عن الحنفية ما يقتضى أن الزوائد الهالكة لا تمنع من

الرد وأن امتناع بقاء الولد على ملك المشتري بعد الرد لانه يصير مبيعا بغير عوض وهذا يفهم أن المحذور من القول بقاء الولد على ملك المشتري أنه يصير ملكا لا سبب له على القول بارتفاع العقد من أصله وهو يقيد أن المقصود بارتفاع العقد من أصله ليس هو بطريق السله بل كما قاله الغزالي رحمه الله في كتاب الصداق أو أنه يرتفع من أصله بالاضافة أو إلى حينه أي في هذا الوقت بحكم ارتفاع جملة آثار العقد ومن جملة آثاره ملك النتاج والكسب الموجود فيرتفع الملك فيها على هذا القول ويعود إلى البائع فيرجع حاصل القول بأنه يرتفع من أصله إلى أن المراد ارتفاع جملة آثاره من الآن والمراد بارتفاعه من حيث أنه لا ترتفع آثاره وإنما يرتفع الملك في المبيع فقط وهذا تفسير لا يسبق الذهن إليه فان ثبت أن الزوائد الهالكة غير مضمونة وأن قبوله الهبة وتصرفه بأذن المشتري صحيح وقبض المشتري لمهر الشبهة صحيح وجب الحمل على هذا المعنى وحينئذ لا يشكل عليه عدم وجوب أجرة الاستخدام والسكنى والركوب ولم أجد الاصحاب صرحوا في هذه المسائل بشئ بل كلامهم يقتضى كالصريح أنه لا يجب أجرة الاستخدام ونحوها وإنما الخلاف في الاكساب والاعيان الحادثة من نفس المبيع \* وأما الحنفية فعندهم الاكساب والصيد لا يملك بملك الاصل بل باليد فلا يمنع الرد عندهم وكذلك أجرة الاستخدام ونحوها لا تجب على أصلهم ولكن ان وافقونا على عدم لزوم قيمة الولد الهالك والمسائل المتقدمة احتاجوا إلى الحمل على المعنى المذكور كما احتجنا إليه \* ونحن إليه أحوج لاجل عدم لزوم أجرة المدة الماضية ولا تمنع الزيادة الرد عند أبي حنيفة رحمه الله الا إذا كانت حادثة من نفس المبيع وقال زفر يجب رد مهر الشبهة الذي قبضه المشتري معها (السادس) أن مقتضى قوله الخراج بالضمان تبعة الخراج للضمان فينبغي أن تكون الزوائد قبل القبض للبائع ثم العقد أو الفسخ والاول لم يقل به احد والثانى لم يقل به إلا على وجه ضعيف في بعض الصور وهى ما إذا حصل الرد قبل القبض فما وجه تعطيب دلالة الحديث في ذلك والعمل بها فيما بعد القبض للمشتري (والجواب) أن محل الحكم الذى ورد فيه النص إنما كان بعد القبض إذا حصل فسخ على ما تقدم من ألفاظ الاحاديث لاسيما قوله قضى في مثل هذا أن الخراج بالضمان فيكون الخراج معللا بالضمان في الملك وذلك مفقود في البائع وفيما قبل القبض \* فان قلت المحل لا تأثير له والعلة التى ذكرها الشارع الضمان فيجب أن يدور الحكم معها وجودا وعدما فيكون الخراج قبل القبض للمشتري فيه نقض للعلة في جانب البائع ووجود الحكم بدونها في جانب المشتري \* قلت قال الغزالي

رحمه الله ذكر هذه العلة فيما بعد القبض لقطع استبعاد السائل كون الخراج للمشتري وقبل القبض معلل بعلة أخرى وهو أن الزوائد حدثت في ملكه والحكم قد يعلل بعلتين يعنى فاقتصر النبي صلى الله عليه وسلم على التعليل بالضمان لكونه أظهر عند البائع وأقطع لطلبه فان الغنم في مقابلة الغرم وإن كانت العلة الأخرى وهى الملك حاصلة ولكن نفس البائع تنقاد للاولى أكثر والله أعلم (السابع) أن الخلاف المذكور في رفع العقد من أصله أو من حينه هل هو خاص بالرد بالعيب أو علم في سائر الفسوخ حتى يجرى في الاقالة والفسخ بالتحالف والفسخ بخيار المجلس والشرط

والانفساخ بتلف المبيع قبل القبض \* والجواب أن المشهور في هذه الخلاف المذكور هنا اختصاصه بالرد بالعيب وأنه لا يجرى في الاقالة ولذلك يقيسون الرد بالعيب على الاقالة في كونها رفعا للعقد من حينه والرافعي رحمه الله أطلق القول هنا بأن الفسخ رفع للعقد من أصله أو من حينه والاقرب أن مراده الفسخ الذي الكلام فيه وهو الرد بالعيب وقد ذكر في باب حكم المبيع قبل القبض وبعده وجهين في الانفساخ بتلف المبيع قبل القبض (أصحهما) أنه من حينه كالرد بالعيب والزوائد مخرجة على الوجهين قال وطردهما طاردون في الاقالة إذا جعلناها فسحا وخرجوا عليهما الزوائد \* قلت وذلك وإن أطلقوه فلعل محله قبل القبض كما هنا في الرد بالعيب فان الاقالة قبل القبض جائزة على القول بأنها فسخ ونقل القاضي حسين الخلاف في تلف المبيع قبل القبض وحمل الوجهين في الرد بالعيب مبنى عليها وعلى تلف المبيع في يد المشتري في زمن الخيار (إن قلنا) يفسخ ارتفع ههنا والا فالولد هنا للمشتري وأما التحالف فمقتضى كلام صاحب التتمة في باب التحالف جريان الخلاف فيه أيضا فان خرج اعتبار القيمة عليه إذا جرى التحالف بعد الهلاك وهو جار على طريقته في طرد الخلاف بعد التقايض فان فرض التحالف كذلك ولذلك لا نرد الزوائد جزما كما لا ترد ههنا بعد القبض (وان قلنا) انه يرتفع العقد من أصله لكن القول بالانفساخ من أصله بالتحالف مفرغ على أنه يفسخ بنفس التحالف كما هو في التتمة والنهية ولم يتعرضوا له على القول بانشاء الفسخ والقياس جريانه وأما خيار المجلس والشرط فقد ذكر في بابه أنه إذا فسخ وقلنا الملك للمشتري فالاصح أن الاكساب تبقى له وذلك يدل على أن الاصح فيها أيضا أنه من حينه والقول الآخر بأنه من أصله يجرى فيه بغير إشكال بل هو أولى بذلك فقد ظهر بذلك أن الخلاف في الجميع وأن الاصح فيها كلها أنه من حينه لكنها ليست في رتبة واحدة

[ 209 ]

وأولها جريان الخلاف فيه زمان الخيار لان العقد لم يلزم وأبعدها الاقالة لانها في حكم أمر جديد وليست جبرا للعقد الاول \* وبقي من المسائل انفساخ عقد الصرف بالتفريق قبل التقايض هل نقول انفسخ من أصله قطعاً لان التقايض شرط أو نقول حكمه حكم تلف المبيع قبل القبض على أنه لا فائدة لاجراء الخلاف فيه نعم عقد السلم إذا كان رأس المال جارية مثلا وكانت معيبة وحبلت في المجلس وولدت ثم ماتت قبل أن يقبضها المسلم إليه فهل نقول إنه فسخ من حينه حتى يسلم الولد للمسلم إليه أو من أصله حتى يرجع إلى البائع قطعاً والاشبهه جريان الخلاف فيه وأن يكون كتلف المبيع قبل القبض فان الشافعي رحمه الله استنبط انفساخ العقد بتلف المبيع قبل قبضه من عقد الصرف إذا تفرقا ولم يتقابضا كما تقدم ذلك في باب الربا (الثامن) أن الطريقة المشهورة هنا الجزم بعدم جريان الخلاف فيما بعد القبض بل يكون بعد القبض رفعا من حينه قطعاً خلافا لما قاله صاحب التتمة وقد حكى الامام وغيره من الجازمين فيما إذا رد المسلم فيه بعيب وكان عبدا استكسبه أنه هل يجب رد الكسب والغلة على قولين فالقول بأنه يرد الكسب معه فمقتضاه ارتفاع الملك فيه من أصله وهو بعد القبض فان قيل على الطريقة الضعيفة بارتفاعه من الاصل والخلاف في السلم مشهور وقد تقدم له ذكر في باب الربا \* (والجواب) أن الخلاف المذكور في السلم مأخذه أمر آخر وهو أن الملك على أحد القولين في المسلم فيه مشروط بالرضا أو بعدم الرد فإذا رد تبينا أن الملك لم يحصل أصلا فهذا هو القائل برد الاكساب والقول المقابل له أن الملك

بالقبض ثم انتقض بالرد فعلى هذا ينبغي أن يكون كرد المبيع بالعيب بعد القبض لا يرد الاكساب وهو رفع للملك من حينه على الطريقة المشهورة ويحى فيه طريقة صاحب التتمة مع القول بعدم رد الكسب فافهم ترتيب هذا التفريع فانه من محاسن الكلام وقد ذكر ابن أبى الدم أن الامام والغزالي ذكرا وجهين فيما إذا رد المسلم بعيب هل هو رفع للعقد من حينه أو من أصله ومراد ابن أبى الدم الخلاف الذى قدمته والتحقيق ما نهت عليه ولولا ذلك لاقتضى إشكالا على الامام ومن وافقه ممن قطع هنا بعد القبض بأنه من حينه واقتضى إشكالا على جميع الاصحاب في قطعهم هنا بأن الاكساب بعد القبض لا ترجع والله أعلم (التاسع) الزبادات التى وقع الكلام فيها مشروطة بأمور (أحدها) أن لا يكون حصل بسببها نقص وقد تقدم التنبيه عليه (الثاني) أن تكون حادثة بعد العقد ولزومه فلو كانت موجودة كالحمل المقارن للعقد

## [ 210 ]

فسيأتي في كلام المصنف في بقية الفصل إن شاء الله تعالى (والثالثة) أن تكون انفصلت قبل الرد كالولد والصوف المجزور واللبن المحلوب أو صارت في حكم المنفصل كالثمرة إذا أبرت أما لو لم تكن كذلك كما إذا ردها وهى حامل بحمل حدث بعد القبض حيث نقول إن الحمل ليس بعيب أو رد الشجرة وقد اطلعت طلعا غير مؤبر أو الشاة وقد اشتراها ولا صوف عليها وهى مستفرغة الصوف فحدث عليها صوف لم يجذ أو حدث في ضرعها لبن ولم يحلب فما حكمه (أما) مسألة الحمل فنقل الامام فيها قولين كالفلس وجزم القاضى حسين رحمه الله هنا بردها لذلك ولا يسلم له الحمل إن كانت علقته في ملكه لانه لا يمكن إفراده بالبيع فهو كالثمن وعلى ذلك ينزل كلام المصنف رحمه الله لقوله فحبلت عنده ولدت فجعل الولادة شرطا وقال القاضى أبو حامد إنه أولى القولين وقال القاضى وجماعة من الاصحاب (إن قلنا) بأخذ قسطا بقى للمشتري ويأخذه إذا انفصل على الصحيح وفى وجه أنه للبائع لاتصاله عند لرد (وإن قلنا) لا يأخذ فهو للبائع وما ذكره القاضى حسين والقاضى أبو حامد موافق لما قاله الرافعى رحمه الله في باب الفليس أن الاكثرين رجحوه في رجوع غريم الفليس وما ذكره الرافعى هنا موافق للطريقة المشهورة هناك التى ذكرها المصنف وغيره من البناء على أن الحمل يقابله قسطا أولا لكن الرافعى رحمه الله مع ذلك عدل عن ذلك المأخذ لاجل تصحيح الاكثرين بتبعية الحمل إلى الرجوع فيلزمه أن يقول هنا بالتبعية أيضا كما قاله القاضى أو يفرق بين المسألتين مسألة الفليس ومسألة الرد بالعيب فإنه رجح في الفليس تبعية الثمرة والحمل وجعلهما سواء وإن كانت الثمرة أولى بالاستقلال لاجل أنهما تابعان في البيع متبعان في الفسخ وهذا المعنى بعينه موجود في الرد بالعيب ولو صح النظر إلى المقابلة بالقسط لزم أن لا يتعدى الرجوع في الفليس إلى الثمرة لانها مقابلة بالقسط قطعاً على الطريقة الصحيحة المشهورة المنصوص عليها فدعوى الرافعى أن الاصح هنا أن الحمل يبقى للمشتري يحتاج إلى جواب عن ذلك وقد صحح الرافعى هنا أن الثمرة في أخذها قسطا على قولين كالحمل ومقتضاه أن يكون الاصح عنده أنها تبقى للمشتري أيضا قبل التأبير وأطلق بعضهم أن الحمل نقص لانه في الجارية يقل النشاط والجمال وفى البهيمة ينقص اللحم ويخل بالحمل والركوب (فإذا قلنا) هذا أو لم نقل به ولكن حصل بالحمل نقص رجح بالارش قال القاضى أبو حامد وهل

للمشتري إمساکها حتى تضع ويردها إن لم يكن تنقصها الولادة نقله ابن الصباغ وإذا جوزنا له الرد فحبسها حتى تضع (فإن قلنا) الحمل للمشتري لم يمنع ذلك من الرد بالعيب لانه حبسها لاخذ ملكه منها (وإن قلنا) إن الحمل للبائع منعه ذلك من الرد قاله القاضي الماوردي رحمه الله \* وأما الجارية فإن كلامه يقتضى أنه يجوز له إمساکها حتى تضع ويردها في الحال فإنه إن ردها وهي حامل كان الحمل للبائع لان المشتري اختار ترك حقه فليس له استثناءؤه فرق جرى بين ذلك وبين ما إذا أوصى له بالحمل ثم اشترى الام فوجد بها عيبا فردها لم يكن الحمل مردودا معها لان الحمل في هذه الحالة لا يتبع وممن بنى الحمل على القولين في المقابلة الماوردي والاصح عنده كما قال الرافعي \* وحكي مع ذلك وجهها على قولنا إنه يقابله قسط من الثمن أنه للبائع لاتصاله بالام عند الرد هذا حكم الحمل وأما الثمرة التي لم تؤبر ففيها وجهان (أحدهما) يردها مع الاصل ولا يمسك (والثاني) يمسكها أو يرد الاصل والفرق بينها وبين الحمل على هذا القول جواز إفرادها بالبيع على أحد الوجهين ولم يصح الرافعي رحمه الله من هذين الوجهين شيئا وقد تقدم ما اقتضاه تخريجه للثمرة على الحمل فالبحت معه فيهما والذي يتجه هنا أن يكون الاصح الاول وهو أن يردها مع الاصل قال القاضي حسين رحمه الله والاصح الاول لانه الاظهر الذي نقله المزني في رجوع البائع في عين ماله إذا أفلس المشتري وعليها ثمرة غير مؤبرة وهو الاصح عند الروياني والرافعي رحمهما الله فليكن هنا كذلك ولعل المصنف رحمه الله اختار الوجه الثاني ولذلك قال فأنمرت ولم يقيد بقطع ولا تأبير وفي الفليس حكي القولين من غير ترجيح \* وأما اللين الحادث في الضرع أو الصوف الذي حدث بجزأيهما للمشتري وذكر القاضي هذه المسائل الاربعة في تعليقه مفرقة في موضعين وقال المتولي والبغوي والرافعي رحمهم الله انه يرد الصوف تبعا وهو مقتضى ما قال القاضي حسين في الفتاوى وفي كل من الكلامين نظر والصحيح ما سأذكره في آخر الكلام إن شاء الله تعالى \* (واعلم) أن الحمل يندرج في المعاوضة قولا واحدا وفيما عداها من العقود والفسوخ قولان (فالظاهر) في الرهن الاندراج بناء على أن له قسطا وفي الهبة كلام الرافعي يقتضى الجزم بالاندراج والامام قال إن الجديد عدمه وفي الرجوع في الهبة بناه الرافعي على المقابلة كما فعل بها في الرد بالعيب فيقتضى أن الاصح عدم الاندراج فالرافعي رحمه الله سلك طريقة البناء في المواضع كلها إلا في الفليس لما وجد ميل الاكثرين ونص الشافعي رحمه الله

فيه إلى خلافها والقاضي حسين جري في الرد بالعيب والفليس على قاعدة واحدة لكنه سلك طريقة البناء في اندراج الحمل في الرهن وهذه أمور مضطربة فالامام رحمه الله أجرى القولين في جميع ذلك جريانه في الرهن بطريق الاولى لكونه لا ينقل الملك وهو بشكل على القاضي حسين رحمه الله والذي يظهر في ذلك أحد أمرين (إما) أن نقول إن عهد المعاوضة لا يستتبع الحمل لقوته وفسخه لذلك وعلى هذا يستمر نصه المنقول في الفليس على الاستتباع في الرجوع (والجديد) الذي نقله الامام في الهبة

وعلى مقتضاه يكون الاصح الاستتباع في الرهن (وأما) أن نقول بأن الحمل يتبع المواضع كلها لكونه جزءاً أولاً (وأما) الصوف واللبن فالأقرب أنهما كالحمل فيندرجان لانهما جزآن وإن كان يمكن فصلهما الآن لعدم صحة إفرادهما بالبيع وإنما لم يدخل في الرهن على الصحيح لاقتضاه العرف جز المرهون وحلبه نعم إذا جز الصوف أو حلب اللبنة في مدة طلب البائع للرد بحيث لم يحصل تأخير ولا تعيب فانه حينئذ لا يصادف الرد فلا تتبع تفريعا على جواز ذلك وأنه لا يبطل الرد كما تقدم عن المصنف رحمه الله وقال القاضي حسين إن جز الصوف ثم ردها بطل خياره لا اشتغاله بالجز بعدما علم بالعيب وهذا على رواية في أنه يشترط المبادرة إلى التلطف بالفسخ أما على المذهب فلا يتجه ذلك وقال القاضي حسين رحمه الله أيضا إن ردها مع الصوف يجبر البائع على القبول وهذا يتجه على الصحيح في أن الصوف تابع أما على رأيه في أن الصوف يبقى للمشتري فاجبار البائع على القبول إذا ردها مع الصوف ينبغي أن يكون كما في رد البهيمة مع النعل إن كان الجز غير معيب لها فإذا لم يجز لم يجب على البائع القبول كما في نظيره في النعل وإن كان معيبا لها فيصح القول بالاجبار ولكن ينبغي أن يأتي فيه الخلاف في أن ذلك تملك أو إعراض والاشبه في مسألة النعل الثاني فليكن هنا كذلك حتى إذا جز بعد ذلك من غير زيادة كان للمشتري \* وأما قول الرافعي رحمه الله إنه يرد الصوف \* وأما الثمرة غير المؤبرة فهي أولى من الحمل بعدم الاندراج لانه يجوز إفرادها بالبيع على أحد الوجهين وفيها طريقة قاطعة لانها مقابلة بقسط من الثمن لكن الاصح فيها الاندراج أيضا لما تقدم وقد تقدم في باب بيع الاصول والثمار من كلام الامام أحمد من هذه المسائل متعلقة بهذا الكلام في التأبير فان أراد أنه إذا رد لا يبقى الصوف له فصحيح على ما قدمته وكذلك قال صاحب التتمة لكن يشكل على الرافعي في قوله إن الحمل يبقى للمشتري فان الحمل من جهة كونه أولى بالتبعية وكذلك الاصح عند الرافعي

[ 213 ]

دخوله في الرهن وعدم دخول الصوف وإن أراد أنه يجب عليه رده ولا يجوز جزه وفيه نظر ماخوذ من جواز الحلب والركوب في طريق الرد فقد تقدم من المصنف رحمه الله جوازه ومن الرافعي منعه وتبين الراجح منهما ولم يذكر الرافعي رحمه الله مسألة اللبنة وهل تتبع في الرد أولا وهو من جهة الاستتجار كالحمل ومن جهة قرب التناول كالصوف وكيف ما كان فالأصح التبعية وعلى رأى الرافعي ينبغي أن يكون الاصح عدم التبعية لانه يقابل بقسط من الثمن فهو كالحمل \* \* (فرع) \* من تتمة الكلام في الحمل جزم الجوزي بأن الحمل يكون للبائع إذا ردت عليه بالعيب سواء كان حدوث الحمل عند البائع أم عند المشتري مع القول بأن الحمل له قسط من الثمن قال لانها إذا جعلت عند المشتري له أن يمسكها حتى تلد ثم يردّها فإذا اختار ردها حاملا فكأنه اختار ترك حقه فليس له استثناء الولد ثم اعترض بالجارية الموصى بحملها إذا بيعت من الموصى له بالحمل وردها يعيب لم يكن الولد مردودا \* وأجاب أن حكم الولد حكم الام ما لم يعقد على الولد عقد أو وصية أو هبة \* \* (فروع) \* لو اشتراها وعليها صوف وفي ضرعها لبن فطال الصوف وكثر اللبنة ثم ردها يعيب قبل الجز والحلب وقلنا بأن الصوف تابع في الرد فلا إشكال (وإن قلنا) بما قاله القاضي حسين في تعليقه من أن الصوف واللبنة الحادتين للمشتري فمقتضى ذلك أن يصير ذلك مشتركا بينهما فان اتفقا فذاك وإلا فصلت الخصومة بطريقها لكن الذي في فتاويه كما سيحكيه خلاف ذلك \* ولو جز الصوف ثم أراد بالعيب

وكان اشتراها ولا صوف عليها فلا إشكال في جواز الرد وبقاء الصوف له على ما مر ولو كان عليها صوف حين الشراء فجزه وهو على حاله ثم أراد الرد بعيب رد الصوف المجزوز قاله الماوردي والقاضي حسين والرافعي وغيرهم (وقال) الشيخ أبو حامد في آخر باب بيع المصراة إنه إذا كان يمكنه التوصل إلى معرفة العيب من غير جز الصوف امتنع عليه الرد وإن جزه ثانياً فالمجزوز ثانياً له مختص به فإن لم يجره حتى رد فحكمه ما تقدم فيما إذا لم يكن عليها صوف حين العقد ثم حدث وفي هذه الصورة صرح بها القاضي حسين في الفتاوى بأنه يردده وفرق بينه وبين القث والكرات كما سيأتي عن صاحب التهذيب وهو في ظاهره مخالف لما حكته عن تعليقه إلا أن تكون المسألة التي في الفتاوى من كلام جامعها وهو صاحب التهذيب وإن جز الصوف الذي كان عليها بعد أن طال ثم اطلع علي عيب فيزداد هنا أنه يصير بينهما شركة في الصرف وقد يحصل نزاع في

[ 214 ]

مقدار ما لكل منهما وذلك عيب مانع من الرد \* ولم أر في هذه المسألة نقلاً (وأما) مسألة اللبن إذا كان منه شيء موجود عند العقد فبليت على أنه هل يرد الثمن في غير المصراة وقد تقدم ذلك في آخر الكلام في التصرية ولو اشترى أرضاً وبها أصول الكرات ونحوه وأدخلناها في البيع فبنت في يد المشتري ثم علم بها عيباً يرددها ويبقى الثابت للمشتري هكذا قال البغوي والرافعي رحمهما الله وفرق بينهما وبين الصوف بأنها ليست جزءاً من الأرض ألا ترى أن الطاهر منها في ابتداء البيع لا يدخل فيه وهذا الفرق في فتاوى القاضي أيضاً كما تقدم \* (فرع آخر) \* إذا قلنا الزيادة تسلم للمشتري كما حزم به المصنف رحمه الله فليس للبائع حبس ما حدث في يده بعد العقد وقبل القبض من الزوائد لاجل الثمن في صورة غير الفسخ (وإن قلنا) بأنها ترجع بالفسخ إلى البائع قال الغزالي له حبسها إلى استيفاء الثمن والامام أطلق عن بعض الأصحاب الوجهين في جواز حبسها من غير بناء ثم قال إن ذلك ليس على حكم حبس المبيع بالثمن وإنما ينقح الاختلاف فيه قبل تعرض العقد للانفساخ والغزالي رحمه الله لاحظ ذلك فعلم بأنه يتوقع التعلق بها لكنه قال مع ذلك إنه يحبسها للثمن قال ابن الرفعة ولعل الغزالي رحمه الله قال له حبسها لا للثمن قلت أو يقال بأنه لما توقع عودها إليه صارت كالأصل فيجوز حبسها في الحبس بالثمن مادام الأصل نصفه يستحق حبسه فلو زال ذلك بان سلم المشتري الثمن أو بتبرع البائع بتسليم المبيع يسقط حق الزوائد لسقوط حبس أصلها وأما مجرد توقع عودها إليه فكيف يقتضي جواز حبسها ولا تنافي بين كلام الامام وكلام الغزالي وقول الامام ليس على حكم حبس المبيع بالثمن لعل مراده لكونه ليس مقابلاً به وقال القاضي حسين لو اشترى حاملاً فمخضت في يد البائع فلا خلاف في أنه ليس له حبس الولد

[ 215 ]

لاستيفاء الثمن ولم يحك الخلاف الذي ذكره الامام والغزالي ولا شك أنه لو تلف الولد الحادث قبل القبض لا يسقط بتلفه شيء من الثمن قطعاً وليس كالولد الذي كان حاملاً عند العقد فإن ذلك على قول وهو الصحيح قابله

قسط من الثمن وهل يكون مثله في جواز بيعه قبل القبض أو لا فيه نظر والاقرب أنه مثله وهل نقول في الحادث أنه يجب علي البائع تسليمه أو التمكين منه في كلام القاضى أبى الطيب في احتجاج الحنفية أنه دخل في حق التسليم وأجاب بأنه لم يدخل في حق التسليم المستحق بالمبيع وإنما يجب تسليمه إليه بحق المال وظاهر هذه العبارة يقتضى وجوب التسليم \* والاقرب أن المراد التمكين وقد صرح البيهقي رحمه الله بأنه أمانة في يده ويحتمل أن يكون كالامانات الشرعية حتى إذا هلك فعل التمكين من رده لا يضمنه والا ضمنه ان لم يقل له حق الحبس \* \* (فرع آخر) \* عن المزني في مسائله المنشورة اشترى غنما بعشرة أقساط من لبن موصوف إلى أمه فلم يتقابضا حتى حلب البائع منها عشرة أقساط لبن ثم ماتت الغنم يبطل البيع ويسقط الثمن من ذمة المشتري ويأخذ من البائع ما حلب من اللبن قال الماوردي وهذا صحيح لان تلف المبيع قبل القبض يبطل البيع ولا يمنع من ملك النماء (قلت) وهذا على قولنا بأنه يرفع العقد من حينه وهو الذى حزم به العراقيون \* أما إذا قلنا تلف المبيع قبل القبض يرفع البيع من أصله وأن الزوائد ترجع إلى البائع فلا يأخذ المشتري من البائع شيئا وإنما ذكر المصنف هنا حمل البهيمة لان حمل الجارية سنذكره بعد ذلك والله أعلم \* قال المصنف رحمه الله تعالى \* \* (وان كان المبيع جارية فحملت عنده وولدت ثم علم بالعيب ردها وأمسك الولد لما ذكرناه ومن أصحابنا من قال لا يرد الام بل يرجع بالارش لان التفريق بين الام والولد فيما دون سبع سنين لا يجوز وهذا لا يصح لان التفريق بينهما يجوز عند الضرورة ولهذا قال الشافعي رحمه الله في الجارية المرهونة انها تباع دون الولد) \* \* \* (الشرح) \* إذا كانت الجارية حاملا عند البيع ثم حبلت عند المشتري وولدت ولم يطلع على العيب حتى بلغ الولد سبع سنين إذا أطلع على العيب ولم يتمكن من الرد إلى هذه المدة فحكمها حكم البهيمة حرفا بحرف علي ما تقدم بلا خلاف وقرض المسألة أن لا يكون حصل لها نقص بالولادة كما تقدم التنبيه عليه فلو حصل نقص منع من الرد ووجب الارش وأما إذا أطلع على العيب وتمكن من الرد قبل بلوغ الولد سبع سنين فقد اختلف الاصحاب في جواز الرد فالذي قاله المصنف رحمه الله ورجحه

[ 216 ]

الجواز للضرورة وهو في ذلك موافق للشيخ أبى حامد والقاضى أبى الطيب هنا وقال إنه أصح وأشهر في المذهب ونسبه ابن الصباغ إلى أكثر الاصحاب وقال الرويانى رحمه الله أنه المذهب ووافقهم ابن أبى عصرون وهو مقتضى إطلاق نص الشافعي رحمه الله فان الشيخ أبى حامد نقل أنه قال في القديم إذا اشترى جارية فولدت ثم أصاب بها عيبا كان له أن يرد الجارية وبمسك الولد إذا لم تكن نقصت بالحمل أو بالوطئ وليس مراد الشيخ أبى حامد أن ذلك من القديم المخالف للجديد ولكن نقل هذه المسألة لم توجد منصوصة للشافعي رحمه الله إلا في القديم والوجه الآخر فرعه بعض الاصحاب على هذه المسألة كما قال الشيخ أبو حامد وصاحب التتمة ذكر فيها وجهين هنا من غير ترجيح والشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب ردا على الوجه الآخر الذى قاله بعض الاصحاب بما قاله المصنف رحمه الله لكن الرويانى في البحر مع قوله عن الاول انه المذهب قال إن هذا الوجه أقيس وحزم به الجرجاني في المعاياة وكذلك القاضى أبو الطيب وغيره في كتاب السير على ما نقله ابن الرفعة وكلام الرافعي رحمه الله يشعر بترجيحه فانه ذكر الوجهين في ذلك وقال وسنذكر نظيره في الرهن ثم ذكر في الرهن إذا رهنت الام دون الولد إن صح أنهما

متبايعان جميعا والا يفرق بينهما وكذلك وافقه على تصحيح هذا في الرهن  
القاضي حسين والماوردي والمحاملي في التجريد من تعليقه أبي حامد  
والبعوى في التهذيب والمتولي في التتمة ومنهم من يقطع بذلك فإذا كان  
هؤلاء الائمة قائلين بين قاطع ومرجح بأنهما يبايعان معا ولا يفرق بينهما  
ولم يجعلوا ذلك ضروريا مسوعا للتفريق فينبغي ههنا كذلك وأن يكون  
الاصح هنا امتناع التفريق وامتناع الرد كما اقتضاه كلام الرافعي رحمه الله  
وقال الجرجاني إلا أن يفرق المصنف ومن وافقه بين البيع في الرهن  
والرد بالعيب وسأذكر له فرقا ان شاء الله تعالى وقد يقال أنه لو جاز  
التفريق فينبغي أن يمتنع الرد هنا لان رجوع الجارية بدون ولدها عيب وذلك  
بمنزلة عيب جديد يمنع بسببه الرد ولا شك أن أهل العرف يعدون ذلك عيبا  
وتقل الرغبات فيمن يكون لها ولد منفصل عنها وطريق الجواب عن  
المصنف في ذلك أن يفرض فيما إذا رضى البائع بردها كذلك حتى لا يكون  
للمشتري إلا الرد أو يرضى بها معيبة ولا يكون له المطالبة بالارش ومتى  
لم يفرض المسألة كذلك تعين امتناع الرد ثم ههنا كلامان (أحدهما) ما  
استدل به المصنف والشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب على ضعف هذا  
الوجه من نص الشافعي رحمه الله هو فيه تابع للشيخ أبي حامد قاله هكذا

[ 217 ]

حرفا بحرف وفيه نظر فان الشافعي رحمه الله له نصان في المختصر  
(أحدهما) قوله ولا بأس أن يرهن الجارية ولها ولد صغير لان هذا ليس  
بتفرقة وحمله جماعة من الاصحاب على أن معناه أن الرهن لا يوجب  
تفريقا ثم ما يتفق من بيع وتفريق فهو من ضرورة إلجاء الرهن إليه  
وهؤلاء هم الذين جوزوا بيع المرهونة وحدها والتفريق بينها وبين ولدها  
لكن طائفة من الاصحاب قالوا معناه إنه لا تفرقة في الحال وإنما التفرقة  
عند البيع وحينئذ يبايعان معا ويحذر من التفريق فان أراد المصنف هذا النص  
فالاصحاب يختلفون في تفسيره كما رأيت والتفسير الثاني هو الصحيح  
لعدم افضائه إلى محذور وليس في النص المذكور تصريح بأنها تباع دون  
الولد كما في لفظة الكتاب والنص الثاني في المختصر أيضا قبل ذلك فيما  
إذا وطئ الراهن الجارية المرهونة قال الشافعي رحمه الله فان أحبلها ولم  
يكن له مال غيرها لم تبع ما كانت حاملا فإذا ولدت بيعت دون ولدها وهذا  
النص أقرب إلى لفظ المصنف رحمه الله لكنه يبعد إرادته لان الولد ههنا  
في هذه الصورة حر لانه ابن الراهن المالك فالتفرقة ضرورية وبهذا فرق  
جماعة بين هذه الصورة والصورة الاولى حيث لا يجوز التفرقة على الاصح  
لان الولد هناك مملوك وهنا حر وإذا كان كذلك فلا يصح التمسك به لان  
الولد هنا في الرد بالعيب مملوك وهذا لا يخفى عن من هو دون المصنف  
والشيخ أبي حامد وإن أراد نصا آخر فلم أعلمه والله تعالى أعلم لكن يدل  
على أن المصنف وأبا حامد أرادا هذا النص الثاني وأنه هو الذي وقع به الرد  
على صاحب هذا الوجه أن القاضي أبا الطيب قال في الرد عليه ولهذا قال  
الشافعي رحمه الله إن الجارية المرهونة إذا حبلت لم تبع ما دامت حاملا  
فإذا ولدت بيعت دون ولدها وقال صاحب الشامل إذا كانت جارية فولدت  
حرا يباع الرهن دون الولد لانه موضع حاجته \* وقال صاحب التتمة  
كالمرهونة إذا علقت بولد حر \* والجارية الجانية إذا كان لها ولد حر بيعها  
دون الولد وقال الروياني المذهب انه يجوز هذا التفريق كما قال الشافعي  
رحمه الله في الجارية المرهونة إذا ولدت حرا تباع الام لحق المرتهن دون  
الولد لانه موضع حاجته في الام فكلام هؤلاء الائمة يدل على أنهم إنما ردوا  
على صاحب هذا الوجه بهذا النص وهو مشكل لان الولد الحر يجوز بيع أمه

سواء كانت مرهونة أم غير مرهونة لانه لا يمكن بيعه معها أصلا لضرورة فيه محققة وليس كالولد الرقيق وطريق حمل هذا الاشكال أن الجامع بين الصورتين الضرورة

[ 218 ]

وإن كان الولد هنا رقيقا وهناك حرا فانه لو لم يجز الرد ههنا أدى إلى ابطال حق المشتري من الرد ويعترض على هذا بأن المحذور هو التفريق في الملك وإذا كان الولد حرا الفرقة حاصلة فلا تفريق بخلاف مسألتنا هنا فان الرد يوجب التفريق في الملك وقياس التفريق على ما ليس بتفريق لا يظهر (الكلام الثاني) في تخيل الفرق بين الرد بالعيب وبين البيع في الرهن \* قد يقال انتصار المصنف أن هنا امرين مسوغين للتفريق (أحدهما) الضرورة وإلا لادى إلى ابطال حق المشتري من الرد وإلزامه أخذ الارش وبقاء المعيب في عقد عسر فلا طريق له الا الرد وأما الراهن فانه يجب عليه وفاء دينه فان كان مال غيره وفينا منه ولم يبع لما قاله الماوردي هناك وان لم يكن له مال إلا الجارية المرهونة والشارع منع من التفريق فصار كما لو كان الدين يحيط بقيمة الجارية وولدها ولا مال له غيرهما فانا نبيعهما توصلا إلى وفاء الدين الذي التزمه وحجر على نفسه بسببه وهذا المعنى وحده كاف في الفرق ومصحح لما ذكره المصنف رحمه الله \* (والامر الثاني) أن هذا التفريق بالفسخ وقد اغتفروا في الفسخ ما لم يغتفروا في انشاء العقود ألا ترى أن الاصحاب رحمهم الله قالوا لو باع الكافر عبدا مسلما بثوب ثم وجد بالثوب عيبا له استرداد العبد في أصح الوجهين ولو وجد مشتري العبد به عيبا فطريقان (أحدهما) القطع بالجواز (والثاني) على الوجهين ولو تقابلا حيث لا عيب وقلنا الاقالة فسخ فعلى الوجهين فهذه المسائل الثلاث اغتفروا فيها حصول ملك الكافر علي المسلم بالفسخ وان كانوا لم يغتفروه بانشاء العقد وعلله الغزالي رحمه الله في المسألة الاولى بأن الاختيار في الرد إما عود العوض إليه فهو قهري كما في الارث واستشكله الرافعي ورأى أن الاصول في توجيه أن الفسخ يقطع العقد فيكون نازلا منزلة استدامة الملك والامام عله بأن الرد يرد على العقد وارتداد العبد يترتب على انفساخ العقد وله في رد الثوب غرض سوى تملك العبد أي وهو التخلص من عيبه وهذا الغرض وهو التخلص من العيب حاصل في الجارية إذا ولدت ثم اطلع على عيبها بخلاف الرهن فانه لا غرض إلا التوصل إلى وفاء دينه والراهن ألزم نفسه بذلك وملاحظة الضرورة لا بد منها (وأما) الفسخ وحده فليس بكاف ألا ترى أنهم جزموا في الفليس بعدم التفريق لما كان مال المفلس كله ميبعا ولا ضرورة تدعو إلى التفريق وان كان الرافعي

[ 219 ]

رحمه الله قال باحتمال جريان الخلاف الذي في الرهن والرد بالعيب فيه وأن جزمهم يحتمل أن يكون على الاصح وحكى الماوردي وجهها يوافق هذا الاحتمال وحكاه المتولي أيضا عند الكلام في التفريق بالبيع وكذلك ملاحظة الفسخ لا بد منها والضرورة وحدها لا تكفي ألا ترى أن في رجوع الزوج في شطر الصداق لم يجوزوا ذلك لاجل حق الزوج بل نقلوه إلى

نصف القيمة لان استرجاع الشطر تملك جديد \* هذا ما ظهر لى في تقوية ما ذهب إليه المصنف رحمه الله ومن وافقه على ما فيه ومع ذلك يحتاج إلى ملاحظة ما تقدم التنبيه على في فرض المسألة إذا رضي البائع بالرد أو يفرض أن ذلك لا تنقص به قيمتها وهو بعيد والاول أقرب والله أعلم \* (التفريع) \* إن قلنا بجواز الرد كما قال المصنف فذاك (وان قلنا) بامتناع الرد فقد قال المصنف رحمه الله إنه يجب الارش وكذلك قاله الجرجاني والرافعي علله الجرجاني بأن الرد كالميؤس منه ولك أن تقول إنه يمكن بأن يعتق الولد أو يموت أو يصل سن التفريق وقد يكون بقى منه زمن قليل أو كثير الا أنه قد تقدم لنا وجهان عن الامام فيما إذا كان البائع بعيدا حكيناه فيما إذا رضي أحد المشتريين بالعيب تفريعا على منع الاستقلال بالرد والاصح منهما الرجوع بالارش فليكن الوجه الآخر جاريا هنا لكنه ضعيف مفرغ على ضعفه \* لنا خلاف هناك أنه لورد أحدهما الجميع عند حصوله في ملكه وأراد استرجاع نصف الثمن هل يجبر البائع عليه كما في مسألة النعل (فان قلنا) بالاجبار فهنا أن برد الولد معها يحتمل أن يكون كذلك فان لم يفعل سقط حقه من الرد وتعين الارش ولا يعقل في هذه المواضع كلها عن فرض المسألة فيما إذا لم يحدث عيب جديد \* \* قال المصنف رحمه الله تعالى \* \* (فان اشتراها وهي حامل فولدت عنده (فان قلنا) ان الحمل له حكم رد الجميع (وان قلنا لا حكم للحمل رد الام دون الولد) \* \* \* (لشرح) \* هذا بناء صحيح اتفق عليه الاصحاب والصحيح أن له حكما ويقابله قسط من الثمن ويحبسه على استيفاء الثمن (الصحيح) أنه يرد الجميع وعلى (الثاني) يكون الولد كالولد الحادث فيأتي فيه

[ 220 ]

\* الخلاف في الرد قبل بلوغه سن التفريق والاصح المنع كما تقدم خلافا للمصنف رحمه الله وبأى فيه أيضا ما تقدم في الولد الحادث قبل القبض ان حصلت الولادة قبل القبض من الخلاف في حبسه بالثمن ورجوعه إلى البائع عند اتفاق فسخ أو انفساخ على ما تقدم وسواء قلنا له رد الجميع على الصحيح أم رد الام دون الولد على القول الآخر فشرطه على ما قاله الماوردي والرويانى والرافعي رحمهم الله وافهم كلام ابن الصباغ أن لا يكون حصل لها بالوضع نقص فان حصل نقص فلا رد وقد تقدم أن ابن الرفعة قال قياسه أن يتخرج على الوجهين يعني في العيب الذي تقدم سببه هل يكون من ضمان البائع أو من ضمان المشتري والاصح أنه من ضمان البائع فينبغي على ذلك أن يرد وان حصل نقص وايد ذلك بما إذا اصدقها جارية حائلا ثم حملت في يده ثم وضعت في يدها ثم طلقها وان الرافعي رحمه الله حكى في نسبة النقص الحاصل إليه أو إليها وجهين وهذا الذي ذكره ابن الرفعة قوى وقياسه أن يكون الاصح أنه يرد ولكن الماوردي وابن الصباغ حزما بخلاف ذلك \* واعلم أني قدمت عن القاضي حسين والبعوى والرافعي ما يقتضى أن الخلاف في كون ذلك من ضمان البائع أو من ضمان المشتري جار مع العلم وفرعوا عليه انه يرد الجارية بعد زوال البكارة والعبد بعد قطع يده بعيب آخر قديم مع العلم بالزوج والجنابة على قولنا ان ذلك من ضمان البائع وهو الصحيح الذي استشكله هناك وقلت ينبغي أن يكون الرضى بالعيب قاطعا لاثره حتى يكون ما يوجد في يد المشتري وان كان من سببه منسوبا إلى يد المشتري لرضاه لسببه دون البائع ولم أر من اعتصده به في ذلك النقل ولا ما يرد به إلا كلام القاضي حسين ومن تبعه على سبيل التفريع فان كان الامر كما قلت فقد اندفع الاشكال عن الماوردي وابن الصباغ هنا فان المشتري عالم بالحمل فكذلك

النقصان الحادث عنده منسوب إليه وقد وجدت بعد ذلك بآخر التتمة صرح  
بامتناع الرد إذا علم بالزوجية ثم أزال الزوج بكارتها بعد القبض ووجد بها  
عيباً آخر وقد الحقته هناك فاندفع السؤال نعم لو لم يعلم بالحمل كان ذلك  
من ضمان البائع ولا يمنع الرد حينئذ ولا يندفع الأشكال عن الرافعي  
لتصريحه بالحكمين في المسألتين على أن الماوردي

[ 221 ]

رحمه الله في أصل المسألة مال إلى أن ذلك من ضمان المشتري فلعله  
ذكر التفريع هنا على ما مال إليه هناك فلا يرد عليه شيء وإن كان الأمر كما  
ذكره القاضي حسين ومن تبعه وأن الحادث الذي تقدم سببه منسوب إلى  
البائع في عدم منع الرد بغيره مع علم المشتري وإن لم يكن يرد به فطريق  
الجواب يحتاج إلى تأويل والذي خطر لي الآن أن يحمل المنع من الرد على  
حالة يحصل فيها من الولادة نقصان عن قيمتها مع الحمل فانه رضى بها  
حاملاً فالغالب انها بالولادة تزيد قيمتها عن حالة الحمل فان الحمل عيب  
فإذا انقضت بالولادة عن قيمتها حاملاً كان ذلك عيباً جديداً مانعاً من الرد  
لانه ليس الغالب حصوله بسبب الحمل والذي لا يغلب حصوله من السبب  
المتقدم تبعد نسبته إليه فلذلك لم يجعل من ضمان البائع فيكون مانعاً من  
الرد بعيب آخر وأما مسألة الصداق فتحمل على أن المراد النقصان عن  
حالة الخيار وهي الحالة التي كانت عليها عند الاصداق ولا شك أن الجارية  
إذا حبلت وولدت تنقص قيمتها عما كانت عليه قبل ذلك والنقص بالحمل قد  
زال بالوضع وبقي النقص الآخر عن حالة الحبال فالولادة في يد لزوج  
وسببها في يد لزوج وهو مما فعلت ولا يندر فيجوز فيه الخلاف فان فرض  
نقص بالولادة عن حالة الحمل الحاصل في يد البائع فهو نقص جديد يتجه  
أن يكون من ضمان الزوجة كما في المشتري ههنا هذا ما خطر لي في ذلك  
وفيه نظر والله أعلم \* \* (فرع) \* أطلق الرافعي رحمه الله اشتراط عدم  
النقص بالولادة ولم يفرق بين ما بعد القبض وما قبله والماوردي وابن  
الصباغ رحمهما الله فرضا المسألة فيما إذا كانت الولادة عند المشتري كما  
فرض المصنف رحمه الله ولا يشك أنها إذا ولدت قبل القبض ولم يحصل  
نقص ترد إذا اطلع على عيب آخر وأما إذا حصل نقص فقد قدمت كلاماً في  
أن العيب الحادث قبل القبض إذا استند إلى أمر سابق علم المشتري هل  
يكون موجبا للرد أولاً وهل يكون مانعاً من الرد بغير أولاً والذي ظهر أنه  
ليس موجبا ولا مانعاً وقد صرح صاحب التتمة أنه إذا اشترى أمة مزوجة  
عالمًا بتزويجها فأزال بكارتها قبل القبض ثم اطلع على عيب بها فله الرد  
هذا ما يقتضى تقييد كلام الرافعي رحمه الله والله أعلم \*

[ 222 ]

\* قال المصنف رحمه الله تعالى \* \* (وإن كان المبيع جارية ثيباً فوطئها ثم  
علم بالعيب فله أن يردها لانه انتفاع لا يتضمن نقصاً فلم يمنع الرد  
كالاستخدام) \* \* \* (الشرح) \* هذه مسألة مشهورة اختلف العلماء فيها على  
ثمانية مذاهب (أحدها) أن يردها كما ذكره المصنف ولا يرد معها شيئاً وهو  
مذهبنا الذي نص عليه الشافعي والاصحاب ولم يختلفوا فيه وبه قال زيد  
بن ثابت فيما قيل وعثمان ومالك والليث بن سعد وأبو ثور ولا فرق عندنا

في ذلك بين أن يكون بعد القبض أو قبله ولا يكون بالوطئ قابضا لها على المشهور ولا مهر عليه ان سلمت وقبضها فان تلفت قبل القبض فهل عليه المهر للبائع وجهان بناء على أن الفسخ قبل القبض رفع للعقد من أصله أو من حينه الصحيح لا مهر ولا فرق بين أن يكون المردود عليه ممن تحرم عليه بوطئ المشتري كآب وابنه أولا فان ذلك لا يمنع الرد والمذهب الثاني أنه لا يرد ولا يرجع بالارش وهو قول أبي حنيفة والثوري وأبو يوسف واسحاق وروى ذلك عن عمر وعلى بن أبي طالب وابن سيرين والزهرى (والثالث) أنه يردها ويرد معها مهر مثلها وهو قول ابن أبي ليلى وشريح في رواية وقيل انه روى نحو ذلك عن عمر قال ابن المنذر المهر في قول ابن أبي ليلى يأخذ العشر من قيمتها ونصف فيجعل المهر نصف ذلك يعني يكون المهر ثلاث ارباع عشر قيمتها بذلك صرح عنه غيره (الرابع) بردها ويرد معها مهر مثلها بالغ ما بلغ وهو قول ابن شبرمة والحسن بن حى وعبد الله بن حسن (والخامس) يردها ويرد معها نصف عشر ثمنها وهو قول شريح والنخعي وقتادة وروى من طريق الشعبي عن عمر (والسادس) يردها ويرد معها حكومة وهو قول الشعبي (والسابع) أنها لازمة لو صح ذلك عن الحسن وعمر بن عبد العزيز وهى رواية عن على بن أبي طالب فلا يردها ولا يرجع بشئ على هذا القول (والثامن) يردها ويرد معها عشر ثمنها وهو قول ابن المسيب وروى عن ابن المسيب يرد معها عشرة دنائير ولعل ذلك كان عشر ثمنها فلذلك لم أعده مذهبا آخر دون تحقيق \* هذا في وطئ السبب وأما البكر فسيأتي الكلام فيها في كلام المصنف ان شاء الله تعالى ومن هذه الاقوال التى حكيتها ما وردت مطلقة من غير تخصيص لثيب ولا بكر وهو قول الشعبي والحسن وابن المسيب وهذه المذاهب الثمانية ترجع إلى أربعة أقوال يردها ولا شئ معها كمذهبنا أو بامتناع ردها والرجوع بالارش كمذهب

[ 223 ]

أبى حنيفة أو بامتناع ردها ولا يرجع بشئ كمذهب الحسن وعمر بن عبد العزيز أو يردها ويرد معها شياً كمذهب الباقيين \* فاما من يقول يردها ورد شئ معها فالوجه تأخير الكلام عليه وتقديم الكلام على المذهبين عليه الاولين الثالث يشارك الثاني في القول بامتناع الرد عليهما في ذلك واحد فليجعل الكلام في جواز الرد وامتناعه ومعتمدنا في ذلك أن وطئ السبب شئ لا ينقص من عينها ولا من قيمتها ولا يتضمن الرضا بعينها فوجب أن لا يمنع من ردها بالاستخدام وقولنا لا ينقص من عينها احتراز من قطع الطرف ومن قيمتها احتراز من حدوث عيب في يد المشتري وقلنا ولا يتضمن الرضا بعينها احتراز من وطئها بعد العلم بعيبها وغير ذلك مما يوجب الرضا وهذا الدليل الذى ذكره المصنف واستدلال الشافعي رضى الله عنه بأن الوطئ أقل ضررا من الخدمة يعنى أن الوطئ يمتنع ويلد ويطرب والخدمة تلذ وتزيب وتتعب فإذا لم تمنع الخدمة من الرد فالوطئ أولى أن لا يمنع فهذا الدليل هو الاول لكن بقياس الاولى وأيضا بالقياس على وطئ الزوج وقد اتفقوا على أنه لا يمنع الرد ولذلك إذا أكرهها انسان على الوطئ فان كان وطئ الثيب يقتضي وجوب أن يقع وطئ الزوجة والمكرهة: فان لم ينقص وجب أن لا يمنع وطئ السيد وبالقياس على ما إذا غصبها المشتري من البائع فوطئها ثم ردها حتى يوفيه الثمن فلما وفاه وسلمها إليه وجد بها عيبا له أن يردها عندنا وعندهم فان اعتذروا عن وطئ الزوج بأنه مستحق فوطئ المشتري مستحق وأيضا يبطل بوطئ الزوج للبكر فانه مستحق ومع ذلك قالوا بامتناع ردها فان اعتذروا بأن منافع بضع

الزوجة غير مملوكة بالشراء وإنما يمتنع الرد بوطئ السيد لانه كأنه حبس بعض أجزاء المبيع فلذلك منع وطئ السيد ولم يمنع وطئ لزوج الثيب وأما البكر فجلدة البكارة مستحقة للمشتري لانها عين حقيقة والنكاح محل المنافع الا أن تلك الجلدة تتلف للضرورة وإذا كانت مستحقة بالمبيع فأتلفها لزوج امتنع الرد لغوات بعض المبيع (فالجواب) أن منفعة البضع مملوكة بالشراء للسيد بدليل أن الزوج لو طلق كانت له ولو وطئت بشبهة استحق المهر وكون جلدة البكارة جزء من المبيع مع كونها مستحقة الازالة للزوج لا يفيد لانه مأذون له فيها شرعا فلو لم تكن للنقص لما منع ذلك من الرد وقد تعلق المخالفون في ذلك بامرین (أحدهما) أن الصحابة رضی الله عنهم في هذه المسألة على قولین (أحدهما) أنه لا يرد وهو قول علي بن أبي طالب رضی الله عنه (والثاني) يرد معها المهر وهو قول عمر رضی الله عنه فالقول بأنه يرد ولا شيء معها احداث قول ثالث وهو غير جائز وأورده ابن السمعاني والغزالي ومحمد بن يحيى عنهم فقالوا ان عليا وابن عمر

[ 224 ]

رضي الله عنهم قالوا لا يردّها وعمر وزيد بن ثابت رضي الله عنهما قالوا يردّها ويرد معها نصف عشر قيمتها وإيراده على الوجه الاول الاشهر وأقرب في النقل والجواب عنه من وجوه (أحدهما) ما أشار إليه الشافعي رضي الله عنه في اختلاف الحديث فانه بحث مع من خالفه وحكى عنه أنه قال رويانا ذلك عن علي قال الشافعي قلت أفنيت عن علي فقال بعض من حضره لا فروينا عن عمر يردّها وذكر عشرا أو نحو ذلك قال الشافعي قلت أو ثبت عن عمر قال بعض من حضره لا قلت وكيف تحتج بما لا يثبت وأنت تخالف عمر لو كان قاله وهذا الكلام من الشافعي رضي الله عنه اشارة إلى أنه لم يثبت ذلك عن عمر ولا عن علي رضي الله عنهما وقد وقفت على الاسانيد وورود ذلك عنهما فرأيتها ضعيفة وأمثلها الرواية عن علي فانه لا يردّها ويرجع بقيمة العيب وهي منقطعة لانها من رواية علي بن الحسين ولم يدرك جده ولولا ذلك لكانت صحيحة فانها من رواية ابن أبي شيبه عن حفص بن عنان عن جعفر بن محمد بن علي بن الحسين عن أبيه عن جده عن علي رضي الله عنهم ولعل حفص بن عنان أو مسلمة ممن كان حاضرا مناظرة الشافعي فانه قاضى الكوفة حنفيًا جليلا ثقة ونقلها البيهقي من طريق جماعة عن جعفر ورويت متصلة بطريق ضعيفة ليست بمحفوظة ونقل القاضي أبو الطيب أن الشافعي قال في اختلاف الاحاديث لا يثبت عن أحد من الصحابة في ذلك شيء وإذا كان كذلك سقط التمسك الذي ذكره والذي رأيت في اختلاف الحديث ما ذكرته ورأيت في اختلاف العراقيين قال ولا يعلم ثبت عن عمر ولا عن علي ولا عن واحد منهما أنه قال خلاف هذا القول يعني قول الشافعي وقال أبو المظفر بن السمعاني قد جهدت غاية أن أجد ما قالوه في كتاب فلم أجده وإنما هي حكاية أخذه العلم من التعليق وسعى السواد على البياض ولم يرد عليه واحد من الصحابة شيء سوى علي (الثاني) أنه قد روى مثل مذهبا عن زيد بن ثابت ذكره أبو علي الطبري في مسائله الكثيرة فيما نقله أبو حامد عنه قال القاضي أبو الطيب وحكى لنا ذلك يعني لرواية عن زيد أبو الحسن الماسرخسي ونقله المصنف في النكت وإذا اختلفت الصحابة وجب الرجوع إلى القياس لكن أبا المظفر ابن السمعاني قال ان هذا النقل عن زيد ليس بصحيح (الثالث) أنه قول صحابييين لم يعلم انتشاره والقياس بخلافه فيقدم عليه (الرابع) أن مذهبنا موافق لعمر فانه اثبت الرد فوافقناه في أصل الرد

[ 225 ]

فيه خلاف وتفصيل مذکور في أصول الفقه ونحن هنا وافقنا بعضهم في جواز الرد وبعضهم في إسقاط المهر فلم يكن ذلك خرقاً للاجماع (الامر الثاني) مما تعلقوا به القياس على وطئ البكر لان كلا مما يقرر المسمى في النكاح وعلى ما إذا زنت وبأنه ينالها في ذلك ابتذال وينقصها فانه قد يكون المشتري أبا البائع أو ابنه فيحرم فتحرم عليه فممنع الرد كسائر العيوب وتعلقوا أيضاً بأن الوطئ جنابة لانه لا يخلو عن عقر أو عقوبة في الغالب ولا يباح بالاباحة فاشبه القطع والرد رفع للعقد من أصله فلو ردها لكان الوطئ حاصلًا في ملك البائع وهذا لا يجوز لان الوطئ في ملك الغير لا يخلو عن المهر ولا يجوز أن يوجب المهر ولا أن يردها بغير مهر فيبطل الرد وربما قالوا في هذا انه إذا كان واقعا في ملك الغير كان عيبا فيمنع الفسخ فلو نفذ الفسخ لما بعد ونقلوا عن محمد بن الحسن أن الوطئ لا يخلو عن عقر أو عقوبة إلا إذا كان في الملك وقد انتفيا عن المشتري بالاجماع فلو فسح لا يبقى الملك من أصله فلذلك وجب إسقاط الملك وقوله انه انتفيا عن المشتري بالاجماع ينبغي أن يؤول فانه قد تقدم عن ابن أبي ليلى وغيره إيجاب المهر وبأن منافع البضع في حكم الاجزاء والمشتري اتلفها فصار كما لو تلف الولد والزوائد ويعود البحث في مسألة لزوائد وإنما استدلوا به على أن الوطئ تنقيص للملك صرف مهر الجارية الموطوءة بالشبهة إلى سيدها فلو كان المهر لصيانة البضع فقط لوجب لله الكفارة فلما صرف السيد دل على أن منافع البضع كالاجزاء وان لم تنقص القيمة كيد الذكر والانثيين يصرف للسيد وان لم تنقص المالية بمنفعة البضع الحكم في حكم لاجزاء وفوات الاجزاء يمنع الرد ومما يدل على أنها في حكم الاجزاء أن الكافر لا يملكه على المسلمة وبمنع من الرد في خيار الشرط بخلاف المنافع وذلك أن منافع البضع في الشرع محترمة مشرفة لانها سبب النسل في العامل فلشرفها وحرمتها التحقت بالاجزاء شرعا (والجواب) أن وطئ البكر والزنا منقضان للقيمة بل زوال البكارة وحدها بغير وطئ منقصة والابتذال ان سلمه كالاستخدام وكون المشتري أبا البائع أو ابنه لا يعتبر في معيوب شخص من الاشخاص بل المعتبر ما ينقص قيمة الشئ ولا يؤثر إلا ماله أثر في المالية وقولهم انه جنابة ممنوع لان الجنابة تنقص القيمة وهذا بخلافه ولو كان جنابة لمنع من الأجنبي إذا وطئ مكرهة ومن الزوج وقولهم لا يباح بالاباحة ينتقص بما دون الوطئ هكذا نقض بعض الاصحاب عليهم ونقل بعضهم ان ما دون الوطئ من الاستمتاع مانع الرد أيضا فعلي هذا لا يتوجه النقض وعن قولهم لا يخلو عن مال أو عقوبة أن الجنابة قد تخلو من المال والعقوبة إذا قال الرجل إقطع يدي فقطعها وعن قولهم الرد فسح للعقد من أصله

[ 226 ]

تقدم ثم أثر ذلك إنما يظهر ذلك في الاعيان \* أما المنافع البعضية فلا \* ثم لو كان ذلك صحيحا لما جاز الرد إذا رضى البائع وهو جائز وإيجاب المهر في

البضع عن المنفعة والسيد يستحقها فلا ضرورة إلى تقديرها جزءاً وتقدير المهر بعيد مما يدل على أنه ليس بجزء أنه لا يجبر به في المراجعة ولا يسقط به قبل القبض من الثمن شيء ولا يضمنه الغاصب عندهم وإنما لم يملكه الكافر على المسلمة لان فيه ادخال ذل على الاسلام والوطئ في خيار الشرط فيه وجهان فان سلمه فلانه مع العلم بالخيار يتضمن الرضا فهنا وطئ قبل العلم بالخيار واعتذر أبو زيد عن الوطئ قبل القبض بأنه وقع في حكم مالك البائع لانه تصرف ولا يتنقل التصرف إلا بالقبض فيقى على ملك البائع فلم يجر أن يجعل جناية وهذا ضعيف فهذا ما تيسر ذكره وحرف المسألة أن أبا حنيفة لاحظ غرض البائع وما يحصل له من النقرة والتغير والانفة والشافعي لاحظ الامر العام وأن عادة التجار إذا علموا أن الجارية ثيب لا يبالون بقله الوطئات وكثرتها ولا ينقص من قيمتها شيئاً فان فرض وطئ ينقص القيمة فليس فرض المسألة والله عزوجل أعلم \*  
واعلم أن أصحابنا اختلفوا في أن الرد رفع للعقد من أصله أو من حينه وقد اتفقوا هنا على جواز الرد وعليه أنه لا يجب المهر إلا ما سنحكيه من مقتضى كلام القاضي حسين وهذا الاتفاق يدل على أن أثر ذلك عند من قال به إنما هو في الاعيان أما المنافع فلا وهو يقوى ما تقدم من البحث فيه والا فلو أثبتنا عدم الملك كان ينبغي وجوب المهر وقد حكى القاضي حسين فيما إذا وطئ المشتري الجارية المبعة الثيب قبل القبض ثم ماتت أنه هل يغرم المشتري للبائع المهر على وجهين (ان قلنا) يفسخ من الاصل غرم وإلا فلا وقياس ذلك أن يأتي في الرد بالعيب ولم أرهم ذكره ويتقرر ثبوته فهو مختص بما قبل القبض لضعفه ملك المشتري وبقاء علقه ملك البائع فلا يلزم من ذلك طرده بعد القبض على الطريقة الضعيفة الطاردة للقولين فيما بعد القبض وفيه نظر \* هذا ما يتعلق بمن يقول بمنع الرد (وأما) المذاهب النافية فمذهب ابن شبرمة أقربها لانه يقول بردها مع مهر المثل بالغاً ما بلغ وهو يتخرج على ما تقدم من ارتفاع العقد من أصله تخريجا ظاهرا (وجوابه) ما تقدم وأما من قال يردّها ويرد شيئاً يتقدر معها فتحكمات لا دليل عليها وأما من قال بامتناع ردها ولا يرجع بشئ فبعيد فان العيب القديم يجب الرجوع بارشه إذا امتنع الرد اللهم الا أن يطرد الجزء مذهبه ويمنع من أخذ الارش والله أعلم \*

[ 227 ]

\* (فرع) \* هذا كله في وطئ المشتري فلو وطئها البائع أو الأجنبي بعد القبض بشبهة فهو كوطئ المشتري لا يمنع الرد وان كانت مختارة فهو زنا وهو عيب حادث يمنع الرد وان كان قبل القبض فان كانت زانية فعيب يوجب الرد وان كانت شبهة أو مكرهة فليس بعيب ويجب المهر على الأجنبي للمشتري وأما البائع ففي وجوب المهر عليه وجهان بناء على جناية البائع على المبيع قبل القبض (ان قلنا) كافة سماوية لم يجب والا وجب وهما كالوجهين في الانتفاع بالمبيع قبل القبض فان ماتت بعد وطئ البائع قبل القبض وقلنا العقد يرتفع من أصله لم يغرم المهر (وان قلنا) من حينه فوجهان بناء على القولين في جناية البائع قال ذلك القاضي حسين وان ماتت بعد وطئ الأجنبي قبل القبض (فان قلنا) يفسخ العقد من أصله فالمهر للبائع (وان قلنا) من حينه فللمشتري قاله القاضي حسين وفي وجوب الحد على البائع إذا وطئها جاهلا بالتحريم وجهان في التتمة \* هذا في الثيب أما في البكر ففيها زيادة أحكام ستأتي ان شاء الله تعالى \*  
\* (فرع) \* ما ذكرناه من أن الوطئ إذا كان على وجه الزنا عيب يمنع الرد استثنى القاضي حسين منه ما إذا لم تنقص قيمتها بالزنا بان كانت

معروفة بالزنا واشتراها على ذلك فانه لا يمنع به الرد ذكرت ذلك في جوابه عن اعتراض الحنفية وكذلك ذكره صاحب التتمة وطرده في الاباحة والسرقة إذا حدثت ولم تنقص القيمة قال لانها عيب من طريق الحكم يعنى بخلاف البرص ونحوه إذا زاد فانه عيب من حيث المشاهدة \* \* قال المصنف رحمه الله تعالى \* \* (وإن وجد العيب وقد نقص المبيع نظرت فان كان النقص بمعنى لا يقف استعلام العيب على جنسه كوطئ البكر وقطع الثوب وتزويج الامة لم يجر له الرد بالعيب لانه أخذه من البائع وبه عيب فلا يجوز رده وبه عيبان من غير رضاه وينتقل حقه إلى الارش لانه فات جزء من المبيع وتعذر الفسخ بالرد فوجب أن يرجع إلى بدل الجزء الفائت وهو الارش) \* \* \* (الشرح) \* النقص الحاصل لرخص السعر ونحوه لا خلاف أنه لا يعتبر فلذلك قال المصنف المعنى أي حاصل في المبيع وامتناع الرد في اقتضاض البكر وقطع الثوب وتزويج الامة إذا لم يكن لها سبب سابق ولا ضم معها الارش لا خلاف فيه عندنا لانها عيوب حادثة في يد المشتري فلو رده وبه عيبان كما قال المصنف في وطئ البكر مذاهب السلف قال ابن سريج والنخعي يردّها ونصف

[ 228 ]

عشر ثمنها وتقدم في وطئ الثيب حكاية ثلاثة مذاهب مطلقة في الوطئ والظاهر أنها مطردة في البكر وكلها ضعيفة واتفقوا في البكر على أنها بعد الافتضاض لا ترد مجاناً لان المتقدمين أجمعوا على قولين (اما) امتناع الرد (واما) الرد مع الارش وجعلوا ذلك مثلاً لامتناع أحداث القول الثالث كما هو رأى أكثر الاصوليين ولاسيما هنا فان فيه دفع ما أجمعوا عليه وقد تكلم الشافعي في المختصر على اقتضاض البكر فقال وان كانت بكرًا فافتضاها لم يكن له أن يردّها ناقصة بما بين قيمتها صحيحة ومعينة من الثمن ثم تكلم بعد عن مسائل تكلم عن حدوث العيب عند المشتري فقال فان حدث عنده عيب كان له قيمة العيب الا أن يرضى البائع أن يقبلها ناقصة فيكون ذلك له الا أن يشاء المشتري حبسها ولا يرجع بشئ وتبعه الاصحاب على ذلك وتكلموا على كل من المسألتين وحدها وحزموا في وطئ البكر أنه مانع من الرد وقالوا في مسألة حدوث العيب انه يمنع الرد به وقال ابن سيرين والنخعي والزهرى علي ما نقله ابن المنذر وغيره والثوري وأبو حنيفة وأصحابه وابن شبرمة وقال الشعبي أبطل الآخر الاول وهذا يحتمل أن يكون موافقا لما قلناه ويحتمل أن يكون بمنع الرد ولا يرجع بشئ وذهب حماد ابن أبى سليمان وأحمد وأبو ثور إلى أنه يرد السلعة وأرش العيب الذي حدث عنده قياساً على المصراة وقال الماوردي ان أبا ثور روى ذلك عن الشافعي رضى الله عنه في القديم وهذا يرجع إلى الوجه المشهور الذي في طريقة الخراسانيين فيما إذا طلب المشتري الرد مع الارش والبائع اعطاء الارش وبقاء العقد وبالعكس من ايجاب كل منهما وسنذكره ان شاء الله تعالى ولذلك قال المرعشي قطع الثوب من الصور التي فيها قولان (أحدهما) يردّه وأرش القطع (والثاني) يأخذ الارش فلا تنافى بين الكلامين ولكن هل نقول الواجب له ابتداء له الرد مع بدل الارش أو بتخير بين ذلك وبين طلب الارش أو ليس له أخذ الارش الا أن يختار البائع الرد كما يقتضيه ظاهر قول الشافعي رضى الله عنه في المختصر والاصحاب \* فيه بحث ينبنى عليه أنه هل تجب عليه المبادرة إلى لرد وبدل الارش أولاً (ان قلنا) بالاول وجب (وان) قلنا بالثاني أو الثالث لم يجب وسيأتى الكلام في ذلك ان شاء الله تعالى واحتمال رابع وهو ما يقتضيه كلام الرافعي انه حقه أولاً في الرد وحده فان امتنع البائع جاءت هذه

الاحتمالات وسنذكره ان شاء الله تعالى \* إذا عرفت ذلك فهل ذلك جار في  
وطئ البكر أولا الاقرب الاول واطلاق كلامهم يقتضيه وانما أفردت مسألة  
وطئ البكر وحدها لانهم ذكروه عقب وطئ الثيب والبحث فيها مع الحنفية  
فانا نوافقهم على أن وطئ البكر مانع ويحتمل على بعد أن يقال

[ 229 ]

هما مسألتان فوطئ البكر وشبهه مما فيه فوات جزء كالخصاء أو قطع  
طرف من أطرافه أو قطع أصبع زائدة سقط حقه من الرد وينتقل إلى  
الارث جزما الا أن يرضى البائع بالرد والعيوب التي تنقص القيمة فقط  
يجرى فيها خلاف أبي ثور والوجه التي ستأتي فعلى الوجه الذي يقول  
باجابة المشتري لم يسقط حقه من الرد بل حقه في الرد باق مع إعطاء  
الارث اما على التعيين أو على التخيير بينه وبين أخذ الارث كما تقدم  
وسياتى إذا اتبعنا رأى المشتري ويؤيد هذا الاحتمال أن القاضى أبا الطيب  
نقل الاجماع على أنه إذا قطع طرف من أطرافه في يد المشتري ثم وجد  
به عيبا قديما أنه لا يجوز له رده ووضع الشافعي والمصنف من في الخلاف  
كابن المنذر وغيره مسألة الوطئ وحدها ومسألة حدوث العيب وحدها وما  
تقدم عن الشعبي عامة قال في الجارية توطئ يردّها ويرد معها حكومة  
وفى الجارية يحدث بها عيب مبطل للعيب الاول وهذا يقتضى التباين بين  
المسألتين والاول أوفق لاطلاقهم ولعموم كلام الشافعي في المسألة  
الثانية وكلام المصنف فانه سوى بين وطئ البكر وقطع الثوب وتزويج  
الامة وليس في الثاني والثالث فوات جزء ولا ينحل أن هذه الثلاثة مشتركة  
في أنها صادرة من المشتري فتكون محل الجزم ويخص الخلاف بما لم يكن  
من جهة المشتري لنقل أبي الطيب الاجماع في قطع الطرف في يد  
المشتري فالاقرب أن العيوب كلها سواء في منع الرد الذي لم يضم معه  
الارث أما إذا ضم معه الارث فعلى ما سياتى وعلى رأى المصنف وهو  
الصحيح على ما سياتى يمتنع مطلقا الا يرضى البائع لانه يجاب من طلب  
تقدير العقد على الصحيح فلذلك صح اطلاق المصنف هنا ومحل الاتفاق  
أيضا ما لم يكن العيب الحادث له سبب متقدم فان كان له سبب متقدم فلا  
يمنع على الاصح كما تقدم مبحث حمل كلام المصنف على ما لا سبب له  
متقدما ومن ذلك ما إذا اشترى بكرا مزوجة جاهلا فافتضها لزوج وقد تقدم  
\* وممن صرح به هنا القاضى حسين وتقدم فيه بحث وجمع المصنف بين  
وطئ البكر وقطع الثوب قيل لان أبا حنيفة وافق في وطئ البكر وخالف  
في قطع الثوب ففيه قياس أحدهما على الآخر وقوله وطئ البكر محمول  
على افتضاضها فلو كانت غوراء فوطئها ولم تنزل بكارتها فهو كوطئ  
الثيب فيما يظهر \* واعلم أن زوال البكارة يفرض على وجوه مختلفة  
الاحكام سأفرد لها فرعا في آخر الكلام إن شاء الله تعالى وقوله من غير  
رضاه مفهم انه لو رضى البائع بالرد جاز وهو كذلك لكن فيه بحث فان قوله  
في أول الكلام نقص المبيع يدخل فيه جميع أنواع النقص والنقص قد يكون  
نقص صفة مخفية كقطع الثوب والتزويج وقد يكون نقصان عين ولكنها  
في حكم الوصف

[ 230 ]

كزوال البكارة فان جلد البكارة وان كانت عينا لكنها لا تقابل بقسط من الثمن ولذلك لا يسقط من الثمن بزوالها قبل القبض شئ وقد يكون نقصان عين مقابلة بجزء من الثمن كاحتراق بعض الثوب فاما القسمان الاولان فجواز الرد إذا تراضيا عليه ظاهر وأما القسم الثالث فينبغي أن يكون كما إذا رضى البائع أن يرد عليه بعض المبيع (والاصح) جوازه وقد تقدم فيه أنه لا يجوز \* إذا قلنا لا يجوز تفريق الصفقة وشرط النقص المانع من الرد بالاتفاق أن لا يكون له أمد ينتظر فلو كان قريب الزوال ففيه خلاف مذكور في طريقة الخراسانيين سأذكره في التنبيه الذي في آخر الكلام إن شاء الله تعالى (وقوله) وينتقل حقه إلى الارش ظاهره أنه لا حق للمشتري في الرد لا على التعيين ولا على التخيير وهو أحد الاحتمالات المتقدمة وسنعيد الكلام فيها إن شاء الله تعالى (وقوله) لانه فات جزء من المبيع إنما يظهر في القسم الثاني والثالث المتقدمين (أما الاول) وهو ما فيه نقصان صفة محضة فلا إلا أن يتجوز في اطلاق اسم الجزء عليها وبذلك قوله بدل الجزء الفاتت لكنه ههنا منزل منزلة الجزء شرعا بدليل جبره بالارش فلو لم يكن كالجزء لم يستحق الارش في مقابلته لكنه ليس جزءا حقيقيا والا لزم أن يسقط من الثمن شئ في مقابلته وان رضى المشتري بالرد وان لا يصح بيع أصلا حتي يحصر الاوصاف التي يجب الارش بفواتها وهي غير محصورة ويستثني من قول المصنف وينتقل حقه إلى الارش ما إذا كان العيب القديم هو الخصاء ولم تنقص به القيمة فانه لا ارش له وسأذكر قريبا أن كلام المصنف دال على ذلك فيما سيأتي ويؤخذ من قول المصنف أن الارش يدل عن الجزء الفاتت فيكون جزءا من الثمن فليس عرفا جديدا وسيأتي الكلام في ذلك \* (تنبيه) \* هل يشترط المبادرة باعلام البائع قال المتولي والبغوي والرافعي ان المشتري يعلم البائع بالحال فان رضى به معيبا قيل للمشتري إما أن ترده وأما أن تقنع به معيبا ولا شئ لك وان لم ترض فلا بد من ضم الارش وصرح الرافعي والبغوي من بعد بأنه لو أخر الاعلام من غير عذر بطل حقه من الرد والارش إلا أن يكون العيب حادث قريب الزوال غالبا كما سيأتي (قلت) وما ذكره يقتضى أن حقه أولا ثابت في الرد فان امتنع البائع انتقل إلى الارش وهو خلاف ظاهر عبارة المصنف وما حكيتنه من عبارة الشافعي وكذلك عبارة كثير من الاصحاب فان ظاهرها ان حقه ثابت في الارش إلا أن يرضى البائع بأخذه معيبا وقد قدمت أن الاحتمالات أربعة بكلام الرافعي هذا وما ذكره الرافعي يدل عليه كلام الغزالي هنا وكلام الامام في باب السلم ويؤخذ من كلامه وجهان في ذلك أرجحهما عنده أنه لا يثبت

[ 231 ]

الارش الا الطالب الجازم وأما إذا كان العيب قريب الزوال كالصداع والحمى والرمد والعدة التي لزمته من وطئ شبهة ففي جواز التأخير قولان أو وجهان مذكوران في طريقة الخراسانيين عبر عنها البغوي بقولين والغزالي بوجهين (أحدهما) يعذر بالتأخير وله انتظار زواله ليرده سليما عن العيب الحادث من غير ارش (والثاني) لا كغيره من العيوب وعمله الغزالي بقدرته على طلب الارش (فان قلت) هذان الوجهان يدلان على أنه فيما ليس قريب الزوال لا يعذر في التأخير قطعاً ويكون الاعلام لطلب الرد والارش على الفور وهو ما قاله الرافعي قلت يحتمل ذلك ويحتمل أن يكون هذان الوجهان في أن له الرد بعد ذلك وان ذلك عذر في تأخير الرد أم لا فان جعلناه عذرا كان بعد زواله الرد واسترجاع جميع الثمن وان لم نجعله عذرا تعين حقه في الارش والاحتمال الاول أقرب إلى كلام الغزالي وعليه

جرى الرافعى فان الغزالي صرح على قولنا أن لا يعذر أنه أبطل حقه وظاهر ذلك بطل حقه من الرد والارش جميعا فيقتضى أن طلب الارش على الفور فهم ابن الرفعة من كلام الغزالي أن الوجهين في تأخير طلب المشتري الرد مع بدل الارش ثم قال انه لا يبعد جريان مثلهما فيما إذا قلنا ان حقه في طلب الارش عن العيب القديم فاخر طلبه إلى زوال الحادث وبه صرح في الشامل في نظير ذلك إذا علم عيب الجارية بعدما حملت والحمل ينقصها يرجع لارش وقيل للمشتري امسكها حتى تضع ويردها وقد تقدم ذلك والذي أفهمه أن المسألة واحدة متى وجد عيب قديم وعيب جديد منتظر الزوال جرى الوجهان في جواز التأخير إلى الرد من غير ارش أو طلب الارش الان لكن هل تتعين الفورية في طلبه أولا فيه ما سلف عن الغزالي والرافعى من وجوب الفورية وعن غيرهما من عدمها ولا فرق بين طلب الرد مع بدل الارش وبين طلب الارش بخلاف ما أفهم كلام ابن الرفعة من أنهما مسألتان \* نعم يلتف ذلك على البحث الذي تقدمت الاشارة إليه هل حق المشتري أولا في الرد أو في طلب الارش (فان قلنا) بالاول يظهر الخلاف في كون التأخير بهذا السبب عذرا اولاً (وان قلنا) بالثاني يظهر سقوط حقه من الرد ويعين الارش الا برضى البائع ولا تشترط الفورية هذا ما يتضح عندي في ذلك والله عزوجل أعلم \* والوجه الذي حكاه صاحب الشامل معناه أنه يؤخر طلب الارش ويرد بعد الوضع وأما تأخير طلب الارش وحده بعد امتناع البائع من الرد فحائز قطعاً ولا يجب المبادرة إلى أخذ الارش ولذلك صرح صاحب التهذيب بان أخذ الارش لا يكون على الفور بل متى شاء أخذ وكذلك صاحب التتمة \*

[ 232 ]

\* (فرع) \* زوال البكارة إذا كان بعد القبض فهو مانع من الرد سواء كان بوطئ المشتري أو البائع أو أجنبي سواء كان بألة الافتضاض أو غيرها كاصبع أو خشبة أو ظفره أو وثبة أو غير ذلك كل ذلك مانع من الرد (1) إلا إذا اشترى أمة مزوجة فزالت بكارتها بعد القبض بوطئ لزوج فقد تقدم فيه وجهان وهما يثبتان هنا في تعليقه القاضى حسين (أصحهما) عند الرافعى على ما تقدم هناك أنه غير مانع وقال صاحب التتمة إنه مانع في صورة العلم دون الجهل وهو الاصح وان كان زوال البكارة قبل القبض فان كان من الزوج فان جهل المشتري الزوجية فلا شكال في أن ذلك موجب للرد فضلا عن كونه غير مانع وان علم المشتري الزوجية فقد تقدم الكلام في هذا الباب في موضعين على كونه موجب للرد بسببه أو مانعا من الرد بغيره أولا والذي ظهر أنه غير موجب ولا مانع وصرح صاحب التتمة بأنه غير مانع كما قلته وان كان من غيره فهو جناية على المبيع قبل القبض سواء كانت مكرهة أو مطاوعة وسواء كان الواطئ عالما أو جاهلا والتفصيل فيه أنه إن كان من أجنبي فان كان بغير آلة الافتضاض فعليه ما نقص من قيمتها وان افتضاها بآلته فعليه المهر وهل يدخل فيه ارش البكارة أو يفرد فيه ثلاثة أوجه (أصحهما) عند الرافعى هنا يدخل فعليه مهر مثلها بكرا (والثاني) يفرد فعليه ارش البكارة ومهر مثلها ثيبا (والثالث) يجب ارش البكارة ومهر مثلها بكرا وهو الذى جزم به الشيخ أبو حامد في تعليقه في باب الشرط الذى يفسد البيع والرافعى هناك أيضا ثم المشتري ان أجاز العقد فالجميع له هكذا أطلق الرافعى وهو كذلك ان تم العقد اما ان ماتت قبل القبض فقال القاضى حسين ارش البكارة للبائع وجها واحدا كما لو قطع أجنبي يدها ثم ماتت في يد البائع فارش القطع للبائع وفى مهر مثل الثيب وجهان (ان قلنا) يفسخ من أصله فهو للبائع (وان قلنا) من حينه فللمشتري وهذا الذى

قاله القاضى حسين متعين وان فسخ المشتري العقد قال الرافعى فقدر  
أرش البكارة للبائع لعودها إليه ناقصة والباقي للمشتري فاما قوله أرش  
البكارة للبائع فهو شاهد لما قاله القاضى حسين (وأما) قوله الثاني  
للمشتري فينبغى أن يكون ذلك على قولنا أنه يفسخ من حينه (أما) إذا قلنا  
ينفسخ من حينه فيكون الجميع للبائع كما تقدم في كلام القاضى عند  
التلف (وأما) إذا افتضها البائع فان اختار المشتري فلا شئ على البائع (إن  
قلنا) جنايته كالآفة السماوية (وان قلنا) كالأجنبي فحكمه حكمه هكذا قال  
الرافعى تبعاً لصاحب التهذيب واختلف جواب القاضى حسين فيها فمرة  
قال كذلك وهو آخر قوله ومرة قال فيما إذا كان

(1) بياض بالاصل

[ 233 ]

بغير آلة الافتضاض يسقط من الثمن ما بين كونها بكراً وثيباً وكذلك اختلف  
قوله فيما لو قطع البائع يد العبد المبيع قبل القبض واندمل وقلنا جنايته  
كجناية الأجنبي انه هل يجب عليه كمال القيمة أو نصفها قال كما لو باع  
عشرة أصع حنطة بعشرة دراهم ثم أتلف البائع صاعاً منها قبل القبض  
يسقط عن المشتري عشر الثمن ولا يقول يجب على البائع مثله لانه عامد  
هكذا قاله القاضى ودعواه في هذه الصورة ممنوعة أيضاً بل مقتضى  
التفريع أنه إذا أجاز المشتري يجب عليه مثله قال القاضى حسين فيما إذا  
وطئها البائع وافتضها وجعلنا جنايته كجناية الأجنبي وأجاز المشتري وقلنا  
أرش البكارة ينفرد ينظر كم نقص ذهب البكارة من قيمتها فذلك القدر من  
الثمن يسقط إن نقص عشر قيمتها سقط من الثمن عشره ويجب من مهر  
مثلها ثيباً ان جعلناه كالأجنبي (وان قلنا) أرش البكارة لا يفرد فيجب مهر  
مثلها بكراً مثلاً مائة وثيباً ثمانين فخمس مهرها بكراً أش البكارة ان جعلناها  
كجناية الأجنبي سقط من الثمن بحصته وفى أربعة أخماس الثمن وجهان  
فان مايت فى يد البائع بعد افتضاضه سقط جميع الثمن وقدر ما يقابل  
أرش البكارة لا يجب على البائع وهل يغرم مهر مثلها ثيباً (إن قلنا) الفسخ  
رفع من أصله لم يغرم (وان قلنا) من حينه وجناية البائع كالأجنبي غرم \*  
هذا التفريع للقاضى حسين فانه لم يفرع الا على قوله الاول وفيه مخالفة  
كما قاله الرافعى فى الحاقه بالأجنبي مطلقاً وان فسخ المشتري فليس  
على البائع فسخ أرش البكارة وهل عليه مهر ثيباً ان افتضى بالته يبنى  
على أن جنايته كالآفة السماوية لم يجب أم لا وهكذا قال الرافعى  
ومقتضاه ان قلنا كالآفة السماوية لم يجب وهو صحيح (وان قلنا)  
كالأجنبي وجب وينبغى إذا قلنا ان جنايته كالأجنبي فيخرج على أن الفسخ  
رفع للعقد من أصله أو من حينه (إن قلنا) من أصله لم يجب أيضاً والا وجب  
فى هذين القسمين زوال البكارة من البائع ومن الأجنبي قبل القبض لا  
يمنع الرد بالعيب القديم بل هذا عيب آخر مثبت للرد وأما إذا افتضها  
المشتري قبل القبض فيستشعر عليه من الثمن بقدر ما نقص من قيمتها  
وهو تعيب مانع من الرد بالعيب القديم فان سلمت حتى قبضها فعليه  
الثمن بكماله وان تلفت قبل القبض فعليه بقدر نقص الافتضاض من الثمن  
وهل عليه مهر ثيب يبنى على أن العقد يفسخ من أصله أو من حينه هكذا  
قاله الرافعى وجعل القاضى حسين ذلك تفريعاً على قولنا إن أرش البكارة  
يفرد على المهر فان قلنا لا يفرد

قال فينقرر على المشتري من الثمن بقدر ما يقابله باعتبار القيمة وفى الباقي من المهر الوجهان وبين التقديرين اختلاف فانا إذا أفردنا ارش البكارة وكان عشرين مثلا وهو عشر قيمتها قررنا عشر الثمن وإذا لم يفرد وكان مهرها بكرا مائة أو ثيب ثمانين فارش البكارة الخمس فينقدر خمس الثمن ولنقرض القيمة واحدة في المثاليين فإذا ما ذكره الرافعى انما يجئ على القول الضعيف فان الصحيح ان ارش البكارة يدخل في المهر وهذا كله إذا لم نجعل وطئ المشتري كوطئ الأجنبي وهو للصحيح وهذا التقرير على طريقة القاضى حسين والرافعى هنا وأما على طريقة الشيخ أبى حامد والرافعى في باب فساد البيع أنه يجب مهر بكرا وارش البكارة متعين ولا يخفى الحكم وفى وجه افتضناض المشتري قبل القبض وافتضناض الأجنبي وفرق القاضى حسين بأن ضمان الجناية بالشرع فروعى فيه واجب الشرع وهذا ضمان معاوضة فروعى فيه موجب العقد والعقد اقتضى التقسيط على الاجزاء فلذا قال الفارقى تلميذ المصنف تكلمت يوما في هذه المسألة في حلقة الدامغانى قاضى القضاء وهى من مفردات أحمد فقلت قضية العقد التسوية بين المتعاقدين وحق الرد ثبت للمشتري إذا لم يحدث عنده عيب لانه بذل الثمن ليحصل على مبيع سليم فلما فات اثبتنا له الرد جبرا لحقه فانه لو أخذ منه الثمن الذى بذله في مقابلة السليم وجعل على المعيب فكان اخلاا بالنظر وترك التسوية بينهما فلذلك إذا حدث عنده وجب أن يمنع عليه الرد لانا لو جوزنا له ذلك افضى إلى الاضرار بالمنافع لانه خرج المبيع عن ملكه سليما فلا يجوز رده إليه معينا تسوية بين جانبه وجانب المشتري فقال لى هذا بيان التسوية بينهما وامتناع الرد فلم رجحت جانب البائع على جانب المشتري حتى الزمت المشتري المعيب فقلت هذا في قضية النظر لا يلزمنى لان مقصودى بيان امتناع الرد على المشتري وذلك يحصل بالمعاوضة لمراعات حق البائع والتسوية بينهما فلا حاجة إلى بيان الترجيح ثم أشرع بيانه (فاقول) انما رجحت جانب البائع على المشتري لان البائع إذا الزمناه اخذ المبيع بعيبين عظم الضرر في حقه لانه خرج المبيع عن ملكه سليما من هذا العيب لحدوثه فانه جزء من ملكه الذى كان ثابتا له والمشتري لم يكن في ملكه شئ ففات عليه وانما قصد تحصيل شئ على صفة فلم يحصل على تلك الصفة وليس الضرر في حق من فاته شئ كان له حاصله كالضرر في حق من لم يحصل له ما قصده (قلت) قوله أنها من مفردات أحمد قد تقدم أن ذلك قول أبى ثور رواه عن الشافعى ويوافقه أحد الاوجه فى المذهب وهو مذهب مالك أيضا على تفصيل عنده \*

\* (فرع) \* أطلق المصنف أن تزويج الامة مانع من الرد ويطرقه أمران (أحدهما) أنا سنحكى حكاية عن صاحب البيان وجها ضعيفا أن التزويج بعيب وقياس ذلك بطرد ههنا (الثانى) لو قال الزوج لها إن ردك المشتري بالعيب على البائع فأنت طالق فكان قبل الدخول ثم وجد بها عيبا قال الرويانى فى البحر قال والذى رحمه الله (الاطهر) عندي أن له الرد لان الفرقة تقع عقب الرد بلا فصل ولا يخلف النكاح عنده قال الرويانى ويحتمل أن يقال

ليس له الرد بمقارنة العيب الرد وعلى ذهني من كلام الغير ما يعضد هذا الاحتمال وانه لو زوجها المشتري للبائع ثم عيبها لم يكن له أن يردّها عليه وان كان النكاح ينفسخ برده لوجود العيب الآن صرح بذلك صاحب التتمة وقد ترتب ذلك على أن العلة مع المعلول أو قبله (إن قلنا) بالاول فلم تصادف الزوجية الرد فتصح (وان قلنا) بالثاني فوجهان (أحدهما) لا يصح للمقارنة قال الروياني ولانه قد يموت عقيب الرد فيلزمها عدة الوفاة ولا يقع الطلاق على المذهب الصحيح أي لمصادفته زمان البيونة فيؤدى إيجاب القبول إلى الحاق الضرر به (والثاني) يصح كما ذكره والد الروياني ولان الزوجية في مثل هذا الحال لا تعد عيبا والاقرب أنه يمتنع لما قاله الروياني ولما قدمته وحينئذ يبقى كلام المصنف على اطلاقه \* (فرع) \* إذا وجد المشتري العيب فقبل رده مع كونه في الرد جاء البائع وقطع يده ففيه وجهان (أحدهما) له الرد قال الروياني وهو الاظهر عندي لا لانه عيب حدث في يد المشتري (قلت) هكذا أطلق هذين الوجهين ويحتمل أن يكونا خاصين بهذه الصورة حتى لا يكون فعل البائع مانعا لما شرع فيه المشتري ومحل ذلك أن نظر في جميع العيوب الحاصلة في المشتري من جهة البائع فيطرده ذلك في زوال البكارة من البائع وغيرها والكلام المتقدم في زوال البكارة يخالفه \* (فرع) \* من جملة العيوب المانعة من الرد لو كان غلاما فحلق شعره لانه ينقص من ثمنه قاله أبو عاصم العبادي \* (فرع) \* اشترى فرسا بحمار وخصى الفرس ثم وجد به عيبا فالظاهر ومقتضى قول الجمهور وبه قال البغوي انه ليس له الرد إلا برضى البائع وقال القاضي حسين في فتاويه ان لم تنقص قيمته له أن يرد وان نقصت استرد بقدر ما نقص من قيمته من عين الحمار لا من قيمته وإن كان الحمار قد تلف استرد من قيمته \*

[ 236 ]

\* قال المصنف رحمه الله تعالى \* (فان قال البائع أنا آخذ المبيع مع العيب الحادث لم يلزمه دفع الارش لانه لم يكن له غير الرد وانما امتنع للعيب الحادث في يده فإذا رضى به صار كأنه لم يحدث عنده عيب فلم يكن له غير الرد وإن قال المشتري أردّه وأعطى معه أرش العيب الحادث عندي لم يلزم البائع قبوله كما إذا حدث العيب به عند البائع فقال خذّه وأنا أعطيك معه أرش العيب لم يلزم المشتري قبوله) \* \* \* (الشرح) \* هذا نوعان من المسألة المتقدمة ولا شك أن للبائع والمشتري عند اجتماع العيب القديم والحادث أحوالا (أحدها) أن يرضى البائع برده من غير أرش للحادث فذلك له وليس للمشتري بعد ذلك إلا أن يمكسه مجانا أو يرد ولا يكلف رده كما لا يكلف رده إذا انفرد العيب القديم ولا يكلف البائع الارش وهذه الحالة هي المسألة الاولى من كلام المصنف هنا (وقوله) لانه لم يكن له غير الرد يؤيد ما تقدم عن الرافعي ويقتضى أن حقه الاصلى هو الرد لا الارش (الثانية) أن يتفقا على إمساكه وأخذ أرش العيب القديم فذلك جائز بلا خلاف وهو الذي اقتضى كلام المصنف فيما تقدم أنه الواجب لكن بطريق الانتقال من الرد إليه ولا يأتي ههنا الخلاف المتقدم في كلام المصنف فيما إذا تراضيا على دفع الارش لاسقاط الخيار عند امكان الرد والفرق على أحد الوجهين أن الاعتياض هناك عن سلطة الرد وهي لا تقابل والمقابلة هنا عن ما فات من وصف السلامة في المبيع (الثالثة) أن يتفقا على الرد مع الارش وذلك جائز أيضا ولم يذكر المصنف هذه الحالة لكن ذكرها الرافعي وهل أخذ الارش هنا بطريق الاعتياض فيرد السؤال المتقدم ويكون هنا أقوى لانه في مقابلة سلطة طلب الارش أو ليس بطريق الاعتياض ولكن يجعل قائما

مقام الجزء الفائت لعب الحادث ويرد الرد عليها كما في رد الصورة ويأتى ذلك البحث لذى هناك أو انه لما فات ذلك الجزء عند المشتري وهو مقابل بعض الثمن فإذا رد الباقي برضى البائع انفسخ العقد فيما يقابل المردود من الثمن وبقي ما يقابل الجزء الفاقت لم ينفسخ فيه العقد وتظهر فائدة هذا فيما لو كان الثمن عرضاً أو نقداً باقياً بحاله أنه لا يسترجع منه مقدار أرش العيب الحادث وعلى التقدير بين الاولين يسترجع جميع الثمن ويغرم من عنده الارش أو أنه لما انفسخ العقد فيه لزمه غرامة ما فات تحت يده كالمستلم ويكون من باب الغرامات المحقة ليس منسوبا من الثمن سيأتي في كلام المصنف في مسألة

[ 237 ]

ومالا يقوقفه على عيبه الا بكسره ما يدل لهذا الاحتمال الرابع وفي كلام الامام في مسألة الحلّى ما يشهد للاحتمال الثاني والله أعلم \* وقال إن القائل بان المبيع عند التنازع من يدعوا إلى الامسك يقول إذا فرض التراضي على الرد وضم أرش العيب الحادث فسيبيله سبيل الاقالة (قلت) وذلك لا يدفع الاشكال فان الاقالة فسح على المذهب فيعود البحث فيها ولا يجوز أن يقع الفسخ على شرط أن يضمن المشتري الارش فان ثبت الاحتمال الثاني كما اقتضاه كلام الامام لم يكلف أن يبقى في ذمة المشتري بل لابد من إحضاره حتى يجاب كما يدل على ذلك كلام الامام في مسألة الحلّى وسأذكرها إن شاء الله تعالى وهو يبين ما تقدم من البحث في المصرة من اشتراط رد التمر معها وفي معرفة قدر الارش الذى يرد المشتري عن العيب الحادث كلام سيأتي في معرفة أرش العيب القديم إن شاء الله تعالى والذى قاله الاصحاب في مسألة يغرم أن الرد يرد على العين مع الارش المردود وفي كلام المصنف هنا ما يقتضى ذلك وسنبينه إن شاء الله تعالى لكن الامام قال هناك ومما يجب التنبيه له إنا إذا قلنا في العيب الحادث حيث كان لازماً في الصفقة أن المشتري يضم أرش نقص العيب الحادث إلى المبيع ويردهما فهذا في أصل وضعه إشكال فان التملك بالفسخ رد واسترداد حقه أن لا يتعدى المعقود عليه والرد كاسمه فتقدير إدخال ملك جديد في التملك بطريق الرد بعيد ولا وجه يطابق القاعدة إلا أن يقول لرد يرد على المعيب بالمعنيين فحسب من غير أن يقتضى تضمين المشتري أرش المعيب بتأويل تقدير الضمان في حقه وتشبيهه يده بالأيدي الضامنة ولكن لا يتعين المردود عليه بذمة الرد فيضم الارش إلى المبيع المردود فيكون المضمون مستحقاً بالسبيل الذى اشترت إليه وليس أرش العيب الحادث مردوداً ولو قال الراد ارد ثم أبدل لم يكن له ذلك لعدم الثقة وإذا رد مع لارش جرى في عين المضمون يتأول أنه ضمن وأقبض لا على أنه ملك بالرد شيئاً لم يرد عليه العقد وهذا يدل لما سيأتي عن المصنف وغيره من الاصحاب أن الارش عن الحادث غرامة غير منسوبة من الثمن لكن الذى قاله المصنف والاصحاب هناك هو عام في كل عيب حادث أو خاص بما لا يوقف على عيبه إلا بكسره فيه نظر (الحالة الرابعة) أن تنازعا فيذعن أحدهما إلى الرد مع أرش العيب الحادث ويذعن الآخر إلى الامسك وغرامة أرش العيب القديم وهذا يفرض على وجهين لانه قد يكون طالب الرد

هو المشتري وهى المسألة الثانية فى الكتاب وقد قطع المصنف فيها بأن  
المجاب البائع وقد يكون طالب الرد هو البائع والمشتري يطالب الامسك  
وأخذ الارش ولم يذكرها المصنف هنا ومقتضى طلاقه فيما تقدم أن  
المجاب المشتري لانه جعل الواجب له الارش إلا أن يرضى البائع بالرد أي  
مجانا وهو هنا لم يرض بالرد إلا مع الارش وما اقتضاه كلام المصنف فى  
الصورتين هو الصحيح الذى صححه (1) والرافعى وعبروا عنه بان المتبع من  
يدعن إلى الامسك لما فيه من تقرير العقد ولان الرجوع بارش العيب  
القديم يستند إلى أصل العقد لان قضيته أن لا يستقر الثمن بكماله إلا فى  
مقابلة السليم وضم ارش العيب الحادث إدخال شئ جديد لم يكن فى العقد  
فكان الاول أولى (قلت) وهذا فيه تقوية لما أبدته من الاشكال فى أخذ  
الارش من المشتري وقد تقدم ما فيه ووراء هذا وجهان آخران فى طريقة  
الخراسانيين حكاها غيرهم (أحدهما) أن المتبع رأس المشتري ويجبر البائع  
على ما يقوله لان الاصل أن لا يلزمه تمام الثمن إلا ببيع سليم فإذا تعذر  
ذلك فوضعت الخيرة إليه ولان البائع ملبس بترويج المبيع فكان رعاية جانب  
المشتري أولى ويروى هذا الوجه عن ابن أبى ليلى ومالك وأحمد قال  
الرافعى وعن أبى ثور أنه نصه فى القديم (قلت) وقد تقدم ما نقله  
الاصحاب عن أبى ثور وأنه رواه فى القديم لكن محله هناك فى إجابة  
المشتري إلى الرد وأما إجابته إلى الامسك فلم أرهم ذكروها هناك (فان  
قلت) إذا أجيب فى الرد فأجابته فى الامسك أولى للمعنيين المتقدمين  
(قلت) قد يكون أبو ثور يروى أنه ليس حق المشتري إلا فى الرد مع الارش  
ولا يسوغ أخذ الارش كما هو ظاهر قوله أنه برد السلعة فارش العيب  
(والوجه الثانى) وهو الثالث من الاصل أن المتبع رأى البائع لانه إما غارم أو  
أخذ ما لم يرد العقد عليه وهذه الالوجه الثلاثة تحصل فى كل من الصورتين  
وجهان وهما فى الثانية مستويان لرأية الصيدلانى وذكر الشيخ ابو محمد  
فى السلسلة الصورة الاولى التى فى الكتاب وهى إذا طلب المشتري الرد  
وعرامة ارش الحادث وحكى الوجهين فيها وبناهما على القولين فيما إذا  
اشترى عبدين ومات أحدهما ووجد بالثانى عيبا واراد ضم قيمة التالف إليه  
وانفسخ فيهما أن جوزنا هناك اجبنا هنا والا فلا بل يعرّم البائع ارش القديم  
وهذا البناء يقتضى ضعف القول باجابة المشتري لان الاصح هناك عدم  
اجابته فى ضم قيمة التالف وايضا فان القولين المذكورين مفرعان على  
امتناع افراد الموجود بالرد وقد تقدم فيه قولان مشهوران فهو خلاف

(1) بياض بالاصل

على خلاف وبنى الشيخ أبو محمد الوجهين فى الصورة الثانية على  
القولين فيها إذا اشترى جوارا فكسره فوجده فاسدا وقلنا له رده هل  
للبيع الارش قولان (ان قلنا) له اجبنا البائع هنا والا فلا (قلت) والاصح على  
ما سيأتى انه ليس له الارش كذلك هنا (الاصح) انه لا يجاب البائع فى هذه  
الصورة فيسأل الشيخ أبو محمد بالجواز المراد به ما يبقى له قيمة بعد  
الكسر على ما سيأتى مبينا ان شاء الله تعالى \* \* (فروع) \* الاول لزوال

العيب الحادث قبل علمه بالعيب القديم ثم علمه فله الرد على الصحيح المنصوص في البويطى وفيه وجد ضعيف جدا وقال ابن الرفعة إن الاشبه أن محله فيما لا يرجى زواله يعني عن قرب وأما ما يرجى زواله فلا يمنع من الرد قولاً واحداً ولو زال القديم بعد أخذه وقد تقدم ما يقتضى اثبات خلاف فيه وكذلك هو في التتمة وإن زال القديم بعد أخذه ارشده رده على المذهب وقيل وجهان كما لو نبت سن المجنى عليه بعد أخذ الدية هل يردّها ولو زال العيب الحادث بعدما أخذ المشتري ارش العيب القديم أو قضى به القاضى ولم يأخذه فهل له الفسخ ورد الارش فيه وجهان بناهما الشيخ أبو محمد في السلسلة على الوجهين إذا قطع كامل الانملة العليا من يد رجل ثم الانملة الوسطى من يد آخر ويد المجنى عليه ثانياً بالطلب فأعطينا الارش من غير عفو ثم قطع الاول الانملة العليا واراد الثاني رد الارش و قطع الوسطى قال (والاصح) أنه ليس ذلك (قلت) وكذلك الاصح أنه ليس له الفسخ بعد الاخذ وكذلك بعد الحكم على ما صححه البغوي وحزم ابن الصباغ عن الاصحاب بعد الحكم والقبض أنه لا فسخ وجعل محل الوجهين بعد الحكم وقبل الاخذ ولو تراضيا ولا قضيًا فالاصح أن له الفسخ قال الرافعى وكلما ثبت الرد على البائع لو كان عنده يمنع الرد إذا حدث عند المشتري وما لا رد به على البائع لا يمنع الرد إذا حدث في يد المشتري الا في الاقل ولعله احتزر بذلك عما إذا قطع اصبعه الزائدة فان القاضى ابا الطيب قال عندي انه يمتنع الرد وتبعه ابن الصباغ والعجلي لكني رأيت في التهذيب أنه لو باع اقلف فختنه البائع قبل التسليم وبرأ أو كان به سن شاعية أو اصبع زائدة فقلع السن وقطع الاصبع قبل التسليم وبرئ فلا خيار للمشتري وهذا يقتضى أن زوال هذه الاجزاء مع البرء ليس بعيب ولذلك لم يرد به على البائع

## [ 240 ]

لكن في كونه مانعا من الرد نظر إذا لم يكن عيبا فان قيل لانه جزء من المبيع ورد عليه العقد وقد يتعلق بغواته عرض فينبغي أن يكون كذلك إذا حدثت قبل القبض أن يثبت الرد به أما إذا وجد ذلك قبل العقد فصحيح انه لا يثبت الرد به جزماً فان صح ما قاله صاحب التهذيب مع ما قاله القاضى أبو الطيب تعين الاستثناء والاحتراز كما فعل الرافعى والا فيصح أن يقول كما لا رد به على البائع إذا حدث في يده قبل القبض بمنع الرد إذا حدث في يد المشتري ويبقى الطرفان لا يستثنى منهما شئ وسيأتى وصاحب التتمة خالف القاضى ابا الطيب ولو أخصى العبد ثم علم عيبا قديما فلا رد وان زادت القيمة ولو نسي القران أو صنعة ثم علم به عيبا قديما فلا رد لنقصان القيمة ولو كانت الجارية رضية فارضعتها أم البائع أو ابنته في يد المشتري ثم علم عيبا فله الرد وان حرمت على البائع لان القيمة لم تنقص بذلك وقد تقدم نظيرها في وطئ الثيب إذا كان البائع ابا المشتري أو ابنه ولو اطلع على العيب القديم بعد رهنه فلا رد في الحال وفى وجوب الارش وجهان ان عللنا باستدرك الظلامة فتم وان عللنا بتوقع العود فلا وعلى هذا فلو تمكن من الرد رد وإذا اطلع على العيب القديم بعد الاجارة فان لم يجوز مع المستأجر فهو كالمرهون وان جوزناه فهو عيب يرجى زواله فان رضى البائع بأخذ مستأجرا رد عليه ولا تعذر الرد نفي الارش الوجهان هكذا قال الرافعى وقاله القاضى حسين في الدرر الثاني بعد ان كان قال انه إذا رهنه أو أجره فهل يفسخ في الحال أولا حتى ينفك الرهن وتمضى مدة الاجارة فيه وجهان إن منعنا لم يجوز له الارش لان للرهن والاجارة غاية معلومة بخلاف التزويج وسواء ؟ ؟ ؟ أو فسخ في الحال فالاجرة للمشتري

ولو تعذر الرد بغصيب أو إباق قال الرافعي انه يحرى فيه الوجهان اللذان ذكرهما في الاجارة وسياتي التعذر بالابق في كلام المصنف وصرح صاحب التهذيب بحكاية الوجهين في أخذ الارش عند الأباق والغصب (أحدهما) نعم للتعذر (والثاني) لا لعدم اليأس وقرار الرقيق على نفسه في يد المشتري تدين المعاملة أو تدين الائتلاف مع تكذيب المولى لا يمنع الرد بالعيب القديم وان صدقه مشتري المولى على دين الائتلاف منع منه فان عفى المقر له بعدما أخذ المشتري الارش فهل له الفسخ ورد الاش وجهان جاريان فيما إذا أخذ اشترى الارش كرهنه العبد أو كتابته أو ابافته أو غصبه أو نحوها ان مسكناه من ذلك ثم زال

## [ 241 ]

المانع من الرد قال في التهذيب (أصحهما) لا فسخ وإن كان دبره أو علق عتقه بصفة فله الفسخ لان التدبير يقبل الفسخ وكذا التعليق قابل للرفع بازلة الملك قاله القاضي حسين وهو ظاهر وان زوج الجارية أو العبد ثم علم بالعيب ولم يرض البائع بذلك قطع جماعة بوجوب الارش لان النكاح يراد للدوام فهو كعيب لا يرجى زواله وقال الرافعي رحمه الله ان بعضهم قطع بهذا وأن الروياني والمتولي اختاراه وهذه العبارة قد تفهم أن بعضهم خرجه على الخلاف \* قال ابن الرفعة ولم أر من صرح به (وأما) الكتابة فحكى القاضي حسين فيها وجهين وقال الاظهر على المعنى أنه لا يفسخ (وقال) الماوردي إنه لا رد ولا أرش لعدم اليأس ولا استدرك الظلامة بالنجوم (وقال) الرافعي الاظهر انه كالرهن وأنه لا يحصل الاستدراك بالنجوم يعني لانها في الحقيقة ماله (وقال) في التتمة انه ان امتنع البائع من القبول أو قلنا تبع المكاتب لا يجوز فانه يجب الارش (وقال) الرافعي رحمه الله تعالى ان في التتمة أن الكتابة كالتزويج ومراده في وجوب الارش (وأما) في جواز الرد فقد علمت بناء صاحب التتمة على جواز بيع المكاتب فليست كالتزويج مطلقا فقد اجتمع في الكتابة أربع طرق (أصحهما) أنه كالرهن فلا يفسخ في الحال ولا يجب الارش على الاصح وهي طريقة الرافعي (الثاني) أنه لا يرجع بالارش في الحال قطعاً وهي طريقة الماوردي (الثالث) القطع بوجوب الارش وهي طريقة صاحب التتمة (الرابع) أنه يفسخ وهو ما أشعر به كلام القاضي حسين في قوله الاظهر أنه لا فسخ وهذه العلة بناء على جواز بيع المكاتب وأنه تبطل الكتابة وهو أحد الوجهين على القديم بل يتعين تفريعه على ذلك وتكون الطرق الثلاث على امتناع بيعه ولو أخذ الارش ثم عجز المكاتب أو طلق الزوج فعلى الوجهين المتقدمين في زوال العيب بعد أخذ الارش \* \* (فرع) \* لو أنعل الدابة ثم علم بها عيباً قديماً ان لم يعيها نزع النعل بأن تكون كانت موجودة في يد البائع وسمم المشتري النعل فيها ولم يكن يحدث بقلعها نزع فله نزعه والرد فان لم ينزع في هذه الحالة لم يجب على البائع قبول النعل والفرق بين النزع هنا والنعل في يده طلب الخصم أن ذلك اشغال يشبه الحمل عليها وهذا تفريع وقد تقدم ما ذكره القاضي في أن اشغال المشتري يحز الصوف مانع من الرد وذكرت هناك هذه المسألة على سبيل الايراد عليه ولعله يطرده فيهما بل يتعين ذلك فان بابه وجوب المبادرة بالتلفظ بالفسخ وان كان نزع الحافر يخرم نعب المسامير ويعيب الحافر فنزع

بطل حقه من الرد والارش وفيه احتمال للامام ولو كان نزعه قبل الاطلاع على العيب فان حصل به نقص كان كسائر العيوب الحادثة في الارش ولو ردها مع النعل اجبر البائع على القبول وليس للمشتري طلب قيمة النعل ثم ترك النعل هل هو تملك من المشتري فيكون للبائع لو سقط أو اعراض فيكون للمشتري (وجهان) اشبههما الثاني هذا إذا جرى الترك وحده فان حصل لفظ الهبة حصل الملك وقيل بجريان الخلاف وقد تقدم ذلك في الاحجار في باب بيع الاصول والثمار وليس له علي قولنا أنه لا يملك المطالبة به مادام متصلا ولو طلب نزعه قبل الرد بالعيب فله ذلك وفيه دليل على أنه لا يجب عليه البديل ابتداءً وبه صرح الامام ولو قال المشتري لا أسمح بالنعل وطلب الارش عن العيب القديم لانه لا يلزمني المسامحة وقلعه يقتضى حدوث تعيب قال الغزالي لم يكن له ذلك فانه كالحضر في مؤنة الرد \* \* (فرع) \* إذا صبغ المشتري الثوب ثم اطلع على عيب قديم فان نقصت قيمة الثوب بالصبغ فلا اشكال في أن ذلك عيب حادث وحكمه ما تقدم عند الوفاق أو النزاع (وأما) إذا زادت القيمة فقد قال صاحب التقريب ثم الامام والغزالي والرافعي انه ان رضى المشتري بالرد من غير أن يطالب بشئ فعلى البائع القبول وهذا لا نزاع فيه وقد أطلق ابن الصباغ والبنديجي أنه إذا صبغه لم يكن له رده مصبوغاً ويرجع بالارش وحلمه ابن الرفعة علي ما إذا حصل بالصبغ نقص توفيقاً بينه وبين ما قال الامام والاولى عندي أن لا يحمل علي ذلك لما يدل عليه آخر كلامه بل مراده أنه ليس له الرد إذا لم يسمح بالصبغ فان سمح لم يتعرض له فهذه الحالة التي ذكرها صاحب التقريب والامام لم يتعرض لها ابن الصباغ وكلامه مطلق يجب تقييده قال الامام وبصير الصبغ ملكاً للبائع لانه صفة للثوب لا تزياله وليس كالنعل قلت لكن في ادخاله في ملكه شبه من مسألة اختلاط الثمار وفيها خلاف لاجل المنة بخلاف النعل فانه تابع والصبغ فوق النعل دون الثمار ولو طلب المشتري ارش العيب القديم وقال البائع رد الثوب لا غرم لك قيمة الصبغ فغيمن يجاب وجهان (احدهما) وبه قطع الشيخ أبو حامد والمحاملي في التجريد والمجموع وابن الصباغ والمتولي أن المجاب البائع ولا ارش للمشتري (والثاني) وبه قال أبو حنيفة ان للمشتري أن يطالب بالارش وهذا مما يعين أن كلام ابن الصباغ في الصبغ الذي حصلت به زيادة وانما اهمل القسم الذي ذكره صاحب التقريب والامام أو يكون

لا يختار الاجبار على ذلك ويفرق بينه وبين النعل فيبقى كلامه علي اطلاقه والفرق بين هذه المسألة حيث اجبنا البائع وبين ما إذا طلب ارش العيب الحادث حيث نجيب المشتري على الصحيح ظاهر فان المشتري هنا يأخذ قيمة الصبغ والثلثين يستدرك ظلامته ولا يغرم شيئاً هناك لو ألزماه بالرد مع ارش الحادث غرمانه لا مقابلة شئ أخذه ونظير مسألتنا هذه أن يطلب البائع رده مع العيب الحادث من غير ارش فانه يجاب قطعاً ولو أراد المشتري الرد وأخذ قيمة الصبغ مع الثلثين ففي وجوب الاجابة على البائع وجهان أصحهما لا يجب وهذا الصحيح ينطبق عليه كلام ابن الصباغ قطعه بوجوب الارش إن لم يحمل علي صبغ تنقص به القيمة (وقال) الرافعي والنووي في الروضة كما قال (أصحهما) لا يجب قال لكن يأخذ المشتري الارش والامام لم يتعرض لذلك وستأتي التنبيهات التي أذكرها الآن إن شاء

لله تعالى بيان الحال فيه وهل ذلك متحتم أو ثم طريق غيره وههنا تنبيهات في هذا الفرع (أحدها) أن الامام لما حكى الخلاف في الطرفين اعني طلب المشتري الامسك واخذ الارش أو الرد وأخذ قيمة الصبغ شبهه بالخلاف في الاجبار على ضم الارش ورد المبيع وقال فقد جرى الصبغ لزائد مجرى ارش العيب الحادث في طرفي المطالبة قال الرافعي ومعناه انه إذا قال البائع رده مع الارش وقال المشتري امسك واخذ الارش ففيمن يجاب وجهان وكذا إذا قال المشتري ارد مع الارش وقال البائع بل اغرم الارش وهذا ظاهر للمتأمل في الوجوه الثلاثة المذكورة هناك إذا افرد احد الجانبين بالنظر ووجه المشابهة بين الصبغ الزائد وارش العيب الحادث ان ادخال الصبغ في ملك البائع مع انه دخيل في العقد كادخال الارش الدخيل فيالعقد هذا كلام الرافعي رحمه الله ومراده وامراده الامام ان البائع والمشتري إذا طلب احدهما الرد يعطى البائع قيمة الصبغ وطلب الآخر الامسك مع الارش فمن المجاب وجهان (اصحهما) على ما تقدم ان المجاب البائع فيالحالتين (والثاني) ان المجاب المشتري فيالحالتين (وقال) الغزالي في البسيط قريبا مما قاله الامام (وقال) في الوجيز ان ادخال الصبغ كادخال ارش العيب الحادث قال الرافعي رحمه الله تعالى ظاهره يقتضى عود الالوجه الثلاثة ههنا ثم يقال المجاب منها في وجه من يدعو إلى فصل الامر بالارش القديم وقد صرح به في الوسيط ولكن رواية الوجه الثالث لا تكاد توجد لغيره وبتقدير ثبوته فقد بينا ثم ان الاصح الوجه الثالث وههنا قضية ابراد الائمة أنه لا يجاب المشتري إذا طلب الارش كما مر قلت وكلامه في الوجيز ظهوره فيما قال الرافعي رحمه الله يمكن حمله علي ما في

[ 244 ]

النهاية والبسيط (واما) كلامه في الوسيط فانه قال ان طلب قيمة الصبغ فهل يجب على البائع في رد الثمن فيه وجهان (وان قلنا لا نكلفه قيمته فهو كعيب حادث فتعود الالوجه فيه فيان تملك شئ حادث اولى أو تعريم ارش العيب القديم وهذا صريح كما قال الرافعي ولكن فيه زيادة اشكال في بادئ الرأي غير ما ذكره الرافعي وهو انه جعل الالوجه الثلاثة مفرعة علي القول بعدم اجبار البائع على بذل قيمة الصبغ ويستيق الرهن إلى ان هذا هو القول باجابة البائع ولا يبقى بعده الا وجهان اجابة المشتري أو اجابة من طلب الارش فكيف تأتي ثلاثة تفريعا على احد الوجهين وحل هذا الاشكال بان يكون المراد أنا إذا لم نجبر البائع على بذل قيمة الصبغ فالصبغ ملك المشتري والثوب تنقص قيمته باتصاله بصبغ لا يدخل معه في التقويم فهو عيب حادث فان تراضيا على ارش الحادث قوم الثوب وبه العيب القديم خاليا عن الصبغ فإذا قيل عشرة قوم وبه العيب القديم وقد اتصل به الصبغ لم يدخل في التقويم فإذا قيل تسعة علم ان الغائت درهم فيبدله للبائع مع الثوب ويسترجع ثمنه ويبقى الصبغ في الثوب للمشتري فان تراضيا على هذا المسلك أو على ارش العيب القديم فذلك وان تنازعا في هذين المسلكين فعلى وجه يجاب البائع فان اختار دفع الارش عن القديم أو اخذ الارش عن الحادث عرض على المشتري فان اباه سقط حقه وعلى وجه يجاب المشتري فان طلب الارش عن القديم ولم يرض البائع باخذ الثوب معيبا بسبب الصبغ ولا يبذل قيمة الصبغ اجبر على بذل الارش وان طلب الرد مع غرامة ارش العيب الحادث واستعادة الثمن اجبر علي ذلك وعلى وجه يجاب الداعي إلى الارش القديم اخذا أو بدلا هكذا شرح ابن الرفعة ولم يلتزم بمقضى كلام الامام من التشبيه وقال يجوز ان يقول لا

يجبر البائع على بذل قيمة الصبغ ويجبر على قبول ارش العيب الحادث والفرق ان الارش غرامة عما فات من ملكه الذي خرج منه ومألوف في الشريعة ان يجبر الانسان على أخذ ماله أو يبرأ منه واجبار البائع على بذل قيمة الصبغ اجبار على تملك شئ مبتدأ ببذل لا على طريق الغرامة ومثل ذلك غير مألوف في الشرع ثم اعترض ابن الرفعة على نفسه بقول الغزالي بعد ذلك ولم يذهب أحد إلى ان المشتري يبقى شريكا بالصبغ وتأوله على ان المراد لم يذهب احد إلى انه ليس له الا ذلك أو سقط حقه يعني بل هو مخير بين ذلك وبين أخذ الارش قلت ويؤيد هذا التأويل فرق الغزالي بان المشتري يتضرر بذلك بخلاف الغاصب والمشتري انما يتضرر بتعين هذه

## [ 245 ]

الطريق عليه كالغاصب لا بالتخير وسأتكلم على ما يقوى التأويل أو يضعفه في التنبيه الثاني فان صح هذا التأويل اندفع هذا الاشكال الثاني عن الغزالي ولم يبق الا ما ذكره الرافعي وحينئذ أقول ما ذكره الغزالي في الوسيط من هذا الفرع الذي تجرى فيه الالوجه الثلاثة بين رد الثوب بدون الصبغ أو بينه وبين أخذ ارش العيب القديم هل يجاب فيه البائع أو المشتري أو طالب الارش القديم فرع زائد وكلام النهاية والوسيط والوجيز ساكت عنه وليس ما صرح به في الوسيط تصريحاً بمقتضى ما ذكره في الوجيز كما أشار إليه الرافعي رحمه الله بل كلامه في الوجيز في ادخال الصبغ في ملك البائع قهراً وكذلك كلام النهاية والوسيط وأما كلامه في الوسيط ففي ادخال الثوب مع أرشه بدون الصبغ فأين أحدهما من الآخر فلا يكون ما ذكره في الوسيط وجهاً ثالثاً في تلك المسألة كما اقتضاه كلام الرافعي رحمه الله بل ثلاثة أوجه في مسألة زائدة ويجوز أن يكون الاصح منها أيضاً أن المجاب من يدعو إلى الارش القديم كما هو الاصح هناك ولا ينافى ايراد الائمة هنا أن المشتري لا يجاب إذا طلب الارش كما قال الرافعي رحمه الله أنه مر لان الذي مر أنه لا يجاب المشتري إذا طلب الارش وطلب البائع بذل قيمة الصبغ أما إذا طلب المشتري الارش حالة امتناع البائع من بذل قيمة الصبغ فما مر (التنبيه الثاني) قال الامام لا صائر إلى أنه يرد ويبقى شريكا في الثوب كما في المغصوب والاحتمال متطرق إليه وأجاب الغزالي عن هذا الاحتمال بان المشتري يتضرر بذلك بخلاف الغاصب فانه يبقى شريكا ولا يلتفت إلى تضرره لعدوانه واعرض ابن خلكان بان غريم المفلس يرجع في الثوب التي زادت قيمتها بالصبغ ويكون شريكا ولم يحصل من المفلس عدوان واجاب ابن الرفعة بان المقصود في الفليس دفع ضرر البائع فإذا رجع حصل الضرر للمفلس تبعا والمقصود في الرد بالعيب دفع ضرر المشتري برده وجعله مشتركا يقع له ضرر مقصود أكثر من ضرر العيب وانا أقول أن غريم المفلس إذا رجع في الثوب دون الصبغ لم يحصل ضرر للمفلس بالشركة لان ماله مبيع كله وقد قال الاصحاب أن الثوب يباع ويكون الثمن بينهما علي ما تقتضيه القسمة على أنهم اختلفوا هل يكون كل الثوب للبائع وكل الصبغ للمفلس أو يشتركان فيهما جميعا على وجهين وفي الرد بالعيب لا يجب على أحد منهما البيع فيحصل الضرر تبعا للشركة \* واعلم أن هذا الاعتراض والجوابين عنه بناء على ما دل عليه كلام الغزالي رحمه الله من أن عدم القول بالشركة هنا لاجل ضرر المشتري وأن المقصود أنه لا يجب ذلك عليه كما اوله ابن الرفعة عليه وعليه يدل تنظير الامام له

بالغصب وأول كلام الامام وهو قوله ولم يصر أحد من الاصحاب إلى أن المشتري يرد الثوب ويبقى شريكا محتمل له أي على سبيل الايجاب عليه كما يجب على الغاصب وعليه يستقيم فرق الغزالي ويأتى اعتراض ابن خلكان عليه بسبب أن المفلس مجبر على ذلك من جهة البائع ويأتى الجوابان المتقدمان لكن في آخر كلام الامام ما يقتضى أن ذلك على سبيل الجواز فانه قال وهذه المسألة ذكرها صاحب التقرير وأشار إليها العراقيون والاحتمال فيها من الجهة التى ذكرتها وهو تجويز الرد مع ملك المشتري في عين الصبغ فانا قد جعل الغاصب إذا صبغ الثوب شريكا انتهى فقول الامام هنا تجويز الرد يدل على ان ذلك ليس على سبيل لايجاب بل على سبيل الجواز وحينئذ لا يأتى تأويل الكلام الذى قاله الغزالي لان مقتضى كلامه الآخر والاول لم يقل أحد بجواز الرد مع الشركة فيتوقف التأويل المذكور وحينئذ لا يبقى فرق الغزالي بضرر المشتري متجها لانه قد يختار ذلك فلا يكون المنع حينئذ لضرره بل لضرر البائع وهو مثل ضرر المغصوب منه والاولى إذا انتهينا إلى هذا المقام ان نصح تأويل كلام الغزالي في الوسيط فانه أخبر لكلام امامه وأول كلام الامام محتمل ولفظه الجواز في آخره ليست ان صريحة في نفي الوجوب فيرد إليه فهذا اولى من أن يجعل فرق الغزالي واقعا في غير وجه كلام الامام ويكون الذى اتفق الاصحاب عليه انه لا يتعين حق المشتري في ان يرد الثوب ويصير شريكا ويقتضى ذلك انه لو دعى البائع لا يجب على المشتري وفيه شئ مما ذكره عن صاحب التهذيب التنبيه الثالث ان صاحب التهذيب قال انه لم يمكنه نزع الصبغ فان رضى البائع بان يرده ويكون معه شريكا في الزيادة رده وان أبى أمسكه وأخذ الارش وقد تقدم ذلك عن صاحب التهذيب ذكره هناك فقوله ان رضى البائع بالشركة رده إن اراد يجوز للمشتري أن يرده فصحيح لانهما إذا اتفقا على ذلك لا اشكال في الجواز وان اراد أنه يجب على المشتري الرد أو يسقط حقه فهو الذى نقل الامام والغزالي انه لم يقل به أحد من الاصحاب (وأما) قوله وان أبى أمسكه فان اراد ان البائع إذا امتنع من الشركة تعين حق المشتري في الارش وانه لا يجوز للمشتري الزامه وهو ظاهر كلامه فهو موافق لما قاله الرافعى رحمه الله ومخالف لما حكاه الغزالي في الوسيط من جريان الاوجه الثلاثة لكنه موافق للاصح منها وهو اجابة من يدعو إلى الارش القديم فينبغي أن يكون معنى كلام صاحب التهذيب انه ان اراد البائع ان يرد ويصير شريكا جاز للمشتري الرد وان امتنع البائع تعين على المشتري الامساك وأخذ

الارش يعنى على الصحيح والظاهر ان صاحب التهذيب لم يلاحظ الضرر الحاصل للمشتري من الشركة وانما النظر إلى ضرر البائع ويجب النظر إلى كل منهما كما نظرنا إلى كل منهما عند اجتماع العيب الحادث والقديم فتلخص من ذلك ما أذكره ان شاء الله تعالى (التنبيه الرابع) الذى تخلص مما تقدم ان المشتري ان طلب الرد ولا يطالب بشئ اجيب قطعاً واجبر البائع عليه فان اتفقا على الرد مع قيمة الصبغ جاز قطعاً واتفقا على اخذ الارش عن العيب القديم جاز قطعاً وان اتفقا على رد الثوب مع بقاء الصبغ

على ملك المشتري جاز على تعذر من كلام صاحب التهذيب والامام والغزالي على تأويله وذلك مع الارش عن نقصان الثوب بالصيغ أو بدونه ان تراضيا على ذلك وان طلب المشتري قيمة الصيغ وامتنع البائع لم يجبر على الصحيح وان طلب المشتري الارش عن العيب القديم وامتنع البائع من بذل قيمة الصيغ اجبر البائع على إعطاء الارش القديم على الصحيح الذي اقتضاه كلام الوسيط وان طلب المشتري الرد مع الشركة وان يرد ارش نقص الثوب بالصيغ لم يجبر البائع على الصحيح وان طلب المشتري الارش عن القديم وطلب البائع بذل قيمة الصيغ فالمجاب البائع على الصحيح وقد تقدم الفرق بين هذه المسألة وبين بقية المسائل التي نجيب فيها من طلب تقرير العقد وان طلب البائع الرد مع الشركة في الصيغ لم يجبر المشتري عليها على ما تقدم عن الامام وفيه ما تقدم عن صاحب التهذيب \* \* (فرع) \* لو صيغ المشتري الثوب ثم باعه ثم علم بالعيب قطع ابن الصباغ والمحاملي في التجريد بانه ليس له الارش لان المشتري قد يرده عليه ويرضى البائع بأخذه وكذلك إذا كان ثوبا فقطعه وباعه ثم علم العيب \* \* (فرع) \* لو قصر الثوب ثم وقف على عيب فينبني على ان القصاره عين أو اثر (ان قلنا) بالاول فهي كالصيغ (وإن قلنا) بالثاني رد الثوب بلا شئ فهي كالزيادة المتصلة قال الرافعي رحمه الله وقطع الزبيرى في المقتضب بان له الرد إذا زادت قيمته بالقصاره وليس فيه مخالفة لما قاله الرافعي ولو لبس الثوب فتغير باللبس امتنع الرد وله الارش قال الزبيرى أيضا وهو ظاهر \* لو اشترى شاة فذبحها ثم وجد بها عيبا فله الارش فان رضى البائع بقبولها مذبوحه فلا ارش للمشتري لامكان الرد ولا اجرة على البائع للذبح ان ردت عليه لان الذبح أثر هو نقص هكذا قال الماوردى \* آخر ان كان ثوبا فخاطه استحق

[ 248 ]

الارش فان رضى البائع بقبوله ان بذل الاجرة فله ان يرجع به مخيطا لان في الخياطة عيبا زائدا قاله الماوردى \* آخر لو اشترى عصيرا حلوا فلم يعلم بعيبه حتى صار خمرا فله الارش وليس له رد الخمر واسترجاع ثمنه سواء ارضى البائع بقبوله أم لا لتحريم المعاوضة على الخمر فلو صار الخمر خلا فقال البائع انا استرجع الخل وارد الثمن ولا ادفع الارش كان له ذلك لان الخل عين العصير ولا مانع من المعاوضة ولا للمشتري فيه عمل يفوت عليه وهذا من تفريع أبى العباس ابن سريج قاله الماوردى والرافعي ويحتمل ان يكون ذلك على ما خرجه ابن سريج من وجوب الارش إذا باع المبيع أو وهبه (اما) إذا قلنا بالمذهب وهو انه لا يجب الارش في ذلك لعدم اليأس كما سيأتي فالرجوع بالارش في حالة كونه خمرا ينبغى أن يمتنع الآن لاحتمال ان يعود خلا كما إذا وهبه ثم قولهم للبائع ان يسترجع الخل ولا يدفع الارش ظاهر ذلك يقتضي انه ليس للمشتري حينئذ ان يطالبه بالارش للعلة المذكورة ولكن العلة المذكورة وهي ان الحل هو عين العصير يقتضى ان المشتري أيضا إذا طلب الرد له ذلك وان امتنع البائع وطلب الارش ويكون ذلك كما لو كان باقيا بحاله ولم اجد في النقل ما يوافق ذلك ولا ما يخالفه \* آخر لو اشترى ذمي من ذمي خمرا ثم اسلما فوجد المشتري بالخمر عيبا ينقص العشر من ثمنه قال أبو العباس بن سريج للمشتري الارش وهو عشر الثمن ولا رد ولا يبطل ذلك اسلامهما وهو قول محمد بن الحسن فان قال البائع أخذ الخل وارد الثمن فله ذلك ولو كان المشتري علم العيب قبل اسلامهما فلم يرد حتى اسلما لم يكن للمشتري بعد اسلامه الرد ولا الرجوع بالارش اما الرد فلحدوث الاسلام (واما) الارش فلامكان

الرد قبل الاسلام فلو كان اسلم البائع وحده بعد تباع الخمر لم يجر للمشتري رده عليه بالعيب ولو كان المشتري اسلم وحده جاز لان استرجاع البائع تملك للخمر والمسلم لا يملك الخمر ورد المشتري ازالة الملك والمشتري يجوز ان يزيل ملكه عن الخمر قاله الماوردي عن ابن سريج \* \* (فرغ) \* اشترى جارية بعبد ثم وجد بالجارية عيبا قديما فردها ووجد بالعبد عيبا حادثا عند بائع الجارية قال ابن سريج يأخذ مشتري الجارية التي ردها العبد معيبا وليس له المطالبة لبائع الجارية بأرش العيب الحادث عنده أو يأخذ قيمته ان اختار عدم استرداده قال الامام وهكذا نقل عن القاضي حسين وليس الامر كذلك عندنا بل الوجه ان يرد الجارية ويسترد العبد ويطلب أرش العيب الحادث لان العبد مضمون بالقيمة لا بالثمن لانه بعد رد الجارية لو تلف العبد في يد البائع الجارية فصاحب الجارية

[ 249 ]

يرد قيمة العبد قال الامام والذي قاله ابن سريج ليس بعيدا عن الصواب بدليل أو الزوج إذا أصدق زوجته عبدا ثم طلقها قبل المسيس وغلب العبد في يد الزوجة تشطر العبد وعاد نصفه إلى ملك الزوج والزوج بالخيار بين أن يرجع بنصف قيمة العبد سليما وبين أن يرضى بنصف معيب ولا يكلفها ضم أرش العيب إلى نصف العين هكذا يمكن أن يقال في مسألة العبد بالجارية لكن بين المسألتين فرق ظاهر لا يخفى حكى الامام المسألة في آخر الغصب ثم أعد في كتاب الصداق وذكر الفرق بين مسألة العبد والجارية وبين مسألة الصداق وذكر الغزالي مسألة العبد والجارية في آخر كتاب الغصب وحزم القول بأنه إذا استرد العبد معيبا لم يجر له طلب الارش بل عليه أخذه أو أخذ قيمته ثم أعاد المسألة بعينها في الصداق وقال يأخذ العبد معيبا وله طلب الارش فناقض اختياره في الوسيط (وقال) في البسيط هنا بعد ذكر الحكم في مسألة العبد والجارية إنه يأخذ العبد معيبا ويطلب بالارش وفي الزوج إذا عاد إليه نصف العبد بالطلاق وهو معيب وعليه أن يقنع بالمعيب وفرق بينهما قال بعد ذلك وسمعت الامام في التدريس يقول ان من أصحابنا من ذكر وجهها في الصداق من مسألة العبد والجارية انه يطالب بالارش وجهها في مسألة العبد والجارية من مسألة الصداق ان لا يطالب بالارش والظاهر الفرق وليست واثقا بالفعل وإنى لم أصادفه في مجموعته قال أبو إسحق ابراهيم ابن عبد الله بن عبد المنعم بن علي بن محمد وهو ابن أبي الدم (قوله) في مجموعته يريد نهاية المطلب وذكر الامام مسألة العبد والجارية في آخر كتاب النهاية بعد أن فرغ من شرح سواد مختصر المزني ذكر بعده مسائل مبددة سردا متنوعة قال انما ذكرتها خوفا من أن أكون أهملتها في مواضعها فان كنت أهملتها فذكرها مفيد ههنا وان كنت ذكرتها لم تضر اعادتها قال إذا باع عبدا بثوب ففصل صاحب الثوب الثوب وقطعه فوجد الثاني بالعبد عيبا قديما فله رده ثم إذا رده حكى الشيخ وجهين (أحدهما) يسترد الثوب مقطوعا ويسترد أرش النقص وهذا هو القياس لان الثوب لو تلف في يد أخذه ثم رده عليه العبد بالعيب غرم تمام القيمة فكذلك يجب أن يغرم أرش النقص (والوجه الثاني) انه إذا رد العبد وصادف الثوب معيبا فهو بالخيار إن شاء رضى بالثوب معيبا واسترده من غير ارش وإن شاء ترك الثوب ورجع بقيمته غير معيب فان اختار أخذ الثوب فلا ارش له قال الشيخ اشتهر من كلام الاصحاح إن المتبايعين إذا تخالفا وكان غالب المعقود عليه في يد أحدهما فانهما يترادان ويرجع على من نقص العوض في يده بأرش النقص عند التفاسخ فلا فرق بين هذه

المسألة ومسألة العبد والثوب فان طرد صاحب الوجه الثاني مذهبه في مسائل التخالف كان ذلك خرقا من الاجماع وإن سلمه بطل هذا الوجه

[ 250 ]

بالعيب أيضا وتشبث الشيخ أبو على باجراء الخلاف في مسألة التخالف هذا كلام الامام في النهاية وقول الشيخ في ذكر الوجهين وفي قوله اشتهر من كلام الاصحاب هكذا وجدته في النهاية مطلقا وفيما نقله ابن أبي الدم عن النهاية انه أبو على في الموضوعين وقد ذكر القاضي حسين في الفتاوى إذا باع حمارا بفارس فمشتري الفرس اخصاه ثم وجد بالحمار عيبا قال إن لم ينقص الاخصاء منه شيئا استرده ولا شيء وإن نقص بعض قيمته رد فرسه وأرشف النقص وفي هذا الكلام مخالفة لما تقدم في صدر هذا الفرع من النقل عن القاضي وقال القاضي أيضا لو باعه بفارس وعشرة دنائير وأخصى المشتري الفرس ورد الحمار بعيب ونقصت قيمة الفرس استرد الدنائير والفارس وأرشف النقص وذكر الرافعي رحمه الله هذا الفرع وقال فيه إذا رجع النقصان يعنى في الثمن إلى الصفة كالشلل ونحوه لم يغرر الارش في أصح الوجهين كما لو زاد زيادة متصلة باخذها مجانا وينبغي أن يحمل كلامه على موافقة ابن سريج في تخير لمشتري لأنه يتحتم عليه أن يأخذ الثمن ناقصا وذكر النووي في الروضة في آخر مسألة من هذا الباب هذا الفرع من زيادته فقال قال القفال والصيدلاني وآخرون لو اشترى ثوبا وقبضه وسلم ثمنه ثم وجد بالثوب عيبا قديما فرده فوجد الثمن معيبا ناقص الصفة بامر حدث عند البائع يأخذه ناقصا ولا شيء له بسبب النقص وفيه احتمال لامام الحرمين ذكره في باب تعجيل الزكاة وكل ما ذكره فيه مقيد غير أنه كان الاولى ذكره مع كلام الرافعي رحمه الله فيه فانه ليس مسألة زائدة عن الرافعي وما ذكره عن القفال وغيره هو الذي صححه الرافعي وما ذكره من احتمال الامام هو الوجه الآخر قال صاحب التتمة ولا يمتنع عليه رد الجارية سواء أكان العيب الذي بالعبد مثل عيب الجارية أو أكثر من جنسه أو من غير جنسه كما لو كان العيب يساوي أضعاف ثمنه فان له الرد بالعيب وإن كان الضرر في الرد أكثر منه في الامساك \* (تنبيه) \* قوة كلام المصنف تقتضي أن النقص حصل عند المشتري ولكنه لم يصرح به هنا كما صرح به في التنبيه بقوله وقد نقص المبيع عند المشتري وهو احتراز عما لو علم العيب قبل القبض وقد نقص فان ذلك لا يمنع الرد لان النقص عند البائع مضمون عليه وهذا ظاهر فيما إذا لم يعلم المشتري بالنقص المذكور وكذلك لو علم ورضى به ثم علم عيبا آخر كما لو اشترى عينا علم بها عيبا ورضى به ثم وجد عيبا آخر \*

[ 251 ]

\* قال المصنف رحمه الله تعالى \* \* (وإذا أراد الرجوع بالارش قوم المبيع بلا عيب فيقال قيمته مائة ثم يقوم مع العيب فيقال قيمته تسعون فيعلم أنه قد نقص العشر من بدله فيرجع على البائع بعشر الثمن ولا يرجع بما نقص من قيمته لان الارش بدل عن الجزء الفائت ولو فات المبيع كله رجع على البائع بجميع الثمن فإذا فات قدر العشر منه رجع بعشر الثمن كالجاء لما ضمن جميعه بالدية ضمن الجزء منه بجزء من الدية ولانا لو قلنا إنه يرجع

بما نقص من قيمته أدى إلى أن يجتمع الثمن والمثمن للمشتري فإنه قد يشتري ما يساوي مائة بعشرة فإذا رجع بالعشرة رجع جميع الثمن إليه فيجتمع له الثمن والمثمن وهذا لا يجوز) \* \* \* (الشرح) \* قد تقدم تفسير الارش وأنه جزء من الثمن نسبته إليه نسبة ما ينقص العيب من المبيع لو كان سليماً إلى تمام القيمة وبيان ذلك بالمثال الذي ذكره المصنف هنا وبه مثل الشافعي رحمه الله فإن نقصه العيب من المبيع السليم عشرة فيرجع بعشر الثمن فالقيمة معتبرة للنسبة خاصة ولا فرق عند الاصحاب بينه وبين ضمان الغصب والسوم والجنابة بأنا إذا ضمنا في هذه المواضع ما نقص من القيمة لا يلزم الجميع بين البدل والمبدل وفي الارش يلزم الجمع بين الثمن والمثمن قال الشيخ أبو حامد أنه معنى كلام الشافعي والمعنى الاول قاله الاصحاب الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب وغيرهما وقدموه في الذكر كما فعل المصنف فإن فيه بيان المعنى الذي لاجله كان كذلك فيحصل به الشفاء أكثر ولكن فيه بحث فإن قول المصنف بدل عن الجزء الفات أي الذي اقتضاه العقد ولم يسلمه البائع (وقوله) ولو فات المبيع كله أي تحت يد البائع قبل التسليم كذلك قاله القاضي أبو الطيب صريحاً وهو ظاهر وإذا كان كذلك فقد يقال إن هذا المعنى يقتضى جواز الرجوع إلى الارش وإن لم يمنع الرد وطلب الارش عند امكان الرد غير سائغ بل قد يقال انه كان ينبغي على هذا المعنى أن يتعين الرجوع إلى الارش ولو أراد المشتري الرد أو الرضى بالعيب كما أنه إذا فات بعض المبيع قبل القبض أو كله سقط ما يقابله من الثمن سواء أرضى المشتري أم لا وكما أنه إذا أخطر في المراجعة أنه اشترى بمائة وكان يتسعين فانا نحكم بسقوط الزيادة وحصتها من الربح على أظهر القولين ولاجل ذلك والله أعلم \* قال الامام في باب المراجعة عند الكلام في كذب المشتري بالزيادة أن الارش المسترجع وإن كان جزءاً من الثمن فاسترجاعه انشاء نقص في جزء من الثمن والدليل عليه أن المبيع إذا رد على معيب فموجب العيب الرد ولا يجوز الرجوع إلى الارش مع القدرة على الرد فكان الارش بدل عن الرد وإذا تعذر ولا ينتظم عندنا إلا

[ 252 ]

هذا وهذا الكلام من الامام أوله يقتضى أن الارش جزء من الثمن يستدرك بانشاء نقص جديد وهذا موافق لكلام الاصحاب وفيه زيادة بيان أن ذلك بطريق انشاء النقص وليس كالمراجعة وأخره قد يوهم أن الارش ليس في مقابلة الجزء الفات ولكن في مقابلة الرد عند تعذره وتأويله أن الشارع جعل له عند تعذر الرد استرجاع جزء من الثمن عن الجزء الفات حيث فات عليه الرد ولذلك أتى بكأن التي هي حرف تشبيه فلم يجعله بدلاً عن الرد ولكن مشبهاً فإن سلطنة الرد لا تقابل بعوض ويجب تأويل كلام الامام كقوله أولاً أن الارش جزء من الثمن ولو كان بدلاً عن الرد لم يختص بالثمن وعند هذا لا يكون في كلام الامام جواب عن الاشكال الذي أورته إلا بما سأذكره إن شاء الله تعالى وقد ذكر الغزالي احتمالين في أن الارش غرم مبتدأ أو جزء من الثمن وسبأتي فإن قيل إن الارش غرم مبتدأ فلا أشكال من هذا الوجه ويصير كأن البائع معيب لملك المشتري قال الغزالي ويشهد له أن مشتري الجارية بعبد معيب يعلم عيبه يستحل وطئها ولو كان جزءاً منها يعرض العود إلى بائع الجارية لو اطلع على عيب العبد لاورث توقعه شبهة وإن قيل إن الارش جزء من الثمن فالممكن في فهمه ما قاله الغزالي أن يقال إن المبيع في مقابلة كل الثمن إن رضى وإلا فهو في مقابلة بعضه فيخرج ذلك البعض عن المقابلة ويتعين لاستحقاقه قال وهو

ظاهر كلام الاصحاب وكأن المقابلة تغيرت ولكن جوز ذلك فما استبدال سبب في أصل العقد وإن كان لا يجوز ذلك بالتراضى عند إلحاق الزيادة بالثمن بعد اللزوم فهذا الذي قاله الغزالي من دقيق الفقه كما قال ولكن ما الموجب لتغيير المقابلة فانه بالرضى يتبين أن العقد لم ينعقد إلا على البعض أشكل بمسألة الجارية وبما قاله الامام في المراجعة وإن كان بطريق الانتقاض كما تنتقض المقابلة في تفريق الصفقة في الدوام إذا قلنا يمسك بكل فذلك قول ضعيف فلا يخرج عليه ما اختاره أكثر الاصحاب هنا ومقتضى كلام الامام في مسألة الحلى ان ذلك اقتضته الضرورة كالتوزيع وليس العقد يقتضيه من الاصل لكن هذا الذي يقوله الاصحاب على خلافه إذ هم يقولون بل العقد في أصله اقضى التوزيع كما صور ذلك في قاعدة مد عوجة فكيف يستقيم على رأى الاصحاب أن الارش جزء من الثمن وتلخيص الاشكال أن الثمن إن كان مقابلا للمبيع وصفات السلامة وأنه ينقسم عليها كما ينقسم على أجزاء المبيع فينبغي عند فوات بعضها أن يسقط ما يقابله ولو رضى به معيبا وهذا خلاف الاجماع بل كان ينبغي أن لا يصح العقد لان تلك الصفات لا تنحصر فيكون ما قوبل بالثمن مجهولا وهو خلاف الاجماع أيضا وإن كان الثمن في مقابلة المبيع على ظن السلامة والوصاف ليست

[ 253 ]

داخلة في المقابلة ولا يتقاضى فوات وصف منها سقوط بعض الثمن على الرد لفوات الظن فإذا تعذر الرد ودل على وجوب الارش كان ذلك غرامة جديدة لاجزاء من الثمن وأحسن ما يقال فيه ما تقدم عن الغزالي وقد يقال (3 ن) فوات ذلك الوصف موجب للرد واسترجاع جميع الثمن وقد تعذر الرد فيما قبضه المشتري وهو المبيع المجرد عن ذلك الوصف فيجعل ذلك الوصف في حكم المقبوض المردود على البائع ويقسط الثمن عليه وعلى الذى تعذر الرد فيه وهو المبيع المجرد عنه استدراكا للظلامة وكأنه فسخ العقد فيه وهذا معنى قول الامام انه إنشاء نقص جديد ولعله يأتي في مسألة الحلى وزيادة على هذا على أن القول بانه غرم جديد أيضا ليس صافيا عن اشكال فانه لو كان كذلك لوجب أن يرجع بما نقص من قيمته ولم يصرح أحد بان الارش غرم جديد من كل وجه فانه كان يلزم أن لا يتقدر من الثمن ولا قائل به والامام حكى في مسألة الحلى عن صاحب التقريب ما يقرب من أن الارش غرم لكن ليس من كل وجه وسنذكره هناك إن شاء الله تعالى (وقال) صاحب الوافى ان المصنف في باب اختلاف المتبايعين قال إن الثمن لا ينقسم على الاعضاء وههنا قال الارش بدل عن الجزء الفائت قال وليس بينهما تناقض لان الثمن يقابل المبيع ولا يتقسم على أعضائه بمعنى أن اليد كعين والرجل كعين أخرى بل يقابل المبيع وهو ذو أجزاء فيقابلها من حيث كونها جزءا لا من حيث أنها عين أخرى ثم إذا صادفها المشتري ناقصة له الرد استدراكا للظلامة فان لم يفسخ عند الامكان فلا شئ له لان المقابل العين وهى باقية والضرر يزول بالفسخ فان سقط رده بحدوث عيب آخر دعنا الضرورة إلى تمييز ما نقص منها من حيث التقويم ليرجع بثمن ما فات من المبيع إذ لا يندفع الضرر إلا بذلك وهذا ليس فيه إلا دعوى الضرورة وذلك لاشفاء فيه في جعل ذلك (قلت) جزأ من الثمن وتقدير علة المصنف والموضع مشكل وليس المصنف مختصا به والفارقي جعل وجوب للارش على وفق القياس وشبهه بما إذا قال بعتك هذه الصبرة وهى عشرة أقفرة فكيلت بعد البيع فخرجت تسعة فانه يسقط

## [ 254 ]

درهم كذا إذا قال بعثك هذا العبد فخرج مقطوع اليد (قلت) ولو صح هذا التشبيه لوجب أن يجري خلاف في صحة البيع كما في مسألة الصبرة وقول المصنف كالحزء إلى آخره إذا جنى عليه جناية ليس لها أرش مقدر فإن نغيها من ديبته فنقول هذا لو كان عبدا صحيحا قيمته كذا ولو كان عبدا مع هذه الجراحة قيمته كذا فما بين القيمتين يؤخذ بنسبته من الدية والمصنف في ذلك تابع للشيخ أبو حامد (فائدة) ادعى ابن الرفعة أن كلام الامام في باب المراهجة يدل على أن الارش في مقابلة سلطنة الرد وفي غير ذلك يدل على أنه جزء أن ذلك مناقضة وليس الامر كما قال لمن تأمل كلام الامام وقد أشرت إلى ذلك وذكرت تأويله \* (فرع) \* مقتضى كلام المصنف وغيره أنه إذا لم تنقص القيمة لا رجوع بالارش فإذا اشترى عبدا ووجده خصيا بعد أن وجد ما يمنع الرد فلا رجوع بالارش أصلا وبه صرح الامام والغزالي في البسيط والرافعي قال ابن الرفعة إلا أن يكون الاطلاع قبل الاندماج والجراح متألمة فإن قيمته قد تنقص فإن لم تنقص أيضا انسد طريق الارش \* (فرع) \* مع قولنا بان الارش جزء من الثمن فالمشهور القطع بأنه لا يبطل العقد بأخذه وفي شرح الفروع للقاضي أبي الطيب في كتاب السلم إذا اشترى حنطة معينة بعبد معين وتسلم الحنطة وسلم العبد وأعتقه ثم وجد بالعبد عيبا قدر الارش ورجع بقدره من الحنطة وانتقص البيع فيه وهل ينتقص في الباقي اختلف أصحابنا فمنهم من قال على القولين في تفريق الصفقة إذا كان العقد لم ينعقد في البعض هكذا عبارته والاولى أن يخرج ذلك مع بعده على تفريق الصفقة في الدوام فانه انتقاص طارئ لا بطريق التعيين وقد تقدم البحث في ذلك وسيأتى له تنمة وإنما أوجب هذا الاشكال الذي قدمت التنبيه عليه فانظر كيف آل التفريع إلى أن جعل أخذ الارش مبطلا للعقد بل بمجرد الاطلاع على العيب \*

## [ 255 ]

\* (فرع) \* لو كان العيب في عين قبضت عن دين هل يكون الارش عنها كما قلناه هنا أو يعتبر بما يقابله بدل العين فيه وجهان مذکوران في الكتابة عند خروج النجم معيبا بعد تلفه هل يتعين الارش في رقبة المكاتب أو ما ينتقص من النجوم المقبوضة بسبب العيب وهما في كل عقد ورد على موصوف في الذمة قال الامام وأمثلة من الوجهين أن يقال يغرم السيد ما قبض ويطالب بالمسمى بالصفات المشروطة (قلت) فنلخص ثلاثة أوجه في كل مقبوض عما في الذمة خرج معيبا وتعذر رده (أحدها) يرجع على الدافع بارشه بنسبته من العرض كما في المعاوضات (والثاني) ما نقص من قيمته كالمغصوب والمستام (والثالث) يقدم القابض ما قبض ويطالب بالتسليم \* (فرع) \* في فتاوى القاضي حسين اشترى في صحته بمائة ما يساوي مائة فوجد في مرض موته به عيبا ينقص عشر قيمته ورضى اعتبر من الثلث قال ويحتمل أن لا تعتبر من الثلث لانه امتناع عن الكسب قال

جامع الفتاوى (قلت) وهو الاولى عندي فان اشترى ما يساوى خمسين بمائة فوجد في مرض موته عيبا ينقص العشر ورضى اعتبر من الثلث خمس وخمسون لانه لو رده لربح خمسا وخمسين قال جامع الفتاوى وهذا أيضا كالأولى والأولى أن لا يعتبر من الثلث فان اشترى ما يساوى مائة بخمسين والحال كذلك ورضى فهل نعتبر الخمسة من الثلث الطاهر لا لانه استعاد به أربعين (والثاني) يعتبر تلك الخمسة لانه لو تلف في يده أو بعد رده كان يأخذها \* \* (فرع) \* لو وجد بعينه بياضا وحدث عنده بياض آخر ثم زال أحد البياضين واختلفا فقال البائع زال القديم وقال المشتري زال الحادث حلغا وأخذ المشتري أرش أحد البياضين فان اختلف البياضان أخذ أرش أقلهما لانه المتيقن والبائع يستفيد بيمينه درء الفسخ والمشتري يستفيد بيمينه أخذ الارش نص عليه الشافعي والاصحاب (وقال) الروباني ليس للمشتري الرد لانه اعترف بزوال حقه بحدوث العيب ويدعى عود الحق فلا يقبل في العود إلا بحجة وله الارش لانه كان ثابتا والبائع يدعى زواله \* \* (فرع) \* إذا ثبت الارش فان كان الثمن بعد في ذمة المشتري يرى من قدر الارش وهل يبرأ بمجرد الاطلاع على العيب أم يتوقف على الطلب وجهان (أصحهما) الثاني ليبقى له طريق الرضى بالعيب بعد الفوات كما لو كان له عند البقاء وميل القاضى حسين إلى الاول بخلاف ما لو قدر على الرد فان الفسخ لا يحصل دون طلب وقد اقتصروا هنا على حكاية هذين لوجهين وكان ذلك تفريع على

[ 256 ]

أن الارش جزء من الثمن (أما) إذا قلنا غرم جديد فلا تحصل البراءة أيضا بالطلب بل للبائع أن يعطيه من فان اتفق الدينان جرى التقاضي ولو كان قد وفاه الثمن وهو باق في يد البائع فهل يتعين لحق المشتري أو يجوز ابداله لانها غرامة لحقه وجهان (أصحهما) الاول هكذا قال الغزالي والرافعي وتعليقه يقتضى ان الوجه الثاني مفرغ على ان الارش غرم مبتدأ أما إذا قلنا هو جزء من الثمن فيتعين جزء منه لحق المشتري وينتقل إلى المشتري بمجرد الطلب أو الاطلاع فلا يسوغ للبائع ابداله لكنها فيما إذا كان في الذمة ثم يلاحظ القول بانه غرم جديد كما تقدم فيجب طرد هذا الوجه هناك كما تقدم أن يقال هنا (إن قلنا) أن الغرم جديد لم يتعين (وإن قلنا) جزء من الثمن فوجهان يبنيان على أن المقبوض عما في الذمة هل يعطى حكم المعين في العقد وفيه وجهان ذكرهما الرافعي بعد هذا بمسألة ولم يصح منهما شيئا (إن قلنا) يعطى حكم المعين في العقد لم يجز ابداله والا جاز ابداله وذكر الرافعي رحمه الله مسألة ما إذا كان الثمن في الذمة وفاه وهو باق بحاله ورد المبيع عليه هل يتعين لاخذ المشتري فيه وجهان بعد هذا بمسألة وهي غير المسألة الاولى لان تلك في الارش وهذه في الرد والمأخذ غير المأخذ لكن تصحيحه التعين في الاولى فرع عن تصحيح التعين في الثانية كما نبهت عليه وسأذكر المسألة إن شاء الله تعالى عند رد البيع والثمن تالف فاني هنا إنما ذكرت ما يتعلق بالارش وإن كان الثمن معينا وهو باق في يد المشتري ففيه وجهان في النهاية الاصح تعيينه ويجب بناؤهما على ما تقدم (إن قلنا) الارش غرم لم يتعين وإن قلنا جزء من الثمن تعين أخذ الارش منه تالفا فهو كما إذا رد المبيع والثمن تالف وسيأتى أنه يقوم مقام مثله ان كان مثليا وقيمه ان كان متقوما ان شاء الله تعالى \* \* قال المصنف رحمه الله تعالى \* \* (وأن اختلف قيمة المبيع من حال العقد إلى حال القبض قوم بأقل القيمتين لانه ان كانت قيمته وقت العقد أكثر ثم نقص كان ما نقص في يده مضمونا عليه وما كان

نقصانه من ضمانه فلا يجوز أن يقوم على البائع وان كانت قيمته وقت العقد أقل ثم زادت في يده فانها زيادة حدثت في ملك المشتري لاحق للبائع فيها فلا يجوز ادخالها في التقويم) \*\*

[ 257 ]

\* (الشرح) \* تقدم أن القيمة تعتبر معنى لايحاب الارش والاعتبار بانه قيمة فيه طريقان (أصحهما) وهى التى جزم بها المصنف وشيخه أبو الطيب والماوردي والرويانى وغيرهم القطع بان الاعتبار بأقل القيمتين من قيمة يوم العقد ويوم القبض فانه إن كان عند العقد أكثر فالنقصان من ضمان البائع وإن كانت عند القبض أكثر فالزيادة حدثت في ملك المشتري (والطريقة الثانية) أن في المسألة ثلاثة أقوال أصحها هذا (والثانى) ونقل عن نصح في موضع ان الاعتبار بقيمته يوم القبض وهو الذى صححه الغزالي في باب التخالف وفرق بينه وبين التخالف ونقل عن الفورانى أن هذا القول من رواية عبد العزيز بن مقلاص ووجهه أن الثمن يومئذ قابل المبيع (والثالث) نقله الرافعى عن رواية ابن مقلاص ان الاعتبار بقيمة يوم القبض وقد رأيت منصوصا في باب العصب من اختلاف العراقيين معللا بأنه يومئذ تم البيع فأصحاب هذه الطريقة أثبتوا هذين القولين مع الاول الصحيح وممن اقتصر على إيراد هذه الطريقة الامام والغزالي إلى أن قال الرافعى والاكثرون قطعوا بالاول وحملوا كل نص على ما إذا كانت القيمة المذكورة أقل (واعلم) أن هذه المسألة معروفة بالاشكال لاسيما على عبارة المصنف في تعليقه وأنا إن شاء الله تعالى أذكر ما قيل في ذلك من حيث المذهب وبيان الصحيح منه وأذكر ما اعترض به على المصنف وما قيل في جوابه (اعلم) أن طائفة من الاصحاب أهملوا التعرض لوقت اعتبار القيمة وبعضهم زعم أن ذلك لا فائدة فيه وأن الارش لا يختلف بذلك ذكر ذلك ابن عمرو وسبقه إليه الشاشى في الحلية والاكثرون اعتبروا ذلك وتكلموا فيه ونص الشافعى يدل لهم ثم اختلفوا هل يعتبر يوم العقد أو يوم القبض أو أقل الامرين وهو الصحيح ثم اختلفت عباراتهم عن هذا القول الثالث فالاكثرون يقولون كما قال المصنف إنه يقوم بأقل القيمتين من يوم العقد ويوم القبض وعلى ذلك جاءت عبارة الرافعى في الشرح والمحزر والنووي في الروضة

[ 258 ]

وعبارة ثانية قالها الامام في النهاية أن المعتبر ما هو أضر بالبائع في الحالين ويعبر عنه بأن المعتبر كثرة النقصانين وعبارة ثالثة قالها النووي في المنهاج أنه يعبر أقل قيمة من يوم العقد إلى القبض (فأما) عبارة النووي في المنهاج فأؤخر الكلام عنها حتى أفرغ من عبارة الاولين (وأما) عبارة الامام فادعى ابن الرفعة أنها راجعة لعبارة الاكثرين لان اعتبار أقل القيمتين يقتضى أن يكون الواجب من الارش الاكثر في الحالين فان المعنى بأقل القيمتين قيمة المبيع مع العيب في حالة العقد وحالة القبض كما إذا كانت قيمته سليما عشرة في الحالين ومعينا يوم العقد ثمانية ويوم القبض تسعة فاعتبار أقل القيمتين يوجب الخمس من الثمن وهو أكثر من العشر وهذا الذى قاله فيه نظر وأول ما أقدم أن لنا قيمة منسوبا إليها

وهى قيمة السلم وقيمة منسوبة وهى قيمة العيب ونسبة بينهما بها يعرف قدر العيب من السلم فتارة تكون تلك النسبة بين القيمتين يوم العقد كهى بينهما بعد ذلك وإن كان حال المبيع مختلفا في اليومين ههنا لا أثر للاختلاف مع اتحاد النسبة مثاله قيمة السلم ويوم العقد مائة ويوم القبض الف أو عشرة وقيمة المعيب يوم العقد تسعون ويوم القبض تسعمائة أو تسعة فالنسبة في اليومين العشر ولا أثر للاختلاف بالزيادة ولا بالنقصان ولا فرق بين اعتبار أقل القيمتين واعتبار أكثرها والساقط من الثمن على التقديرين العشر وإن اختلفت النسبة فقد يكون ذلك لاختلاف قيمة المعيب مع بقاء قيمة السلم على حالها وقد تكون بالعكس وقد يكون باختلافهما معا (مثال الاول) قيمته في اليومين سلينا عشرة ومعيبا يوم العقد تسعة ويوم القبض ثمانية فالاختلاف ههنا في المنسوب فان نسبنا قيمة يوم العقد كان الارش التسع وإن نسبنا أقل القيمتين كان الخمس وهو أنفع للمشتري وكلام الامام تصريح وإطلاق كلام المصنف وغيره يقتضى أنا نسلك هذه الطريقة التى هي أنفع للمشتري فاعتبار أقل القيمتين هنا أوجب زيادة الارش وإيجاد أكثر النقصانين من الثمن لكن سآبين إن شاء الله تعالى في آخر الكلام

[ 259 ]

أن المصنف والاصحاب لم يريدوا هذا القسم ولا حاجة لهم إليه هنا لانهم بينوا في موضع آخر أن العيب الحادث قبل القبض من ضمان البائع والنقصان من بقاء قيمة السلم لا بد أن يكون بعيب والزيادة لا بد أن تكون بنقصان العيب ونقصانه يمنع من ضمان ما نقص منه كزواله (ومثال الثاني) قيمته معيبا يوم العقد ويوم القبض ثمانية وسليما يوم العقد عشرة ويوم القبض تسعة أو بالعكس فالاختلاف ههنا في القيمة المنسوب إليها فان نسبنا إلى أقل القيمتين كان الارش التسع وإن نسبنا إلى أكثرها كان الارش الخمس فاعتبار الأقل هنا فيه نفع للبائع لا للمشتري فليس فيه إيجاب أكثر النقصانين بل أقلهما وهو التسع من الثمن وهذا القسم يظهر أنه مراد المصنف والاصحاب على ما سأوضحه إن شاء الله تعالى (ومثال الثالث) قيمته يوم العقد سلينا عشرة ومعيبا تسعة ويوم القبض سلينا تسعة ومعيبا ثمانية فاعتبار الأقل يوجب أن الارش التسع وهو أنفع للمشتري من العشر وأكثر نقصانا من الثمن أو تكون قيمته يوم العقد سلينا عشرة ومعيبا تسعة ويوم القبض سلينا اثنى عشر ومعيبا عشرة فاعتبار الأقل يقتضى أن الارش التسع واعتبار الأكثر يقتضى أنه السدس وهو أنفع للمشتري وأكثر نقصانا من الثمن أو تكون قيمته يوم العقد سلينا عشرة ومعيبا خمسة ويوم القبض سلينا ستة ومعيبا أربعة فاعتبار أقل القيمتين يقتضى أن الارش الثلث واعتبار أكثرهما يقتضى أن الارش النصف وهو أنفع للمشتري وأكثر نقصانا من الثمن وإذا تأملت الذى ذكرته في القسمين الاولين لم يخف عليك اختلاف الامثلة واحكامها في هذا القسم إن شاء الله تعالى إذا عرفت ذلك \* فأقول إن الامام عبر عن الوجه الثالث الصحيح ان المراعى ما هو الاضر بالبائع في الحالين والعبارة عنه بأن المعبر أكثر النقصانين ومثله بأن يكون العيب القديم يوم العقد منقصا ثلث القيمة ويوم القبض منقصا ربعها وهذا الكلام من الامام رحمه الله إنما يستمر مع عبارة المصنف والاصحاب إذا كان فرض المسألة فيما إذا كان الخلاف من جهة العيب وان المراد بأقل القيمتين أقل قيمتي المعيب

المنسوبة لا أقل قيمتي السليم المنسوب إليها وذلك في القسم الاول يستقيم فيه ان المعتر اقل القيمتين والواجب اكثر الامرين ويبقى القسم الثاني مسكوتا عنهما هل يراعى فيهما الاضر بالبائع كما قاله فيقوم بالاكثر أم لا بل يقوم بالاقل دائما كما اطلقه الاصحاب فان ثبت ان نفع المشتري مراعى مطلقا فعبارة الامام في قوله اكثر النقصانين احسن من قول الباقيين اقل القيمتين لان النقصان نسبة والمراد اكثر الامرين نقصانا من السليم واقل القيمتين راجع إلى القيمة في نفسها لا إلى ما تنقصه من السليم وايضا في القسم الثاني يصح كلام الامام ونوجب اكثر النقصانين وليس هو باعتبار اقل القيمتين فعبارة الامام مطردة في الاقسام الثلاثة هذا ان كان الحكم مساعدا له على ذلك في جميع الاقسام واكثر الاصحاب لم يذكروا إلا أقل القيمتين ولم يبينوا ما عدا ذلك وكانهم رضوا بان القيمة عن السليم سواء واختلف قيمة المعيب بحسب زيادته وصف في ذات المبيع أو نقصان فيه فينسب النقص لانه من ضمان البائع ولا تنسب الزيادة لانها حادثة في ملك المشتري والامر المنسوب إليه وهو قيمة السليم لم يتكلموا في حال اختلافها ويحتمل ان يكون المعتر الاقل مطلقا فإذا اختلفنا معا اعتبرنا اقل قمتي المعيب ونسبناها إلى اقل قيمتي السليم وحينئذ يصح اطلاق كلام المصنف والاصحاب ولا يصح اطلاق عبارة الامام لما تقدم من المثالين الآخرين في القسم الثالث وكذلك في القسم الثاني فالموافق لاطلاق الاصحاب ذلك ولا يبقى المراعى ضرر البائع مطلقا ولا ضرر المشتري مطلقا ولم أر في ذلك صريحا الا ان في تعليقه الشيخ أبى حامد قال (فاما) وقت تقويمه سليما فهو انقص الحالين قيمة من حالة العقد أو حالة القبض تقومه في تلك الحالة ثم يقومه وبه العيب وهذا يدل على ان المراد اقل قيمتي السليم المنسوب إليها لا اقل قيمتي المعيب وفي هذه الصورة وهى الثاني الذى ذكرته في ذلك المثال يكون التقويم باقل القيمتين انفع للبائع وكذلك كلام الماوردى يفهم منه ما يوافق الشيخ أبى حامد فانه قال في مسألة الجارية تقويم في أقل الحالتين فإذا قيل قيمتها في

تلك الحال بكرا لا عيب بها مائة قومت بكرا وبها ذلك العيب فإذا قيل تسعون كان ما بين القيمتين العشر فيرجع بعشر الثمن فهذا وجه من الاشكال في هذه المسألة قد انحل بحمد الله تعالى وتبين بحمد الله ان المراد اقل قيمتي السليم وليس المراد قيمتي المعيب كما ظنه ابن الرفعة وغيره ولا يجب أن يكون المراعى هو الاضر بالبائع مطلقا كما قاله الامام وهذا الذى لحظه أبو حامد هو الصحيح فان المنسوب إليه هو القيمة والمنسوب هو العيب الموجود قبل العقد وبعده إلى القبض ما لم يطلع البائع عليه فلا وجه لاعتبار اختلافه وإنما المنسوب إليه هو المعتر وهو قد يقل وقد يكثر وهذا الذى قاله الشيخ أبو حامد يعنى قول المصنف فلا يجوز أن يقوم على البائع وانه صحيح وسيأتى الكلام عليه إن شاء الله تعالى (وأما) ما يختص بالصيغة فنذكره في ضمن فائدة (فائدة) قال الفارقى في كلامه على المهدب هذه المسألة يعنى مسألة الكتاب التى

ذكرها المصنف فاسدة الوضع والاصل وفاسدة التعليل وليس لنا في الكتاب مسألة أظهر فسادا منها (أما) فساد وضعها فانه يعتبر تقويمه باقل القيمتين على ما ذكر وانما يكون هذا الاعتبار صحيحا ومفيدا إذا كان الارش اسقاط جزء من قيمة المبيع وليس الامر كذلك وانما نحن نسقط من الثمن جزءا يقدر نسبة فوائد ما ينقص من قيمته بالعيب مثلا إذا اشترى عبدا بمائة فوجده مقطوع اليد فانا نقومه صحيحا بمائة ومقطوعا بتسعين ونعلم أنه قد سقط عشر الاصل فيسقط في مقابله عشر الثمن ولا فرق بين ان تكون قيمته مائة أو الف أو عشرة فان اثر العيب في التنقيص واحد فانه إذا كان اثر العيب في تنقيص عشرة من مائة نقص من الالف مائة ومن العشرة دينار فنسبة كل واحد من هذه إلى أصله بالعشر فيسقط في مقابله الثمن وعشر الثمن لا يتفاوت على جميع الاحوال وانما يتفاوت عشر القيمة ونحن انما نوجب عشر الثمن ولا مبالاة باختلاف عشر القيمة واكثرها \* بيان فساد التعليل ان حصر اعتبار القيمة من حال العقد إلى حال القبض فعرفنا ان النقصان في يد البائع وليس يريد نقصان القيمة باختلاف الرغبات وكثرة المبتاع وقلته وانما يريد فوائد المبتاع كهزال الدابة وتغيير الثوب أو حدوث

[ 262 ]

آفة به فقوله كان ما نقص مضمونا عليه يعنى أن العين المباعة مضمونة على البائع (وقوله) وكان نقصانها من ضمانه يعنى الجزء الفائت من الثمن أو فوات جزء يكون من ضمان البائع كما أن جملة المبيع من ضمانه (وقوله) فلا يجوز أن يقوم على البائع كلام يتناقض في نفسه لانه إذا كان الناقص ونقصانه مضمونا عليه وجب أن يكون مقوما اما أن لا يقوم عليه لانه مضمون عليه فهذا كلام يتناقض لا فائدة فيه قال وإن كانت قيمته يوم العقد اقل إلى آخره وهذا أيضا ظاهر الفساد والتناقض لانه إذا كانت هذه الزيادة حق المشتري لا حق للبائع فيها فيجب تقويمها عليه حتى نوجب عليه قدر ما نقص من فوائدها مضمونا إلى قدر الارش فثبت بذلك بيان فساد التعليل والوضع جميعا هذا كلام الفارقي رحمه الله وزاد ابن معن في حكاية عنه أن معرفة فساد التعليل يحتاج إلى معرفة أمرين (الاول) أن الضمير في قوله لانه إن كانت قيمته أكثر ثم نقص كان ما نقص مضمونا عليه فكان نقصانها من ضمانه فلا يجوز أن يقوم على البائع إما أن يكون عائدا إلى البائع أو المشتري لا جائز أن يعود إلى المشتري لانه حصر اعتبار القيمة من يوم العقد إلى يوم القبض ولا يتصور أن يكون في يد المشتري إلا بعد القبض ولو نزلنا جدلا ان الضمير يعود إلى المشتري بطل قوله من حين العقد إلى حين القبض فتعين أن يكون المراد بقوله مضمونا عليه فكان النقصان من ضمان البائع لا غير هذا الامر الاول (الامر الثاني) أن المراد بالنقصان تغير احوال المبيع كحدوث آفة في الثوب أو الدابة لا غيره لاختلاف القيمة باعتبار نقصان الرغبات وكثرتها وانخفاض الاسواق وارتفاعها وحينئذ قوله فكان نقصانها من ضمانه فلا يجوز أن تقوم على البائع ظاهر التناقض لانه نقصان جزء كما بيناه من الامر الثاني وكما أن جملة المبيع من ضمان البائع كذلك جزؤه ولا يمكن أن يعود الضمير إلى المشتري لما بيناه في الامر الاول هذا كلام ابن معن حاكيا عن الفارقي ولاجل كلام الفارقي هذا قال ابن أبي عصرون انه لا فائدة في اعتبار اقل القيمتين قال في الانتصار ونص الشيخ أبو إسحق في المهذب على انه يقوم باقل القيمتين وكذلك في الحاوي وذكره القاضى

أبو الطيب في بعض كتبه ثم خط عليه وقد أوضحت وجه فساده وفساده قال الشاشي الأخير ثم اختار أن تعتبر قيمته حال العقد لأنه موجب للضمان والقبض مقدر له كما في الحكومة في الجناية قال ابن أبي عصرون وهذا يعنى كلام الشاشي رجوع عما اعترف بصحته ورده على غيره ثم لا وجه لما اختاره (وقوله) إن العقد هو الموجب للضمان مسلم لكن بماذا بالثمن أو بالقيمة فلا فائدة في النظر إلى قدرها وإنما جعلت معيار المعرفة المستحق للرجوع به من الثمن فلا تختص بقيمته حالة العقد وأما الجناية على الجزء فانما اعتبرت حالة الجناية لأنها حالة كمال المجني عليه واعتبرت بعد الجناية لأنها حالة النقصان ليعلم ما نقص من قيمته ولو كان عبداً ثم قال الشاشي معترضاً لو كانت قيمته حال العقد تسعين والعيب ينقصه خمسة والخمسين من المائة نصف عشر ومن التسعين أكثر لم تستمر النسبة في المرجوع به ثم أجاب فقال هذا التصوير تحكم لأن العيب الواحد ينقص من الكثير القيمة بالنسبة إلى ما ينقصه من قليل القيمة لاسيما والعين على صفة واحدة وإنما التفاوت من جهة السوق قال ابن أبي الدم وأنا أقول في القلب من هذه المسألة وبما قاله هذان الشيخان يعنى الفارقي وابن أبي عصرون حسيكة عظيمة وأنا أفرغ الجهد فيما ذكر عندي فيها نقلاً وبحثاً إن شاء الله تعالى ثم ذكر ابن أبي الدم بعد ذلك كلام الماوردي والامام والغزالي وحكايتهما مع المراوزة الأقوال الثلاثة قال فاختار الشيخ أبو إسحق قولاً منها وترجيحها لها لا يكون فاسداً ولا غلطاً كما ذكره الفارقي بل ما ذكره الفارقي من الأيراد والأشكال غلطاً فإن التقويم ما كان لايجاب عين القيمة بل لمعرفة نسبة ما يرجع به من الثمن فالقيمة معيار وإذا كان كذلك فقد ظهر صحتها وإفادتها (وقوله) أن أثر العيب في التنقيص واحد خطأ لأنه إذا كان الثمن فوجده مقطوع اليد يقوم سليماً فكانت قيمته يوم العقد ويوم القبض تسعين فإن اعتبرنا يوم العقد علم أنه نقص منه خمس قيمته فيرجع بخمس الثمن وإن اعتبرنا قيمة يوم القبض علم أنه نقص عشر قيمته فيرجع بعشر

الثمن فحصل التفاوت الظاهر وهذا واضح لا إشكال فيه وإنما فهم الفارقي أنه جعل قيمته معيياً تسعين وقيمته بالعوض مائة (قال) فنعلم أن الناقص عشر القيمة فيرجع بعشر الثمن وتوهم أن ذلك لازم لا يتغير ولا شك أنه يمكن أن تكون قيمته معيياً يوم العقد أكثر ويمكن أن تكون قيمته معيياً يوم القبض أقل وإذا فرض تفاوت القيمة بالنسبة إلى الزمانين وجب اعتبار أحدهما لاختلافهما وقول الفارقي في فساد التعليل ففى ما ذكر في كلام الشيخ غنية عنه وعلى الجملة فهذا القول الذي صار إليه الشيخ أبو إسحق ليس قولاً له اخترعه وإنما هو قول مقول عن أئمة المذهب فلا يليق بالمتأخر إظهار شناعة على من اختاره وذكره في تصنيفه فإنه فساد ليس في كتابه شيء أظهر فساداً منه وإنما اللائق به إن كان تكلم على دليله وأورد عليه بما يتوجه عليه من إشكال أو مباحثة أما الحكم عليه بأنه أفسد شيء في كتابه فخطأ محض منه وسوء أدب وممن اختار ما اختاره الشيخ أبو إسحق (1) والبغوى \* (قلت) \* وما قاله ابن أبي الدم من وجوب حفظ الأدب

صحيح وما قاله المصنف هو بلفظه وحروفه في تعليق القاضى أبى الطيب  
فلا اختصاص للمصنف به وقد علمت ان الشافعي رحمه الله نص في  
اختلاف العراقيين على اعتبار يوم القبض قال وقيمتها يوم قبضها  
المشترى من البائع فلو لم يكن لاختلاف القيمة أثر لما قيد الشافعي بيوم  
القبض فيجب النظر في اختلاف القيمة وبيان كونه مؤثرا في اختلاف  
الارش وما فرضه ابن ابى الدم لعله من اختلاف قيمة المعيب مع تساوى  
قيمة السليم يوم العقد ويوم القبض والعيب واحد كما مثل به من قطع اليد  
بعيد لانه متى كانت قيمة السليم يوم العقد ويوم القبض سواء والعيب  
واحد والمبيع واحد فكيف تختلف قيمة العيب لكن قد قدمت امثلة تغنى عن  
ذلك من جملتها ان تتحد قيمة السليم وتختلف قيمة المعيب لزيادة العين أو  
نقصانها واستبعاد الشاشى له وقوله ان العيب ينقص من كثير القيمة  
بالنسبة إلى ما ينقص من قليلها فالكلام عليه من وجهين (احدهما) ان  
الشاشى قصر الكلام على اختلاف قيمة السليم المنسوب إليها واتحاد  
العيب

(1) بياض بالاصل

[ 265 ]

المنسوب وذلك هو القسم الثاني لذي قدمته وقلت ان كلام المصنف  
والاصحاب لم يشمله أو أن الاولى فيه عبارة الامام (أما) إذا فرضنا الكلام  
في القسم الاول وهو أن قيمة السليم سواء ونقصت القيمة بحدوث عيب  
قبل القبض أو زادت بحدوث صفة فان النسبة تختلف قطعاً وهذا هو المراد  
بما قرره الفارقي في كلامه فغير ذلك التقرير جوابه عن الاصحاب وان  
كان في صورة الاعتراض وذلك هو جواب عن المصنف إلا في قوله فلا  
يجوز أن يقوم على البائع فانه مشكل وسنزيد الكلام عليه (الوجه الثاني)  
من الكلام على الشاشى أن الاصحاب وان سكنوا عن قيمة السليم  
المنسوب إليها فلا بد من اعتبارها فان قيمة المعيب زادت أو نقصت  
منسوبة إليها فالضرورة تحتاج أن يكون ذلك الشئ المنسوب إليه معلوماً  
فان اتحد فذلك وان اختلف فهذا مما قدمت أن الاصحاب سكنوا عنه الا  
الشيخ أبا حامد وبحث فيه هناك فإذا ثبت اعتبارها وانها قد تختلف  
فاختلافها مع تعارض السلامة من غير زيادة إنما يكون بحيث الاسعار  
والرغبات وعند ذلك قد ينقص العيب من قليل القيمة نسبة لا ينقصها من  
كثيرها وذلك إذا علا السعر وضاق ذلك الصنف فان الرغبة تشتد فيه  
ويغتفرون ما به عن عيب ولا يصير الناس يبالون بعيبه كما يبالون به في  
حال الرفاهية وبالعكس ذلك إذا رخصت الاسعار واتسع الصنف وبخست  
قيمتهم بحيث يصل إلى السليم منه كل أحد صدت أكثر الناس عن المعيب  
لقدرتهم على ما هو خير منه وانحطت قيمته عن قيمة السليم بنسبة أكثر  
مما كانت قبل ذلك هذا هو العرف بين الناس وان كان ذلك غير منقول ثم  
ان المسائل التي تفرض في الفقه والفروض المقدره لا يلزم أن تكون  
واقعة غالباً بل ولا نادراً بل المقصود أنها ان وجدت كان هذا حكمها فان  
قال قائل هذا إنما جاء في اختلاف السوق وفرض المسألة فيما إذا كان  
الاختلاف من جهة حدوث وصف في المبيع (فالجواب) أن الاختلاف في  
قيمة المعيب سببه حدوث الوصف بزيادة أو نقصان (وأما) الاختلاف في  
قيمة السلم المنسوب إليها فليس له سبب إلا اختلاف السوق ولا بد من

اعتبارها (وأما) قول المصنف ولا يجوز أن يقوم على البائع ففي غاية الاشكال وايراد الفارقي عليه قوي وهو كذلك في تعليقه القاضي أبي الطيب وليس بمناسبة فيما يظهر لانا إذا أدخلنا الذي نقص في التقويم قبل الارش وتضرر المشتري وانتفع البائع فلو قال المشتري لناسبه من هذا الوجه وكان يفسد من وجه آخر لعدم مناسبته لبقية تعليقه بأنه مضمون على البائع لكن الجواب عن هذا أن

[ 266 ]

هذا الاشكال انما هو بناء على أن الكلام في العيوب المنسوبة وقد تبين فيما تقدم عن كلام الشيخ أبي حامد أن المراد قيمة السليم المنسوب إليها وعلى ذلك يصح أن يقال فلا يجوز أن يقوم على البائع لانا إذا نسبنا إليها وأدخلناها في التقويم كثر الارش عليه وان تعلقوا بكلام الامام تعلقنا بكلام الشيخ أبي حامد وهو أصح لما تقدم (فان قلت) ذلك لا يلائم قوله كان ما نص في يده مضمونا عليه وكان نقصانها من ضمانه (قلت) سيأتي تأويله عن صاحب البيان وقول الفارقي انا نوجب على البائع قدر ما نقص بفواتها مضمونا إلى الارش انما يصح تخيله على بطلانه لو زال بعد حدوثه قبل القبض وقد رأيت صاحب الوافي نقل هذا الجواب الذي قلته عن شيخ ثم اعترض بأن المسألة تفرض فيما إذا زادت بين العقد والقبض ثم ذهبت الزيادة (قال) فالجواب صحيح أن تلك المسألة لم تدخل في ضمان البائع وما ذكره من فرض المسألة قد يمنع منه الحكم إذا فرضها كذلك وقد اعتذر صاحب البيان عن المصنف في التعليل فقال هذا مشكل لكن أراد أن النقصان مضمون على البائع وقد سقط ضمانه برضى المشتري بقبض المبيع ناقصا فلو فرضنا وقت العقد أدى إلى ايجاب ضمان النقصان على البائع وقد سقط عنه إلا أن الشيخ عنى البائع في أول كلامه ثم ذكره ظاهرا (قلت) معناه أن المشتري قبضه ناقص القيمة باعتبار السلامة فذلك القدر الزائد منها قد رضى باسقاطه فلا ينسب العيب إلا إلى الثاني وهو الاقل وفي ذلك نفع للبائع وهذا اعتذار عجيب فان فيه محافظة على تصحيح قول المصنف فلا يجوز أن يقوم على البائع لكن ذلك قد يقتضى عكس الحكم فان قيمة السليم إذا كانت مائة يوم العقد ويوم القبض وكانت قيمة المعيب يوم العقد تسعين ويوم القبض ثمانين فعلى ما قاله صاحب البيان ينبغي أن يقوم بأكثر قيمتي المعيب تسعون لان العيب الزائد المنقص للعشرة الثانية لم يحسب على البائع فيكون الارش العشر (والظاهر) من كلامهم أن الارش في هذه الصورة الخمس لان الثمانين أقل القيمتين ثم ان ذلك يقتضى الفرق بين أن يعلم بذلك أو جهل فانه قد يحصل عيب قبل القبض منقص للقيمة ويقبضه المشتري من غير علم بذلك العيب ثم يحدث ما يمنع من الرد فله الارش عن العيبين جميعا الذي كان قبل العقد والذي حدث قبل القبض (وقال) صاحب الوافي معنى قوله كان مضمونا عليه أي يذهب من ضمان البائع وهو ناقص عليه في حكم ما لم يبعه من أمواله إذا لم يبعه ليس مضمونا عليه للمشتري وإذا كان كذلك لم يجز أن يقوم عليه للمشتري ورأيت في تعليقه ابي اسحق العراقي على المهذب ولا يجوز ان يقوم على المشتري وهذا اما ان يكون غلطا في النسخة واما ان يكون

أحد ظن أن البائع غلط فاصلحه على ظنه وكل النسخ فيها البائع والغارقي اعرف بما في المذهب وقد ظهر الجواب عن ذلك بحمد الله تعالى واندفاع الاشكال عنه وكذلك رأيت في الاستقصاء كان ما نقص من القيمة غير مضمون عليه أي لانه ليس بجزء واطن ذلك كله اصلاحا لما اشكل عليهم وتعليل الماوردي قريب من تعليل المصنف وكذلك أكثر من تكلم في المسألة من الاصحاب ولم يختص المصنف من الاشكال إلا بقوله فلا يجوز ان يقوم على البائع وكذلك شيخه القاضي ابن الطيب الاشكال في هذه اللفظة وارد عليها \* \* (فرع) \* وهذا الذي قلته وحملت كلام المصنف عليه من أن المراد إن اختلفت القيمة المنسوب إليها هو الصحيح المتعين أما إذا اتحدت واختلفت قيمة العيب كما في القسم الاول ان كانت قيمته معينا تسعة عند العقد ثم نقص نقصاناه مع بقاء قيمة السليم انما تكون لعيب آخر فذلك العيب الآخر ان اطلع عليه المشتري ورضى به صار وجوده كعدمه وينسب الذي كان حالة العقد فقط وان لم يرضى به كان الكل إلى القبض مضمونا على البائع ينسب من القيمة وان زادت قيمة المعيب مع بقاء قيمة السليم فذلك ان كان نقصان العيب فقد برئ البائع بما نقص لانه لو زال كله قبل القبض لم يثبت به الرد ولا الارش فكذلك نقصا فلا يصح اعتبار أقل القيمتين هنا وان لحصول وصف زائد في المبيع جبر النقصان الحاصل بالعيب فيقتضى ذلك زيادة قيمته سليما وقد فرضنا أن قيمته سليما باقية بحالها \* \* (فرع) \* عبارة الرافعي والجمهور أقل القيمتين من يوم العقد ويوم القبض وكذلك في المحرر وقد تقدم الكلام عليها وعلى عبارة الامام (وقال) النووي في المنهاج أقل قيمته من يوم العقد إلى يوم القبض وذلك يقتضى أنه إذا نقصت القيمة فيما بين العقد والقبض أن تعتبر تلك القيمة الناقصة المتوسطة وان كانت القيمة يوم العقد ويوم القبض سواء لان المتوسطة حينئذ أقل وكذلك إذا كانت في أحد اليومين أقل من الآخر وفيما بين ذلك أقل منهما أن يقوم بالمتوسطة التي هي أقل وعبارة الجمهور لا تقتضي ذلك وتقتضي أن يقوم باحدى القيمتين في يوم العقد أو يوم القبض ان كانتا متساويتين فباحدهما وان اختلفتا فبالاقل منهما وهذه عكس الصورة التي فرض الكلام فيهما فيما تقدم عن صاحب الوافي على أنه في الروضة تابع للرافعي في عبارته ونبه في دقائق المنهاج على ذلك وانه غيرها لهذا المعنى والذي يظهر عبارة الجمهور لان العيب المنقص إذا وجد وزال قبل القبض لا يثبت به خيار فلا اعتبار به وفيه نظر فليتأمل وقال في التهذيب أقل القيمتين من يوم العقد إلى يوم القبض فان كانت النسخة صحيحة ففيه موافقة للمنهاج من بعض الوجوه لكن قوله أقل القيمتين يوافق الجمهور \*

\* (فرع) \* هذا الذي تقدم في معرفة الارش عن العيب القديم وكلام المصنف مفروض في ذلك فانه قال في أول الفصل إذا أراد يعني المشتري الرجوع بالارش أما الارش المأخوذ من المشتري عن العيب الحادث قال ابن الرفعة فالمنقول انه يقوم وبه العيب القديم ثم يقوم وبه العيب الحادث والقديم ويجب ما بينهما فإذا كانت قيمته بالقديم عشرة وبه مع الحادث تسعة غرم درهما ولا تجعل القيمة في هذا الحال معيارا (قلت) وسيأتى هذا في كلام المصنف فيما لا يوقف على عيبه الا بكسره \* \* (فرع)

\* قال ابن أبي عمرون المتأخر في مجموع له يتعرض في بعضه لالفاظ المهذب قال (قوله) وإن اختلفت قيمة المبيع قال فيقال مثلا قيمته يوم العقد بلا عيب ثلاثون وبالعيب عشرون فينقص عشرة ويقال قيمته يوم القبض بلا عيب خمسة وعشرون وبالعيب عشرون فيرجع بأقل القيمتين وهو خمسة وكذلك لو قلت قيمته يوم العقد وزادت يوم القبض كما إذا قلنا سائل يعنى أن ذلك في السائل وأيضا فقوله يرجع بخمسة يجب تأويله على أن المراد نسبتها من الثمن \* \* قال المصنف رحمه الله تعالى \* \* (فإن كان المبيع إناء من فضة وزنه ألف وقيمه ألفان فكسره ثم علم به عيبا لم يجر له الرجوع بأرش العيب لأن ذلك رجوع بجزء من الثمن فيصير الألف بدون الألف وذلك لا يجوز فيفسخ البيع ويسترجع الثمن ثم يغرم أرش الكسر وحكى أبو القاسم الداركي وجهها آخر أنه يرجع بالأرش لأن ما ظهر من الفضل في الرجوع بالأرش لا اعتبار به والدليل عليه أنه يجوز الرجوع بالأرش في غير هذا ولا يقال أن هذا لا يجوز لأنه يصير الثمن مجهولا) \* \* (الشرح) \* هذا الفرع منسوب لابن سريج وفيه أوجه (أصحها) وهو قول الشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيب والمحاملى وهو الذى صدر به المصنف كلامه أنه يفسخ المبيع ويرد الأناء ويغرم أرش النقص الحادث ولا يلزم الربا لأن المقابلة بين الأناء والثمن وهما متماثلان والعيب الحادث مضمون عليه كعيب المأخوذ على جهة السوم فعليه غرامته وغرامة الأرش عن الحادث هنا ليس كغرامته في سائر الصور كما سننبه عليه واستدلوا على تعذر أخذ الأرش بأن الثمن ينقص كما ذكره المصنف وعلى تعذر رده مع أرش العيب الحادث بأن المردود يزيد على الثمن وكلا الأمرين ربا ولا يستشكل هذا التقرير مع الحكم بأن المشتري يغرم الأرش حتى يقف على آخر الكلام في التنبيه السادس (والوجه الثاني) ولم يذكره المصنف وهو قول ابن سريج أنه يفسخ العقد لتعذر امضائه مع أخذ الأرش كما تقدم وبدونه لما فيه من ضرر المشتري ولا يرد الحلى على البائع لتعذر رده مع الأرش ودونه فجعل

[ 269 ]

كالتالف فيغرم المشتري قيمته من غير جنسه معيبا بالعيب القديم سليما عن الحادث واختار الغزالي هذا الوجه وإيراد صاحب البحر يقتضى ترجيحه وضعفه الامام وغيره وقال الامام انه أبعد الوجوه ونقل المحاملى عن ابن سريج تشبيهه بالمأخوذ على جهة السوم ثم رد عليه بأن المستام بمنزلة المغصوب إذا نقص يلزم أرش نقصانه لا قيمة جميعه (والثالث) الذى حكاه المصنف ثانيا وهو قول صاحب التقريب والداركى واختاره القاضي حسين والامام وغيره أنه يرجع بأرش العيب القديم كسائر الصور والمماثلة في الربوي إنما تشترط في ابتداء العقد والأرش حق وجب بعد ذلك لا يقدر في العقد السابق قال الرافعى رحمه الله (واعلم) أن الوجه الاولى والثانى متفقان على أنه لا يرجع بأرش العيب القديم وأنه يفسخ العقد وإنما اختلفا في أنه يرد مع أرش النقص أو يمسك ويرد قيمته وأما صاحب الوجه الثالث فقياسه تجويز الرد مع الأرش أيضا كما في سائر الاموال (قلت) وسيأتى بيان من هو الفاسخ عند ابن سريج وبه يتبين أنهما لم يتفقا إلا على أصل الفسخ ويأتى أيضا أن ما قاله الرافعى لم يصر إليه أحد وعلى هذا الوجه إذا أخذ الأرش فقد قيل يجب أن يكون من غير جنس العرض كيلا يلزم ربا الفضل (والاصح) وهو الذى رجحه القاضي حسين والبعوى والرافعى انه يجوز أن يكون من جنسهما لأن الجنس لو امتنع أخذه لامتنع أخذ غير الجنس لأنه يكون بيع مال الربا بجنسه مع شئ آخر وذلك من صور

مد عجوة وأيضا لان الارش جزء من الثمن وقد غلط أبو إسحق العراقي فجعل قول صاحب التقريب وجهها رابعا وحكاه مع وجه الداركي بعبارتين متقاربتين ولم يتنبه لاتحادهما ثم تنبه لامور (احدها) ان المصنف فرض المسألة في الاناء وكذلك القاضي أبو الطيب فرضها في إبريق وزنه مائة درهم وكذلك الشيخ أبو حامد في التعليقة التي كتبها سليم عنه نقلها عن ابن سريج فيما إذا اشترى ابريقا فضة وزنه مائة درهم وقيمته مائة وعشرون بابريق من فضة وزنه مائة وقيمته مائة وعشرون وفرضها الشيخ أبو حامد في التعليقة التي أخذها البندنجي في مصوغ وكذلك الامام والغزالي فيما إذا اشترى حليا وزنه الف بالف وفرضها في الحلى حسن لا اعتراض عليه واما فرض المصنف ومن وافقه في الاناء فان قلنا بجواز اتخاذ أواني الفضة فصحيح ايضا واما إذا قلنا بتحريم اتخاذها وهو الاصح فان الصنعة فيها غير محترمة فلا يكون الكسر عيبا فيها فلا يمتنع الرد والارش كما لو لم يحدث شئ فلعل ابن سريج فرع هذا على جواز الاتخاذ وايضا فذكر الكسر على سبيل المثال والمقصود حدوث عيب في يد المشتري (الثاني) ان المصنف لم يذكر تمام صورة المسألة وهو ان يكون الثمن من جنس الاناء كما فعل ابن سريج والامام بل سكت عن الثمن بالكلية وكذلك القاضي أبو الطيب وكانهما اكتفيا بشهرة المسألة والعلم بصورتها والمراد إذا

[ 270 ]

اشتراه بوزنه من جنسه كذلك فرضها ابن الصباغ والامام وغيرهما والا فلو كان الثمن من غير النقود أو من النقود غير الجنس لم تأت المسألة لانه لا يبقى محذور في المفاضلة فالمشتري يرجع بأرش العيب القديم وممن صرح به ابن الصباغ والقاضي حسين وحكى أبو اسحاق العراقي فيه وجهين واطنهما في الذخائر وكانهما ماخوذ ان مما سنذكره عن الحاوي في التنبيه الثالث عشر وعلى كل حال فالاصح الجواز قال القاضي حسين فان كان نقد البلد ذهبا والحلى المبيع من الفضة قوم الحلى بنقد البلد ثم يسترد الارش من الثمن ان كان عرضا فمن الغرض أو ذهبا فمن الذهب فان كان نقد البلد فضة والحلى من الفضة قال القاضي حسين يحتمل وجهين (أحدهما) يقوم نقد البلد فان كان الحلى من نقرة خشنة والدرهم المطبوعة تزيد عليه قوم بنقد آخر وهو الذهب كيلا يؤدي إلى الربا هكذا رأيت في النسخة وكأنه سقط منها شئ (الثالث) في التنبيه على أمور واضحة ذكر القصة على سبيل المثال الربوي والذهب كذلك ولكن أناء الذهب حرام عند المصنف ولا يجرى فيه الخلاف فلذلك لم يقع التمثيل به وجعله قيمة العين مثال لزيادتها على وزنه حتى يكون الكسر منقصا لها فيكون عيبا أما لو كانت القيمة مساوية للوزن ان أمكن فرض ذلك لم يكن الكسر منقصا لان القيمة لا تعتبر حينئذ والكسر مثال لحدوث عيب فلو انكسر بنفسه كان الحكم كذلك (1) (الرابع) ان تعليل المصنف امتناع الرجوع بالارش الذي اتفق عليه ابن سريج وابو حامد والاكثرون بان ذلك من رجوع جزء من الثمن موافق كما تقدم من المصنف واكثر الاصحاب ان الارش جزء من الثمن وقد تقدم عن الغزالي تردد في أنه غرامة جديدة ولذلك قال الغزالي هنا كما حكى قول ابن سريج وقول صاحب التقريب قال فتحصلنا على احتمالين في حقيقة كل واحد من الارشيين انه غرم مبتدأ أو في مقابلة المعقود عليه ويعنى بالارشيين ارش القديم وارش الحادث يعنى ان علة قول ابن سريج يكون الارش عن القديم جزءا من الثمن لما تقدم والارش عن الحادث كذلك لان ابن سريج يجعله في مقابلة ما فات من

المبيع وان الفسخ في غير الربوي يرد عليه إذا ضم مع المبيع كما يرد على المبيع وقول صاحب التقريب يقتضى انه غرم مبتدأ فظهر لك بما قاله الغزالي ان مأخذ الوجهين الاولين ان الارش جزء من الثمن ومأخذ الثالث انه غرم مبتدأ لكن الامام قد اختار قد صاحب التقريب هنا وقد تقدم عن قول بان الارش جزء من الثمن فطريق الجميع بان القائل بان غرم مبتدأ لم يقل به من كل وجه بل من بعض الوجوه كما تقدم من كلام الامام في انه انتقاص جديد وقد نبهت على ذلك فيما تقدم وكذلك علل الامام في هذه المسألة قول صاحب التقريب بالضرورة ولو كان الارش غرما مبتدأ لم يحتج إلى ذلك وقال الامام ايضا ان كل مسلك من المسالك يعنى الاوجه الثلاثة لا يخلو عن حيد عن قانون في القياس جار في حال الاختيار ولم يصر احد إلى التخيير

(1) بياض بالاصل

[ 271 ]

بين جميع هذه المسالك من حيث اشتمل كل واحد على ميل عن اصل والضرورة تجوز إلى واحد منهما فهذا الكلام من الامام يدل على ان الارش ليس غرما مبتدأ من كل وجه إذ لو كان كذلك لكان غير خارج عن القانون وفي كلامه وفيما تقدم عنه وفي النظر ما يدل على ذلك ايضا ولذلك قال في توجيه كلام صاحب التقريب ان غرامة الارش في هذا المضيق تقدر كارش مبتدأ مرتب على جنابة على ملكه (الخامس) ان الفاسخ للبيع هو الحاكم صرح به الشيخ ابو حامد وصاحب العدة وغيرهما ويحتمل ان يقال على قول ابن سريج ان للمشتري ان يفسخ ايضا كما يقال في التخالف ان لكل منهما ايضا ان يفسخ على الاصح (ان قلنا) بذلك كما ستعرفه في بابه فانه عندنا فيه وقفة (واما) على قول الاكثرين فيبعد إلحاقه بالتخالف وانما هو رد بالعيب لا مدخل للحاكم فيه غير انه امتنع دخول الارش فيه وجعل غرامة مبتدأة وبهذا تبين لك أن الوجهين لم يتفقا على كيفية الفسخ كما وعدت به من قبل (السادس) قول المصنف لم يغرمه أرش الكسر يريد به أن تغريم أرش الكسر متأخر عن الفسخ والفسخ يرد على الاناء خاصة وليس كسائر الاموال حيث يرد الارش عن الحادث مع المبيع إذ ورد الرد عليها في هذه الصورة أدى إلى الربا وليس المراد باسترجاع الثمن قبضه بل رجوعه إلى ملك المشتري وليس في الاوجه من يقول بجواز رد الارش مع المبيع إلا ما قال الرافعي أنه قياس الوجه الثالث فلذلك أتى المصنف بصيغة ثم المقتضية للترتيب وعبارة الرافعي أنه يرد مع أرش النقصان ويجب تأويلها على المعية في الوجوب لا في انسحاب حكم الرد عليها على أن الامام ذكر هنا كلاما بليغا في تحقيق رد الارش مع العيب بالعيب الحادث وأن ليس على تقرير ورود الفسخ عليهما أعنى في جميع الصور وقد قدمت ذلك عنه عند الكلام في أخذ الارش عن العيب الحادث في الفصل الذي قبل هذا (السابع) أن كلام المصنف يقتضى أن الوجه الاخير حكاة الداركي وليس من قوله وكذلك حكاة الشاشي وكلام الرافعي يقتضى أنه عنه (الثامن) من قول المصنف في تعليل قول الداركي لان ما ظهر من الفضل في الرجوع بالارش لا اعتبار به يفهم أن ذلك ليس مأخوذا من أن الارش غرم مبتدأ بل هو جزء من الثمن بطريق الظهور ولكن لا يعتبر لما ذكره من الدليل فقوله ظهر ينفي كونه غرما مبتدأ ثم بعد ذلك اما أن

يكون ذلك بطريق الشين أو بطريق انشاء نقص جديد فيه ما تقدم من البحث الاقرب عبارة المصنف الاول والموافق لكلام الامام الثاني (التاسع) الدليل الذي ذكره على عدم اعتبار ذلك أنه يجوز الرجوع بالارش في غير هذا الموضوع بالاتفاق ولم يقل أحد بأنه لا يجوز لانه يصير الثمن مجهولا

[ 272 ]

أي لانا ظهر لنا أن الثمن الذي قابل المبيع ما بقى بعد الارش وذلك لم يكن معلوما حالة العقد وجهالة الثمن موجبة لبطلان البيع فلو كان ما ظهر معتبرا لم يجز الرجوع بالارش في غير هذا الموضوع لافضائه إلى جهالة الثمن وبطلان العقد من أصله لكن الرجوع بالارش في غير هذا الموضوع جائز اتفاقا فلا يكون لما ظهر حكم وهذا بينه وبين ما ذكره الامام في توجيه هذا القول لما حكاه عن صاحب التقرير بعض المخالفة فانه قال انه في هذا المضيق كارش مبتدأ مرتب على جنابة فانا هذا القول واحد وماأخذه مختلف المصنف يشير إلى أن المقابلة تغيرت لكن ليس لظهور تغيرها حكم ويطرد فذلك في هذه المسألة وفي غيرها والامام يقول في هذه المسألة الضرورة تجعله كغرم مبتدأ ولا يخفى أن في كل من الكلامين حيدا عن القانون كما قاله الامام فان المصنف يحتاج إلى الاعتذار عن تخلف الحكم عما ظهرت وليت شعري هل الرجوع بالارش مجمع عليه أو فيه نص أو لا فانه ان كان فيه نص أو اجماع كان عذرا في ان يجعل ان ما ظهر لا حكم له أو يجعله كغرم مبتدأ اتباعا وان لم يكن فيه اجماع ولا نص فما المخلص عن هذه الاشكالات وما الموجب لارتكابها (العاشر) لا جواب وما استدلل به الداركي انه انما يلزم جهالة الثمن إذا كان ذلك بطريق العين اما إذا قلنا ان المقابلة تغيرت بانتقاص جديد فلا وهذا الذي يقول به بدليل حل الجارية وغير ذلك مما تقدم وإذا كان بطريق النقص صار له حكم في المقابلة صارت الالف مقابلة بدون الالف الآن لا فيما مضى فامتنع الرجوع بالارش كذلك قال الفارقي في الجهالة يفرق فيها بين الجهالة الحاصلة بفعل العاقل ابتداء والحاصل بغير فعله ولهذا لو أسلم إلى أجل مجهول بطل ولو مات المسلم إليه في أثناء الاجل حل وصار الاجل بموته مجهولا وهو صحيح (الحادي عشر) أنه على الاصح الذي قاله المصنف أنه يرد ثم يغرم ارش النقص الذي حدث عنده وشبهوه بالمستام وفيه نظر لان الرد يرفع العقد من حينه على الصحيح فالعيب حدث على ملك المشتري فكيف يغرمه إذا لم يقدر ورود الرد عليه وليس كالمستام فان المستام ليس مملوكا له وأشار الامام إلى أن ذلك على سبيل التقدير ونظره بقول منصوص للشافعي إذا فسخ النكاح بعد الذخول أن الزوج يسترد المسمى ويرد إليها البضع ثم يغرم الزوج لها مهر المثل (الثاني عشر) مأخذ فسخ البيع على ما قال الشيخ أبو حامد من قول الشافعي في الرجل يشتري ثمرة قبل بدو الصلاح بشرط القطع ثم لم يقطع حتى بدى الصلاح ثم أراد القطع فسخنا البيع ههنا لما يؤدي ذلك إليه من الاضرار بصاحبه أو بالمساكين هكذا رأيت في تعليقه ولم أفهمه وانما يفسخ البيع فيما إذا حدثت ثمرة أخرى واختلطت ولم تتميز على أحد

[ 273 ]

القولين ثم في مسألة اختلاط الثمار على أحد القولين وهو الصحيح عند طائفة أن البيع يفسخ بنفسه من غير فاسخ وليس ههنا كذلك (الثالث عشر) صورة المسألة إذا كان الاناء باقيا فلو عرف العيب القديم بعد تلفه عنده فالصحيح الذي ذكره العراقيون وصاحب التتمة أنه يفسخ العقد ويسترد الثمن ويغرم قيمة النالف ان كان متقوما ومثله إن كان مثليا ولا يمكن أخذ الارش وقال القاضى حسين انه يأخذ الارش وصححه في التهذيب وقد تقدمت المسألة في باب الربا وذكره القاضى حسين وصاحب التهذيب هنا موافق لقول الداركي في حالة البقاء ويلزمهما موافقته هناك وما قاله العراقيون هنا موافق لقول ابن سريج في حالة البقاء وألجأهم إلى ذلك امتناع الرد بالتلف واحتاجوا إلى الفسخ هنا لامتناع أخذ الارش عن القديم بخلاف تلف بيع المعيب في غير هذه الصورة حيث يكون اخذ الارش ممكنا قالوا وتلف المبيع لا يمنع جواز الفسخ وقد جوز الشافعي الاقالة بعد التلف وكذلك في التخالف وصاحب التتمة جعل حالة التلف اصلا وان ابن سريج يقول في حالة البقاء كحالة التلف وذكر القاضى حسين في هذا الباب ثلاثة اوجه (قال) وفي المسألة اشكال وقد تقدم في باب الربا اختياره وحكاية الاوجه الثلاثة وفي الحاوى في باب الربا عند التلف انه ان كان بجنسه لم يرجع بالارش وان كان بغير جنسه من النقيدين (فوجهان) اقيسهما الرجوع فيرجع بارش الفضة ذهبا (والثانى) وهو قول الشيوخ من البصريين والجمهور من غيرهم لا يجوز لان الصرف اضيق ولان الارش يعتبر بالاثمان فلا يكون داخلا فيها وقد تقدم ذلك وتفرعه عنه في باب الربا وقياس ذلك ان يجرى هنا في حالة البقاء لكن الماوردى فرض ذلك في الصرف ولم يفرضه حيث تكون القيمة زائدة عن الوزن (الرابع عشر) متى كان كسر الاناء من المشتري فلا فرق بين بعد القبض أو قبله ومتى كان من غيره ووجد بعد التقابض والتفرق فلا اشكال وفيه فرض الامام المسألة ومتى كان قبلهما فهو من ضامن البائع فلا تأتى المسألة ومتى كان بعد التقابض وقبل التفرق فيلتف على ما تقدم ان المشتري إذا قبض المبيع في زمن الخيار هل يصير من ضمانه ام لا وفيه طرق تقدمت فان قلنا لا يصير من ضمانه وأنه يفسخ بتلفه في يده وهو ظاهر نص الشافعي فالعيب الحادث حينئذ مضمون على البائع لا يوجب الارش فهو كما قبل التقابض فلا تأتى المسألة (وان قلنا) من ضمانه كما اقتضاه كلام المصنف فالحكم كما بعد التفرق والتقابض ولا جرم أطلق المصنف التصوير ولم أجد في شئ من ذلك نقلا ولكنه قضية التفريع والطرق التى في قبض المبيع في زمن الخيار تقدمت في هذا الباب عند حدوث (1) المبيع بعد القبض (الخامس عشر) إذا غرمناه قيمته على قول ابن سريج أو على قول الاكثرين

(1) بياض بالاصل

[ 274 ]

\* عند تلفه فقد تقدم في حكاية قول ابن سريج أنها تكون من غير جنسه هكذا حكاه الرافعى يعنى إذا كان فضة يعطى قيمته ذهبا وإن كان ذهبا يعطى قيمته فضة وكذلك حكاه القاضى أبو الطيب عن ابن سريج وقاله القاضى أبو الطيب من عند نفسه في حالة التلف أيضا والاكثرون لم يعتبروا ذلك بل أطلقوا القيمة وهو أحسن هذه غرامة وليست عقدا يجئ

تحذر فيه من الربا وقد حكى العراقيون فيما إذا أتلفت آنية فضة قيمتها أزيد من وزنها ثلاثة أوجه (أصحهما) يضمن بالنقد الغالب (والثاني) يقوم بغير جنسه (والثالث) بمثل وزنه من جنسه والزيادة من غير جنسه قال أبو سعيد الهروي وكان القاضي الحسين يعيب هذا ويقول الاتلاف ليس مقيسا على البيع في أمر الربا (قلت) فقياس الأوجه الثلاثة أن يأتي مثلها هنا (السادس عشر) غرامة أرش النقصان الحادث على قول الأكثرين عند بقائه هل يكون من نقد البلد وإن كان من الجنس قولاً واحداً أو يجري فيها الخلاف الذي في العصب (الظاهر) الثاني لانهم شبهوه بالمستام (السابع عشر) قد تقدم من قول الامام أنه لم يصر أحد إلى التخيير بين جميع هذه المسالك بعد أن ذكر الأوجه الثلاثة واختار الثالث منها وكذلك قال الغزالي في البسيط انه لم يصر صائر إلى التخيير بين أرش العيب القديم وضم أرش العيب الحادث كما في سائر العيوب وإن كان محتملاً بحكم التوجيه الذي ذكرناه للوجهين ولكن اعتقد كل فريق أن ما ذكره أبعد من اقتحام الربا فلم يثبت الخيرة وهذا الذي قاله الامام والغزالي يرد القياس الذي قال الرافعي انه قياس الوجه الثالث لا سيما وهو مختار الامام وهو أعرف بقياسه ولا شك أن القياس كما قال الرافعي ولكن لعل صاحبه ترك القياس للمعنى المذكور وهو البعد من الربا ولو ثبت ما قاله الرافعي من القياس لكان لنا قائل بالتخيير والامام قد نفاه (الثامن عشر) صورة المسألة أن يكون العيب الذي ظهر بالاناء كالكسر ونحوه فلو كان يخرج عن الجنس كالغش تبين بطلان العقد للمفاضلة (التاسع عشر) أن الكلام المذكور لا اختصاص به بالاناء والحلى بل هو في كل عقد اشتمل على جنس واحد من مال الربا من الجانبين كما إذا باع صاع حنطة بصاع واطلع أحدهما على عيب فيما أخذه بعد حدوث عيب في يده أو تلفه وفيه فرض صاحب التهمة وقال ابن الحكم في سائر أموال الربا كذلك وكذلك قال غيره (العشرون) إن أرش الكسر الذي يعرمة يمكن أن يقال بأنه لا يكون منسوباً من الثمن بل ما نقص من القيمة هنا يقتضى تشبيهه بالمستام وبدل له ما سيأتي في ما لم يوقف على عيبه إلا بكسره (وقال) أبو حامد بن يونس في شرح الوجيز اعتراضاً على جعله كالجناية بعد الفسخ انه لو كان كذلك لغرم أرش ما نقص والمغروم جزء من الثمن وكلام الغزالي ساعده ولو لا ذلك لم يحتج إلى الفرار من الربا وسيأتي فيما لم يوقف على عيبه إلا بكسره تمام هذا البحث والاقرب هنا ما قلناه أولاً وهو أنه لا يكون منسوباً من الثمن بل من القيمة \*

[ 275 ]

\* قال المصنف رحمه الله تعالى \* \* (وان وجد العيب وقد نقص المبيع بمعنى يقف استعلام العيب على جنسه بأن كان جوزاً أو بيضاً أو غير ذلك مما لا يوقف على عيبه إلا بكسره فينظر فيه فان كسره فوجده لا قيمة للباقي كالبيض المذر والرمان العفن فالبيع باطل لان ما لا قيمة له لا يصح بيعه فيجب رد الثمن) \* \* \* (الشرح) \* تقدم الكلام في النقص الذي لا يقف استعلام العيب على جنسه والكلام الآن فيما يقف وإنما قال على جنسه ولم يقل عليه ليشمل ما إذا كسر منه قدراً لا يوقف على العيب بما دونه وما إذا كسر منه قدراً يمكنه الوقوف على العيب بأقل منه وكلا القسمين سيأتيان في كلامه إن شاء الله تعالى إذا عرفت ذلك فنقول ما لا يوقف على عيبه إلا بكسره مما مأكوله في جوفه أو غيره كالبطيخ والرنج والرمان واللوز والجوز والبندق والبيض فكسره فوجده فاسداً لا قيمة له كالبيض المذر الذي لا يصلح لنشئ والبطيخ الشديد التغير والرمان العفن

والجوز والرائج والقنأ المدود فقد نص الشافعي رحمه الله والاصحاب أنه يرجع بجميع الثمن قال المزني سمعت الشافعي كل ما اشتريت مما يكون مأكوله في جوفه فكسرتة فأصبته فاسدا فلك رده وما بين قيمته فاسدا صحيحا وقيمتة فاسدا مكسورا قال وقال في موضع آخر فيها قولان (أحدهما) ليس له الرد إلا ان شاء البائع وللمشترى ما بين قيمته صحيحا وفاسدا إلا أن لا يكون له فاسدا قيمة فيرجع بجميع الثمن (1) والقولان هكذا ذكرهما الشافعي في الام في الجزء الثامن في باب ما اشترى مما يكون مأكوله داخله وما ذكره الشافعي رضى الله عنه من الرجوع بجميع الثمن إذا لم يكن لفساده قيمة قطع بها الاصحاب كافة لكن اختلفوا في طريقه فالجمهور من الاصحاب العراقيون ومعظم الخراسانيين على أنه تبين فساد البيع كما ذكر المصنف لوروده على غير متقوم وعن القفال وطائفة أنه لا يتبين الفساد لكنه على سبيل استدراك الظلأمة كما يرجع بجزء من الثمن عند نقص جزء من المبيع يرجع بكله عند فوات كل المبيع وتظهر ثمرة الخلاف في أن القشور الباقية بمن تختص حتى يكون عليه تطهير الموضع عنها وكلام الشافعي محتمل لكل من الوجهين لكن القواعد تقتضي حمله على ما قاله الاصحاب ونقل القاضي حسين عن الشيخ وهو القفال أنه قيل له في الدرس إذا كان لا قيمة لفساده غير مكسور وجب الحكم بفساد العقد كسائر ما لا يتقوم فقال هو وان كان كذلك فلا ينفك عن أدنى قيمة وان قلت لبقاء بعض المنافع فأنها تقتضي لتنقش فيلعب بها الصبيان وخالفه القاضي في ذلك لان القصد من شراء البيض الطعم وأحد لا يشتري البيض لينقش وتلعب به الصبيان والامام حكى قول القفال عن طائفة وأفسده لكن بغير الطريق الذي أفسده بها القاضي فان مقتضى كلام القاضي ان

(1) بياض بالاصل

[ 276 ]

هذه المنفعة لقلتها لا تعتبر وليست مسوغة لا يراد العقد عليه كسائر المنافع التافهة والامام فرض الكلام حيث لا قيمة مع الصحة ومفهومه أنه إذا كانت له قيمة وإن قلت نحكم بالصحة لكنه في آخر كلامه يقول لا وجه إلا القطع بالفساد (وقال) الغزالي انه إذا لم يبق له بعد الكسر قيمة قال الشافعي يسترد الثمن جميعه فقال الاصحاب معناه أنه يسترد أرش النقصان لكن أرش كمال الثمن إذا لم يبق له قيمة (والوجه) أن يقال تبين بطلان العقد فان فرض له قيمة قبل الكسر قيمة للنقش ولعب الصبيان فقد بطلت المالية الآن (فان قلنا) طريق الاطلاع من عهد البائع حتى لا يجب به أرش فهنا يتقدم أن يسترد تمام الثمن ويجعل كأنه لم يشتري إلا ما بقى بعد الاطلاع وان جعل ذلك من ضمان المشتري فلا يتقدم معه أن يسترد تمام الثمن هذا كلام الغزالي وما نقله عن الاصحاب هو قول القفال ومعظم الاصحاب قاطعون بخلافه أفهم كلامه فرض المسألة فيما إذا لم يكن له قبل الكسر قيمة أصلا كما اقتضاه كلام الامام وان منفعة النقش ولعب الصبيان معتبرة وذلك خلاف ما قاله القاضي حسين ومقتضى كلام الغزالي في هذه المسألة الحالة إذا كانت له قيمة ومنفعة للنقش ولعب الصبيان الحزم بصحة البيع ثم الاختلاف في استرداد تمام الثمن أي بطريق الفسخ كما في قبل العبد المرتد في يد المشتري وأولى فيتحصل من

كلامه وكلام الاصحاب أربعة أوجه (الاصح) أن البيع باطل (والثاني) أنه يصح وينفسخ بعد ذلك ويسترد جميع الثمن وهذا غير قول القفال لان القفال يقول إن ذلك بطريق استدراك الظلامة مع بقاء العقد كالارش حتى تبقى القشور للمشتري ومقتضى هذا القول القائل بأن الانفساخ إذ ترجع القشور للبائع ويلزمه تنظيف المكان عنها (والثالث) انه يصح ولا ينفسخ لكن يكون له ارش العيب وهو ههنا الثمن بكماله وهو قول القفال (والرابع) أن البيع صحيح ولا ينفسخ ولا يسترد الثمن بكماله بل يسترد الارش وهو ما بين قيمته سالم الجوف وفاسده قبل الكسر وهذا الوجه مخالف لنص الشافعي وطريقه ان يحمل النص على ما لا قيمة له مع فساده في حال صحته فيحملها على مراتب (احدها) ان يتبين بالكسر أنه لم يكن له قيمة في حال صحته أصلا وهذه الحالة يتبين بطلان البيع فيها قطعاً على ما اقتضاه كلام القاضي حسين ويجرى فيها وجهان على ما اقتضاه كلام الغزالي (الثانية) ان يتبين أنه كانت له قيمة تافهة كالنقش ولعب الصبيان فهي محل الاربعة الالوجه المقدمة والمذهب البطلان خلافا للقفال وطائفة والغزالي فان كلامه يقتضى ذلك في هذه (المرتبة الثالثة) ان يفرض له قيمة قبل الكسر معتبرة في صحة ايراد العقد عليه ثم تبطل بالكسر وهذا الغرض لم يذكره الاصحاب لانه متعذر أو بعيد فلو قدر وجوده فلا يمكن القول بتبين البطلان ههنا لكن يأتي الوجهان المفهومان من كلام الغزالي في المرتبة الثانية (احدهما) ان البيع

[ 277 ]

ينفسخ ويرجع بالثمن ويجعل طريق الاطلاع من ضمان البائع وان حصل في يد المشتري (والثاني) انه لا ينفسخ إذا قلنا ذلك ليس من ضمان البائع لكن يرجع المشتري على البائع بالارش وهو ما بين قيمته سالما وفاسداً صحيح القشر وهذان الوجهان إذا فرض له قبل الكسر قيمة صحيحة للعقد لا اشكال في جريانها ويمكن صاحب الوجه الاول ان يحمل كلام الشافعي على ذلك وأنه يرجع بالثمن بطريق انفساخ العقد والخلاف في كون طريق الاطلاع على العيب من ضمان البائع أو لا سيأتي ان شاء الله تعالى فيما إذا كان له بعد الكسر قيمة (والاصح) أنه من ضمان البائع فيكون الاصح هنا من الوجهين اللذين قالهما الغزالي انه ينفسخ (وان قلنا) إن العقد صحيح لكن الظاهر أن الغزالي لا يوافق على تصحيح انه من ضمان البائع في المسألة الالية وشبهه ايضا بالخلاف في قبل المرتد في يد المشتري بالردة السابقة هل يكون من ضمان البائع أو لا والصحيح انه من ضمان البائع \* إذا عرفت ذلك رجعنا إلى لفظ الكتاب قول المصنف فوجده لا قيمة للباقي أي بعد الكسر يشمل ماذا كان له قبل الكسر قيمة تافهة أو كثيرة أو لا قيمة له أصلا والآخر محل اتفاق (والثاني) تقدم الكلام فيه وبينت أنه فرض بعيد أو متعذر فلا نجعله مدرجا في كلام المصنف فانه بذلك يشكل الحكم بالبطلان لما تقدم والاول وهو ان يكون له قيمة تافهة هو محل الخلاف بيننا وبين القفال فلذلك والله أعلم أتى المصنف بهذه العبارة حتى تشمل القسمين الاول والثالث وتعليه بانه لا قيمة له يقتضى الاقتصار على القسم الثالث لكن الذي له قيمة تافهة كما لا قيمة له فالمراد لا قيمة له معتدا بها (وقوله) فيجب رد الثمن هو المنصوص للشافعي (وقوله) البيع باطل وما حمل معظم الاصحاب كلام الشافعي عليه \* \* (فرع) \* قال ابن الرفعة انه تظهر فائدة الخلاف بين الاصحاب والقفال ايضا في أن مجرد الاطلاع هل يوجب استرجاع الثمن أم لا فعلى القول بانه استدراك للظلامة لا يكون له الا إذا طلبه على الفور كما تقسم ذكره في المبيع الذي تعذر رده لحدوث عيب به

عند المشتري وعلى القول بتبين بطلان العقد يكون الثمن مستحقا من حين الكسر الذي زالت به المالية (قلت) أما إذا قلنا انه استدراك للظلمة لا يكون الا طلبه على الفور فانه قد تقدم أنه عند امتناع البائع من أخذ المعيب وتعين الحق في الارش لا يجب أن المشتري يطلبه على الفور وقبل امتناع البائع تقدم عن الرافعى وغيره انه يعلمه به على الفور فان شاء قبله فهنا ان كان الرد عند القفال سائغا وانه إذا طلبه البائع يجب فالامر كما قال فإذا لم يعلمه به بطل الرد والارش لكن ذلك لا فائدة فيه أصلا ولا يحصل للبائع به مصلحة وإن الرد عند القفال ممتنعا لخروجه عن المالية فيكون الارش متعينا ولا يجب طلبه على الفور وهذا هو الاظهر (وأما) قوله على

[ 278 ]

القول بتبين بطلان العقد يكون الثمن مستحقا من حين الكسر فمحمول على أن علمنا استحقاؤه من حين الكسر وإلا فهو مستحق من حين التسليم لعدم صحة البيع من أصله والله أعلم \* \* (فرع) \* أطلق المصنف الكسر في هذا القسم فيقتضى أن لا فرق بين أن يزيد في الكسر أو يقتصر على قدر ما يعرف به العيب وهو كذلك على المذهب لانه إذا تبين بطلان العقد لعدم كونه متقوما قبل الكسر فلا فرق اما على رأى القفال ومن وافقه فيظهر أن يقال أن زاد في الكسر وكان لو اقتصر على ما يعلم به العيب لبقيت تلك القيمة اليسيرة يكون الزائد من ضمان المشتري فلا يكون الارش جميع الثمن وفيه نظر \* \* (فرع) \* ان اختلفا في تسليمه صحيحا أو فاسدا فالقول قول البائع مع يمينه قاله الشيخ أبو حامد \* \* قال المصنف رحمه الله تعالى \* \* (فان كان له قيمة كبيض النعامة والبطيخ الحامض وما دود بعضه من المأكول نظرت فان كسر منه قدرا لا يوقف على العيب بما دونه ففيه قولان (أحدهما) أنه لا يرد وهو قول المزني لانه نقص حدث في يد المشتري فممنع الرد كقطع الثوب (والثاني) لا يمنع الرد لانه معنى لا يوقف على العيب إلا به فلم يمنع الرد كنشر الثوب (فان قلنا) لا يرد رجوع بأرش العيب على ما ذكرناه (وان قلنا) يرد فهل يلزمه أن يدفع معه أرش الكسر فيه قولان (أحدهما) يلزمه كما يلزمه بدل لبن الشاة المصراة (والثاني) لا يلزمه لان الكسر الذي يتوصل به إلى معرفة العيب مستحق له فلا يلزمه لاجله أرش) \* \* \* (الشرح) \* إذا كسر ما لا يوقف على عيبه إلا بكسره وكان للباقي بعد الكسر قيمة كما ذكره وكالرانج وغيره إذا بقيت له قيمة فان لم يزد على قدر ما يعرف به العيب مثل أن نقب الرمان فعرف حموضته أو قطعه قطعاً يسيراً فعرف أنه مدود (قال) القاضى أبو الطيب لان التدويد لا يمكن أن يعرف بالنقب وان كان هكذا ففيه قولان وقد تقدم ذكرهما عن مختصر المزني واتفقت الطرق على حكايتهما (أظهرهما) عند الاكثريين أنه لا يمنع الرد وهو ما أورده المصنف (ثانيا) وهو الذى حكى المزني في كلامه أو لا أنه سمعه من الشافعى وبه قال مالك وأحمد في رواية وممن رجحه الماوردى والرويانى والشيخ أبو حامد ومن تابعه على ما حكاه الرافعى وقاسوه على المصراة هكذا قاسه الاكثرون والمصنف قاسه على نشر الثوب وسنذكر سبب ذلك ان شاء الله تعالى (والقول الثاني) انه ليس له الرد فهرا كما لو عرف عيب الثوب بعد قطعه وبهذا قال أبو حنيفة والمزني وصححه صاحب التهذيب قال المزني بعد حكاية ما قدمته عن المتخصر هذا يعنى القول

بانه ليس له الرد أشبه بأصله لانه لا يرد الرائج مكسورا كما لا يرد الثوب مقطوعا الا ان يشاء البائع وأجاب الاصحاب بأن للشافعي في الرائج قولان أيضا (فان قلنا لا يرد فهو كسائر العيوب الحادثة فيرجع المشتري بأرش العيب القديم أو يضم أرش النقصان إليه ويرده كما سبق هكذا قال الرافعي وهو مأخوذ من كلام الامام كما سنذكره في آخر الكلام وعليه ينزل كلام المصنف والاصحاب فمن اطلق أنه يرجع بالأرش فإذا رجع بالأرش فيقوم صحيحا وقشره صحيح وفاسدا وقشره صحيح وينظر كم نقص من قيمته فيرجع به من الثمن وهذا معنى قول المصنف على ما ذكرناه أي انه يرجع من الثمن وليس كالأرش الذي يرد المشتري على ما سيأتي ان شاء الله تعالى ولا يقومه مكسورا لان الكسر نقص حدث في يده وانما يحز تقويمه مع العيب الذي كان عند البائع وطريق الاطلاع على العيب على هذا القول من ضمان المشتري لانا منعناه من الرد (وان قلنا) يرد وهو الاظهر فهل يغرم أرش الكسر فيه قولان (احدهما) نعم كالمصرأة وهذا هو الذي تقدم نقله عن المختصر في قول الشافعي لك رده وما بين قيمته فاسدا صحيحا وقيمته فاسدا مكسورا فهذا صريح في وجوب الارش على المشتري إذا رد ورجح الغزالي هذا القول (والثاني) لا لانه معذور فيه والبائع بالبيع كأنه سلطه عليه وهذا أصح عند الجرجاني وصاحب التهذيب وابن ابي عصرون والرافعي في المحرر ولهذا قال في الروضة انه الاظهر ونقل الرافعي انه أصح عند غير صاحب التهذيب أيضا ونقل غيره انه أصح عند الشيخ ابي حامد ولم أر ذلك في تعليقه وطريق الاطلاع على هذا القول من ضمان البائع والفرق بينه وبين المصرأة ان الكسر عيب حادث لم يفوت عينا على البائع بخلاف حلب المصرأة فانه اظهر نقصا مع تفويت عين هكذا قال بعضهم ومن مجموع ذلك تأتي ثلاثة أقوال جمعها أبو إسحق المروزي والشيخ أبو حامد فمن بعده والغزالي جعلها أوجهها (أحدها) انه لا يرد ويرجع بالأرش (والثاني) يرد بغير أرش وهو الاظهر عند الرافعي وغيره (والثالث) يرد مع الارش قال الغزالي وهو الاعدل ثم نبيه على الامور (أحدها) أن طريق الاطلاع على العيب إما أن يكون من ضمان البائع أو من ضمان المشتري إن كان الاول فليرد بغير أرش كما رجحه الرافعي وان كان الثاني فليمتنع الرد فالقول بأنه يرد مع الارش خارج عن المأخذين مع أنه المنصوص في المختصر وعلله الغزالي كما قال انه الاعدل بأنه حتى لا يتضرر البائع أيضا وذلك من قبيل المصلحة المرسله (الثاني) قال الرافعي في المحرر انه لا يمنع الرد وإذا رد لم يغرم الارش على الاظهر وتبعه في المنهاج فقال رد ولا أرش عليه في الاظهر فان أراد أن الرد مجزوم به والخلاف في الارش فهذه طريقة لم أعلم من قال بها فالوجه أن يجعل قوله في الاظهر غاية اليهما ويكون المعنى ان الاظهر انه يرد بغير أرش وهو القول الذي رجحه في الشرح ومقابله قولان عدم

الرد مطلقا أو الرد مع الارش (الثالث) قال الامام مما يجب التنبيه له ولا تتحقق الاحاطة بالمسألة دونه أن المسألة التي نحن فيها لا تتميز أصلا عن تفصل القول في العيوب الحادثة إلا على قولنا إن المشتري يرد المعيب المكسور من غير أرش فان لم نسلك هذا المسلك فلا فرق فانا إذا ذكرنا في الكسر خلافا في المنع من الرد وضم أرش الحادث من العيب فقد ذكرنا

مثله في كل عيب حادث فلا تنفصل هذه المسألة عن غيرها إلا إذا جوزنا الرد مع غير غرم أرش في مقابلة عيب الكسر فلو قال فائل مسألة الكسر أولى بأن يحتكم المشتري فيها بالرد مع غرامة الارش كان هذا فرقا في ترتيب مسألة عن مسألة هذا كلام الامام وهو في نهاية الحسن لكنه يقتضى أنه عند التنازع يأتي الخلاف فيمن يجاب (فان قلنا) في تلك المسائل يجاب المشتري فهنا أولى (وان قلنا) يجاب البائع مطلقا أو إذا طلب تقرير العقد فهنا خلاف والذي يدل عليه ظاهر النص الذي سمعه المزني من الشافعي أن المجاب المشتري في طلب الرد مع الارش والفرق بينه وبين تلك المسائل أما على القول الذي اختاره المزني بامتناع الرد فتتحد هي وتلك المسائل كما تقدم عن الرافعي والظاهر أنه أخذه من كلام الامام هنا (الرابع) أنه إذا اشترى ثوبا مطويا فنشره ووقف على عيب به فان لم ينقص بالنشر فلا يمنع الرد وان نقص فان كان لا يوقف على عيبه إلا به مثل إن يتولى ذلك من هو من أهل الصنعة ويرفق به ففى المسألة الاقوال المذكورة وان لم يكن من أهل الصنعة ونقص نقصا زائدا فعلى ما سيأتي فيما إذا زاد في الكسر المذهب امتناع الرد وقال ابو اسحق على الاقوال واطلق الاصحاب المسألة فصورها صاحب الحاوي فيما إذا كان مطويا على طاقين حتى يرى جميع الثوب من جانبه فان كان على أكثر من طاقين لم يصح البيع ان لم تجوز خيار الرؤية قال الرافعي وهذا احسن لكن المطوى على طاقين لا يري من جانبه الا احد وجهى الثوب وفى الاكتفاء به تفصيل وخلاف قد سبق وقال امام الحرمين ان هذا الفرع مبنى على تصحيح بيع الغائب وذكر الرافعي تنزيلين آخرين (احدهما) ان يفرض رؤية الثوب قبل الطى والطفى قبل البيع (والثانى) ان ما ينقص بالنشر ينقص بالنشر مرتين فوق ما ينقص به مرة واحدة فلو نشر مرة وبيع واعيد طيه ثم نشره المشتري فزاد النقصان بذلك انتظم الفرع \* إذا علم ذلك فالمصنف قاس على نشر الثوب فان اراد الذي لا يحصل به نقص فالفرق ظاهر وان الراد ما يحصل به نقص وهى كالمسألة والخلاف فيها كالخلاف فكيف يجعلها اصلا ويقيس عليها وكذلك صاحب التهذيب قاس على

[ 281 ]

نشر الثوب والمصرأة جميعا والظاهر ان المصنف انما قاس على نشر الثوب ولم يقس على المصرأة لان المسألة خلافية بيننا وبين ابى حنيفة وأبو حنيفة لا يسلم الحكم في المصرأة فلا يمكن الاحتجاج عليه بها فقاسها على نشر الثوب وكذلك فعل في النكت قال كنيشر الثوب وقلب الصبرة وهذا يدل على انه اراد النشر الذي لا يحصل به نقص ولهذا لم يقل في علته هنا إنه نقص بل قال يعنى كانه لكونه طريقا إلى معرفة العيب لا يعد نقصا (الخامس) قال المرعشي في ترتيب الاقسام سببا ذكرته فيما تقدم مختصرا ولا بد من ذكره هنا والتنبيه على ما فيه وهو ان العيب الحادث في المصرأة على ثلاثة أضرب ما فيه قول واحد أنه يرد كالعيب والخيار كغمزه بعود أو بحديدة فيتبين الارش وما فيه ثلاثة أقوال له أنه مر فله الرد وما فيه قولان كالثوب يقطع ثم يتبين به حرق هل يرده ونقص القطع أولا ويأخذ الارش وما فيه ثلاثة أقوال كالجوز واللوز وما لا يتوصل إلى علمه إلا بكسره فإذا كسره فأصابه فاسدا ففيه ثلاثة أقوال (أحدها) يرده وما نقص (والثانى) يأخذ الارش (والثالث) يرد ويأخذ جميع الثمن (قلت) فان كان مراده حيث لا نجعل في العيب والخيار عيب بذلك الغمز فهو يخالف فرضه وان حصل فيه بذلك عيب فان لم تق له قيمة لم يأت إلا الرد

والرجوع بجميع الثمن كما قال وحينئذ القسم الثالث في كلامه ان لم تنق له قيمة فلا يأتي فيه إلا قول واحد كذلك وان بقيت له قيمة لم يأت فيه القول بالرجوع بجميع الثمن (السادس) قول المصنف لا يوقف على عيبه إلا بكسره أحسن من قول من قال مأكوله في جوفه فانه يشمل الثوب إذا نشره كما تقدم وكذلك إذا اشترى قطعة خشب لينخذ منها ألواحاً فلما قطعها وجدها عفنة قال القاضي حسين في الفتاوى فيه قولان كما مأكوله في جوفه (فان قلنا لا رد له يأخذ الارش من البائع وهو ما بين قيمتها عفنة وغير عفنة قال وبه أفتى (قلت) وهذا اختيار منه للقول المرجوح في عدم الرد ولا جرم صححه تلميذه وصاحب التهذيب كما تقدم \* قال المصنف رحمه الله تعالى \* \* (فان قلنا يلزمه الارش قوم معيباً صحيحاً ومعيباً مكسوراً ثم يرجع عليه بما بين القيمتين لانه لما رد انفسخ العقد فيه فصار كالمقبوض بالسوم والمقبوض مضمون بالقيمة فضمن نقصانه بما نقص من القيمة ويخالف الارش مع بقاء العقد لان المبيع مع بقاء العقد مضمون بالثمن فضمن نقصانه بجزء من الثمن) \* \* (الشرح) \* إذا قلنا يلزم المشتري الارش عند رد المكسور كما هو ظاهر نص المختصر على خلاف الذي رجوه فالارش ههنا هل هو كالارش المأخوذ من البائع عند بقاء العقد وقد تقدم انه جزء من الثمن نسبتاً إليه نسبة ما نقص العيب من قيمة السليم إلى تمامها أو الارش هنا مخالف لذلك

[ 282 ]

الذي قاله المصنف هنا انه مخالف وأن الارش ههنا لا ينسب من الثمن بل هو ما نقص من قيمة السليم كما ذكره في الكتاب ووافقته على ذلك أكثر الاصحاب المتقدمين والمتأخرين ومنهم الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب وصاحب التتمة وصاحب التهذيب والرافعي وخلائق لا يحصون والظاهر ان ذلك لا اختصاص له بهذه المسألة بل بحيث أمرنا المشتري برد الارش على البائع بعد الفسخ في العيوب الحادثة ولذلك قال الروباني فيما إذا تقابلا ثم وجد البائع بالمبيع عيباً حدث عند المشتري وقلنا بأن الأقل لا تنفسخ وهو الاصح عند الروباني انه يرجع البائع على المشتري بالارش قال والاقرب انه يلزمه نقصان القيمة لان البيع مرتفع بينهما وهذا الذي قاله المصنف والاصحاب يطرقه أمران (أحدهما) من جهة البحث (والثاني) من جهة النقل أما الذي من جهة البحث فقال مجلى في الذخائر فيه احتمال لان الفسخ يرفع العقد بعد القبض من حينه فقد وجد العيب في يده وهو مضمون عليه بالثمن فينبغي أن يكون فوات ذلك الجزء مضموناً بجزء من الثمن وأما الذي من جهة النقل فقال المصنف في باب اختلاف المبايعين ان المشتري إذا قطع يد العبد في يد البائع لم يجز له الفسخ فان اندمل ثم تلف في يد البائع رجع البائع على المشتري بارش النقص فيقوم مع اليد ويقوم بلا يد ثم يرجع بما نقص من الثمن ولا يرجع بما نقص من القيمة فلذلك قال القاضي أبو الطيب في شرح الفروع ان المشتري إذا وطئ الجارية المبعة البكر في يد البائع ثم تلفت قبل القبض انه يجب أرش البكارة منسوبة من الثمن وطرد ذلك فيما إذا قطع يد العبد ثم مات باقة سماوية قبل القبض انه يستقر نصف الثمن وقال إذا قطع المشتري يد العبد انه يستقر العقد بجملة الثمن حتى إذا تلف العبد بعد ذلك لا يرجع المشتري على البائع بشئ وفي الحاوي حكاية خلاف في صور قطع اليد في أن البائع يرجع على المشتري عند تلف العبد بالارش المقدر كالأجنبي أو بما نقص من القيمة لان الجناية كانت في ملكه بخلاف الأجنبي وفي التهذيب هل يستقر على المشتري من الثمن نسبة ما انتقص من القيمة

وهو المذهب في تعليق القاضى حسين والمجزوم به في شرح الفروع للفقهاء وقد قدمت ذلك عن القاضى حسين والفقهاء في وطئ البكر فهذه النقول كلها إلا ما في الحاوى تدل على أن الارش المأخوذ من المشتري مقدر من الثمن كالارش المأخوذ من البائع وذلك يؤيد ما قاله مجلى والجواب اما ما ذكر من النقل فان ابن أبى الدم فرق بين مسألتنا هذه وبين المسألة التى ذكرها المصنف في اختلاف المتبايعين من وجهين (أحدهما) أن المشتري لما رد المبيع بالعيب فقد فسخ العقد باختياره فارتفع العقد قولا واحدا وصار كأن العقد لم يوجد ولا كأنه التزم ثمنه لان العقد إنما انعقد بينهما على ظن المشتري السلامة

[ 283 ]

التى يقتضيها مطلق العقد فإذا بان كونه معيبا صار كأنه اتلفه ولم يجر عليه عقد فكان الثمن في هذا بعيدا عن العقد فلم تنسب القيمة إليه وهذا معنى قول الشيخ فصار كالمقبوض على وجه السوم بخلاف مسألة العبد فان المشتري هو المفرد بقطع يد العبد وتعيينه ولم ينسب البائع فيه إلى تقصير في عيب أصلا فكان المشتري رضى بالعقد ورضى بالتزام الثمن فيه فقرب الثمن من العقد فاعتبرت القيمة منسوبة إلى الثمن (الفرق الثاني) أن نسبة يدى العبد كنسبة نفسه على مذهب الشافعي في أن جراح العبد من قيمته كجراح الحر من دية فيده كنصف نفسه فلو قتل المشتري العبد كان قابضا له قولا واحدا فإذا قطع يده فكانه قبض نصف العبد تقريرا فإذا مات بعد الاندمال بيد البائع اعتبرت القيمة منسوبة إلى الثمن لقرب العقد من الاستقرار وما ذكره القاضى أبو الطيب يقوى ما ذكرناه من الفرق بين المسألتين ويفهم منه اختلاف ما بينهما وقول الماوردى في الوجه الاول انه يضمنه بالارش المقرر كالأجنبي معناه انه يضمنه بنصف قيمته تقديرا (وقوله) في الوجه الثاني انه يضمنه بما نقص معناه انه يلحق بغير العبد كالبطيخ وغيره وكان الوجه الاول مبنى على مذهب الشافعي في جراح المعبد (والثاني) مبنى على مذهب ابن سريج أنها غير مقدره بل الواجب فيها ما نقص من قيمتها كالواجب في غير العبيد وذكر الامام في الغصب خلافا في أن المشتري إذا قطع يدى العبد هل يكون قابضا له ويسقط ضمان العقد في الباقي واستضعف القول بالسقوط هذا جواب ابن أبى الدم رحمه الله وما لحظه في الفرق الاول من التفريط وعدمه غير متضح وما ذكره في الفرق الثاني من قرب الاستقرار أبعد لان المسألة هنا بعد القبض المحقق وقد استقر العقد وكان ينبغى أن ينسب من الثمن وقد مال ابن الرفعة إلى ما قاله مجلى وأيده باتفاق الاصحاب على أن غريم المفلس إذا رجع في العين وقد نقصت في يد المفلس بفعل مضمون يضرب مع الغرماء بقدر ارش النقص من الثمن واعتذر عما ذكره الاصحاب على اختلاف احتمال مجلى بتخصيص ما ذكره بحالة فوات وصف مجرد من المبيع ليس بجزء وما ذكر من المسائل المنقولة مما ذكره المصنف في باب اختلاف المتبايعين وغيره في بعض الاجزاء وهى أقرب إلى المقابلة من الصفات المجردة فلذلك جعل مستوفيا لها وحسب بدلها عليه من الثمن بخلاف الصفات فان العبد إذا زنى أو سرق أو أبق لا يمكن أن يجعل المشتري بذلك مستوفيا لصفة السلامة منه حتى يستقر عليه من الثمن بنسبة ما نقص من قيمته قال وهذا من دقيق الفقه فليتأمل (قلت) وهو حسن إن سلم لكن يחדشه أمران (أحدهما) تعليل المصنف والاصحاب بأنه لما رد انفسخ العقد فيه وصار كالمقبوض بالسوم والمقبوض بالسوم

المأخوذ من المباع لا نفرق فيه بين الاجزاء والاصناف فكذلك هنا ومن يزعم أن الارش جزء من الثمن ويأخذه عن الزنا والاباق ونحوه من الاوصاف من البائع منسوباً من الثمن وان كانت ليست بمقابلته إلا على وجه التقدير إن صح فكيف لا ينزلها في جانب المشتري كذلك وأيضا فانهم أطلقوا هنا وقد يكون الذاهب جزءاً (والثاني) أن الغزالي رحمه الله في مسألة الحلّى بعد أن حكى قول ابن سريج والاصحاب قال فتحصلنا على احتمالين في حقيقة كل واحد من الارشيين أنه غرم ابتداءً وفي مقابلة المعقود عليه والمشهور ما أشار إليه ابن سريج فيهما جميعاً يعني أنه جزء من الثمن والفائت في مسألة الحلّى بالكسر وصف لا جزء فكلام الغزالي هذا وان استشكلنا به قول ابن الرفعة فانه يشكل أيضاً على ما قاله المصنف والاصحاب هنا من أن الارش من المشتري لا يثبت من الثمن بل من القيمة وذلك يخالف قول الغزالي انه جزء من الثمن كالمأخوذ من البائع على أحد الاحتمالين اللذين ذكرهما وقال إنه المشهور ولا شك أن المشهور الذي قال به معظم الاصحاب في الارش القديم فلم لا كان كذلك في الارش الحادث اللهم إلا أن يقال لا يلزم من كونه جزء من الثمن أن يكون منسوباً منه وهو بعيد لانه متى لم ينسب منه لا يكون جزءاً منه فكلام الغزالي في الارش الحادث مخالف لما قاله المصنف والاصحاب هنا ثم ان للغزالي أن يقول للاصحاب أنتم منعتم رد الحلّى مع أرش الكسر الحادث حذراً من الربا وقلتم اما أن يرده وحده ويسترجع الثمن ثم يغرم أرش الحادث كالمستام كما تقدم عن أكثر الاصحاب واما أن يغرم قيمته كما قال ابن سريج واما أن يأخذ أرش القديم كما قال صاحب التقريب ومنعوه أن يضم أرش الحادث إليه في الرد كما يفعل في غيره فان كان الارش حيث أخذ من المشتري لا يكون جزءاً من الثمن فلا تخصيص لمسألة الحلّى بل صارت هي وغيرها الارش الذي يرده المشتري كالارش الذي يغرمه المستام ولا يبقى محذور من جهة الربا فيه وان كان الارش جزءاً من الثمن كما اقتضاه كلامهم في مسألة الحلّى وفرّوا إلى أن جعلوه كالمستام للضرورة فراراً من الربا فدل على أنه في غير ذلك الموضع يكون بخلافه ولا يخرج عن كونه منسوباً من الثمن وقد تقدم في مسألة الحلّى وغيرها أن الامام نبه على الارش عن الحادث كيف يضم إلى المبيع المعيب ويرد الرد عليهما جميعاً واستشكل ذلك والخلاص عنه بما سبق فان صح ما يقوله المصنف والاصحاب هنا من أن أرش الحادث لا ينسب من الثمن خرجت مسألة الحلّى في رد الارش الحادث معها عن الاشكال وبين ما قدمناه من الاحتمالات في رد الارش عن الحادث وان سبيله سبيل الغرامات لا غير لكن يبقى عليه ما ذكره مجلى من الاشكال وعند هذا أقول ان كلام المصنف والاصحاب هنا لم يريدوا به كل العيوب الحاصلة في يد المشتري كالزنا والسرقه والاباق

فإذا فرض حصولها في يد المشتري منعت الرد فإذا اتفقا على الرد مع أرشها كان على حسب ما يتفقان عليه وفي تقدير ذلك بحث قدمته عند حدوث العيب وذكرت فيه أربعة احتمالات ومراد المصنف هنا والاصحاب بما يحصل بفعل المشتري ككسر البطيخ ونحوه مما هو يتكلم فيه فان ذلك مضمون على المستام بما نقص من القيمة وكذلك كسر الحلى فلذلك يضمه وسائر صور حدوث العيب غير مسألتنا هذه ومسألة الحلى الامر فيها سهل إذا كانت على حسب التراضي فان المتبايعان على ما شاءا من قليل وكثير أما ما إذا قلنا المجاب البائع أو المشتري ودعى إلى الرد مع الارش فيحتاج إليه وكذلك في هذه المسألة إذا كان الامر على ما تقدم عن الرافعي اما على ما يظهر من عبارة المصنف وأكثر الاصحاب من أنا إذا قلنا بالرد ورد الارش كان ذلك إلى المشتري وله الزام البائع به وفسخ العقد فيحتاج إلى البيان فيه ولا جرم لم يذكر المصنف وكثير من الاصحاب الكلام في ذلك إلا في هذه المسألة وكأنهم رأوا أن المشتري يلزم البائع بالرد ثم يبقى الارش لازماً له فاحتاجوا إلى بيانه ومسألة الحلى أولى بالبيان لان الامر فيها على بيان الالتزام فإذا تقرر فحيث قلنا بالالزام وكلام المصنف هنا والاصحاب بل الشافعي في المختصر يقتضى ان ذلك منسوب إلى القيمة وجزم الاصحاب غير مجلى بأنه ليس منسوباً من الثمن وهو مشكل بما قاله مجلى وأما كونه يرجع في الفليس بجزء من الثمن فيظهر الفرق بينه وبين ما نحن فيه بان المقصود في المفلس وصول البائع إلى الثمن فعند التعذر جوز له الرجوع إلى عين ماله فإذا فات منها جزء نسبناه من الثمن لانه الاصل المقصود هناك لا مقصود غيره فالمفلس مأخوذ منه بغير اختياره والمشتري هناك يراد باختياره ومقصوده نقص البيع الذي دلس عليه البائع فيه \* (فرع) \* قال ابن الرفعة على كل حال فاي وقت نعتبر القيمة فيه فيه وجهان (اصلهما) ما إذا تعيب العين في يد المستام (أحدهما) وقت حدوث العيب (والثاني) أكثر ما كانت من حين القبض إلى حين حدوث العيب وكذا فيما قد يظن انه يقتضى ان العقد إذا فسخ لا يرتفع من حينه لكنه على الاول يرتفع من حين حدوث العيب وعلى الثاني يرتفع من حين القبض وليس كذلك بل هو يرتفع من حينه ومن ارتفاعه من حينه لا يمكن ان يقال بتقدير جزء من الثمن فيتعين الرجوع إلى القيمة واقرب وقت تعتبر فيه عند الاول وقت حدوث العيب لان الواجب ارشه فلذلك اعتبره والقائل الاخر يقول قد انكشف الحال عن ضمان المعيب بالقيمة على المشتري وقد ثبتت يده على الفأنت من حين القبض إلى حين التلف فضمن أكثر القيمة في ذلك قال وعلى الجملة ففي التسوية بين المستام والمشتري في هذا المقام نظر ظاهر مع لحاظ ان العقد لا يرفع من اصله فهذان الوجهان يقربان من الوجهين فيما

[ 286 ]

إذا فسخ العقد بالتحالف وقد نقص المبيع في يد المشتري مع لحاظ ان العقد يرتفع من اصله والاصح منهما عند الغزالي اعتبار وقت التلف وليس الوجهان مثل الوجهين لان الفأنت في التحالف جزء مقابل بالثمن كما هو مفروض هناك وهنا قد تقرر ان الفأنت صفة ولكنهما قريبان منهما (قلت) وقد قال صاحب التتمة إذا تحالفا والسلعة هالكة وقلنا العقد يرتفع من اصله صار كالمستام (وان قلنا) من حينه غرم اقل قيمتي يوم العقد والقبض والاصحاب اطلقوا انه يغرم قيمة يوم التلف وما قاله ابن الرفعة يشهد لما قاله مجلى ان الارش المأخوذ من المشتري ينبغي بناؤه على ذلك \* \* قال المصنف رحمه الله تعالى \* \* (وان كسر منه قدراً يمكنه

الوقوف على العيب بأقل منه ففيه طريقان (أحدهما لا يجوز الرد قولا واحدا لانه نقص حدث بمعنى لا يحتاج إليه لمعرفة العيب فممنع الرد كقطع الثوب) (والثاني) انه على القولين لانه يشق التمييز بين القدر الذي يحتاج إليه في معرفة العيب وبين ما زاد عليه فسوى بين القليل والكثير) \* \* (الشرح) \* (الطريقة الاولى) هي المذهب كذلك قال الشيخ أبو حامد وغيره وحكاها الماوردي عن أبي حامد المروزي وجمهور اصحابنا (والطريقة الثانية) حكاها أبو اسحق المروزي عن بعض اصحابنا (فان قلنا) بالطريقة الاولى فذلك كسائر العيوب الحادثة كذلك قاله الرافعي أي فيأتي فيه ما تقدم من الخلاف عند التنازع إذا دعى أحدهما إلى الارش القديم والآخر إلى خلافه (وان قلنا) بالثانية فعلى ما تقدم إذا لم يزد في الكسر حرفا بحرف \* \* (فرع) \* إذا عرفت هذا قال اصحابنا مكسور الجوز ونحوه ونقب الرانج من صور الحال الاول الذي لا يقف على العيب بدونه وكسر الرانج وترصيص بيض النعام من صور الحال الثاني الذي يمكنه الوقوف على العيب بأقل منه وكذا تقوير البطيخ الحامض إذا أمكن معرفة حموضته بغرز شئ فيه وكذا التقوير الكبير إذا أمكن معرفته بالتقويم الصغير والتدويد لا يعرف الا بالتقوير وقد يحتاج إلى الشق ليعرف وقد يستغنى في معرفة حال البيض بالقلقلة على الكسر قال القاضي حسين وغيره والرمان بمطلقه لا يقتضى حلاوة ولا حموضة فإذا شرط فيه الحلاوة فبان حامضا بالغرزر وان بان بالشق فلا \* \* (فرع) \* روى أن مولى لعمر بن حريث الصحابي اشترى لعمر بن حريث بيضا من بيض النعام أربعا أو خمسا فلما وضعهن بين يدي عمرو بن حريث كسر واحدة فإذا هي فاسدة ثم ثانية ثم ثالثة حتى

[ 287 ]

تتابع منهن فاسدات فطلب الاعراب يخاصمه إلى شريح فقال شريح أما ما كسر فهو ضامن له بالثمن الذي أخذه به وأما ما بقى فأنت يا اعرابي بالخيار ان شئت كسروا فما وجدوا فاسدا ردوه وما وجده طيبا فهو بالسعر الذي بعثتم به وأخذ بعض الناس من هذا ان عمرو بن حريث رضى الله عنه كان رأيته جواز الرد \* \* قال المصنف رحمه الله تعالى \* \* (وان لم يعلم بالعيب حتى هلك المبيع أو أعتقه أو وقفه ثبت له أرش العيب لانه أيسر من الرد فثبت له الرجوع بأرش العيب) \* \* الشرح \* امتناع الرد عند هذه الامور لعدم امكانه لان الرد يعتمد مردودا ويتفقوا على أنه لا تقام قيمة التالف مقامه ليرد الرد عليها إلا ما نقل عن أبي ثور وقد ذكرته عند الكلام في المصراة من نقل الجوزي عنه لكن ابن المنذر نقل عنه هنا لمذهب الشافعي وبعضهم زعم أن الرد ورد على خلاف القياس فيقتصر فيه على مورد النص فالاجماع ولم يحصل ذلك عند تلف العين وفرقوا بينه وبين التحالف حيث جاز عند هلاك العين بهذا أو بان لنا في الرد بالعيب طريقا آخر وهو الارش بخلاف التحالف وكذلك الفسخ بخيار المجلس أو الشرط عند تلف المبيع في يد المشتري (إذا قلنا) بانتقال الضمان بقبضه في زمان الخيار فانه يجوز كالتحالف والاقالة بعد تلف المبيع جائزة على الاصح (ان قلنا) إنها فسخ وقيل لا لعدم الحاجة إليها \* إذا عرف ذلك فالارش واجب قطعاً بعنتين (احدهما) ما ذكره المصنف أنه أيسر من الرد وهذه مقتضى قول أكثر الاصحاب كما سيتبين لك فيما إذا باعه (والثانية) أنه لم تستدرك الظلامة وهو مقتضى علة أبي اسحاق في مسألة البيع كما سيأتي ان شاء الله تعالى ولم يتفقوا على أن كل واحدة علة مستقلة لاختلافهم فيما إذا تلف في يد المشتري الثاني كما سيأتي ولا جزء علة كذلك بل الاكثرون

يعتبرون اليأس ولا يعتبرون العلة الاخرى وأبو إسحق بالعكس فإذا وجد المعنيان أو انتفيا انفقوا وان وجد أحدهما دون الآخر اختلفوا وههنا اجتمع اليأس وعدم استدراك الظلامة فاتفقوا على الرجوع بالارش فالمصنف تبع الاكثرين في التعليل ولم يعتبر قول أبي اسحاق وقد ذكر المصنف ثلاث مسائل مشتركة في الفوات (أحدها) في الفوات الحسى (والثانية والثالثة) في الفوات الشرعي أما (الاولى) وهى هلاك المبيع فذلك يشمل ما إذا هلك بنفسه كموت العبد واحترق الثوب وشبههما وهذا لا خلاف فيه وممن قال به مالك وأحمد وأبو ثور على ما حكاه ابن المنذر وروى ذلك عن الشعبي والزهرى وحكى الامام قبيل كتاب الرهن فيما إذا قبض المسلم المسلم فيه قال وذهب المزني إلى أن

[ 288 ]

الرجوع بالارش لا يثبت بعد تلف المقبوض قال ابن الرفعة وهو يجرى هنا بطريق الاول لان غاية الامر أن يجعل المعين عما في الذمة كالمعين في العقد (قلت) وليس كذلك وقد كنت استغربت هذا القول عن المزني فتبعت أثره فرأيت في تعليق القاضى حسين قبيل كتاب الرهن أيضا ما يشته وبين ما أخذه وأنه لا يطرد ههنا وذلك أنه قال إذا أسلم في طعام وقبض بعضه وأتلفه ثم قبض الباقي فاطلع على عيب به وادعى أن المتلف كان به هذا العيب فالقول قول المسلم إليه فان نكل حلف المسلم ورجع عليه بالارش قال المزني وجب أن لا يجوز له الرجوع الارش لانه يؤدي إلى أن يأخذ بعض المسلم فيه وبدلا عن الباقي قلنا هذا ليس من الاستبدال في شئ وانما هو فسخ العقد في البعض لانه كاحتباس جزء الا ترى أنه انما يثبت له حق استرداد ما يقابل العيب من رأس المال لو أسلم في كر حنطة فقبضها وأتلفها ثم اطلع على عيب قديم بها ينقص عشر قيمتها رجع على المسلم إليه بعشر رأس المال فكلام القاضى هذا يبين لنا أن ما أخذ المزني في ذلك جعله من باب الاستبدال عن المسلم فيه والامام أخذ ذلك عن القاضى واختصر وسكت عن ما أخذ واقتصر على حكاية النقل عن المزني في حالة التلف فحصل في كلامه إشكال أوجب لابن الرفعة أن نقل ذلك هنا وبما ذكره القاضى اندفع ذلك ومقتضاه أن المزني يمنع أخذ الارش عن المسلم فيه مطلقا عند التلف وغيره ثم ان القاضى أيضا فرضها في الاتلاف لا في التلف فهذا ما يتعلق بهذا القسم الذى يحصل هلاك المبيع بنفسه وأما إذا قتل العبد أو أكل الطعام ونحوه فكذلك عندنا سواء حصل ذلك بفعل المشتري أو أجنبي (وقال) أبو حنيفة لا يرجع بالارش فيهما لانه فعل مضمون فاشبه ما إذا باعه أو أمسكه وقاس أصحابنا على الموت والاعتاق وأجابوا عن البيع بعدم اليأس وعن الامسك بدلالته على الرضى بالعيب وإما الثانية والثالثة وهى ما إذا أعتقه أو وقفه فاتفق أصحابنا أيضا على أنه يرجع بالارش ووافقنا مالك وأحمد وأبو ثور والشعبى والزهرى فيما روى عنهما في العتق وروى عن شريح والحسن أنهما قالوا إذا أعتقه فقد وجب عليه ومحل اتفاق أصحابنا على ما إذا كان العتق بانشاء المشتري كما تدل عليه عبارة المصنف وكان متبرعا بذلك وفى معناه انشاء وكيله أما لو لم يكن بانشائه كمن اشترى من يعتق ثم اطلع على عيب أو كان بانشائه ولكنه كان اشتراه بشرط العتق ثم وجد به عيبا بعد العتق فنقل الرافعى عن ابن كج عن ابى الحسين وهو ابن القطان في المسألة الاولى وجهين في شراء القريب (الثانية) أنه لا ارش في

مسألة شرط العتق قال يعنى ابن كج وعندي ان له الارش في الصورتين فعلي هذا يكون قول المصنف أعتقه لانه الغالب أو على سبيل المثال وليس المقصود به الاحتراز ولا يستثنى من كلامه شئ علي رأي ابن كج وهو الصحيح وعلى رأي ابن القطان تستثنى مسألة شرط العتق والذي يترجح في مسألة شرط العتق ما قاله ابن كج وأما شراء القريب فان كان مع جهل المشتري بالقرابة حين الشراء فكذلك وبه جزم الامام قبيل كتاب السلم وان علم المشتري حالة الشراء انه قريبه الذي يعتق عليه فقد يقال انه انما بذل الثمن في مقابلة العتق وليس المال مقصودا له لكن الاظهر الرجوع بالارش أيضا لان المقصود ان كان هو العتق فبذل ذلك الثمن بكماله انم كان في مقابلة ما يظن من المبيع فإذا فات جزؤ صار المبيع الذي قصد عتقه مقابلا لبعض الثمن فيرجع في الباقي واطلق الروياني في الحلية انه لا يجب الارش في شراء القريب قال لان المعنى في العاقد لا في العبد (قلت) وهذا المعنى لو سلم له يرد عليه في انشاء العتق تبرعا وهو يوافق على أخذ الارش وقد أورد الاصحاب سؤالا وجوابه فيما إذا أعتقه مطلقا وان كان تبرعا قالوا (فان قيل) إذا أعتقه فقد حصل له الثواب (فالجواب) أن استدراك الظلامة بالمال دون الثواب علي أنه إنما حصل له ثواب عبد معيب وهو دون ثواب السليم لقوله صلى الله عليه وسلم لما سأله أبو ذر رضى الله عنه أي الرقاب أفضل فقال أعلاها ثمنا وأنفسها عند أهلها رواه البخاري فالجزء الفائت بالعيب لم يتناوله العتق ولا حصل له عنه ثواب فيرجع بارشه (فان قيل) فيلزمه أن يتصدق به (قلنا) ليس هو بدلا عما وقع عليه العتق وانما هو عن الجزء الفائت هذا ذكره في العتق المطلق وهو يأنى في العتق المشروط وأما عتق القريب فقد تبين فيه أيضا \* \* (فرع) \* يستثنى من اطلاق المصنف ما إذا منع مانع من أخذ الارش كمسألة الحلبي كما تقدم عن الاكثرين فيما إذا كان تالفا خلافا للقاضي حسين وصاحب التهذيب \* \* (فرع) \* استيلاء الجارية مانع من الرد وينتقل إلى الارش كما في الثلاثة التي ذكرها المصنف ورابعها تشتك في عدم امكان النقل من شخص إلى شخص مطلقا لكن الاول للهلاك الحسى والعتق خارج عن الملك وغير قابل للنقل شرعا والمستولدة غير قابلة للنقل ولكنها مملوكة والموقوف على الخلاف في انتقال الملك فهو بين العتق والاستيلاء (1) وأما ما لا يمنع النقل من شخص إلى شخص مطلقا فاما أن يكون مع بقاء ملك المشتري أو مع زواله ان كان مع زواله وسيأتى

(1) بياض بالاصل فححرر

في كلام المصنف ان شاء الله تعالى وان كان مع مقابلة فقد تقدم جملة منه عند الكلام في العيب الحادث لان منها ما هو عيب \* \* قال المصنف رحمه الله تعالى \* \* (وان لم يعلم بالعيب حتى أبق العبد لم يطلب بالارش لانه لم ييأس من الرد فان رجع رده بالعيب وان هلك أخذ عنه الارش) \* \* (الشرح) \* إذا أبق العبد في يد المشتري ثم علم عيبه فان كان العيب القديم الذي علمه غير الاباق كالعرج والعمور وغير ذلك ولم يكن قد أبق في يد

البائع فهنا الابق في يد المشتري عيب حادث مانع من الرد بالقديم وغير مضمون على البائع فله الرجوع بأرش العيب القديم لانه أيس من الرد بحدوث العيب في يده ولم تستدرك الظلامة فهذا لا خلاف فيه على المشهور ويجب تقييد كلام المصنف به وممن صرح به الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والمحاملى وغيرهم وهو واضح وأغرب صاحب التتمة فقال الصحيح ليس له الارش لانه يرجى أن يعود إلى يده ويعرض الرأى على البائع في قبوله على العيب واستثنى العجلى وابن الصباغ من قولنا بوجوب الارش ما إذا قال البائع انا أرضى به العيب الحادث فلا يكون للمشتري المطالبة بالارش وظاهر هذا يقتضى أنه يتعذر على المشتري حينئذ المطالبة الآن لانه يسقط الارش والرد غير ممكن في حال الابق فيصبر حتى يعود فيرد لكن فيما قاله العجلى هنا نظر والفرق بين طلب البائع (1) الرد هنا وفى غيره من المواضع ظاهر لما فيه من ضرر المشتري هنا وتأخر استدراك الظلامة مع قيام موجبها ورأيت في الانتصار لابن أبى عصرون أنه ان رضى البائع برده في اباقه سقط حق المشتري من الارش لتمكنه من الرد فهذا يقتضى أنه يرد في الابق ويزول به الاعتراض على العجلى وابن الصباغ وان كان العيب الذي اطلع عليه هو الابق ويزول مثل أن يكون أبق مرة أخرى من يد البائع فذلك عيب قديم والابق في يد المشتري مسند إليه وإذا كان الابق عادة له لم ينقصه الابق الحادث ولكن المشتري لا يمكنه الرد مادام أبقا ولا يجوز له الرجوع بأرش العيب لانه لم يئس من رده (قال) القاضى أبو الطيب وغيره وهذا الموضوع يدل على صحة هذا التعليل يعني أنه لو كانت العلة في وجوب الارش هو أنه لم يستدرك الظلامة كما قال أبو إسحاق لرجع بالارش ههنا لانه لم يستدرك الظلامة وهذا الالزام يدل على أن أبا اسحق يوافق على أنه لا يرد

(1) بياض بالاصل فححرر

[ 291 ]

ولا يرجع بالارش مادام أبقا وكذلك قال المحاملى إنه لا خلاف فيه بين أصحابنا لكن صاحب التتمة حكى وجهها مقابلا كما تقدم عنه أنه الصحيح عنده بأن له أخذ الارش وعلله بعدم استدراك الظلامة وأطلقه فيما إذا اطلع على عيب العبد بعد اباقه من غير تفصيل بين أن يكون العيب القديم أبقا أو غيره وان وجد به عيبا قديما غير الابق وقد كان أبق في يد البائع لم يكن له أن يرده مادام أبقا ولا يرجع بالارش هكذا أطلق القاضى أبو الطيب وهو يشمل ما إذا كان المشتري قد رضى باباقه وهو صحيح فان الابق الطارئ لا يكون عيبا جديدا ولا يمنع من الرد بغيره وانفق الجميع على أنه إذا رجع رده بالعيب وان هلك في الابق رجع على البائع بأرش العيب لا يختلف المذهب في هذا إذا أبق في يد المشتري فان أبق في يد البائع أوضاع في انتهاب العسكر قبل القبض ففي وجه ضعيف أنه يفسخ العقد كالتلف والصحيح أنه لا يفسخ لبقاء المالية لكنه عيب مثبت للخيار فيكون للمشتري الرد به واطلاق المصنف يقتضى أنه لا يتمكن من الرد في مدة الابق وقد تقدم من ابن الرفعة أن الابق قبل القبض عذر في تأخير الرد وأنه لو أسقط حقه منه لا يسقط على الصحيح وذلك يقتضى جواز الرد في مدة الابق وهو صحيح فانه لم يدخل بعد في ضمان المشتري ولا ترد هذه المسألة على المصنف لانه انما تكلم فيما بعد القبض بدليل حكمه بوجوب

الارش عند الهلاك قال الروباني فلو قال البائع للمشتري لا تفسخ فانا  
أتيك به ولا خيار له ولنرجع إلى الكلام في الابق بعد القبض (اعلم) أن  
الاصحاب أطلقوا ههنا أنه لا يتمكن من الرد في مدة الابق فان كان المراد  
أنه لا يتمكن من الفسخ وهو الظاهر من كلامهم فما الدليل على ذلك مع  
وجود العيب وظاهر كلامهم الذي تقدم في الثوب أنه لا يشترط حضور  
العين وأنه متمكن من التلفظ بالفسخ في غيبة المشتري والحاكم  
والشهود ولكن هل يجب عليه ذلك فيه خلاف وان كان يشترط العين  
للمطالبة بالثمن فلو ان المشتري هنا في مدة خيار الابق تلفظ بالفسخ لم  
لا ينفذ إذا تلفظ به وجاءه (فان قلت) هناك له فائدة إذا صدقه الخصم وههنا  
لا فائدة فيه (قلت) فائدته خروجه عن ملكه ويبقى مضمونا عليه ضمان بد لا  
ضمان عقد حتى إذا تلف يضمنه بقيمته ويسترد الثمن وقد يكون الثمن أكثر  
من القيمة فينبغي أن يتمكن من الفسخ أو أن يشهد عليه به وان يرفع ذلك  
إلى الحاكم حتى يثبت عنده ليطالب بالثمن عند عود العبد وان كان المراد  
أن الابق عذر في التأخير لعدم امكان الرد صورة فلا عليه في أن يفسخ  
عند الحاكم أو

[ 292 ]

الشهود ويصير قبض الثمن موقوفا على عود العبد كما لم يجعلوا غيبة  
العين مع القدرة عليها عذرا فما الدليل على جعل الابق عذرا والاقرب من  
حيث البحث أن يتمكن من الفسخ وان تأخر طلب الثمن وان كان ذلك بعيدا  
من عبارتهم فان قالوا لا تمكن المطالبة عند الحاكم بالثمن المقبوض إلا  
مع تسليم المعيب فعند غيبته تتعذر الدعوى لانها لا تبقى ملزمة فنقول  
فينبغي أن يشهد وأيضا فلو كانت العين غائبة في بلد آخر أو عن مجلس  
الحكم ليس نوجب عليه المبادرة إلى الحاكم بالفسخ قبل أن يردّها ومما  
ننبه عليه في ذلك أن الابق إذا تكرر فقد تنقص القيمة أكثر مما إذا صدر  
مرة واحدة فالعبد الذي أبق في يد البائع مرة ثم أبق في يد المشتري يجب  
أن يكون اباقه الثاني عيبا جديدا إذا كان منقصا من القيمة نقصانا أكثر من  
الاول فهلا كان مانعا من الرد (فان قيل) بأن الابق الثاني مسند إلى الاول  
أثبت له عادة (قلنا) يجب أن يخرج على أن العيب الحادث إذا أسند إلى  
سبب قديم هل يكون من ضمان البائع أو من ضمان المشتري (فان قلنا)  
بالتالي يمتنع الرد هنا ويرجع بأرش الاول وقد فرض القاضي حسين ذلك  
فيما إذا كان الابق في يد المشتري لا يزيد في نقصان القيمة بأن كان قد  
تكرر ذلك منه في يد البائع واشتهر به يعني فلا يؤثر تكررا اباقه بعد ذلك  
وهذا يجوز حمل كلام من أطلق عليه وفيه عدم ملاحظة كونه من آثار الابق  
السابق لان ذلك لا يتحقق (والاولى) تبعية كلام الاصحاب على اطلاقه  
ومستندهم اسناد الثاني إلى لاول وقلنا ما أسند إلى سبب قديم فهو من  
ضمان البائع \* \* (فرع) \* في مذاهب العلماء في هذه المسألة إذا اطلع بعد  
الابق ان كان ابقا قال مالك يأخذ المشتري بالثمن ولا يصبره أن لا يجده  
وقال سفيان الثوري لا يقضى على البائع حتى يوت أو يردّه وهذا كقولنا (1)  
واستدل أصحابنا بأنه لا مطالبة له في حالة الابق فان الابق متردد بين  
البقاء والتلف فان كان باقيا استحق الرد واسترجاع الثمن وان كان تالفا  
استحق أخذ الارش وما جهل استحقاقه لم تصح المطالبة به \* قال المصنف  
رحمه الله تعالى \* \* (فان لم يعلم بالعيب حتى باعه لم يجز له المطالبة  
بالارش قال أبو إسحق العلة فيه انه استدرك الظلامة فغبن كما غبن فزال  
عنه ضرر العيب وقال أكثر أصحابنا العلة فيه انه لم يئأس من الرد لانه قد  
يرجع إليه فيرد عليه) \* \*

## [ 293 ]

\* (الشرح) \* إذا زال ملكه عن المبيع رو والا يمكن عوده ثم علم بالعيب فلا خلاف انه لا يرد في الحال واما الرجوع بالارش فان زال بعوض كالباع كما مثل المصنف فقولان (اشهرهما) وهو الذي قطع به المصنف في هذا الكتاب وشيخه أبو الطيب وشيخ شيخه أبو حامد والماوردي والمحاملي وابن الصباغ والجرجاني والشاشي وابن أبي عصرون من العراقيين والقاضي حسين والفوراني والبعوي من الخراسانيين انه ليس له المطالبة بالارش وبه قال جمهور العلماء وهو الذي نص الشافعي عليه في المختصر فقال ولو باعها أو بعضها ثم علم لم يكن له ان يرجع على البائع بشئ واختلف اصحابنا في علة هذا القول فقال ابو اسحق وابن الحداد لانه استدرك الظلامة وروج كما روج عليه وتخلص منه ونسبه ابن الصباغ إلى غيرهما أيضا وقال ابن أبي هريرة لانه ما أيس من الرد فرما يعود إليه ويتمكن من رده وهذا اصح المعنيين عند الشيخ ابي حامد والقاضي ابي الطيب والمحاملي قال الرافعي ورايته منصوصا عليه في اختلاف العراقيين (قلت) وهو كذلك في باب الاختلاف في العيب قال الشافعي إذا اشترى الجارية أو الثوب فباع نصفها ثم ظهر منها على عيب لم يكن له ان يرد النصف ولا يرجع على البائع بشئ من نقص المعيب يقال له ردها أو احبس وانما يكون له ان يرجع بنقص العيب إذا ماتت أو اعتقت فصارت لا ترد بحال أو حدث عنده بها عيب فصار ليس له ان يردّها عليه بحال فأما إذا باعها أو باع بعضها فقد يمكن ان يردّها فيلزم ذلك البائع لم يكن له ان يردّها ويرجع بنقص العيب كما لا يكون له أن يمسكها بيده ويرجع بنقص العيب انتهى وسيأتى من نصه في البويطى ما يشهد لقول أبي اسحاق في المعنى الذي علل به واعترضوا على علة ابي اسحق بان غير البائع له لا يتخير بعيبه لغيره (القول الثاني) وهو من ترجيح ابن سريج له الارش وبه قال ابن الحسن وابن ابي ليلى وهو الاصح عند المالكية وهذا القول حكاه المصنف في التنبيه فقال وقيل يرجع وليس شئ وهذه التضعيفه تقتضي انه وجه فان عنده أن الاقوال المخرجة لا تنسب إلى الشافعي وهذا مخرج خرج ابن سريج والناقلون له قليل منهم لامام كما سنحكيه عنه والغزالي (1) وحكى ابن داود ان صاحب التقريب حكاه عن اصحابنا وقال الرافعي في رواية البويطى ما يقتضيه قال ابن الرفعة وهو صحيح إذ في مختصره إذا اشترى الرجل العبد فباع نصفه ثم أصاب عيبا فليس له ان يرجع بما نقص العيب الا ان يردّه جميعا وقد قيل يخير البائع فإذا أراد ان يأخذ النصف الذي في يديه فيكون شريكا له به للمشتري ممن

## [ 294 ]

اشترى منه فذاك والارجع عليه بقيمة العيب وهو احب إلى انتهى (قلت)  
وقد رأيت النص المذكور في مختصر البويطى في باب المتاع يشتري  
فيوجد به العيب ورأيت فيه أيضا قبل ذلك في باب القراض وإذا اشترى  
الرجل سلعة وقبضها فاشرك فيها رجلا فان أصاب بها عيبا فاراد أحدهما  
الرد ولم يرد الآخر لم يجب ذلك على البائع لانه باع عبده مجموعا فليس له  
ان يعضه عليه ويكون للشريك الرد على الذى أشركه فإذا رد عليه فله ان  
يرده وان أبى الشريك أن يرده فله ان يرجع على البائع بنصف قيمة العيب  
وقيل لا يرجع بشئ انتهى وهذا النص يقتضى انه لا يرجع عند بيع الجميع  
لانه حكم عند امتناع الشريك من الرد بنصف الارش بانه لا يرجع بشئ على  
القول الآخر فلو كان عند بيع الجميع ثبت له الارش كاملا لكان ههنا أولى  
فلما لم يحكم الا بمقدار ما بقى في يده دل على انه لا أرش للخارج عن يده  
وهذا النص ذكره ابن سري مع نصح لذي في مختصر المزني لاختلافهما  
فيما إذا باع بعض العين وتحصلنا للشافعي فيما إذا باع نصف العين على  
قولين (أحدهما) أنه يطالب بنصف الارش (والثاني) لا يطالب بشئ وأما  
النص الآخر الذى تقدم عن البويطى ففيه قولان أيضا (أحدهما) أنه لا يرجع  
بشئ كالقول الذى هنا (والثاني) فيه احتمال وهو قوله رجع عليه بقيمة  
العيب وهو احب إلى يحتمل أن يريد بقيمة العيب في النصف الباقي في  
يده فيكون موافقا للنص الآخر الذى في البويطى وحينئذ لا يدل على أنه إذا  
باع الجميع يرجع بالارش بل يدل على أنه لا يرجع ويؤيد هذا أنه إذا قال إذا  
أراد البائع أن يأخذه ويكون شريكا للمشتري فذاك وظاهر ذلك أنه يأخذه  
بنصف الثمن وأنه لا يعطي أرشا عن النصف المبيع فهذان الامران يدلان  
على تأويل نصح في البويطى على هذا جمعا بين الكلامين فلا يكون فيه ما  
يقتضى القول الذى خرجه ابن سريج كما للرافعي وابن الرفعة بل يكون  
فيه النص الآخر شاهدا على أحد القولين المذكورين فيه لما قاله أبو إسحق  
من التعليل باستدراك الطلامة ولهذا أوجب أرش النصف فقط ولو كان  
الأساس هو العلة لما وجب شئ لامكان الرد أو لوجب الجميع ان كان هذا  
الامكان غير معين لبعده على أن النص الذى في البويطى في باب المتاع  
يسيرا فيؤخذ به العيب هو منقول من اختلاف العراقيين والموجود فيه في  
الام من قول الشافعي وأبى حنيفة إنه لا يرجع بشئ ومن قول ابن أبى  
ليلى أنه يرد بما في يده على البائع بقدر ثمنه فان كان قوله في البويطى  
وقيل يجبر البائع المراد به قول

[ 295 ]

ابن أبى ليلى فلم يبق في النص متمسك للتخريج ولا لاثباته قولا للشافعي  
ولا أعلم من عادة البويطى فعل مثل ذلك في النقل عن العلماء الذين  
ينقل عنهم الشافعي أو أنه لا بد من أن يصرح بأسمائهم وبالجملة فقد  
تقدم تأويله وثبوت الخلاف في النصف تحقق بالنص الثاني مع ما في  
مختصر المزني أما في الكل فالمنصوص عليه أنه لا يرجع بالارش وفيه  
الوجه المنقول عن ابن سريج وعن حكاية صاحب التقريب ولا أدري بماذا  
خرجه ابن سريج وقد رأيت في البويطى ما يمكن أن يكون سندا للرافعي  
قبل باب الشركة قال من كلام الشافعي وان اشترى سلعة وبها عيب ثم  
حدث عنده عيب آخر لم يرد عليه أبدا ويرجع بقيمة العيب من قبل أنه لا  
يقدر أن يرد مثل ما أخذ أبدا لما حدث عنده فان اشترى وبها عيب ثم حدث  
عنده عيب آخر ثم صح العيب الذى حدثه عنده فله أن يرده وقال أبو يعقوب  
وهو البويطى ان باعه فكذلك يقتضى أن البيع كحدث عيب فيأخذ الارش  
هذا ظاهره وهو يقتضى الوجه الذى خرجه ابن سريج كما قال الرافعي لكن

هل ذلك من كلام البويطى نفسه أو عن الشافعي فيه نظر والظاهر الاول والامام حكاه عن حكاية صاحب التقريب قولا لكن فيما إذا رضى المشتري الثاني بالعيب وقال ان القياس الرجوع واقتضى كلامه اننا إذا قلنا بعدم الرجوع إذا رضى المشتري الثاني فقبل اطلاعه ورضاه أولى وان قلنا بالرجوع إذا رضى فقبل اطلاعه وجهان كما إذا زال بالهبة وأولى بعدم الرجوع لان رد المشتري الثاني بالعيب على المشتري الاول ممكن ظاهر الامكان يطرد على نظم المعاملة وإذا كان الرد أمكن كان الرجوع بالارش أبعد والقياس عند الامام فيما إذا زال بالهبة أنه يرجع بالارش ونسبه إلى مذهب طوائف من المحققين وبما ذكرناه ظهر لك أنه ينبغي أن يقال في المسألة طريقان (أحدهما) القطع بعدم الرجوع بالارش كما هو مقتضى النص وقول الاكثريين (والثانية) حكاية الخلاف ثم هو على الترتيب المتقدم وقد قال الغزالي إنه إذا اطلع على العيب بعد أخذ الشفيع فلا رد ولا أرش لانه روح على غيره وذلك يقتضى أن نقول بمثله في البيع كما قال الاكثرون والنص لكنه هنا خالف وقال ان الاصح وجوبه وما قاله في الشفيعه أولى لموافقته للاكثريين (فائدة) قال الغزالي والامام قبله ان الخلاف المذكور في الرجوع بالارش يقرب من القولين في أن شهود الزور إذا شهدوا على انسان بمال ورجعوا بعد الحكم هل يغرمون على قولين ولا خلاف لكنهم يغرمون في العتق والطلاق

[ 296 ]

لانه لامستدرك لهما والحيلولة في المال ممكنة لزوال بأن يعترف المشهود له يعنى وامتناع الرد هنا ممكن الزوال بعود الملك فيكون كالشهادة في الاول والامام خرج بالبناء عليه والصحيح أن الشهود يغرمون ومقتضى ذلك أن الاصح وجوب الارش كما صححه الغزالي هنا وقال الامام في الصورة المتقدمة انه القياس لكن الاكثرون والنص وتصحيح الغزالي في الشفيعه على خلافه \* \* (فرع) \* على تخريج ابن سريج إذا أخذ الارش ثم رد عليه مشتريه بالعيب فهل يرده مع الارش ويسترد الثمن فيه وجهان (فائدة) إذا عرفت ذلك فقول المصنف لم يجز له المطالبة بالارش يشمل ما اطلع المشتري الثاني على العيب ورضى به وما إذا لم يطلع وهو الاظهر في الصورتين الموافق لمقتضى النص وفى كل منهما الخلاف لكن بالترتيب على ما اقتضاه كلام الامام ففي الثانية أبعد لقرب الامكان وينبغي أن يقال في الترتيب هكذا إننا ان عللنا باستدراك الظلامة فلا يرجع بالارش بعد بيعه إلا بأن يرد عليه وان عللنا باليأس واليأس الحقيقي لم يحصل في الصورتين لكن حالة رضى المشتري الثاني قريبة من اليأس ليعود العود مع أنه عاد يعود بملك جديد فجرى فيها الخلاف وقبل الاطلاع ليس العود بعيدا ويتوقع على قرب ان يعود بالرد بالملك الاول فكان الخلاف فيها أقوى والقياس في حالة رضى الثاني أو يرجع الاول بالارش لانه لا يلزم من تبرع الثاني بسقوط الاول ومقتضى النص وقول الاكثريين عدم الرجوع في الصورتين وأنا لا نقول بسقوط حق الاول ولكن يتربح عوده إليه فيرده أو فواته بالكلية فيأخذ الارش وقال الماوردى انه إذا رضى الثاني بالعيب استقر سقوط الارش ولرد وهذا الذى قاله انما يتجه على قول أبى اسحق أو يؤول على أنه يستقر سقوطه مادام زائلا عنه وقد خرج من كلام المصنف ما إذا باعه بعد العلم بالعيب فانه يبطل حقه لان ذلك رضى بالعيب وأفهم آخر كلام المصنف أن فرض المسألة مادام المبيع زائلا عن ملك المشتري وهو باق في ملك المشتري بحالة يمكن عوده فلو فقد شئ من هذه الامور فسيأتي في كلام المصنف ان شاء الله تعالى وفهم

من كلامه أيضا أن اطلاعه علي العيب وسكوته عليه وهو في ملك المشتري الثاني لا يبطل حقه حتى لو كان باعه بشرط الخيار وعلم بالعيب في زمان الخيار فلم يفسخ حتى فسخ المشتري أو رده بالعيب له رده على الاول ويترك الفسخ لا يبطل حقه من الرد قاله صاحب التهذيب (قلت) وفيه نظر إذا كان في زمان الخيار والخيار للبائع أو لهما فانه متمكن من الرد لا سيما إذا قلنا بأن الملك له \*

[ 297 ]

\* (فرع) \* اشترى ثوبا فقطعه أو صبغه ثم باعه ثم علم بعيبه فلا يرجع بأرش العيب لانه استدرك الظلامة ولم يئسن من الرد لانه إن قبله البائع مع القطع أو الصبغ وأعطاه قيمته قاله القاضي أبو الطيب وغيره عن ابن سريج \* قال المصنف رحمه الله تعالى \* \* (فان رد المشتري الثاني بالعيب على المشتري الاول رده على البائع لانه أمكنه الرد ولم يستدرك الظلامة) \* \* \* (الشرح) هذا لا خلاف فيه وهو معلل عند الاكثريين بالمعنى الاول وعند أبى اسحق بالثاني واتفق الاصحاب انه لا يلفت إلى زوال الملك وعوده ههنا وسببه ان الرد ينقص الجهة المتجددة ويرد الملك لذي كان ثابتا قبلها فليس ملكا جديدا أو سبب الاختلاف في الرد بعد زوال الملك وعوده في الصورة التي سنذكرها عن من يقول بالماخذ المذكور انه يعتقد العائد ملكا جديدا وليس الرد كذلك وعن أبى حنيفة انه ان رده بقضاء القاضي ارتفع العقد من أصله وللمشتري الرد على الاول وان يرد بالتراضى ارتفع في الحال فلم يكن له الرد قال الفوراني وعندنا كيف ما كان يرتفع العقد من أصله (قلت) وهذه العبارة بظاهرها منكورة على الصحيح من المذهب ولكن بطريق الجواب ان يقال (وان قلنا) بان العقد يرتفع من حينه فالعائد هو الملك الاول المستفاد من ذلك الشراء لان الشراء الثاني انتقص والرد فسخ لا سبب جديد لملك آخر وقد خالفنا أبو حنيفة وقال إذا رده المشتري الثاني بالعيب لا يردده الاول بعد القبض الا ان يرد بحكم الحاكم وذلك على ما تقدم من أصله وهو يجعل الرد بدون الحاكم كالأقالة \* \* (فرع) \* ليس للمشتري الثاني رده على البائع الاول لانه ما تلقى الملك عنه هكذا اطلق البيهقي والرافعي وهو الصحيح وفيه وجه آخر انه إذا غاب البائع الثاني أو مات وكان الثمن من جنس الثمن الاول ان له الرد على البائع لاول لان مال الغائب راجع إليه ولو كان حاضرا ورد عليه فالظاهر من حاله انه يرد عليه أيضا حكاه صاحب التتمة وقال صحيح \*

[ 298 ]

قال المصنف رحمه الله تعالى \* \* (وان حدث عنه الثاني عيب فرجع على الاول بالارش رجع هو على بائعه لانه أيس من الرد ولم يستدرك الظلامة) \* \* \* (الشرح) \* جماعة من الاصحاب اطلقوا هكذا كما اطلقه المصنف انه إذا رجع المشتري الثاني علي الاول بالارش رجع الاول على بائعه لانه أيس من الرد أي بحدوث العيب وبانه لم يستدرك الظلامة لاخذ الارش منه وممن جزم بذلك كما جزم المصنف الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والمحاملي قال ان ذلك على التعليلين معا واما الرافعي رحمه الله فانه قال على القول المشهور المخالف لتخريج بن سريج انه إذا حدث عيب في

يد المشتري الثاني ثم ظهر عيب قديم ينظر ان قبله المشتري الاول مع العيب الحادث خير بئنه فان قبله فذاك والا اخذ الارش منه وعن ابي الحسين وهو ابن القطان انه لا يا ؟ ؟ د واسترداده رضى بالعيب وان لم يقبله وغرم الارش للثاني فعلى رجوعه بالارش على بئنه وجهان (احدهما) لا يرجع به قال ابن الحداد وهو الذي قاله الفوراني والماوردي لانه لو قبله وما قبله منه بئنه فكان متبرعا بغرامة الارش (واظهرهما) يرجع لانه ربما لا يقبله بئنه فيتضرر قال الشيخ ابو على ويمكن بناء الوجهين على ما سبق من المعنيين ان عللنا بعله ابي اسحق وإذا غرم الارش زال استدراك الظلامة فيرجع وان عللنا بعله لاكثرين وابن ابي هريرة فلا يرجع لانه ربما يرتفع العيب الحادث فيعود إليه قال الشيخ ابو على وعلى الوجهين لا يرجع ما لم يغرم للثاني فانه ربما لا يطالبه بشئ فيبقى مستدركا للظلامة هذا ما ذكر الرافعي رحمه الله واصل الترتيب في تعليقه القاضي حسين والتهذيب وقطع القاضي بموافقة ابن الحداد في عدم الرجوع والبقية من زيادات الرافعي رضى الله عنه وأورد ابن الرفعة على بناء الشيخ ابي على انه لو كان كذلك لقال ابن الحداد بالثاني وهو قد قال بالاول فامتنع التخريج وقال الرافعي انه على قول ابن سريج الذي خرج للمشتري الاول اخذ الارش من بئنه كما لو لم يكن يحدث عيب ولا يخفى الحكم بينه وبين المشتري الثاني انتهى (واقول) بعون الله تعالى ما ذكره الرافعي والبعوى من الترتيب مبنى على ما تقدم عنهما في ان الواجب عند حدوث العيب عرض الراى على البائع فان قبله والا انتقل إلى الارش فالحق لا يثبت للمشتري في الارش حتى يمتنع البائع من قبوله فلا جرم سلك هذا الترتيب هنا وحسن جريان الخلاف إذا لم يقبله وقول ابن الحداد بعدم

[ 299 ]

الرجوع وتعليقه بأنه متبرع بغرامة الارش ولا ينافى هذا قوله بأن العلة عدم استدراك الظلامة لانه إذا جعله بغرامة الارش متبرعا كما صرح به الرافعي عنه فاستدراك الظلامة باق لا يرتفع بتبرعه \* وأما القول بالرجوع المقابل لقول ابن الحداد في جعله متبرعا وان وافقه في أصل العلة وأما على القول بأن العلة في الرجوع اليأس فان كان المراد اليأس من الرد على سبيل الالتزام فان اليأس هنا غير موجود لما قاله الشيخ أبو على من امكان ارتفاع الحادث وعوده إليه فيمكن من رده بالالتزام حينئذ وربما يعود إليه مع العيب الحادث ورضى البائع بقبوله فيتمكن المشتري من الرد على سبيل المراضاة وهو الذي وجب له ابتداء على رأى الرافعي فامكان الزام الرد موجود إن كان هذا الامكان معتبرا لاحتمال ارتفاع الحادث وعوده وامكان الرد بالنراضى موجود باحتمال عوده فلم جعل الرافعي هنا الاصح أنه يرجع بالارش وسكت عن قول الشيخ ابي على ثم قوله عن الشيخ ابي على إنه على الوجهين لا يرجع ما لم يغرم للثاني هذا انما يظهر على التعليل باستدراك الظلامة أما إذا عللنا باليأس فليس لقراءته للثاني أثر فان امكان الرد بالنراضى لا ينقطع بها وامكان الرد بالالتزام مع العيب الحادث ليس ممكنا قبلها وعلى تقدير ارتفاع العيب الحادث يمكن قبلها وبعدها فلا معنى لتقييد ذلك على اعتبار اليأس بالقراءة بل ينبغي ان كان له الرجوع رج مطلقا وان لم يكن له الرجوع لم يرجع مطلقا وقد صحح أنه له الرجوع فليرجع وان لم يغرم على اعتبار اليأس وكلام الشيخ ابي حامد والقاضي ابي الطيب في تعليقهما يقتضى باطلاقه أنه إذا حصل به نقص عند الثاني فللاول الرجوع بالارش على اعتبار اليأس وهذا مما يدل على أن الوجهين المذكورين عن ابن الحداد وغيره مفرعان على قولنا إن العلة استدراك

الظلامه وعلى ذلك يصح قول الشيخ أبى على إنه على الوجهين لا يرجع ما لم يغرّم أي على هذين الوجهين المفرعين على الوجه الضعيف لكن الذى ذكره أولا من البناء مشكل وظاهر كلام الشيخ أبى على أن الصحيح عنده امتناع الرجوع إن كان يوافق الاكثرين على التعليل باليأس وهو مخالف لما قاله المصنف وغيره من العراقيين والذى قالوه هو الصحيح بناء على ما قدمته عن الاصحاب أن الواجب عند حدوث العيب هو الارش ابتداء فانه يقتضى وجوب الارش هنا مطلقا غرم أو لم يغرّم وأما على ما تقدم عن الرافعى وصاحب التهذيب أن الواجب الرد إلا أن يمتنع البائع فينتقل إلى الارش فيظهر أنه لا يرجع مطلقا غرم أو لم يغرّم حتى يحصل اليأس \* وأعلم أن تعليل المصنف والاصحاب الذين ذكرتهم موافقين له في هذه المسألة باليأس يبين لنا أن المراد اليأس عن الرد على سبيل الالتزام وأن توقع زوال العيب الحادث غير معتبر \* \* (فرع) \* هذا الذى ذكرناه كله ما دام المبيع باقيا أما لو تلف بعد حدوث العيب أو دونه فاخذ الثاني الارش من الاول رجع الاول على بائعه بلا خلاف

[ 300 ]

\* قال المصنف رحمه الله تعالى \* \* (وان تلف في يد الثاني وقلنا بتعليل أبى اسحق لم يرجع لانه استدرك الظلامه \* وان قلنا بتعليل غيره رجع بالارش لانه قد آيس من الرد) \* \* (الشرح) إذا تلف في يد المشتري الثاني أو كان عبدا فاعتقه أو أمة فاستولدها أو وقف المبيع فقد حصل اليأس من الرد فيرجع على الاصح وعلى تعليل أبى اسحق لا يرجع لانه بالبائع استدرك الظلامه والتخريج على المعنيين المذكورين واضح وممن صرح بالمسألة كذلك الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب وصورة المسألة إذا تلف في يد الثاني من غير حدوث عيب أو مع حدوثه ولكن لم يغرّم المشتري الاول الارش للمشتري الثاني اما لانه أبراه من الارش أو لم يبرئه ولكن لم يغرّم بعد وقد صرح الرافعى بالمسألتين الاخيرتين وقال إن عللنا باستدراك الظلامه فلا يرجع ما لم يغرّم وان عللنا باليأس يرجع أما إذا غرم الارش للمشتري الثاني فان المشتري الاول يرجع بالارش على بائعه بلا خلاف لوجود اليأس وعدم استدراك الظلامه صرح به القاضى حسين والرافعى \* \* قال المصنف رحمه الله تعالى \* (وان رجع المبيع إليه ببيع أو هبة أو ارث لم يرد على تعليل أبى اسحق لانه استدرك الظلامه وعلى تعليل غيره يرد لانه أمكنه الرد) \* (الشرح) طريقه العراقيين والجمهور البناء في هذه المسائل وأخواتها على المعنيين المذكورين كما بناه المنصف ومن جملة أمثلة ذلك أن يرجع إليه بالاقالة أو الوصية ويقتضى البناء المذكور أن الاصح أن له أن يرد وهو كذلك ولاجل ذلك جزم به في التنبيه ويزداد في حالة رجوعه بالبائع نظرا آخر وهو أنه ان لم يكن علم في بالعيب قبل شرائه ثم علم به بعد الشراء الثاني فله الرد قطعاً ولكن الخلاف فيمن يرد عليه فعلى قول أبى اسحق لا يرد على الاول بل على الثاني فقط وعلى الاصح له الرد عليهما ان شاء رد على الاول وان شاء رد على الثاني وإذا رد على الثاني فلما رده عليه وحينئذ يردده هو على الاول وقيل لا يردده على الثاني لان فيه تطويلا بل يرد على الاول كذا حكاه وقيل لا يرد على الاول بل يرد على الثاني لانه الاقرب والرد عليه ممكن بخلاف ما إذا رجع بالهبة ونحوها حكاه الامام وان كان المشتري الاول حين الشراء من الثاني عالما بالعيب لم يكن له أن يرد على الثاني ورده على الاول بينى على المعنيين والصحيح الرد وقال القاضى حسين ليس له الرد لانه باقدامه على الشراء مع العلم بالعيب صار

راضيا به وقد تقدم عنه ما يشبه ذلك والذي قاله هو قول القفال على ما نقله الروايانى وقال انه الصحيح

[ 301 ]

وان سائر الاصحاب لم يفصلوا هذا التفصيل وأما الاقالة فقال القاضى أبو الطيب وابن الصباغ إنها تقبل الفسخ واختار الروايانى والرافعي بناءها على أنها بيع أو فسخ (فان قلنا) إنها بيع أو قلنا بما اختاره القاضى أبو الطيب من جواز فسخها احتمل أن يأتي فيها على الاوجه الثلاثة (وان قلنا) فسخ ولا يقبل الفسخ لم يتجه ذلك فيه وأما بقيه طرق العود من الهبة ونحوها فلا تأتي فيها هذه الاوجه بل تتخرج على المعنيين فقط ولا أظن يأتي فيها قول القاضى في حالة العلم أيضا لعدم العوض وقد سلك الامام والغزالي في بناء المسائل المذكورة غير الذى سلكه المصنف والجمهور فجعلنا مأخذ الخلاف في ذلك ان الزائل العائد بجهة أخرى هل هو كالذى لم يزل أو كالذى لم يعد وفيه جوابان مأخوذان كما يدل عليه كلام الشيخ أبى محمد في السلسلة في باب التفليس من قولين منصويين للشافعي إذا قال لعبده إذا جاء رأس الشهر فأنت حر ثم باعه ثم اشتراه ثم جا رأس الشهر ففى العتق قولان وهما يشبهان الخلاف أيضا فيما إذا علق طلاق زوجته بصفة ثم أبانها ثم جدد نكاحها ثم وجدت الصفة وهذا أصل يخرج عليه مسائل (منها) لو أفلس بالثمن وزال ملكه عن المبيع وعاد هل للبائع الفسخ (ومنها) لو وهب لولده وزال ملك الولد وعاد للاب الرجوع (ومنها) إذا زال ملك المرأة عن الصداق ثم عاد إليها وطلقها زوجها قبل الدخول (ومنها) في هذا الباب إذا زال الثمن عن ملك البائع وعاد ثم رد المشتري المبيع بعيب فهل يتعين لحق المشتري فيه طريقان (احدهما) تخريجه على الخلاف (والثانية) القطع بأنه كالذى لم يزل لانه ليس مقصودا بالرد والصحيح من ذلك كله في هذه المسائل أنه كالذى لم يزل إلا الهبة فالصحيح فيها أنه كالذى لم يعد (واعلم) أن طريقة المصنف والجمهور في البناء لا اشكال فيها وطريقة الامام المذكورة يحتاج فيها إلى فرق بين هذه الابواب ثم المسائل المذكورة اعني في عود المبيع بالبيع والهبة والارث والاقالة ليست على وتيرة واحدة فان الهبة والبيع ملك جديد قطعا والارث وان كان جديدا لكنه إذا جعلنا الوارث يبنى على حول الموروث كان ذلك هو الملك الاول والاقالة فسخ فالعائد بها هو الملك الاول وكان ينبغي أن لا يجرى الخلاف فيها لما لو رجع بالرد بالعيب وقد اعتذر بعضهم عن هذا بأنها وان كانت فسخا فهي تشبهه بالتبيع لاجل التراضي ولهذا يرد على طريقة القاضى أبى الطيب وهو اعتذار حسن ان سلم به ما قاله القاضى أبو الطيب وقد تقدم أن الروايانى اختار خلافه وبنائها على أنها فسخ أو بيع وطريقة المصنف والجمهور سالمة عن الاعتراض أو تكون المسائل كلها في درجة واحدة لا ترتيب فيها \* نعم الاقالة لا بد من الاعتذار المذكور فيها ليفرق بينها وبين الرد بالعيب عند الجميع ثم ان القاعدة المذكورة التى بنى الامام عليها لم يلاحظوها في كل مكان ألا ترى أنه لو باع النصاب في أثناء الحول ثم استرده بسبب جديد لم يقل أحد بأنه كالذى لم يزل حتى تجب الزكاة في ذلك الحول وغير ذلك من المسائل فما الضابط

[ 302 ]

في جريان الخلاف المذكور وما الداعي إلى أن يجعله كالذي لم يزل أو كالذي لم يعد ونحن نقطع بأنه زال وعاد فلا جرم كانت طريقة الجمهور أقوم وأدخل في المعنى ويحتمل أن يكون البناء الذي ذكره الامام مختصا بالتفريق على اعتبار اليأس أي إن قلنا العلة استدراك الظلامة لم يرد وإن قلنا العلة اليأس تبنى على الزائل العائد وعلى الجملة الصحيح جواز الرد وخالف الغزالي في الخلاصة فجعل الصحيح المنع \* \* (فرع) \* اعلم بأنا إذا قلنا الزائل العائد كالذي لم يعد كما صححه الغزالي لم يبق لنا بعد بيع المشتري الاول طريق يتوقع بها العود والرد الا أن يرد المشتري الثاني فان فرض اطلاعه على ذلك العيب ورضاه انسد طريق الرد وحينئذ يتعين وجوب الارش عند القائلين باعتبار اليأس كما قال الغزالي لكنه عمم مع رضى الثاني ودونه وكلا الامرين ضعيف لانا نمنع أن الزائل العائد كالذي لم يعد وأما الماوردي رحمه الله فانه قال إذا رضى البائع بالعيب يستقر سقوط الارش والرد وهذا إنما يستقيم على قول أبي اسحق أما على الصحيح فلا يستقيم سقوط الرد وعلى رأى الامام والغزالي لا يستقيم سقوط الارش وقد ذكرت ذلك على الماوردي فيما مضى وذكرت له تأويلا \* قال المصنف رحمه الله تعالى \* \* (فان لم يعلم بالعيب حتى وهبه من غيره فان كان بعوض فهو كالبيع وقد بيناه) \* \* (الشرح) هذا بين لا اشكال فيه إلا أن الهبة بعوض بيع وحينئذ تأتي فيها الاقسام والاحكام المذكورة كلها وقول المصنف وهبه من غيره قال النووي رحمه الله في تهذيب اللغات وأما قول الغزالي وغيره في كتب الفقه وهبت من فلان كذا فهو مما ينكر على الفقهاء لادخالهم لفظه من وانما الجيد وهبت زيدا مالا ووهبت له مالا \* قال وجوابه ان ادخال من هنا صحيح وهى زيادة وزيادتها في الواجب جائزة عند الكوفيين من النحويين وعند الاخفش من البصريين وقد روينا أحاديث منها وهبت منه كذا \* \* قال المصنف رحمه الله تعالى \* (وان وهبه بغير عوض لم يرجع بالارش لانه لم يئأس من الرد) \* \* (الشرح) \* هذا هو الصحيح تفريعا على أن المعتبر اليأس أما إذا عللنا باستدراك الظلامة فيرجع بالارش لانه لم يستدرك ومنهم من حكى القطع هنا بعدم الرجوع إذا أريد به أن العلة هي اليأس لاستدراك الظلامة وهذه الطريقة هي التي يشعر بها ايراد المصنف وبين ذلك أن القاضى أبا الطيب جزم بعدم الرجوع وعلله بعدم اليأس كما فعل المصنف ثم قال والتعليل الذي ذكره أبو إسحق وهو

[ 303 ]

استدراك الظلامة غير موجود ههنا وإذا كان كذلك دل على أن هذا التعليل هو الصحيح دون ما قاله أبو إسحق وكذلك الشيخ أبو حامد قال قوم من هذا الكلام والرويانى صرح في البحر بان أبا اسحق وافقنا على عدم الارش هنا واستدل بذلك على بطلان علته لكن المحاملى صرح بانه على تعليل أبى اسحق له الارش لانه لم يستدرك الظلامة والماوردي أيضا صرح بالوجهين على مقتضى التعليلين وحكى الرويانى ذلك عن بعض الاصحاب وهذه الطريقة أقوم إلا أن يكون أبو إسحق صرح النقل عنه بذلك فيلزمه وهاتان الطريقتان على القول المشهور إنه إذا باع لا يرجع بالارش أما على ما خرجه ابن سريج من انه يرجع فيرجع ههنا أيضا كذلك صرح به الرافعى (تنبيه) الهبة قد يسمى فيها عوض ولا شك أن حكمها حكم البيع كما تقدم والهبة التي لا يسمى فيها عوض لنا في اقتضاها الثواب قولان (فان قلنا) لا تقتضى الثواب اتجه ما قاله المصنف والتفريع المذكور من الاصحاب (وإن قلنا) تقتضى الثواب فهي بمنزلة البيع كذلك قاله القاضى أبو الطيب

والمحاملى والماوردي خرجوا ذلك على الخلاف المذكور ولم يقولوا كما قال المصنف اما ان تكون بعوض أولا والشيخ أبو حامد فعل كما فعله المصنف فلك في كلام المصنف طريقان اما أن تقول انا إذا قلنا باقتضاء الهبة المطلقة الثواب صارت بعوض فدخلت في قوله الاول ان الهبة بعوض ولم تدخل في قوله ههنا بغير عوض ولما أن تقول ان قوله ههنا مفرغ على المذهب في عدم اقتضاء الهبة الثواب \* \* (فرع) \* قال صاحب التهذيب قال بعض أصحابنا لو كان وهبه من ابنه فلا يرجع لانه يمكنه ان يرجع في الهبة ثم يرد كما لو لم يخرج عن ملكه قال والصحيح ان خارج عن ملكه (قلت) يعنى ان بعض أصحابنا اشار إلى انه لا يرجع بالارش قولاً واحداً ولا يخرج على المعنيين والصحيح انه يخرج عليهما فلا يرجع على الصحيح ويرجع على قول ابي اسحق وسنزيد لك ان للقطع في هذه المسألة مأخذاً آخر ويصلح ذلك ان يكون جواباً لابي اسحق عن اعتراض الاصحاب عائد بهذه المسألة لكن في صورة واحدة \* \* قال المصنف رحمه الله تعالى \* \* (فان رجع إليه بيع أو هبة أو ارث فله الرد بلا خلاف لانه أمكنه الرد ولم يستدرك الظلامة) \* \* (الشرح) \* إذا وهبه بلا عوض ثم رجع إليه فالمصنف قد تبع القاضى أبا الطيب فيما قاله جميعه من التمثيل وبقي الخلاف والتعليل والشيخ أبو حامد قال ان رجع إليه بان يكون قد وهبه لابنه ورجع فيه كان له الرد والامام حكى فيما إذا عاد بالهبة أو بجهة لا رد فيها وجهين (أحدهما) له الرد لانه يرد ما ملك كما ملك (والثانى) لا لان الرد نقض للملك المستفاد من جهة وهذا الوجهان مأخذهما ما تقدم عنه من البناء على الدليل العائد والعراقيون والجمهور لم يلاحظوه كما تقدم واطلق الرافعى الوجهين فيما إذا عاد

## [ 304 ]

لا بعوض وبناهما على انه هل يأخذ الارش إذ لم يعد (ان قلنا لا فله الرد لان ذلك لنوقع العود (وان قلنا) يأخذ فينحصر الحق فيه أو يعود إلى الرد عند القدرة فيه وجهان (قلت) والقول بانحصار حقه فيه بعيد ومع بعده انما يمكن القول به إذا كان قد علم بالعيب اما إذا لم يعلم حتى عاد فيصير كما لو لم يعلم بالعيب الحادث حتى زال القديم وحكمه الرد الا على وجهة شاذ وههنا اولى بان لا يجرى ذلك الوجه واما إذا عاد بعوض كالشراء قال الرافعى (فان قلنا لا رد في الحالة الاولى فكذلك ههنا ويرد على البائع الاخير (وان قلنا) يرد فهها يرد على الاول والاخير أو يتخير فيه ثلاثة اوجه خارجة مما سبق (قلت) وهذا البناء والترتيب جيد والصحيح ان له الرد كما قال المصنف لكن مع حكاية الخلاف في المسائل الثلاث التى ذكرها وفى معناها الوصية والاقالة كما تقدم واما إذا عاد بالرجوع في هبة الوالد لولده فلم ارها مصرحاً بها الا في كلام الشيخ ابي حامد ويحتمل ان يقال انه لا يجرى الخلاف فيها لان الرجوع في الهبة بقبض لها كالرد بالعيب والعائد هو الملك فلا يتأتى تخريجه على الزائل العائد كما لم يخرج عليه عند رجوعه بالرد بالعيب ويكون ههنا له الرد قولاً واحداً ويحتمل ان يجرى فيها الخلاف ايضا كما يقتضيه اطلاق الامام والرافعى اخذاً مما ذكره الرافعى من انحصار حقه وقد تقدم التنبيه على ضعفه (1) على بعضهم كلام المصنف هنا فظن ان الرجوع بعد المبيع واعترض عليه قولاً وتعليلاً ولا حاجة إلى نقل كلامه وانما ذكرته لئلا يشتهه على غيره كما اشتبه عليه والرجوع بعد البيع ذكره المصنف فيما تقدم وقد تكمل شرح مسائل الكتاب وبقيت فروع نذكرها ان شاء الله تعالى \* \* (فرع) \* باع زيد عمراً شيئاً ثم اشتراه منه وظهر فيه عيب كان في يد زيد فان كانا عالمين بالحال فلا رد وان كان زيد

عالمًا فلا رد له ولا ارش واما عمرو فلا رد له ايضا لزوال ملكه ولا ارش له على الصحيح المخالف لتخريج ابن سريج لاستدراك الظلامة ولتوقع العود فان تلف في يد زيد أخذ الارش على التعليل الثاني دون الاول وهكذا الحكم لو باع زيد لغيره وان كان عمرو عالمًا فلا رد له ولزيد الرد وان كانا جاهلين فلزيد الرد ان كان اشتراه بغير جنس ما باعه أو بأكثر منه ثم لعمرو ان يرد عليه وان اشتراه بمثله فلا رد لزيد في أحد الوجهين لان عمرا يرد عليه فلا فائدة وله الرد في أحدهما لانه ربما يرضى به فلا يرد فلو تلف في يد زيد ثم عرف به عينا قديما بحيث يرد لو بقى يرجع بالارش وحيث لا يرجع وعلى هذين الوجهين لو اشترى شيئا وباعه من غيره ثم اشتراه ثانيا واطلع على عيب قديم ولم يكن اطلع البائع الثاني عليه فعلى أي البائعين يرد على الوجهين (أحدهما) على الاول لانه لا فائدة في الرد على الثاني ورده (والثاني) على الثاني لانه ربما يرضى به وربما يكون بين الثمنين تفاوت قاله المتولي وغيره وعن أبي الطيب في شرح الفروع حكاية وجه أنه لا يرد بالعيب أصلا لانه لو رده لرده عليه ولا

(1) بياض بالاصل فحرر

[ 305 ]

يكون له معنى هكذا قاله صاحب العدة وفيه نظر بل هذا تعليل من يقول لا يرد على الثاني وأما الرد على الاول فمأمون منه الرد فليتأمل ذلك وفي المسألة الاولى لو حدث به عيب في يد زيد فرجع بالارش على عمرو كان لعمرو أيضا ان يرجع بالارش عليه والفائدة فيه أنه قد يكون أحد الثمنين أكثر من الآخر فيستفيد (1) ما بين الثمنين وفي باب الارش كذلك لانه بحصته من الثمن يرجع قاله الشيخ أبو حامد \* ولو اشترى شيئا وباعه من غيره وغاب البائع الثاني أو مات ثم وجد المشتري الثاني عينا كان في يد البائع الاول فان كان الثمن لا من جنس الثمن الاول فليس له الرد وكذا ان كان من جنسه على المذهب وفيه وجه قاله صاحب التتمة (فرع) لو تلف في يد الموهوب له فللمشتري الواهب الرجوع بالارش قولا واحدا قاله القاضي حسين \* (فرع) \* هذه الاحكام المتقدمة في كلام المصنف فيما إذا خرج المبيع كله عن ملك المشتري أما إذا خرج بعضه وقد تقدم أن الشافعي في مختصر المزني ساوى بينه وبين خروج الكل وان في مختصر البوطي قولين في بيع نصف العين لواحد (أحدهما) يرجع بنصف الارش للباقي في يده (والثاني) لا يرجع بشئ ويحى فيه القول الذي خرجه ابن سريج أنه يرجع بجميع الارش والاول أصح عند صاحب التهذيب وشبهه بحدوث العيب في يده لا ينتظر زواله وظاهر نصه في المختصر وكلام كثير من الاصحاب يشهد للثاني وهو الصحيح الذي صرح به كثيرون وهو يقتضى التعليل بالأس (وأما) على التعليل باستدراك الظلامة فينبغي أن يرجع بأرش النصف الباقي في يده (وأما) الوجه الثالث فضعيف في الاصل وهو هنا أضعف وهذا كله على المشهور الذي قطع به الاكثرون أنه لا يرد النصف الذي في يده وقد تقدم عن الماوردي في ذلك خلاف ضعيف فيتحمل في هذا الفرع بذلك أربعة أوجه (وإذا قلنا) يرد النصف على ما ذكره الماوردي بعود الخلاف في النصف الخارج عن ملكه هل يأخذ أرشه على قول ابن سريج أو على المذهب ولو باع نصف ما اشتراه من البائع فكذلك ليس له الرد عليه وإذا كان نقصان الشركة يرتفع بالرد لان وقت الرد يرد على

الوجه الذي يملك به (قال) صاحب التتمة وقال صاحب التهذيب انه الصحيح ونظره صاحب التتمة بالجارية إذا زوجها من البائع وقد تقدم ذلك وهل له أخذ الارش للنصف الباقي على القولين فيما لو باع نصفه من غير بائعه ولو ان مشتري النصف أعتقه ثم ظهر عيب قديم رجع المشتري الاول على بائعه بأرش النصف الذي

(1) بياض بالاصل

[ 306 ]

في يده موسرا كان المعتق أو معسرا لانه يقوم على المعتق عند الشراء به ناقصا والنصف الذي باعه ان رجع مشتريه عليه بأرشته رجع هو أيضا على بائعه وإلا فوجهان قاله في التهذيب يعنى على علة أبى اسحق لا يرجع وعلى المذهب يرجع ولو قاسم المشتري فقد تقدم ذلك عند الكلام فيما إذا اشترى اثنان عينا عن القاضي حسين والذي قاله صاحب التتمة هنا انه (ان قلنا) القسمة افراز فله الرد (وان قلنا) بيع فلا قال لانه ان أراد الرد فسخ قسمه فيرد عليه غير ملكه وان أراد فسخ القسمة ثم يرد لم يجر لانه تملك المعيب مع العلم بالعيب (قلت) وهذا نظير قول القاضي حسين هناك والمفهوم من كلام الاصحاب ان ذلك غير مانع لان له الرد إذ رجع إليه بعد العيب والهبة وان كان بطريقته هو راض بها وهو الاصح هذا إذا كانت العين واحدة باع بعضها فلو اشترى عيين فباع أحدهما ووجد بها العيب أو بالباقية وقلنا لا يجوز افراد أحد العينين بالرد جزم جماعة منهم الشيخ أبو حامد بأنه ليس له الرد أيضا ولا أرش لعدم اليأس وينبغي على علة أبى اسحق أن يرجع من الارش بقدر ما يخص الباقي وهو مقتضى تقرير الماوردي فان تلفت العين في يد المشتري الثاني ففي رد الباقي في يده القولان في نظيره إذا كان التلف في يده وان العيب بالذي باعه فقط لم يرجع بارلاش لاستدراك الظلامة وللتوقع \* (فرع) \* لو لم يخرج المبيع عن الملك ولكن تعلق به حق كرهن أو كتابة أو غير ذلك فقد تقدم حكمه وجمله من مسأله فيما إذا حصل في المبيع نقص \* (فرع) \* لو كان المبيع باقيا بحاله في يد المشتري وملكه والتمن تالف جاز الرد إذا اطلع على عيب في المبيع وبأخذ مثل الثمن ان كان مثليا وقيمه إن كان متقوما أقل ماكنت من يوم البيع إلى يوم القبض لانها ان كانت يوم العقد أقل فالرائد حدث في ملك البائع وإن كانت يوم القبض أقل فالنقصان من ضمان المشتري (قال) الرافعي وبشبهه أن يجرى فيه الخلاف المذكور في اعتبار الارش (قلت) وصرح البغوي والرافعي هنا بأنه من يوم العقد إلى يوم القبض كعبارة النووي في المنهاج هناك وقد تقدم التنبيه على أن عبارة غيره بخلافها فاما أن تكونا سواء كما قال النووي واما أن تفرق ويجوز الاستبدال عنه بالعرض وخروجه عن ملكه بالمبيع ونحوها كالتلف ولو خرج وعاد فهل يتعين لاحد المشتري أو البائع ابداله قال الرافعي فيه وجهان (أصحهما) أولهما وقال الامام منهم من

[ 307 ]

خرج استرداده على الوجهين يعني في الزائل العائد ومنهم من قطع بأنه يسترد والفارق عند هذا القائل أن المسترد ليس مقصودا فلا يشترط فيه ما شرط في الردود والمقصود (قلت) وهذا كله في الثمن المعين في العقد وإذا كان باقيا أخذه بلا خلاف وأما إذا كان في الذمة ونقده ففي تعيينه لاخذ المشتري وجهان لم يصح الرافعي منهما شيئا وذكر في الرجوع بالارش في نظيرها ما يتقضى أن الاصح التعين وقد تعرضت له هناك ولم يفرقوا ههنا بين أن يكون التعين في المجلس أو في غيره وقد يقال ان المعين في المجلس أولى بالتعيين من المقبوض بعده لان المعين في المجلس كالمعين في العقد على الاصح المذكور في السلم وكيف ما كان فالاصح التعين لانه يرد المبيع فيرتفع ملك البائع عن الثمن فلا وجه لتجوير ابداله هذا إذا كان الثمن نقدا أو موصوفا فعليه إما أخذ عنه عرضا كقوت ونحوه فسيأتي ولو أبرأ البائع المشتري من بعض الثمن ثم رد المبيع بعيب فان كان الإبراء بعد التفريق رجع بتمام الثمن (قال) الرويانى وفيه قول يرجع بما أدى كالزوجة إذا أبرأت من الصداق قبل الطلاق وان كان الإبراء قبل التفريق فذلك لا حق بالبيع على المذهب فلا يرجع إلا بما بقى ولو أبرأه من جميع الثمن جزم القاضى حسين بجواز الرد للتخلص عند حفظ المبيع وقياس من يقول يرجع بتمام الثمن عند الإبراء عن البعض أن يقول يرجع بالثمن هنا ولو وهب البائع المشتري الثمن فقبل يمتنع الرد بالعيب وقبل يرد ولا يطالب ببديل الثمن وان كان الثمن باقيا في يد البائع لكن ناقصا نظر ان تلف بعضه أخذ الباقي وبذل التالف وان رجع النقصان إلى الصفة كالشلل ونحوه لم يغرم الارش في أصح الوجهين كما لو زاد زيادة متصلة يأخذها مجانا هكذا قال البيهقي والرافعي وقد قدمت المسألة في فرع فيما إذا رد المبيع وهو ناقص والمنقول فيه عن ابن سريج أنه يتخير بين أخذه ناقصا وقيمه وعن غيره الرجوع بالارش واطلاق الرافعي هنا ليس على ظاهره بل يجب تأويله على أنه لا يغرم الارش يتخير البائع كما يقول ابن سريج وقد نقل النووي هذا الفرع عن القفال والصيدلانى مع كلام الرافعي \* \* (فرع) \* الثمن المعين إذا خرج معيبا يرد بالعيب كالمبيع وان لم يكن معينا وكان في عقد لا يشترط فيه التقابض في المجلس يستبدل ولا يفسخ العقد قال المتولي والرافعي سواء أخرج معيبا بخشونة أو سواد أو ظهر أن سكنه مخالفة لسكة النقد الذى تناوله العقد أو خرج نحاسا أو رصاصا

[ 308 ]

(قلت) وهذا في غير المعين صحيح وأما المعين إذا خرج نحاسا أو رصاصا وكان قد اشترى به على أنه دراهم فانه يبطل العقد على الاصح كما تقدم في باب الربا وسيأتي ان شاء الله تعالى في كلام المصنف في الفصل الذى بعد هذا بفصل وقد تقدم في باب الربا جملة من أحكام العيب في عوض الصرف \* \* (فرع) \* باع عبدا بألف وأخذ بالالف ثوبا ثم وجد المشتري بالعبد عيبا ورده فعن القاضى أبى الطيب أنه يرجع بالثوب لانه انما ملكه بالثمن وإذا فسح البيع سقط الثمن عن ذمة المشتري فيفسخ بيع الثوب به وقال الاكثرون منهم الماوردي يرجع بالالف لان الثوب مملوك بعقد آخر وفى المجرد من تعليق أبى حامد أن الشافعي قاله نصا ولو ظهر العيب بالثوب رد ورجع بالالف لا بالعبد ولو مات العبد قبل القبض وانفسخ البيع فعن ابن سريج أنه يرجع بالالف دون الثوب لان الانفساخ بالتلف يقطع العقد ويرفعه من أصله وهو الاصح وفيه وجه آخر \* \* (فرع) \* اختلفا في الثمن بعد رد المبيع فعن ابن أبى هريرة قال أعيتنى هذه المسألة والاولى

أن يتخالطاً وتبقى السلعة في يد المشتري وله الارش على البائع من القدر المنفق عليه (قال) أبو إسحق وحكى أبو محمد النارسي عن أبي اسحق أن القول قول البائع لانه الغارم كما لو اختلفا في الثمن بعد الاقالة (قال) الرافعي وهذا هو الصحيح \* (فرع) \* لو احتيج إلى الرجوع بالارش فاختلفا في الثمن فعن رواية القاضي ابن كج فيه قولين الاظهر ان القول قول البائع قاله الرافعي \* (فرع) \* من زيادات النووي في الروضة اشترى سلعة بألف في الذمة فقضاه عنه أجنبي متبرعا فرد السلعة بعيب لزم البائع رد الالف وعلى من يرد وجهان (أحدهما) على الأجنبي لانه الدافع (والثاني) على المشتري لانه تقدر دخوله في ملكه فإذا رجع المبيع رد إليه ما قبله وبهذا الوجه قطع صاحب المعايه ذكره في باب الرهن (قلت) وذكر الروياني في البحر الوجهين (وقال) ان الاصح الثاني قالا ولو خرجت السلعة مستحقة رد الالف على الأجنبي قطعاً لانه تبين أن لا ثمن ولا بيع (1) إذا لم يعلم بالعيب حتى وجبت فيه الزكاة فعن ابن الحداد له الرد وعن ابي على لا لنقصانه بالشركة على قول أو الرهن على قول وأما بعد اخراج الزكاة فان أخرجها من غيره وقلنا التعليق بالذمة فله الرد وان قلنا بالشركة فقليل كالرجوع بعد البيع وقيل بالرد قطعاً لعدم استدراك الظلامة

(1) بياض بالاصل

## [ 309 ]

وإذا خرج من الحال ولم نجوز تفريق الصفقة امتنع الرد ووجب الارش عند من يعتبر اليأس وهو الاصح وان جوزنا التفريق رد بقسطه وقيل يرد الباقي وقيمة التالف ولو اشترى عبيدين في صفقتين أحدهما بعشرة والآخر بخمسة ثم رد أحدهما بعيب ثم اختلفا فقال المشتري رددت الذي بعشرة فالقول قول البائع لان الاصل براءة الذمة ولو اشترى ثوبا من رجل ثم ثوبا من آخر ووجد باحدهما عيباً ولم يدر أن المعيب من أيهما اشتراه فلا رد له على واحد منهما قالهما القاضي حسين في الفتاوى \* (فرع) \* اتفق الشافعي وأكثر العلماء على أن المشتري إذا رد المبيع بعيب وكان الثمن باقياً انه يأخذه وإذا كان تالفاً أخذ قيمة الثمن على ما تقدم لا فرق بين الحيوان والعروض وغيرهما وقال ابن أبي ليلى إذا اشترى جارية بعبد ثم وجد بالجارية عيباً فردها فان ماله قيمة الجارية ولا يأخذ العبد وكذلك نقلوه عنه في الجارية بالجارية ولا أدري أيطرده في بقية الحيوان والعروض أم لا \* قال المصنف رحمه الله تعالى \* (والعيب الذي يرد به المبيع ما يعده الناس عيباً فان خفى منه شيء رجع فيه إلى أهل الخبرة بذلك الجنس) \* \* (الشرح) \* لما تقدمت أحكام العيب احتاج إلى تعريفه فعقد هذا الفصل لذلك وبيان ما هو عيب وما ليس بعيب ولما كانت الامثلة لا تنحصر قدم عليها الضابط فيها وما ذكره من الضابط سديد فان المدرك في ذلك العرف ولو لا ذلك واقتضى العرف سلامة المبيع حتى جعل ذلك كالمشروط لما ثبت الرد فلذلك جعل ضابطه راجعاً إلى العرف فما عده الناس وأهل العرف عيباً كان عيباً وما لا فلا ولكن الاحالة على العرف قد يقع فيها في بعض الاوقات الباس فلاجل ذلك ضبطه غير المصنف بضابط أبين وأحسن شيء فيه ما أشار له الامام رحمه الله ولخصه الرافعي أن يقال ما ثبت الرد بكل ما في المعقود عليه من منقص القيمة أو العين نقصاً ما يفوت به غرض صحيح بشرط أن يكون في أمثال ذلك المبيع عدمه وأخصر من ذلك أن يقال

ما نقص القيمة أو العين نقصانا يفوت به غرض صحيح ويغلب على أمثاله  
عدمه وبعضهم قال ما نقص القيمة أو العين من الخلقة

[ 310 ]

التامة قال الرافعى فانما اعتبرنا نقصان العين بمسألة الخصى يعنى فانه  
يرد به وان لم ينقص القيمة لكنه نقص العين وانما لم يكتف بنقص العين  
واشترط فوات غرض صحيح لانه لو قطع من فخذة أو ساقه قطعة يسيره  
لا تورث شيئا ولا يفوت غرض لا يثب الرد قال ولهذا قال صاحب التقريب  
ان قطع من اذن الشاة ما يمنع التضحية ثبت الرد والا فلا وفيه احتراز أيضا  
عما إذا وجد العبد والجارية مختونين فانه فات جزء من أصل الخلقة لكن  
فواته مقصود دون بقائه فلا رد به إذا كان قد اندمل وانما اشترط أن يكون  
الغالب على أمثاله عدمه لان البقاء به مثلا في الاماء ينقص القيمة لكن لا  
رد بها لانه ليس الغالب فيهن عدم الثيابة إذا كانت الامة كبيرة في سن لا  
يغلب فيه ذلك وأما الذى زاد من الخلقة التامة فاحترز عما إذا نقص زائد من  
أصل الخلقة كالاصبع ونحوها بان قطعها البائع ولم يبق شين ثم باعها فلا  
يثبت بزوالهما رد هكذا قاله صاحب التتمة وهذا فيه نظر فان القاضى أبا  
الطيب قال في ذلك إذا حدث في يد المشتري وجب أن يمنع من الرد في يد  
عندي وتابعه على ذلك ابن الصباغ فان كان ذلك عيبا مانعا من الرد كما قاله  
أبو الطيب وجب أن يوجب الرد إذا حصل في يد البائع وان لم يكن عيبا  
موجبا للرد كما قال صاحب التتمة وجب أن لا يمنع الرد إذا حدث في يد  
المشتري لا يمنع الرد فطرده قاعدته وجل ما لا يثبت بفوته في يد البائع  
خيار لا يمنع الرد إذا حدث عند المشتري فحصل الخلاف بين أبى الطيب  
والمتولي في امتناع الرد بحدوثه وأما ثبوت الرد بوجوده في يد البائع  
فيمكن أن يكون أبو الطيب يقول به ويجعله عيبا وبطرده قاعدته وحينئذ  
يحصل الخلاف بينهما في المسألتين ويمكن أن يقال ان زوال الاصبع  
الزائدة ونحوها وان لم يكن عيبا إلا أن ذلك الزائد إذا كان موجودا عند العقد  
استحقه المشتري وصار جزءا من المبيع المقابل بالثمن فلورده المشتري  
بدونه لرد المبيع نقصا عما ورد العقد عليه فلذلك قال القاضى أبو الطيب  
انه يمنع الرد لا بسبب ان ذلك عيب نعم إذا حصل زوال هذه الاصبع الزائدة  
ونحوها في يد البائع بعد البيع وقبل القبض مساق هذا البحث أن يثبت  
للمشتري الرد لزوال بعض ما شمله العقد وان لم يكن عيبا ألا ترى أنه تقدم  
لنا أن من اشترى عبدا كاتباً فنسى الكتابة قبل القبض أنه يثبت الخيار  
لفوات ما كان موجودا عند العقد وان لم يكن عيبا بل فوات كمال وهذا وان  
لم يكن كمالا فقد تعلق به غرض وقد صار مستحقا بالعقد لكنه تقدم عن  
صاحب التهذيب أنه قال بعدم

[ 311 ]

ثبوت الخيار في حصول ذلك قبل القبض وهو الذى يشعر به كلام صاحب  
التتمة الذى حكته الآن وهو مخالف لما قلته من البحث ولما قاله القاضى  
أبو الطيب ولصاحب التهذيب وصاحب التتمة أن يقولان ان ذلك الزائد وان  
كان شمله العقد الا أنه لا غرض فيه فزاوله مع البرء لا يحصل به نقص  
يفوت به غرض صحيح بخلاف فوات الكتابة بالنسيان وعلى هذا يكون كل ما

أثبت الرد على البائع منع الرد من المشتري وان أبقينا كلام أبي الطيب على حاله وطردناه فيما قبل القبض فكذلك يستمر هذا الضابط وان جمعنا بين ما قاله أبو الطيب بعض القبض وما قاله صاحب التهذيب قبله كما تقدمت الإشارة إليه في موانع الرد فيفصل في فوات هذه الزيادة في يد البائع بين أن تكون بعد البيع فيثبت الخيار أو قبله فلا إذا لم يبقى بسببها نقص ويكون كل ما يوجب الرد إذا كان قبل البيع يمنع الرد إذا حصل عند المشتري ولا ينعكس فكل ما يوجب الرد إذا حدث بعد البيع وقبل القبض يمنع الرد إذا حدث في يد المشتري وبالعكس وكل عيب مثبت للرد وليس كل مثبت للرد عيبا كما مثلناه في فوات صفة الكمال قبل القبض فليس عيبا داخلا تحت هذا الضابط الا أنه باستحقاقه بالعقد صار فواته عيبا وأصل هذا الضابط الذي ذكره الرافعي وأشار إليه الامام للقاضي حسين فإنه قال الحد فيه ان كل معني ينقص العين باصل الخلقة أو القيمة أو يقوت عرضا مقصودا شرطه أو فوات بتدليس من جهة البائع يثبت الخيار وما خرج من هذه الجملة فلا يثبت الخيار وقصد القاضي بهذا حد كل ما يثبت الرد من الاسباب الثلاثة المذكورة في هذا الباب للتصرُّة والعيب والخلف والضابط الذي تقوم كفاية وبه تعرف ما يرد على حد القاضي وقال الغزالي العيب كل وصف مذموم اقتضى العرف سلامة المبيع عنه غالبا وقد يكون ذلك نقصان وصف أو زيادة

[ 312 ]

وقد يكون نقصان عين كالخصى أو زيادتها كالاصبع الزائدة والخصى فان زادت قيمته ولكن ما كان منه مقصود تتعلق به مالية وانما الزيادة بالحجب لغرض آخر حصل به فلم ينقل عن نقصان وأشار الغزالي بهذا إلى ان نقصان القيمة حاصل من وجه كونه يضعف البنية ولكنه أنجر بزيادتها من جهة الرغبة في دخوله على الحريم عند من يجوزه مكان كذلك لعبد كانت زادت قيمته بسبب الكتابة ونقصت بسبب العيب دون ما زادت فان تلك الزيادة لا تخرجه عن كونه عيبا وفي هذا الكلام محاولة ان المعتبر نقصان القيمة ولذلك قال الشافعي رضى الله عنه في باب العيب في الرهن والعيب الذي يكون به الخيار كل ما نقص ثمنه من شئ قل أو كثر حتى الاثر الذي لا يضر عمله والفعل فهذا النص شاهد لاعتبار القيمة ومراد الشافعي والله اعلم بالثمن القيمة وقال قبل ذلك باربعة اسطر إذا كان بالرهن عيب في بدنه أو عيب في فعله ينقص ثمنه وعلم المرتهن العيب قبل الارتهان به فلا خيار له والرهن والبيع ثابتان وهذا النص مثل الاول وقول المصنف والعيب الذي يرد به المبيع قد يقول قائل لو قال الذي يرد به كما قال في التثمة لشمئل المبيع والثمن (والجواب) عن هذا ان الثمن إذا كان معيبا فحكمه حكم المبيع لا شك انه هنا انما يقصد تعريف لعيب في المنع وما في حكمه فسواء اذكره أم تركه المراد معلوم ولنا عيوب آخر ؟ في غير المبيع مفسرة بغير هذا التفسير وقال النووي رحمه الله في تهذيب اللغات العيب ستة اقسام عيب في المبيع وفي رقبة الكفارة والغرة وفي الاضحية والهدى والعقيقة وفي احد الزوجين وفي الاجارة وحدودها مخالفة فالعيب المؤثر في المبيع الذي يثبت بسببه الخيار هو ما نقصت المالية أو الرغبة به أو العين والعيب في الكفارة ما اضر بالحمل اضرارا بينا والعيب في الاضحية والهدى والعقيقة ما نقص به اللحم والعيب في النكاح ما ينفر عن الوطئ ويكسر سورة التواق والعيب في الاجارة ما يؤثر في المنفعة تأثيرا يظهر به تفاوت الاجرة لا ما يظهر به تفاوت قيمة الرقبة لان العقد على المنفعة فهذا تقريب ضبطها وهي مذكورة في هذا الكتب بحقائقها

وفروعها عيب الغرة في الجنين كالمبيع هذا كلام النووي رحمه الله (قلت) والعيب في الزكاة كالمبيع على الاصح وقيل كالاضحية وفي الصداق إذا طلق قبل الدخول النظر فيه إلى ما يقوت به غرض صحيح ولا نظر إلى القيمة ولا نقصان العين ولذلك يقول الحمل في البهائم في البيع زيادة ليس بعيب وفي الصداق زيادة ونقص يمنع من الرجوع القهري فجملة انواع العيب ستة وان تكثرت ابوابها والموهوب بعوض حكمه حكم المبيع وقال أبو ثور لا يرد بالعيب ولا يرجع بشئ وهو بعيد \*

## [ 313 ]

\* (فرع) \* قد تبين لك زوال الصفة الكاملة بعد البيع وقبل القبض يثبت الخيار وذلك غير داخل في الضابط المذكور ولاعتذار عن ذلك بان يقوت الخيار لا لكونه عيبا بل لغوات بعض المستحق كما تقدمت الاشارة إليه والله أعلم \* وقول المصنف رجح فيه إلى أهل الخبرة بذلك الجنس قال صاحب التهذيب ان قال واحد من أهل العلم به أنه عيب ثبت الرد به وكذلك يقتضيه كلام صاحب العدة واعتبر صاحب التتمة شهادة اثنين ولو اختلفا في بعض الصفات هل هو عيب وليس هناك من يرجع إليه فالقول قول البائع مع يمينه (فائدة) الرجوع في العيب إلى العرف له نظائر في الفقه منها طول المجلس المانع من البناء على الصلاة وكثير النجاسة المجاوز لحد العفو وقدرة الصفة في الاناء والا ؟ فرق القاطع للخيار والقبض والجوز والاحياء ومواضع كثيرة الحكم فيها بحال على العرف اما قطعاً أو على خلاف وقد اشتهر على السنة الفقهاء ان ما ليس له حد في الشرع ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف وليس هذا مخالفا لما يقوله الاصوليون من ان لفظ الشارع يحمل على المعنى الشرعي ثم العرفي ثم اللغوي والجمع بين الكلامين ان مراد الاصوليين إذا تعارض معناه في العرف ومعناه في اللغة قدمنا العرف ومراد الفقهاء إذا لم يعرف حده في اللغة ولم يقولوا ليس له معنى فالمراد ان معناه في اللغة لم ينصوا على حده بما ينبتة فيستدل بالعرف عليه \* \* قال المصنف رحمه الله تعالى \* \* (فان اشترى عبدا فوجده أعمى أو أعرج أو أصم أو أخرس أو مجذوما أو أبرص أو مريضا أو أنجر أو مقطوعا أو أقرع أو زانيا أو سارقا أو أبقا ثبت له الرد لان هذه عاهات يقتضى مطلق العقد السلامة منها فلا يلزمه العقد مع وجودها) \* \* \* (الشرح) \* ذكر المصنف والاصحاب جملة من أمثلة العيوب وان كانت لا تنحصر ولا مطلع في استيعابها لكن المقصودة زيادة في البيان على ما استفيد من الضابط المتقدم فما ذكره المصنف كون الرقيق أعمى أو أعرج أو أصم أو أخرس أو مجذوما أو أبرص هذه الستة لا خلاف فيها ولا تفصيل في البرص والجذام المستحکم وغيره أو مريضا وسواء المرض المخوف وغيره ما يرجى زواله وما لا يرجى زواله في الرقيق وغيره من الحيوان هكذا قال صاحب التتمة وغيره نعم إذا كان المرض قليلا كصداع يسير وما أشبهه ففي الرد به نظر وقال ابن يونس وابن الرفعة إن المرض وان قل عيب

## [ 314 ]

وقال العجلي إذا أصاب العبد مرض وكان يز ؟ ل بالمعالجة السريعة فلا خيار كما لو عصب وأمكن البائع رده سريعا وهذا حسن أو أنجر والبخر الذي هو عيب هو اليأس من تغير المعدن دون ما يكون بقلع الاسنان فان ذلك يزول بتنظيف الفم واعترض مجلى بان ذلك لا يمسى بخرا فلا حاجة إلى الاحتراز عنه وفى التجريد ان الجارية ترد بتغير النكهة وهو محمول على البخر الذى تقدم تفسيره ولا فرق بين العبد والجارية فان الجارية قد قصد للاستمتاع والعبد قد يقصد للمسارة (وقوله) أو مقطوعا أي مقطوع عضو من أعضائه كيد أو رجل أو أصبع أو أنملة أو غيرها واطلاق ذلك يشمل الاصيل وغيره وقد تقدم استثناء قطع الاصبع الزائد وشبهها وقطع شئ يسير من الفخذ إذا لم يحصل بشئ من ذلك نقص أو أقرع وهو لذى ذهب شعر رأسه من آفة ويشترط في هذه الامور ان تكون مستمرة فلو حدث في يد البائع قبل البيع وزالت وانقطع أثرها فلا رد بها وذلك انما يكون في غير القطع أو زانيا أو سارقا أو أبقا وهذه أيضا لا خلاف فيها ولا تفصيل عندنا في ذلك بين العبيد والاماء ولا فرق بين أن يكون قد أقيم عليه الحد في لزنا والسرقه أو لم يقم ووافقنا على الرد بعيب الزنا مطلقا مالك وأحمد واسحق وأبو نور وابن المنذر وقول أبى حنيفة ان العبد لا يرد بعيب الزنا بخلاف الامة فان زناه يؤدي إلى اختلاط نسبه بنسب غيره وأجاب أصحابنا بان زنا العبد يوجب الحد وينقص قيمته وقد يموت تحت الحد ولا فرق بين الصغير والكبير وان كان الحد لا يجب على الصغير لانه يتعود ذلك فيفعله بعد الكبر نص الاصحاب على أنه لو زنا مرة واحدة في يد البائع فللمشترى الرد وان تاب وحسنت حالته لان تهمة الزنا لا تزول ولهذا لا يعود احصان الحر الزانى بالتوبة \* وقال الغزالي في الوسيط اعتياد الاباق والسرقه والزنا عيب فاشعر باشتراط الاعتياد في الثلاثة أو في الاباق أو فيه وفى السرقه ولو لم يكن من كلام الغزالي الا ذلك أمكن تأويله بأن السرقه والزنا معطوفان على اعتياده ولا يكون الاعتياد شرطا فيهما لكنه في الوجيز قال اعتياده الزنا والابق والسرقه فهذه صريح لا يقبل التأويل وقريب منه قوله في البسيط أباقا أو سارقا أو زناء فاتى في الثلاثة بصيغة المبالغة فاما الزنا فقد تقدم نص الاصحاب فيه ولا نعلم احدا صرح فيه بخلاف والسرقه كذلك واما الاباق فان الامام قال في اوائل كتاب السلم في جواب سؤال ان اعتياد الاباق عيب واتفاق الاباق لا يلتحق بالعيوب وهذا الذي صرح به الامام كلام الجمهور يدل على خلافه ووراء ذلك ثلاثة امور (أحدها) ان هذه الثلاثة

[ 315 ]

إذا تكررت في يد البائع واشتهرت ثم وجدت في يد المشتري ولم يكن علم بها فله الرد لان وجودها في يد المشتري عيبا حادثا بعد تكررها وان وجدت في يد البائع مرة واحدة ثم وجدت في يد المشتري فالمفهوم من كلام كثير من الاصحاب ان له الرد وبه صرح أبو سعيد الهروي في الثلاثة وغيره في الاباق ولا فرق في ذلك بين البالغ والصبي المميز وقال القاضى حسين يأخذ الارش لان الاباق في يد المشتري عيب حادث وقد تقدم ذلك عند الكلام فيما إذا لم يعلم بالعيب حتى ابق وان وجدت في يد البائع مرة واحدة ولم توجد في يد المشتري فان كان صبيا مميزا فالذي يدل عليه كلام صاحب التتمة وغيره انه يرد وقال أبو سعيد الهروي لا يرد والاول أصح وان كان كبيرا يرد لان العادة في حال الكبر يتعذر الاقلاع عنها وفيه في الاباق خاصة وجه حكاه الهروي عن الثقفى انه لا ؟ ؟ د كالصغير والصحيح الاول وهو قول الزجاجي والقاضى حسين وقيل ان للشافعي ما يدل عليه قال

القاضي حسين الفعلة الواحدة في الابق يجوز ان تعد عينا ابدا كالوطه في ابطال الحضانه وصرح في الفتاوى بانه لا يرتفع ذلك بالتوبة وطول المدة كالزنا وفرع الهروي على قول الثقفى انه لا ؟؟ ين على البائع لان جواز الرد يعتمد وجود العيب في يد المشتري هذا ما تلخص لى من كلام الاصحاب في ذلك وحيث قلنا له الرد في الابق فمحلّه في حال حضوره واما في حال اباقه فلا على ما تقدم وما ذكره أبوسعيد الهروي في الصغير واقتضاه كلام الثقفى في اباق الكبير انه لا يرد بالمرّة الواحدة الا انا وجد في يد المشتري عجب فانه ان كان ذلك عيبا فلا حاجة إلى شئ اخر وان لم يكن عيبا فوجوده في يد المشتري ان لم يكن مانعا فلا اقل من ان يكون مقتضيا اللهم الا ان يلاحظ ان وجوده في يد المشتري دل على ان ذلك صار عادة وانه من ضمان البائع لاستناده إلى سابق \* (فرع) \* لو وجد الابق والسرقة والزنا ونحو ذلك في يد البائع وارتفع مدة ما يده بحيث يغلب على الظن زوالها ثم وجدت في المشتري قال الهروي قال الثقفى والرجاجى أبو على لا يجوز الرد لاحتمال أن تلك المعاني ارتفعت ثم حدثت في يد المشتري فصار ذلك كالمرض الحادث في يده \* (فرع) ( لا يشترط أن توجد هذه الاشياء في يد البائع بل لو وجدت في يد من تلق البائع الملك منه أو قبله كان حكمها كذلك قاله القاضي حسين والمتولي في الابق وهو جرى في الاخيرين بلا شك بخلاف الامور السابقة من الامراض \*

## [ 316 ]

\* (فرع) \* الحواء كالسارق ولا يشترط تكرار الجنابة منه أيضا وانما ذكرته بهذه الصيغة تبعا للامام \* (فرع) \* في مذاهب العلماء قال الثوري واسحق في الصبى يسرق ويشرب الخمر ويأبق لا يرد بعيب حتى يحتلم وقال أحمد إذا جاوز عشر سنين فهو عيب \* (فرع) \* قول المصنف عبد على سبيل المثال فالامة كذلك وبعض العيوب المذكورة يشترك فيها سائر الحيوانات أيضا كالعمى والعرج والقطع \* (فرع) \* ومن أمثلة العيوب أيضا الحب وهو داخل في قول المصنف مقطوعا والصبئان في العبيد والاماء إذا كان مستحكما مخالفا للعادة دون ما يكون لعارض عرق أو حركة عنيفة أو اجتماع وسخ ولا يشترط كونه لا يقبل العلاج بل إذا كان لا يندفع إلا بعلاج مخالف للمعتاد فهو عيب وعند القاضي حسين لا يثبت بالصبيان صئبان وينبغي أن يحمل كلامه على ما ليس خارجا عن العادة والجنون سواء المتقطع وغيره وكونه مختلا أو أبله أو أشل أو أعور وزعم بعضهم أن ذلك يندرج في العمى لانه عمى في أحد العينين فيكون داخلا في قول المصنف وليس كذلك لان العمى عند الاطلاق انما ينصرف إلى العينين نعم العور في اللغة ذهاب البصر فقد يطلق على الاعمى ولهذا يعبر بأعور اليمنى أو اليسرى ولكن صار عند الاطلاق أيضا انما يفهم منه ذهاب البصر من إحداهما (ومنها) كون الرقيق أخفش وهو نوعان (أحدهما) ضعيف البصر خلقة (والثانى) يكون بعلّة حدثت وهو الذى يبصر بالليل دون النهار المعين وفى يوم الغيم دون الصحو وكلاهما عيب وكونه أجهر بالجيم وهو الذى لا يبصر في الشمس أو أعشى وهو الذى يبصر بالنهار ولا يبصر بالليل والمرأة عشواء أو أعمش قاله القاضي حسين أو أخشم وهو الذى في أنفه داء لا يشم شيئا أو أبقم وهو العرج الفم أو أرت لا يفهم - والارت بفتح الراء وتشديد التاء المثناة من فوق وهو الذى في كلامه عجمة وهذا تفسير أهل اللغة وقال الفقهاء في صفة الائمة هو الذى يدغم حرفا في حرف على خلاف الادغام الجائز في العربية والرتة بضم الراء فكلا الامرين في هذا الموضع ينبغي النظر فيه إلى جنس ذلك الرقيق فان كان الغالب فيه

عدمه كان عيبا وان لم يكن الغالب فيه عدمه كالزنج وغيرهم لم يكن عيبا وقد أطلق

[ 317 ]

الاصحاب هنا الارث الذي لا يفهم ويمكن أن يبقى ذلك على اطلاقه ويكون المراد الذي لا يفهم عنه بلغته ولا بغير لغته وقال المقاضى حسين إذا وجد أثنع أو أرت لا يثبت الخيار إذا كان يستطرف بكلامه فان كان لا يستطرف بكلامه فله الرد وكأن مراده ان كان يفهم كلامنا فلا رد وان لم يفهم فله الرد فيهما كما قال الاصحاب وهذا بعيد عن مراده في الارث (ومنها) كونه فاقد الذوق أو شئ من الحواس الخمس وان كان بعضها تقدم والشعر أو الظفر أو له أصبع زائدة أو سن ساعية وهي الزائدة المخالفة لبيان الاسنان أو يد زائدة أو رجل زائدة أو مقلوع بعض الاسنان أو أدرد وكون البهيمه درء إلا في السن المعتاد ونقل المقاضى حسين في الفتاوى هذا التقييد عن العبادي بعد أن أطلق أن له الرد والتقييد لا بد منه وهو الذي أورده الرافعى وحكى القاضى حسين أيضا أنه هل يشترط رؤية السن في العقد قال يحتمل وجهين فليكن الكلام في الرد تفريعا على أحد الوجهين أو يأتي فيه ما تقدم في الشعر (ومنها) كونه ذا قروح أو تأليل كثيرة أو بهق وهو بياض يعتري الجلد يخالف لونه ليس بمرض أو أبيض الشعر في غير أوانه ولا بأس بحمرته (ومنها) كونه تماما أو ساحرا أو قاذفا للمحسسات أو كذابا أو به نغخة طحال كما قال الماوردي والرويانى أو مقامرا أو تاركا للصلاة أو شاربا الخمر وفى وجه ضعيف لا رد بالشرب وترك الصلاة حكاه الرافعى عن الرقم للعبادي وعن القاضى أبى الطيب تقييد الشرب بأن يسكر ولا حاجة إليه لانه بالشرب يجب الحد فيه عليه مجلى وأيضاً يتخذ ذلك عادة وفى التهذيب أن الشرب المتقادم الذى تاب عنه لا يثبت الرد بخلاف الزنا لان سمة الشرب تزول عنه بخلاف الزنا وقد تقدم عن القاضى حسين أن الاباق لا يسقط أثره بالتوبة والظاهر أنه كالشرب فيحتمل أن يكون القاضى مخالف هنا وصاحب التهذيب مخالف هناك إلا أن يفرق (ومنها) كونه خنثى مشكلا أو غير مشكل (قال) الرافعى وعن بعض المتأخرين أنه ان كان رجلا وكان يبول من فرج الرجال فلا رد (قلت) وهذا حكاه العمرانى عن القاضى حسين أنه قاله في باب الجنابات (ومنها) كونه وصل شعره بشعر غيره قاله القاضى حسين والا لتوعد هذا في صور التلبيس كالنصرية (ومنها) كون العبد مخنثا أي ممكنا من نفسه من عمل قوم لوط والمخنث بكسر النون وفتحها والكسر أفصح والفتح أشهر وهو لذى خلقه كخلق النساء في حركاته وهياته وكلامه ونحو ذلك وتارة يكون خلقه له فلا يأنم به وتارة بتصنعه فهو مأثوم مذموم ملعون (ومنها) كون الجارية رتقاء أو قرناء أو مستحاضة أو معتدة عن زوج أو وطئ بهيمة خلافا لاصحاب الراى ونقل ابن أبى عسرون أن صاحب الحاوى قال في المعتدة أنها لا ترد لقرب المدة وان الشاشى قال ما كان نقصا يستوى فيه القريب والبعيد وينبغى لو كان بقى من عدتها يوم أن يثبت الخيار (قال) ابن أبى عسرون وهذا حسن (قلت) والذى رأته في الحاوى ان الخيار يثبت في المعتدة وانما ذكر التعليل

[ 318 ]

بالقرب في الصائمة بعد ذلك فلعل ذكر الصائمة سقط بين ذلك من بعض النسخ التي وقعت له ولم أر ذلك في حلية الشاشى أيضا وهو عجيب والذي أقوله أن ينبغى التفصيل في المعتدة ان كان قد بقى من العدة زمن يسير لا يكون عيبا ويكون ذلك بمنزلة ما إذا كان العيب يسيرا يمكن البائع ازالته عن قرب وقد قالوا فيه انه لا خيار للمشتري وان كان زمنا كثيرا لمثله أجره كيوم يثبت الخيار كما تقدم اعتبار مثل ذلك في الاحجار أو بها لخن بفتح اللام والحاء المعجمة وهو تغيير رائحة الفرج قاله الرويانى عن ابن المرزبان أو على لسانها نقطة سوداء إذا قال أهل الخبرة ان ذلك نقص قاله القاضى حسين أو تأكل الطين وقد أثر فيها قاله القاضى أيضا ولا فرق في ذلك بين الجارية والعبد أو كون الجارية مساحقة (ومنها) وقد تعرض له الشافعى أن يكون كل منهما العبد والامة أحرم باذن السيد ثم باعه ثم علم المشتري في زمن الاحرام فله الخيار لانه ليس له تحليله نص عليه في الام في كتاب الحج وان كان أحرم بغير اذن سيده ثم باعه فللمشتري تحليله كالبائع قاله الجرجاني والنووي عنه ولا يثبت له خيار (قلت) وللوجه أنه ليس للبائع تحليله وان كان بغير اذنه فعلى هذا ليس للمشتري أيضا ويثبت له الخيار وينبغى التفصيل في الاحرام فان كان قد بقى زمن يسير كطواف أو حلق أو رمى في آخر الايام لا يكون له الخيار والا كان له الخيار إذا لم يكن التحليل (ومنها) على ما قال الجوزى إذا باع عبدا قد نذر صوم شهر بعينه لانه ليس له منعه بعد الدخول فيه قال فان كان بالذمة من الصوم متفرقا فلا خيار لانه له منعه وهو في ذمة العبد (قلت) وهذا يقتضى أن يطرد في كل صوم وجب على الفور يكون عيبا إذا كان طويلا يضر كالشهر ونحوه كما مثل به أما اليوم ونحوه فلا والذي لا يجب عليه الفور يحتمل أن لا يكون عيبا كما قال ويحتمل أن يكون عيبا لانه يضيق عليه إذا توقع الموت وعلى قياس ما قال لو كان فاته صوم رمضان يعذر أو بغير عذر ينبغى أن يثبت الخيار لانه لا يجوز له تأخيره عن رمضان آخر فيصير كشهري بعينه وهو قريب الحصول (ومنها) تعلق الدين برفقتها ولا رد بما يتعلق بالذمة ومثله المتولي والرويانى بدين القرض وحسن أن التجارة والشراء في الذمة خلافا لاصحاب الراى ومالك ولو بان كون العبد المبيع مبيعا في جنابة عمد وقد تاب عنها فوجهان فان لم يتب فعيب (قلت) ينبغى أن يكون عيبا مطلقا كالسرقة والزنا وقد حكاه صاحب الاستقصاء موجبا وجنابة الخطأ ليست بعيب الا أن يكثر وهذا معناه إذا لم يكن أرشها باقيا (ومنها) الكعبين وانقلاب القدمين إلى الوحشى والخيلاان الكثيرة وأثار الشجاج والقروح والكي وسواد الاسنان وذهاب الاشار والكنف المغير للبشرة وكون أحد تديى الجارية أكبر من الآخر والحفر في الاسنان وهو تراكم الوسخ الفاحش في أصولها ذكر هذه الاحد عشر القاضى أبو سعيد في فصل في عيوب العبيد والجوارى في شرح أدب القاضى لابي عاصم ونقله الرافعى عنه ولو وجد الجارية لا تحيض

[ 319 ]

وهى صغيرة أو آيسة فلا رد وان كانت في سن يحيض النساء في مثله غالبا فله الرد وضبطه القاضى حسين بعشرين سنة ولو تطاول طهرها وجاوزت العادات الغالبة للنساء فله الرد هكذا قاله المتولي والرافعى وقال القاضى حسين إذا انقطع سنة فأكثر فان كانت لها عادة معلومة فعيب وان لم يكن لها عادة فليس بعيب وفى عبارة الرويانى اعتبار عادة البلد ونسبه إلى النص والحمل في الجارية عيب وفى سائر الحيوانات ليس بعيب على الصحيح الذى اقتضاه ابراد الرافعى هنا وقطع به المتولي وقال فى

التهديب عيب وقال ابن الرفعة في الكفاية إن الرافعي قال في الصداق إنه أظهر الوجهين والذي قاله الرافعي في الصداق انه أظهر الوجهين انما كان في الجوارى زيادة من وجه ونقصان من وجه لانه يضر بطيب اللحم في المأكول وبالحمل في غير المأكول وفي التناقض بين تصحيح الرافعي نظر فان النظر في الصداق في الزيادة والنقص إلى حصول غرض صحيح أو فواته ولا نظر إلى القيمة ولا نقصان العين كما هو الضابط ههنا فقد لا يكون الحمل في الحيوانات عيبا في البيع لانه لا ينقص من العين ولا من القيمة ويكون نقصا في الصداق من وجه لفوات غرض به وفيه نظر ومن العيوب كون الدابة جموحا أو عضوضا أو رموحا أو حثينة المشى بحيث يخاف منها السقوط وشرب البهيمه لبن نفسها وقله أكل الدابة وشرب المتولي والرويانى في الجموح ان لا تنقاد الا باجتماع الناس عليها وهو بعيد وان كان في كلام القاضى حسين ما يفهمه القاضى حسين ولو كان ترهب من كل شئ تراه فله الرد أيضا وقال الهروي من عيوب الدواب الحران وان يكون إذا علم قبل الرحال وهو محل ومن العيوب كون الدار أو الضيعة منزل الجند قال القاضى حسين في فتاويه هذا إذا اختصت من بين ما حوالها بذلك فان كان ما حولها من الدور بمثابة فلا رد وكونها ثقيلة الخراج وان كنا لا نرى اصل الخراج في تلك البلاد وتفاوت الرغبة والقيمة ونعنى بثقل الخراج كونه فرق المعتاد في امثالها وفي وجه عن حكاية أبى عاصم لا رد لثقل الخراج ولا بكونها منزل الجند وألحق في التثمة بهاتين الصورتين ما إذا اشترى فوجد بقربها قصارين يؤذون بصوت الدق ويزرعون الابنية أو ارضا فوجد بقربها خنازير تفسد الزرع وحكى الرويانى في هاتين المسألتين وجهين واطلق القاضى حسين في الفتاوى انه إذا اشترى ارضا فوجدها مرتع الخنازير ان له الرد قال وقال العبادي ليس له الرد ولو اشترى ارضا يتوهم ان لا خراج عليها فبان خلافه فان لم يكن على مثلها خراج فله الرد وان كان على مثلها ذلك القدر فلا رد هكذا في التثمة والرافعي وفي فتاوى القاضى حسين وهذا يقتضى تفسير الخراج بشئ غير اجرة الارض فانه إذا لم يعلم ان على الارض اجرة ووطن ان الارش ملك البائع وورد العقد عليها ثم خرجت بخلاف ذلك تخريج على تفريق الصفة لا لاجل الخراج بل لخروج بعض المبيع مستحقا وقال صاحب التثمة لو شرط ان لا خراج عليها

[ 320 ]

فبان عليها خراج فله الرد قل أو كثر يعنى ولو كان على امثالها وهو ظاهر وقال الغزالي في الفتاوى لو اشترى ارضا فبان انها تبير إذا بارت رحله ويضر بالزرع فله الرد ان قلت الرغبة بسببه ومن العيوب كون الماء مسخنا على اصح الوجهين ولو باع الظاهر من الاواني بالاجتهاد لزمه تعريف المشتري فان لم يعرفه فهل له الخيار وجهان حكاهما الرويانى ولو باع عشرين صاعا من ماء في بئر فاستقى منها تسعة عشر فلما اخرج الصاع الاخير وجد فيه فارة مينة ولم يتغير الماء بها فارق هذا النجس وقال البائع استلم الصاع من الباقي في البئر لانه كسر وطلب المشتري فسح البيع كان له الفسخ لان هذا الماء نجسى عند بعض الفقهاء فتعافى النفس فيصير كعيب اصابه بما اشتراه نص عليه الشافعي ونقله عنه الرويانى والرملة تحت الارض ان كانت مما يطلب للبناء والاحجار ان كانت مما يطلب للزرع والغرس وقد تقدم الكلام في ذلك في باب بيع الاصول والثمار فليُنظر هناك ومن المعيوب نجاسة المبيع إذا كان ينقص بالغسل وطهور ماله يوقف المبيع وعليها خطوط المتقدمين وليس في الحال من يشهد

بذلك عيب نقل ذلك عن العدة وقال صاحب البحر وفرضهما فيما إذا علم أنها ليست مزورة ونقلها عن بعض أصحابنا بالعراق وعن اختيار مشايخ طبرستان (قال) الرويانى وكذلك إذا ادعى مدع يعول على دعواه وفتيها يحتمل أن يقال ذلك عيب وهذا إذا سبقت الدعوى البيع وان بعد البيع وقبل القبض \* \* (فرع) \* قال الهروي فصل في عيوب العبيد والجوارى التى اجتمع عليها الباحثون وأفتى بها المفتون التابع في الخلق وتغير الاظفار والخلف هذا في العين والسعال والصكك وهو اصطكاك القدمين هذا لابن أبى ليلى والكوع وهو خروج العرقوب عن القدم في اليمين والشمال والفرع وهو يتوسط القدم والبقرة والشامات الاشامة بيضاء والغدد والعقد والكسف وهى دارة في قصاص الناصية والعس والحماجم في غير مواضعها والكشف في الحبل اكنواء في عسيب ذنبه والسلوم في الاسنان والسفاق في اليدين والرجلين واختلاف الاضلاع والاسنان وجرم البسوق والاذن إذا اتسعت ثم خيطت والنمش والسمط وأثار جلد خطوط السباط وأكل الطين هذا لشريك القاضى وخضاب الشعر وتجعيده والوشوم والغنة في الصوت وهذا لحفص بن عياث والترس أخفى من البرص واللواط والابنة والحول والقدح وذهاب الاشعار وان لا يثبت عامتها حدث في زمان أبى عمر القاضى المالكى وأن يكون شتاما كذبا خانيا أسرات \* \* (فرع) \* قال الزبيرى في المقتضب لو اشترى دارا بحدودها ثم علم أن أحد حيطانها ليس لها فله الخيار (قلت) وينبغى أن يكون ذلك على تفريق الصفقة لان الاشارة تشمل الجميع ومن جملتها الجدار الذى تبين أنه ليس لها وقال الصميرى لو اشترى عبدا فبان أنه أخ المشتري أو عمه فله الخيار

## [ 321 ]

\* لان النفس لا تكاد تطيب باسترقاقه وفيه نظر لان هذا معنى خاص بالمشتري وقد صرح البيهقي والرافعي بأنه لو اشترى جارية فبان أخته من النسب فلا خيار وقال ابن الصباغ لو كانت محرمة عليه في بنسب فلا خيار \* \* قال المصنف رحمه الله تعالى \* وان وجده يبول في الفراش فان كان صغيرا لم يرد لان بول الصغير معتاد فلا يعد عيبا وان كان كبيرا رد لان ذلك عاهة ونقص \* \* (الشرح) \* إذا كان صغيرا فلا خلاف في أنه ليس بعيب سواء في ذلك الطفل والطفلة وقدره صاحب التهذيب بما دون سبع سنين وكثير من الاصحاب لم يضبطوا ذلك بمقدار بل بأن لا يكون مثله يتحرز منه كذلك قال القاضى أبو الطيب وان كان كبيرا وهو ما زاد على ذلك فهو عيب في العبد والامة وعن أبى حنيفة ان له الخيار في الجارية دون العبد لان الجارية يتخذها للفراش فيتأذى به وليس كذلك العبد واجاب اصحابنا بان العبد يغسل الثياب التى ينام فيها ويحتاج إلى من يغسلها وينظفها وهذا نقص فيه وزعم الفارقى ان المصنف لم يذكر العلة بتمامها وان كان متعادا من الصبى لا يخرج عن كونه عيبا وتمام العلة ان يقول هو معتاد من الصبى وماله إلى الزوال فكان في حكم الزائل \* ولو اشترى عبدا وكان يبول في فراشه ولم يعلم الا بعد كبر العبد قال الرويانى لم يكن له الرد ويرجع بالارش لان علاجه بعد الكبر عيب فصار كبره عنده كالعيب الحادث هكذا قال الرويانى وكانه فرض المسألة فيما إذا كبر إلى سن عالية فوق كبره حالة المبيع بحيث يكون علاجه اصعب أما البول في حالة الصغر فليس بعيب سواء أكبر عند المشتري أو لم يكبر لا رد به ولا أرش \* \* قال المصنف رحمه الله تعالى \* \* (وان وجده خصيا ثبت له الرد لان العقد يقتضى سلامة الاعضاء وهذا ناقص) \* \* \* (الشرح) \* الخصى الذى نزع خصيتاه وسلنا وقيل من قطعت اثنياه مع جلدتها فعلى هذا التفسير قد دخل في قول

المصنف فيما مضى أو مقطوعا فيكون قد نص عليه ليكون أصرح وعلي كل تقدير هو عيب كما ذكره المصنف وقد ذكر عند الضابط في أول الفصل زيادة كلام فيه وإن زيادة قيمته لا تمنع من كونه عيبا فإذا اشترى عبدا مطلقا فخرج فحلا لم يثبت الرد الرد وإن خرج خصيا ثبت الرد وكذلك البهيمة إذا وجدها خصيا ثبت الرد قاله الجرجاني \*

[ 322 ]

قال المصنف رحمه الله تعالى \* \* (وان وجد غيره مخنون فإن كان صغيرا لم يثبت له الرد لأنه لا يعد ذلك نقصا في الصغير لأنه لا يخاف عليه منه وإن كان كبيرا ثبت له الرد لأنه يعد نقصا لأنه يخلف عليه منه وإن كانت جارة لم ترد صغيرة كانت أو كبيرة لأن ختانها سليم لا يخاف عليها منه) \* \* \* (الشرح) \* هذا كما قال وضبط الرويانى الصغير هنا بسبع سنين فما دونها وفيه وجه أن ذلك لا يكون نقصا في العبد الكبير أيضا ووجه ثالث حكاه الرويانى وقطع به المتولي أن كان الكبير من سبى الوقت من قوم لا يختنون فلا خيار وحكيا في الجارية وجهين قال قالا والصحيح أنه يثبت الخيار لأنه لو كان فيها اصبع زائدة ثبت الخيار ولا يستحق قطعها فلان يثبت ههنا ويستحق إزالة هذه الجلدة أولى (والجواب) عما قاله أن الاصبع الزائدة وجودها نقص وبخشي من إزالتها وهى خلاف الاصل بخلاف ما يقطع من الجارية وفي كلام المصنف إشارة إلى أنه إذا وجده مختونا فلا خيار سواء كان صغيرا أم كبيرا وهو كذلك إذا لم يحصل بالختان نقص ولم يكن شرط أنه اقلف فإن كان قد شرط ذلك فبان مختونا قال المتولي أن كان فيه غرض بان كان الغلام مجوسيا أو علم أن المجوس يرغبون فيه فله الخيار وإن كان بخلافه فلا خيار \* ولو اشترى عبدا اقلف فختنه وإن قل الموضوع ثم وجد به عيبا قديما فله رده لأن الختان زيادة فضيلة وليس بعيب قاله صاحب التتمة والرويانى ويحتاج المتولي إلى فرق بين هذا والمسألة السابقة إذا شرط أنه اقلف فخرج مختونا حيث فصل ويمكن الفرق \* \* قال المصنف رحمه الله تعالى \* \* (وان اشترى جارية فوجدتها مغنية لم ترد لأنه لا تنقص به العين ولا القيمة فلم يعد ذلك عيبا) \* \* \* (الشرح) \* هذا مذهبا وحكى أصحابنا عن مالك أن له الخيار لأن الغناء حرام وذلك نقص فيها ومنع بعض أصحابنا تحريمه وتقدير تسليمه فالمحرم فعله فله أن يمنعها من استعماله وأما معرفته فليست بحرام حتى قال الرويانى لو شرط أنها مغنية فكانت مقرئة فله الخيار يعني لأن له غرضا في ذلك والقراءة فضيلة لكن لا يحصل غرضه كما لو شرط أنه خصى فخرج فحلا وقول المصنف لا تنقص به العين احتراز من الخصاء به وحكم العبد في ذلك حكم الأمة فلو وجد زامرا أو عالما بالمعزف أو العود فليس له

[ 323 ]

الرد والسيد قادر علي منعه من العمل وما ذكرناه من أن الغناء ليس بعيب عندنا هو المشهور (وقال) الهروي في الاسراف وإذا كانت مغنية فاختلف فيها الحموي وغيره من أصحابنا \* \* قال المصنف رحمه الله تعالى \* \* (وان وجدها ثيبا أو مسنة لم يثبت له الرد لأن الثيوبه والكبر ليس بنقص وانما هو عدم فضيلة) \* \* \* (الشرح) \* كثير من الاصحاب أطلقوا هذا الحكم وقالوا إذا

لم يشترط بكارتها ولا ثبوتها فخرجت بكرا أو ثيبا لم يكن له الخيار لانه لم يحصل شرط ولا تدليس ولا عرف غالب يدل على ذلك وذلك الاطلاق محمول على ما إذا كانت في سن يغلب فيه الاستماتح بها أما إذا كانت صغيرة وكان المعهود في مثلها البكارة فخرجت ثيبا ثبت الرد وممن قاله المتولي والرافعي وأشعر كلام الروياني في ذلك خلافا فانه حكى الاطلاق ثم قال ومن أصحابنا من قال ان كان مثلها يكون بكرا في العادة فوجدها ثيبا له الخيار لانه وجدها على خلاف المعهود (قال) وهذا أصح عندي (قلت) والاولى أن ينزل ذلك الاطلاق على هذا ولا يكون في المسألة خلاف \* \* قال المصنف رحمه الله تعالى \* \* (فان وجد المملوك مرتدا أو وثيبا ثبت له الرد لانه لا يقر على دينه) \* \* \* (الشرح) \* الرد عيب قطعاً في المملوك الذكر والانثى وما سواها من الكفر فالكتابي قد ذكره المصنف بعد هذا وما بين هذين من أنواع الكفر الاصلى كالتوثن والتمجس قيل لا رد لا في العبد ولا في الاماء وبهذا قطع صاحب التتمة وقال صاحب التهذيب ان وجد الجارية مجوسية أو وثيبة فله الرد لانها محرمة على كافة الناس وان وجد العبد كافرا أصليا أي كفر كان فلا رد ان كان قريبا من بلاد الكفر بحيث لا تقل الرغبة فيه وان كان في بلاد الاسلام بحيث تقل الرغبة في الكافر وتنقص قيمته فله الرد وصحح الرافعي والنووي ما قاله في التهذيب وقال القاضي أبو الطيب إنه إذا اشترى عبدا مطلقا فخرج كافرا لم يكن له خيار وهذا الاطلاق أقرب إلى موافقة صاحب التتمة وفصل القاضي حسين بين دار الاسلام كما نقل صاحب التهذيب وما قاله المصنف يظهر أنه مخالف للوجهين فانه أطلق الرد بالتوثن وتعليه بأنه لا يقر عليه يقضى ان العبد الوثني يقبل والمعروف في المذهب

[ 324 ]

خلافه ومن كلام المصنف وكلام صاحبي التتمة والتهذيب يخرج في العبد ثلاثة أوجه (أحدها) أنه لا يرد بالكفر الاصلى مطلقا وهو قول صاحب التتمة (والثاني) ان كان في بلاد الاسلام يرد به والا فلا وهو قول صاحب التهذيب (والثالث) يرد ان كان وثيبا وهو قول المصنف ويحتمل أن يكون المصنف يوافق صاحب التهذيب في المجوسى إن كان في بلاد الاسلام فرض أن قيمته تنقص بذلك وأما الجارية ما ذكره صاحب التهذيب فيها يتعين لنقصها بالنسبة إلى امتناع وطنها على كل أحد سواء كانت مجوسية أو وثيبة والكتابية سيأتي حكمها والمرتدة لا اشكال في كونها ترد لانها لا تفرق وأطلق الشيخ أبو حامد في الجارية والقاضي أبو الطيب في العبد أنه لا يرد بالكفر وأطلق الامام الكلام إذا اشترى عبدا فخرج كافرا ونقل عن عامة الاصحاب أنه عيب وعن العراقيين أنهم ذكروا وجها أنه ليس بعيب وفصل هو ان كان الاسلام غالبا في موضع العبد والكفر منقص قيمته فهو عيب وان لم يكن الايمان غالبا في العبيد بل كانوا منقسمين وكان الكفر منقسما للقيمة فهذا فيه تردد وظاهر القياس أنه ليس بعيب والظاهر النقل أنه عيب وان لم يكن الكفر منقسما والعادات مضطربة فالوجه القطع بأن الكفر لا يكون عيبا وقال قبل باب بيع حبل الحيلة إذا اشترى المسلم عبدا فخرج كافرا ان اشتراه في بلاد الاسلام فله رده فانه نادر في هذه الديار وان اشتراه في دار الحرب فخرج كافرا فالذي ذهب إليه الاكثرون أنه لا يرد وكان شيخي يقول يثبت الخيار ومما ذكره الامام يخرجه رابع أن الكفر عيب مطلقا وما نقله عن الاكثرين هنا موافق لما قاله صاحب التهذيب \* \* قال المصنف رحمه الله تعالى \* \* (وان وجده كتابيا لم يثبت له الرد لان كفره لا ينقص من عينه ولا من ؟ منه) \* \* \* (الشرح) \* هذا موافق لصاحب

التممة ومخالف لصاحب التهذيب والرافعي في التفصيل بين أن يكون في بلاد الاسلام وقيمة الكافر أنقص فيثبت الرد أولا فلا فرق عند صاحبي التتمة والتهذيب في ذلك بين العبد والامة صاحب التتمة يقول إنه لا يرد فيها وصاحب التهذيب يطرد تفصيله المذكور فيها ولعل اطلاق المصنف وغيره محمول على ما قال صاحب التهذيب حيث لا تكون القيمة تنقص بذلك فان تعليلهم يرشد إليه وقد تقدم أن الامام أطلق الكلام في الكفر ونقله عن

[ 325 ]

عامة الاصحاب أنه عيب والاصح ما نقله قريبا من باب بيع حبل الحيلة هو التفصيل الموافق لصاحب التهذيب هو قد خالف مالكا رحمه الله فقال انه يثبت الرد بالكفر لانه نقص وأجاب الاصحاب بأن الكفر نقص في الدين والبيع انما يقصد به المال وكفر الكتابي سبب في تكثير ماليته لانه يشتريه الكافر والمسلم وكثرة الطالبين تقتضي كثرة الثمن (قال) الفارقي وقد ثبت هذا المعنى في اعتاق الكافر في الظهار أنه يعتبر فيه الاسلام ككفارة القتل ولا يفرق بالتعليق لما تبين أن المسلم أقل قيمة من الكافر ومحل التكفير وهو الرقبة واحدة فيستوى بين الكفارتين فيه كما يستوى بينهما وبين كفارة اليمين في محل الصوم فلا يجوز في يوم العيد والحيض وان اختلفا في مقداره \* \* قال المصنف رحمه الله تعالى \* \* (وان اشترى امة فوجدها مزوجة أو عبدا فوجده مستأجرا ثبت له الرد لان اطلاق البيع يقتضى سلامة المنافع للمشتري ولم يسلم له ذلك فثبت له الرد \* \* (الشرح) \* هذا كما قال لان المزوجة يستحق الزوج تسليمها في بعض الاوقات فيفوت على السيد منفعتها في ذلك الوقت والمستأجر منفعته فائتة إلى انتهاء مدة الاجارة وقد صح ان عبد الرحمن ابن عوف رضى الله عنه اشترى من عاصم بن عدي جارية فاخبر أن لها زوجا فردها وورد وفي سنن البيهقي في الامة تباع ولها زوج ان عثمان قضى انه عيب ترد منه ونقل ابن المنذر الاجماع عليه وفي البيان حكاية وجه في التزويج وهو ضعيف بل باطل لنقل ابن المنذر \* ولو قال زوجها لها ان برئ المشتري من الثمن فأنت طالق وكان قبل الدخول ثم علم المشتري بالتزويج هل له الخيار فيه احتملان في البحر (أحدهما) نعم لثبوت العيب وجواز موت الزوج قبل براءة المشتري فيلزمها عدة الوفاة (والثاني) لا لعدم الضرر لان عدة الوفاة ان وجدت ثبت الخيار بها لانها عيب حادث أي من سبب متقدم في يد البائع لم يقع الرضى به وحكم تزويج العبد حكم تزويج الامة يرد به ايضا الا ان الاجماع المنقول في الامة خاصة واطلق كثير من الاصحاب ذلك وقال صاحب التتمة انه إذا كان تزوج بغير اذن سيده ودخل بها وقلنا المهر يتعلق برقبته كان حكمه حكم العبد الجاني ويجب تقييد اطلاق غيره بذلك وقال صاحب التهذيب ولو علم العبد ذات زوج ولكن لم يعلم ان عليه مهرا ولم يعلم قدره فله الرد كما لو اشتراه عالما بالعيب ولم يعلم مقداره له الرد \*

[ 326 ]

\* قال المصنف رحمه الله تعالى \* \* (وان اشترى شيئاً فتيين انه غبن في ثمنه لم يثبت له الرد لما روى أن حبان بن منقذ كان يخدع في البيع فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال إذا بعث فقل لا خلاية ولك الخيار ثلاثاً ولم يثبت له خيار الغبن ولان المبيع سليم ولم يوجد من جهة البائع تدليس وانما فرط المشتري في ترك الاستظهار فلم يحز له الرد) \* \* \* (الشرح) \* هذا الحديث قد ذكره المصنف في أول كتاب البيوع فيكتفى بهما تقدم من كلام النووي عليه والاصح ان الذي كان يخدع منقذ والد حبان والحديث صحيح في الجملة ومعنى لا خلاية لا غبن ولا خديعة وجعلها الشرع لاثبات الخيار إذا قالها ثبت الخيار صرح باشتراطه أولاً وقوله صلى الله عليه وسلم ولك الخيار اعلام منه بثبوت الخيار (وقوله) ولم يثبت له خيار الغبن من كلام المصنف وليس من الحديث ووجه الدلالة منه ظاهر لانه لو كان يثبت الخيار بالغبن لبينه النبي صلى الله عليه وسلم ولم يحتج ان يعد اشتراط خيار الثلاث أو ان يجعل له الخيار ثلاثاً بقوله لا خلاية وقد ورد انه خيار كان إذا اشترى فرجع به فيقبلوه رده فانك قد غبت أو عسيت فيرجع إلى بيعه فيقول خذ سلعتك ورد دراهمي فيقول لافعل قد رضيت فذهبت به حتى يمر الرجل من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم فيقول إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد جعله بالخيار فيما يتباع ثلاثاً فترد عليه دراهمه ويأخذ سلعته فلو كان الخيار ثابتاً بالغبن لكل احد لم يكن الخيار خصوصية بذلك فظاهر قضية حبان انه كان بالخيار ثلاثاً سواء عين أو لم يعين وهل ذلك خاص به لان النبي صلى الله عليه وسلم جعله بالخيار أو هو ثابت بالشرط كما هو في حق غيره مساق هذه القصة التي حكيتها يشعر بالاول فانه لو عرف البائع شرط الخيار لم يخالفه والى ذلك ذهب بعضهم وقيل ان ذلك بالشرط وهو عام له ولغيره وكيف ما كان فالدلالة منه ظاهرة في عدم ثبوت الخيار بالغبن وما ذكره المصنف من المعنى ظاهر ايضاً فان المبيع لا عيب فيه ولا تدليس لان الفرض كذلك فانتفى موجب الخيار وقال أصحابنا لا يثبت الخيار بالغبن سواء أتفاحش ام لا \* وان اشترى زحاجة بثمن كثير وهو يتوهمها جوهرة فلا خيار له ولا نظر إلى ما يلحقه من الغبن لان التقصير منه حيث لم يراجع اهل الخبرة ونقل المتولي وجهها شاذاً انه كغائب الغائب ويجعل لرؤية التي لا تفيد المعرفة ولا تنفى الغرر كالمعدومة قال أصحابنا وثبوت الخيار في المعيب للنقص لا للغبن ولهذا لو كان مع العيب يساوي

[ 327 ]

أضعاف ثمنه له الرد ولو تعيب في يد البائع ثبت الخيار ولو نقصت قيمته بانخفاض الاسواق فلا ويخالف تلقى الركبان لان هناك وجد منه تغرير بالاخبار عن السعر على خلاف ما هو ولا طريق إلى الاستكشاف ويخالف الغبن في مسألة المراجعة لان هناك علق العقد الثاني بالاول والمخالف لنا في هذه المسألة مالك وأحمد وأبو ثور أما مالك فقال ان غبن باقل من الثلث فلا خيار له وان كان بالثلث أو أكثر فله الخيار هكذا نقل أصحابنا عنه وهو قول بعض أصحابه قال القاضى عبد الوهاب ولم يجد مالك في ذلك حدا ومذهبه إذا خرج من تغابن الناس في قبيل تلك السلعة ثم أصحابنا نقلوا هذا مطلقاً وشرطه عند المالكية ان يكونا أو أحدهما غير عارف بتقلب السعر وتغيره في عقده فان كانا جميعاً من أهل البصر بتلك السلعة واسعارها في وقت البيع فلا خيار سواء كان الغبن قليلاً أو كثيراً قاله القاضى عبد الوهاب وأما أحمد فقال ان كان المشتري مسترسلاً غير عارف بالبيع وإذا عرف لا يعرف ثبت له الخيار بالغبن وان كان من أهل

المعرفة لو تأمل فيه لعرف ان قيمته لا تبلغ ذلك المبلغ فلا خيار له وأما أبو ثور فاطلق عنه النقل باثبات الخيار وانه ان فانت السلعة رجع المغ؟ ون بقدر الغبن ونقل ابن المنذر عنه ان البيع فيه غبن لا يتغابن الناس بمثله فاسد وهذا النقل عنه اثبت عندنا من الاول ونقل أصحابنا عن المالكية انهم استجوا بحديث لا تلقوا الركبان وكونه اثبت الخيار بالغبن وبحديث لا ضرر ولا ضرار وبالقياس على الغبن البيع وأجاب الاصحاب عن الاول بأن الخيار ثبت للتغريب فان المشتري غره وعن الثاني بأننا نقول بموجبه وعن الثالث بأن خيار العيب لم يكن للغبن بل لاقتضاء البيع السلامة وبأن العيب يستوى فيه الموجود عند العقد والحادث قبل القبض وههنا لا خيار إذا حدث نقصان القيمة قبل القبض اتفاقا بأن العيب لا فرق فيه بين الثلث أو أقل أو أكثر وهم لا يقولون به هنا وقد قال أصحابنا يكره غبن المسترسل وإطلاق الكراهة في ذلك محمول على ما إذا لم يستنصحه المسترسل أما إذا استنصحه فيجب نصحه ويصير غبنه إذ ذاك خديعة محرمة هكذا اعتقده من غير نقل والمنقول عن مذهبنا

[ 328 ]

ومذهب أبي حنيفة من القول يلزم العقد لعله لا ينافى التحريم أو محمول على ما إذا لم يستنصحه كما تقدم (قال) ابن المنذر وقال بعضهم كل بيع باعه رجل من مسترسل وأخذعه فيه أو كذبه فالمشتري في ذلك بالخيار إذا تبين له ذلك \* \* (فرع) \* فيما نتوهم أنه عيب وليس بعيب لا رد فيه فكون الرقيق رطن الكلام أو غليظ الصوت أو يسئ الادب أو ولد زنا خلافا لابي ثور وسواء أكان مجلوا أو مولدا خلافا لابي حنيفة ولا بكونه يقتل النفس أو بطئ الحركة أو فاسد الرأي أو حاما أو أكولا أو قليل الاكل بخلاف الدابة في قلة الاكل بحيث ترد وعن القاضي حسين إلا أن تكون قلة أكل العبد لعله ولا يحتاج إلى ذلك لان تلك العلة كافية في الرد ولا بكون الامة عقيما وكون العبد عينا وعن الصيمري اثبات الرد بالتعنين وهو الاصح عند الامام ولا يكون الرقيق ممن يعتق على المشتري ولا تكون الامة أخته أو غيرها ممن يحرم عليه من الرضاة أو النسب كما قاله القاضي حسين والماوردي والبلغوي وغيرهم أو المصاهرة كابنة أمرأته أو موطوءة أبيه أو ابنه بخلاف المحرمة والمعتدة لان التحريم هناك عام فتقل الرغبة وهنا خاص به وفي وجه رواه ابن كح يلحق ما نحن فيه بالمحرمة والمعتدة حكاه الرويانى في موطوءة لاب وضعفه وقد تقدم عن الصيمري اثبات الخيار فيما إذا بان أن العبد أخو المشتري أو عمه وقياسه بغير شك أن يقول هنا فيما إذا باننت أخته من النسب بالخيار وهو موافق في الرضاة على عدم الخيار وكذلك في المصاهرة ولا أثر لكونها صائمة على الصحيح وفيه وجه (قال) الرافعى ضعيف ثمرة وقال النووي باطل \* ولو وجد العبد فاسقا قال الرويانى لا خيار بالاجماع قال ذلك عند الكلام مع الحنيفية في الكفر وينبغى أن يقيد ذلك فان من أسباب الفسق ما يرد به وقد تقدم كثير منه قال ابن الرفعة إنه إذا كان العبد مرتدا حال العقد وقد تاب قبل العلم لا يرد به على المذهب يعني في ارتفاع العيب قبل العلم به وفيه نظر لان ذلك قد ينفر عنه لتوهم سوء سريرته والاولى ما قاله في الحاوي في كتاب الرهن ان ذلك عيب في الحال قال ابن الرفعة بعد حكاية ذلك وأما إذا قلنا انه ليس بعيب فهل له الرد به فيه وجهان وهذا كلام عجيب كيف يكون له الرد بما ليس بعيب \* ولو اشترى شيئا فبان أن بائعه باعه بوكالة أو وصاية أو ولاية أو امالة حاكم فهل له الرد لخطر فساد النيابة فيه وجهان حكاهما

[ 329 ]

أنه لغيره وان له الشفعة فلا خيار له لعدم الضرر على تقدير الاخذ أو الترك  
قال المتولي ولو كان الرقيق أصلع قال القاضي حسين فلا رد بخلاف  
الاقرع وفيه نظر وقد تقدم بأنه لا رد بكون الرقيق في ذمته مال وكذلك  
قال الماوردي قال وقال العراقيون له الرد وليس بصحيح وأراد بالعراقيين  
أبا حنيفة وأصحابه فنبهت على ذلك لئلا يتوهم من لا معرفة له أنهم  
العراقيون من أصحابنا \* ولو اشترى فلوسا فكسرت قبل القبض ومنع  
السلطان المعاملة بها لم يفسخ العقد خلافا لابي حنيفة قاله في العدة  
ونقله العمراني عنه فهذه جملة مما يرد به وما لا يرد ولم أذكر منها شيئا إلا  
منقولا ولا سبيل إلى حصولها وفي الضابط المتقدم كفاية \* قال  
المصنف رحمه الله تعالى \* \* (وان اشترى عبدا بشرط أنه كاتب فوجده غير  
كاتب أو على أنه يحسن صنعة فوجده لا يحسن ثبت له الرد لانه أنقص مما  
شروط فجاز له الرد) \* \* \* (الشرح) \* هذا الفصل للسبب الثالث من أسباب  
الخيار وهو اخلاف الظن بالالتزام الشرطي والغزالي يرى أنه الاصل  
للسببين الماضيين وهما التغير الفعلي والقضاء الغري وقد تقدم الكلام  
في ذلك وقد بنى المصنف كلامه على صحة البيع مع خلف الشرط وذلك هو  
المشهور عندنا وعند جمهور العلماء وقد تقدم أن الحناطى حكى قولا  
غربيا أن الخلف في الشرط يوجب فساد البيع والتفريع على المشهور فإذا  
شروط أنه كاتب أو يحسن صنعة فخرج بخلاف ذلك ثبت له الرد وقول  
المصنف لانه أنقص مما شرط أي فصار كالمعيب الذي يخرج أنقص مما  
اقتضاه العرف ولهذا يعبر الغزالي وغيره بخيار النقيصة في الاسباب  
الثلاثة المذكورة في هذا الباب واكتفى المصنف بالامثلة عن الضابط وقد  
ذكر الامام والغزالي والرافعي ضابطا واختلفت عباراتهم فيه وجملته أن  
الصفات على ثلاثة أقسام (الاول) التي تتعلق بها زيادة مالية يصح التزامها  
ويثبت الخيار بالخلف فيها (الثاني) ما يتعلق بها غرض صحيح غير المال  
والخلف فيها يثبت الخيار وفاقا أو على خلاف فيه وذلك تحت قوة الغرض  
وضعفه هكذا قال الرافعي وأطلق الامام والغزالي جريان الخلاف في هذا  
القسم (والثالث) ما لا يتعلق به مالية ولا غرض مقصود فاشترطه لغو ولا  
خيار يفقده وأجاد النووي في الروضة فجعلها قسمين (أحدهما) يتعلق به  
غرض مقصود والخلف فيه يثبت الخيار وفاقا أو على خلاف (والثاني) لا  
يتعلق به غرض مقصود

[ 330 ]

فاشترطه لغو وهذه العبارة أولى فانه قد يفوت الغرض دون المال ويثبت  
الخيار قطعا ويفوت المال دون الغرض فيجوز الخلاف كما يأتي في  
الخصى والفحل فالمعتبر الغرض وبفوته يحصل الوفاق وبضعفه يحصل  
الخلاف وبانتفائه بالكلية يقطع بعدم الخيار ومسائل الفصل منزلة على هذا  
الضابط فالمثالان اللذان ذكرهما المصنف هنا من القسم الاول يفوت بهما  
مالية وغرض قوى وكسلك لا خلاف فيهما قال الاصحاب ويكفى أن يوجد

من الصفة المذكورة ما ينطلق عليه الاسم ولا يشترط النهاية فيها بقى شرط الكتابة عند الاطلاق يكفى اسم الكتابة وان لم يكن مستحسنا \* ولو شرط حسن الخط فان كان غير مستحسن في العادة فله الخيار وان كان مستحسنا فلا خيار له قال صاحب التتمة والكلام في كون هذا الخيار على الفور وفي كيفية الفور على ما تقدم في العيب سواء \* ممن صرح بهذا صاحب التهذيب وان اختلفا فقال المشتري اشتريت بشرط الكتابة وانكر البائع تحالفا وقيل القول قول البائع مع يمينه قاله في التهذيب \* \* (فرع) \* قال القاضى حسين ولو شرط انه حجام فاخلف ثبت الخيار وان كان صادقا في جملة الحرف غير الحجامه (واعلم) ان هذا الفرع الذى ذكره القاضى يحتمل ان يكون مجزوما به وبذل ذلك على انه لا عبرة بزيادة المالية من جهة اخرى مع فواتها من الجهة المشروطة وكذلك شرط الكتابة قد يخلف ويكون منتصفا بصفات تزيد على قيمة الكتابة فلا يمنع ذلك من قولنا انه فات غرض ومالية على انى نبهت ان الاجود اعتبار قوة الغرض وضعفه دون اعتبار المال والغرض قد يتعلق بصفة ولا يقوم غيرها مقامها وان كان افضل منها من جهة اخرى \* \* قال المصنف رحمه الله تعالى \* \* (وان اشتراه على انه فحل فوجده خصيا ثبت له الرد لان الخصى انقص من الفحل في الخلقة والبطش والقوة وان شرط انه خصى فوجده فحلا ثبت له الرد لان الفحل دون الخصى في الثمن والدخول إلى الحرم) \* \* (الشرح) \* المسألة الاولى لا خلاف فيها لغوات الغرض القوى وإن تأدت المالية قال القاضى حسين وان كانت قيمته أضعاف قيمة الفحل ولا فرق في ذلك بين العبد وغيره من الحيوان والثانية ذكر الرافعى عن أبى الحسن العبادي أنه لا رد فيها لان الفحولة فضيلة والصحيح ما ذكره المصنف بغوات

## [ 331 ]

المال والغرض جميعا وجريان الخلاف فيها مع فوات المال يدل ما قدمته من حسن عبارة النووي وأنه ليس كل ما تفوت به مالية نقطع فيه بثبوت الخيار بل قد يفوت المال مع جريان الخلاف كما في هذه الصورة وقد لا يفوت المال ويحصل الوفاق كما في الصورة الاولى وكلام المصنف يشعر بانه يرى جواز دخول الخصى على الحرم والذى قاله الرافعى في كتاب النكاح في النظر إن الخصى الذى بقى ذكره والمجبوب الذى بقى انثياه كالفحل وفي الممسوح (وجهان) الاكثر ان انه كالمحرم فعلى هذا ما ذكره المصنف من ان الفحل دون الخصى في الدخول على الحرم والا فهو اضعف في العمل فان كان المصنف اطلق الخصى على الممسوح استمر كلامه وكذلك غيره من الاصحاب حيث اطلق هذا الحكم والا فمتى شرط انه خصى بالمعنى المذكور في كتاب النكاح فبان فحلا ينبغى ان لا يثبت الرد لانه لم يفوت غرض (والظاهر) ان المصنف والاصحاب هنا إنما أرادوا بالخصى هنا الممسوح لانه في العرف يطلق عليه كثيرا \* \* قال المصنف رحمه الله تعالى \* \* (وان اشتراه على انه مسلم فوجده كافرا ثبت له الرد لان الكافر دون المسلم في الدين) \* \* \* (الشرح) \* هذه أيضا لا خلاف فيها لغوات الغرض المقصود القوى وان كانت المالية قد لا تفوت بل تكون أكثر كما إذا شرط انه فحل فخرج خصيا وكذا لو شرط تهود الجارية أو تنصرها فبان مجوسية قاله المتولي والرافعى \* لو اشتراه على انه مجوسي فكان يهوديا قال الروياني يثبت الخيار وقيل إن كانت لا تنقص قيمته في العادة لا خيار وان كانت تنقص بأن كانت الغالب المجوس في تلك الناحية ثبت الخيار وهو قول صاحب التتمة ولا فرق في هذا الفصل بين العبد والامة \* \*

قال المصنف رحمه الله تعالى \* \* (وان اشتراه علي أنه كافر فوجده مسلما ثبت له الرد وقال المزني لا يثبت له الرد لان المسلم أفضل من الكافر وهذا لا يصح لان المسلم أفضل في الدين إلا أن الكافر أكثر ثمنا لانه يرغب فيه المسلم والكافر والمسلم لا يشتريه الكافر) \* \*

[ 332 ]

(الشرح) المذهب ثبوت الرد في ذلك وبه قال احمد لا لنقيصة ظهرت ولكن لانه قد يكون غرضه التجارة ومالية الكافر أكثر لما ذكره المصنف وما نقله عن المزني نقله عنه القاضي أبو الطيب وغيره وبه قال أبو حنيفة ومن أصحابنا من وافق المزني في ذلك ورأى مذهبه قولا مخرجا معدودا من المذهب وحكى ذلك الامام في كتاب النكاح وهناك تكلم المزني عليها في المختصر \* وان تزوجها على أنها كتابية فإذا هي مسلمة لم يكن له فسخ النكاح لانها خير من الكتابية قال المزني هذا يدل على أن الامة إذا اشتراها على أنها نصرانية فإذا هي مسلمة لا خيار وإذا اشتراها على أنها مسلمة فإذا هي نصرانية له أن يردّها في قياس قول الشافعي وفي المسلمة وجه ثالث انه ان كان قريبا من بلاد الكفر أو في ناحية أغلب أهلها الذميون ثبت الخيار والا فلا وهو اختيار القاضي حسين وحمل كلام الشافعي على ذلك وقد جمع الامام الالوجه الثلاثة في كساب النكاح وذكر الامام في الانتصار لقول المزني أن القيمة ان كانت تزيد من وجه رغبة الكفار فتلك رغبة باطلّة مستندها الكفر وتحسينه واعتقاده كونه حقا فيكاد أن تكون تلك الزيادة بمثابة ثمن الخمر قال الامام وبقية الكلام أن هذا العبد لو أتلف فمذهب جماهير الاصحاب أنه يجب على المتلف أن يغرم قيمته اعتبارا بما بطلت به وان كانت بأكثر مما يشتري به المسلم وذهب المزني ومن يوافقه إلى أن الزائد لا يضمن لما أشرنا إليه وهو بمثابة ازدياد قيمة الجارية بان تعتبر عوادة فلا يكاد يخفى أن القيمة تزداد في المغنية في العادة ضعف ما تكون الجارية الناسكة ومن اشتراها لم يعترض عليه فان الشراء يرد على عينها ولكن لو أتلفت لم يضمن متلفها إلا قيمة مثلها وكانت لا تحسنى الغناء هذا كلام الامام في كتاب المنهاج مع أنه في كتاب البيع استبعد القول بعدم ثبوت الخيار مطلقا كما هو مذهب المزني واخبار الوجه الثالث وما ذكره في الانتصار لقول المزني جوابه أن زيادة قيمة الكافر ليست للرغبة في كفره بل لكثرة طلابه فان المسلم لا يتمكن الكافر من شرائه \* ثم قال الامام هنا إن هذا إذا كان الكافر أكثر قيمة فان لم يكن الامر كذلك فحلف الشرط فيه بمثابة حلف الشرط في الثبابة والبيكاره والجودة والتوسط وهذا كأنه قال على ما اختاره ويحتمل أن يكون تقييدا للمسألة وجريان الخلاف فيها \* \* (فرع) \* هذه المسألة أيضا مما يشهد لرجحان عبارة النووي على عبارة الرافعي وغيره لجريان الخلاف فيها مع قوات الغرض المعلق بزيادة ماليته ووجه جريان الخلاف فيها ضعف الغرض عند المزني

[ 333 ]

وانغماره بالنسبة إلى ما في الاسلام من الفضل والكلام والخلاف في هذه المسألة يقرب من الخلاف فيما إذا شرط أنه خصى فوجده فحلا والمخالف

هناك أبو الحسن العبادي فيحتمل أن يكون العبادي يوافق المزني هنا والمزني يوافق هناك ويحتمل أن لا يكون كذلك ويفرق كل منهما (أما العبادي فان الخصاء عيب عند الاطلاق فقواته كمال والكفر عند الاطلاق لا يرد به (وأما) المزني فلان فضية الاسلام عظيمة لا يوازنها شيء فيجبر ما فات من الغرض المالى اليسير بخلاف الفحولة فان الغرض فيها وفي الخصاء متقاربان فيتنسع ما شرطه \* \* (فرع) \* الفرق بين البيع والنكاح حيث لم يثبت الخيار في النكاح على الاصح ان النكاح بعيد عن قبول الخيار ولهذا لم يثبت فيه خيار المجلس ولا خيار الشرط وهذا الفرق إنما يحتاج إليه إذا قلنا بصحة النكاح وهو الاظهر \* ولنا قول آخر أنه غير صحيح لاعتماد الصفات فتنفق المسألة \* \* (فرع) \* صورة مسألة الكتاب فيما إذا كان المشتري مسلماً والبائع مسلماً فلو كان المشتري كافراً اكتفت على شراء الكافر للمسلم (والاصح) فساده \* ولو كان البائع كافراً ففي رد العبد المسلم عليه بالعيب خلاف (الاصح) جوازه فيأتي فيه أيضاً \* \* قال المصنف رحمه الله تعالى \* \* (وان اشترى جارية على أنها بكر فوجدها ثيباً ثبت له الرد لان الثيب دون البكر) \* \* (الشرح) هذا لا خلاف فيه لفوات الغرض ونقصان المالية وهى من القسم الاول لشرط الكتابة وحسن الصنعة والمشهور أنه لا فرق بين أن تكون الجارية المشتراة بهذا الشرط مزوجة أو غير مزوجة وعن أبى الحسين أن أبا اسحق قال لا خيار إذا كانت مزوجة لانها وإن كانت بكراً فالافتصاص مستحق للزوج ولا غرض للمشتري في بكارتها (والصحيح) الاول لان الزوج قد يطلقها أو يموت فيحصل له ذلك \* \* قال المصنف رحمه الله تعالى \* \* (وان اشترى على أنها ثيب فوجدها بكراً لم يثبت له الرد لان البكر أفضل من الثيب ومن أصحابنا من قال يثبت له الرد لانه قد يكون ضعيفاً لا يطيق وطئ البكر فكانت الثيب أحب إليه والمذهب الاول لانه لا اعتبار بما عنده وإنما الاعتبار بما يزيد في الثمن والبكر أفضل من الثيب في الثمن) \* \* (الشرح) القول بان لا يثبت الرد وهو الاصح عند القاضى أبى الطيب والرافعي وغيرهم والوجه الآخر مستنده ما ذكره المصنف وهذه المسألة الفاتت فيها الغرض دون المالية فهى تشارك في ذلك شرط

[ 334 ]

الفحولة والاسلام لكن في تينك المسألتين لا خلاف أن الخلف مثبت للخيار لقوة الغرض وههنا الغرض ضعيف فانه خاص به وليس بعام وكان شرطه السبوط في الشعر أو البياض فيخرج جعداً أو اسود في كل منهما خلاف كمسألتنا هذه - الصحيح أنه لا رد في المسائل الثلاث - كما لو شرط العبد أمياً فبان كاتباً أو كونه فاسقاً فبان عفيفاً \* ولو شرط الجعود أو السواد فبان سبطاً أو أبيض فثبت الخيار وجهاً واحداً \* ولو شرط البكاره فبان ثيباً وان استنكرت اشتراط الجعود وغيرها في الشعر من جهة أن الشعر يجب رؤيته (فالجواب) عنه قد تقدم في أول الباب عند قول المصنف إذا اشترى جارية وقد جعد شعرها ثم بان أنها سبوطه ولو أنه اشترى على أنه عدل فبان فاسقاً ثبت الخيار وعكسه لا خيار بلا خلاف قاله الرويانى \* \* (فرع) \* لو شرط كونه مختوناً فبان اقلف فله الرد وبالعكس لا رد قال في التتمة الا أن يكون العبد مجوسياً وهناك مجوس يشترى الاقلف بزيادة فله الرد وقد تقدم هذا وسؤال عليه قريباً ولو شرط كونه أحمق أو ناقص الخلقة فهو لغو وهو من القسم الاخير الذى لا مالیه فيه ولا غرض مقصود \* \* (فرع) \* إذا ظهر الخلف في الصفة المشترطة وقد تقدم فسخ العقد بهلاك أو حدوث عيب فله أخذ الارش على التفصيل الذى تقدم قاله صاحب التتمه \* \*

قال المصنف رحمه الله تعالى \* \* (وان باعه حيوانا على أنه بغل فوجده حمارا أو على أنه حمار فوجده بغلا ففيه وجهان (أحدهما) أن البيع صحيح لان العقد وقع على العين والعين موجودة فصح البيع وثبت له الرد لانه لم يجده على ما شرط (والثاني) أن البيع باطل لان العقد وقع على جنس فلا ينعقد على جنس آخر) \* \* \* (الشرح) \* الشروط المتقدمة كانت في الصفات ولا شك أن تبدل الصفة والخلف أسهل بن ذلك في الجنس فذكر المصنف هنا اشتراط الجنس ومثل بالمثالين المذكورين ليعلم أنه لا فرق بين أن يجده أعلى من الجنس الذي شرطه أو دونه وفيها جميعا وجهان وقد حكيتها وأطلقت الكلام فيها في باب الربا في الصرف العين (والمذهب) الصحيح المنصوص البطلان - والوجه الآخر محكى عن صاحب الافصاح \* ولو باعه على أنه ذكر فبان أنه جارية قال العمراني في الزوائد صح البيع وله الخيار في أحد الوجهين (وقال) أبو حنيفة لا ينعقد وقد سبق في باب الربا عن الماوردي البطلان وذكر الرافعي في كتاب النكاح فيما إذا قال بعتك فرسى هذا وهو بغل ان الظاهر الصحة وهو يخالف ما قدمناه في باب الربا وكذلك قال عن الروياني في البحر أنه لو قال زوجتك هذا الغلام وأشار إلى ابنته صح النكاح \* ولو باعه عبدا على

[ 335 ]

أنه تركي فإذا هو من جنس آخر فهو من اختلاف الوصف فالبيع صحيح قاله الامام في باب بيع الغرر \* إذا عرف ذلك (فان قلنا) في اختلاف الجنس بالبطلان فلا كلام (وان قلنا) العقد صحيح وثبت الخيار فقد أطلقوا ذلك سواء أكان ذلك أجود أم أردأ كما نبه المصنف بالمثالين عليه \* ولو قيل إنه إذا خرج أجود يكون كما لو شرط أنها ثيب فخرجت بكرا لم يبعد لان القول هذا على الاحناس والصفات \* \* قال المصنف رحمه الله تعالى \* \* (وان اشترى ثوبا أو أرضا على أنه عشرة أذرع فوجده تسعة فهو بالخيار بين أن يأخذه بجميع الثمن وبين أن يرده لانه دخل في العقد عن أن تسلم له العشرة ولم تسلم له فثبت له الخيار كما لو وجد بالبيع عبدا وان وجده أحد عشر ذراعا ففيه وجهان (أحدهما) أن البائع بالخيار بين أن يفسخ البيع وبين أن يسلمه بالثمن ويجبر المشتري على قبوله كما أجبرنا البائع إذا كان دون العشرة (والثاني) أن البيع باطل لانه لا يمكن اجبار البائع على تسليم ما زاد على عشرة ولا اجبار المشتري على الرضا بما دون الثوب والمساحة من الارض لانه لم يرض بالشركة والتبعض فوجد أن يبطل العقد فان اشترى صبرة على أنها مائة قفيز فوجدها دون المائة فهو بالخيار بين أن يفسخ لانه لم يسلم له ما شرط وبين أن يأخذ الموجود بحصته من الثمن لانه يمكن قسمة الثمن على الاجزاء لتساوبها في القيمة ويخالف الثوب والارض لان اجزاءها مختلفة فلا يمكن قسمة الثمن على اجزائها لانا لا نعلم كم قيمة الذراع الناقصة لو كانت موجودة لتسقطها من الثمن وان وجد الصبرة أكثر من مائة قفيز أخذ المائة بالثمن وترك الزيادة لانه يمكن أخذ ما عقد عليه من غير اضراء) \* \* \* (الشرح) \* الذراع فيه لغتان التذكير والتأنيث كما ذكره جماعة من أهل اللغة (وقال) سيويه الذراع مؤنثة فعلى لغة التذكير جاء قول المصنف عشرة أذرع فوجده تسعة وعلى لغة التأنيث عشر أذرع فوجده تسعا \* أما الاحكام فاعلم أنه تقدم الكلام في خلف الشرط في الصفة والجنس والكلام الآن في المقدار وذكر المصنف فيه قسمين (أحدهما) ما يكون قسمة الثمن على المبيع فيه بالقيمة (والثاني) ما يكون بالاجزاء وقسم كلا من القسمين إلى ما يحصل الخلف فيه بالنقصان وإلى ما يحصل بالزيادة فهي أربع مسائل وطريقة العراقيين

في ذلك تحتاج إلى تأويل وفكر \* وأنا ان شاء الله تعالى أذكر طريقهم وطريق غيرهم في ذلك ثم أبين وجه الاشكال ثم أردفه بما ييسره الله تعالى (الطريقة الاولى) التي ذكرها المصنف وجمهور العراقيين منهم القاضي أبو الطيب القطع بالصحة في حالة النقصان في المتقوم والمثلى مع ثبوت الخيار للمشتري والقطع بالصحة في حالة الزيادة في المثلى في القدر المشروط خاصة بلا خيار

[ 336 ]

والتردد في الزيادة في حالة المتقوم هل يصح ويكون للبائع الخيار وهو الاصح أو يبطل وهذه الطريقة هي التي أوردها القاضي حسين في آخر باب الشرط الذي يفسد البيع وفرضها في الثوب خاصة وصحتها الشاشى وعلى هذه الطريقة الصحة في القدر المشروط من المثلى بحصته من الثمن قولا واحدا \* وأما المتقوم فجمهورهم على أنه إذا أجاز يجيز بجميع الثمن واختلف كلام القاضي أبي الطيب ففي التعليق وافق ذلك وفي المجرد قال يجب بالقسط قال ابن الصباغ والاول أصح (الطريقة الثانية) ذكرها الشيخ أبو حامد ولم يصرح بها إلا في الثوب خاصة \* قال لو قال بعتك هذا الثوب وهو عشر أذرع فخرج تسعا ثبت الخيار للمشتري في أن يمسك بكل الثمن أو يرد لو خرج أحد عشر فالمنصوص أن الخيار يثبت للبائع ومن أصحابنا من خرج ههنا قولا آخر أن البيع يبطل وهذا إذا قال له بعتك هذا الثوب وهو عشر أذرع وأما إذا قال بعتك على أنه عشر أذرع فخرج تسعا أو احدى عشرة ففي صحة البيع قولان كما لو تزوجها على أنها بكر فخرجت ثيبا هكذا رأيت في تعليقه التي عندي بخط مسلم الدارى تلميذه مع ان الذي في التجريد للمحاملى يوافق ما ذكره المصنف والجمهور والتجريد مأخوذ من تعليقه البنديجى عنه \* (الطريقة الثالثة) \* طريقة صاحب التقريب والخراسانيين والقاضى حسين على ما ذكرته في باب الربا والشيخ أبو محمد والامام والغزالي والرافعي اطلاق الخلاف في حالتى النقصان والزيادة في المتقوم والمثلى وفرضها الامام في الارض والقاضى حسين في الصبرة والغزالي في الصبرة أيضا والرافعي في الارض ثم قال ويقال بهذه المسألة ما إذا باع الثوب على أنه عشر أذرع أو القطيع على أنه عشرون شاة أو الصبرة على أنها ثلاثون صاعا وحصل نقص أو زيادة ومعهم من يحكى الخلاف في ذلك وجهين وأكثرهم يحكيه قولين (وأظهرهما) عندهم الصحة تغليبا للاشارة وتنزيلا لخلف الشرط في المقدار منزلة خلفه في الصفات وبهذا قال أبو حنيفة (والثانى) أن البيع باطل لان قضية قوله بعتك هذه الارض أن لا يكون غيرها معيبا وقضية الشرط أن تدخل الزيادة في البيع فوقع التضاد وتعذر التصحيح فعلى طريقة هؤلاء (ان قلنا) بالبطلان فذاك (وان قلنا) بالصحة ففي حالة النقصان ان يكون الخيار للمشتري وإذا أجاز فهل يجيز بجميع الثمن أو بالقسط فيه قولان (أظهرهما) هنا الاول بخلاف نظائره من تفريق الصفقة وفي حالة الزيادة اختلف هؤلاء في الصبرة هل تكون الزيادة للبائع أو للمشتري على وجهين حكاهما صاحب التتمة وغيره واقتضاء كلام صاحب التتمة التسوية بين الارض وبينهما لكن في كون الزيادة للبائع في مسألة الارض والثوب أشكال لابهام المبيع وسيأتى في كلام الماوردى ما يدفع هذا

الإشكال وينبغي أنه يحمل على الإشاعة لكنه مشكل من جهة أخرى فإذا قلنا الزيادة للبائع في مسألة الصبرة أو في الجميع ان أمكن القول به فهل للمشتري خيا وجهان (أحدهما) نعم لانه لم يسلم له المشار إليه (والثاني لا لانه شرط عشرة وقد سلمت له وهذا موافق لما قاله المصنف في الصبرة (وان قلنا) الزيادة للمشتري فلا خيار له ولم يذكر الرافعي غير هذا وهل يثبت الخيار للبائع فيه وجهان (أصحهما) نعم وهذا هو القول الاول الذي ذكره المصنف في الثوب والارض في حالة الزيادة وهو الذي صححه فيها ابن ابي عسرون وغيره فإذا أجاز كانت كلها للمشتري ويطالبه للزيادة بنسئ (والثاني) واختاره صاحب التهذيب أنه لا خيار للبائع ويصح البيع في الجميع بجميع الثمن وينزل شرطه منزلة شرط كون المبيع جيفا فيخرج سليما لا خيار له فإذا قلنا بالصحيح فقال المشتري لا يفسخ فأنا أقنع بالقدر المشروط شائعا ولك الزيادة فقد حكى صاحب التقريب في ذلك قولين وحكاهما غيره وجهين (أظهرهما) أنه لا يسقط ورجح ابن سريج السقوط في جوابات الجامع الصغير لمحمد ولو قال لا تفسخ حتى أزيدك في الثمن لما زاد لم يكن له ذلك ولم يسقط به خيار البائع بلا خلاف هذا تهذيب الطرق المنقولة \* وأما بيان الإشكال والترجيح بين الطرق فيتوقف على مقدمات (أحدها) أن هذه المسألة يتجاوز بها أربعة أصول مستفادة من كلام الامام رحمه الله في باب النهي عن بيع الغرر (أحدها) خلف شرط جنس المبيع والصحيح البطلان (والثاني) خلف شرط الوصف فيه والتفريع على الصحة ولا تفريع على القول القريب الذي حكاه الحناطى (والثالث) خلف شرط الصفة في النكاح وفيه قولان (أظهرهما) الصحة (والرابع) تفريق الصفقة من جهة الحاق القدر بالجزء على ما سألينه (الثانية) أن الغرض المتعلق بجنس المبيع قوى جدا فان الجنس هو الاصل والمقادير والاصناف تطراً عليه وتزول فإذا اخلف فالصحيح البطلان لغوات مورد العقد وليس ذلك نظراً إلى العبارة فقط بل لمجموع الاشارة والعبارة ودلالتها على ما ليس بموجود والتعليل الآخر ينظر إلى الاشارة وحدها ويلغى العبارة وهو بعيد \* وأما الوصف في المبيع فليس في هذه الرتبة وان كان مقصودا ولكنه قد يطرح ويعتقر ومورد العقد هو الجنس المعين فلذلك عند فوات الوصف لم يبطل المبيع \* وأما المقدار فالغرض يتعلق به أكثر من الوصف وأقل من الجنس فهو متردد بينهما ولو شبه بالجزء لان المقدار يصح أن يكون موردا للعقد بخلاف الوصف وله شبه بالوصف في النكاح من جهة أن الغرض الاعظم في المنكوحه الاوصاف (الثالثة) قد عرفت بهذه المقدمة الثانية

انحطاط الغرض في المقدار عن الجنس وذلك يوجب أن هذه المسألة أولى بالصحة من تلك ثم ان ألحقنا المقدار بالوصف في المبيع اقتضى الصحة في جميع الصور وانه عند ظهور الزيادة لا يكون للبائع خيار كما قاله صاحب التهذيب وان ألحقنا بالوصف في النكاح وجب أن يجرى الخلاف في حالة النقصان في المتقوم والمثلى وأن يصح حالة الزيادة فيهما من غير خيار والعراقيون قطعوا بالصحة حالة النقصان وقطعوا في زيادة المثلى بالصحة وأن الزيادة للبائع وترددوا في زيادة المتقوم وهذا السؤال كما أنه وارد على العراقيين هو وارد على الخراسانيين في قول بعضهم ان الزيادة

للبيع وقول بعضهم انها للمشتري وللبائع الخيار كما قاله الرافعي فان الوصف ليس هكذا بل إذا خرج زائداً كان للمشتري قطعاً بغير خيار فما مشى على جعله كالوصف من كل وجه الا صاحب التهذيب على أنه يلزمه أن يقول عند النقصان انه إذا أجاز في المثلي يجيز بكل الثمن وما أظنه يقول به وان ألحقنا المقدار بالجزء ففي حال النقصان قد اقتضى الشرط ادخل شيئاً مع الموجود في البيع فكأنه باع موجوداً ومعدوماً فيتخرج على تفريق الصفقة وينبغي على هذا البطلان على الاصح في تفريق الصفقة أنه إذا جمع بين معلوم ومجهول يبطل فان المعدوم لا يعرف فيمنعه وفي حال الزيادة والاشارة شاملة للجميع والعبارة في الشروط مخرجة للزائد فيبطل فيه - وفي الباقي قولاً تفريق الصفقة وينبغي على هذا أنه في المثلي يصح على الاصح وفي المتقوم يبطل الابهام فانه غير مميز ولا يمكن تقويمه وهذا أيضاً وارد على العراقيين - أما العراقيون فظاهر لفظهم بالصحة في الصور الثلاثة وتصحيحهم الصحة في الصورة الثانية - وأما الخراسانيون فلانهم يصحون الصحة في الجميع مع اجرا للخلاف \* وقال الامام بعد ذكره الاصول المذكورة إن خلف المقدار في المبيع أولى بالخلاف من خلف الصفات في النكاح (قال) والبيع أقبل للفساد بالشرط ثم قال الامام فالذي يقتضيه الترتيب بعد تمهيد ما ذكرناه ترتيب مسألتنا في الصحة والفساد على التفريق في الصفقة وهذه المسألة أولى بالصحة وان رتبناها على خلف الصفات في النكاح فمسألتنا أولى بالفساد قال والذي به الفتوى صحة البيع هذا كلام الامام وأما كلام الغزالي فانه أختار في حال الزيادة التخرج على تفريق الصفقة وفي حالة النقصان التخرج على الاشارة والعبارة ومقتضى ذلك أنه عند الزيادة لا يصح في القدر الزائد قطعاً ويصح في الباقي على الاصح وهذا سيأتي له في الصبره وهي التي تكلم فيه أما المتقوم فلا يأتي على هذا التخرج الآن فساداً كما تقدم - وأما تخرجه في حالة النقصان على الاشارة والعبارة فالاشارة والعبارة مختلفة ففي الجنس إذا قال بعثك هذه الشاة وكانت بقرة الاصح البطلان والفتيا هنا على خلافه

[ 339 ]

وفي النكاح إذا قال زوجتك هذه عائشة فكانت فاطمة الاصح الصحة لكن مقتضاه أن يصح في جميع الصبره ولم يقولوا به على الاصح وقد استشكل الامام قول العراقيين وقال ذكر العراقيون هذه المسألة وحكموا بأن المساحة إذا نقصت عن المقدار المذكور صح البيع قولاً واحداً وان زادت ففي صحة البيع قولان ولا يكاد يظهر فرق بين النقصان والزيادة وطرد صاحب التفريق وسيجئ القولان في الصورتين (قلت) وهذا على ما هو المشهور عن العراقيين وقد تقدمت طريقة عن الشيخ أبي حامد بأحد القولين في الصورتين في الصيغة المصرحة بالشرط فهذا تلخيص الاشكال في هذه المسألة وتلخيصه في ثلاث إشكالات (أحدها) على المشهور عن العراقيين في فرقهم بين النقصان والزيادة وهو سؤال الامام وفي فرقهم في الزيادة بين المتقوم والمثلي (الثاني) على الشيخ أبي حامد في فرقه بين أن يقول إنها عشرة أذرع فيجري القولان وبين أن يقول وهي عشرة أذرع فيفرق بين النقصان والزيادة وان كانت هذه الصيغة شرطاً فينبغي الخلاف فيها أولاً فلا ينبغي الخلاف فيهما (الثالث) عليهم وعلى الامام والخراسانيين أو زيادة الصبره تكون عند بعضهم للبايع وقول الرافعي وبعضهم إنها للمشتري وللبايع الخيار وعلى الامام أعظم حيث اختار التخرج على تفريق الصفقة ومع ذلك اختار الفتوى بالصحة

مطلقا وقد عرفت أن التخريج في بعض الصور يقتضى خلاف ذلك وصاحب التهذيب سالم من هذه الاشكالات لكن قوله مخالف للاكثرين \* إذا عرفت هذا فنقول إن الشافعي رحمه الله نص في البويطى على ما نقله القاضي أبو الطيب وغيره من الاصحاب على أنه إذا اشترى صبرة على أنها مائة كر فلم يصب إلا خمسين فهو مخير ان شاء أخذها بحصتها وان شاء فسخ البيع فهذا النص يرد القول بالبطلان ويقتضى الصحة إما قطعاً كما قال العراقيون وإما أنه الراجح ويقتضى أيضا رد القول بأنه يخير بكل الثمن في المثلى كما يقتضيه اطلاق الرافيى ومن تقدمه من الخراسانيين فمن جهة اقتضائه الصحة يرد القولين بتخرجه على تفريق الصفة والقول بالنظر إلى العبارة وحدها وقطعها عن خلف الشرط في الجنس ومن جهة قوله إنما يجز بالحصة يقتضى عدم الحاقها باشتراط الوصف من كل وجه إذ لو كان كذلك لاجاز بالكل كما إذا اشترى شيئا على شرط السلامة أو زيادة وصف فخرج بخلاف ذلك فإنه إذا اجاز لا يسقط من الثمن شئ وكان ذلك لما قدمته من ارتفاع الغرض في القدر عن الوصف وانحطاطه عن الجنس فجعل له حكم حصته والحق في الصحة بالوصف من جهة أن الصبرة المشاهدة المعينة باقية بحالها فلم تكن كاخلاف الجنس وأثبتنا

## [ 340 ]

الخيار للمشتري لغوات غرض مقصود وألحق في الاجازة بالقسط بالجزء لشدة الغرض فيه ولم يجعل كتفريق الصفة من جهة أنه لم يجعل موردا للعقد وانما أتى به على صورة الشرط والمبيع الصبرة المشاهدة لا الصبرة وشئ آخر فلذلك كان الحكم المذكور من الصحة والاجازة بالقسط مقطوعا به عند الكثير من العراقيين على وفق النص وقال أبو الطيب إنه لا يختلف أصحابنا فيه وإذا ثبت الخلاف عند غيرهم فالاصح كذلك الصحة كما صرحوا به واجازة بالقسط خلافا لما يفهمه اطلاق الرافيى - هذا في حالة النقص إذا كان المبيع مثليا فان كان متقوما فالحكم بالصحة باق لهذا المعنى والحكم بالاجازة بالقسط متعذر لانه لا يمكن قسمة الثمن على أجزائها كما قاله المصنف فخيرنا المشتري بين الاجازة بالجميع والفسخ وأما في حالة لزيادة فيجب المحافظة على هذين المعنيين وهما اللاحق بالوصف من وجه بالجزء من وجه فمن جهة الحاق المقدار بالجزء يقتضى أن ذلك المقدار الزائد لا يسلم للمشتري كأوصاف السلامة إذا شرط عدمها وكانت موجودة بل يكون هذا لزائد يبقى للبائع لانه مستقل يمكن ايراد العقد عليه فان أمكن ذلك كما في المثلى أبقيت الزئد للبائع وقلنا الحاقه بالجزء لتعلق غرض البائع به كما يتعلق غرض المشتري به في حالة النقصان ويكون المقدار المشروط من المثلى للمشتري لتطابق الاشارة والعبارة عليه ولا يسقط من الثمن شئ لانه لم يقف عليه شئ مقصود وخروج بعض الصبرة المشاهدة مع حصول جنس المبيع وقدره الذى تعلق الغرض به لا يزيد ولا يثبت خيارا لانه لم يفت غرض مقصود عن المشتري ولا محذور في ذلك فان المشتري يكون شريكا للبائع في الصبرة ويتقاسمانها بغير حذر \* وأما في المتقوم فالقول بالتصحيح يؤدي إلى أن يكون مورد العقد منهما وهو فاسد ومشاعا ويؤدي إلى ضرر القسمة فترددنا بعد ذلك فمن قائل يقول انا في هذه الصورة نجعل البيع باطلا لهذا المعنى وهذا هو القول المخرج وهو ظاهر بهذا التقدير ولا يلزم طرده في بقية الصور ومن قائل يقول ان هذا المحذور يندفع إذا رضى البائع بتسليم الجميع بالثمن فيصح ويثبت الخيار للبائع لكن ههنا يجب على القول بالصحة وعلى القول بالبطلان أما على القول بالصحة وهو المنسوب إلى النص فهل أنه صح في

الجمع بالثمن وللبائع الخيار أو صح في المقدار المشروط وإذا تبرع البائع بتسليم الجميع لزم إن قلنا بالاول فلم لا يقبل بذلك في الصبرة إذا خرجت زائدة وظاهر كلامهم وقولهم أن يأخذ المقدار ويترك الزيادة أن العقد لم يشمل الزيادة ويحتمل أن يكون العقد شملها ويكون

[ 341 ]

مرادهم أنه لا يلزم البائع بتسليمها لكن العبارة لا تؤدي هذا المعنى وإن قلنا بالثاني كان ذلك سالما في الصبرة ولكن في الثوب والارض مشكل لان العقد يكون قد ورد على مبهم مجهول فيكون باطلا من أصله ولا ينجبر ذلك برضاء البائع بتسليم الجميع فطريق الخلاص عن هذا الاشكال بما سيأتي عن الماوردي أنه على قول الصحة يصح في جزء شائع لكن ذلك فيما إذا ذكر الثمن مفصلا لا مجملا أما إذا ذكره مجملا فسيأتي وأما على القول بالبطلان عند زيادة المتقوم فهل معني ذلك أن العقد باطل من أصله أو أنه يفسخ عند التشاح لتعذر امضائه إن قلنا بالاول وهو الاسبق إلى الفهم من كلام الاصحاب فعلة المصنف لا تقتضي ذلك لانه علل بأنه لا يمكن اجبار البائع ولا اجبار المشتري ومقتضى ذلك انهما إذا تراضيا صح وأقر العقد كما قال هو وأكثر الاصحاب في بيع الصبرة بالصبرة كيلا يكيل إذا خرجتا متفاضلتين وليس من جنس واحد فيحتمل أن ينزل القول بالبطلان على هذا المعنى وحينئذ لا يلزم طرده في شئ من الصور الثلاث وينزل قول الصحة على أنه يصح في الجميع ثم يسترجع البائع في المثلى إن شاء الزيادة بغير تقيسط وفي المتقوم لا يمكنه استرجاع الزيادة وحدها فيفسخ هذا ما ظهر لى في ذلك واطنه صوابا وان كان الاسبق إلى الفهم من كلام الاصحاب خلافه \* (فائدة) \* قد نهت بما تقدم على السبب الذي اقتضى الاجازة ههنا في المتقوم بجميع الثمن بخلاف اخواته من صور تفريق الصفقة وعلى أنه في المثلى يجيز بالقسط من غير خيار بخلاف ما يقتضيه كلام الرافعي من أنه يجيز بالكل ونص الشافعي في المثلى بخلافه \* (فائدة أخرى) \* صورة هذه المسائل ليست على اطلاقها بل هي على ثلاثة أحوال (احدها) أن يذكر الثمن جملة من غير تفصيل كقوله بعتك هذه الارض بعشرة دراهم على أنها عشر أدرع فالحكم على ما تقدم (الثانية) أن يذكره مفصلا ولا يذكره مجملا كقوله بعتك هذه الارض على أنها عشر أدرع كل ذراع بدرهم فقد ذكرها صاحب التتمة على ما تقدم ومثل بالارض والثوب والقطيع وقال المارودي في الارض والثوب ان خرجت تسعة ثبت للمشتري الخيار بين الفسخ والاجازة بحسابه من الثمن وهو في ذلك موافق لما تقدم عن القاضي أبي الطيب في المجرد والصحيح خلافه وانه يجيز بكل لثمن قال الماوردي وان خرجت احد عشر فقولان (أحدهما) يبطل العقد (والثاني) يصح في عشرة ويكون البائع شريكا بالباقي على الاشاعة ويثبت للمشتري الخيار والماوردي في هذا أيضا موافق لاحد الوجهين ان الزيادة تكون للبائع وفيه ما تبين أن القائل بذلك

[ 342 ]

يقول بالشركة في الثوب والارض فيندفع عنه اشكال الابهام وكأنه يجعل ذلك كما لو باع ذراعا من دار وهما يعلمان ذراعها لكن هذا ظاهر فيما إذا

ذكر تفصيل الثمن فقط ولم يذكر جملته أما إذا ذكر جملته ولم يذكر تفصيله فينبغي على قول الماوردي انه يحيز بالقسط ولذي ذكره المصنف والاصحاب يقتضى أنه يحيز بالكل (الحالة الثالثة) أن يذكر جملة الثمن وتفصيله مقسطا على الأذرع كقوله بعتك هذه الارض بعشرة دراهم على أنها عشر أذرع كل ذراع بدرهم فقد تقدم نظير ذلك في كلام المصنف في باب الربا فيما إذا باع صبرة حنطة بصبرة شعير كيلا بكيل وخرجنا متفاضلتين وتقدم هناك طريقان (أحدهما) عن المصنف وأكثر الاصحاب أنه إذا رضى صاحب الزيادة بتسليم الزيادة أقر العقد وأجبر الآخر على القبول وان رضى صاحب الناقصة بقدر صبرته من الزائدة أقر العقد وان تشاحا فسح وقياس ذلك أن نقول هنا إذا فصل الثمن على المبيع كما مثلناه سواء أكان معينا أم في الذمة أن يأتي التفصيل المذكور هنا أما أن يتشاحا أم لا ووجه ترتيب الحكم بين (والطريقة الثانية) عن صاحب التهذيب حكاية قولين (أصحهما) البطلان وقياسها أن تأتي هنا أيضا فعلمنا أن فرض المسائل فيما إذا لم يجمع بين جملة الثمن وتفصيله وكلام المصنف ظاهر في أنه إنما أراد حالة ذكر الثمن جملة فقط ألا تری إلى قوله بجميع الثمن والثمن المفصل لا يعرف جميعه (فائدة أخرى) فرض هذه المسائل في شئ واحد كتوب أو أرض ونحوهما فلو باعه رزمة ثياب بعد رؤية ما فيها كل ثوب بدينار على أن فيها عشرة أثواب فكان فيها تسعة قال الماوردي البيع جائز للمشتري أن يأخذها بالقسط من الثمن قال ولو زادت ثوبا فالبيع في جميعها باطل قولوا واحدا بخلاف الارض والثوب إذا بيعا مزارعة لان الثياب قد تختلف وليس يمكن أن يكون الثوب الزائد مشاعا في جميعها ومساويا لباقيها وما زاد في الثوب الواحد والارض فمقارب لباقيه ويمكن أن يكون مشاعا في جميعه (قلت) وقوله في النقصان أن يأخذ بالقسط موافق لما تقدم عنه في الثوب الواحد والاصح هناك خلافه وقوله في حالة الزيادة يلتفت على البحث المتقدم على قوله التصحيح في الثوب الواحد إن جعلناه على سبيل الاشاعة كما قال الماوردي فينسبها قاله هنا وان جعلنا الصحة في الجميع فلا والله أعلم (فائدة أخرى) القائل بالبطلان عند الزيادة هو ابن سريج نقله عن القاضي حسين قبل باب بيع حبل الحبله

[ 343 ]

صورها في الصبرة ونسب الصحة إلى النص ثم قال وكذلك حكم الثوب وقال أبو حنيفة في الصبرة يحيز العقد في ذلك القدر بحصته من الثمن وفي الثوب يأخذ الجميع بجميع الثمن وفرق بأن الذرع صفة في الثوب كالطول والقصر وأما مالية الحنطة والشعير فمقاديرها ولهذا أوجب الشرع التساوي في المقدار في بيع بعضها ببعض والثمن يتقسط على المقادير دون الصفات وأجاب الاصحاب بأن الذرع طريق للتقدير في العادة كالكيل والوزن فلا فرق بينهما (فائدة أخرى) النص المنقول عن البويطى رأيت مثله في الام في آخر باب الثنيا عقب الكلام الذي سأحكيه عنه في بيع العبد الجاني إذا قتل في يد المشتري قال الشافعي لان العيوب في الابدان مخالفة بعض العدد - ولو كان المشتري كيلا معينا كان هكذا وإذا كان ناقصا في الكل أخذ بحصته من الثمن ان شاء صاحبه وان شاء فسح فيه البيع انتهى - وهذا فيه زيادة فائدة وهو نصه على الفرق بين الوصف والمقدار كما قلته أولا لقوله ان العيوب في الابدان مخالفة نقص العدد (فائدة أخرى) أكثر الاصحاب انما صوروا ذلك في الارض والثوب وصورها الزبيري في المنقصب في الدار فاستفيد منه ان حكم الدار حكم الارض وقطع بالبطلان في حالة الزيادة كما هو الوجه الثاني في الكتاب \* (فرع)

\* مر خلف الشرط قال أبو عاصم العبادي إذا اشترى أرضا عليها خراج بحق ثلاثة دراهم بشرط أن عليها درهما إذا علم المشتري ذلك فالبيع باطل وإن لم يعلم فهو بالخيار (قلت) وكذلك قاله ابن القطان في المطارحات وفي البطلان إذا علم نظر وينبغي أن يكون هذا الشرط لا أثر له ولعل مأخذ ذلك أن مقتضى الشرط أن لا يلزم باكثر من ذلك وحينئذ يتجه البطلان والله أعلم \* \* (فرع) \* المشهور في المذهب انه إذا باع جارية وشرط حملها بطل البيع وقيل يصح في الأدميات لانه عيب ولهذا الغى قال المرعشي في ترتيب الاقسام يصح من البائع ولا يصح من المشتري (قلت) فإذا قلنا بهذا واشترطه فاخلف هل نقول ليس للمشتري الرد كما لو شرط أنه معيب وخرج سليما أوله الرد لان الحمل يقاربه قسط من الثمن فيه نظر واحتمال وهذا الذي قاله المرعشي هنا يوافق التفصيل في شرط ترك الوطئ في النكاح وذلك أن الشارط هو الذي له غرض في اثبات ذلك الشرط والمشروط عليه ليس له غرض الا اسعاف الشارط وليس المشروط مقصودا له وهذا معنى صحيح

## [ 344 ]

وان كان لرافعي استشكله هناك فالمشتري هنا ليس له غرض في الحمل وانما الغرض للبائع في براءته من العهدة بسببه وعلى هذا يقوى انه إذا أخلف لا يثبت الرد والله أعلم \* أما إذا كان الشارط هو المشتري فيظهر أن له الرد لان الحمل وان قلنا انه عيب الا أنه زيادة من وجه كما صرحوا به في الصداق \* \* قال المصنف رحمه الله تعالى \* \* (وان باع عبدا جانيا ففیه قولان أحدهما أن البيع صحيح وهو اختيار المزني لانه ان كانت الجنایة عمدا فهو عبد تعلق برقبته قتل فصح بيعه كالعبد المرتد أو يخشى هلاكه وترجى سلامته فجاز بيعه كالمريض وان كان خطأ فلانه عبد تعلق برقبته حق بغير اختياره فلا يمنع من بيعه والقول الثاني أن البيع باطل لانه عبد تعلق برقبته دين آدمى فلا يصح بيعه كالمرهون) \* \* \* (الشرح) \* ذكر المصنف بيع العبد الجاني في التنبيه في باب ما يجوز بيعه وذكره في المهذب في هذا الموضوع وكذلك المزني والاصحاب ومقصودهم بذلك التفريع الذي عليه فانه مقصود في هذا الباب والقولان منصوصان قال الشافعي في مختصر المزني ولو باع عبده وقد جنى ففیه قولان (أحدهما) أن البيع جائز كما يكون العتق جائزا وعلى السيد الاقل من قيمته وأرش جنائته (والثاني) البيع مفسوخ من قبل أن الجنایة في عنقه كالرهن فيرد البيع ويباع فيعطى رب الجنایة جنائته وبهذا أقول الا أن يتطوع السيد بدفع الجنایة أو قيمة العبد ان كانت جنائته أكثر كما يكون هذا في الرهن قال المزني كما يكون العتق جائزا تجوز منه للعتق وقد سوى في الرهن بين ابطال البيع والعتق فإذا جاز العتق في الجنایة فالبيع جائز مثله انتهى - والقول بالجواز مذهب أبي حنيفة وأحمد واختيار المزني ورجحه الغزالي والقول بالبطلان اختيار الشافعي كما نص عليه في الام هذا كلامه لقوله وبهذا أقول وكذلك صححه الجمهور واحتجوا للجواز بما ذكره المصنف من الحاقه اما بالمرتد واما بالمريض وكلاهما يصح بيعه هذا ان كانت الجنایة عمدا وان كانت خطأ فتعلق العتق برقبته بغير اذن السيد وبهذا فارق المرهون واحتج المزني العتق وان الشافعي جوزة أي في العبد الجاني فليجز البيع وبأن الشافعي سوى بينهما في البطلان في الرهن فليسوا بينهما هنا في الصحة واحتج أبو حنيفة بأن الارش في رقبته غير مستقر لان للسيد أن يفتديه وبهذا يفارق الرهن أيضا واحتجوا للبطلان بالقياس على الرهن كما ذكره

المصنف بأن الجناية أكد من الرهن لان العبد المرهون إذا جنى بيع في الجناية وبطل الرهن فإذا كان الرهن يمنع صحة البيع فالجناية أولى وأجاب الاصحاب عن الزام المزني للشافعي بأن البيع فيه قولان (فان قلنا) البيع جائز فالعتق أول (وان قلنا) البيع لا يجوز ففي العتق الاقوال الثلاثة التي في المرهون فليس العتق متفقا عليه حتى يقاس عليه (قلت) وهذا الجواب فيه نظر فان المزني ما أراد قياس البيع على العتق ابتداء من عند نفسه حتى يرد عليه بالخلاف فيه بل لما قاس الشافعي عليه استدل من كلام الشافعي على أنه يجوز فالزومه بتجوير البيع والطريق في الجواب على هذا التقرير أن كلام الشافعي يقتضى أن يكون قائل القول الاول يرى العتق جائزا فتشبه به البيع إما بطريق التشبيه واما بطريق القياس عند ذلك القائل والشافعي قد قال ان القول الثاني قوله وسكت عن العتق فلا يلزمه أنه هو جازم أو مرجح لجواز العتق حتى يلزم به ولعل هذا مراد الاصحاب بجوابه (وأما) قول المزني إن الشافعي سوى بين البيع والعتق في الرهن في الابطال فليسو بينهما هنا يعني وقد قال بصحة العتق فليقل بصحة البيع لتحصل التسوية وأجاب الاصحاب بجوابين (أحدهما) أن الشافعي لم يسو بينهما في الرهن بل خالف بينهما لان البيع في المرهون يبطل قولاً واحداً وفي عتقه ثلاثة أقوال فكذا بحيث يختلف هذا الجواب (الثاني) أن هذا الاستدلال بالعكس ولا يلزم الجواب عنه هكذا قال الشيخ أبو حامد وفيه نظر لان قياس العكس على هذه الصورة صحيح لانه لو لم يصح بيع الجاني لما صح عتقه كالرهن فانا نقيس الجاني على المرهون في التسوية بينهما ثم التسوية بينهما إما في المنع ولم نقل به لتجويزه العتق فليكن في الجواز وأجاب هذا انا نمنع أنه لم يقل به لما تقدم أنه ليس في كلام الشافعي تصريح على القول الثاني بجواز العتق - قال الاصحاب ولا يلزم من جواز العتق جواز البيع لان الأبق والمغصوب والمجهول والمبيع قبل القبض يجوز عتقهم ولا يجوز بيعهم وقال الماوردي ان قياس العكس قال به أكثر الفقهاء وان خالفهم أكثر المتكلمين وهو اثبات بعض حكم الاصل في الفرع باعتبار علة (قلت) ومن المانعين من الاحتجاج بقياس العكس أبو حامد الاسفرايني كذلك نقل عنه أبو الوليد التاجي في الاصول فلذلك منع هنا على طريقته وفرق القاضي حسين بينه وبين المرتد بأن المرتد مملوك منتفع به ارتكب كبيرة واستحق بها عقوبة الله تعالى فلم يزل بها ملك المالك عنه ولا تدفع المزاحمة فيما يحدث بالشراء وهو الملك لكونه مملوكاً لملكه يعني والمستحق

في الجناية وقعت فيه مزاحمة وهو حق المجني عليه وهذا المعنى فارق بينه وبين المريض أيضاً وفي كلام بعضهم طريقة قاطعة بالبطلان لقول الشافعي وبهذا أقول وجعل القول بالجواز مخرجا ومسند التخرج الزام المزني لما فهم عن الشافعي القطع بالبطلان وحكى صاحب التتمة أن بعض أصحابنا خرج قولاً ثالثاً أن العقد موقوف فان قد نفذ وإن لم يقدر بطل كالمفلس إذا باع بعض أعيان أمواله وقد تعرض الشيخ أبو حامد لهذا وأنه اشتبه على بعض أصحابنا حتى خرج هذا القول وليس بشئ والاشتباه

من قول الشافعي يرد البيع إلى قوله إلا أن يتطوع السيد وتأويل ذلك أنه يرد المبيع وهو العبد (وقوله) يتطوع السيد يعني بدفع الارش أو القيمة فلا يباع العبد وليس معناه أنه إلا أن يتطوع فيصح البيع هكذا ذكره الشيخ أبو حامد والقاضي حسين حكى ما نقله صاحب التتمة قولاً مطلقاً من غير نسبة إلى تخرج قال فإذا بيع وقلنا موقوف فإن أدى الارش صح بيعه ولزم والا بيع ان استغرقه الارش وان لم يستغرقه بيع بقدر الارش وثبت الخيار للمشتري في الباقي فان أجاز فيحصته من الثمن وقد نقل ابن داود قول المصنف هذا وبين أنه في جنابة الخطأ يسير إلى أنه لا يجري فيه جنابة العمد قال ومنهم من أنكره \* \* قال المصنف رحمه الله تعالى \* \* (وفى موضع القولين ثلاث طرق أحدها أن القولين في العمد والخطأ لان القصاص حق آدمي فهو كالمال ولانه يسقط إلى مال بالعفو فكان كالمال والثاني أن القولين في جنابة لا توجب القصاص فاما فيما توجب القصاص فلا تمنع البيع قولاً واحداً لانه كالمرتد والثالث أن القولين فيما يوجب القصاص فاما فيما يوجب المال فلا يجوز قولاً واحداً لانه كالمرهون) \* \* \* (الشرح) \* الطرق الثلاث حكاهما الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب وقال الشيخ أبو حامد إن الطريق الثاني هو مذهب الشافعي لانه قال فيها قولان (أحدهما) البيع جائز وعلى السيد الاقل من قيمته وأرش الجنابة والأزم السيد المال ولو كان ذلك في الجنابة الموجهة للقصاص لقال والولى بالخيار ثم قال والقول الثاني أن البيع مفسوخ وبيع ويعطى رب الجنابة جنابته إلا أن يتطوع السيد بدفع الجنابة وكل ذلك يكون في الجنابة الموجهة للمال (قلت) وهذا استدلال جيد على ضعف الطريقة الثالثة وأما الطريقة الاولى فلا يبقى في كلام الشافعي دلالة عليها لانه لم يتعرض للعمد يبقى

[ 347 ]

ولا اثبات فاجراء الخلاف فيه انما يكون بالتخرج ان صح القياس أو بنقل آخر أما هذا فلا ولا جرم كانت هذه الطريقة الثانية هي الصحيحة وان الخلاف مقصور على حالة ايجابها المال فقط وممن صححه الرافعي وقال ابن أبي عمير إن الطريقة الثالثة أصح الطرق وهو بعيد لما تقدم والطريقة الاولى في الرافعي ما يقتضى نسبتها لابن خيران ومن القائلين بها من بنى القولين في العمد على أنه موجب ماذا ان قلنا القود المحصن صح بيعه كالمرتد وان قلنا أحد الامرين فهو كبيع المرهون وكلام الرويانى يدل على اختيارها فانه قال ان الاصح بطلان البيع عمداً أو خطأً ومن القائلين بالبناء المذكور ابن أبي هريرة ومن الاصحاب من قال ولو جعلنا موجب العمد أحد الامرين فحكمه هنا كما إذا جعلنا موجب القصاص لا غير لانا على هذا القول لاتبتها بشاهد ويمين وشاهد وامرأتين حكاه القاضي حسين مطلقاً وعزاه ابن داود لصاحب التقريب وانه قال بجواز البيع في الجاني عمداً على القولين وهذا في الحقيقة اختيار للطريقة الثانية وهذا كله حيث لا عفو فان عفا عن القصاص علي مال ثم عرض البيع كان حكمه كالخطأ تجرى فيه طريقان خاصة إما جريان القولين وإما القطع بالمنع وحكم شبه العمد والعمد الذي لا قصاص فيه في ذلك حكم الخطأ وكذلك إذا أتلف العبد مالا \* \* وأعلم أنه قد تقدم ما يقتضى الفرق بين الجاني والمرتد من كلام القاضي حسين والفرق بينه وبين المرهون من جهة أن الراهن حجر على نفسه والفرقان يقتضيان وجهان \* (الطريقة الاولى) \* إلا أن يلغى الفرق بينه وبين المرتد وأما المرهون فالفرق ظاهر قال الشيخ أبو حامد كل حق تعلق بعين مال لانسان باختياره يمنع البيع قولاً واحداً كالرهن وكل حق تعلق بعين مال لانسان من غير اختياره فهل يمنع البيع أم لا على

قولين كما ذكرناه ههنا وكما قلنا في المال إذا وجبت فيه الزكاة فباع رب المال قبل اخراج الزكاة بعد وجوب الحق فيه من غير اختياره كان على قولين (1) يعني إذا قلنا إنها تتعلق بالمال تعلق رهن أو تعلق جنابة بعينه محل هذا الخلاف والطرق إذا كانت الجنابة متعلقة برقبته كما تقدم وباعه قبل الفداء وهو موسر فلو كانت موجبة المال في ذمته لم يمنع بيعه بحال وان تعلق برقبته وباعه وهو معسر بطل ومنهم من طرد الخلاف فيه وحكم بأن الخيار للمجني عليه ان صححنا وان باعه وهو موسر فان كان بعد الفداء صح وان كان قبله وقبل اختياره فهو محل الخلاف وان كان قبل الفداء ولكن بعد اختيار الفداء فاطلاق صاحب التهذيب يقتضى الصحة واطلاق الماوردي يقتضى طرد الخلاف وهو الاقيس لان

(1) بياض بالاصل

[ 348 ]

اختيار الفداء ليس بالتزام فله الرجوع عنه ولا يلزمه به شئ بل لو صرح بالتزام الفداء لم يلزمه على أصح الوجهين في الوسيط في آخر العاقلة قبيل القسم الرابع في دية الجنين بل لو قلنا باللزوم فعاية ذلك أنه ضمان فلم ينقطع التعلق بالرقبة به حتى يصح بيعها ولو باع العبد الجاني بادن ولي المجني عليه فلا اشكال في الصحة \* \* قال المصنف رحمه الله تعالى \* \* (إذا قلنا ان البيع صحيح في قتل العمد فقتل العبد في يد المشتري ففيه وجهان قال أبو العباس وأبو علي بن أبي هريرة ان علم المشتري بالجنابة في حال العقد لم يرجع عليه بالارش وان لم يعلم رجوع بالارش العيب لان تعلق القتل برقبته كالعيب لانه ترجى سلامته وبخشي هلاكه فهو كالمريض وإذا اشترى المريض ومات وكان قد علم بمرضه لم يرجع بالارش وان لم يعلم جع فكذلك ههنا فعلى هذا إذا لم يعلم بحاله وقتل قوم وهو جان وقوم غير جان فيرجع بما بينهما من الثمن وقال أبو إسحق و ؟ ود القتل بمنزلة لاستحقاق وهو المنصوص فإذا قتل انفسخ البيع ورجع بالثمن على البائع علم بالجنابة حال العقد ؟ ؟ ولم يعلم لانه أزيلت يده عن الرقبة بسبب كان في يد البائع فاشبه ما إذا استحق وبخالف المريض فانه لم يمت بالمرض الذي كان في يد البائع وانما مات بزيادة مرض حدث في يد المشتري فلم يرجع بجميع الثمن) \* \* \* (الشرح) \* بدأ المصنف بالتفريع الذي هو المقصود فوضع المسألة في هذا الباب واقتصر على التفريع على القول بصحة البيع لذلك فان التفريع على البطلان لا تعلق به يختص بهذا الباب وقد قال الاصحاب انا ان أبطلنا باع العبد الجاني رده واسترجع الثمن وتبقى الحكومة بين السيد والمجني عليه فان كانت الجنابة توجب القصاص واقتصر الولي فذك وان عفا على مال أو كانت توجب مالا فالسيد على خبرته ان شاء سلمه لبيع وان شاء فداه من ماله فان سلمه فان بيع بقدر الجنابة فذك وان بيع بأقل فلا يلزم السيد غيره وان بيع بأكثر فالفاضل يدفع إلى السيد البائع وإذا أفدي فالأظهر ؟ ؟ ؟ ؟ يفد به بأقل الامرين من الارش وقيمة العبد (والثاني) يتعين لارش وان كثر إلا أن يسلم العبد لبيع فانه قد يرغب فيه راعب بأكثر وان قلنا بصحة البيع فان كانت الجنابة توجب المال فظاهر مذهب الشافعي ان السيد ملتزم للفداء ببيعه مع العلم بجنابته فيجبر على تسليم الفداء كما لو

أعتقه أو قبله وقيل هو على خيرته ان فدى امضى البيع والا فسخ قال هذا القائل وهذا لان ذلك ليس باكثر من أن يختار الفداء ولو اختار أن يفديه ثم قبل أن يخرج أربش الجناية رجع عن ذلك كان له هكذا قال الشيخ أبو حامد ويقتضيه كلام أبي الطيب في النقل عن صاحب هذا الوجه وشبهه أبو الطيب بما إذا قال الراهن أنا أقضي الدين من غير الرهن أو من قيمة الرهن لا يجب عليه الوفاء بذلك وهو النقل نستفيد منه ان عند اختيار الفداء لا يلزم وهو كذلك على الاصح وبه يضعف ما اقتضاه اطلاق التهذيب فيما تقدم من جواز البيع عند اختيار الفداء ولا يضعف به جعل البيع التزام للفداء لان المأخذ في ذلك الحيلولة كالعق والقتل فلا يلزم من كون صريح الالتزام غير ملزم أن لا يكون هذا ملزما فان قلنا بالاول فطريقان (أحدهما) يفديه ههنا بأقل الامرين قولاً واحداً هكذا قال الشيخ أبو حامد وأبو الطيب وعزاها ابن داود إلى النص (والثانية) ذكرها ابن داود وابن أبي هريرة ويقتضيهما كلام الماوردي جريان القولين فيه ووجه الطريقة الاولى أنه لا يقدر على تسليمه للبيع ولذلك إذا قبله يفديه بأقل الامرين خاصة ومنهم من أجرى فيه الخلاف فان تعذر تحصيل الفداء أو تأخر لافلاسه أو غيبته أو صبره على الحبس فسخ البيع وبيع في الجناية لان حق المجنى عليه سبق حق المشتري وان قلنا بالثاني وهو أنه لا يلزمه بالبيع الفداء وهو قول أبي اسحق المروزي فهو بالخيار بين الفداء وتسليمه المبيع وفي الفداء ههنا القولان لانه قادر على تسليمه وان كانت الجناية موجبة خيار القصاص فان عفا الولي فالحكم على ما تقدم وان طلب القصاص قتله ونظر فان كان قبل القبض انفسخ البيع وان كان بعده وهى مسألة الكتاب والمقصود في هذا الباب وهو تفرع على الصحيح ان الجناية الموجبة للقصاص لا تمنع من البيع فإذا قبل في يد المشتري بالجناية السابقة فاحد الوجهين أن ذلك بمنزلة العيب فانه كان قد علم به قبل الشراء أو بعده ولم يفسخ حتى قتل فلا شئ له وان لم يعلم رجع بأربش العيب وهو ما بين قيمته جانباً وغير جان منسوباً من الثمن ويعبر عن ذلك بأنه من ضمان المشتري وهذا نسبه الجمهور إلى ابن سريج وابن أبي هريرة كما نسبه المصنف بل أكثرهم ينسبه لابن سريج ولا يذكر غيره ونسبه الماوردي لابن أبي هريرة خاصة ولم ينسب لابن سريج في هذه المسألة شيئاً ونسب إليه في مسألة القطع بالسرقة السابقة أنه في ضمان البائع كما يقوله في القول الثاني وهو غريب وقد تقدم ذلك عنه ولا فرق بين المسألتين في هذا المعنى وقد تقدم ان ابن بشري نقل ما يوافق قول

ابن أبي هريرة عن نصه في الاملاء وبهذا القول قال أبو يوسف ومحمد ومال الماوردي إليه في القطع بالسرقة والثاني وهو قول أبي اسحق وابن الحداد وهو مذهب الشافعي على ما قاله الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب وغيرهما وهو نصه كما ذكره المصنف ولفظه في آخر باب الفتيا من الجزء الثامن من الام قال الشافعي من باع رجلاً غنماً قد حال عليها الحول أو بقراً أو بلا فاخذت الصدقة منها فللمشتري الخيار في رد البيع لانه لم يسلم له ما اشترى كاملاً وأخذ ما بقى بحصته من الثمن ولكن من

باعه ابلا دون خمسة وعشرون فالبيع جائز وعلى البائع صدقة الابل التي حال عليها الحول في يده ولا صدقة على المشتري فيها قال ومثل هذا الرجل يبيع العبد وقد حل دمه عند بردة أو قتل عمد أو قطع يده في سرقة فإذا قتل يفسخ البيع ويرجع بما أخذ منه وإذا قطع فله الخيار وفي فسخ البيع وامساكه لان العيوب في الابدان مخالفة نقص العدد انتهى \* وقد وجهوا هذا القول بان السبب كان في يد البائع وأحيل الهلاك عليه وان وجد في يد غيره كما لو أحيل المشتري الجارية المبيعة بيعا فاسدا وردها إلى بائعها وماتت من الطلق وبهذا القول قال أبو حنيفة ويعبر عن هذا القول بأنه من ضمان البائع ويعبر عنه أيضا بأنه كالاتحقاق أي جعل التلف في يد المشتري بالسبب السابق كظهور الاستحقاق في المبيع بسبب سابق وهذا الشبه يوهم أنه تبين بطلان البيع ولم يريدوا ذلك بل يفسخ بالتلف ووقع الشبه في الحكم بالبطلان من حيث الجملة وقد تقدم أن الماوردي نقل ما يوافق هذا القول عن ابن سريج في مسألة القطع وذلك خلاف المشهور - وأما تمسك القائلين بالوجه الاول بمسألة المرض وهي فيما إذا اشترى عبدا مريضا وتمادي المرض إلى أن مات في يد المشتري طريقان (أحدهما) أنه على الخلاف ويحكى هذا عن الحلیمی وغيره وسيأتي عن القاضي أبي الطيب ما يقتضيه فعلى هذا يسقط الاحتجاج بها (وأشهرهما) القطع بأنه من ضمان المشتري وعلى هذا الفرق ظاهر لان المرض يزداد شيئا فشيئا إلى الموت فليس الموت بالمرض السابق على البيع بل بما يتجدد بخلاف الجناية فإنها سبب كامل للقصاص وهذا معنى الفرق الذي ذكره المصنف ويكتفى في ذلك بمجرد الاحتمال فإنه يمنع من الحاقه بالمرض القديم فكيف والظاهر حدوث سبب جديد والاصل صحة العقد ولزومه ونظير ذلك إذا اشترى جارية حاملا ولم يعلم بحملها فماتت من الطلق يرجع بأرش العيب لأنها ماتت من أوجاع الطلق وهي حادثة في يد المشتري كالمريض إذا مات قاله القاضي أبو الطيب وحكم

[ 351 ]

الجراحة السارية حكم المرض ذكره في التهذيب وجعلها على الوجهين وبين أن ذلك في المرض المخوف أما غير المخوف كالصداع والحمى فيرجع بالارش إذا ازداد في يده ومات وكذلك ذكره القاضي حسين وحكم القولنج حكم المرض المخوف على ما ذكره القاضي حسين والبعوى حينئذ موافقان للحلیمی وهذا كله إذا لم يعلم المشتري بالجناية حتى قتل في يده فلو علم قبل العقد أو بعده ولم يفسخ فقد صرح المصنف بان الحكم كذلك قال الرافعي ويحكى عن أبي اسحق واختيار أبي حامد (قلت) وهو الشيخ أبو حامد الاسفرايني فإنه كذلك في تعليقه علم به أو لم يعلم وتبعه المصنف أما القاضي أبو الطيب فإنه نسب ذلك إلى بعض أصحابنا وقال انه غلط وأن مذهب الشافعي لا يختلف انه بمنزلة لعيب ونقل عن نص الشافعي في كتاب الرهن انه بمنزلة العيب الذي قد رضى به ولا شئ له قال الرافعي انه الاصح عند الجمهور وهو قول ابن الحداد أنه لا يرجع بشئ لدخوله في العقد على بصيرة وامساكه مع العلم بحاله كما قال القاضي أبو الطيب قال وليس هو كظهور الاستحقاق من كل وجه ولو كان كذلك ما صح بيعه اصلا وممن اختيار هذا ابن الصباغ وابن أبي عصرون وتحصل من ذلك أنه عند الجهل ينزل منزلة الاستحقاق وعند العلم ينزل منزلة العيب فإذا رضى به سقط أثره وهو أقوى في المعنى وفي الحقيقة هو عيب في الحالين ولكن في حالة العلم سقط أثره وفي حالة الجهل القتل من أثره فلذلك نزل منزلة الاستحقاق لكونه لم يرض به غير أن النص الذي تمسك به

أبو الطيب من كتاب الرهن ان كان هو الذى نقلته فيما تقدم عند طريبان العيب قبل القبض وهو قول الشافعي انه عيب دلس به فهذا لا دليل فيه لان الشافعي ما تكلم في حالة القصاص وانما ذلك إذا اطلع عليه قبل القصاص قال له أن يرد لانه عيب وهذا لا نزاع فيه انما النزاع في كونه إذا لم يرد حتى قتل هل يفسخ أولا \* (فرع) \* أما ثبوت الخيار للمشتري إذا صحنا البيع ولم يحصل القصاص فان كان بعد الفداء فقد سبق حكمه في العيوب والتفصيل في العمد بين أن يتوب أولا وفي الخطأ بين أن يكثر أولا وادعى ابن الرفعة أن نص الشافعي في البويطى في كتاب الغصب يدل على انها وان كثرت لا تثبت الخيار إذا كانت خطأ وفيه نظر وقد تأملت في كتاب الغصب في البويطى وفيه ما يحتمل ذلك بالمفهوم لا بالمنطوق وليس بقوى التمسك به وقال ابن الرفعة انه بين التمسك به في كتاب الغصب أما إذا كانت

[ 352 ]

قبل الفداء قال ابن الرفعة شبه أن يثبت الخيار سواء أقلنا يلزم السيد فداؤه أم لا وهو كما قال وهذا حيث يقول ان مجرد الجناية لا يكون عيبا إما عند التوبة أو عند عدم الكرار أما إذا كانت عيبا فهي كافية في ثبوت الخيار \* (فرع) \* إذا باعه ولا جناية منه ولكنه كان قد حفر بئرا في محل عدوان قبل البيع فتردى فيها من يجب ضمانه بعد البيع يشبه أن يكون كما لو كان قد جنى جناية توجب قصاصا ثم بعد البيع عفى علي مال وقد تقدم \* (فروع) \* وطئ الجارية الجانية لا يكون التزاما للفاذي وفيه وجه مذكور في الديات من الرافعي ولو قال لعبده إذا جاء رأس الشهر فأنت حر فجنى العبد ثم جاء رأس الشهر عتق ولزم السيد الفداء قاله القاضى عنه في باب الامة تغرس نفسها ولو قال ان دخلت الدار فأنت حر فجنى العبد ثم دخل الدار تعلق الارش بذمة المعتق والفرق أنه في هذه عتق بفعله ولم يوجد من السيد فعلى وفي الاولى لم يوجد من العبد شئ فصار السيد متلفا بالعتق المعلق ومثل ذلك إذا قال إذا قدم زيد فأنت حر فانه لا فعل من العبد قال ابن الرفعة ينبغي على قولنا بعدم نفوذ عتق الجاني وان الاستتار بحال الصفة لا يحكم بعنقه بيينة لو نقص الارش عن الرقبة هل يكون الحكم كما تقدم ولا يمتنع البيع لا في مقدار الارش ظاهر نص الشافعي الاول وحاول ابن الرفعة تخريج خلاف وقال وقد ذكره الغزالي في لزكاة وأيده بقول العراقيين أن بيع العبد الجاني كبيع الوارث التركة قبل قضاء الدين وبأن الرافعي في الوصايا عند الكلام في الدور الوقع في الجنايات إذا جنى عبد على حر وعفى المجني عليه ومات فان أجارته الورثة فذاك والا نفذ في الثلث وانفك ثلث العبد عند تعلق العبد وأشار الامام فيه إلى وجه آخر كما ان شيا من المرهون لا ينفك ما بقى شئ من الدين \* (فائدة) \* أجمعوا إذا كان في يد العبد مال وهو مأذون ان الدين في ماله والجناية في رقبته فإذا عجزت الرقبة عن احتمال الجناية لم يرد إلا ما في يده وكذلك إذا عجز ما في يده عن الدين لم يرد إلى الرقبة \* (فرع) \* لو اشترى عبدا وبه مرض أو جراحة فزاد ذلك في يد المشتري ولم يعلم ثم علم حال الاستقصاء قال القاضى أبو الطيب قياس قول أبي بكر بن الحداد المصرى تصير الزيادة كأنها حصلت في يد البائع للمشتري الخيار في الرد والرجوع بجميع الثمن وعلى قول سائر أصحابنا زيادة المرض في

يده تمنع من الرد وله الرجوع بالارش بقدر ما بين قيمته صحيحا ومعيبا بالعيب الذي كان في يد البائع دون لزيادة التي حدثت في يد المشتري لان هذه لزيادة حدثت بسبب المرض الذي كان عند البائع فكان على وجهين كالقطع في السرقة وان لم يعلم بالمرض أو الجراحة حتى سرت إلى النفس فعلى قول ابن الحداد يفسخ البيع ويرجع بالثمن وعلى قول ابن سريج وأبي على لا يفسخ ويرجع بالارش ولو اشترى جارية حاملا ولم يعلم بالحمل حتى ماتت من الولادة فعن القاضي أبي الطيب أنه على الوجهين \* قال المصنف رحمه الله تعالى \* \* (وان اشترى عبدا مرتدا فقتل في يده ففيه وجهان في قول أبي اسحق يفسخ البيع ويرجع بالثمن وعلى قول أبي العباس وأبي على ابن أبي هريرة إن كان قد علم بالردة لم يرجع بالارش وان لم يعلم رجع بالارش - ووجههما ما ذكرناه في الجاني عما \* \* (الشرح) \* بيع العبد المرتد صحيح على المذهب كبيع العبد المريض المشرف على الهلاك وعن الشيخ أبي علي حكاية وجه أنه لا يصح تخريجا من الخلاف في العبد الجاني والمشهور القطع بالاول وكذلك يقاس الجاني عليه وقد تقدمت الاشارة إلى الفرق لان رقة الجاني مستحقة لآدمي وله العفو على مال فكان تعلق المال حاصل بخلاف المرتد وقال القاضي حسين ابن الوجه المذكور خط لان الشافعي نص أن رهن المرتد والقاتل جائز فإذا فرعنا على صحته فقتل قبل القبض انفسخ العقد على ما تقدم وان قتل في يد المشتري بالردة السابقة فعلى الخلاف المتقدم في الجاني على قول أبي اسحق وابن الحداد والمنصوص للشافعي يفسخ البيع ويرجع بالثمن إن كان المشتري جاهلا برده وفيما إذا كان عالما وجهان رأى المصنف والشيخ أبي حامد وأبي اسحق أنه كذلك ولهذا أطلق هنا ورأى ابن الحداد وهو الاصح على ما تقدم أنه لا يفسخ البيع ولا يرجع بشئ قال الامام كان يقرب من ذلك الوجه يعني الذي يقول بأنه يفسخ مطلقا كما يقوله المصنف أن يقال بالوقف حتى يقال إن قتل المرتد تبينا أن بعيه لم يصح وان عاد إلى الاسلام تبينا الصحة قال ولم أر ذلك لاحد (وأما) على قول ابن سريج وابن أبي هريرة فان كان علم بالردة لم يرجع بالارش لانها عيب رضى بها وان لم يعلم رجع كتعذر الرد فيرجع بأرش العيب القديم كسائر العيوب فيتقوم مرتدا وغير مرتد ويرجع بما

بينهما منسوباً من الثمن قال الاصحاب فان قيل المرتد قتل لاقامته على الردة وذلك حادث في يد المشتري (فالجواب) أنه إنما قتل بالردة السابقة لانه لو قتله انسان قبل الاستنابة لم يضمنه فاقامته على الردة لم توجب القتل لكن استيفاء ما وجب عليه \* \* قال المصنف رحمه الله تعالى \* \* (وان قتل العبد في المحاربة وانحتم قتله فقد ذكر الشيخ أبو حامد الاسفزاني رحمه الله في التعليق أن البيع باطل لانه لا منفعة فيه لانه مستحق القتل فلا يصح بيعه كالحشرات وقال شيخنا القاضي أبو الطيب يصح بيعه لان فيه منفعة وهو أن يعتقه فصح بيعه كالزمن فعلى هذا إذا قتل في يد المشتري فحكمه حكم القاتل عمدا في غير المحاربة وقد بيناه) \* \* \* (الشرح) \* إذا قتل في المحاربة فان تاب قبل أن نقدر عليه فالقود ههنا متحتم بل هو إلى ولي الدم والحكم فيه على ما تقدم في جناية العبد وإن قدر عليه قبل أن يتوب وقلنا تسقط العقوبة بالتوبة بعد الظفر فكذلك

(فان قلنا لا تسقط فثلاث طرق (إحدهما) قال الشيخ أبو حامد لا يجوز البيع قولاً واحداً لان قلته محتم ويفارق المريض والمرتد والقاتل في غير المحاربة لرجاء براء المريض واسلام المرتد والعفو عن القاتل ووافقته المحاملى في المجموع ونسب الرافعى هذه الطريقة إلى اختيار الشيخ وطبقته ونسبه الامام وغيره إلى أبى عبد الله الحسين ولم أر في تعليق أبى حامد التعليل بعدم المنفعة بل يتحتم القتل فجاز أن يقول منفعة هذه مع كونه غير باق ألا يتخلص به لعبادة الله تعالى غير مقصودة وأما الدين فانه باق يتخلص بالعتق للعبادة ومنافع الدنيا والآخرة واختار ابن أبى عسرون ما قاله الشيخ أبو حامد وقطع به في المرشد وقال جواز عتقه لا يستدل به على جواز بيعه بدليل الأبق والمجهول والمعنى فيه أن في العتق قوة وسراية (الطريقة الثانية) ما قاله القاضى أبو الطيب إنه كبيع الجاني يعنى عمداً فيصح على الاصح وتوجيهها ما ذكره المصنف وقد علمت ما يرد عليه (والثالثة) قال الرافعى إنها الاظهر عند كثير من الائمة أن بيعه كبيع المرتد ولا شك أنها أظهر مما قاله القاضى أبو الطيب لان جناية العمد قد تصير إلى المال بخلاف هذا لكن يرد على الحاقه بالمرتد ما قدمته من أن المرتد مرجو البقاء بالاسلام بخلاف المحارب الذى تحتم قتله أنه لا شك أنه أولى بالمنع منه ويبقى النظر في منفعة العتق في هذه الحالة هل هي مقصودة مما يتوصل إليها بالاعراض فتكون كبيع المرتد المشهور بصحته ويأتى فيه ما حكاه الشيخ أبو علي وأن مثل هذه المنفعة لا تعتبر فيقوى ما قاله الشيخ أبو حامد

[ 355 ]

وفيه نظر والاقرب الاول لان العتق كيف ما كان فيه أجر والاجر مقصود متوصل إليه بالاموال فعلى طريقة أبى الطيب يكون حكمه حكم القاتل عمداً في غير المحاربة وقد تقدم تفصيله وعلى الطريقة التى قال الرافعى إنها أظهر عند كثير من الائمة يكون كالممرتد وقد تقدم أيضاً وعلى طريقة الشيخ أبى حامد البيع باطل ولا كلام \* \* قال المصنف رحمه الله تعالى \* \* (إذا باع عينا بشرط البراءة من العيب ففيه طريقان (أحدهما) وهو قول أبى سعيد الاصطخرى إن المسألة على ثلاثة أقوال (أحدها) أنه يبرأ من كل عيب لانه عيب رضى به المشتري فبرئ منه البائع كما لو أوقفه عليه (والثانى) لا يبرأ من شئ من العيوب لانه شرط يرتفق به أحد المتبايعين فلم يصح مع الجهالة كالأجل المجهول والرهن المجهول (والثالث) أنه لا يبرأ إلا من عيب واحد وهو العيب الباطن في الحيوان الذى لا يعلم به البائع لا روي سالم أن أباه باع غلاماً بثمانمائة بالبراءة من كل أفة فوجد الرجل به عيباً فخاصمه إلى عثمان رضى الله عنه فقال عثمان لابن عمر احلف لقد بعته وما به داء تعلمه فأبى ابن عمر أن يحلف وقبل الغلام فباعه بعد ذلك بألف وخمسمائة فدل على أنه يبرأ مما لم يعلم ولا يبرأ مما علمه قال الشافعى رحمه الله ولان الحيوان يفارق ما سواه لانه يغتذى بالصحة والسقم وتحول طبائعه وقلما يبرأ من عيب يظهر أو يخفى فدعت الحاجة إلى التبرى من العيب الباطن فيه لان لا سبيل إلى معرفته وتوقيف المشتري عليه وهذا المعنى لا يوجد في العيب الظاهر ولا في العيب الباطن في غير الحيوان فلم يجز التبرى منه مع الجهالة والطريق الثانى أن المسألة على قول واحد وهو أنه يبرأ من عيب باطن في الحيوان لم يعلم به ولا يبرأ من غيره وتأول هذا القائل ما أشار إليه الشافعى من القولين الآخرين على أنه حكى ذلك عن غيره ولم يختره لنفسه (فان قلنا) إن الشرط باطل فهل يبطل البيع فيه وجهان (أحدهما) لا يبطل البيع ويرد

المبيع لحديث عثمان رضى الله عنه فانه أمضى البيع (والثانى) أنه يبطل  
البيع لان هذا الشرط يقتضى جزأ من الثمن تركه البائع لاجل الشرط فإذا  
سقط وجب أن يرد الجزء الذى تركه بسبب الشرط وذلك مجهول  
والمجهول إذا أضيف إلى معلوم صار الجميع مجهولا فيصير الثمن مجهولا  
ففسد العقد والله أعلم) \*\*

[ 356 ]

\* (الشرح) \* هذا الفصل باب مستقل وب عليه المزني والاصحاب باب بيع  
البراءة وكثير من الاصحاب أدرجوه في هذا الباب لانه من مسائله وقضاء  
عثمان هذا رواه مالك في الموطأ عن يحيى ابن سعيد عن سالم ولفظه أن  
عبد الله بن عمر باع غلاما له بثمانمائة وباعه بالبراءة فقال الذى ابتاعه  
لعبد الله بن عمر بالعبد داء لم تسمه لى فاخصما إلى عثمان بن عفان  
فقال الرجل باعني عبدا وبه داء لم يسمه لى قال عبد الله بن عمر بعته  
بالبراءة فقضى عثمان بن عفان على عبد الله بن عمر أن يحلف له لقد  
باعه العبد وما به داء يعلمه فأبى عبد الله بن عمر أن يحلف وارتجع العبد  
فباعه عبد الله بعد ذلك بألف وخمسمائة درهم ورواه البيهقى في سننه  
وفى المعرفة من رواية مالك كذلك وفى رواية تعليق أبى حامد وغيره من  
الفقهاء أن المشتري من ابن عمر زيد بن ثابت وأنها اللذان اخصما إلى  
عثمان وقيل ان ذلك الداء زال عند عبد الله وصح منه وقال ابن عمر تركت  
اليمين لله تعالى فعوضني الله وقد روى عن زيد بن ثابت وابن عمر أنهما  
كانا يريان البراءة من كل عيب جائزه واسناده ضعيف قال البيهقى إنما  
رواه شريك عن عاصم بن عبيد الله عن عبد الله بن عامر عنهما وقال يحيى  
بن معين حديث شريك عن عاصم بن عبد الله عن زيد بن ثابت البراءة من  
كل عيب براءة ليس يثبت تفرد به شريك وكان في كتابه عن أشعث بن  
سوار وسئل عبد الله عن حديث شريك عن زيد بن ثابت في البيع بالبراءة  
فقال أجاب شريك على غير ما كان في كتابه ولم نجد لهذا الحديث أصلا  
قال البيهقى إن صح ما رواه في الباب حديث سالم وهو المذكور من رواية  
مالك في قضاء عثمان وعن شريح القاضى أنه كان لا يبرأ من الداء حتى  
يريه إياه يقول برئت من كذا وكذا وعنه لا يبرأ حتى يضع يده على الداء وعن  
عطاء بن أبى رباح وطاوس والحسن مثله وعن أبى عثمان النهدي قال ما  
رأيتهم يجيزون من الداء إلا ما يثبت ووضعت يدك عليه وأبو عثمان النهدي  
كبير أدرك جميع الصحابة وفاته الصحية بشئ يسير والاسناد إليه في هذا  
جيد وعن ابن سيرين أنه لا يبرأ إلا من عيب يسميه ويريه هذا ما في هذه  
المسألة من

[ 357 ]

الاثبات عن الصحابة والتابعين - وأما العلماء فاختلغوا على مذاهب (أحدها)  
أن يبرأ من كل عيب علمه البائع أو لم يعلمه وهو مذهب أبى حنيفة وأبى  
ثور كما روى عن ابن عمر وزيد (والثانى والثالث) أنه لا يبرأ من شئ من  
العيوب واختلفت عبارة هؤلاء فمنهم من يقول حتى يسميه وهو مذهب ابن  
أبى ليلى وسفيان الثوري والحسن بن حى وداود ونقله ابن المنذر عن ابن  
أبى ليلى والثوري هكذا مقيدا ونقله غيره عن الحسن بن حى وداود مطلقا

وظاهر النقل عن هؤلاء أنه إذا سمي كفى سواء أكان العيب مما يعابن أم لا وهو موافق لما يقوله القاضي حسين من أصحابنا على ما سيأتي (والثالث) أنه لا يبرأ من شئ حتى يضع يده عليه كما تقدم عن شريح وعطاء وهو مذهب أحمد في رواية عنه واسحق ويشبه أن يكون ذلك الاطلاق فيما يمكن كما فصله أصحابنا كما سيأتي لكن قولهم انه يضع يده إن كان المراد المعاينة فهو قول أصحابنا فيما يمكن رؤيته وان يراد ظاهره من وضع اليد عليه فهو قول آخر وهو بعيد (الرابع والخامس والسادس) أنه لا يبرأ من العيب الباطن الذي لم يعلم به في الحيوان خاصة كقول عثمان وهو مذهب مالك الذي ذكره في الموطأ هنا قال مالك الامر المجتمع عليه عندنا فمن باع عبدا أو وليدة أو حيوان بالبراءة فقد برئ من كل عيب فيما باع إلا أن يكون علم في ذلك عيبا فان كان علم عيبا فكتمه لم تنفعه تبرئته وكان ما باع مردودا عليه وهذا القول يخرج منه عند أصحابنا في تحريره ثلاثة أقول كما سيأتي ان شاء الله تعالى (السابع) قول ثان لمالك وقال ابن عبد البر إن مالكا رجع إليه انه لا يبرأ بذلك إلا في الرقيق خاصة فبرأ ما لم يعلم ولا يبرأ مما علم فكتم وبعضهم قيد ذلك بأن يكون البيع من الفحاش لان الفحاش تشتري لتريح - وأما في سائر الحيوان وغير الحيوان فلا يبرأ به عيب أصلا (والثامن) قول ثالث لمالك وقيل انه لذي رجع إليه انه لا ينتفع بالبراءة إلا في ثلاثة أشياء فقط وهو بيع السلط للمعتم أو على مغلص قال بعضهم أو في ديون الميت (والثاني) العيب الخفيف في الرقيق خاصة لكل أحد (والثالث) فيما يصيب الرقيق في عهدة الثلاث خاصة (والتاسع) أن البيع باطل كما هو قول في المذهب خارج من التفريع على القول الثاني ولا أعرفه صريحا عن

## [ 358 ]

أحد من السلف إلا عن مذهبنا وبعض الظاهرية وان صح أن أحد يقول لا بد من وضع اليد كما هو ظاهر النقل عن شريح وغيره كانت المذاهب عشرة هذه جملة المذاهب (وأما) تفصيل مذهبنا فقد اختلف الاصحاب عن طرق أشهرها وبه قال ابن سريج وابن الوكيل والاصطخري إنه على ثلاثة أقوال وهي المذكورة في الكتاب وأظهر الأقوال الثالث منها وهو أنه يبرأ في الحيوان مما لا يعلمه البائع من الباطن دون الظاهر ودون ما يعلمه من الباطن ولا يبرأ في غير الحيوان بحال - وحاصل هذه الطريقة أن في الحيوان ثلاثة أقول وفي غير الحيوان قولين ولا يحث الثالث في غير الحيوان لانه لا باطن له كما قاله القاضي أبو الطيب والقاضي حسين وغيرهما (والطريق الثاني) القطع بهذا القول الثالث والى ذلك ذهب ابن خيران وأبو إسحاق المروزي على ما حكاه الماوردي وغيره وقال ابن أبي عصرون انها الاصح وقال الامام انها الاليق بكلام الشافعي مع قوله أن الاولى أشهر وفي المجرد من تعليق أبي حامد نسبتها إلى عامة أصحابنا والطريق الثالث حكاه الماوردي عن ابن أبي هريرة أنه يبرأ في الحيوان من غير المعلوم دون المعلوم ولا يبرأ في غير الحيوان من المعلوم وفي غير المعلوم قولان وقد رأيتها كذلك في تعليق أبي علي الطبري عن ابن أبي هريرة (والطريق الرابع) يخرج من منقول الامام وهي اثبات ثلاثة أقوال في الحيوان وغيره (ثالثها) الفرق بين المعلوم وغير المعلوم (والطريقة الخامسة) القطع في الحيوان بالفرق بين المعلوم وغيره واجراء الاقوال الثلاثة في غير الحيوان وهي تخرج من نقل سلام شارح المفتاح والطريقة الثالثة والرابعة والخامسة مقتضاها عدم التفرقة بين الباطن والظاهر وذلك طرد التفصيل في غير الحيوان وهو لا باطن له كما تقدم عن

القاضي أبي الطيب وذلك يوافق ما حكاه الامام الماوردي والرافعي أن منهم من اعتبر نفس العلم والاكثرون جعلوا العيوب الظاهرة من الحيوان كالمعلومة لسهولة الاطلاع عليها والبحث عنها قال الامام وإذا جمع جامع الحيوان إلى غيره انتظم له أقوال (أحدها) الصحة في الجميع (والثاني) الفساد في الجميع (والثالث) الفرق بين الحيوان

[ 359 ]

وغيره (والرابع) الفرق بين ما علمه البائع وكتمه وبين ما لم يعلم وقد ذكرنا البعض الظاهر والباطن فقد جرى من خلاف الاصحاب فيه قول خامس (وقال) الغزالي في البسيط أن مجموعها سبعة أقوال (أحدها) صحة الشرط مطلقا (والثاني) فساد مطلقا (والثالث) فساد علمه وصحته فيما لم يعلمه (والرابع) فساد علمه أو يسهل العلم به (والخامس) فساد علمه في غير الحيوان وصحة علمه في الحيوان (والسادس) فساد علمه إذا أجهل العيب وصحته إذا عينه (والسابع) فساد علمه فيما سيحدث في يد البائع إذا ذكر مقصودا وصحته فيما عداه (قلت) وفي الخامس نظر لانه يقتضى الصحة في الحيوان مطلقا من غير تفصيل فتحرير العبارة فيه أن يقال يفسد في غير الحيوان ويصح في الحيوان فيما لم يعلم أو لم يسهل العلم به (والسابع) صحيح لما سيأتي عن القاضي حسين مع جريان الخلاف مع التعيين (والثامن) صحيح أيضا لما سيأتي ويأتي فيه وجه ثامن بالفساد فيما سيحدث في يد البائع إذا ذكر ولو تعابا (والوجه التاسع) بطلان العقد وسبب اخلاف الاصحاب على هذه الطريق أن الشافعي قال على ما حكاه المزني في المختصر إذا باع لرجل شيئا من الحيوان بالبراءة فالذي أذهب إليه قضاء عثمان بن عفان رضى الله عنه انه برئ من كل عيب لم يعلمه ولا يبرأ من عيب علمه ولم يسمه ويقفه عليه تقليلا وأن الحيوان يفارق ما سواه لانه يغتذى بالصحة والسقم وتحول طبائعه وقل ما يبرأ من عيب يخفى أو يظهر وان صح في القياس لو لا ما وصفنا من افتراق الحيوان وغيره أن لا يبرأ من عيوب لم يرها ولو سماها لاختلافهما أو يبرأ من كل عيب والاول أصح وهذا النص نقله المزني من اختلاف العراقيين من الام فان فيه في باب الاختلاف في العيب قال الشافعي وإذا باع الرجل العبد أو شيئا من الحيوان بالبراءة من العيوب فالذي نذهب إليه والله أعلم \* قضاء عثمان بن عفان رضى الله عنه انه برئ من كل عيب لم يعلمه ولم يبرأ من عيب علمه ولم يسمه البائع ويقفه عليه وانا ذهبنا إلى هذا تقليدا وان فيه معنى من الغى يفارق فيه الحيوان ما سواه وذلك انما كانت فيه الحياة فكان يغذى بالصحة والسقم وتحول طبائعه قل ما يبرأ من عيب يخفى أو يظهر فإذا خفى على البائع ابراءه يبرئه منه وإذا لم يخف عليه فقد وقع اسم العيوب على ما بعضه يقل ويكثر ويصغر ويكبر وتقع القسمة على ذلك ولا يبرأ منه الا أن يقفه عليه وان صح في القياس لو لا التقليد وما وصفنا من تفرق الحيوان بأن لا يبرأ من عيب كان به لم يبرئه صاحبه ولكن التقليد ما وصفنا الاولى بما وصفنا هذا كلام الشافعي رحمه الله في اختلاف العراقيين وفيه زيادة فائدة على ما قاله المزني عنه وهو قوله العبد أو شيئا من الحيوان فان فيه تصريحاً بالتسوية في ذلك بين العبد الذى يخبر عن نفسه وبينه على العيب الذى به وبين غيره من الحيوان الذى لا يمكن فيه ذلك وهذه فائدة جليلة وليس كما وقفت عليه من اختلاف العراقيين ذكر إلى قاله المزني آخر من أنه يبرأ من كل عيب إذا

عرف ذلك فالأكثر قالوا ان هذا الكلام من الشافعي يقتضى التردد بين القول الاول الموافق لقضاء عثمان وبين القولين الاخيرين الذين أشار إليهما بقوله وان صح في القياس لو لا ما وصفنا أن لا يبرأ أو يبرأ من كل عيب فهذه ثلاثة أحوال - ومنهم من منع ذلك وقال وان كان الشافعي أشار إلى ذلك ولكنه اختار القول وقال لو لا قضاء عثمان ومفارقة الحيوان لغيره لكان القياس هذا ولكن تركت القياس لقول عثمان والفرق بين الحيوان وغيره قال القاضي أبو الطيب (قلت) أنا قال الشافعي في كتاب اختلافه ومالك ولو ذهب ذاهب إلى أن من باع بالبراءة برئ مما علم ومما لم يعلم لكان مذهبا يجد فيه حجة وهذا مثل قول أبي حنيفة وقد نص عليه في هذا الكتاب وهذا يبطل قول من قال ان مذهبه لا يختلف فيه وأنه قول واحد انتهى \* والجوزي نقل عن هذا النص عن رواية حرملة والماوردي ذكر هذا النص وقال ابن أبي خيران وأبو إسحاق لم يخرج ذلك قولاً لا جماله (قلت) والاجمال فيه ظاهر وقد اختار المصنف في اللمع ان مثل هذه العبارة لا تجوز أن يجعل ذلك قولاً له والمشهور طريقة اثبات الاقوال لما تقدم وفي الاستذكار لابن عبد البر أن الشافعي قال في الكتاب العراقي ببغداد بأنه لا يبرأ الا من عيب يريه للمشتري فاستفدنا بهذا النقل اثبات القول بعدم البراءة وأنه في القديم وأضعف الطرق الطريقة الرابعة المأخوذة من الامام فانها لم تفرق بين الحيوان وغيره وذلك خلاف صريح قول الشافعي وطريقة ابن أبي هريرة محتملة ولو ذهب ذاهب إلى طريقة سادسة وهو أنه في الحيوان يقطع بالقول الثالث وفي غير الحيوان قولان (أحدهما) يبرأ مطلقاً (والثاني) لا يبرأ مطلقاً لكان ذلك وجه وهذه غير طريقة ابن أبي هريرة لانه يقطع بأنه لا يبرأ من غير المعلوم في الحيوان وهذه الطريقة التي أقولها مقتضاها اجراء القولين في غير الحيوان فيما علمه وفيما لم يعلمه والقطع بالتفصيل في الحيوان ووجه هذه الطريقة اختيار الشافعي لقضاء عثمان وقوله أنه ولو لا ذلك والفرق بين الحيوان وغيره لكان يبرأ أو لا يبرأ يعنى كان فيه قولان وهذا دليل على ثبوت القولين فيما عدا المحل الذي فيه تقليد عثمان والفرق المذكور وهو غير الحيوان فالطريقة القاطعة بأنه لا يبرأ فيه من عيب أصلاً كما تقتضيه طريقة ابن أبي خيران وأبي إسحاق لا دليل عليها من كلام الشافعي وانما غاية كلام الشافعي على مقتضى استدلالهم أن يدل على القطع في الحيوان خاصة فهذه طريقة لم أر أحداً ذهب إليها ولها وجه ظاهر من كلام الشافعي وقول الشافعي في المختصر والاول أصح الظاهر أنه يريد به الاول من الاحتمالين اللذين ذكرهما لو لا تقليد عثمان ومفارقة الحيوان لغيره أي أن القول أنه لا يبرأ على ذلك التقدير أصح من القول بأنه يبرأ من كل عيب لاجل ذلك والله أعلم \* اقتصر عليه في اختلاف العراقيين ويحتمل أن يكون المراد

بالاول ما قاله موافقا لقضاء عثمان ويكون في ذلك تقوية لان في المسألة ثلاثة أقوال في الحيوان وقولين في غيره كما هو الطريقة المشهورة \* \* (فرع) \* قسم الماوردي البيع بشرط لبراءة إلى ثلاثة أضرب (أحدها) يبرأ من عيوب سماها ووقف المشتري عليها فهذه براءة صحيحة وبيع جائز لانقضاء الجهالة ولزوم الشرط في العقد فان وجد المشتري بالبيع غير تلك العيوب

فله الرد وان لم يجد إلا تلك فليس له الرد (الضرب الثاني) أن يبرأ من عيوب سماها ولم يقف المشتري عليها فهذا على نوعين (أحدهما) أن تكون العيوب مما لا يعين كالسرقة والاباق فتصح البراءة فيها بالتسمية لأنها غير مشاهدة فلم يمكن الوقوف عليها واكتفى بالتسمية فيها فان ذكرها إعلاما والاطلاع عليها (والنوع الثاني) أن تكون مما يعين كالبرص والقروح فلا تكفى التسمية حتى يقف عليها ويشاهدها لان النقص العيب قسطا من الثمن يزيد بزيادته العيب وينقص بنقصه فصارت التسمية لها عند عدم مشاهدتها جملا بها (قلت) وهذا معني قوله في المختصر ولو سماها لاختلافها وكذلك قوله في اختلاف العراقيين ولا يبرأ منه إلا أن يقفه عليه وكلام الماوردي يقتضى أن هذا الضرب ليس محل الخلاف ولا شك أن القائل بالبراءة مطلقا إذا أطلق شرط البراءة يقول هنا عند التسمية وان لم يقفه عليها بطريق الاولى وكذلك إذا كان البرص ونحوه في باطن فان الاصح أن يبرأ منه إذا لم يعلمه عند الاطلاق ففي حالة التسمية كذلك وكذلك قال الرافعي انه ان أراه موضع البرص وقدره صح وان لم يره فهو كشرط البراءة مطلقا وكذلك يقتضيه كلام الامام والفوراني والمتولي والبعوى وينبغي أن يحمل كلام الماوردي على هذا المعني قال الرافعي هكذا فصلوه وكأنهم تكلموا فيما يعرفه في المبيع من العيوب واما ما لا يعرفه ويريد البراءة عنه لو كان فقد حكى الامام تفريعا على فساد الشرط فيه خلافا مخرجا على ما ذكره من المعنيين يعني ان العلة في فساد الشرط الجهالة أو كونه من مقتضى العقد (إن قلنا) بالاول صح لانتفاء الجهالة (وان قلنا) بالثاني فلا

## [ 362 ]

ومثل صاحب التتمة بتسمية العيب بأن يقول على أنه برئ من الزنا والاباق والسرقة وهذا الذي تقدم من أن الذي تسكن معانيته لا تكفى فيه التسمية هو قول الاصحاب قال القاضى حسين وعنه يكون يصح في هذا الموضوع لقلة الجهالة وهذا مخالف لما تقدم من كلام الشافعي ومثل القاضى هذا النوع بأخباره بمثل الجدار وانكساح الجذع \* \* (فرع) \* ادعى الرافعي أنه لا خلاف في البراءة إذا شرط البراءة من الزنا والسرقة والاباق لان ذكرهما إعلام وفي كلام القاضى حسين في الفتاوى ما يقتضى المنازعة في هذا الاطلاق وانه إن قال هو أبق وبعتك بشرط أنى برئ من عيب الاباق برئ قطعاً ولو قال لا أعلم أبقا وبعتك بشرط أنى برئ من عيب الاباق قال فلهذه المسألة مقدمة وهى أنه لو اشتراه ولم يعلمه أبقا فقال أبرأتك من عيب الاباق فبان أبقا هل له الرد وجهان كما لو باع مال ابنه على ظن أنه حى فبان ميتا (فان قلنا) يبرئ برئ هنا (وان قلنا) لا يبرأ فالبيع بهذا الشرط هل يصح على قولين (فان قلنا) يصح ففي صحة الشرط جوابان - وان قال بعته بشرط أنى برئ من الاباق يعني لو لم يعلم شيئاً قال فالظاهر أنه ليس له رده لان الشرط إعلام - وان قال لا أعلم هل هو أبق أو لا ولم يزد عليه يعني ولو يشترط فوجده أبقا فله الرد ذكره هذه المسائل القاضى حسين في فتاويه (الضرب الثالث) أن يبرأ إليه من كل عيب من غير أن يسميها ولا يقف المشتري عليها فهو محل الاقوال والطرق المتقدمة \* \* (فرع) \* في الاستدلال للاقوال المذكورة غير القول الطاهر من المذهب وأجوبتها (أما) القول الاول وهو أنه يبرأ من كل عيب وهو مذهب أبى حنيفة فلقوله صلى الله عليه وسلم المؤمنون عند شروطهم وبان الابراء من المجهول صحيح لقوله صلى الله عليه وسلم لرجلين تخاصما عنده في مواريث درست أسهما وموجبا

وليحلل أحد كما صاحبه رواه البيهقي في كتاب الصلح وبأنه اسقاط حق لا تسليم فيه فيصح في المجهول كالطلاق والعتق وبأن خيار العيب انما يثبت لاقتضاء مطلق العقد السلامة فإذا صرح بالبراءة فقد ارتفع الاطلاق (والجواب) عن الاول أنه روى في هذا الحديث ما وافق الحق منها على أن الحديث المذكور فيه كلام ومنع بعضهم صحته ثم هو معارض لقوله صلى الله عليه وسلم كل شرط ليس هو في كتاب الله فهو باطل ونهى عن بيع وشرط (وعن الثاني) بأن التحليل يصح بأن يصيره معلوما فيقول من كذا وكذا (وعن الثالث) بأن الطلاق والعتق يصح تعليقهما فصحا في المجهول بخلاف الرد بالعيب وأما القول الثاني وهو أنه لا يبرأ من شئ من العيوب إلا بالتسمية والتوقيف فللنهي عن بيع وشرط وعن الغرر ومن القياس أنه رفق في البيع لا يثبت إلا بالشرط فلا يثبت مع الجهالة كالاجل والرهن والضمان ولأنه عيب لم يقف عليه المشتري فيثبت له رد المبيع على صفته كما إذا لم يبرأ منه وفيه احتراز عن حدوث العيب والرضى به وبأن الابراء من المجهول لا يصح لانه تبرع لا يصح تعليقه فلا يصح في المجهول كالهبة وبأنه خيار ثابت بالشرع فلا ينفي بالشرط كسائر مقتضيات العقد وملخص هذه الاقيسة الدالة لهذا القول ترجع إلى سببين (أحدهما) التعليل بالجهالة (والثاني) بمخالفة مقتضى العقد ووضع الشرع في الرد بالعيب فان قالوا الهبة فيها تسليم والجهالة تمنع من التسليم انتقض عليهم بالوصية والاقرار فيهما تسليم واجب ويصحان في المجهول وفي الاستدلال طريقة أخرى بأن تفرض المسألة فيمن شرط البراءة مما يحدث في يده من عيب لانه ابراء من الضمان قبل التسليم فلم يجز كالابراء من ضمان جميع الثمن إذا تلف في يده - وأما القول الرابع والخامس فضعيفان جدا لا دليل لهما والسادس وهو مذهب أحمد قريب من الثالث إلى هو ظاهر المذهب \*

\* (فرع) \* في الاستدلال للقول الظاهر من المذهب الحجة في ذلك ما ذكره الشافعي رضي الله عنه من قضاء عثمان رضي الله عنه مع مفارقة الحيوان لما سواه كما بينه فلو حكمنا بأن البيع والشرط لا يصح لادى إلى أن لا يستقر بيع في حيوان أصلا والتمسك به من وجهين (أحدهما) أن ابن عمر من كبار الصحابة وزيد بن ثابت أيضا كذلك وقد قيل انه المشتري منه وترافعهما إلى امام الوقت في خصومة ويقضى بينهما بقضاء الظاهر أن ذلك يعسر ولم يثبت عن أحد منهم الانكار فكان اجماعا واعتراض على هذا بأن ابن عمر مخالف فانه علم بالعيب واعتقد أنه لا يثبت الرد (أما) علمه فلامتناعه من اليمين (وأما) اعتقاده فلو لم يكن كذلك لقبه (وأجاب) الاصحاب بأنه يحتمل أن لا يكون علم وامتنع عن اليمين تورعا (قلت) وهذا الجواب والاحتمال يعتضد بما تقدم عن البيهقي أنه لم يثبت عن ابن عمر القول بالبراءة لكن الشافعي رحمه الله في اختلافه مع مالك قال وقد اختلف عثمان وابن عمر في العبد يتاع ويبرأ صاحبه من العيب فقضى عثمان على ابن عمر رضي الله عنهم بأن يحلف ما كان به داء علمته وقد رأى ابن عمر أن التبري يبرئه مما علم وما لم يعلم قال الشافعي يخاطب

من سأله فاخترت قول ابن عمر وسمعت من أصحابك من يقول عثمان الخليفة وقضاؤه بين المهاجرين والانصار كأنه قول عامتهم وقوله بهذا كله أولى أن يتبع من ابن عمر انتهى \* ذكر الشافعي هذا فيما روى مالك عن عثمان وخلافه فهذا الكلام من الشافعي يقتضى اعتقاده أن ابن عمر مخالف لعثمان وحينئذ يعتضد الاستدلال بهذا الوجه الذى ذكره الاصحاب وممن ذكره الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب وان كان ما ذكروه من الاحتمال صحيحا لكن لا يستقيم الاستدلال للشافعي بذلك وهو قائل بخلافه - نعم يصح لمن ينظر من حيث الجملة ولا يتقيد بكلام الشافعي أن يقوله - وما يضعف التمسك بهذا الوجه للمذهب أن

## [ 365 ]

الشافعي عضد قول عثمان رضى الله عنه بما ذكره من مفارقة الحيوان لغيره وعلى هذا الوجه لا يحتاج إلى ذلك وأيضا لو كان كذلك لما سماه تقليد وأيضا فانه مشى على أن قول الصحابي إذا انتشر ولم يعرف له مخالف يكون كالأجماع السكوتي وفيه نزاع فانه أنزل رتبة مما يتحقق فيه سكوت الباقيين (وان قلنا) بأن الاجماع في السكوت حجة لاسيما هذه المسألة مع الاحتمال القوي في مخالفة ابن عمر وورود الرواية عنه وعن زيد بذلك من غير هذه الطريق وان كانت ضعيفة فان ذلك يخرم الظن بعدم المخالف - وذكر الامام ههنا معترضنا على التمسك بهذا الوجه أن مذهب الشافعي في الجديد أنه لا ينسب إلى ساكت قول (الوجه الثاني) من الاستدلال ما ذكره الشافعي وأشار إليه من اعتضاد قول عثمان رضى الله عنه بالقياس ومثل هذا يكون حجة عند الشافعي على القديم فلان قول الصحابي حجة يقدم على القياس - وأما على الجديد فلانه يرى أن قول الصحابي مع القياس الضعيف المسمى عند الماوردي بقياس التقريب يقدم على القياس القوي المسمى عند الماوردي بقياس التحقيق وهل المراد بالضعيف الذى لا تجتمع فيه شروط القياس فيشكل اعتضاد ما ليس بحجة بما ليس بحجة ويأتى فيه البحث الذى تقدم في المرسل في مسألة بيع اللحم بالحيوان أو الذى اجتمعت فيه شروط القياس لكنه خفى لو انقرد يقدم القياس القوي عليه وهذا هو الذى ينبغى أن يكون المراد وقد فسر الماوردي في كتاب الايمان مراده بقياس التقريب وقياس التحقيق وههنا مباحث (أحدها) أطلق الشيخ أبو حامد هنا أن قول الصحابي على القديم حجة مقدمة على القياس واقتضى كلامه أن ذلك مطلق وان لم ينتشر وقيده الماوردي بالمنتشر الذى لم يعلم خلافه وهما قولان في القديم منقولان عن الشافعي في كتب الاصول - وقال ابن الصباغ انه في القديم حجة وفى الجديد ليس بحجة إلا أن ينتشر

## [ 366 ]

فاقتضى ذلك أنه إذا انتشر يكون حجة في الجديد وقال الجوزي إن قول الصحابي الذى ليس له مخالف إنما يكون حجة في الجديد إذا اعتضد بضرب من القياس وانه في القديم حجة فإذا احتمل المسألة أصلا كان ما وافقه أولى وهو أدون الاجتماعات وأعلى منه الاجماع الذى تعرفه الخاصة كتحرير النكاح في العدة وأعلى منه وهو اجماع الخاصة والعامة لكون الظاهر أربعا

هذا مختصر كلام الجوزي وقال البندنجي في مقدمة كتابه الذخيرة قال الشافعي في أدب القاضي ولا يجوز لاحد من أهل العلم أن يقلد أحدا غير رسول الله صلى الله عليه وسلم قوله يسمى تقليدا وإنما أراد قبول قوله في صورة التقليد - فأما الصحابة فإن قال علماءها قولاً كان حجة مقطوعاً على معينها وإن قال واحد منهم قولاً وانتشر في الباقيين فإن صورته أو قالوا ما يدل على الرضا فهو إجماع أيضاً وحجة مقطوع على معينها إن بلغهم ومكتوا ولم يكن منهم ما يدل على نص ولا إنكار فإذا انقضى العصر كان حجة أيضاً مقطوعاً على معينها في إطلاق اسم الإجماع عليه من ناحية العبارة وجهان ظاهر قول الشافعي أنه لا يسمى إجماعاً - وقال دلود وأكثر المتكلمين ليس بحجة وإن قال واحد منهم قولاً ولم ينتشر قال في القديم هو حجة وهو قول مالك وأبي حنيفة وقال في الجديد ليس بحجة (فإن قلنا) ليس بحجة فإن عاضده قياس وإن ضعف كان قوله مقوماً على القياس القوي وإن لم يعضده قياس كان بمنزلة قول التابعي يقدم القياس عليه ولا يخص بقوله العموم (وإن قلنا) حجة قدم على القياس القوي إلا أن يكون القياس في معنى الأصل فيكون هذا القياس مقوماً عليه وهل يخص به العموم وجهان هذا في قول الصحابي على سبيل الفتيا (أما) حكمه فإن كان بعد استشارة الصحابة وإجماع والافان انتشر ولم ينكر فالذي سمعت الشيخ يقول ليس بحجة وهو بمنزلة قول

[ 367 ]

الواحد إذا لم ينتشر على قولين لأن حكم الحاكم لا يسع خلافه فلا يدل السكوت على الرضى ورأيت أبا علي الطبري في الإفصاح يقول هذا حجة قولاً واحداً ولكن هل يقع على معينها على وجهين (أحدهما) نعم كالتقوى (والثاني) لا وإذا انتشر قول التابعي في التابعين لم يكن كانتشار قول الصحابي في الصحابة على الأصح وهو قول أبي العباس هذا تلخيص كلام البندنجي وكثير مما ذكره شاركه فيه المصنف وأكثر الأصحاب ولكن في كلامه زيادة فوائد فلذلك رأيت نقله واختار المصنف على قولنا إنه ليس بحجة أنه إذا عاضده قياس ضعيف لا يصير حجة لأن كلا منهما بانفراده ليس بحجة (وقال) الصيرفي يصير حجة وهو الذي قاله المصنف في الأصول يخالف ما قاله الشيخ أبو حامد والماوردي هنا أن ذلك حجة على القديم والجديد وقد قدمت أنه ينبغي تفسير الضعيف بما يكون حجة إلا أن يكون ثم قياساً أقوى منه فيقدم هو مع قول الصحابي على القياس القوي وحينئذ يتجه ما قاله الشيخ أبو حامد ولا يرد ما قاله المصنف إلا أن يكون فهم عن الصيرفي أنه يقول بظاهر عبارته وحينئذ لا يكون قادحاً في دعوى عدم الخلاف في مسألتنا إذا فسرنا الضعيف بالتفسير الذي ذكرته وقد رأيت كلام أبي بكر الصيرفي في كتابه المسمى بالإجماع والاختلاف وهو يشعر بما قلناه ويشير إلى أن ذلك تأويل قول الشافعي في القديم أنه حجة كأنه يرى أنه إذا لم ينتشر ولا يعضده شيء لا يقول الشافعي به في قديم ولا جديد وإن اعتضد أو انتشر قال به في القديم والجديد وقال القاضي حسين في أول تعليقه أنه إذا اقترن بقول الصحابي قياس خفي قدم على القياس الجلي قولاً واحداً وهذا يوافق ما قلته وما قاله الشيخ أبو حامد وغيره ويؤيده قول الشافعي في اختلاف الحديث وروى عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه صلى في ليلة ست ركعات في كل ركعة ست

سجدات قال لو ثبت ذلك عن علي لقلت به فانه لا مجال للقياس فيه (فالظاهر) أنه فعله توقيعا فهذا النص من الشافعي يدل على أنه يقول بقول الصحابي في بعض المواضع وان لم يكن ذلك عين المسألة التي نحن فيها وأنه انما يرده إذا دل دليل على خلافه والاصوليون ذكروا هذا النص من تفاريع الشافعي في القديم وعندي في ذلك لان اختلاف الحديث من كتبه الجديدة وقد رويناها من طريق المصريين عنه - وقال الاستاذ أبو إسحاق الاسفرايني قول الصحابي إذا انتشر حجة مقطوع بها وهل يسمى اجماعا فيه وجهان وان لم ينشر فليس بحجة في الجديد وهو حجة في القديم فعلى القديم في تخصص العموم به وجهان ويقدم القياس الجلي عليه وفي القياس الخفي وهو الشبه وجهان (أحدهما) يقدم علي قول الصحابي (والثاني) يقدم قول الصحابي عليه وهو قول أبي حنيفة ومن لا خبرة له من أصحابه يقول انه يقدم على القياس الجلي وأما على الجديد فلا يخص به العموم قطعاً وفي ترجح أحد القياسين المتعارضين به وجهان (الثاني) أن هذا القول إذا لم يكن وحده حجة فالقياس الذي عضده من الفرق بين الحيوان وغيره ان لم يكن حجة أيضا لم تثبت الدلالة باجتماعها وان كان الفرق المذكور كافيا في القياس وتقدم الحجة فالحجة فيه لا في القول المذكور (والجواب) أن القياس القوي يقتضى أن لا يبرأ مطلقاً أو يبرأ مطلقاً كما قال الشافعي وقد أشار الشافعي بقوله وانه أصبح في القياس يشير بذلك إلى ان هذا قياس أصبح وأن ما ذكره من المعنى بين الحيوان وغيره قياس صحيح فلو انفرد هذان القياسان لقلنا بالقياس الاصح لكن لما جاء قضاء عثمان رضى الله عنه قوى هو والقياس الصحيح على القياس الاصح ولا يمنع إذا لم يكن قول الصحابي حجة أن لا يقوى به لاسيما عثمان وقضاؤه في هذا (الامر الثالث) أنه إذا كان الامر كذلك فلم سماه الشافعي تقليداً وقبول قول الصحابي على القديم أو

إذا اعتضد بما ذكرتم على الجديد حجة وقبول الحجة لاسيما تقليداً لقبول الخبر (والجواب) ان الواجب اتباعه وقيام الحجة به وهو مجموع ما حصل من قول عثمان مع القياس الفارق والموصوف بالتقليد هو قول عثمان رضى الله عنه وحده واطلاقه التقليد عليه وحده صحيح لانه لا يجب قبوله وحده ولا يدري من أين قاله وهذان هما حد التقليد فاجتمع هذا تقليد ودليل والممتنع عندنا هو التقليد بغير دليل والرويانى قال انه ما قصد بهذه العبارة محض التقليد بل أراد الاستئناس كما قال في الفرائض انه قلد زيد بن ثابت في الاخوة مع الجد ثم عقبه بالقياس (الرابع) في قول مالك رضى الله عنه في ذلك الامر المجتمع عليه عندنا هو في هذا الموضوع وغيره من هذه المشكلات التي استشكله إمامنا الشافعي وغيره ففي الام من كلام الرابع أو من كلام البويطى الله أعلم \* في اختلاف الشافعي ومالك (فقلت) للشافعي ان لنا كتاباً قد صرنا لى اتباعه وفيه ذكر ان الناس اجتمعوا فيه والامر المجتمع عندنا وفيه الامر عندنا فقال الشافعي قد أوضحنا لك ما يدل على دعوى الاجماع بالمدينة أو في غيرها وطول الشافعي في البحث في ذلك ولا يبراد نحو ثلاث أوراق ثم قال وما كلمت منكم أحدا قط فرأيتة يعرف معناها وما ينبغي لكن أن تجهلوا كيف موضع الامر عندنا ان كان يوجد فيه ما ترون (قلت) وقد قال أبو الوليد الباجي

المالكي في كتابه الذي ألفه في أصول الفقه وقد روى اسماعيل بن أبي أويس رحمه الله عن مالك بيان قوله الامر المجتمع عليه (فقال) اسماعيل بن أبي أوديس سألت خالي مالكا عن قوله في الموطأ الامر المجتمع عليه والامر عندنا يفسره لى (فقال) أما قولى الامر المجتمع عليه عندنا الامر الذى لا اختلاف فيه فهذا مالا اختلاف فيه قديما ولا حديثا (وأما) قولى المجتمع عليه فهو الذى اجتمع عليه من أرضى من أهل واقندى به وان كان فيه بعض الخلاف (وأما) قولى الامر عندنا

## [ 370 ]

وما سمعت أهل العلم فهو قول من ارتضيه واقندى به وما اخترته من قول بعضهم هذا معني قول مالك دون لفظه (قال) وتنزيل مالك لهذه الالفاظ على هذا الوجه وترتيبها مع تقاربها في الالفاظ يدل على تجوزه في العبارة وانه يطلق لفظ الاجماع وانما يريد به ترجيح ما يميل إليه من الرتبة \* (التفريع) \* وقد ذكره المصنف (ان قلنا) الشرط باطل ففى بطلان البيع به وجهان وقال الامام قولان (أظهرهما) عند القاضى حسين والامام والرويانى وابن داود والرافعي وهو قول ابن سريج على ما حكاه الماوردي وفى المجموع للمحاملى والتجريد له وهو من كلام الشيخ أبى حامد أنه ظاهر المذهب وقال فى العدة إنه ظاهر قول الشافعي وهو الذى قدمه المصنف هنا أنه لا يبطل لحديث عثمان رضى الله عنه فانه صحح البيع لكن هذا الاستدلال فيه نظر لان الشافعي استدل لصحة الشرط بأثر عثمان فكيف يستدل به لصحة البيع مع بطلان الشرط - واعلم أن قضاء عثمان على ابن عمر رضى الله عنهم باليمين أنه ما علم نص منه فى أن البيع صحيح وقد يقول القائل بعد ذلك انه ليس فيه أن الشرط صحيح لاحتمال أن يكون عثمان عنده أن الشرط باطل وأن ظهور العيب موجب للرد على ابن عمر وان كان غير ذلك من العيوب أو فى غير الحيوان لفضى فيه بهذا أيضا وهذا الاحتمال هو الذى لاحظته صاحب هذا الوجه والله أعلم \* لكن يشكل عليه قول عثمان تحلف أنك ما علمت وعندنا وعند صاحب هذا الوجه لانا لا نعرف خلافا فى هذا - المذهب فيه أن من حلف فى العيب فى غير هذه المسألة يحلف على البت ولا يحلف على نفي العلم فان خالف صاحب هذا الوجه فى ذلك لم يستقم له على قاعدة الشافعي وقد ظهر لك بهذا أن أثر عثمان صحيح فى صحة البيع وفى أحد أمرين

## [ 371 ]

بعده إما فى صحة الشرط والفرق بين العلم وغيره كما قاله الشافعي وإما فى أن من حلف على نفي العيب يحلف على نفي العلم فانه قد يكون مذهب عثمان ذلك وهذا يبين لنا اشكالا فى التمسك به الظاهر من المذهب والامام تمسك له بأن الشرط فى وضعه ليس مخالفا لمقتضى العقد لان الغرض من العقد النفوذ فالشرط يتضمن تأكيد اللزوم والظاهر السلامة واعتراض على هذا المعنى بأنه لو صح لوجب الحكم بحصة الشرط من وجهة موافقة مقصود العقد - وفرق المتولي بين شرط البراءة وسائر الشروط الفاسدة بأن قضية الامتناع من التزام سبب يفضى إلى رفع العقد فكان موافقا موضوع العقد لكن يرد عليه فى هذا الشرط أن المبيع لا يكون فى

ضمانه قبل القبض والمنقول فيه أن العقد يبطل (والوجه الثاني) وهو الذي قدمه في التنبيه وقال الماوردي إنه قول جمهور أصحابنا وقال الروياني وغيره من الأصحاب إنه القياس وجزم به الروياني في الحلية أنه يبطل العقد كسائر الشروط الفاسدة ولأنه يخالف ما يقتضيه العقد من الرد بالعيب ولأنه يفرض إلى جهالة الثمن بالطريقة التي قدرها المصنف وسيأتي أن ابن أبي عصرون اختار هذا أيضا ومال الغزالي إليه وفي المجرى من تعليق أبي حامد أن الأول ليس بشئ (وان قلنا) بصحة الشرط فكذلك في العيوب الموجودة عند العقد أما الحادث بعده وقبل القبض فيجوز الرد به قاله الماوردي والمتولي والرافعي وغيرهم وقال القاضي حسين أنه لا خلاف على المذهب فيه نقل صاحب التتمة وغيره عن أبي يوسف أنه يجوز ونقله البغوي عن أبي حنيفة وقد وهم بعضهم فزعم أن كلام الغزالي فيه إشارة إلى الحاق الحادث بعد العقد وقبل القبض بالحادث قبلها في البراءة عنه وليس في كلام الغزالي الحاق ذلك إلا في صحة اشتراط البراءة عنه فلا يعتبر بذلك - ولو شرط البراءة عن العيوب الكائنة والتي تحدث فيه طريقان في تعليقه القاضي حسين

[ 372 ]

(أحدهما) القطع بالبطلان (والثانية) على قولين بالكائنة وقال الرافعي فيه وجهان (أصحهما) يذكر وقال الأكثرون غيره أنه فاسد قال القاضي حسين ويبطل البيع بهذا الشرط وصاحب التتمة قال في هذه الصورة أنه إذا فسد الشرط فالحكم في بطلان العقد على ما سبق يعني فيصح العقد على المذهب فإن أفرض ما سيحدث بالشرط فهو بالفساد أولى قال الرافعي ومقتضى ذلك مجئ الخلاف فيه بالترتيب وقال الامام المذهب أن الشرط يبطل بخلاف ما ذكرناه في المسألة الأولى يعني إذا جمع بين الكائنة والتي ستحدث وصرح الامام بثلاثة أوجه (أحدها) صحة البراءة في العيوب الحادثة مطلقا (والثاني) الفساد مطلقا (والثالث) الفرق بين أن يذكر تابعا أو مقصودا وهذا معنى الأولوية التي ذكرها الرافعي وحيث فرقنا بين الحادث والقديم فلو اختلفا في عيب هل هو حادث أو قديم قال الماوردي ففيه وجهان من اختلاف أصحابنا في اختلاف العلة فيما إذا ادعى البائع في غير هذه الصورة الحدوث وادعى المشتري التقدم فالقول قول البائع فمنهم من قال إن العلة أن الحدوث تعين والتقدم مشكل فيه فهنا لا يبرأ منه البائع ويكون القول قول المشتري - ومن قال العلة أن ما أوجب الامضاء أولى فالقول هنا قول البائع ويمنع المشتري من الفسخ - وان فرعنا على القول الثالث فلا يبرأ مما علمه وكتمه ولا عما لم يعلمه من العيوب الظاهرة من الحيوان على الاصح - ومنهم من اعتبر نفس العلم كما تقدم وهما وجهان حكاهما الماوردي هل المراد ما لم يكن معلوما لخفائه وان علمه البائع أو ما لم يعلمه لجهله ومقتضى كلام الروياني نسبة لأول إلى المحصلين من أصحابنا وأنه الصحيح ونسبة الثاني إلى حكاية أبي علي في الافصاح والقاضي أبي حامد في الجامع وأنه غلط والروياني قال هذا دفعا لمن زعم أن الحيوان يأتي فيه التفصيل بين المعلوم وهو المحكى في الافصاح والجامع وحيث حكى الوجهين من كلام الماوردي لم يتعرض له هل يلحق ما مأكوله في جوفه بالجواز قيل نعم لعسر

الوقوف - وقال الاكثرون منهم الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والقاضي حسين وغيرهم لا وقال المحاملي انه لا خلاف فيه وكذلك الروياني قال انه لا خلاف فيه وجماعة حكوا الخلاف كما تقدم منهم الجرجاني والرافعي وغيرهما لتبدل حال الحيوان فان العيب الذي به قد يزول بنفسه وبأنه لا يمكن معرفة العيب الذي في باطن الحيوان وهذا يمكن بادخال عود ونحوه وبان الحيوان يغتذى بالصحة والسقم فلا يخلو في الغالب عن عيب بخلاف هذا فعلى هذا قال الشيخ أبو حامد ان (قلنا) نظر فيه الاصطخري كان فيه قولان (وان قلنا) بالطريقة الاخرى لم يصح الشرط قولاً واحداً (قلت) وهذا على الطريقة المشهورة ونأتي فيه الطرق المتقدمة \* (فرع) \* قد اجتمع في الشرط مع العقد ثلاثة أقوال يصحان ويفسدان يصح العقد ويفسد الشرط قال لامام والقاضي حسين قبله وهذا كاختلاف الاقوال في شرط نفى خيار المجلس والرؤيا إذا جوزنا بيع الغائب وفيها الاقوال الثلاثة كما وصفناها وخيار الرد بالعيب خيار شرعى يتضمنه مطلق العقد كخيار المجلس وخيار الرؤية (قلت) لكن الاصح في نفى خيار المجلس بطلان العقد (والاصح) هنا صحته عند الامام والرافعي فيحتاج إلى الفرق (وأما) على ما نسبه الماوردي إلى الجمهور فلا (قال) القاضي حسين فعل هذا الترتيب يجتمع في الحيوان أربعة أقوال هذه الثلاثة ورابع وهو التفصيل \* (تنبيه) \* عرفت بما تقدم أن المذهب فساد الشرط في غير الحيوان وصحته في الحيوان مع التفصيل في البراءة فان سقط ذلك في غير الحيوان قال ابن عسرون فالشرط والبيع باطلان وهذا منه كأنه اختيار لقوله البطلان إذا قلنا بفساد الشرط (أما) على القول الذى صحه الرافعي وغيره من انه إذا فسد الشرط يصح العقد فينبغي أن يكون كذلك ولا فرق بين الحيوان وغيره في ذلك إذا قلنا بفساد الشرط بالحيوان وكذلك أطلق صاحب التتمة أن المذهب أن العقد صحيح \* (فرع) \* لو شرط أن لا يرد المبيع بالعيب القديم والحادث في ضمانه قال القاضي حسين يبطل البيع قولاً واحداً وتبعه المتولي فقال إذا شرط أن لا يرد عليه إذا وجد به عيباً فالعقد باطل وعلاؤه بأنه منع تصرف في حق ثبت له بمقتضى العقد بخلاف شرط البراءة فإنه بشرط البراءة منع ثبوت الحق

وخالف الرافعي ما جرى فيه الخلاف وهو أظهر ونما ذكره القاضي في شرط البراءة يمكن أن يقال مثله في شرط عدم الرد ولو اختلفا في شرط مبيع البراءة فادعاه البائع وأنكر المشتري (فان قلنا) البيع صحيح ومع شرط البراءة تحالفاً على الصحيح وقبل القول قول المشتري مع يمينه لان الاصل عدم الشرط وهو قول القاضي أبي حامد ولم يذكر الروياني في البحر غيره وقال فيحلف أنه لم يعلم ولم يرض (وان قلنا) فاسد ففى التهذيب أن القول قول البائع بيمينه وينبغي أن يخرج على الاختلاف في دعوى الصحة والفساد ومن المعلوم الظاهر انه إذا باع بشرط البراءة من عيب علمه المشتري وراه ان البيع صحيح ولا اثر للشرط المذكور في هذه الحالة ومن جملة الاطلاع أن يقول له هذه العيوب وابرتني منها (وإذا قلنا) بالصحيح فقال المشتري علمت هذا العيب وكتمته وقال البائع لم أعلم فالقول قول البائع مع يمينه فيحلف بالله بعته وما علمت به عيباً كتتمته بدليل حديث عثمان قاله في التهذيب \* (فرع) \* شغف بعض الوراقين في

هذا الزمان بأن يجعل بدل شرط البراءة أعلم البائع المشتري أن بالمبيع جميع العيوب ورضى به ووطنوا أن ذلك يجوز منهم عن بطلان البيع والشرط على ؟ ض أقول في شرط البراءة وهذا جهل لا يجوز فعله ولا يفيد (أما) أنه لا يجوز فعله فلأنه كذب لأنه لا يمكن اجتماع جميع العيوب في محل ومنها ما هو متضاد (وأما) أنه لا يفيد فلما تقدم أن الصحيح عندنا أنه لا يكتفى بالله بعته وما علمت به عينا كتمته بدليل حديث عثمان قاله في التهذيب \* (فرع) \* شغف بعض الوراقين في هذا الزمان بأن يجعل بدل شرط البراءة أعلم البائع المشتري أن بالمبيع جميع العيوب ورضى به ووطنوا أن ذلك يجوز منهم عن بطلان البيع والشرط على ؟ ض أقول في شرط البراءة وهذا جهل لا يجوز فعله ولا يفيد (أما) أنه لا يجوز فعله فلأنه كذب لأنه لا يمكن اجتماع جميع العيوب في محل ومنها ما هو متضاد (وأما) أنه لا يفيد فلما تقدم أن الصحيح عندنا أنه لا يكتفى بالتسمية فيما يمكن معانيته كالزنا والسرقه والاباق فذكره مجملا بهذه العبارة كذكر ما يمكن معانيته بالتسمية من غير رؤية فقياسه أنه لا يفيد فيه أيضا فهذا فعل باطل وشهادة باطلة قصدت التحذير عنها لان كثيرا غيرها ولا يجوز للحاكم الزام المشتري بمقتضى هذا الاقرار للعلم بكذبه وبطلانه وإذا وقع ذلك يكون حكمه حكم ما لو شرط البراءة فيفسد العقد على أحد القولين ويصح على الآخر ويبرأ من العيب الباطن المجهول في الحيوان دون غيره \*

[ 375 ]

\* (فرع) \* نحتم به الباب قال النووي في الروضة قال اصحابنا إذا انعقد البيع لم يتطرق إليه الفسخ الا بأحد سبعة اسباب خيار المجلس والشرط والعيب وخلف المقصود والاقالة والتحالف وهلاك المبيع قبل القبض (قلت) والتصيرية لما كانت ملحقة عند الاكثرين بالعيب وعند بعضهم بالخلف لم تكن خارجة عن ذلك ولكن قد بقى عليه رجوع البائع عند افلاس المشتري وله ان يلحقه بالعيب لكن مثل هذا النكاح يقتضى عد العيب والحلف شيئا واحدا فالوجه جعل ذلك قسما آخر وبقي عليه ايضا الافتراق في الربويات قبل التقابيس وهو راجع إلى هلاك المبيع وبقي أيضا تعذر امضاء العقد كما في اختلاط الثمار وبيع الصبرة بالصبرة المخالفة لها مكايلة كما تقدم على اختلاف فيها (وأما) الخيار الحاصل بسبب الاجبار في المرابحة فهو راجع إلى العيب لأنه كالعيب في المبيع وقد ذكر المصنف في التنبيه مسألة الاختلاف في قدم العيب وحدوثه وإذا باعه عصيرا أو سلمه ولم يذكرهما في المهدب في هذا الباب وذكر المسألة الاولى في باب اختلاف المتبايعين وسنشرحها هناك ان شاء الله تعالى بعون الله وتيسيره \*