

الانصاف

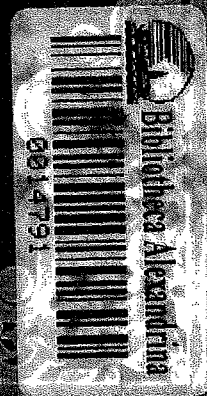
في معرفة الراج من الخلاف
على مذهب الإمام أحمد بن حنبل

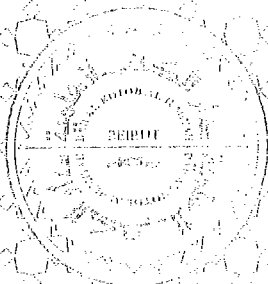
الإمام علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان بن أحمد
لمرداوي السعدي الحنبلي
المتوفى سنة ٨٨٥ هـ

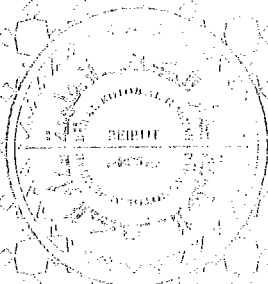
تحقيق
أبي قبير الله محمد حسن محمد مستور دستا عبد الشافي

المجلد الرابع

مكتبة
دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان







الانصافُ في معرفةِ الرَّاجِحِ مِنَ الخِلافِ على مذهبِ الإمامِ أحمدَ بنِ حنبلٍ

الإمامُ علاءُ الدينِ أبي الحسنِ علي بنِ سليمان بنِ أحمدَ
المرزوقِ السَّعدي الحنبلي
المتوفى سنة ٨٨٥ هـ

تحقيق
أبي عبد الله محمد محسن محمد عيسى السامري الشافعي

الجزء الرابع

منشورات

محمد عيسى بيضون

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

جميع الحقوق محفوظة

جميع حقوق الملكية الادبية والفنية محفوظة لحار الكتب العلمية بيروت - لبنان ويحظر طبع أو تصوير أو ترجمة أو إعادة تضخيد الكتاب كاملاً أو مجزأً أو تسجيله على أشرطة كاسيت أو إدخاله على الكمبيوتر أو برمجته على اسطوانات ضوئية إلا بموافقة الناشر خطياً.

Copyright ©
All rights reserved

Exclusive rights by DAR al-KOTOB al-ILMIYAH Beirut - Lebanon. No part of this publication may be translated, reproduced, distributed in any form or by any means, or stored in a data base or retrieval system, without the prior written permission of the publisher.

الطبعة الأولى

١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

العنوان : رمل الظريف، شارع البحتري، بناية ملكارت
تلفون وفاكس : ٣٦٤٣٩٨ - ٣٦٦١٢٥ - ٦٠٢١٣٣ (٩٦١ ١)
صندوق بريد: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

DAR al-KOTOB al-ILMIYAH

Beirut - Lebanon

Address : Ramel al-Zarif, Bohatory st., Melkart bldg., 1st Floor.

Tel. & Fax : 00 (961 1) 60.21.33 - 36.61.35 - 36.43.98

P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

باب دخول مكة

تنبيه: ظاهر قوله: ﴿يَسْتَحَبُّ أَنْ يَدْخُلَ مَكَّةَ﴾.

أنه سواء كان دخولها ليلاً أو نهاراً^(١). أما دخولها في النهار: فمستحب بلا نزاع. وأما دخولها في الليل: فمستحب أيضاً في أحد الوجهين، ذكره في الفروع. وهو ظاهر كلامهم. وقد نقل ابن هانئ: لا بأس، وإنما كرهه من السراق. والصحيح من المذهب: أنه لا يستحب دخولها في الليل. قدمه في الفروع. وهو ظاهر ما جزم به كثير من الأصحاب، لأنهم إنما استحبوا الدخول نهاراً.

فائدة: يستحب إذا خرج من مكة أن يخرج من الثنية السفلى من كدى.

تنبيه: ظاهر قوله: ﴿ثُمَّ يَدْخُلُ الْمَسْجِدَ مِنْ بَابِ بَنِي شَيْبَةَ﴾^(٢).

أنه لا يقول حين دخوله شيئاً. وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب، وهو ظاهر ما قدمه في الفروع. وقال في الهداية: يقول عند دخوله «بسم الله، وبالله، ومن الله، وإلى الله، اللهم افتح لنا أبواب فضلك» انتهى. وقال في الرعاية: يقول «بسم الله. اللهم افتح لي أبواب فضلك» انتهى.

قلت: الذي يظهر: أنه يقول - إذا أراد دخول المسجد - ما ورد في ذلك من الأحاديث. ولا أظن أحداً من الأصحاب لا يستحب قول ذلك. فإنه مستحب عند إرادة دخول كل مسجد. فالمسجد العتيق بطريق أولى وأحرى. وإنما سكتوا عنه هنا اعتماداً على ما قالوه هناك. وإنما يذكرون هنا ما هو مختص به، هذا ما يظهر.

(١) لما روى ابن عمر أن النبي ﷺ دخل مكة من الثنية العليا التي بالبطن وخرج من السفلى. وروى عائشة أن النبي ﷺ لما جاء مكة دخل من أعلاها وخرج من أسفلها، متفق عليهما. ولا بأس بدخولها ليلاً ونهاراً لأن النبي ﷺ دخل مكة ليلاً ونهاراً رواهما النسائي. انظر الشرح الكبير (٣/٣٨٠).

(٢) لما روى عن جابر في حديث أن النبي ﷺ دخل مكة ارتفاع الضحى وأناخ راحلته عند باب بني شيبه ودخل المسجد، رواه مسلم. انظر الشرح الكبير (٣/٣٨٠).

٤ كتاب الحج

قوله: ﴿فَإِذَا رَأَى الْبَيْتَ رَفَعَ يَدَيْهِ وَكَبَّرَ﴾ (١).

ونص عليه (٢). وقوله «وكبر» هذا أحد الوجوه. جزم به الخرقى. وفى الهادى والمحرم والرعايتين، والحاوين، والوجيز، وشرح ابن رزين، وتذكرة ابن عبدوس، والمنور، والتسهيل، والفاثق، والزرکشى وغيرهم. وقيل: ويهمل أيضا. قال فى النظم: وكبر ومجد. وجزم به فى تجريد العناية. وقال فى العمدة (٣): رفع يديه وكبر الله ووحده. ودعا. وقيل: يرفع يديه ويدعو فقط.

ومنه ما قاله المصنف هنا. وهو المذهب. وجزم به فى الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمغنى (٤)، والكافى (٥)، والتلخيص، والبلغة، وإدراك الغاية. وقدمه فى الفروع.

وعند الشيخ تقي الدين لا يشتغل بدعاء. واقتصر فى الروضة على قول «اللهم زد هذا البيت - إلى قول - ممن حجه واعتمره: تعظيما وتشريفا وتكريما ومهابة وبراً».

قوله: ﴿يَرْفَعُ بِذَلِكَ صَوْتَهُ﴾ (٦).

جزم به فى الهداية، والفصول، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والهادى، والتلخيص، والبلغة، والمحرم (٧)، وتذكرة ابن عبدوس، والرعايتين، والحاوين، وإدراك الغاية وغيرهم. وقال فى الفروع: وقيل يجهر به. فظاهره أن المقدم عدم الجهر بذلك. ولم أر أحدا قدمه. لكن المصنف فى المغنى (٨) - وتبعه الشارح (٩) - قالوا قال بعض أصحابنا: يرفع بذلك صوته. فالظاهر: أنه تابعهما، وأن المسألة مسكوت عنها عند بعضهم. وبعضهم قال: يجهر. فتكون المسألة قولاً واحداً.

(١) لما روى ابن المنذر عن النبى ﷺ أنه قال «لا ترفع الأيدي إلا فى سبعة مواطن افتتاح الصلاة واستقبال البيت وعلى الصفا والمروة وعلى الموقفين والجمرتين» وهذا قول النبى ﷺ وذلك قول جابر فعبر عن ظنه وفعله، الشرح (٣/٣٨١).

(٢) انظر المحرم (١/٢٤٥).

(٣) العمدة (١٨٢).

(٤) انظر المغنى (٣/٣٨١).

(٥) انظر الكافى (١/٥١٠).

(٦) روى ابن جرير. أن رسول الله ﷺ كان إذا رأى البيت رفع يديه وقال «اللهم زد هذا البيت تشريفاً وتكريماً وتعظيماً ومهابة وبراً وزد من شرفه ممن حجه واعتمره تشريفاً وتكريماً وتعظيماً وبراً» الشرح (٣/٣٨١).

(٧) المحرم (١/٢٤٥).

(٨) المغنى (٣/٣٨٢).

(٩) الشرح (٣/٣٨٢).

كتاب الحج ٥

قوله: ﴿ثُمَّ يَتَدَيُّ بِطَوَافِ الْعُمْرَةِ إِنْ كَانَ مُعْتَمِرًا، أَوْ بِطَوَافِ الْقُدُومِ إِنْ كَانَ مُفْرِدًا أَوْ قَارِنًا﴾ (١).

هذا المذهب بلا ريب. أعنى أنه لا يتدئ بشئ، أول من الطواف ما لم تقم الصلاة. وقطع به كثير من الأصحاب. منهم صاحب المحرر (٢)، والوجيز والمصنف (٣) وغيرهم، يفعل ذلك بعد تحية المسجد. قال فى التلخيص وغيره: والطواف تحية الكعبة.

فائدة: يسمى طواف القارن والمفرد طواف القدوم، وطواف الورد.

قوله: ﴿ثُمَّ يَضْطَبِعُ بِرِدَائِهِ﴾ (٤).

الصحيح من المذهب: أن الاضطباع يكون فى جميع الأسبوع. وفى الترغيب رواية: يكون الاضطباع فى رمله فقط وقاله الأثرم. وأطلقهما الزركشى. ولم يذكر ابن الزاغونى فى منسكه الاضطباع إلا فى طواف الزيارة. ويقال فى طواف الوداع.

قوله: ﴿ثُمَّ يَتَدَيُّ مِنَ الْحَجَرِ الْأَسْوَدِ فَيَحَازِيهِ بِجَمِيعِ بَدَنِهِ﴾ (٥).

إذا حاذى الحجر الأسود بجميع بدنه أجزاء قولاً واحداً. وإن حاذى بعض الحجر بكل بدنه أجزاء أيضاً. قولاً واحداً. لكن قال فى أسباب الهداية: وليمر بكل بدنه. وإن حاذى الحجر أو بعضه ببعض بدنه، فالصحيح من المذهب: أنه لا يجزئ ذلك الشوط. صححه فى النظم، وتصحيح المحرر. وقدمه فى الفروع، والرعاية الصغرى، والحاويين.

(١) قال جابر فى حديثه الصحيح: حتى أتينا البيت معه استلم الركن فرمل ثلاثاً ومشى أربعاً بالبيت متفق عليه. ذلك لأن الطواف تحية المسجد الحرام فاستحب البدء به، كما استحب لدخول غيره من المساجد البداية بتحية المسجد بصلاة ركعتين. المغنى (٣٨٣/٣) والشرح (٣٨٢/٣).

(٢) المحرر (٢٤٥/١).

(٣) المغنى (٣٨٣/٣).

(٤) روى أبو داود وابن ماجه عن يعلى بن أمية أن النبى ﷺ طاف مضطبعاً. وروى عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى ﷺ وأصحابه اعتمرُوا من الجعرانة فرملوا بالبيت وجعلوا أردبتهم تحت آباطهم ثم قذفوها على عواتقهم اليسرى، وروى مسلم عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه اضطبع ورمل وقال: نقيم الرمل ولم نبد مناكبنا وقد نفى الله المشركين بلى لئن ندع شيئاً فعلنا على عهد رسول الله ﷺ. رواه أبو داود. المغنى (٣٨٦/٣) والشرح (٣٨٢/٣).

(٥) روى جابر: حتى أتينا البيت معه استلم الركن فرمل ثلاثاً ومشى أربعاً، متفق عليه فكان ﷺ يحاذى الحجر بجميع بدنه ليستوعب جميع البيت بالطواف. الكافى (٥١١/١)، المغنى (٣٨٧/٣)، العمدة (١٨٤)، الشرح (٣٨٧/٣).

٦ كتاب الحج

وقيل: يجزيه. اختاره جماعة من الأصحاب، منهم الشيخ تقي الدين. وصححه ابن رزين فى شرحه. وأطلقهما فى المغنى^(١)، والمحزر^(٢)، والشرح^(٣)، والتلخيص، والرعاية الكبرى، والفائق.

قوله: ﴿ثُمَّ يَسْتَلِمُهُ وَيَقْبَلُهُ. وَإِنْ شَقَّ اسْتَلَمَهُ وَقَبَّلَ يَدَهُ﴾^(٤). وإن شقَّ أشار إليه.

خيره المصنف بين الاستلام مع التقبيل، وبين الاستلام مع تقبيل يده، وبين الإشارة إليه. وقال فى الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والكافى، والمغنى، والخلاصة، والتلخيص، والمحزر، والفائق، والشرح، وغيرهم ما معناه: أنه يستلمه ويقبله. فإن شق استلمه وقبل يده. فإن شق الاستلام أشار إليه. فجعلوا ذلك مرتبا.

وقال فى الفروع: ثم استلمه بيده اليمنى. نقل الأثرم: ويسجد عليه. وإن شاء قبل يده. نقله الأثرم. ونقل ابن منصور: لا بأس. وقال القاضى: فظاهره لا يستحب. وقال فى الروضة: هل يقبل يده؟ فيه خلاف بين أصحابنا، وإلا استلمه بشيء وقبله. وفى الروضة فى تقبيله: الخلاف فى اليد. ويقبله وإلا أشار إليه بيده أو بشيء فى الأصح. انتهى.

يعنى لا يقبل المشار به. وقال فى الرعاية الكبرى: يستلمه ويقبله.

وقيل: بل يستلمه ويقبل يده، كما لو عسر تقبيله. نص عليه.

وإن لمسه بشيء فى يده فقبله. فإن عسر لمسه أشار إليه بيده. وقام نحوه.

وقيل: ويقبلها إذن. انتهى.

فظاهر كلام المصنف لا أعلم له متابعا. ولعله أراد جواز هذه الصفات، لا الاستحباب.

فائدتان

إحدهما: يستحب استقبال الحجر بوجهه. على الصحيح من المذهب.

قال الشيخ تقي الدين: هو السنة. وهو ظاهر الخرقي. وهو ظاهر ما قطع به فى

(١) المغنى (٣/٣٨٧).

(٢) المحزر (١/٢٤٥).

(٣) الشرح (٣/٣٨٧).

(٤) انظر الشرح الكبير (٣/٣٨٣، ٣٨٤).

كتاب الحج ٧

المعنى (١)، والشرح (٢). فإنهما قالوا: فإن لم يمكنه استلامه وتقبيله قام بجذائه، واستقبله بوجهه، وكبر وهلل. لكن هذا مخصوص بصورة. وكذا قطع به الزركشي.

وقيل: لا يستحب. أطلقهما في التلخيص، والرعايتين، والحاويين، والفروع.

وقيل: يجب. قال القاضي في الخلاف: لا يجوز أن يتدنه غير مستقبل له، كما في الطواف محدثا. وأطلقهن في الرعاية الكبرى.

الثانية: الاستلام هو مسح الحجر باليد أو بالقبلة، من السلام وهو التحية. وقيل: من السلام وهي الحجارة؛ واحدها سلمة - يعنى بفتح السين وبكسر اللام - وقيل: من المسألة. وكأنه فعل ما يفعله المسالم.

وقيل: الاستلام أن يحیی نفسه عند الحجر بالسلامة.

وقيل: هو مهموز الأصل. مأخوذ من الملاءمة. وهي الموافقة. وقيل: من اللأمة وهي السلاح. كأنه حصن نفسه بمس الحجر. والله أعلم.

قوله: ﴿وَيَقُولُ: بِسْمِ اللَّهِ. وَاللَّهُ أَكْبَرُ اللَّهُمَّ إِيْمَانًا بِكَ. وَتَصَدِيقًا بِكِتَابِكَ، وَوَفَاءً بِعَهْدِكَ، وَاتِّبَاعًا لِسُنَّةِ نَبِيِّكَ مُحَمَّدٍ ﷺ﴾ كلما استلمه (٣).

هكذا قاله جماعة من الأصحاب. ولم يذكره آخرون. وزاد جماعة على الأول «اللَّهُ أَكْبَرُ، اللَّهُ أَكْبَرُ. وَلَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ. وَاللَّهُ أَكْبَرُ. وَاللَّهُ الْحَمْدُ».

فائدة: قوله: ﴿وَيَجْعَلُ الْبَيْتَ عَنْ يَسَارِهِ﴾ (٤).

وذلك يقرب جانبه الأيسر. والذي يظهر: أن ذلك ليل قلبه إلى الجانب الأيسر. قال الشيخ تقي الدين: الحركة الدورية يعتمد فيها اليمنى على اليسرى. فلما كان الإكرام فى ذلك للخارج جعل لليمنى.

قوله: ﴿فَإِذَا جَاءَ عَلَى الرُّكْنِ الِيمَانِيِّ اسْتَلَمَهُ، وَقَبَّلَ يَدَهُ﴾ (٥).

(١) ذكره فى المعنى بنصه وتماه (المعنى ٣/٣٨٤).

(٢) ذكره أيضا فى الشرح بنصه (الشرح ٣/٣٨٤).

(٣) الحرر (١/٢٤٥)، العدة (١٨٢)، العدة (١٨٣).

(٤) لفعله ﷺ وقد قال [لتأخذوا عنى مناسككم]. الشرح الكبير (٣/٣٨٥)، العدة (١٨٤)، العدة (١٨٤).

(٥) لما روى مجاهد عن ابن عباس قال (رأيت رسول الله ﷺ إذا استلم الركن اليمانى قبله ووضع خده الأيمن عليه). وقد روى ابن عمر أن رسول الله ﷺ كان لا يلتزم إلا الحجر والركن اليمانى رواهما مسلم. الشرح الكبير (٣/٣٨٥).

٨ كتاب الحج

جزم المصنف: أنه يقبل يده مع الاستلام من غير تقبيل الركن، وهو أحد الأقوال. وجزم به في النظم. وقدمه في الهداية، والخلاصة، والتلخيص، والرعايتين، والحاويين. وقيل: يستلمه من غير تقبيل. وهو المذهب. نص عليه. وعليه أكثر الأصحاب. قال الزركشي: وعلى هذا الأصحاب: القاضى، والشيوخان، وجماعة. وجزم به في الوجيز وغيره. وقدمه في الفروع، والمحرر، والشرح، والفائق، وغيرهم. وقال الخرقي، وابن أبى موسى فى الإرشاد: ويقبل الركن اليماني. وقال فى المذهب: وفى تقبيل الركن اليماني وجهان.

فائدتان

إحدهما: قوله: ﴿يُرْمَلُ فِي الثَّلَاثَةِ الْأُولَى﴾ (١).

هذا المذهب. وعليه الأصحاب. ولم يذكره ابن الزاغونى إلا فى طواف الزيارة. ونفاه فى طواف الوداع.

فعلى المذهب: لو لم يرمل فيهن، أو فى بعضهن، لم يقضه. على الصحيح من المذهب. وعليه جماهير الأصحاب.

وقيل: لو ترك الرَّمْل، والاضطباع فى هذا الطواف. أو لم يسع فى طواف القدوم: أتى بهما فى طواف الزيارة أو غيره. وظاهر كلام الخرقي: أنه يقضيه إذا تركه عامدا. قال الزركشي: قد يحمل على استحباب الإعادة.

الثانية: لو طاف راكبا لم يرمل. على الصحيح من المذهب. صححه المصنف، والشارح. وقدمه فى الفائق، والزركشي، وغيرهما.

وقال القاضى: يَحْبُ به مركوبه. وجزم به فى المذهب.

قوله: ﴿وَهُوَ إِسْرَاعٌ مَشَى مَعَ تَقَارُبِ الْخُطَى﴾ (٢).

وهذا بلا نزاع. لكن لو كان قرب البيت زحام. فظن أنه إذا وقف لم يؤذ أحدا ويمكن الرمل: وقف ليجمع بين الرمل والذنو من البيت. وإن لم يظن ذلك، وظن أنه إذا كان فى حاشية الناس تمكن من الرَّمْل، فعل. وكان أولى من الذنو. وإن كان لا يتمكن من الرمل أيضا. أو يَحْتَلِط بالنساء: فالذنو من البيت أولى. والتأخير للرمل،

(١) قال صاحب المغنى: روى أن النبى ﷺ (رَمَلَ ثَلَاثًا وَمَشَى أَرْبَعًا) رواه جابر وابن عباس وابن عمر وأحاديثهم متفق عليها. المغنى (٣/٣٨٧) الشرح (٣/٣٨٧) المحرر (١/٢٤٦) العمدة (١٨٤).

(٢) المغنى (٣/٣٨٧) الشرح (٣/٣٨٧).

كتاب الحج ٩
والدنو من البيت حتى يقدر عليه: أولى من عدم الرمل والبعد من البيت. على الصحيح من المذهب، قدمه في الفروع.
وقال في الفصول: لا ينتظر الرمل كما لا يترك الصف الأول لتعذر التجافي في الصلاة.

قال في التلخيص: والإتيان به في الزحام مع القرب - وإن تعذر الرمل - أولى من الانتظار، كالتجافي في الصلاة لا يترك فضيلة الصف الأول لتعذره.
وقال في الفصول أيضا - في فصول اللباس من صلاة الخوف - العَدُو في المسجد على مثل هذا الوجه مكروه جدا. قال في الفروع: كذا قال. ويتوجه ترك الأولى.
قوله: ﴿وَكَلَّمَا حَاذَى الْحَجَرَ وَالرُّكْنَ الْيَمَانِي : اسْتَلَمَهُمَا، أَوْ أَشَارَ إِلَيْهِمَا﴾^(١).
يعنى استلمهما إن تيسر، وإلا أشار إليهما. كلما حاذى الحجر استلمه. بلا نزاع إن تيسر له. وإلا أشار إليه. وكلما حاذى الركن اليماني استلمه أيضا. على الصحيح من المذهب. نص عليه.

وقال في الرعايتين، والحاويين: يستلمهما كل مرة. وقيل: اليماني فقط.
قلت: وهذا القول ضعيف جدا.

وقيل: يقبل يده أيضا. كما قاله المصنف هنا في أول طوافه.
وقال الخرقى، وابن أبي موسى: يقبل الركن اليماني. كما تقدم عنهما.
قال في الرعاية الكبرى: فَإِنْ عَسُرَ قَبْلَ يَدِهِ. فَإِنْ عَسُرَ لِمَسِّهِ أَشَارَ إِلَيْهِ. وقال: إن شاء أشار إليهما.

قال في المستوعب، وغيره: وكلما حاذاهما فعل فيهما من الاستلام والتقبيل على ما ذكرناه أولا.

قوله: ﴿وَيَقُولُ كُلَّمَا حَاذَى الْحَجَرَ: اللَّهُ أَكْبَرُ. وَلَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ﴾^(٢).

هكذا قال في جماعة من الأصحاب. منهم: صاحب الهداية، والمذهب، والخلاصة، والمحزر، والشرح، والنظم، والحاويين، والوجيز، والفائق، وغيرهم. وقدمه في الرعايتين.

(١) الشرح (٣/٣٩١).

(٢) لما روت عائشة رضي الله عنها قال رسول الله ﷺ: «وإنما جعل الطواف بالبيت وبين الصفا والمروة ورمى الجمار لإقامة ذكر الله عز وجل». رواه الأثرم وابن المنذر، الشرح (٣/٣٩١)، المحزر (١/٢٤٥).

١٠ كتاب الحج

وقيل: يكبر فقط. وهو المذهب. نص عليه. وقدمه فى الفروع.
ونقل الأثر: يكبر ويهلل، ويرفع يديه. وقال يقول: «الله أكبر. ولا حول ولا
قوة إلا بالله».

قال فى المستوعب، والتلخيص، وغيرهما: يقول عند الحجر ما تقدم ذكره فى
ابتداء أول الطواف. وهو قول «بسم الله، والله أكبر، إيماناً بك - إلى آخره».
تنبيه: ظاهر قوله «ويقول كلما حاذى الحجر» أنه يقول ذلك فى كل طوفة. إلى
فراغ الأسبوع. وهو صحيح. وهو المذهب. نص عليه. وهو ظاهر كلامه فى
الوجيز، والشرح، وغيرهما. وقدمه فى الفروع.

وقيل: يقول ذلك فى أشواط الرمل فقط. جزم به فى الهداية، والمذهب، ومسبوك
الذهب، والخالصة، والمحرم، والرعاية الصغرى، والحاويين. وقدمه فى الرعاية الكبرى.
قوله: ﴿وَيَقُولُ بَيْنَ الرَّكْعَيْنِ: رَبَّنَا آتِنَا فِي الدُّنْيَا حَسَنَةً. وَفِي الْآخِرَةِ حَسَنَةً وَقِنَا
عَذَابَ النَّارِ﴾^(١).

وهو المذهب. وجزم به فى المغنى، والشرح، والوجيز، وغيرهم. وقدمه فى
الفروع، وغيره.

وقال فى المحرم: يقول ذلك بين الركنين آخر طوفة. وتبعه على ذلك فى الرعايتين،
والحاويين، والفائق، والمنور.

وقال فى الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخالصة،
والتلخيص وغيرهم: يقول بعد الذكر، عند محاذاة الحجر فى بقية الرمل «اللهم اجعله
حجاً ميروراً، وسعيًا مشكوراً، وذنباً مغفوراً» ويقول فى الأربعة: «رب اغفر وارحم،
وتجاوز عما تعلم، وأنت الأعز الأكرم. اللهم ربنا آتنا فى الدنيا حسنة، وفى الآخرة
حسنة، وقنا عذاب النار» فلم يخصصها بالدعاء بين الركنين.

قوله: ﴿وَفِي سَائِرِ الطَّوَافِ: اللَّهُمَّ اجْعَلْهُ حَجًّا مَبْرُورًا، وَسَعْيًا^(٢) مَشْكُورًا، وَذَنْبًا
مَغْفُورًا. رَبِّ اغْفِرْ وَارْحَمْ، وَتَجَاوَزْ عَمَّا تَعْلَمُ، وَأَنْتَ الْأَعَزُّ الْأَكْرَمُ﴾.

(١) قال فى المغنى: لما أن عائشة روت أن النبى ﷺ كان يقول فى طوافه: ربنا آتنا فى الدنيا حسنة
وفى الآخرة حسنة وقنا عذاب النار... المغنى (٣/٣٩٢). وقال فى الشرح حديث أبى هريرة أن النبى
ﷺ قال «وكل الله به - يعنى الركب اليماني - سبعين ألف ملك» ثم قال: «اللهم إني أسألك العفو
والعافية فى الدنيا والآخرة، ربنا آتنا فى الدنيا حسنة وفى الآخر حسنة» قالوا: آمين، الشرح
(٣/٣٩٢)، المحرر (١/٢٤٦)، العدة (١٨٥)، العدة (١٨٤).

(٢) المحرر (١/٢٤٦). الشرح (٣/٣٩١).

كتاب الحج ١١

وحزم به في الوجيز. وقال في المحرر: يقول في بقية الرمل: «اللهم اجعله حجاً
مبروراً، سعياً مشكوراً، وذنباً مغفوراً» وفي الأربعة «رب اغفر وارحم، وتجاوز عما
تعلم، وأنت الأعز الأكرم» وقاله في الرعايتين، والحاويين. والفائق.

وقال في الفروع: ويكثر في بقية رمله من الذكر والدعاء. ومنه «رب اغفر
وارحم، واهد للطريق الأقوم» وتقدم ما قاله في الهداية وغيرها في بقية الرمل، وفي
الأربعة الأشواط الباقية.

وقال في المستوعب، وغيره: يستحب أن يرفع يديه في الدعاء، وأن يقف في كل
شوط عند الملتزم، والميزاب، وعند كل ركن، ويدعو. وذكر أدعية تخص كل مكان
من ذلك. فليراجعه من أراده.

فائدة: تجوز القراءة للطائف. نص عليه. وتستحب أيضاً. وقاله الآجروى وقدمه في
الفروع. ونقل أبو داود: أيهما أحب إليك؟ قال: كلُّ.

وعنه: تكره القراءة. قال في الترغيب: لتغليط المصلين.

وقال الشيخ تقي الدين: ليس له القراءة إذا غلط المصلين.

وأطلقهما في المستوعب. وقال أيضاً: تستحب القراءة فيه، لا الجهر بها. وقال
القاضي وغيره: ولأنه صلاة، وفيها قراءة ودعاء. فيجب كونها مثلها.

وقال الشيخ تقي الدين: جنس القراءة أفضل من الطواف.

قوله: ﴿وَلَيْسَ فِي هَذَا الطَّوَّافِ رَمَلٌ وَلَا اضْطِبَاعٌ﴾^(١).

وهذا المذهب. وعليه أكثر الأصحاب. منهم المصنف، والمجد، والشارح وغيرهم.
وحزم به كثير منهم.

وقيل: من ترك الرمل والاضطباع في هذا الطواف أتى بهما في طواف الزيارة،
أو في غيره.

قال القاضي، وصاحب التلخيص: لو ترك الرمل في القدوم أتى به في الزيارة.
ولو رمل في القدوم، ولم يسع عقبه: إذا طاف للزيارة رمل.

ولم يذكر ابن الزاغوني في منسكه الرمل والاضطباع إلا في طواف الزيارة.
ونفاهما في طواف الوداع.

(١) قال في الشرح: (وليس في غير هذا الطواف رمل ولا اضطباع). الشرح (٣/٣٩٣)، المحرر
(١/٢٤٦).

١٢ كتاب الحج

فائدة: لا يسن الرمل والاضطباع للحامل المعذور. على الصحيح. نص عليه.
وعليه جماهير الأصحاب. وقال الآجری: يرمل بالمحمول. انتهى.

ولا يسن الرمل إذا طاف أو سعى راكباً على الصحيح من المذهب. نص عليه.
واختاره المصنف وغيره. واختاره القاضي. قال الزركشى: - أظنه في المجرد، أو غيره -
يجب فيه.

قوله: ﴿وَمَنْ طَافَ رَاكِبًا أَوْ مَحْمُولًا: أَجْزَأُ عَنْهُ﴾ (١).

قدم المصنف هنا: أن الطواف يجزئ من الراكب مطلقاً.

وتحريم ذلك: أنه لا يخلو، إما أن يكون ركب لعذر أو لا. فإن كان ركب لعذر:
أجزأ طوافه. قولاً واحداً. وإن كان لغير عذر: فقدم المصنف الإجزاء. وهو إحدى
الروايات. اختارها أبو بكر، وابن حامد، والمصنف، والمجد [وغيرهم. وقدمه. وحزم
به في المنور. وهو ظاهر كلام القاضي. وقدمه في الهداية، والخلاصة، والمحرر]
والتلخيص.

والرواية الثانية: لا يجزئه. وهو المذهب (٢). نقله الجماعة عن أحمد. وهو ظاهر
كلام الخرقي. وقدمه في الفروع، والرعايتين، والحاويين، والفائق، وناظم المفردات.
قال الزركشى: هي أشهر الروايات، واختيار القاضي أخيراً، والشريف أبي
جعفر. وهو من مفردات المذهب. وأطلقهما في المذهب، ومسبوك الذهب،
والمستوعب.

وعنه تجزئ، وعليه دم. قال الزركشى: حكاها أبو محمد. ولم أرها لغيره. بل قد
أنكر ذلك أحمد في رواية محمد بن منصور الطوسي في الرد على أبي حنيفة. قال
«طاف رسول الله ﷺ على بعيره» وقال هو: إذا حُمِلَ فعليه دم. انتهى.

قلت: ولا يلزم من إنكاره ورده ألا يكون نقل عنه، والمجتهد هذه صفتة. والناقل
مقدم على النافي. وأطلقهن في المغنى (٣)، والشرح (٤).

وقال الإمام أحمد: إنما طاف - عليه أفضل الصلاة والسلام - على بعيره ليراه الناس.

(١) لما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما (أنه طاف في حجة الوداع على بعير يستلم الركن بمحجن)
الشرح (٣/٣٩٤).

(٢) الشرح (٣/٣٩٥).

(٣) ذكر الإطلاق في المغنى (٣/٤١٥).

(٤) ذكر الإطلاق في الشرح (٣/٣٩٤).

كتاب الحج ١٣
قال جماعة من الأصحاب: فيجىء من هذا: لا بأس به من الإمام الأعظم ليراه
الجهال.

فائدة: السعى راكبا كالطواف راكبا. على الصحيح من المذهب. نص عليه.
وذكره الخرقى، والقاضى، وصاحب التلخيص، والمجدد، وغيرهم. وقدمه فى الفروع،
والزر كشى [وقطع المصنف - وتبعه الشارح - بالجواز لعذر وغير عذر].

وأما إذا طيف به محمولا فقدم المصنف: أنه يصح مطلقا.
وتحريره: إن كان لعذر أجزأ. قولا واحدا بشرطه. وإن كان لغير عذر: فالذى
قدمه المصنف إحدى الروايتين. قال ابن منجا: هذا المذهب. وجزم به فى المنور.
وقدمه فى المحرر. وهو ظاهر ما قدمه فى التلخيص.

والرواية الثانية: لا يجزئه. وهو المذهب.

ولما قدم فى الفروع عدم الإجزاء فى الطواف راكبا لغير عذر، وحكى الخلاف
قال: وكذا المحمول. قدمه فى الرعايتين، والحاويين، والفائق، وناظم المفردات وهو
منها. واختاره القاضى أخيرا، والشريف أبو جعفر. كالطواف راكبا.

فائدة: إذا طيف به محمولا: لم يخل عن أحوال:

أحدها: أن ينويا جميعا عن المحمول. فتختص الصحة به.

الثانى: أن ينويا جميعا عن الحامل. فيصح له فقط بلا ريب.

الثالث: نوى المحمول عن نفسه، ولم ينو الحامل شيئا. فيصح عن المحمول. على
الصحيح من المذهب. وقطع به المصنف، والشارح، والزر كشى، وغيرهم. وقيل:
لا بد من نية الحامل. حكاه فى الرعاية.

الرابع: عكسها. نوى الحامل عن نفسه، ولم ينو المحمول شيئا. فيصح عن الحامل.

الخامس: لم ينويا شيئا. فلا يصح لواحد منهما.

السادس: نوى كل واحد منهما عن صاحبه: لم يصح لواحد منهما. جزم به فى
المغنى (١)، والشرح (٢)، والزر كشى، وغيرهم.

السابع: أن يقصد كل واحد منهما عن نفسه. فيقع الطواف عن المحمول. على

(١) المغنى (٢٠٦/٣).

(٢) الشرح (٣٩٥/٣).

١٤ كتاب الحج

الصحيح من المذهب. قدمه فى المغنى (١)، والشرح (٢)، والرعاية، والفائق، والزرکشى، والفروع. وقال: وصحة أخذ الحامل الأجرة تدل على أنه قصده به. لأنه لا يصح أخذها عما يفعله عن نفسه. ذكره القاضى وغيره. انتهى.

وقال فى المغنى (٣)، والشرح (٤): ووقوعه عن المحمول أولى. وهو ظاهر ما قطع به فى الحاويين، والرعاية الصغرى. فإنهما قالوا: ولا يجرى من حملة مطلقا.

وقيل: يقع عنهما. وهو احتمال لابن الزاغونى. قال المصنف: وهو قول حسن. وهو مذهب أبى حنيفة (٥).

وقيل: يقع عنهما لعذر. حكاه فى الرعاية.

وقيل: يقع عن حامله.

قلت: والنفس تميل إلى ذلك. لأنه هو الطائف. وقد نواه لنفسه.

وقال أبو حفص العکبرى: لا يجرى عن واحد منهما.

قوله: ﴿وَإِنْ طَافَ مُنْكَسًا، أَوْ عَلَى جِدَارِ الْحِجْرِ، أَوْ شَاذِرَوَانَ الْكَعْبَةِ. أَوْ تَرَكَ شَيْئًا مِنَ الطَّوَافِ، وَإِنْ قَلَّ، أَوْ لَمْ يَنْوِهِ: لَمْ يُجْزِهِ﴾ (٦).

الصحيح من المذهب، وعليه الأصحاب: أنه إذا طاف على شاذروان الكعبة لا يجرى به. وقطعوا به. وعند الشيخ تقي الدين: أنه ليس من الكعبة. بل جعل عمادا للبيت.

فعلى الأول: لو مس الجدار بيده فى موازاة الشاذروان: صح. لأن معظمه خارج عن البيت. قاله فى الرعاية الكبرى، والزرکشى، وغيرهما.

قلت: ويحتمل عدم الصحة.

فوائد

الأولى: لو طاف فى المسجد من وراء حائل، كالكعبة وغيرها: أجزأه، على

(١) المغنى (٢٠٦/٣).

(٢) الشرح (٣٩٥/٣).

(٣) ذكر بعضه فى المغنى (٢٠٦/٣).

(٤) الشرح (٣٩٦/٣).

(٥) انظر /بدائع الصنائع للكسانى (١٢٨/٢)

(٦) لما روى أن النبى ﷺ جعل البيت فى الطواف على يساره وقال ﷺ لتأخذوا عنى مناسككم، الشرح (٣٩٦/٣)، المغنى (٣٩٨/٣).

كتاب الحج ١٥
الصحيح من المذهب. وعليه أكثر الأصحاب. وقدمه فى الفروع وغيره. لأنه فى المسجد.

وقيل: لا يجزئه. وجزم به فى المستوعب. وقدمه فى الرعايتين، والحاويين.
القائية: لو طاف حول المسجد: لم يجزئه. على الصحيح من المذهب. وعليه الأصحاب. قال فى الفصول: إن طاف حول المسجد: احتتمل أن لا يجزئه. واقتصر عليه.

القائية: إذا طاف على سطح المسجد. فقال فى الفروع: يتوجه الإجزاء كصلاته إليها.

الرابعة: لو قصد بطوافه غرضاً. وقصد معه طوافاً بنية حقيقية لا حكمية. قال فى الفروع: توجه الإجزاء فى قياس قولهم. ويتوجه احتمال كعاطس قصد بحمده قراءة. وفى الإجزاء عن فرض القراءة وجهان.
وتقدم ذلك فى صفة الصلاة.

وقال فى الإنتصار - فى الضرورة -: أفعال الحج لا تتبع إحرامه، فتزاحى عنه. وينفرد بمكان وزمن ونية. فلو مر بعرفة، أو عدا حول البيت بنية طلب غريم أو صيد: لم يجزه. وصححه فى الخلاف وغيره فى الوقوف فقط. لأنه لا يفتقر إلى نية.

قوله: ﴿وَإِنْ طَافُ مُحْدِثًا، أَوْ غُرْبَانًا، لَمْ يُجْزِهِ﴾^(١).

إذا طاف محدثاً، فالصحيح من المذهب: وعليه الأصحاب - أنه لا يجزيه. قال القاضى وغيره: هو كالصلاة فى جميع الأحكام. إلا فى إباحة النطق. وعنه يجزيه وَيَجْبُرُهُ بدم.

قال فى الفروع: وعنه يجيره بدم، إن لم يكن بمكة. ولعله مراد المصنف.

وعنه: يصح من ناسٍ ومعذور فقط. وعنه يصح منهما فقط، مع جيرانه بدم.

وعنه: يصح من الحائض تجيره بدم. وهو ظاهر كلام القاضى.

واختار الشيخ تقى الدين الصحة منها ومن كل معذور. وأنه لا دم على واحد

(١) لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال: «الطواف بالبيت صلاة إلا أنكم تتكلمون فيه» رواه الترمذى والأثرم. الشرح ولما روى النبى ﷺ قال قبل حجة الوداع يوم النحر: «لا يحج بعد العام مشرك ولا يطوف بالبيت عريان»، ولأنها عبادة متعلقة بالبيت فكانت الطهارة والستارة فيها شرطاً كالصلاة. (٣/٣٩٨).

١٦ كتاب الحج
 منهما. وقال: هل الطهارة واجبة أو سنة لها؟ فيه قولان في مذهب أحمد وغيره.
 ونقل أبو طالب: والتطوع أيسر. وتقدم التنبيه على ذلك في آخر نواقض الوضوء
 وأوائل باب الحيض.

فوائد

إحداها: يلزم الناس انتظار الحائض - لأجل الحيض فقط - حتى تطوف إن أمكن.
 على الصحيح من المذهب . صححه في الفروع. وجزم به ابن شهاب وقيل: لا يلزم.
 الثانية: لوطاف فيما لا يجوز له لبسه: صح. ولزمته الفدية. ذكره الآجری.
 واقتصر عليه في الفروع.

الثالثة: النجس والعريان كالمحدث فيما تقدم من أحكامه.

قوله: ﴿وَإِنْ أَحْدَثَ فِي بَعْضِ طَوَافِهِ، أَوْ قَطَعَهُ بِفَصْلِ طَوِيلٍ ابْتِدَآءَهُ﴾ (١). هذا
 المذهب بلا ريب. لأن الموالة شرط.

واعلم أن حكم الطائف إذا أحدث في أثناء طوافه حكم المصلى إذا أحدث في
 صلاته. خلافا ومذهبيا. على ما تقدم. ذكره ابن عقيل وغيره. وقدمه في الفروع
 وغيره.

ويطلبه الفصل الطويل على الصحيح من المذهب. وعليه الأصحاب. ونص عليه.

وعنه لا تشترط الموالة مع العذر. ذكرها المصنف وغيره.

قال المصنف هنا: ويتخرج أن الموالة سنة. وهو لأبى الخطاب. وذكره في
 التلخيص وجهها. وهو رواية في المحرر، والفروع، وغيرهما.

وأما إذا كان يسيرا، أو أقيمت الصلاة، أو حضرت جنازة. فإنه معفو عنه. يصلى
 ويبنى. كما قال المصنف. ولكن يكون ابتداء بنائه من عند الحجر، ولو كان القطع
 في أثناء الشوط. نص عليه. وصرح به المصنف وغيره.

فائدة: لو شك في عدد الأشواط في نفس الطواف. فالصحيح من المذهب: أنه
 لا يأخذ إلا باليقين. نص عليه. وقدمه في الفروع وغيره. وذكر أبو بكر وغيره:
 يأخذ أيضا بغلبة ظنه. انتهى. وهو رواية عن أحمد.

كتاب الحج ١٧

وقول أبي بكر هنا: مخالف لما قاله فيما إذا شك في عدد الركعات: أنه يأخذ باليقين. ويأخذ بقول عدلين، على الصحيح من المذهب. نص عليه.
وقيل: لا. وذكر المصنف والشارح: ويأخذ أيضا بقول عدل. وقطعا به.
قوله: ﴿ثُمَّ يُصَلِّي رَكَعَتَيْنِ. وَالْأَفْضَلُ: أَنْ يَكُونَ خَلْفَ الْمَقَامِ﴾^(١).
هاتان الركعتان سنة. على الصحيح من المذهب. وعليه أكثر الأصحاب. وقطع به كثير منهم.

وعنه أنهما واجبتان. قال في الفروع: وهو أظهر.
فائدة: لو صلى المكتوبة بعد الطواف: أجزأ عنهما. على الصحيح من المذهب.
ونص عليه: وعنه يصليهما أيضا. اختاره أبو بكر وغيره.
فائدة أخرى: لا يشرع تقبيل المقام ولا مسحه. قال في الفروع: إجماعا. قال في رواية ابن منصور: لا يمسه. ونقل الفضل: يكره مسه وتقبيله. وفي منسك ابن الزاغوني: فإذا بلغ مقام إبراهيم فليمس الصخرة بيده وليمكن منها كفه ويدعو.
قوله: ﴿ثُمَّ يَعُودُ إِلَى الرُّكْنِ فَيَسْتَلِمُهُ﴾^(٢).
هذا المذهب. وعليه معظم الأصحاب. وفي كتاب أسباب الهداية لابن الجوزي: يأتي الملتزم قبل صلاة الركعتين.

فوائد

الأولى: يجوز جمع أسابيع. ثم يصلى لكل أسبوع منها ركعتين. نص عليه. وهو من المفردات. وعنه يكره قطع الأسابيع على شفيع، كأسبوعين وأربعة ونحوها. قال في الفروع: فيكره الجمع إذن. ذكره في الخلاف، والموجز. ولم يذكره جماعة.
الثانية: يجوز له تأخير سعيه عن طوافه بطواف وغيره. نص عليه.

الثالثة: إذا فرغ المتمتع، ثم علم أنه كان على غيره طهارة في أحد الطوافين وجهله: لزمه الأشد. وهو كونه في طواف العمرة. فلم تصح. ولم يحل منها. فيلزمه

(١) قال في المغنى: ويستحب أن يقرأ في الأولى (الكافرون) وفي الثانية (قل هو الله أحد) المغنى (٤٠٠/٣)، المحرر (٢٤٦/١).

(٢) قال في الشرح (روى أن جابرا قال في صفة حج النبي ﷺ قال حتى أتينا البيت معه استلم الركن فرمل ثلاثا ومشى أربعا ثم تقدم إلى مقام إبراهيم فقرأ «واتخذوا من مقام إبراهيم مصلى» فجعل المقام بينه وبين البيت، الشرح (٤٠٠/٣) العمدة (١٨٥).

١٨ كتاب الحج
دم للحلق. ويكون قد أدخل الحج على العمرة. فيصير قارنا. ويجزئه الطواف للحج
عن النسكين.

ولو قدرناه من الحج: لزمه إعادة الطواف. ويلزمه إعادة السعي على التقديرين.
لأنه وُجد بعد طواف غير معتد به.
وإن كان وطئ بعد حِلَّة من العمرة: حكمنا بأنه أدخل حجاً على عمرة فاسدة.
فلا يصح. ويلغو ما فعله من أفعال الحج. ويتحلل بالطواف الذى قصده للحج من
عمرته الفاسدة. وعليه دم للحلق. ودم للوطء فى عمرته. ولا يحصل له حج وعمرة.
ولو قدرناه من الحج لم يلزمه أكثر من إعادة أكثر الطواف والسعي. ويحصل له
الحج والعمرة.

الرابعة: يشترط لصحة الطواف عشرة أشياء. ذكرها المصنف متفرقة، إلا الخروج
عن المسجد: النية. وستر العورة. وطهارة الحدث والخبث. وتكميل السبع. وجعل
البيت عن يساره. وألا يمشى على شىء منه. وألا يخرج عن المسجد. وأن يوالى بينه.
وأن يتدئ بالحجر الأسود فيحاذيه. وفى بعض ذلك خلاف. تقدم ذكره.

وسنته: استلام الركن، وتقبيله. أو ما يقوم مقامه من الإشارة. واستلام الركن
اليمنى. والاضطباع. والرمل. والمشى فى مواضعه. والدعاء. والذكر. وركعتا
الطواف. والطواف ماشياً، والدنو من البيت. وفى بعض ذلك خلاف ذكرناه.
ذكر ذلك المصنف والشارح وغيرهما.

قوله: ﴿ثُمَّ يَخْرُجُ إِلَى الصَّفَا مِنْ بَابِهِ. وَيَسْعَى سَعْيًا، يَبْدَأُ بِالصَّفَا. فَيَرْقَى عَلَيْهِ،
حَتَّى يَرَى الْبَيْتَ. فَيَسْتَقْبِلُهُ﴾^(١). بلا نزاع.

قوله: ﴿يَكْبُرُ ثَلَاثًا. وَيَقُولُ: لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ - إِلَى قَوْلِهِ - وَلَوْ كَرِهَ الْكَافِرُونَ﴾^(٢).
يعنى يقول ذلك إذا رقى على الصفا واستقبل القبلة. وكذا قال فى الهداية،
والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والتلخيص، والمحزر، والرعايتين،
والحاويين، وغيرهم من الأصحاب.

قال فى الهداية، والمستوعب، والكافى وغيرهم: يكرر ذلك ثلاثاً.
وقال فى الفروع: يقول ذلك ثلاثاً، إلى قوله: «هزم الأحزاب وحده» ولم يذكر ما
بعده.

(١) انظر الشرح الكبير (٤٠٣/٣)

(٢) الشرح (٤٠٣/٣)، المغنى (٤٠٣/٣)، المحرر (٢٤٦/١)، العدة (١٨٦)..

كتاب الحج ١٩

قوله: ﴿ثُمَّ يَلْبِي﴾ (١).

يعنى: بعد هذا الدعاء. وهكذا قال فى الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب والمستوعب، والخلاصة، والرعايتين، والحاويين.

وقال فى المستوعب: ويلبى عقيب كل مرة. ولم يذكر التلبية فى التلخيص والمحرم، والفروع، وتذكرة ابن عبدوس وغيرهم.

قوله: ﴿وَيَذْعُو﴾ (٢).

اقتصر جماعة من الأصحاب. منهم الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والتلخيص، وغيرهم. وقال جماعة: ويرفع يديه.

ولم يذكر المحرم، وجماعة: الدعاء.

قوله: ﴿ثُمَّ يَنْزِلُ مِنَ الصَّفَا، وَيَمْشِي حَتَّى يَأْتِيَ الْعَلَمَ﴾ (٣).

هكذا قال جماعة من الأصحاب «يمشى حتى يأتى العلم» منهم الخرقى، وصاحب المحرم، والفائق، والرعايتين، والحاويين، والمنور، وتجريد العناية.

وقال جماعة: يمشى إلى أن يبقى بينه وبين العلم نحو ستة أذرع. منهم صاحب الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والتلخيص، والكافى، والشرح. [وهو ظاهر ما قدمه فى الرعاية الكبرى]. قال فى الفروع: وهو أظهر.

قوله: ﴿فَيَسْعَى سَعْيًا شَدِيدًا إِلَى الْعَلَمِ﴾ (٤).

هكذا قال جماهير الأصحاب. أعنى قالوا: «يسعى سعيًا شديدًا» وجزم به فى الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والتلخيص، والكافى، والمحرم، والشرح، والوجيز، والفائق، وغيرهم.

قال الزركشى: وعليه الأصحاب. وقدمه فى الرعايتين، والحاويين.

قال فى الفروع: وهو أظهر. وقال جماعة: يرمل. وهو ظاهر كلام الخرقى.

وتقدم: هل يفعل ذلك إن كان راكبًا عند الرمل فى الطواف؟

(١) الشرح (٤٠٣/٣)، المغنى (٤٠٣/٣).

(٢) الشرح (٤٠٣/٣) العمدة (١٨٥)، المحرم (٢٤٦/١).

(٣) الشرح (٤٠٢/٣).

(٤) انظر المغنى (٤٠٥/٣)، الشرح (٤٠٥/٣)، المحرم (٢٤٦/١)، العمدة (١٨٦)، العمدة (١٨٧).

٢٠ كتاب الحج

فائدة: لا يجزئ السعى قبل الطواف. على الصحيح من المذهب. نص عليه. وقدمه في المعنى، والشرح، ونصراه في الفروع وغيرهم من الأصحاب.

وعنه يجزئ مطلقا من غير دم. ذكرها في المذهب.

وعنه يجزئ مطلقا مع دم. ذكرها القاضي.

وعنه: يجزئ مع السهو والجهل.

قوله: ﴿وَيَسْتَحَبُّ أَنْ يَسْعَى طَاهِرًا مُسْتَتِرًا مُتَوَالِيًا﴾ (١).

أما السترة، والطهارة: فسنة. على الصحيح من المذهب، وعليه جماهير الأصحاب.

قال الزركشى عن الطهارتين: هو المذهب المشهور المنصوص. المختار للأصحاب.

وقال عن السترة: الأكثرون قطعوا بذلك من غير خلاف.

وقيل: هما في السعى كالطواف. على ما تقدم.

وأما الموالة: فقدم المصنف هنا: أنها سنة. وهو إحدى الروايات. وجزم به في

الوجيز، ومنتخب الأدمى. وقدمه في النظم. وصححه المصنف، والشارح، وتجريد

العناية. واختاره أبو الخطاب. قاله الزركشى. وهو تخريج في الهداية وغيرها.

وعنه: أنها شرط كالطواف. وهو المذهب. وعليه أكثر الأصحاب. قال في

الفروع: عليها الأكثر.

قلت: منهم القاضي.

وصححه في الخلاصة، والتلخيص، والمذهب، ومسبوك الذهب. وجزم به في

المنور. وقدمه في الهداية، والمستوعب، والفروع، والمحزر، والرعايتين، والحاويين. وهو

ظاهر كلام الخرقي.

وعنه: لا يشترط مع العذر.

تنبيه: ظاهر كلام المصنف: أن النية ليست شرطا في السعى. وهو ظاهر كلام

أكثر الأصحاب. قاله في الفروع.

قلت: وفيه نظر وضعف. وقيل: هي شرط فيه.

قلت: وهو الصواب. لأنه عبادة. وجزم به في المذهب، ومسبوك الذهب، والمحزر،

والفائق. ولا أظن أحدا من الأصحاب يقول غير ذلك. ولا وجه لعدم اشتراطها.

(١) قال في الشرح لما روت عائشة حين حاضت قال لها رسول الله ﷺ «اتصي ما يقضى الحاج غير أن لا

تطوفى بالبيت». الشرح (٤٠٧/٣).

كتاب الحج ٢١

وزاد في المحرر، والفائق، وتذكرة ابن عبدوس: وألاً يقدم السعى على أشهر الحج. وصرح أبو الخطاب بخلاف ذلك. وقال: لا أعرف منعه عن أحمد. وذكر ولد الشيرازي: أن سعية مغمى عليه، أو سكران: كوقوفهما. قال في الفروع: ويتوجه عدم الصحة قولاً واحداً.

قوله: ﴿فَإِنْ كَانَ مُعْتَمِرًا قَصَرَ مِنْ شَعْرِهِ﴾ (١).

على الصحيح من المذهب. نص عليه، وعليه أكثر الأصحاب: أن الأفضل أن يقصر من شعره في العمرة، ليحلق في الحج. وحزم به في الوجيز وغيره. وقدمه في الفروع وغيره.

وقال في المستوعب، والترغيب، والتلخيص: والحلق في الحج والعمرة أفضل من التقصير.

وقال في المحرر: حلق أو قصر، وحلّ منهما.

قوله: ﴿إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْمُتَمَتِّعُ قَدْ سَاقَ هَدْيًا. فَلَا يُحِلُّ حَتَّى يَحُجَّ﴾ (٢).

هذا المذهب بلا ريب، وعليه جماهير الأصحاب. وقطع به كثير منهم. وقيل: يحل. كمن لم يهد. وهو مقتضى ما نقله يوسف بن أبي موسى. قاله القاضي.

وقال في الكافي، والفائق، وغيرهما: وعنه له التقصير من شعر رأسه خاصة، دون أظفاره وشاربه. انتهى.

وعنه: إن قدم قبل العشر: نحر الهدى وحل. ونقل يوسف بن أبي موسى: ينحر ويحل، وعليه هدى آخر. وقال مالك: ينحر هديه عند المروة.

قال المصنف: ويحتمله كلام الخرقي. وتقدم ذلك بعينه في باب الإحرام عند قوله «ولو ساق المتمتع هدياً لم يكن له أن يحل».

فعلى المذهب: يحرم بالحج إذا طاف وسعى لعمرة قبل تحلله بالحلق. فإذا ذبحه يوم النحر حل منهما معاً. نص عليه. وتقدم هذا أيضاً هناك.

(١) المحرر (٢٤٦/١)، الشرح (٤٠٩/٣)، المغنى (٤٠٩/٣)، العمدة (١٨٧).

(٢) قال في المغنى: لما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما قال تمتع الناس مع رسول الله ﷺ بالعمرة إلى الحج فلما قدم رسول الله ﷺ مكة قال للناس: «من كان معه هدى فإنه لا يحل من شيء حرم منه حتى يقضى حجته ومن لم يكن معه هدى فليطف بالبيت وبالصفى والمروة وليقصر وليحلل» متفق عليه.

المغنى (٤١٠/٣)، المحرر (٢٤٦/١)، الشرح (٤٠٩/٣)، العمدة (١٨٧).

٢٢ كتاب الحج

تنبيهان

أحدهما: محل ما تقدم فى المتمتع. أما المعتمر غير المتمتع: فإنه يحل. ولو كان معه هدى.

الثانى: ظاهر كلام المصنف: أنه إذا لم يسق الهدى يحل، سواء كان مُلَبِّدًا رأسه أو لا. وهو صحيح. وهو المذهب. وعليه جماهير الأصحاب. وقطع به كثير منهم. وقيل: لا يحل من لَبَّدَ رأسه حتى يحج. جزم به فى الكافى. وقدمه فى الرعاية الكبرى.

قوله: ﴿وَمَنْ كَانَ مُتَمَتِّعًا: قَطَعَ التَّلِيَّةَ إِذَا وَصَلَ الْبَيْتَ﴾ (١).

وكذا قال الخرقي، وصاحب المستوعب وغيرهم.
وعنه: يقطعها برؤية البيت.

والصحيح من المذهب: أنه يقطعها إذا استلم الحجر، وشرع فى الطواف. وعليه أكثر الأصحاب. ونص عليه فى رواية الميمونى، وحنبل، والأترم، وأبى داود، وغيرهم. وقدمه فى الفروع. وحمل الأول على ظاهره. والثانى عليه. وحمل المصنف كلام الخرقي على المنصوص. وحمله المجد على ظاهره.

قال الزركشى: يجوز حملة على ظاهره. وجوز القاضى فى التعليق الاحتمالين.

وحمل ابن منجا فى شرحه: كلام المصنف على المنصوص. والشارح: شرح على المنصوص. ولم يحك خلافا.

فائدة: لا بأس بالتلبية فى طواف القدوم. قاله الإمام أحمد والأصحاب. وحكى المصنف عن أبى الخطاب: أنه لا يلبى فيه. قال الأصحاب: لا يظهر التلبية فيه. وقال فى المستوعب وغيره: لا يستحب. ومعنى كلام القاضى: يكره. وصرح به المصنف. وفى الرعاية وجه: يسن.

والسعى بعد طواف القدوم كذلك. وهو مراد الأصحاب. قاله فى الفروع.

تنبيه: وأما وقت قطع التلبية فى الحج: فيأتى فى كلام المصنف فى قوله فى الباب الذى بعد هذا «ويقطع التلبية مع ابتداء الرمي».

(١) قال فى المغنى: روى عن ابن عباس قال فى حديث مرفوع (كان بمسك عن التلبية فى العمرة إذا استلم الحجر) قال الترمذى: هذا حديث حسن صحيح. المغنى (٤١٨/٣)، الشرح (٤١٨/٣).

باب صفة الحج

قوله: ﴿وَيُسْتَحَبُّ لِلْمُتَمَتِّعِ - الَّذِي حَلَّ - وَغَيْرِهِ مِنَ الْمُحَلِّينَ بِمَكَّةَ: الإِحْرَامُ يَوْمَ التَّرْوِيَةِ. وَهُوَ الثَّامِنَ مِنْ ذِي الْحِجَّةِ﴾ (١).

هذا المذهب مطلقا. وعليه أكثر الأصحاب. ونص عليه، وجزم به فى الوجيز وغيره. وقدمه فى الفروع وغيره.

وقيل للإمام أحمد: المكى يُهَلُّ إذا رأى الهلال؟ قال: كذا يروى عن عمر.

قال القاضى: فنص على أنه يهل قبل يوم التروية.

وقال فى الترغيب: يحرم المتمتع يوم التروية. فلو جاوزه غير محرم: لزمه دم الإساءة مع دم التمتع. على الأصح.

وقال فى الرعاية: يحرم يوم التروية أو غيره. فإن أحرم فى غيره: فعليه دم.

وتقدم فى باب الإحرام: أن المتمتع إذا ساق الهدى لم يحل. ويحرم بالحج بعد طوافه وسعيه.

ويستثنى من كلام المصنف وغيره: المتمتع إذا لم يجد الهدى وصام. فإنه يحرم يوم السابع، على ما تقدم فى باب الفدية. فيعابى بها.

فائدتان

إحدهما: يستحب أن يفعل عند إحرامه هذا ما يفعله عند الإحرام من الميقات: من الغسل، والتنظيف، والتجرد عن المخيط. ويطوف سبعا. ويصلى ركعتين ثم يحرم.

الثانية: إذا أحرم بالحج: لا يطوف بعده قبل خروجه لوداع البيت. على الصحيح من المذهب. نقله الأثرم. وقدمه فى الفروع. وقال: اختاره الأكثر. ونقل ابن منصور، وأبو داود: لا يخرج حتى يودعه. وطوافه بعد رجوعه من منى للحج. وجزم به فى الواضح، والكافى، والمغنى، والشرح. وأطلق جماعة روايتين.

فعلى الأول، لو أتى به وسعى بعده: لم يجزه عن السعى الواجب.

(١) الشرح الكبير (٤٢١/٣). راجع المغنى (٤٢٢/٣)، الكافى (٥١٨/١). روى عن جابر أنه قال أمرنا النبى ﷺ لما حللنا أن نحرم إذا توجهنا الى منى فأهللناها من الأبطح حتى إذا كان يوم التروية جعلنا مكة بظهر أهللنا بالحج، رواه مسلم. انظر كتاب العمدة (١٨٨-١٨٩)، الشرح الكبير (٤٢١/٣)، الكافى (٥١٨/١).

٢٤ كتاب الحج

قوله: ﴿وَمِنْ مَكَّةَ وَمِنْ حَيْثُ أَحْرَمَ مِنَ الْحَرَمِ جَازًا﴾ (١).

المستحب: أن يحرم من مكة بلا نزاع. والظاهر: أنه لا ترجيح لمكان على غيره. ونقل حرب: يحرم من المسجد. قال فى الفروع: ولم أجد عنه خلافه. ولم يذكره الأصحاب إلا فى الإيضاح. فإنه قال: يحرم به من تحت الميزاب.

قلت: وكذا قال فى المبهج. وتقدم ذلك فى المواقيت.

قوله: ﴿وَمِنْ حَيْثُ أَحْرَمَ مِنَ الْحَرَمِ جَازًا﴾ (٢).

يجوز الإحرام من جميع بقاع الحرم. على الصحيح من المذهب. نقله الأثرم، وابن منصور. وعليه الجمهور. ونصره القاضى وأصحابه. وحزم به فى الوجيز وغيره، وقدمه فى الفروع وغيره.

وعنه ميقات حجة: من مكة فقط. فيلزمه الإحرام منها.

قال فى الرعايتين، والفاائق، فى باب المواقيت: ومن مكة فمقاته لحجه منها. نص عليه. وقيل: من الحرم.

تنبيهه: ظاهر كلامه: أنه لو أحرم به من الحل: لا يجوز. فيكون الإحرام من الحرم واجبا. فلو أحل به: كان عليه دم. وهو إحدى الروايتين. وحزم به المصنف، وقال: إن مر من الحرم قبل مضيه إلى عرفة: فلا دم عليه. والصحيح من المذهب: أنه يجوز ويصح. ولا دم عليه. نقله الأثرم، وابن منصور. ونصره القاضى وأصحابه. وقدمه فى الفروع، كما تقدم فيمن أحرم من الحرم. وأطلقهما فى المحرر، والرعايتين، والحاوئين، والفاائق، وغيرهم فى وجوب الدم.

وتقدم ذلك بأتم من هذا فى باب المواقيت، بعد قوله: «وأهل مكة، إذا أرادوا الحج: فمن مكة».

تنبيهان

أحدهما: قوله: ﴿ثُمَّ يَخْرُجُ إِلَىٰ مِنَىٰ﴾ (٣).

(١) لما روى عن رسول الله ﷺ فى المواقيت: «حتى أهل مكة يهلون منها». انظر المغنى (٤٢٢/٣)، الشرح الكبير (٤٢٢/٣).

(٢) لقول جابر: «فأهلنا من الأبطح» المغنى (٤٢٢/٣). لأن للقعود أن يجمع فى النسك بين الحل والحرم وذلك حاصل بإحرامه من جميع الحرم. الشرح الكبير (٤٢٢/٣).

(٣) المغنى (٤٢٣/٣)، الشرح الكبير (٤٢٣/٣)، الكافى (٥١٨/١)، العمدة (١٨٩).

كتاب الحج ٢٥

ويستحب أن يكون خروجه قبل الزوال. وأن يصلى بها خمس صلوات. نص عليه.

الثاني: ظاهر كلام المصنف: أنه لا يخطب يوم السابع بعد صلاة الظهر بمكة وهو صحيح. وهذا المذهب. وعليه جماهير الأصحاب. وهو من مفردات المذهب.

واختار الآجری: أنه يخطب، ويعلمهم ما يفعلون يوم التروية.

قوله: ﴿فَإِذَا طَلَعَتِ الشَّمْسُ سَارَ إِلَى عَرَفَةَ فَأَقَامَ بِنَمْرَةَ حَتَّى تَزُولَ الشَّمْسُ﴾^(١).

الصحيح من المذهب، وعليه الأصحاب: أن الأولى أنه يقيم بنمرة. وجزم به في المغنى^(٢)، والمحزر، والشرح^(٣)، والفروع، وغيرهم. وقدمه في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والتلخيص، والرعايتين، والحاويين وغيرهم.

وقال من ذكر الخلاف: غير صاحب المذهب، ومسبوك الذهب. وقيل: يقيم بعرفة. وقال: في المذهب، ومسبوك الذهب. وقال: يقيم بعرفة - بالنون - قبل أن يأتي عرفة.

قلت: وقد يحتمل أن تكون عرفة تصحيف من عرنة.

وقال الزركشى: نمرّة موضع بعرفة. وهو الجبل الذى عليه أنصاب الحرم على يمينك إذا خرجت من مأزمية عرفة تريد الموقف. قاله ابن المنذر. وقال: وبهذا يتبين أن قول صاحب التلخيص: «أقام بنمرة». وقيل: بعرفة» ليس بجيد. إذ نمرّة من عرفة. انتهى.

وكأنه لم يطلع على كلام من قبله.

وقال في الخلاصة: أقام بنمرة أو بعرفة. وقال في المغنى والشرح^(٤) - بعد أن ذكر أنه يقيم بنمرة - وإن شاء أقام بعرفة.

وقال في الرعاية الكبرى - بعد أن قدم الأول - وقيل: يقيم ببطن نمرّة. وقيل بعرفة. وقيل: بواديها. انتهى.

(١) الشرح الكبير (٤٢٤/٣)، المغنى (٤٢٤/٣)، الكافي (٥١٨/١).

(٢) المغنى (٤٢٤/٣).

(٣) الشرح الكبير (٤٢٤/٣).

(٤) انظر الشرح الكبير (٤٢٤/٣) - المغنى (٤٢٤/٣).

فائدتان

إحدهما: قوله: ﴿ثُمَّ يَخْطُبُ الْإِمَامُ خُطْبَةً يُعَلِّمُهُمْ فِيهَا الْوُقُوفَ وَوَقْتَهُ، وَالذَّفْعَ مِنْهُ، وَالْمِيْتَ بِمَزْدَلِفَةَ﴾^(١).

وهذا بلا نزاع، لكن يقصرها. ويفتحها بالتكبير. قاله في المستوعب. والترغيب، والتلخيص، والرعايتين، والحاويين وغيرهم.

الثانية: قوله: ﴿ثُمَّ يَنْزِلُ فَيُصَلِّي بِهِمُ الظُّهْرَ وَالْعَصْرَ. يَجْمَعُ بَيْنَهُمَا بِأَذَانٍ وَإِقَامَتَيْنِ﴾^(٢).

وكذا يستحب لغيره ولو منفردا. نص عليه. ويأتى هذا فى كلام المصنف فى الجمع بمزدلفة.

وقد تقدم: هل يشرع الأذان فى الجمع؟ فى باب الأذان. وتقدم فى الجمع: هل يجمع أهل مكة ويقصرون أم لا؟

قوله: ﴿وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يَقِفَ عِنْدَ الصَّخْرَاتِ، وَجَبَلِ الرَّحْمَةِ رَاكِبًا﴾^(٣).

هذا المذهب. وعليه أكثر الأصحاب. وجزم به فى الوجيز، وتذكرة ابن عبدوس. والمنور، والمنتخب وغيرهم. وقدمه فى الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والكافى، والهادى، والتلخيص، والمحزر، والرعايتين، والحاويين، وغيرهم.

وقيل: الرجل أفضل. اختاره ابن عقيل وغيره. وقدمه فى الفائق. وقال: نص عليه فى رواية الحارث. انتهى.

وقيل: الكل سواء وهو احتمال لأبى الخطاب.

وعنه التوقف عن الجواب. وعنه لا يجزئه راكبا. ذكرها فى الرعاية.

(١) الكافى (٥١٩/١)، المغنى (٤٢٤/٣)، الشرح الكبير (٤٢٥/٣).

(٢) لما روى عن جابر رضى الله عنه قال كان النبى ﷺ يخطب الناس وعلمهم مناسكهم من موضع الوقوف. والذفع منه راجع المغنى (٤٢٥/٣) فينزل فيصلى الظهر والعصر يجمع فيها كما فعل ﷺ الشرح الكبير (٤٢٥/٣)، الكافى (٥١٩/١)، العمدة (١٨٩).

(٣) لما جاء فى حديث جابر أن النبى ﷺ جعل بطن ناقته المقصود الى الصخرات وجعل حبل المشاة بين يديه واستقبل القبلة والأفضل أن يقف راكبا. انظر الشرح الكبير (٤٢٨/٣)، العمدة (١٩٠)، الكافى (٥١٩/١).

كتاب الحج ٢٧

فائدة: قال فى الفروع - بعد أن ذكر الأقوال الثلاثة الأول - فيتوجه: تخريج الحج عليهما. يعنى: هل الحج ماشيا أفضل أو راكبا، أو هما سواء؟.

وقال أبو الخطاب فى الانتصار، وأبو يعلى الصغير فى مفرداته: المشى أفضل. وهو ظاهر كلام ابن الجوزى. فإنه ذكر الأخبار فى ذلك، وعن جماعة من العباد.

وعند الشيخ تقى الدين: أن ذلك يختلف باختلاف الناس. ونصه صريح فى مريض بحجة: يجب عنه راجلا أو راكبا.

تنبيه: قوله: ﴿عِنْدَ الصَّخْرَاتِ وَجِبَلِ الرَّحْمَةِ﴾.

هكذا قال الأصحاب. وقال فى الفائق، قلت: المسنون تحرى موقف النبى ﷺ، ولم يثبت فى جبل الرحمة دليل. انتهى.

قوله: ﴿وَوَقْتُ الْوُقُوفِ: مِنْ طُلُوعِ الْفَجْرِ يَوْمَ عَرَفَةَ إِلَى طُلُوعِ الْفَجْرِ يَوْمَ النَّحْرِ﴾^(١).

وهذا المذهب. وعليه جماهير الأصحاب. وقطع به كثير منهم. وقدمه فى الفروع وغيره. وهو من المفردات.

وقال ابن بطّة، وأبو حفص: وقت الوقوف من الزوال يوم عرفة. وحكى رواية. قال فى الفائق: واختاره شيخنا - يعنى به الشيخ تقى الدين - وحكاها ابن عبد البر إجماعا.

تنبيه: مفهوم قوله: ﴿فَمَنْ حَصَلَ بِعَرَفَةَ فِي شَيْءٍ مِنْ هَذَا الْوَقْتِ وَهُوَ عَاقِلٌ تَمَّ حَجُّهُ. وَمَنْ فَاتَهُ ذَلِكَ: فَاتَهُ الْحَجُّ﴾^(٢).

أنه لا يصح الوقوف من الجنون. وهو صحيح. ولا أعلم فيه خلافا. وكذا لا يصح وقوف السكران، والمغمى عليه، على الصحيح من المذهب. نص عليه. وعليه أكثر الأصحاب. وجزم به فى المغنى، والشرح، وغيرهما كإحرام وطواف، بلا نزاع فيهما. وقيل: يصح. وهو ظاهر ما قدمه فى المحرر. ويدخل فى كلام

(١) لما روى عن جابر رضى الله عنه: ولا يفوت الحج حتى يطلع الفجر من ليلة جمع قال أبو الزبير: فقلت له: أقال رسول الله ﷺ ذلك. قال: نعم. رواه الأثرم. قاله فى المغنى (٤٣٣/٣)، الشرح الكبير (٤٣٣/٣) الكافى (٥٢٠/١).

(٢) لقوله ﷺ: «ومن شهد صلاتنا هذه ووقف معنا حتى ترتفع وقد وقف بعرفة ذلك ليلا أو نهارا فقد تم حجه وقضى نسكه». انظر المغنى (٤٣٤/٣). انظر الشرح الكبير (٤٣٤/٣). انظر الكافى (٥٢٠/١).

٢٨ كتاب الحج

المصنف - أعنى فى قوله: «وهو عاقل» - النائم والجاهل بها. وهو الصحيح من المذهب.

قال فى الفروع: ويصح مع نوم وجهل بها فى الأصح. قال فى الفائق: يصح من النائم فى أصح الوجهين. وقدمه فى الجاهل بها. وصححه فى التلخيص، والقواعد الأصولية فى النائم. وحزم به فى المعنى، والشرح فيهما.

وقيل: لا يصح منهما. وقدمه فى شرح المناسك. وأطلقهما فى المحرر، والحايرين، والرعاية الصغرى. وقال فى الرعاية الكبرى: والأظهر صحته مع النوم، دون الإغماء والجهل. وقال أبو بكر فى التنبية: لا يصح مع الجهل بها. وتبعه فى المستوعب، والتلخيص. واقتصر عليه.

قوله: ﴿وَمَنْ فَاتَهُ ذَلِكَ فَاتَهُ الْحَجُّ﴾. بلا نزاع^(١).

قوله: ﴿وَمَنْ وَقَفَ بِهَا وَدَفَعَ قَبْلَ غُرُوبِ الشَّمْسِ. فَعَلَيْهِ دَمٌ﴾^(٢).

هذا المذهب. وعليه الأصحاب. وحزم به فى الوجيز، وغيره. وقدمه فى الفروع، وغيره.

وعنه لا دم عليه. كواقف ليلا. ونقل أبو طالب - فىمن نسى نفقته بمنى وهو بعرفة - ينجى الإمام، فإذا أذن له ذهب. ولا يرجع.

قال القاضى: فرخص له العذر.

وعنه: يلزم من دفع قبل الإمام دم. ولو كان بعد الغروب.

تنبيه: محل وجوب الدم: إذا لم يعد إلى الموقف قبل الغروب. وهذا الصحيح من المذهب. وحزم به فى المعنى، والشرح، والوجيز وغيره. وقدمه فى الفروع وغيره.

وقال فى الإيضاح: فلم يعد إلى الموقف قبل الفجر، وقاله ابن عقيل فى مفرداته. فإن عاد إلى الموقف قبل الغروب أو قبل الفجر - عند من يقول به - فلا دم عليه، على الصحيح من المذهب. وعليه أكثرهم. وحزم به فى الوجيز وغيره. وقدمه فى الفروع وغيره.

(١) لقول النبى ﷺ: «الحج عرفة فمن جاء قبل صلاة الفجر ليلة جمع فقد تم حجه». رواه أبو داود. فذلك يدل على فواته بخروج ليلة جمع ولأنه ركن للعبادة فلم يتم بدونه كسائر العبادات. راجعه فى الشرح الكبير (٤٣٥/٣)، الكافى (٥٢٠/١).

(٢) لأن النبى ﷺ فعل ذلك رواه جابر وغيره وقال عليه السلام: «خنوا عنى مناسككم». راجع الشرح الكبير (٤٣٥/٣).

وقيل: عليه دم ولو عاد مطلقا. وفي الواضح: ولا عذر.

فائدتان

إحدهما: يستحب الدفع مع الإمام. فلو دفع قبله: ترك السنة. ولا شىء عليه. على الصحيح من المذهب، وعليه جماهير الأصحاب.

وعنه: واجب. وعليه بتركه دم. اختاره الخرقى.

ويأتى ذلك فى الواجبات.

الثانية: لو خاف فوت الوقوف إن صلى صلاة آمن. فقيل: يصلى صلاة خائف. اختاره الشيخ تقي الدين.

قلت: وهو الصواب.

وقيل: يقدم الصلاة ولو فات الوقوف.

قلت: وفيه بعد. وإن كان ظاهر كلام الأكثر.

وقيل: يؤخر الصلاة إلى أمنه. وهو احتمال فى مختصر ابن تيميم. والأولان احتمالا فى الرعاية. وأطلقهن فى الفروع، والرعاية، وابن تيميم. وتقدم ذلك فى آخر صلاة أهل الأعذار.

قوله: ﴿وَإِنْ وَأَفَاهَا لَيْلًا فَوْقَ بِهَا. فَلَا دَمَ عَلَيْهِ﴾^(١). بلا نزاع.

قوله: ﴿نَمَّ يَدْفَعُ بَعْدَ غُرُوبِ الشَّمْسِ إِلَى مُزْدَلِفَةَ، وَعَلَيْهِ السَّكِينَةُ﴾^(٢).

وهذا بلا نزاع. لكن قال أبو حكيم: ويكون مستغفرا.

قوله: ﴿بَيْتُ بِهَا. فَإِنْ دَفَعَ قَبْلَ نِصْفِ اللَّيْلِ - يَعْنَى مِنْ مُزْدَلِفَةَ - فَعَلَيْهِ دَمٌ﴾^(٣).

وهذا المذهب. نص عليه. وعليه الأصحاب. وعنه: لا يجب، كرامة وسقاة. قاله فى المستوعب وغيره.

(١) لقول النبى ﷺ: «من أدرك عرفات بليل فقد أدرك الحج». الشرح الكبير (٤٣٦/٣)، الكافى (٥٢٠/١).

(٢) لقول جابر رضى الله عنه فى حديثه: فلم يزل واقفا حتى غربت الشمس وذهبت الصفرة قليلا حتى غاب القرص. الشرح الكبير (٤٣٦/٣)، الكافى (٥٢٠/١)، العمدة (١٩٢).

(٣) لأنه واجب يجب بتركه دم لأن النبى ﷺ وقف به وسماه موقفا وليس بركن لقوله عليه السلام: «الحج عرفة». الكافى (٥٢٢/١) العمدة (١٩٢)، الشرح الكبير (٤٤١/٣)، المغنى (٤٤١/٣).

٣٠ كتاب الحج

وقال فى الفروع: ويتخرج لا دم عليه، من ليالى منى. قاله القاضى وغيره.
تنبيه: وجوب الدم هنا مقيد بما إذا لم يعد إليها ليلا. فإن عاد إليها ليلا فلا دم عليه. نص عليه.

قوله: ﴿وَإِنْ دَفَعَ بَعْدَهُ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ. وَإِنْ وَاقَاهَا بَعْدَ نِصْفِ اللَّيْلِ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ. وَإِنْ جَاءَ بَعْدَ الْفَجْرِ فَعَلَيْهِ دَمٌ﴾ (١).

بلا نزاع فى ذلك.

قوله: ﴿وَيَأْخُذُ حَصَى الْجِمَارِ مِنْ طَرِيقِهِ، أَوْ مِنْ مُزْدَلِفَةَ، أَوْ مِنْ حَيْثُ أَخَذَهُ: جَاذٌ﴾ (٢).

هذا المذهب. وعليه الأصحاب. لكن استحباب بعض الأصحاب أخذه قبل وصوله منى. ويكره من الحرم، وتكسيهه أيضا. قال فى الفصول: ومن الحش.

قوله: ﴿وَيَكُونُ أَكْبَرَ مِنَ الْحُمْصِ وَدُونَ الْبُنْدُقِ، فَيَكُونُ قَدْرَ حَصَى الْخَذْفِ﴾ (٣).

وهذا المذهب. نص عليه. وقدمه فى الفروع.

وقيل: يجزئ حجر صغير وكبير. قاله فى الفروع: وقال المصنف فى المغنى والشارح، والفائق، وغيرهم: قال بعض الأصحاب: يجرئه الرمى بالكبير. مع ترك السنة.

قال فى الفائق: وعنه لا يجرئه. نص عليه. قال الزركشى: فإن خالف ورمى بحجر كبير أجزأه. على المشهور لوجود الحجرية. وعنه لا يجرئه. وكذا القولان فى الصغير.

قوله: ﴿وَعَدْدُهُ سَبْعُونَ حَصَاةً﴾ (٤).

(١) الشرح الكبير (٤٤٢/٣)، الكافى (٥٢٢/١)، المغنى (٤٤٢/٣).

(٢) لما روى ابن عباس قال: قال لى رسول الله ﷺ غداة العقبة وهو على ناقته: «القط لى حصى» فلقطت له سبع حصيات هى حصى الخذف فجعل يقبضهن فى كفه ويقول: «أمثال هؤلاء فارموا». الحديث - رواه ابن ماجه. انظر الشرح الكبير (٤٤٥/٣)، الكافى (٥٢٢/١)، العمدة (١٩٤).

(٣) لما روى سليمان بن عمر بن الأحوص عن أمه قالت قال النبى ﷺ: «يا أيها الناس إذا رميتم الجمرة فارموا بمثل حصى الخذف». رواه أبو داود - الشرح الكبير (٤٤٦/٣)، المغنى (٤٤٦/٣)، الكافى (٥٢٢/١).

(٤) العمدة (١٩٤)، الكافى (٥٢٢/١)، الشرح الكبير (٤٤٧/٣).

كتاب الحج ٣١

هذا المذهب. وعليه الأصحاب. فيرمى كل جمرة بسبع حصيات. على ما يأتي بيانه.

وعنه عدده ستون حصاة. فيرمى كل جمرة بستة.

وعنه عدده خمسون حصاة. فيرمى كل جمرة بخمسة.

ويأتي ذلك أيضا في أثناء الباب عند قوله «وفي عدد الحصى روايتان».

تنبيه: ظاهر قوله: ﴿بِدَأْ بِجَمْرَةِ الْعَقَبَةِ، فَرَمَاهَا بِسَبْعِ حَصِيَّاتٍ، وَاحِدَةً بَعْدَ وَاحِدَةٍ﴾.

أنه لو رماها دفعة واحدة: لم يصح. وهو صحيح. وتكون بمنزلة حصاة واحدة. ولا أعلم فيه خلافا. ويؤدب على هذه الغفلة. نقله الأثرم. عن الإمام أحمد رحمه الله.

فوائد

منها: يشترط أن يعلم حصول الحصى في المرمى، على الصحيح من المذهب.

وقيل: يكفي ظنه. جزم به جماعة من الأصحاب. وذكر ابن البنا رواية في الخصال: أنه يجزئه مع الشك أيضا. وهو وجه أيضا في المذهب وغيره.

ومنها: لو وضعها بيده في المرمى، لم يجزه قولاً واحداً.

ومنها: لو طرحها في المرمى طرحاً: أجزأه على الصحيح من المذهب. جزم به في المغنى، والشرح، وغيرهما. وقدمه في الفروع. وظاهر الفصول: أنه لا يجزئه. لأنه لم يرم بها.

ومنها: لو رمى حصاة فالتقطها طائر قبل وصولها: لم يجزه.

قلت: وعلى قياسه لو رماها فذهب بها ريح عن المرمى قبل وصولها إليه.

ومنها: لو رماها فوقعت في موضع صلب في غير المرمى، ثم تدحرجت إلى المرمى، أو وقعت على ثوب إنسان، ثم طارت، فوقعت في المرمى: أجزأته.

ومنها: لو نفضها من وقعت على ثوبه، فوقعت في المرمى: أجزأته، نص عليه. وقدمه في الفروع، والفائق، والمذهب. واختارها أبو بكر. وجزم به في المستوعب، والتلخيص. وقال ابن عقيل: لا تجزئه. لأن حصولها في المرمى يفعل الثاني. قال في الفروع: وهو أظهر.

قلت: وهو الصواب وظاهر المغنى، والشرح: إطلاق الخلاف.

٣٢ كتاب الحج

قوله: ﴿وَيَكْبَرُ مَعَ كُلِّ حِصَاةٍ﴾^(١).

وهذا المذهب. وعليه الأصحاب. قال في التلخيص: يكبر بدلا عن التلبية. ونقل حرب: يرمى، ثم يكبر، ويقول: «اللهم اجعله حجاً مبروراً، وذنباً مغفوراً، وسعيًا مشكوراً».

قال في المستوعب، والتلخيص، والرعايتين، والإفادات، والحاويين: يكبر مع كل حِصَاة. ويقول: «أرضى الرحمن، وأسخط الشيطان».

قوله: ﴿وَيَرْفَعُ يَدَهُ - يَعْنِي الرَّامِيَ بِهَا. وَهِيَ الْيَمْنَى - حَتَّى يُرَى بَيَاضُ إِبْطِهِ﴾^(٢).

ذكر ذلك أكثر الأصحاب. ولم يذكره آخرون.

فائدتان

إحدهما: يستحب أن يستبطن الوادى. فيستقبل القبلة، كما ذكره المصنف بعد ذلك، أو يرمى على جانبه الأيمن. وله رميها من فوقها.

الثانية: يستحب أن يرميها وهو ماش على الصحيح من المذهب. نص عليه. وعليه أكثر الأصحاب. وحزم به فى الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب والمستوعب، والخلاصة.

قال فى الرعايتين، والحاويين: يرميها ماشياً.

وقال المصنف، والشارح، وغيرهما: يرميها راجلاً وراكباً وكيفما شاء. لأن النبى ﷺ رماها وهو على راحلته. وكذلك ابن عمرو، وكذلك ابن عمر: رميا سائرهما ماشيين.

وقال المصنف، والشارح: وفى هذا بيان للتفريق بين هذه الجمرة وغيرها. ومالا إلى أن يرميها راجلاً. قال فى الفروع: يرميها راجلاً، إن كان والأكثر ماشياً. نص عليه.

قوله: ﴿وَيَقْطَعُ التَّلْبِيَةَ مَعَ ابْتِدَاءِ الرَّمَى﴾^(٣).

(١) لحديث جابر «أن النبى ﷺ رماها بسبع حصيات يكبر مع كل حِصَاة منها» انظر العمدة (١٩٤)، المعنى (٤٤٧/٣)، الكافى (٥٢٢/١).

(٢) انظر المعنى (٤٤٧/٣)، الكافى (٥٢٢/١)، العمدة (١٩٤)، الشرح الكبير (٤٤٧/٣).

(٣) لما روى الفضل بن عباس، روى عن النبى ﷺ «أنه لم يزل يلبى حتى رمى جمرة العقبة» متفق عليه. العمدة (١٩٤).

كتاب الحج ٣٣

هكذا قال الإمام أحمد^(١): يلبي حتى يرمى جمرة العقبة. ويقطع التلبية عند أول حصاة. وجزم به المصنف، والشارح، وابن منجا في شرحه، والهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والخلاصة، والوجيز، وغيرهم.

[وقال ابن نصر الله في حواشي الفروع، ونقله النووي في شرح مسلم^(٢)، عن أحمد: أنه لا يقطع التلبية، حتى يفرغ من جمرة العقبة].

وتقدم آخر الباب الذي قبله: وقت قطع التلبية إذا كان متمتعا.

قوله: ﴿فَإِنْ رَمَى بِذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ، أَوْ بِحِجْرٍ قَدْ رَمَى بِهِ: لَمْ يُجْزَءْ﴾.

إذا رمى بذهب، أو فضة: لم يجزه. قولاً واحداً^(٣). وإذا رمى بغير الحصى لم يجزه على الصحيح من المذهب. وعليه الأصحاب. وجزم به في الوجيز، وغيره. وقدمه في الفروع، وغيره. فلا يجزئ بالكحل والجواهر المنطبعة، والفيروزج، والياقوت، ونحوه.

وعنه: يجزئه بغيره مع الكراهة. وعنه: إن كان بغير قصد أجزأه.

تنبيه: شمل قوله «الحصى» الحصى الأبيض والأسود، والكندان والأحمر من المرمر والبرام والمرو - وهو الصوان - والرخام، وحجر المسن. وهو الصحيح. وهذا المذهب. وقدمه في المغني^(٤)، والشرح^(٥)، والفروع، وابن رزين في شرحه. وهو الصواب. وعنه لا يجزئ غير الحجر المعهود. فلا يجزئ الرمي بحجر الكحل والبرام والرخام والمسن ونحوها. اختاره القاضي وغيره. وقال في الفروع: اختاره جماعة.

قلت: جزم به في الهداية، والخلاصة. وصححه في الرعاية الكبرى. وقدمه في المستوعب، والتلخيص. وأطلقهما في المذهب، ومسبوك الذهب.

وقال في الفصول: إن رمى بحصى المسجد كره وأجزأه. لأن الشرع نهى عن إخراج ترابه. قال في الفروع: فدل على أنه لو تيمم أجزأ. وأنه يلزم من منعه المنع هنا. وأما إذا رمى بما رمى به: فإنه لا يجزئه على الصحيح من المذهب. وعليه الأصحاب.

(١) الشرح الكبير (٤٥١/٣)، المغني (٤٥١/٣).

(٢) انظر/شرح مسلم للنووي (٩١١٨)

(٣) قال صاحب الشرح -: لنا أن النبي ﷺ رمى بالحصى وأمر بالرمي بمثل حصى الخذف فلا يتناول غير الحصى - والذهب والفضة لا يتناول اسم الحصى. الشرح الكبير (٤٥١/٣).

(٤) المغني (٤٤٦/٣).

(٥) ذكره الشارح وجزم به (٤٥١/٣).

٣٤ كتاب الحج

وقيل: يجزئ، واختاره في الرعاية الكبرى. وقال في التصحيح: يكره الرمي من الجمار، أو من حصى المسجد، أو مكان نجس.

فوائد

الأولى: لا يجزئ الرمي بحصى نجس. على الصحيح. اختاره ابن عبدوس في تذكرته. قال في الرعاية الكبرى: ولا يجزئ بنجس في الأصح. قال في الفائق: وفي الإجزاء بنجس وجه فظاهرة: أن المقدم عدم الإجزاء. وقدمه في الرعاية الصغرى. وهو احتمال في المغنى^(١)، والشرح^(٢).

والوجه الثاني: يجزئ. وقدمه في المغنى، والشرح. وهو المذهب، على ما اصطلاحناه.

وهذان الوجهان ذكرهما القاضى، وأطلقهما فى الفروع، والمستوعب، والتلخيص، والزر كشى، والمذهب و مسبوك الذهب، والحاويين.

الثانية: لو رمى بخاتم فضة فيه حجر. ففي الإجزاء وجهان. وأطلقهما فى المغنى^(٣)، والشرح^(٤)، والفروع، والفائق:

أحدهما: لا يجزئ. لأن الحجر تبع.

قلت: وهو الصواب.

والوجه الثاني: يجزئ. وصححه فى الفصول.

الثالثة: لا يستحب غسل الحصى. على الصحيح من المذهب. وإحدى الروايتين. وصححه المصنف، والشارح^(٥)، وصاحب الفائق.

والرواية الثانية: يستحب. صححه فى الفصول، والخالصة. وقطع به الخرقى، وابن عبدوس فى تذكرته، وصاحب المنور. وقدمه فى المحرر^(٦)، والرعايتين، وشرح ابن رزين. وأطلقهما فى الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والحاويين، والفروع، والزر كشى.

(١) ذكر صاحب الشرح الاحتمال، انظر الشرح الكبير (٤٤٧/٣).

(٢) المغنى (٤٤٧/٣).

(٣) قال صاحب المغنى لأنه تبع والرمي بالتبوع لا التابع. انظر المغنى (٤٤٦/٣).

(٤) الشرح الكبير (٤٥٢/٣).

(٥) لما روى عن أحمد أنه لا يستحب وقال لم يبلغنا أن النبى ﷺ فعله فإن النبى ﷺ لما لقطت له الحصى وهو زاكب على بعيره جعل يقبضهن فى يده لم يغسلهن ولا أمر بغسلهن ولا فيه معنى يقتضيه. راجع الشرح الكبير (٤٤٧/٣).

(٦) قال يسن غسله راجع المحرر (٢٤٧/١).

قوله: ﴿وَيَرْمِي بَعْدَ طُلُوعِ الشَّمْسِ﴾.

بلا نزاع. وهو الوقت المستحب للرمى.

فإن رمى بعد نصف الليل أجزأه.

وهو الصحيح من المذهب^(١) مطلقا، وعليه جماهير الأصحاب. وجزم به في الوجيز وغيره. وقدمه في الفروع. وعنه لا يجزئ إلا بعد الفجر.

وقال ابن عقيل: نصه للرعاة خاصة الرمي ليلا. نقله ابن منصور.

وذكر جماعة من الأصحاب: أنه يسن رميها بعد الزوال.

قلت: وهذا ضعيف مخالف لفعله عليه أفضل الصلاة والسلام.

فائدة: إذا لم يرم حتى غربت الشمس: لم يرم إلا من الغد بعد الزوال، ولا يقف.

قوله: ﴿ثُمَّ يَخْلُقُ، أَوْ يُقَصِّرُ مِنْ جَمِيعِ شَعْرِهِ﴾.

إن خلق^(٢) رأسه استحب له: أن يبدأ بشق رأسه الأيمن. ثم بالأيسر. اقتداء بالنبي ﷺ. ويستحب أن يستقبل القبلة. وذكر جماعة: ويدعو وقت الخلق.

وقال المصنف - وتبعه الشارح وغيره - يكبر وقت الخلق. لأنه نسك.

فائدة: الأولى: ألا يشارط الخلاق على أجرته. لأنه نسك. قاله أبو حكيم. واقتصر عليه في الفروع. قال أبو حكيم: ثم يصلى ركعتين.

وأما إن قصر: فيكون من جميع رأسه. على الصحيح من المذهب^(٣). وعليه أكثر الأصحاب.

قال الشيخ تقي الدين: لا من كل شعرة.

قلت: هذا لا يعدل عنه. ولا يسمع الناس غيره. وتقصير كل شعره - بحيث لا

يبقى ولا شعرة - مشق جدا.

(١) لما روى ابن عباس أن النبي ﷺ قال «لا ترموا الجمرة حتى تطلع الشمس». الكافي (٥٢٢/١)، الشرح الكبير (٤٥٢/٣)، المغني (٤٤٩/٣).

(٢) لما روى عن أنس أن النبي ﷺ رمى جمره العقبة يوم النحر ثم رجع إلى منزله بمنى فدعا بذبح فذبح ثم دعا بالخلاق فأخذ شق رأسه الأيمن فخلقه فجعل يقسم بين من يليه الشعرة والشعرتين ثم شق رأسه الأيسر فخلقه ثم قال ههنا أبو طلحة فدفعه إلى أبي طلحة «رواه أبو داود». انظر الشرح الكبير (٤٥٦/٣)، الكافي (٥٢٣/١)، العمدة (١٩٩)، المغني (٤٥٥/٣).

(٣) العمدة (١٩٥)، الكافي (٥٢٣/١)، المحرر (٢٤٧/١)، المغني (٤٥٧/٣)، الشرح الكبير (٤٥٦/٣).

٣٦ كتاب الحج

قال الزركشي: لا يجب التقصير من كل شعره. لأن ذلك لا يعلم إلا بخلقه.
وعنه يجزئ حلق بعضه. وكذا تقصيره. وظاهر كلامه في الفروع: أن محل
الخلاف في التقصير فقط.

فعلى هذه الرواية: يجزئ تقصير ما نزل عن رأسه. لأنه من شعره. بخلاف المسح.
لأنه ليس رأساً، ذكره في الخلاف في الفصول.

تنبيه: شمل كلام المصنف الشعر المظفور والمعقوص والملبّد وغيرها. وهو
صحيح. وهو المذهب (١).

ونقل ابن منصور في الملبّد والمظفور والمعقوص: ليحلق.

قال القاضي في الخلاف وغيره: لأنه لا يمكنه التقصير منه كله.

قلت: حيث امتنع التقصير منه كله - على القول به - تعين الحلق. ولهذا قال في
الفائق: ولو كان ملبداً تعين الحلق في المنصوص. وقال الشيخ - يعنى به المصنف -:
لا يتعين. واختاره الشارح. وقال الخرقى في العبد: يقصر، قال جماعة من شراحه:
يريد أنه لا يخلق إلا بإذن سيده. لأنه يزيد في قيمته. منهم الزركشي قال في الوجيز:
ويقصر العبد قدر أمثلة. ولا يخلق إلا بإذن سيده.

قوله: ﴿وَالْمَرْأَةُ تُقَصِّرُ مِنْ شَعْرِهَا قَدْرَ الْأُنْمَلَةِ﴾.

يعنى فأقل. وهذا المذهب (٢). وقال ابن الزاغوني في منسكه: يجب تقصير قدر
الأمثلة. قال جماعة من الأصحاب: المسنة لها أمثلة. ويجوز أقل منها.

فائدتان

إحدهما: يستحب له أيضاً أخذ أظفاره وشاربه، وقال ابن عقيل وغيره: وحيته.

الثانية: لو عدم الشعر استحب له إمرار الموسيقى. قاله الأصحاب (٣). وقاله أبو
حكيم في نختانه.

قلت: وفي النفس من ذلك شيء. وهو قريب من العبث.

(١) ذكر صاحب الشرح الكبير في الشعر المظفور والمعقوص والملبّد. ولكن روى عن الإمام أحمد أنه من
لبد شعره فليحلق لما روى عن النبي ﷺ أنه قال «من لبّد فليحلق». راجع الشرح الكبير (٣/٤٥٦ -
٤٥٧). انظر/ الكافي (١/٥٢٣)، العمدة (١٩٥).

(٢) لما روى ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ «ليس على النساء حلق إنما على النساء التقصير» رواه
أبو داود - وقال أحمد: تقصر من كل قرن قدر أمثلة. الشرح الكبير (٣/٤٥٧)، الكافي (١/٥٢٣).

(٣) الشرح الكبير (٣/٤٥٧)، المغني (٣/٤٦٠)، المحرر (١/٢٤٧)، الكافي (١/٥٢٤).

كتاب الحج ٣٧

وقال القاضي: يأخذ من شاربه عن حلق رأسه. ذكره في الفائق.

قوله: ﴿ثُمَّ حَلَّ لَهُ كُلُّ شَيْءٍ إِلَّا النِّسَاءَ﴾.

هذا المذهب (١) بلا ريب. وعليه جماهير الأصحاب. ونص عليه في رواية جماعة وجزم به في الوجيز وغيره. وقدمه في الفروع وغيره. وقال في المستوعب: اختاره أكثر الأصحاب. قال القاضي، وابنه، وابن الزاغوني، والمصنف، والشارح، وجماعة: إلا النساء، وعقد النكاح.

قال ابن نصر الله في حواشيه: وهو الصحيح.

فظاهر كلام أبي الخطاب وابن شهاب وابن الجوزي: حل العقد. وقاله الشيخ تقي الدين. وذكره عن أحمد. وعنه إلا الوطاء في الفرع.

قوله: ﴿وَالْحِلَاقُ وَالتَّقْصِيرُ نُسْكَ﴾.

هذا الصحيح من المذهب (٢). فيلزمه في تركه دم.

قال المصنف والشارح: هما نسك في الحج والعمرة في ظاهر المذهب.

قال في الكافي (٣): هذا أصح. قال الزركشي: هذا المشهور والمختار للأصحاب من الروايتين. وجزم به في الوجيز، وغيره. وقدمه في الفروع وغيره. وعنه: أنه إطلاق من محذور، لا شيء في تركه. ويحصل التحلل بالرمي وحده. قدمه ابن رزين في شرحه. وأطلقهما في المذهب، والحاويين. ونقل مهنا في معتمر ترك الحِلاق والتقصير، ثم أحرم بعمرة: الدم كثير. عليه أقل من دم.

فعلى المذهب: فعل أحدهما واجب. وعلى الثاني: غير واجب.

قوله: ﴿إِنْ أَخْرَهُ عَنْ أَيَّامٍ مِّنِّي، فَهَلْ يَلْزَمُهُ دَمٌ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ﴾.

يعنى إذا قلنا: إنهما نسك. وأطلقهما في الهداية والمذهب، ومسبوك الذهب،

(١) لما روى عن عائشة أن النبي ﷺ قال: «إذا رميتم وحلقتم فقد حل لكم الطيب والثياب وكل شيء إلا النساء». رواه سعيد، المغني (٤٦٢/٣)، المحرر (٢٤٧/١) العمدة (١٩٥)، الكافي (٤٢٥/١).

(٢) راجع الخلاف في الشرح الكبير (٤٥٩/٣)، والمغني (٤٥٨/٣).

(٣) ذكر صاحب الكافي الرأيين ورجح أن الحلق والتقصير نسك بدليل آية «لتدخلن المسجد الآية». وحديث رسول الله ﷺ أمر به بقوله «فليقصروا وليحللوا» ودعا للمحلقين ثلاثا وللمقصرين مرة. انظر الكافي (٥٢٤/١).

٣٨ كتاب الحج

والمستوعب، والمغنى^(١)، والكافي^(٢)، والشرح^(٣)، والرعائتين، والحاويين، والفاائق:
أحدهما: لا دم عليه. وهو المذهب صححه فى التصحيح. واختاره ابن عبدوس
فى تذكرته. وجزم به فى المحرر^(٤)، والوجيز، والمنور. قال ابن منجا فى شرحه: وهو
أولى.

الوجه الثانى: عليه دم بالتأخير.

تنبيه: قوله «وإن أخره عن أيام منى» الصحيح: أن محل الروائين إذا أخرجه عن
أيام منى، كما قال المصنف هنا. وقدمه فى الفروع. وجزم به فى الهداية، ومسبوك
الذهب، والمستوعب، والخلاصة. وقال المصنف، والشارح: إن أخره عن أيام النحر،
فمحل الروائين عندهما: إن أخره عن اليوم الثانى من أيام منى. وجزم به فى الكافى.

تنبيه: ﴿قوله بعد الرواية: وَيَحْصُلُ التَّحْلُلُ بِالرَّمَى وَحَدَهُ﴾.

يحتمل أن يكون من تمة الرواية. فيحصل التحلل بالرمى وحده. على قولنا
«الحلاق إطلاق من محذور» لا على قولنا «هو نسك».

ويؤيده: قوله قبل «ثم قد حل له كل شىء إلا النساء» لأن ظاهره: أن التحلل إنما
يحصل بالرمى والحلق. لأنه ذكر التحلل بلفظ «ثم» بعد ذكر الحلق والرمى. ويحتمل
أنه كلام مستقل بنفسه، وأن التحلل بالرمى وحده. وهو رواية عن أحمد.

واعلم أن التحلل^(٥) الأول يحصل بالرمى وحده، أو يحصلها^(٦) اثنين من ثلاثة.
وهى: الرمى، والحلق. والطواف؟ فيه روايتان عن أحمد.

إحدهما: لا يحصل إلا بفعل اثنين من الثلاثة المذكورة. ويحصل التحلل الثانى
بالثالث. وهو الصحيح من المذهب.

قال فى الفروع: اختاره الأكثر. قال فى الكافى: اختاره أصحابنا. وهو موافق
للاحتمال الأول. وهو ظاهر ما جزم به فى المحرر، والخلاصة، والوجيز، وغيرهم.

(١) المغنى (٣/٤٦٠).

(٢) ذكر صاحب الكافى روايتين. الأولى أنه عليه دم لأنه ترك النسك فى وقته فأشبهه تأخير الرمى. الثانية
لا شىء عليه سوى فعله - الكافى ١ (٥٢٤-٥٢٥).

(٣) الشرح الكبير (٣/٤٥٩).

(٤) لم أجد فى المحرر.

(٥) انظر الشرح الكبير (٣/٤٦٠)، العمدة (١٩٥)، الكافى (١/٥٢٤)، المحرر (١/٢٤٧).

(٦) قال صاحب المغنى أنه يحصل باثنين من ثلاثة، يراجع المغنى (٣/٤٦٢) ورواقه صاحب العدة أن يحل له
كل بعد الرمى والحلق، انظر العدة (١٩٥).

كتاب الحج ٣٩

وقدمه فى الهداية، والرعايتين، والحاويين، وغيرهم.

والرواية الثانية: يحصل التحلل بواحد من رمى وطواف. ويحصل التحلل الثانى بالباقي. وأطلقهما فى الفروع، والمذهب، ومسبوك الذهب، والشرح، وشرح ابن منجا وغيرهم.

فعلى الرواية الثانية: الحلق إطلاق من محذور على الصحيح.

وقال القاضى فى التعليق: بل نسك، كالمبيت بمزدلفة، والرمى فى اليوم الثانى والثالث. واختار المصنف: أن الحلق نسك. ويحل قبله.

قال ابن منجا: فيه نظر. وذكر جماعة على القول بأنه نسك: فى جواز حله قبله روايتان.

وفى منسك ابن الزاغونى: وإن كان ساق هديا واجبا: لم يحل هذا التحلل إلا بعد الرمى والحلق والنحر والطواف. فيحل من الكل. وهو التحلل الثانى.

قوله: ﴿وإن قَدَّمَ الحَلْقَ على الرَّمْيِ، أو النُّحْرَ، جَاهِلًا أو نَاسِيًا: فلا شىء عليه﴾.

وكذا لو طاف للزيارة أو نحر قبل رميه.

وإن كان عالما، فهل عليه دم؟ على روايتين.

وأطلقهما فى الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والكافى (١) والهادى، والمغنى (٢)، والشرح (٣)، والتلخيص، والنظم، والفائق وغيرهم.

إحداهما: لا دم عليه. ولكن يكره فعل ذلك. وهو المذهب. نص عليه وعليه أكثر الأصحاب. وجزم به فى المحرر، والوجيز، وغيرهما. وقدمه فى الفروع، والرعايتين، والحاويين وغيرهم. وصححه فى التصحيح وغيره. واختاره ابن عبدوس فى تذكرته وغيره.

والرواية الثانية: عليه دم. نقلها أبو طالب وغيره. وأطلق ابن عقيل هذه الرواية.

فظاهرها: يلزم الجاهل والناسى دم أيضا. وظاهر نقل المروذى: يلزمه صدقة.

(١) الكافى (١/٥٢٤).

(٢) المغنى ذكره كما فى الشرح، المغنى (٣/٤٦٠).

(٣) بين صاحب الشرح الروايتين فراجع. الشرح الكبير (٣/٤٦١).

٤٠ كتاب الحج

قوله: ﴿ثم يخطبُ الإمامُ خطبةً﴾.

يعنى: يخطب يوم النحر بمنى خطبة يعلمهم فيها النحر، والإفاضة والرمى. وهذا المذهب. نص عليه. وجزم به فى المنور، وغيره. وقدمه فى المحرر^(١)، والفروع، والفائق، والمغنى^(٢)، والشرح^(٣). ونصراه. وصححه فى الرعايتين، والحاويين، وغيرهما. قال جماعة من الأصحاب: تكون بعد صلاة الظهر. قلت: الأولى أن تكون بكرة فى أول النهار. حتى يعلمهم الرمى والنحر والإفاضة. وعنه لا يخطب. نصره القاضى. قال المصنف والشارح: وذكر بعض أصحابنا أنه لا يخطب يومئذ، وهو ظاهر كلامه فى الوجيز. وجزم به فى التلخيص.

فائدة: قال فى الرعاية: يفتتحها بالتكبير.

فائدة أخرى: إذا أتى المتمتع مكة: طاف للقدم. نص عليه، كعمرته. وهو من المفردات. وكذا المفرد والقارن^(٤). نص عليه، ما لم يكونا دخلا مكة قبل يوم النحر. ولا طافا طواف القدم. وعليه الأصحاب.

وقيل: لا يطوف للقدم واحد منهم.

اختاره المصنف. ورد الأول. وقال: لا نعلم أحدا وافق أبا عبد الله على ذلك.

قال فى القاعدة الثانية عشرة: وهو الأصح.

قال الشيخ تقي الدين: ولا يستحب للمتمتع أن يطوف طواف القدم بعد رجوعه من عرفة قبل الإفاضة. وقال: هذا هو الصواب.

قوله: ﴿ووقته: بعد نصف الليل من ليلة النحر﴾.

يعنى: وقت طواف الزيارة. وهذا المذهب^(٥). وعليه الأصحاب. وعنه: وقته من فجر يوم النحر.

قوله: ﴿فإن أخره عنه وعن أيام منى: جاز﴾.

(١) المحرر (٢٤٩/١).

(٢) المغنى (٤٧١/٣).

(٣) لما روى ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى ﷺ خطب الناس يوم النحر، يعنى بمنى. أخرجه البخارى ولأنه يوم تكثر فيه أفعال الحج فاحتاج إلى الخطبة - الشرح الكبير (٤٦٤/٣).

(٤) ذكره المحرر (٢٤٧/١) والعدة (١٩٦)، الشرح (٤٦٥/٣)، الكافى (٥٢٥/١).

(٥) الكافى (٥٢٥/١)، الشرح (٤٦٦/٣).

كتاب الحج ٤١
وهذا بلا نزاع. ولا يلزمه دم إذا أخره عن يوم النحر وأيام منى، على الصحيح من المذهب (١). وعليه جماهير الأصحاب.

وقال في الواضح: عليه دم إذا أخره عن يوم النحر لغير عذر. وخرَجَ القاضي وغيره رواية بوجود الدم إذا أخره عن أيام منى.

فائدة: لو أحر السعى عن أيام منى جاز. ولا شيء عليه.

ووجه في الفروع مما خرجه في الطواف: مثله في السعى.

قوله: ﴿ثُمَّ يَسْعَى بَيْنَ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ إِنْ كَانَ مُتَمَتِّعًا﴾.

هذا المذهب (٢). وعليه الأصحاب. ونص عليه. وعنه يكتفى بسعى عمرته. اختاره الشيخ تقي الدين. وأطلقهما في الفائق.

قوله: ﴿أَوْ لَمْ يَكُنْ سَعَى مَعَ طَوَافِ الْقُدُومِ. فَإِنْ كَانَ قَدْ سَعَى: لَمْ يَسْعَ﴾.

هذا المذهب (٣). وذكر في المستوعب وغيره رواية بأن القارن يلزمه سعيان: سعى عند طواف القدوم، وسعى عند طواف الزيارة.

فائدتان

إحدهما: إذا قلنا السعى في الحج ركن: وجب عليه فعله بعد طواف الزيارة إن كان متمتعا، أو مفردا، أو قارنا، ولم يكن سعى مع طواف القدوم. فإن فعله قبله عالما: لم يعتد به. وأعاد. رواية واحدة.

وإن كان ناسيا: فهل يجزئه؟ فيه روايتان منصوبتان. ذكرهما في المستوعب وغيره. وصحح في التلخيص وغيره. عدم الإجزاء.

وإن قلنا: السعى واجب، أو سنة، فقال في الفروع: وإن قيل: السعى ليس ركنا. قيل: سنة. وقيل: واجب. ففي حله قبله وجهان.

قلت: ظاهر كلام أكثر الأصحاب: أنه يحل قبل السعى. لإطلاقهم الإحلال بعد الطواف.

الثانية: ﴿قوله: ثُمَّ قَدْ حَلَّ لَهُ كُلُّ شَيْءٍ إِلَّا يَحِلُّ إِلَّا بَعْدَ طَوَافِ الزِّيَارَةِ﴾.

(١) انظر الشرح الكبير (٤٦٦/٣)، المحرر (٢٤٨/١).

(٢) الشرح الكبير (٤٦٦/٣)، العدة (١٩٦)، المحرر (٢٤٧/١)، المغنى (٤٦٧/٣).

(٣) الشرح الكبير (٤٦٦/٣)، العدة (١٩٦)، المحرر (٢٤٧/١).

٤٢ كتاب الحج

بلا نزاع. فلو خرج من مكة قبل فعله: رجع حراما حتى يطوف. ولو استمر: بقي محرما. ويرجع متى أمكنه. لا يجزيه غيره. قاله الأصحاب (١).

قوله: ﴿ثُمَّ يَأْتِي زَمَزَمَ فَيَشْرَبُ مِنْهَا لِمَا أَحَبَّ. وَيَتَضَلَّعُ مِنْهُ﴾.

بلا نزاع (٢) في الجملة. وزاد في التبصرة: وَيَرْتَشُّ عَلَى بَدَنِهِ وَثَوْبِهِ.

قوله: ﴿ثُمَّ يَرْجِعُ إِلَى مَنَى وَلَا يَبِيتُ بِمَكَّةَ لَيْلَى مَنَى﴾.

بلا نزاع (٣) في الجملة. ويأتي في الواجبات: هل هو واجب، أو مستحب؟

قوله: ﴿وَيَرْمِي الْجَمْرَاتِ بِهَا فِي أَيَّامِ التَّشْرِيقِ بَعْدَ الزَّوَالِ﴾.

هذا الصحيح من المذهب (٤). وعليه جماهير الأصحاب. وقطع به كثير منهم. ونص عليه.

قال ابن الجوزي في المذهب، ومسبوك الذهب: إذا رمى في اليومين الأولين من أيام منى قبل الزوال: لم يجزه رواية واحدة. فأما في اليوم الأخير: فيجوز في إحدى الروایتين. انتهى.

قال في الفروع: وجوز ابن الجوزي الرمي قبل الزوال.

وقال في الواضح: ويجوز الرمي بطلوع الشمس إلا ثالث يوم. وأطلق في منسكه أيضا: أن له الرمي من أول يوم. وأنه يرمى في اليوم الثالث كالأيومين قبله ثم ينفر. وعنه: يجوز رمي متعجل قبل الزوال. وينفر بعده.

ونقل ابن منصور: إن رمى عند طلوعها متعجل، ثم نفر. كأنه لم ير عليه دما. وحزم به الزركشي.

فائدة: آخر وقت رمي كل يوم: المغرب. ويستحب الرمي قبل صلاة الظهر بعد الزوال.

(١) لما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: لم يحل للنبي ﷺ من شيء حرم منه حتى قضى حجه ونحر هديه يوم النحر فأفاض بالبيت ثم حل من كل شيء حرم منه. وعن عائشة مثل ذلك متفق عليهما - الشرح الكبير (٤٦٧/٣)، العدة (١٩٦)، المغني (٤٦٧/٣)، المحرر (٢٤٧/١).

(٢) لما روى جابر قال في صفة حج النبي ﷺ ثم أتى بيني عبد المطلب وهم يسقون فنألولوه دلوأ فشرب منه، وروى أن النبي ﷺ قال «ماء زمزم لما شرب له». الشرح الكبير (٤٧٠/٣)، المغني (٤٧٠/٣)، العدة (١٩٦)، المحرر (٢٤٨/١).

(٣) لما روى عن ابن عمر أن النبي ﷺ أفاض يوم النحر ثم رجع فصلى الظهر. عن متفق عليه - المغني (٤٧٣/٣)، الشرح الكبير (٤٧٣/٣)، العدة (١٩٧)، المحرر (٢٤٨/١).

(٤) المغني (٤٧٦/٣)، الشرح الكبير (٤٧٦/٣)، العدة (١٩٨)، الكافي (٥٢٧/١)، المحرر (٢٤٨/١).

قوله - فِي الْجَمْرَةِ الثَّانِيَةِ وَالثَّلَاثَةِ - : ﴿يَقِفُ وَيَدْعُو﴾.

هذا بلا نزاع (١). لكن قال بعض الأصحاب: رافعا يديه. ونقل حنبل: يستحب رفع يديه عند الجمار.

قوله: ﴿ثُمَّ يَرْمِي جَمْرَةَ الْعَقَبَةِ بِسَبْعِ حَصِيَّاتٍ. وَيَجْعَلُهَا عَنْ يَمِينِهِ وَيَسْتَبِطِنُ الْوَادِي. وَلَا يَقِفُ عِنْدَهَا. وَيَسْتَقْبِلُ الْقِبْلَةَ فِي الْجَمْرَاتِ كُلِّهَا﴾.

قاله الأصحاب (٢) قاطبة. وقال الزركشي. فيما قاله الأصحاب - في أنه يستقبل القبلة في جمرة العقبة - نظر. إذ ليس في الحديث ذلك.

قوله: ﴿وَالترْتِيبُ شَرْطٌ فِي الرَّمْيِ﴾.

يعنى: أنه يشترط أن يرمى أولا الجمرة التي تلى مسجد الخيف. ثم بعدها الوسطى، ثم العقبة. وهذا المذهب (٣). وعليه الأصحاب. فلو نكس: لم يجزه. وعنه يجزيه مطلقا. وعنه يجزيه مع الجهل.

قوله: ﴿وَفِي عَدَدِ الْحَصِيِّ رَوَاتَانِ: إِحْدَاهُمَا: سَبْعٌ﴾.

وهي المذهب (٤). وعليها الأصحاب: ﴿وَالْأُخْرَى: يُجْزِيهِ خَمْسٌ﴾.

قال في المعنى (٥): والأولى ألا ينقص عن سبع. فإن نقص حصة أو حصتين فلا بأس. ولا ينقص أكثر من ذلك. نص عليه. وعنه رواية ثالثة: يجزيه ست وتقدم ذلك في أول الباب عند قوله «وعده سبعون حصة».

قوله: ﴿فَإِنْ أَخْلَّ بِحَصَاةٍ وَاحِدَةٍ مِنَ الْأُولَى: لَمْ يَصِحَّ رَمْيُ الثَّانِيَةِ﴾.

وهو المذهب (٦)، وعليه الأصحاب. وعنه يصح مع الجهل، دون غيره.

قوله: ﴿وَإِنْ أَخْرَجَ الرَّمْيَ كُلَّهُ - أَى مَعَ رَمْيِ يَوْمِ النَّحْرِ - وَرَمَاهُ فِي آخِرِ أَيَّامِ

التَّشْرِيقِ: أَجْزَأُ﴾.

(١) المعنى (٤٧٤/٣)، الشرح الكبير (٤٧٥/٣)، العدة (١٩٨).

(٢) المعنى (٤٧٤/٣)، الشرح الكبير (٤٧٥/٣)، العدة (١٩٨).

(٣) راجع الشرح الكبير (٤٧٧/٣)، المعنى (٤٧٧/٣) ونصل صاحب المحرر فراجع (٢٤٨/١). انظروا الكافي (٥٢٨/١).

(٤) ذكر صاحب الشرح الروائين (٤٧٨/٣).

(٥) والمعنى (٤٧٨/٣)، العدة (١٩٨).

(٦) الشرح الكبير (٤٧٨/٣)، المعنى (٤٧٨/٣).

٤٤ كتاب الحج

بلا نزاع. ويكون أداء، على الصحيح من المذهب. قدمه فى الفروع. وقاله القاضى، واقتصر عليه فى المغنى (١)، والشرح (٢).

وقيل: يكون قضاء. وكذا الحكم لو أحر رمى يوم إلى الغد: رمى رميين. نص عليه. وقاله الأصحاب.

قوله: ﴿وإن أخرة عن أيام التشريق، أو ترك المبيت بمنى فى لياليها: فعليه دم﴾.

إذا أحر الرمى عن أيام التشريق: فعليه دم. ولا يأتى به. كالبيتوتة فى منى ليلة أو أكثر.

قوله: ﴿أو ترك المبيت بمنى فى لياليها﴾.

فالصحيح من المذهب: أن عليه دما. نقله حنبل. وعليه أكثر الأصحاب وجزم به فى الوجيز وغيره. وقدمه فى المغنى (٣)، والشرح (٤)، والفروع وغيرهم. وقال: اختاره الأكثر.

وعنه يتصدق بشيء. نقله الجماعة عن أحمد. قاله القاضى.

وعنه لا شيء عليه. واختاره أبو بكر. وهى مبنية على أن المبيت ليس بواجب على ما يأتى فى الواجبات.

قوله: ﴿وفى خصاة أو فى لئيلة واحدة ما فى حلق شعرة﴾.

إذا ترك خصاة: وجب عليه ما يجب فى حلق شعرة. على ما مضى فى أول باب محظورات الإحرام. وهذا الصحيح من المذهب (٥). وقدمه فى الفروع. قال القاضى: وظاهر نقل الأثر يتصدق بشيء. وعنه: ذلك فى العمد.

وعنه عليه دم. جزم به فى المحرر (٦)، والوجيز، والفائق، وتذكرة ابن عبدوس، وغيرهم. وقدمه فى الرعايتين، والحاويين. قال فى الفروع: وهو خلاف نقل الجماعة والأصحاب. قال ابن عقيل: ضعفه شيخنا لعدم الدليل.

(١) المغنى (٣/٤٨١).

(٢) الشرح الكبير (٣/٤٧٩)، الكافى (١/٥٢٨).

(٣) المغنى (٣/٤٧٤).

(٤) الشرح الكبير (٣/٤٨٠).

(٥) راجعه فى الكافى (١/٥٢٧).

(٦) المحرر (١/٢٤٤).

كتاب الحج ٤٥

وعنه لا شيء عليه فيها.

فائدة: لو ترك حصاتين. فإن قلنا في الحصة ما في حلق شعرة، ففي الحصاتين: ما في حلق شعرتين. وفي ثلاث، أو أربع، أو خمس: دم. على ما تقدم من الخلاف. وإن قلنا في الحصة دم. ففي الحصاتين، والثلاث: دم، بطريق أولى. وعنه في الحصاتين ما في الثلاث، كجمرة وحجار. وعنه لا شيء في ترك حصاتين.

قال المصنف، والشارح: الظاهر عن أحمد: لا شيء في حصة ولا حصاتين.

وأما إذا ترك المبيت بمنى ليلة واحدة، فجزم المصنف هنا: أن فيها ما في حلق شعرة. وهو إحدى الروايات. لأنها ليست نسكا بمفردها، بخلاف المبيت بمزدلفة. قاله القاضى وغيره. وقال: لا تختلف الرواية: أنه لا يجب دم. وجزم بما قاله المصنف، وابن منجنا في شرحه. واختار المصنف: وجوب الدم.

وعنه: ترك ليلة كترك ليالى منى كلها. ذكره جماعة.

وعنه عليه دم. قدمه في الرعايتين، والحاويين. وعنه لا شيء عليه.

فائدة: قوله: ﴿وَلَيْسَ عَلَى أَهْلِ سِقَايَةِ الْحَاجِّ وَالرَّعَاءِ مَبِيتٌ بِمَنَى﴾.

وهذا بلا نزاع^(١). ويجوز لهم الرمي ليلا ونهارا.

تنبيه: مفهوم قول المصنف «وليس على أهل سقاية الحاج والرعاء مبيت بمنى» أن غيرهم يلزمه المبيت بها مطلقا. وهو صحيح. وهو المذهب. وعليه أكثر الأصحاب. وقيل: أهل الأعذار من غير الرعاء - كالمرضى، ومن له مال يخاف ضياعه، ونحوهم - حكمهم حكم الرعاء في ترك البيوتة. جزم به المصنف، والشارح^(٢)، وابن رزين.

قال في الفصول: وكذا خوف فوات ماله، وموت مريض.

قلت: هذا والذي قبله هو الصواب.

قال القاضى وغيره: يستحب أن يضع الحصى في يد النائب. ليكون له عمل في

الرمي. انتهى.

(١) لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن العباس استأذن النبي ﷺ أن يبني بمكة ليالى منى من أجل سقايته

- متفق عليه - ذكره صاحب الشرح الكبير (٣/٤٨٠)، الكافى (١/٥٢٨).

(٢) الشرح الكبير (٣/٤٨١)، الكافى (١/٥٢٨).

٤٦ كتاب الحج

ولو أغمى على المستتيب: لم تنقطع النيابة.

قوله: ﴿فَمَنْ أَحَبَّ أَنْ يَتَعَجَّلَ فِي يَوْمَيْنِ: خَرَجَ قَبْلَ غُرُوبِ الشَّمْسِ﴾.

هذا بلا نزاع^(١). وهو النفر الأول. ولا يضر رجوعه بعد خروجه، لحصول الرخصة. وليس عليه في اليوم الثالث رمى. قاله الإمام أحمد.

ويدفن بقية الحصى، على الصحيح من المذهب. وقيل: لا.

قال في الفائق - بعد أن قدم الأولى - قلت: لا يتعين. بل له طرحه ودفعه إلى

غيره. انتهى.

فعلى الأول: قال بعض الأصحاب - منهم صاحب الرعايتين، والحاوين -: يدفنه

في المرمى.

وفى منسك ابن الزاغوني: أو يرمى بهن، كفعله في اللواتي قبلها.

تنبیه: شمل كلام المصنف: مريد الإقامة بمكة. وهو كذلك. وعليه الأصحاب

وعنه لا يعجبني لمن نفر النفر الأول أن يقيم بمكة. وحمله المصنف على الاستحباب.

قوله: ﴿فَإِنْ غَرَبَتْ وَهِيَ بِهَا: لَزِمَهُ الْمَبِيتُ وَالرَّمْيُ مِنَ الْعَدَةِ﴾.

هذا بلا نزاع^(٢). ويكون الرمي بعد الزوال على الصحيح من المذهب. على ما

تقدم. وعنه أو قبله أيضا. وتقدمت هذه الرواية أيضا قريبا. وهذا النفر الثاني.

فائدة: ليس للإمام المقيم للمناسك التعجيل، لأجل من يتأخر. قاله الأصحاب.

وذكره الشيخ تقي الدين:

قلت: فيعابى بها.

تنبیه: قول المصنف: ﴿فَإِذَا أَتَى مَكَّةَ لَمْ يَخْرُجْ حَتَّى يُودَّعَ الْبَيْتَ بِالطَّوَافِ إِذَا

فَرَّغَ مِنْ جَمِيعِ أُمُورِهِ﴾^(٣).

يقتضى: أنه لو أراد المقام بمكة لا وداع عليه، وهو كذلك، سواء نوى الإقامة قبل

النفر أو بعده.

قوله: ﴿فَإِذَا وَدَّعَ الْبَيْتَ ثُمَّ اشْتَغَلَ فِي تِجَارَةٍ، أَوْ أَقَامَ: أَعَادَ الْوَدَاعَ﴾.

(١) ذكر صاحب الشرح الكبير الإجماع انظر الشرح (٤٨٣/٣)، الكافي (٥٢٩/١)، المغنى (٤٧٩/٣).

(٢) المغنى (٤٧٩/٣)، الشرح الكبير (٤٨٣/٣)، المحرر (٢٤٨/١)، الكافي (٥٢٩/١).

(٣) الشرح الكبير (٤٨٥/٣)، المغنى (٤٨٥/٣).

كتاب الحج ٤٧

إذا ودع ثم اشتغل في تجارة: أعاد الوداع. قولاً واحداً. وإن اشتغل بغير شد
رحل ونحوه: أعاد الوداع. لا نعلم فيه (١) خلافاً.

وقال في الرعايتين، والحاويين: وإن قضى حاجة في طريقه: لم يعد أيضاً. نص
عليه. وقدمه في الفروع. وحزم به في التلخيص وغيره.

وقال ابن عقيل، وابن الجوزي: إن تشاغل في طريقه بشراء زاد ونحوه: لم يعد.

وقال المصنف والشارح: إن قضى حاجته في طريقه، أو اشترى زاداً في طريقه:
لم يعد. زاد في الكبير: أو صلى.

فوائد

منها: يستحب أن يصلى بعد طواف الوداع ركعتين. ويقبل الحجر.

ومنها: يستحب دخول البيت. والحجر منه. ويكون حافياً، بلا خف ولا نعل ولا
سلاح. نص على ذلك.

ومنها: ما قاله في الفتون: تعظيم دخول البيت فوق الطواف: يدل على قلة
العلم. انتهى.

ومنها: النظر إلى البيت عبادة. قاله الإمام أحمد. وقال في الفصول: وكذا رؤيته
لمقام الأنبياء، ومواضع الأنساك.

قوله: ﴿وَمَنْ أٰخَرَ طَوَافَ الزِّيَارَةِ فَطَافَهُ عِنْدَ الْخُرُوجِ: أَجْزَأَ عَنِ طَوَافِ
الْوَدَاعِ﴾.

هذا المذهب (٢). وعليه الأصحاب. وقاله الخرقى في شرح المختصر، وصاحب
المغنى في كتاب الصلاة. قاله في القواعد.

وعنه لا يجزيه عنه. فيطوف له. وأطلقهما في المغنى.

فائدة: لو أحر طواف القدوم، فطافه عند الخروج: لم يجزه عن (٣) طواف
الوداع. على الصحيح من المذهب. قدمه في الفروع [وهو ظاهر كلام كثير حيث

(١) لما روى عن النبي ﷺ ولا يتفرق أحد حتى يكون آخر عهده بالبيت. ذكره صاحب المغنى

(٢) (٤٨٦/٣-٤٨٧)، الشرح الكبير (٤٨٦/٣).

(٣) الكافي (٥٣٠/١)، الشرح الكبير (٤٨٧/٣).

(٣) مخالفه صاحب الشرح وقال: يجزئ عنه. راجع الشرح (٤٨٧/٣) وبذلك قال أيضاً صاحب الكافي
(٥٣٠/١).

٤٨ كتاب الحج
 اقتصروا على المسألة الأولى [وقال فى الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والهادى،
 والمستوعب، والخلاصة، والتلخيص، والترغيب، والرعايتين، والحاويين: يحزبه،
 كطواف الزيارة. وقطعوا به. وقالوا: نص عليه. زاد فى الهداية - فى رواية ابن القاسم
 - قلت: هذا المذهب. ولم أر لما قدمه فى الفروع موافقا.

قوله: ﴿فَإِنْ خَرَجَ قَبْلَ الْوَدَاعِ رَجَعَ إِلَيْهِ. فَإِنْ لَمْ يُمْكِنْ فَعَلَيْهِ دَمٌ﴾.

إذا خرج قبل الوداع، وكان قريبا. فعليه الرجوع، إذا لم يخف على نفس أو مال
 أو فوات رفقة، أو غير ذلك. فإن رجع فلا دم عليه.

وإن كان بعيدا - وهو مسافة القصر - لزمه الدم. سواء رجع أو لا. على الصحيح
 من المذهب. نص عليه. قال فى الفروع: لزمه دم فى المنصوص. قاله القاضى وغيره.
 وحزم به فى المستوعب، والتلخيص، والكافى^(١)، والرعايتين، والحاويين، وغيرهم.

وقال المصنف، وغيره: ويحتمل سقوط الدم عن البعيد برجوعه كالقريب.

ومسافة القصر: من مثله. قال الزركشى: وقد يقال من الحرم.

وأما إذا لم يمكن الرجوع للقريب: فإن عليه دما. وكذا لو أمكنه ولم يرجع بطريق
 أولى.

فمتى رجع القريب: لم يلزمه إحرام بلا نزاع.

قال المصنف والشارح: كرجوعه لطواف الزيارة.

وإن رجع البعيد أحرم بعمرة لزوما. ويأتى بها وبطواف الوداع.

فائدة: قال فى الفروع: لو ودع ثم أقام بمنى، ولم يدخل مكة: يتوجه جوازه.

وإن خرج غير حاج، فظاهر كلام شيخنا: لا يودع. انتهى.

تنبيه: شمل كلام المصنف - وهو قوله «فإن خرج قبل الوداع» - كل حاج سواء
 الحائض والنفساء. وهو صحيح^(٢). وهو المذهب، وعليه الأصحاب.

وقال المصنف والشارح: أهل الحرم لا وداع عليهم.

قوله: ﴿إِلَّا الْحَائِضَ وَالنَّفْسَاءَ فَلَا وَدَاعَ عَلَيْهِمَا﴾.

(١) انظر الكافى (١/٥٣٠)، الشرح الكبير (٣/٤٨٧).

(٢) خالفه فى ذلك صاحب الشرح الكبير فاستثنى الحائض والنفساء، الشرح الكبير (٣/٤٨٧).

وكذلك صاحب الكافى استثنى الحائض والنفساء. الكافى (١/٥٣٠).

كتاب الحج ٤٩

بلا نزاع^(١). وهو مقيد بما إذا لم تطهر قبل مفارقة البنيان. فإن طهرت قبل مفارقة البنيان: لزمها العود للوداع. وإن طهرت بعد مفارقة البنيان: لم يلزمها العود، ولو كان قبل مسافة القصر. بخلاف المقصر بالترك.

قوله: ﴿وَإِذَا فَرَغَ مِنَ الْوَدَاعِ: وَقَفَ فِي الْمَلْتَزَمِ، بَيْنَ الرُّكْنِ وَالْبَابِ﴾.

وهذا بلا نزاع بين الأصحاب. وذكر أحمد: أنه يأتي الحطيم أيضا - وهو تحت الميزاب - فيدعو.

وذكر الشيخ تقي الدين: ثم يشرب من ماء زمزم. ويستلم الحجر الأسود.

ونقل حرب: إذا قدم معتمرا، فيستحب له أن يقيم بمكة بعد عمرته ثلاثة أيام. ثم يخرج. فإن التفت ودع. نص عليه. وذكره أبو بكر. وقدمه في التعليق وغيره. وحمله جماعة على الندب.

وذكر ابن عقيل، وابن الزاغوني: لا يولى ظهره حتى يغيب.

قال في الفائق: لا يسن له المشى القهقري بعد وداعه. وقدمه في الرعاية.

قال الشيخ تقي الدين: هذا بدعة مكروهة. وذكر جماعة من الأصحاب - منهم صاحب الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والتلخيص، والرعايتين، والحاويين، والفائق وغيرهم - : ثم يأتي الحصب. فيصلى فيه الظهر والعصر والمغرب والعشاء. ثم يهجع. واقتصر عليه في المغنى^(٢).

قوله: ﴿فَإِذَا فَرَغَ مِنَ الْحَجِّ: اسْتَحَبَّ لَهُ زِيَارَةُ قَبْرِ النَّبِيِّ ﷺ وَقَبْرِ صَاحِبَيْهِ﴾.

هذا المذهب^(٣). وعليه الأصحاب قاطبة، متقدمهم ومتأخرهم.

وقال في الفصول: نقل صالح، وأبو طالب: إذا حج للفرض: لم يرم بالمدينة لأنه إذا حدث به الموت كان في سبيل الحج. وإن كان تطوعا: بدأ بالمدينة.

(١) الشرح الكبير (٤٨٧/٣)، الكافي (٥٣٠/١).

(٢) لما روى أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: طفت مع عبد الله فلما جاء دبر الكعبة قلت ألا تتعوذ. قال نعوذ بالله من النار ثم مضى حتى استلم الحجر فقام بين الركن والباب فوضع صدره ووجهه وذراعيه وكعبه هكذا وبسطها بسطا وقال: هكذا رأيت رسول الله ﷺ يفعل. المغنى (٤٩٠/٣). وكذا الشرح الكبير (٤٩٠/٣)، الكافي (٥٣٠/١)، المحرر (٢٤٨/١).

(٣) لما روى الدارقطني بإسناده عن ابن عمر رضی الله عنهما قال - قال رسول الله ﷺ «من حج فزار قبري بعد وفاتي فكاتما زارني في حياتي». الشرح الكبير (٤٩٤/٣)، الكافي (٥٣٢/١).

٥٠ كتاب الحج

فائدتان

إحدهما: يستحب استقبال الحجرة النبوية - على ساكنها أفضل الصلاة والسلام - حال زيارته. ثم بعد فراغه يستقبل القبلة. ويجعل الحجرة عن يساره، ويدعو. ذكره الإمام أحمد. قال في الفروع: وظاهر كلامهم: قرب من الحجرة أو بعد: انتهى.

قلت: الأولى القرب قطعاً.

قال في المستوعب وغيره: إنه يستقبل ويدعو.

قال ابن عقيل، وابن الجوزي: يكره قصد القبور للدعاء.

قال الشيخ تقي الدين: أو وقوفه أيضاً عندها للدعاء.

الثانية: لا يستحب تمسحه بقبره - عليه أفضل الصلاة والسلام - على الصحيح من المذهب. قال في المستوعب: بل يكره. قال الإمام أحمد: أهل العلم كانوا لا يمسونه. نقل أبو الحارث: يدنو منه ولا يتمسح به، بل يقوم حذاءه فيسلم. وعنه يتمسح به. ورخص في المنبر.

قال ابن الزاغوني وغيره: وليأت المنبر. فيتبرك به. تبركاً بمن كان يرتقى عليه.

قوله - في صفة العمرة -: ﴿مَنْ كَانَ فِي الْحَرَمِ خَرَجَ إِلَى الْحِلِّ فَأَحْرَمَ مِنْهُ﴾.

الصحيح من المذهب (١): أن إحرام أهل مكة، ومن كان بها من غيرهم، وأهل الحرم: يصح بالعمرة من أدنى الحل. وعليه جماهير الأصحاب.

وقال ابن أبي موسى: إن كان بمكة من غير أهلها، وأراد عمرة واجبة: فمن الميقات. فلو أحرم من دونه لزمه دم. وإن أراد نفلاً: فمن أدنى الحل. انتهى.

وتقدم ذلك مستوفى في باب المواقيت في قوله «وأهل مكة إذا أرادوا العمرة فمن الحل».

قوله: والأفضل: ﴿أَنْ يُحْرَمَ مِنَ التَّنْعِيمِ﴾.

هذا أحد الوجهين. جزم به في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والخلاصة، والشرح (٢)، وشرح ابن منجا.

(١) الشرح الكبير (٢/٤٩٧).

(٢) لما روى أن النبي ﷺ أمر عبد الرحمن بن أبي بكر أن يعمر عائشة من التنعيم وقال ابن سيرين: بلغني أن النبي ﷺ وقت لأهل مكة التنعيم - الشرح الكبير (٣/٤٩٧).

كتاب الحج ٥١

والوجه الثاني: أن الأفضل أن يحرم من الجعرانة. جزم به في المستوعب، والتلخيص، والبلغة، والرعايتين، والحاويين، والفائق. ذكره في باب المواقيت. وأطلقهما في الفروع. وقال: ظاهر كلام الشيخ - يعنى به المصنف - الكل سواء وما أستحضر كلام المصنف هنا. ولعله أراد: في المغنى، أو لم يكن في النسخة التي عنده.

والأفضل بعدهما: الحديبية. على الصحيح من المذهب. وظاهر المصنف التسوية. ونقل صالح وغيره في المكي: أفضله البعد. هي على قدر تعبها. قال القاضي في الخلاف: مراده من الميقات. بينه في رواية بكر بن محمد. وقال في الرعاية: الأفضل بعد الحديبية: ما بعد، نص عليه.

تنبيه: قوله «والأفضل أن يحرم من التنعيم» هو في نسخة مقروءة على المصنف وعليها شرح الشارح، وابن منجا. وفي بعض النسخ هذا كله ساقط.

قوله: ﴿فَإِنْ أَحْرَمَ مِنَ الْحَرَمِ لَمْ يَجُزْهُ. بِلَا نِزَاعٍ^(١): وَيَنْعَقِدُ. وَعَلَيْهِ دَمٌ﴾. ينعقد إحرامه من الحرم. على الصحيح من المذهب. وعليه أكثر الأصحاب وعليه دم.

وقيل: لا يصح. قال في الفروع: وإن أحرم بالعمرة من مكة، أو الحرم: لزمه دم. ويجزئه إن خرج إلى الحل قبل طوافها. وكذا بعده، كإحرامه دون ميقات الحج. ولنا قول: لا. انتهى. وتابعه على ذلك المصنف في المغنى. وقال في الرعاية: فإن أحرم بها من الحرم، أو من مكة، معتمرا: صح في الأصح. ولزمه دم.

وقيل: إن أحرم بها مكي من مكة، أو من بقية الحرم: خرج إلى الحل قبل طوافها. وقيل: قبل إتمامها، وعاد فأتمها: كفته. وعليه دم لإحرامه دون ميقاتها. وإن أتمها قبل أن يخرج إليها: ففي إجزائها وجهان. انتهى.

قال الزركشي: فإن لم يخرج حتى أتم أفعالها: فوجهان. المشهور: الإجزاء. فعلى القول بعدم الصحة: وجود هذا الطواف كعدمه. وهو باق على إحرامه حتى يخرج إلى الحل. ثم يطوف بعد ذلك ويسعى. وإن حلق بعد ذلك فعليه دم. وكذلك كل ما فعله من محظورات إحرامه عليه فدية.

(١) لتركه الإحرام من الميقات، راجعة في الشرح الكبير (٣/٤٩٧).

٥٢ كتاب الحج
 وإن وطئ أفسد عمرته. ويمضى في فاسدها. وعليه دم. ويقضيها بعمرة من الحل.
 ويجزئها عنها. وإن كانت عمرة الإسلام. قال في الرعاية: ويحتمل أن يجزئ بدم.
 قوله: ﴿ثُمَّ يَطُوفُ وَيَسْعَى. ثُمَّ يَخْلِقُ أَوْ يَقْصِرُ. ثُمَّ قَدْ حَلَّ. وَهَلْ مَجَلَّهُ قَبْلَ
 الحلقِ والتقصيرِ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ﴾.

أصل هاتين الروايتين: الروايتان اللتان في الحج: هل الحلق والتقصير نسك أو
 إطلاق من محذور؟ على ما تقدم. ذكره الشارح، وابن منجا. وتقدم أن الصحيح
 من المذهب (١): أنه نسك.

فالصحيح هنا: أنه نسك. فلا يجزئ منها إلا بفعل أحدهما. وهو المذهب. صححه
 في التصحيح وغيره. وحزم به في الوجيز وغيره.
 والرواية الثانية: أنه إطلاق من محذور. فيحل قبل فعله. وأطلقهما في الهداية،
 والمذهب، والتلخيص.

ويأتى في واجبات العمرة: أن الحلاق أو التقصير واجب في إحدى الروايتين.
 قوله: ﴿وَتُجْزَى عُمْرَةُ الْقَارِنِ، وَالْعُمْرَةُ مِنَ التَّنْعِيمِ عَنِ عُمْرَةِ الْإِسْلَامِ فِي أَصْحَابِ
 الرَّوَايَتَيْنِ﴾.

تجزئ عمرة القارن عن عمرة الإسلام. على الصحيح من المذهب. وعليه أكثر
 الأصحاب.

والرواية الثانية: لا تجزئ عمرة القارن عن عمرة الإسلام. اختاره أبو حفص
 وأبو بكر. وأطلقهما في الهداية، والمذهب.

وتقدم ذلك في الإحرام في صفة القران.
 وأما العمرة من التنعيم: فتجزئ عن عمرة الإسلام. على الصحيح من المذهب.
 حزم به في الوجيز وغيره. وقدمه في الشرح (٢) وغيره.
 والرواية الأخرى: لا تجزئ عن العمرة الواجبة.

فوائد

إحداها: لا بأس أن يعتمر في السنة مرارا. والصحيح من المذهب: كراهة الإكثار

(١) ذكر صاحب الشرح نفس الخلاف راجعه الشرح الكبير (٣/٤٩٨).

(٢) الشرح الكبير (٣/٤٩٨-٤٩٩).

كتاب الحج ٥٣
منها، والموالة بينها. قال المصنف: باتفاق السلف. واختاره هو وغيره (١). وقدمه فى
الفروع.

قال الإمام أحمد: إن شاء كل شهر. وقال أيضا: لا بد أن يخلق أو يقصر. وفى
عشرة أيام يمكن الحل.

وقيل: يستحب الإكثار منها. اختاره جماعة. وجزم به فى الهداية، والمذهب،
ومسبوك الذهب، والمستوعب، والفائق، وغيرهم. وقدمه ابن رزين فى شرحه.

ومن كرهه أطلق الكراهة. قال فى الفروع: ويتوجه أن مراده: إذا عرض بالطواف،
وإلا لم يكرهه، خلافاً لشيخنا - يعنى به الشيخ تقي الدين -

وقال فى الفصول: له أن يعتمر فى السنة ما شاء. ويستحب تكرارها فى رمضان.
لأنها فيه تعدل حجة.

وكره الشيخ تقي الدين الخروج من مكة للعمرة إذا كان تطوعاً. وقال: هو
بدعة. لأنه لم يفعله، عليه أفضل الصلاة والسلام. ولا صحابى على عهد إلا عائشة.
لا فى رمضان ولا فى غيره اتفاقاً.

الثانية: العمرة فى رمضان أفضل مطلقاً. قال الإمام أحمد: هى فيه تعدل حجة.
قال: وهى حج أصغر.

الثالثة: الصحيح من المذهب: أن العمرة فى غير أشهر الحج أفضل من فعلها فيها.
ذكره القاضى فى الخلاف. ونقله الأثرم، وابن إبراهيم عن أحمد. وقدمه فى الفروع،
وقال: ظاهر كلام جماعة التسوية.

قلت: اختار فى الهدى: أن العمرة فى أشهر الحج أفضل. ومال إلى أن فعلها فى
أشهر الحج أفضل من فعلها فى رمضان.

الرابعة: لا يكره الإحرام بها يوم عرفة والنجر. وأيام التشريق. على الصحيح من
المذهب. نقل أبو الحارث: يعتمر متى شاء.

وذكر بعض الأصحاب رواية: تكره فى أيام التشريق. قال فى الفائق: زاد
أبو الحسين: يوم عرفة، فى أصح الروايتين. وذكر فى الرعاية: تكره أيام التشريق.
وقال: ومن أحرم بها قبل ميقاتها: لم تصح فى وجهه.

قوله: ﴿أَرَكُنَّ الْحَجَّ: الْوُقُوفُ بِعَرَفَةَ، وَطَوَافُ الزَّيَارَةِ﴾.

(١) روى ذلك عن على وابن عمر وابن عباس وعائشة. الشرح الكبير (٤٩٩/٣).

٥٤ كتاب الحج

بلا نزاع^(١) فيهما. فلو ترك طواف الزيارة: رجع معتمرا. نقله الجماعة. ونقل يعقوب - فيمن طاف في الحجر ورجع لبغداد - يرجع. لأنه على نية إحرامه. فإن وطئ: أحرم من التنعيم، على حديث ابن عباس. وعليه دم. ونقل غيره معناه.

فالمصنف رحمة الله، قدم أن أركان الحج: الوقوف بعرفة، وطواف الزيارة فقط. فليس السعى والإحرام ركنين على المقدم عنه.

أما السعى: ففيه ثلاث روايات. إحداهن: هو ركن، وهو الصحيح من المذهب. نص عليه. وجزم به في المنور. وصححه في التلخيص، والمحرم^(٢). وقدمه في الفروع، والرعايتين، والحاويين، والفائق.

والرواية الثانية: هو سنة. وأطلقهما في الهداية، والمستوعب، والخلاصة.

والرواية الثالثة: هو واجب. اختاره أبو الحسين التميمي. والقاضي، والمصنف والشارح، وصاحب الفائق، وغيرهم. وجزم به في الوجيز، والمنتخب. وأطلقهن في المذهب.

وأما الإحرام - وهو النية - فقدم المصنف: أنه غير ركن. فيحتمل: أنه واجب. وهو رواية عن أحمد. وذكرها القاضي في المجرد. نقله عنه في التلخيص. وحكاها في الفائق. وقال: اختاره الشيخ - يعنى المصنف - واختارها التميمي أيضا. ولم يذكرها في الفروع.

وعنه أنه ركن. وهى المذهب. جزم به في المحرر، والوجيز، والمنور. وقدمه فى الرعايتين، والحاويين. قال ابن منجا فى شرحه: هذه أصح. فى ظاهر قول الأصحاب. وأطلقهما فى الفائق.

وعنه أنه شرط. حكاها فى الفروع. قال فى الرعاية، وقيل عنه: إن الإحرام شرط. قال ابن منجا فى شرحه: ولم أجد أحدا ذكر أن الإحرام شرط. والأشبه: أنه كذلك. وبه قال أبو حنيفة.

وذلك أن من قال بالرواية الأولى: قاس الإحرام على نية الصلاة. ونية الصلاة: شرط. فكذا يجب أن يكون الإحرام شرطا. ولأن الإحرام يجوز فعله قبل دخول وقت الحج. فوجب أن يكون شرطا، كالطهارة مع الصلاة. انتهى.

(١) لما روى عبد الرحمن بن يعمر الدنبلى قال: أتيت النبى ﷺ بعرفة فجاهه نفر من أهل نجد فقالوا يا رسول الله: كيف الحج قال «الحج عرفة فمن جاء قبل صلاة الفجر ليلة حجاج فقد تم حجه». رواه أبو داود انظر الشرح الكبير (٢/٣٠٢)، العدة (٢٠٥)، الكافي (١/٥٣١).

(٢) المحرر (١/٢٤٣).

كتاب الحج ٥٥
 وقال أيضا في باب الإحرام: والأشبه أنه شرط، كما ذهب إليه بعض أصحابنا،
 كنية الوضوء. فلعل قوله هنا «لم أجد أحدا ذكر أنه شرط» يعنى عن أحمد. وإلا كان
 كلامه متناقضا.

وأطلق رواية الشرطية والركنية في الفروع. وقال: فى كلام جماعة ما ظاهره:
 رواية بجواز تركه.

وقال فى الإرشاد: وهو سنة. وقال: الأهلل فريضة. وعنه سنة.

قوله: ﴿وَأَجِبَاتُهُ سَبْعَةٌ: الإِحْرَامُ مِنَ المِيقَاتِ﴾.

بلا نزاع^(١)، إنشاء ودواما. قال فى التلخيص: والإنشاء أولى.

قوله: ﴿وَالرُّقُوفُ بِعَرَفَةَ إِلَى اللَّيْلِ﴾.

مراده: إذا وقف نهارا. فيجب الجمع بين الليل والنهار. على الصحيح من
 المذهب. وعليه الأصحاب. وعنه الجمع بينهما سنة مؤكدة.

قوله: ﴿وَالْمَبِيتُ بُمَزْدَلِفَةَ إِلَى مَا بَعْدَ نِصْفِ اللَّيْلِ﴾.

مراده: إذا وافاها قبل نصف الليل. والصحيح من المذهب: أن المبيت بمزدلفة إذا
 جاءها قبل نصف الليل واجب. وعليه الأصحاب. وعنه ليس بواجب. واستثنى
 الخرقي من ذلك الرعاة، وأهل السقاية. فلم يجعل عليهم مبيتا بمزدلفة. قال
 الزركشى: ولم أر من صرح باستثنائهما إلا أبا محمد، حيث شرح الخرقي.

قوله: ﴿وَالْمَبِيتُ بِمَنَى﴾.

الصحيح من المذهب: أن المبيت بمنى فى لياليها واجب. وعليه أكثر الأصحاب.
 وعنه سنة.

وتقدم قريبا ما يجب فى ترك المبيت بها فى لياليها، أو فى ليلة.

قوله: ﴿وَالرَّمْيُ﴾.

بلا نزاع. ويجب ترتيبه. على الصحيح من المذهب. وعنه لا. وتقدم أنه: هل هو
 شرط، أم لا؟ أو مع الجهل.

قوله: ﴿وَالْحَلَّاقُ﴾.

(١) الشرح الكبير (٣/٥٠٥)، المحرر (١/٢٤٤)، الكافى (١/٥٣١).

٥٦ كتاب الحج

مراده: أو التقصير، على ما تقدم. والصحيح من المذهب. أنه واجب. وعليه الأصحاب. وعنه ليس بواجب. وتقدم: هل هو نسك، أو إطلاق من محذور؟.

قوله: ﴿وَطَوَافُ الْوُدَاعِ﴾.

هذا الصحيح من المذهب. وعليه جماهير الأصحاب. وجزم به في الوجيز، وغيره. وقدمه وصححه في الفروع وغيره.

وقيل: ليس بواجب.

تنبيه: ظاهر كلام المصنف: أن طواف الوداع يجب، ولو لم يكن بمكة. قال في الفروع: هو ظاهر كلامهم. قال الآجروني: يطوفه متى أراد الخروج من مكة أو منى، أو من نفر آخر.

قال في الترغيب، والتلخيص: لا يجب على غير الحاج.

قال في المستوعب: ومتى أراد الحاج الخروج من مكة: لم يخرج حتى يودع.

فائدة: طواف الوداع: هو طواف الصدر. على الصحيح. وقيل: الصدر طواف الزيارة. وقدمه الزركشي.

تنبيه: شمل قوله: ﴿وَمَا عَدَا هَذَا سُنَّةٌ﴾. مسائل فيها خلاف في المذهب.

منها: المبيت بمنى ليلة عرفة. والصحيح من المذهب: أنه سنة. قطع به ابن أبي موسى في الإرشاد، والقاضي في الخلاف، وابن عقيل في الفصول، وأبو الخطاب في الهداية، وابن الجوزي في المذهب، ومسبوك الذهب، والسامري في المستوعب، والمصنف في الكافي^(١) وغيرهم. وهو ظاهر كلامه في الخلاصة، والتلخيص، والشرح^(٢) وغيرهم. وقدمه في الفروع.

وقيل: يجب. جزم به في الرعايتين، والحاويين.

ومنها: الرمل والاضطباع. والصحيح من المذهب: أنهما سنتان. وعليه جماهير الأصحاب. وفي عيون المسائل: يجبان. ونقل حنبل: إذا نسي الرمل فلا شيء عليه. وقاله الخرقي وغيره.

ومنها: طواف القدوم. والصحيح من المذهب: أنه سنة. وعليه جماهير الأصحاب. ونقل محمد بن حرب: هو واجب. وهو قول في الرعاية.

(١) لم يقطع به في الكافي ولكنه قدم الروايتين في الكافي (١/٥٢٦).

(٢) الشرح الكبير (٣/٤٧٣).

كتاب الحج ٥٧

ومنها: الدفع من عرفة مع الإمام. والصحيح من المذهب: أنه سنة. قاله المصنف، والشارح، وغيرهما. وقدمه في الفائق. قال الزركشى: هو اختيار جمهور الأصحاب. وعنه أنه واجب. وقطع الخرقى: أن عليه دما بتركه. وأطلقهما في الرعايتين، والحاويين، والفروع.

قوله: ﴿أَرْكَانُ الْعُمْرَةِ: الطَّوَافُ﴾. بلا نزاع (١): ﴿وَفِي الْإِحْرَامِ وَالسَّعْيِ رِوَايَتَانِ﴾.

اعلم أن الخلاف هنا - في السعي والإحرام. وفي الإحرام أيضا من الميقات - كالخلاف في ذلك في الحج. على ما تقدم، نقلا ومذهبا. هذا الصحيح من المذهب. وقيل: أركانها الإحرام، والطواف فقط. ذكره في الرعاية، وقال في الفصول: السعي في العمرة ركن. بخلاف الحج. لأنها أحد النسكين. فلا يتم إلا بركنين كالحج.

قوله: ﴿وَوَاجِبَاتُهَا: الْحِلَاقُ. فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ﴾.

وهو أيضا مبنى على وجوبه في الحج. على ما تقدم. فلا حاجة إلى إعادته.

قوله: ﴿فَمَنْ تَرَكَ رُكْنَاً لَمْ يَتِمَّ نُسُكُهُ إِلَّا بِهِ﴾.

وكذا لو ترك النية له: لم يصح ذلك الركن إلا بها.

قوله: ﴿وَمَنْ تَرَكَ وَاجِبًا فَعَلَيْهِ دَمٌ﴾. ولو كان سهوا أو جهلا.

وتقدم في بعض المسائل: خلاف بعدم وجوب الدم كاملا. كترك المبيت بمنى في لياليها ونحوه. وكذا تقدم الخلاف فيما إذا تركه جهلا.

باب القوات والإحصار

قوله: ﴿وَمَنْ طَلَعَ عَلَيْهِ الْفَجْرُ يَوْمَ النَّحْرِ، وَلَمْ يَقِفْ بِعَرَفَةَ: فَقَدْ فَاتَهُ الْحَجُّ﴾.

بلا نزاع (٢). وسواء فاته الوقوف لعذر حصر أو غيره. أو لغير عذر.

(١) لأن النبي ﷺ أمر به فروى ابن عمر أن النبي ﷺ قال «من لم يكن معه هدى فليطف بالبيت وبين الصفا والمروة وليقص وليحلل». العدة (٢٠٧)، المحرر (٢٤٤/١).

(٢) راجع تفصيله في تقسيمه في الشرح الكبير (٥٠٧/٣).

وأيضا العدة (٢٠٨)، الكافي (٥٣٣/١).

٥٨ كتاب الحج

قوله: ﴿وَيَتَحَلَّلُ بِطَوَافٍ وَسَعْيٍ﴾.

يحتمل أن يكون مراده: أنه يتحلل بطواف وسعى فقط. ولو لم يكن عمرة. وهو الظاهر. وهو قول ابن حامد. ذكره عنه جماعة.

ويحتمل أن يكون مراده: يتحلل بعمرة من طواف وسعى وغيره. ولا ينقلب إحرامه. واختاره ابن حامد أيضا. ذكره عنه القاضي. وهو رواية عن أحمد. واختاره في الفائق.

وعنه أنه ينقلب إحرامه بعمرة. وهذه الرواية هي المذهب (١). نص عليه. قال في التلخيص: هذا الصحيح من المذهب. وقدمه في الفروع، والمستوعب، وقال: اختاره الأكثر - قارنا وغيره - منهم أبو بكر. وهو ظاهر كلام الخرقي. وهو من المفردات.

قال الزركشي: فالمذهب المنصوص: أنه يتحلل بعمرة. اختاره الخرقي، وأبو بكر، والقاضي، وأصحابه، والشيخان. قال: فعلى هذا صرح أبو الخطاب، وصاحب التلخيص، وغيرهما: أن إحرامه ينقلب بمجرد الفوات إلى عمرة. قال الشارح: ويحتمل أن من قال «ويجعل إحرامه عمرة» أراد: أنه يفعل فعل المعتمر، من الطواف والسعى. فلا يكون بين القولين خلاف. انتهى.

ونقل ابن أبي موسى. أنه يمضى في حج فاسد. ويلزمه توابع الوقوف: من مبيت، ورمى وغيرهما. ويقضيه. انتهى.

فعلى المذهب: يدخل إحرام الحج فقط.

وقال أبو الخطاب: فائدة الخلاف، أنه إذا صارت عمرة: جاز الحج عليها. فيصير قارنا. وإذا لم تصر عمرة: لم يجز له ذلك.

واحتج القاضي بعدم الصحة: على أنه لم يبق إحرام الحج، وإلا لم يصح. وصار قانونا.

واحتج ابن عقيل: بأنه لو جاز بقاؤه: لجاز أداء أفعال الحج به في السنة المقبلة. وبأن الإحرام: إما أن يؤدي به حجة أو عمرة. فأما عمل عمرة فلا.

فائدة: هذه العمرة التي انقلبت لا تجزئ عن عمرة الإسلام. على الصحيح من المذهب. نص عليه. لوجوبها كمنذورة. وقيل: تجزئ.

(١) الشرح الكبير (٣/٥٠٧)، الكافي (١/٥٣٣)، العدة (٢٠٨).

كتاب الحج ٥٩

قال فى الشرح (١) : ويتمل أن يصير إحرام الحج إحراما بعمرة، بحيث يجزيه عن عمرة الإسلام. ولو أدخل الحج عليها: لصار قارنا. إلا أنه لا يمكنه الحج بذلك الإحرام، إلا أن يصير محرما به فى غير أشهره. فيكون كمن قلب الحج فى غير أشهره. ولأن قلب الحج إلى العمرة يجوز من غير سبب. فمع الحاجة أولى.

قوله: ﴿وَلَا قَضَاءَ عَلَيْهِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ فَرَضًا﴾.

إن كان فرضا: وجب عليه القضاء. بلا نزاع. وإن كان نفلا، فقدم المصنف: أنه لا قضاء عليه. وهو إحدى الروايتين. وقدمه فى المستوعب، والترغيب، والتلخيص. وصححه فى البلغة، والشرح (٢)، وتصحيح الحرر، والنظم، وصححه ابن رزين فى شرحه، فيما إذا أحصر بعدو. وهو من المفردات.

وعنه عليه القضاء كالفرض. وهو المذهب. قال فى الفروع: والمذهب لزوم قضاء النفل. وجزم به الخرقي، وصاحب الوجيز. وقال الزركشى: هذه الرواية أصحهما عند الأصحاب. وقدمه فى الرايتين، والحاويين، وغيرهم. وقدمه ابن رزين فى من فاته الوقوف بعرفة. وأطلقهما فى الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والخلاصة، والشرح (٣)، والفائق.

قوله: ﴿وَهَلْ يَلْزَمُهُ هَدْيٌ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ﴾.

وأطلقهما فى الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والخلاصة، والفائق.

إحداهما: يلزمه هدى. وهو المذهب. جزم به فى الوجيز وغيره. وصححه فى المغنى، والشرح (٤)، والرايتين، والحاويين، وشرح ابن رزين، والتصحيح، وغيرهم. وقدمه فى المستوعب، والحاويين. قال الزركشى: هى أصحهما عند الأصحاب.

والرواية الثانية: لا هدى عليه.

فعلى المذهب: لا فرق بين أن يكون ساق هديا أم لا. نص عليه.

ويذبح الهدى فى حجة القضاء، إن قلنا عليه قضاء. وإلا ذبحه فى عامه. قال فى المستوعب: إن كان قد ساق هديا نحره، ولم يجزه عن دم الفوات. وقاله ابن أبى موسى، وصاحب التلخيص، وغيرهما.

(١) الشرح الكبير (٥٠٩/٣).

(٢) الشرح الكبير (٥٠٩/٣).

(٣) الشرح الكبير (٥١٠/٣).

(٤) الشرح الكبير (٥١٠/٣-٥١١).

٦٠ كتاب الحج

وقال المصنف: لا يجزيه إن قلنا بوجوب القضاء. انتهى.
 فعلى الأول: متى يكون قد وجب عليه؟ فيه وجهان.
 أحدهما: وجب في سنته. ولكن يؤخر إخراجَه إلى قابل.
 الثانى: لم يجب إلا في سنة القضاء. انتهى.

قال في الفروع: ويلزمه هدى على الأصح. قيل: مع القضاء. وقيل: يلزمه فى عامه دم. ولا يلزمه ذبح إلا مع القضاء، إن وجب قبل تحلله منه، كدم التمتع، وإلا فى عامه. انتهى.

وقال فى الرعاية: يخرجُه فى سنة الفوات فقط. إن سقط القضاء. وإن وجب فمعه لا قبله. سواء وجب سنة الفوات فى وجه، أو سنة القضاء. انتهى.
 قلت: الصواب وجوبه مع القضاء. وهو ظاهر كلامه فى الرعاية الصغرى، والحاويين.

فائدة: «الهدى» هنا: دم. وأقله شاة. هذا المذهب. وعليه جماهير الأصحاب. وقطعوا به. وقال فى الموجز: يلزمه بدنة.

فعلى المذهب (١): لو عدم الهدى زمن الوجوب: صام عشرة أيام، ثلاثة فى الحج وسبعة إذا رجع. على الصحيح من المذهب. وعليه جماهير الأصحاب. وهو من مفردات المذهب. وقال الخرقي: يصوم عن كل مُدٍّ من قيمته يوماً.
 وتقدم التنبيه على ذلك فى الفدية فى الضرب الثالث.
 تنبيه: محل الخلاف فى وجوب الهدى: إذا لم يشترط أن محلى حيث حبستنى. على ما يأتى فى آخر الباب.

فائدتان

إحدهما: لو اختار من فاته الحج البقاء على إحرامه، ليحج من قابل. فله ذلك على الصحيح من المذهب. جزم به فى الفائق وغيره. وقدمه فى الشرح (٢) وغيره. ويحتمل أنه ليس له ذلك.

الثانية: لو كان الذى فاته الحج قارنا: حل وعليه مثل ما أهل به من قابل. على

(١) الكافى (١/٥٣٥).

(٢) الشرح الكبير (٣/٥١٢).

كتاب الحج ٦١

الصحيح من المذهب. نص عليه. وقدمه في المعنى (١)، والشرح. ويحتمل أن تجزئه عن عمرة الإسلام. وتقدم ذلك قريبا. وتقدم في باب الإحرام عند ذكر وجوب الدم على القارن والمتمتع: أن دمهما لا يسقط بالفوات. على الصحيح، وما يلزم القارن إذا قضى قارنا، وإذا قضى مفردا أو متمتعا. فليعاود.

قوله: ﴿وَإِنْ أَخْطَأَ النَّاسُ، فَوَقَّفُوا فِي غَيْرِ يَوْمِ عَرَفَةَ: أَجْزَأَهُمْ﴾.

سواء كان وقوفهم يوم الثامن أو العاشر. نص عليهما.

قال الشيخ تقي الدين: وهل هو يوم عرفة باطنا؟ فيه خلاف في مذهب أحمد، بناء على أن الهلال: اسم لما يطلع في السماء، أو لما يراه الناس ويعلمونه؟ وفيه خلاف مشهور في مذهب أحمد وغيره.

وذكر الشيخ تقي الدين في موضع آخر: أنه عن أحمد فيه روايتين. قال: والثاني الصواب. ويدل عليه لو أخطئوا - لغلط في العدد أو في الطريق ونحوه - فوقفوا العاشر: لم يجز إجماعا. فلو اغتفر الخطأ للجميع لا يغتفر لهم في هذه الصورة بتقدير وقوعها. فعلم أنه يوم عرفة باطنا وظاهرا.

يوضحه: أنه لو كان هنا خطأ وصواب لا يستحب الوقوف مرتين، وهو بدعة لم يفعلها السلف. فعلم أنه لا خطأ.

ومن اعتبر كون الرائي من مكة دون مسافة القصر، أو بمكان لا تختلف فيه المطالع: فقول لم يقله أحد من السلف في الحج. فلو رآه طائفة قليلة لم ينفردوا بالوقوف، بل عليهم الوقوف مع الجمهور.

قال في الفروع: ويتوجه وقوف مرتين إن وقف بعضهم. لاسيما من يراه. قال: وصرح جماعة إن أخطئوا - والغلط في العدد في الرؤية والاجتهاد مع الإغمام - أجزاء. وهو ظاهر كلام الإمام وغيره.

قوله: ﴿وَإِنْ أَخْطَأَ بَعْضُهُمْ فَقَدْ فَاتَهُ الْحَجُّ﴾.

هذا المذهب. وعليه الجمهور. وجمهورهم قطع به. وقيل: هو كحصر العدو.

تنبيه: قوله «وإن أخطأ بعضهم» هكذا عبارة أكثر الأصحاب. وقال في الانتصار: «إن أخطأ عدد يسير» وفي التعليق - فيما إذا أخطئوا القبلة - قال «العدد الواحد والاثنان».

٦٢ كتاب الحج

قال فى الكافى (١)، والمحرر (٢) : إن أخطأ نفر منهم. قال ابن قتيبة، يقال: إن «النفر» ما بين الثلاثة إلى العشرة. وقيل «النفر» فى قوله تعالى: ﴿وَإِذْ صَرَفْنَا إِلَيْكَ نَفْرًا مِنَ الْجَنِّ﴾ [الأحقاف ٢٩]. سبعة. وقيل: تسعة. وقيل: اثنا عشر ألفا. قال ابن الجوزى: لا يصح. لأن النفر لا يطلق على الكثير.

قوله: ﴿وَمَنْ أَحْرَمَ فَحَصْرَهُ عَدُوٌّ، وَمَنْعَهُ مِنَ الْوُصُولِ إِلَى الْبَيْتِ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ طَرِيقٌ آمِنٌ إِلَى الْحِجِّ، وَلَوْ بَعُدَتْ. وَقَاتَ الْحِجَّ: ذَبَحَ هَدْيًا فِي مَوْضِعِهِ، وَحَلَّ﴾.

يعنى يتحلل بنحر هديه بنية التحلل به وجوبا. فتعتبر النية هنا للتحلل. ولم تعتبر فى غير المحصر. لأن غيره قد أتى بأفعال النسك، فقد أتى بما عليه. والمحصر يريد الخروج من العبادة قبل إكمالها. والذبح قد يكون لغير الحل.

تنبيه: ظاهر كلام المصنف: أنه سواء أحصره (٣) العدو وقبل الوقوف بعرفة أو بعده. وهو صحيح. وهو المذهب. نص عليه. وجزم به فى الرعايتين، والزر كشى والحاويين. وقدمه فى الفروع. وقال المصنف، والشارح: إنما ذلك إذا كان قبل التحلل الأول. فأما الحصر عن طواف الإفاضة، بعد رمى الجمرة: فليس له أن يتحلل ومتى زال الحصر: أتى بالطواف. وتم حجه.

قوله: ﴿ذَبَحَ هَدْيًا فِي مَوْضِعِهِ﴾.

يعنى: فى موضع حصره. وهذا المذهب، وسواء كان موضعه فى الحل أو فى الحرم. نص عليه. وعليه الأصحاب.

وعنه لا ينحره إلا فى الحرم. ويواطئ رجلا على نحره فى وقت يتحلل فيه. قال المصنف: هذا - والله أعلم - فىمن كان حصره خاصا. فأما الحصر العام: فلا ينبغى أن يقوله أحد.

وعنه لا ينحره إلا فى الحرم، إذا كان مفردا. أو كان قارنا. ويكون يوم النحر.

قال فى الكافى (٤) : وكذلك من ساق هديا لا يتحلل إلا يوم النحر.

وقدم فى الرعاية: أنه لا ينحر الهدى إلا يوم النحر. قال الزركشى وغيره: ويجب

(١) الكافى (١/٥٣٤).

(٢) المحرر (١/٢٤٣).

(٣) لأن النبى ﷺ أمر أصحابه حين حصروا فى الحديبية أن ينحروا ويحللوا ويخلوا سواء كان الإحرام بحج أو عمرة أو بهما. الشرح الكبير (٣/٥١٥)، الكافى (١/٥٣٦).

(٤) الكافى (١/٥٣٤).

كتاب الحج ٦٣

أن ينوى بذبحه التحلل به. لأن الهدى يكون لغيره. فلزمه النية، طلباً للتمييز.
 تنبيهه: قوله «ذبح هدياً» يعنى أن الهدى يلزمه. وهذا المذهب. وعليه الأصحاب.
 واختار ابن القيم فى الهدى: أنه لا يلزم المحصر هدى.
 فائدة: لا يلزم المحصر إلا دم واحد، سواء تحلل بعد فواته أولاً. على الصحيح من
 المذهب. وقال القاضى وغيره: إن تحلل بعد فواته، فعليه هديان: هدى لتحلله،
 وهدى لفواته.

تنبيهان

أحدهما: ظاهر قوله: «ذبح هدياً وحل» أن الحل مرتب على الذبح. وهو المذهب
 بلا ريب. وعنه فى المحرم بالحج: لا يحل إلا يوم النحر. ليتحقق الفوات.
 الثانى: ظاهر قوله: ﴿فَإِنْ لَمْ يَجِدْ هَدْيًا صَامَ عَشْرَةَ أَيَّامٍ. ثُمَّ حَلَّ﴾.
 أنه لا إطعام فيه. وهو صحيح. وهو الصحيح من المذهب (١). وعليه أكثر
 الأصحاب. وهو من المفردات. وعنه فيه إطعام.
 وقال الآجرى: إن عدم الهدى مكانه قومه طعاماً، وصام عن كل مد يوماً وحل.
 وأحب أن لا يحل حتى يصوم إن قدر. فإن صعب عليه: حل ثم صام. وتقدم ذلك
 فى الفدية.

فائدتان

إحدهما: لو حصر عن فعل واجب: لم يتحلل. على الصحيح من المذهب. وعليه
 الأصحاب وعليه دم له. وقال القاضى: يتوجه فيمن حصر بعد تحلله الثانى: يتحلل.
 وأوماً إليه. قال فى الفائق، وقال شيخنا: له التحلل.
 الثانية: يباح (٢) التحلل لحاجة فى الدفع إلى قتال، أو بذل مال كثير. فإن كان
 يسيراً، والعدو مسلم. فقال المصنف، والشارح: قياس المذهب وجوب بذله،
 كالزيادة فى ثمن الماء للوضوء.
 قلت: وهو الصواب.

وقيل: لا يجب بذله. ونقله المصنف والشارح عن بعض الأصحاب. وأطلقهما فى
 الفروع. ومع كفر العدو يستحب قتالهم إن قوى المسلمون، وإلا فتركه أولى.

(١) الشرح الكبير (٣/٥٢١)، الكافى (١/٥٣٥)، المغنى (٣/٥٠٨).

(٢) وضعه صاحب الشرح الكبير فانظره (٣/٥١٧-٥١٨)، المحرر (١/٢٤٤).

٦٤ كتاب الحج

تنبيه: ظاهر كلام المصنف هنا: أن الحلاق أو التقصير لا يجب هنا. ويحصل التحلل بدونه. وهو أحد القولين. لعدم ذكره في الآية. ولأنه مباح ليس بنسك خارج الحرم. لأنه من توابع الحرم. كالرمى والطواف. وقدم في المحرر^(١) عدم الوجوب. وهو ظاهر كلام الخرقى. وقدمه ابن رزين في شرحه.

وقيل: فيه روايتان مبيتان على أنه هل هو نسك، أو إطلاق من محذور. وجزم بهذه الطريقة في الكافي^(٢). وقال في المغنى^(٣) والشرح^(٤) - بعد أن أطلقا الروايتين - ولعل الخلاف مبنى على الخلاف في الحلق: هل هو نسك، أو إطلاق من محذور؟ وقدم الوجوب في الرعاية. واختاره القاضى فى التعليق وغيره. وأطلق الطريقتين فى الفروع.

قوله: ﴿وَإِنْ نَوَى التَّحْلُلَ قَبْلَ ذَلِكَ لَمْ يَجِلَّ﴾.

ولزمه دم لتحلله. هذا المذهب وعليه أكثر الأصحاب. وقدمه فى الفروع وقيل: لا يلزمه دم لذلك. جزم به فى المغنى والشرح^(٥).

قوله: ﴿وَفِي وَجُوبِ الْقَضَاءِ عَلَى الْمُحْصَرِّ رَوَاتَانِ﴾.

إذا زال الحصر بعدم تحلله. وأمكته الحج: لزمه فعله فى ذلك العام. وإن لم يمكنه. فأطلق المصنف فى وجوب القضاء عليه روايتين - يعنى إذا كان نفلا - بقريئة قوله: «وفى وجوب القضاء روايتان».

إحدهما: لا قضاء عليه. وهو المذهب^(٦). نقلها الجماعة عن أحمد. قال الشارح وغيره: هذا الصحيح من المذهب. وجزم به فى الوجيز، وغيره. وقدمه فى الفروع وغيره. وصححه فى التصحيح وغيره. وهو ظاهر كلام الخرقى. واختاره القاضى وابنه أبو الحسين وغيرهما.

والرواية الثانية: يجب عليه القضاء. نقلها أبو الحارث، وأبو طالب. وخرج منها فى الواضح مثله فى منذورة.

(١) قدمه فى المحرر: [لم يلزمه حلق] انظر المحرر (٢٤٢/١)

(٢) الكافي (٥٢٤/١).

(٣) المغنى (٤٥٨/٣).

(٤) الشرح الكبير (٥٢٢/٣).

(٥) لأنهما أقيما مقام أفعال الحج - انظر الشرح الكبير (٥٢٢/٣)، الكافي (٥٣٦-٥٣٥/١).

(٦) الشرح الكبير (٥٢٣/٣). ذكره صاحب الكافي فقال «لأن النبى ﷺ قضى عمرة الحديبية وسميت عمرة» وذكر أنه ليس عليه قضاء - الكافي (٥٣٦/١).

كتاب الحج ٦٥

فائدة: مثل المحصر فى هذه الأحكام: من جن أو أغمى عليه. قاله فى الانتصار.

قوله: ﴿فَإِنْ صُدَّ عَنْ عَرَفَةَ، دُونَ الْبَيْتِ: تَحَلَّلَ بِعُمْرَةٍ﴾.

ولا شىء عليه. وهذا المذهب (١). وعليه الأصحاب. وعنه هو كمن منع من البيت. وعنه هو كحصر مرض.

قوله: ﴿وَمَنْ أَحْصَرَ بِمَرَضٍ، أَوْ ذَهَابِ نَفَقَةٍ: لَمْ يَكُنْ لَهُ التَّحَلُّلُ حَتَّى يَقْدَرَ عَلَى الْبَيْتِ. فَإِنْ فَاتَهُ الْحَجُّ تَحَلَّلَ بِعُمْرَةٍ﴾.

وهذا المذهب (٢). وعليه الأصحاب. ونقله الجماعة.

ويحتمل أن يجوز له التحلل كمن حصره عدو. وهو رواية عن أحمد. قال الزركشى: ولعلها أظهر. انتهى.

واختاره الشيخ تقي الدين. وقال: مثله حائض تعذر مقامها، وحرم طوافها ورجعت، ولم تطف لجهلها بطواف الزيارة. أو لعجزها عنه، أو لذهاب الرفقة.

قال فى الفروع: وكذا من ضل الطريق. ذكره فى المستوعب، وقال القاضى فى التعليق: لا يتحلل.

فوائد

منها: لا ينحر المحصر بمرض ونحوه - إن كان معه هدى - إلا بالحرم. نص عليه أحمد على التفارقة. وفى لزوم القضاء والهدى: الخلاف المتقدم. هذا هو الصحيح. وأوجب الآجرى القضاء هنا.

ومنها: يقضى العبد كالحر. وهذا المذهب. وقيل: لا يلزمه قضاء.

فعلى المذهب: يصح قضاؤه فى رقه. على الصحيح من المذهب. وفيه وجه آخر: لا يصح. وتقدم ذلك كله فى أحكام العبد. فى أول كتاب الحج.

ومنها: يلزم الصبى القضاء كالبالغ. هذا الصحيح من المذهب. وقيل: لا يلزمه قضاء.

فعلى المذهب: لا يصح القضاء إلا بعد البلوغ. على الصحيح من المذهب. ونص عليه. وقيل: يصح قبل بلوغه.

(١) الشرح الكبير (٣/٥٢٤)، الكافى (١/٥٣٦).

(٢) الشرح الكبير (٣/٥٢٧) وذكر صاحب الكافى الروائين. الأولى عد التحلل والثانية له التحلل لعموم الآية ولأنه يروى عن النبى ﷺ أنه قال «من كسر أو عرج فقد حل وعليه حجة أخرى» رواه النسائى، الكافى (١/٥٣٧).

٦٦ كتاب الحج

وتقدم ذلك فى أحكام الصبى فى أول كتاب الحج أيضا. فليعاود.
ومنها: لو أحصر فى حج فاسد. فله التحلل. فإن حل ثم زال الحصر، وفى الوقت سعة: فله أن يقضى فى ذلك العام.
قال المصنف، والشارح، وجماعة من الأصحاب: وليس يتصور القضاء فى العام الذى أفسد الحج فيه فى غير هذه المسألة.

وقيل للقاضى: لو جاز طوافه فى النصف الأخير، لصح إذن حجتان فى عام واحد. ولا يجوز إجماعا. لأنه يرمى ويطوف ويسعى فيه، ثم يحرم بحجة أخرى ويقف بعرفة قبل الفجر ويمضى فيها. ويلزمكم أن تقولوا به. لأنه إذا تحلل من إحرامه فلا معنى لمنعه منه؟ فقال القاضى: لا يجوز.

وقد نقل أبو طالب فىمن لى بحجتين: لا يكون إهلال بشيئين لأن الرمى عمل واجب بالإحرام السابق. فلا يجوز مع بقائه أن يحرم بغيره. انتهى.

وقيل: يجوز فى مسألة الحصر هذه. والله أعلم.

قوله: ﴿وَمَنْ شَرَطَ فِي ابْتِدَاءِ إِحْرَامِهِ: أَنَّ مَحَلِّي حَيْثُ حَبَسْتَنِي: فَلَهُ التَّحَلُّلُ بِجَمِيعِ ذَلِكَ. وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ﴾.

وهذا المذهب (١) مطلقا. وعليه جماهير الأصحاب. وقطع به الأكثر. وقال فى المستوعب وغيره: إلا أن يكون معه هدى. فيلزمه نحره.

وقال الزركشى: ظاهر كلام الخرقى، وصاحب التلخيص، وأبى البركات: أنه يحل بمجرد ذلك. وتقدم فى باب الإحرام.

* * *

باب الهدى والأضاحى

فائدة: قوله: ﴿وَالْأَفْضَلُ فِيهِمَا: الْإِبِلُ، ثُمَّ الْبَقَرُ، ثُمَّ الْغَنَمُ﴾.

يعنى: إذا خرج كاملا. وهذا بلا نزاع (٢). والأفضل منها: الأسمن. بلا نزاع. ثم

(١) الشرح الكبير (٥٢٨/٣).

(٢) لما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال - قال رسول الله ﷺ «من اغتسل يوم الجمعة غسل الجنابة ثم راح فكأنما قرب بدنة، ومن راح فى الساعة الثانية فكأنما قرب بقرة ومن راح فى الساعة الثالثة فكأنما قرب كبشا أقرن ومن راح فى الساعة الرابعة فكأنما قرب دجاجة ومن راح فى الساعة الخامسة فكأنما قرب بيضة» الشرح الكبير (٥٣١/٣)، العمدة (٢١٠)، الكافى (٥٣٧/١).

كتاب الحج ٦٧
 الأعلى ثمنا. ثم الأشهب. ثم الأصفر. ثم الأسود، جزم به فى الهداية، والمستوعب،
 والتلخيص، والرعاية الصغرى، والحاويين، والفائق، وغيرهم. وقدمه فى الرعاية
 الكبرى، واختار فيها البيض. ثم الشهب. ثم الصفر. ثم العفر، ثم البلق، ثم السود.

وقيل: عفراء خير من سوداء، وبيضاء خير من شهباء.

قال أحمد: يعجبني البياض. ونقل حنبل: أكره السواد.

وقال فى الكافى (١): أفضلها البياض. ثم ما كان أحسن لونا.

فائدة «الأشهب» هو الأملح. قال فى الحاويين: «الأشهب» هو الأبيض، قال فى
 الرعاية الكبرى: «الأملح» ما بياضه أكثر من سواده.

فوائد

منها: جذع الضأن أفضل من ثنى المعز. على الصحيح من المذهب. وقطع به
 الأكثر. قال الإمام أحمد: لا يعجبني الأضحية إلا بالضأن.

وقيل: الثنى أفضل، وهو احتمال للمصنف. وأطلق وجهين فى الفائق.

ومنها: كل من الجذع والثنى أفضل من سُبُع بعير، وسُبع بقرة. على الصحيح من
 المذهب مطلقا. وعليه الأصحاب.

وعند الشيخ تقي الدين: الأجر على قدر القيمة مطلقا.

ومنها: سبع شياه أفضل من كل واحد من البعير والبقرة. وهل الأفضل زيادة
 العدد - كالتعق - أو المغالاة فى الثمن، أو الكل سواء؟ قال فى الفروع: يتوجه ثلاثة
 أوجه. قال فى تجريد العناية: والعدد أفضل نصا.

وسأله ابن منصور: بدنتان سميتان بتسعة، وبدنة بعشرة؟ قال: ثنتان أعجب إلى.

ورجح الشيخ تقي الدين تفضيل البدنة السمينة.

قال فى القاعدة السابعة عشرة: فى سنن أبى داود حديث يدل عليه.

قوله: ﴿وَالذَّكَرُ وَالْأُنْثَى سَوَاءٌ﴾.

هذا المذهب. وعليه أكثر الأصحاب. وجزم به فى الخلاصة، وغيرها، وقدمه فى
 المستوعب، والمغنى (٢)، والشرح (٣)، والبلغة، والتلخيص، والرعايتين، والحاويين،

(١) الكافى (١/٥٤٣).

(٢) لعموم الآية وعدم التفرقة بين الذكر والأنثى، المغنى (٣/٥٦).

(٣) الشرح الكبير (٣/٥٣٢).

٦٨ كتاب الحج

والفائق، والفروع، وغيرهم.

وقيل: الذكر أفضل. واختاره ابن أبي موسى، وصاحب الحاويين.

وقيل: الأنتى أفضل. قدمه فى الفصول.

قلت: الأسمن والأنتى من ذلك كله أفضل، ذكرنا كان أو أنثى. فإن استويا فقد استويا فى الفضل.

قال فى الفائق: والخصى راجح على النعجة. نص عليه.

قال الإمام أحمد: الخصى أحب إلينا من النعجة.

قال المصنف: والكبش فى الأضحية أفضل من الغنم. لأنها أضحية النبى ﷺ. وذكره ابن أبى موسى.

قوله: ﴿وَلَا يُجْزَى إِلَّا الْجَذَعُ مِنَ الضَّأْنِ﴾.

هذا المذهب (١) مطلقا. نص عليه. وعليه الأصحاب. وقال الشيخ تقي الدين: يجوز التضحية بما كان أصغر من الجذع من الضأن، لمن ذبح قبل صلاة العيد جاهلا بالحكم، إذا لم يكن عنده ما يعتد به فى الأضحية وغيرها. لقصة أبى بردة. ويحمل قوله عليه أفضل الصلاة والسلام «ولن تجزى عن أحد بعدك» أى بعد ذلك.

قوله: ﴿وَهُوَ مَالُهُ سِتَّةَ أَشْهُرٍ﴾.

هذا المذهب. وعليه جماهير الأصحاب. وقطعوا به.

وقال فى الإرشاد: وللجذع ثمان شهور.

وقوله: ﴿وَتِنْتِيُ الْإِبِلِ: مَا كَمَلَ لَهُ خَمْسُ سِنِينَ. وَمِنَ الْبَقَرِ: مَالُهُ سِتَانٌ﴾.

هذا المذهب. وعليه جماهير الأصحاب. وقال فى الإرشاد: لتنى الإبل ست سنين كاملة. ولتنى البقر: ثلاث سنين كاملة. وجزم به فى الجامع الصغير.

فائدتان

إحدهما: يجزى أعلى سنا مما تقدم. قال فى الفروع: ويجزى أعلى سنا. وفى التنبيه: وبنت المخاض عن واحد. وحكى رواية.

ونقل أبو طالب: جذع إبل أو بقر عن واحد. اختاره الخلال.

(١) لحديث بنت هلال عن أبيها أن رسول الله ﷺ قال: يجوز الجذع من الضأن أضحية، رواه ابن ماجه، العدة (٢١٠)، المحرر (٢٤٩/١)، الشرح الكبير (٥٣٣/٣).

كتاب الحج ٦٩

وسأله حرب: أتجزئ عن ثلاث؟ قال: يروى عن الحسن. وكأنه سهل فيه. انتهى.

وقال في الرعاية، وقيل: تجزئ بنت مخاض عن واحد. قال أبو بكر في التبييه: تجزئ بنت المخاض عن واحد.

الثانية: لا يجزئ بقر الوحش في الأضحية. على الصحيح من المذهب. كالزكاة. قال في الفروع: لا يجزئ في هدى ولا أضحية في أشهر الوجهين. وحزم به في المغنى، والشرح^(١)، وغيرهما. وقيل: يجزئ.

قوله: ﴿وَتُجْزَى الثَّأْتُ عَنِ الْوَاحِدِ﴾.

بلا نزاع^(٢). وتجزئ عن أهل بيته وعياله. على الصحيح من المذهب. نص عليه. وعليه أكثر الأصحاب. وقطع به كثير منهم.

وقيل: لا تجزئ. وقدمه في الرعاية الكبرى. وقيل: في الثواب لا في الإجزاء.

قوله: ﴿وَالْبَدَنَةُ وَالْبَقَرَةُ عَنِ سَبْعٍ، سِوَاءَ أَرَادَ جَمِيعَهُمْ الْقُرْبَةَ أَوْ بَعْضَهُمْ وَالْبَاقُونَ اللَّحْمُ﴾.

وهذا المذهب^(٣). نص عليه. وعليه الأصحاب. لأن القسمة إفراس. نص عليه. قال في الفروع: ولو كان بعضهم ذميا في قياس قوله. قاله القاضى.

وقيل للقاضى: الشركة في الثمن توجب لكل واحد قسطا من اللحم. والقسمة بيع؟ فأجاب: بأنها إفراس.

قال في الفروع: فدل على المنع، إن قلنا هي بيع. انتهى.

قال في الرعاية: ولهم قسمتها إن جاز إبدالها. وقيل: أو حرم. وقلنا: هي إفراس حق. وإلا ملكه زبه للفقراء المستحقين. فباعوه إن شاءوا. انتهى.

فوائد

الأولى: نقل أحمد - في ثلاثة اشتركوا في بدنة أضحية، وقالوا: من جاعنا يريد

(١) الشرح الكبير (٥٣٦/٣).

(٢) المحرر (٢٤٩/١)، العدة (٢١١)، الشرح الكبير (٥٣٨/٣).

(٣) لما روى رافع أن النبي ﷺ قسم فعدل عن عشرة من الغنم ببيع متفق عليه. وعن ابن عباس قال: كنا مع رسول الله ﷺ في سفر فحضر الأضحى فاشتركتنا في الجزور عن عشرة والبقرة عن سبعة. رواه ابن ماجه. الشرح الكبير (٥٣٩/٣)، المحرر (٢٤٩/١)، العدة (٢١١).

٧٠ كتاب الحج
أضحية شاركتها. فجاء قوم فشاركوهم - قال: لا تجزئ إلا عن الثلاثة. لأنهم
أوجبوها عن أنفسهم.

قال في المستوعب: من الأصحاب من جعل المسألة على روايتين. ومنهم من
جعلها على اختلاف حالين. فجوز الشركة قبل الإيجاب. ومنع منها بعد الإيجاب.
قلت: وهذا اختيار الشيرازي. واقتصر عليه الزركشى. فقال: الاعتبار أن يشترك
الجميع دفعة واحدة. فلو اشترك ثلاثة في بقرة - وذكر معنى النص - لم يجز إلا عن
الثلاثة. قاله الشيرازي. انتهى.

الثانية: لو اشترك جماعة في بدنة أو بقرة للتضحية. فذبحوها على أنهم سبعة،
فبانوا ثمانية: ذبحوا شاة وأجزأتهم. على الصحيح من المذهب. نقله ابن القاسم. وعليه
أكثر الأصحاب. قال في التلخيص، في موضع: قاله أصحابنا. وقدمه. في الفروع،
والمستوعب، والرعاية، والزركشى، وغيرهم.

ونقل مهنا تجزئ عن سبعة. ويرضون الثامن ويضحى. وهو قول في الرعاية.

قال الشيرازي: وقال بعض أصحابنا: لا تجزئ عن الثامن. ويعيد عن الأضحية.

الثالثة: لو اشترك اثنان في شاتين على الشيوخ: أجزأ على الصحيح. قال في
التلخيص: أشبه الوجهين الإجزاء. فقاسه على قول الأصحاب في التي قبلها.
وقيل: لا يجزئ.

الرابعة: لو اشترى رجل سبع بقرة ذبحت للحم، على أن يضحى به: لم يجزه. قال
الإمام أحمد: هو لحم اشتراه. وليس بأضحية. ذكره في المستوعب وغيره.

قوله: ﴿وَلَا يُجْزَىٰ فِيهِمَا الْعَوْرَاءُ الْبَيْنَ عَوْرَاهَا﴾.

بلا نزاع (١). قال الأصحاب: هي التي انخسفت عينها وذهبت. فإن كان بها
بياض لا يمنع النظر اجزأت. وإن أذهب الضوء - كالعين القائمة - ففي الإجزاء بها
روايتان في الخلاف. وقيل: وجهان. وأطلقهما في المستوعب، والتلخيص، والرعاية،
والفروع.

(١) لما روى ابن عازب رضى الله عنه قال قال قام فينا رسول الله ﷺ فقال «أربع لا يجوز في الأضاحي
العوراء البين عورها والمریضة البين مرضها والعرجاء البين ضلعها والعجفاء التي لا تنقى» رواه أبو داود
- راجع الشرح الكبير (٥٤٢/٣)، العدة (٢١١).

كتاب الحج ٧١

إحداهما: لا تجزئ. قال فى المستوعب: أصحهما لا تجزئ عندى. وجزم به فى المحرر^(١)، والمنور.

الثانى: تجزئ. قال الزركشى: أشهر الوجهين الإجزاء. قال فى الرعاية الكبرى. ونص أحمد تجزئ.

قلت: وهذا المذهب.

قال المصنف، والشارح: فإن كان على عينها بياض ولم يذهب الضوء: جازت التضحية بها. لأن عورها ليس بين. وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب.

تنبيه: مفهوم كلامه من طريق أولى: أن العمياء لا تجزئ. وهو صحيح. وهو المذهب. وعليه الأصحاب.

قلت: لو نقل الخلاف الذى فى العوراء - التى عليها بياض أذهب الضوء فقط - إلى العمياء لكان متجها.

قوله: ﴿وَلَا تُجْزَى الْعَرْجَاءُ الْبَيِّنُ ضَلْعُهَا، فَلَا تَقْدَرُ عَلَى الْمَشَى مَعَ الْغَنَمِ﴾.

لا تجزئ العرجاء، قولا واحدا فى الجملة^(٢). ثم اختلفوا فى مقدار ما يمنع من الإجزاء. فالصحيح من المذهب: ما قاله المصنف. وهى التى لا تقدر على المشى مع الغنم، ومشاركتهم فى العلف. وعليه جماهير الأصحاب وجزم به المصنف، والشارح وغيرهما. وقدمه فى الفروع وغيره.

وقيل: هى التى لا تقدر أن تتبع الغنم إلى المنحر.

وقال أبو بكر، والقاضى: هى التى لا تطيق أن تبلغ النسك. فإن كانت تقدر على المشى إلى موضع الذبح أجزأت. وقال فى المستوعب، والتلخيص، والترغيب: هى التى لا تقدر على المشى مع جنسها. قال فى الفروع: فدل على أن الكبيرة لا تجزئ. وذكره فى الروضة.

قوله: ﴿وَالْمَرِيضَةُ الْبَيِّنُ مَرَضُهَا﴾.

سواء كانت يجرب أو غيره. على الصحيح من المذهب. اختاره المصنف، والشارح، وغيرهما. وجزم به فى المستوعب، والتلخيص، والرعاية الصغرى، والحاويين، والفائق وغيرهم.

(١) المحرر (٢٤٩/١).

(٢) الشرح الكبير (٥٤٢/٣)، العدة (٢١١)، المحرر (٢٤٩/١)، الكافى (٥٤٤/١).

٧٢ كتاب الحج

قال فى التلخيص، والمحرو (١)، والفروع: وما به مرض مفسد للحم كجرباء.
وقال الخرقى والشيرازى فى الإيضاح: هى التى لا يرحى برؤها.
وقال القاضى، وأبو الخطاب، وابن البنا وغيرهم: المريضة هى الجرباء. ولعلمهم
أرادوا مثلا من الأمثلة. لا أن المرض مخصوص بالجرب. وهو أولى. فىكون موافقا
للأول.

قوله: ﴿وَالْعَضْبَاءُ: هِيَ الَّتِي ذَهَبَ أَكْثَرُ أُذُنِهَا، أَوْ قَرْنِهَا﴾.

هذا المذهب، وعليه أكثر الأصحاب. وأشهر الروايتين. وجزم به فى المحرو (٢)،
والوجيز، وغيرهما. وقدمه فى المغنى (٣)، والشرح (٤)، والفروع، وغيرهم.
وعنه هى التى ذهب ثلث قرننها. اختاره أبو بكر. وأطلقهما فى المذهب،
والمستوعب، والتلخيص، ونقل أبو طالب: النصف فأكثر. وذكر الخلال: أنهم اتفقوا
أن نصفه أو أكثر لا يجزئ.

وقيل: فوق الثلث لا يجزئ. قاله القاضى فى الجمع. وذكره ابن عقيل رواية،
وكون العضباء لا تجزئ: من مفردات المذهب.

وقال فى الفروع: ويتوجه احتمال: يجوز أعضب الأذن والقرن مطلقا. لأن فى
صحة الخير نظرا. والمعنى يقتضى ذلك. لأن القرن لا يؤكل. والأذن لا يقصد أكلها
غالبا. ثم هى كقطع الذنب وأولى بالإجزاء.

قلت: هذا الاحتمال هو الصواب.

قوله: ﴿وَتُكْرَهُ الْمَعْيِبَةُ الْأُذُنِ بِخَرَقٍ، أَوْ شَقٍّ، أَوْ قَطْعٍ لِأَقَلِّ مِنَ النَّصْفِ﴾.

وكذا الأقل من الثلث. وهو المذهب (٥). وعليه أكثر الأصحاب. ونقله الجماعة
فى أقل من الثلث، وفى الخرق والشق.

وتقدم رواية بعدم إجزاء ما ذهب ثلث أذنها أو قرننها.

وقيل: لا تجزئ ما ذهب منه أكثر من الثلث. واختار صاحب الإرشاد أنه لا

(١) المحرو (٢٤٩/١).

(٢) فى المحرو قال (أو عضب مذهب لأكثر القرن أو الأذن) المحرو (٢٤٩/١).

(٣) المغنى (٥٨٣/٣).

(٤) لما روى عن على رضى الله عنه قال نهى رسول الله ﷺ أن يضحى بأعضب الأذن والقرن، الشرح
الكبير (٥٤٥/٣)، الكافى (٥٤٥/١).

(٥) المحرو (٢٤٩/١)، العدة (٢١١)، الشرح الكبير (٥٤٦/٣).

كتاب الحج ٧٣

يجزئ ما ذهب أقل ثلث أذنها أو قرننها. ولا المعيبة بخرق أو شق. لقول على رضى الله عنه: «لا تضحى بمقابلة . وهى ما قطع شىء من مقدم أذنها، ولا بمدابرة. وهى ما كان ذلك من خلف أذنها. ولا شرعاء. وهى ما شق الكى أذنها. ولا خرعاء. وهى ما تقب الكى أذنها» وحمله الأصحاب على نهى التنزيه.

فوائد

الأولى: ذكر جماعة من الأصحاب: أن الهماء لا تجزئ. قال فى التلخيص: لم أعثر لأصحابنا فيها بشىء. وقياس المذهب: أنها لا تجزئ. وجزم بعدم الإجزاء فى الرعايتين، والحاويين، والفائق، والنظم، وتذكرة ابن عبدوس، والزركشى. وغيرهم.

وقال الشيخ تقى الدين: تجزئ فى أصح الوجهين.

إذا علمت ذلك، فالهماء: هى التى ذهبت ثناياها من أصلها. قاله فى الترغيب، والتلخيص، والبلغة، والرعايتين، والحاويين، وغيرهم.

وقال الشيخ تقى الدين: هى التى سقط بعض أسنانها.

الثانية: قال فى المستوعب، والتلخيص، والترغيب، والرعاية الكبرى، والزركشى: لا تجزئ العصماء، وهى التى انكسر غلاف قرننها.

الثالثة (١) : لو قطع من الألية دون الثلث: فنقل جعفر فيه: لا بأس به. ونقل هارون: كل ما فى الأذن وغيره من الشاة دون النصف لا بأس به.

قال الخلال: روى هارون وحنبل فى الألية: ما كان دون النصف أيضا. قال: فهذه رخصة فى العين وغيرها. واختيار أبى عبد الله: لا بأس بكل نقص دون النصف. وعليه أعمد. قال: وروى الجماعة التشديد فى العين، وأن تكون سليمة.

الرابعة: الجداء، والجدباء - وهى التى شاب ونشف ضرعها وجف - لا تجزئ قاله فى المستوعب، والتلخيص، والرعايتين، والحاويين، والفائق، وغيرهم.

قوله: ﴿وَتُجْزَى الْجَمَاءُ، وَالبَّرَاءُ، وَالْخِصِيُّ﴾.

أما الجماء - وهى التى لا قرن لها على الصحيح . وقيل: هى التى انكسر كل قرننها. قاله فى الرعاية. وقال ابن البناء: هى التى لم يخلق لها قرن ولا أذن - فتجزئ

(١) لما قال ابن عباس رضى الله عنهما. «لا يجوز العجفاء ولا الجداء». قال أحمد: هى التى قد يبس ضرعها ولأنه أبلغ فى الإخلال بالمقصود من ذهاب شحمة الأذن - الشرح الكبير (٥٤٦/٣)، الكافى (٥٤٤/١).

- ٧٤ كتاب الحج
- على الصحيح من المذهب. وصحه ابن البنا فى خصاله، وجزم به فى العمدة^(١)، والوجيز، والمنور، والمنتخب، وغيرهم. وقدمه فى الكافي^(٢)، والمغنى^(٣)، والشرح^(٤). وقال ابن حامد: لا تجزئ الجماء. وقدمه فى الهداية، والمستوعب والخلاصة. وأطلقهما فى المذهب، ومسبوك الذهب، والتلخيص، والمحزر^(٥)، والنظم، والرعايتين، والحاويين، والفائق، والفروع، وغيرهم.
- فائدة: لو خلقت بلا أذن، فهى كالجماء. قاله فى الروضة. وقطع فى الرعاية بالإجزاء. وتقدم كلام ابن البنا.
- وأما البتراء - وهى التى لا ذنب لها - فتجزئ على الصحيح من المذهب. جزم به فى العمدة^(٦)، والوجيز. وقدمه فى الكافي^(٧)، والمغنى^(٨)، والشرح^(٩).
- وقيل: لا تجزئ. نقل حنبل: لا يضحى بأبتر، ولا بناقصة الخلق. وقطع به فى المستوعب، والتلخيص. وأطلقهما فى الفروع، والرعايتين، والحاويين، والفائق، والنظم، وألحق المصنف والشارح بالبتراء: ما قطع ذنبها.
- ويحتمله كلامه فى التلخيص، فإنه قال: هى المبتورة الذنب. قال فى الرعاية والبتراء المقطوعة الذنب. وقيل: هى التى لا ذنب لها حلقة.
- وأما الخصى - وهو الذى قطعت خصيته، أو سلطنا فقط - فجزم المصنف: أنه يجزئ. وجزم به فى المغنى، والعمدة، والمستوعب، والتلخيص، والشرح، والرعايتين، والحاويين، والفروع، وغيرهم. وكذلك الحكم لو رضت خصيته أيضا.
- ولو كان خصيا مجبوبا، فالصحيح من المذهب: أنه لا يجزئ. نص عليه. وجزم به فى التلخيص. وقدمه فى الرعاية الكبرى.
- قال فى المستوعب، والحاويين، والرعاية الصغرى، وغيرهم: ويجزئ الخصى غير المجبوب. وقيل: يجزئ. وجزم به ابن البنا فى الخصال. وفسر الخصى بمقطوع الذكر.
-
- (١) العمدة (٢١١).
(٢) الكافي (٥٤٥/١).
(٣) المغنى (٥٨٤/٣).
(٤) الشرح الكبير (٥٤٧/٣).
(٥) قال صاحب المحزر: «ويجزئ الخصى، وفى الجماء وجهان». انظر المحزر (٢٤٩/١).
(٦) العمدة (٢١١).
(٧) الكافي (٥٤٥/١).
(٨) المغنى (٥٨٥/٣).
(٩) الشرح الكبير (٥٤٧/٣).

كتاب الحج ٧٥
وأطلقهما فى الفروع.

فائدة: قال فى الفروع: ظاهر كلام الإمام أحمد والأصحاب: أن الحمل لا يمنع الإجزاء. وقيل للقاضى فى الخلاف: الحامل لا تجزئ فى الأضحية. فكذلك فى الزكاة. والحمل ينقص اللحم؟ فقال: القصد من الأضحية: اللحم. والحمل ينقص اللحم. والقصد من الزكاة: الدر والنسل. والحامل أقرب على ذلك من الحائل. فأجزأت.

قوله: ﴿وَالسُّنَّةُ نَحْرُ الْإِبِلِ قَائِمَةٌ مَعْقُولَةٌ يَدُهَا الْيُسْرَى﴾.

هذا المذهب (١). وعليه الأصحاب. ونقل حنبل: يفعل كيف شاء، باركة وقائمة.

فائدة: قوله: ﴿وَيَقُولُ عِنْدَ ذَلِكَ: بِسْمِ اللَّهِ، وَاللَّهُ أَكْبَرُ. اللَّهُمَّ هَذَا مِنْكَ وَلك﴾.

يعنى: يستحب ذلك. ويستحب أيضا: أن يوجهها إلى القبلة. قال فى المستوعب، والتلخيص، وابن أبى المجد فى مصنفه: على جنبها الأيسر.

قال الإمام أحمد: يسمى، ويكبر حين يحرك يده بالقطع. ونص أحمد: أنه لا بأس أن يقول: «اللهم تقبل من فلان».

وذكر بعض الأصحاب: أنه يقول: «اللهم تقبل منى كما تقبلت من إبراهيم خليلك» وقاله الشيخ تقى الدين.

ويقول إذا ذبح: «وجهت وجهى - إلى قوله - وأنا من المسلمين».

تنبيه: أفادنا المصنف - رحمه الله - بقوله: ويستحب ألاّ يذبحها إلا مسلم.

جواز ذبح الكتابى لها. وهو صحيح. وهو المذهب مطلقا. وجزم به فى المنور. قال الزركشى: اختاره الخرقى، وعمامة الأصحاب. وقدمه فى الهداية، والمحرر (٢)، والمغنى (٣)، والشرح (٤)، والرعاية الكبرى، والفائق. وصححه فى المذهب، ومسبوك الذهب، والتلخيص، والخلاصة، والمستوعب. والرعاية الصغرى، فى غير الإبل.

(١) لما روى زياد بن حسين قال رأيت ابن عمر أتى على رجل أناخ بدنته لينحرها فقال ابعتها قياما مقيدة، سنة محمد ﷺ - متفق عليه. الشرح الكبير (٣/٥٤٨-٥٤٩)، العمدة (٢١٢)، العدة (٢١٢).

(٢) المحرر (١/٢٥١).

(٣) المغنى (١١٦/١١).

(٤) ذكر فى الشرح لما روى عن ابن عباس حديث النبى ﷺ «ولا يذبح ضحاياكم إلا طاهرا». ولأنها قربة فلا يليها غير أهل القرية. الشرح الكبير (٣/٥٥١).

٧٦ كتاب الحج

واختاره ابن عبدوس فى تذكرته.

وعنه: لا يجزئ ذبحه. وعنه لا يجزئ ذبحه للإبل خاصة. جزم به فى الوجيز والرعاية الصغرى، والحاوين، والإرشاد. واختاره الشيرازى. وصححه فى النظم.
وقال الشريف وأبو الخطاب فى خلافهما: جواز ذبح الكتاى على الرواية التى تقول «الشحوم المحرمة على اليهود لا تحرم علينا» زاد الشريف «أو على كتاى نصرانى».

قال الزركشى، ومقتضى هذا: أن محل الروایتين على القول بجل الشحوم. وأما إذا قلنا بتحريم الشحوم: فلا يلى اليهود. بلا نزاع.

قوله: ﴿وَإِنْ ذَبَحَهَا بِيَدِهِ كَانَ أَفْضَلَ﴾.

بلا نزاع (١). ونص عليه. فإن لم يفعل: استحب أن يوكل فى الذبح ويشهده. نص عليه.

وقال بعض الأصحاب: إن عجز عن الذبح أمسك بيده السكين حال الإمرار. فإن عجز: فليشدها. وجزم به الزركشى وغيره.

وإن وكل فى الذبح: اعتبرت النية من الموكل إذن، إلا أن تكون معينة. لا تسمية المضحى عنه.

وقال فى المفردات: تعتبر فيها النية. قاله فى الفروع.

قال فى الرعاية: وإن وكل فى الزكاة من يضح منه: نوى عندها، أو عند الدفع إليه. وإن فوض إليه: احتمل وجهين. وتكفى نية الوكيل وحده. فمن أراد الزكاة: نوى إذن. انتهى.

قوله: ﴿وَوَقْتُ الذَّبْحِ: يَوْمُ الْعِيدِ، بَعْدَ الصَّلَاةِ أَوْ قَدْرَهَا﴾.

ظاهر هذا: أنه إذا دخل وقت صلاة العيد، ومضى قدر الصلاة: فقد دخل وقت الذبح ولا يعتبر فعل ذلك. ولا فرق فى هذا بين أهل الأمصار والقرى ممن يصلى العيد وغيرهم. قاله الشارح.

وقال ابن منجا فى شرحه: أما وقت الذبح، فظاهر كلام المصنف هنا: إذا مضى أحد أمرين: من صلاة العيد، أو قدرها. لأنه ذكر ذلك بلفظ «أو» وهى للتخيير. ولم يفرق بين من تقام صلاة العيد فى موضع ذبحه، أو لم تقم. انتهى.

(١) الشرح الكبير (٣/٥٥٢)، المغنى (٣/٥٦٤).

كتاب الحج ٧٧

واعلم أن الصحيح من المذهب: أن وقت الذبح بعد صلاة العيد فقط. في حق أهل الأمصار والقرى ممن يصلى. وعليه جماهير الأصحاب. منهم القاضى، وعمامة أصحابه، كالشريف أبى جعفر، وأبى الخطاب فى خلافهما، وابن عقيل فى التذكرة، والشيرازى، وابن البنا فى الخصال، والمصنف، والشارح، وابن عبدوس فى تذكرته، وغيرهم. وقدمه فى المستوعب، والتلخيص، والبلغة، والحرر^(١)، والفروع، والرعايتين، والحاويين، والنظم، والفائق وغيرهم. فلو سبقت صلاة إمام فى البلد: جاز الذبح.

وعنه وقته: بعد صلاة العيد والخطبة. اختاره المصنف فى الكافي^(٢).

وقال الخرقى وغيره: وقته قدر صلاة العيد والخطبة. فلم يشترط الفعل. وجزم به فى الإيضاح. وهو رواية عن أحمد. ذكرها فى الروضة.

وقيل: لا يجوز الذبح قبل الإمام. اختاره ابن أبى موسى.

وقيل: ذلك مخصوص ببلد الإمام. وجزم به فى عيون المسائل. وهو ظاهر ما جزم به فى الرعاية. فقال: وعنه: إذا ضحى الإمام فى بلده ضحوا. انتهى.

قلت: وهذا متعين.

تنبيه: تابع المصنف - رحمه الله تعالى - هنا: أبا الخطاب فى الهداية، وعبارته فى المذهب، والخلاصة، والوجيز، وتجريد العناية، وغيرهم: كذلك.

فالذى يظهر: أن كلام المصنف هنا - ومن تابعه المصنف وتابع المصنف - موافق للمذهب. وأن قوله «بعد الصلاة» يعنى: فى حق من يصليها. قوله «أو قدرها» فى حق من لم يصل. وتكون «أو» فى كلامه للتقسيم. لا للتخيير. ولهذا - والله أعلم - لم يحك صاحب الفروع هذا القول. ولم يعرج عليه.

وقد قال فى النظم:

وبعد صلاة العيد أو بعد قدرها لمن لم يصل

وكذا قال فى الرعاية الكبرى، والحاوى وغيرهما.

(١) ذكر صاحب المحرر «أما الأضحية، وهدى النذر، والمتعة والقران: فوقت ذبحها يوم العيد بعد صلاته».

(٢) قال فى الكافي وأول وقت الذبح فى حق أهل المصر إذا صلى الإمام وخطب يوم النحر لما روى السراء قال - قال رسول الله ﷺ «من صلى صلاتنا ونسكنا فقد أصاب النسك ومن ذبح قبل أن يصلى فليعد مكانها أخرى». وفى حق غير أهل المصر قدر الصلاة والخطبة؛ لأنه بقدر فى حقهم اعتبار حقيقة الصلاة. الكافي (١/٥٤٤).

٧٨ كتاب الحج

فغاية كلام المصنف: أن يكون فيه إضمار معلوم. وهو كثير مستعمل. إذ يبعد جدا: أن يأتي المصنف - ومن وافقه - بما يخالف كلام الأصحاب. لكن صاحب الرعاية حكاه قولاً. والظاهر: أنه توهم ذلك. فحكاه قولاً.

فائدة: حكم أهل القرى - الذين لا صلاة عليهم. ومن في حكمهم، كأصحاب الطنب، والحركاوات ونحوهم في وقت الذبح - : حكم أهل القرى، والأمصار. الذين يصلون. على الصحيح من المذهب. وعليه جماهير الأصحاب. فإن قلنا «وقته بعد صلاة العيد في حقهم» فقدرها في حق من لا تجب عليه كذلك. وإن قلنا «بعد الصلاة والخطبة» فقدرها كذلك في حقهم. وإن قلنا - مع ذلك - «ذبح الإمام» اعتبر قدر ذلك أيضاً. وقد علمت المذهب في ذلك. فكذا المذهب هنا. هذا الصحيح من المذهب. وجزم به كثير من الأصحاب. منهم صاحب المستوعب، والحاوي الكبير. وقدمه في الفروع.

قال الزركشى: عامة أصحاب القاضى على ذلك. وقال فى الترغيب: هو كغيره فى الأصح.

وقال فى التلخيص، والبلغة: فأما أهل القرى - الذين لا صلاة عليهم، لقلتهم، ومن فى حكمهم - فأول وقتهم: ذلك الوقت. فى أحد الوجهين. وفى الآخر: أن يمضى من يوم العيد مقدار ذلك.

وقال فى الفائق - بعد أن حكى الخلاف فى أهل الأمصار ومن فى حكمهم من أهل القرى - وهو وقت لأهل البر فى أحد الوجهين. والثانى: مقداره.

وقال فى الرعاية الصغرى، والحاوى الصغير: وقت الذبح بعد صلاة العيد. وقيل: أو قدرها لأهل البر.

وقال فى الرعاية الكبرى: وقته بعد الصلاة، أو قدرها لأهل البر. وقيل: وغيرهم.

وقال فى الجامع الصغير: لا يجوز إلا بعد صلاة الإمام وخطبته. قال الزركشى: وهو ظاهر كلام أبى محمد - يعنى به المصنف - فى المعنى.

قلت: قطع به فى الكافى (١).

تنبيه: أطلق المصنف، وأكثر الأصحاب: قدر الصلاة والخطبة. فقال الزركشى:

كتاب الحج ٧٩
 يحتمل أن يعتبر ذلك بمتوسط الناس. وأبو محمد اعتبر قدر صلاة وخطبتين تامتين في
 أخف ما يكون.

فوائد

منها: إذا لم يصل الإمام في المص: لم يجز الذبح حتى تنزل الشمس. عند من
 اعتبر نفس الصلاة. فإذا زالت حجاز. على الصحيح من المذهب. وعليه أكثر
 الأصحاب. وقطع به في المغنى، والشرح^(١). وقدمه في الفروع، وغيره.
 وقال ابن عقيل: الذبح يتبع الصلاة قضاء، كما يتبعها أداء، ما لم يؤخر عن أيام
 الذبح، فيتبع الوقت ضرورة.

ومنها: حكم الهدى المنذور في وقت الذبح: حكم الأضحية فيما تقدم.
 وتقدم وقت ذبح فدية الأذى واللبس ونحوها في أواخر باب الفدية.
 وتقدم وقت ذبح دم التمتع والقران في باب الإحرام بعد قوله «ويجب على المتمتع
 والقارن دم نسك».

ومنها: لو ذبح قبل وقت الذبح لم يجز. وله أن يفعل به ماشاء. الصحيح من
 المذهب. وقيل: هو كالأضحية. وعليه بدل الواجب.

قوله: ﴿إِلَى آخِرِ يَوْمَيْنِ مِنْ أَيَّامِ التَّشْرِيقِ﴾.

هذا الصحيح من المذهب^(٢). وعليه جماهير الأصحاب. وقطع به كثير منهم.
 وقال في الإيضاح: آخره آخر يوم من أيام التشريق. واختار ابن عبدوس في
 تذكرته: أن آخره آخر اليوم الثالث من أيام التشريق. واختاره الشيخ تقي الدين. قاله
 في الاختيارات. وجزم به ابن رزين في نهايته، والظاهر: أنه مراد صاحب الإيضاح.
 فإن كلامه محتمل.

فائدة: أفضل وقت الذبح: أول يوم من وقته، ثم ما يليه.

قلت: والأفضل اليوم الأول عقب الصلاة والخطبة وذبح الإمام. إن كان.

قوله: ﴿وَلَا يُجْزَىٰ فِي لَيْلَتِهِمَا فِي قَوْلِ الْخُرَقِيِّ﴾.

(١) فإن لم يصل الإمام في المص لم يجز الذبح حتى تنزل الشمس، الشرح الكبير (٣/٥٤٤).
 (٢) لما روى عن جبير ابن مطعم أن النبي ﷺ قال «أيام منى كلها منحرة» الشرح الكبير (٣/٥٥٥)،
 الكافي (١/٥٤٤)، المحرر (١/٢٥٠).

٨٠ كتاب الحج

وهو رواية عن أحمد. نص عليه في رواية الأثرم. واختارها جماعة. منهم الخلال. قال: وهي رواية الجماعة. وجزم به في الإيضاح، والوجيز. وقدمه (١) في المغنى.

وقال غيره: يجزئ. وهو الصحيح من المذهب. نص عليه. وعليه جماهير الأصحاب. منهم القاضى وأصحابه.

قال المصنف والشارح: اختاره أصحابنا المتأخرون. وصححه في التلخيص وغيره. وجزم به في الوجيز وغيره. وقدمه في الفروع وغيره. وأطلقهما في الحاويين والرعايتين، والفائق.

فائدة: قال ابن البنا فى خصاله: يكره ذبح الهدايا والضحايا ليلا فى أول يوم. ولا يكره ذلك فى اليومين الأخيرين.

قلت: الأولى الكراهة ليلا مطلقا.

قوله: ﴿فَإِنْ فَاتَ الْوَقْتُ: ذَبَحَ الْوَاجِبَ قَضَاءً. وَسَقَطَ التَّطَوُّعُ﴾.

فإذا ذبح الواجب كان حكمه حكم أصله. على الصحيح من المذهب (٢). وعليه أكثر الأصحاب.

وقال فى التبصرة: يكون لحما يتصدق به، لا أضحية فى الأصح.

قوله: ﴿وَيَتَعَيَّنُ الْهَدْيُ بِقَوْلِهِ: هَذَا هَدْيٌ. أَوْ بِتَقْلِيدِهِ وَإِشْعَارِهِ مَعَ النِّيَّةِ. وَالْأَضْحِيَّةُ بِقَوْلِهِ: هَذِهِ أَضْحِيَّةٌ﴾.

وكذلك قوله: هذا لله. ونحوه من ألفاظ النذر. هذا المذهب. جزم به فى النظم، والوجيز، وغيرهما. وقدمه فى الفروع، والشرح (٣)، وغيرهما. واختاره المصنف وغيره.

وقال فى الكافى (٤): إن قلده أو أشعره وجب. كما لو بنى مسجدا وأذن للصلاة فيه. ولم يذكر النية. قال فى الفروع: وهو أظهر. قال الزركشى: خالف أبو محمد الأصحاب. فقال: يؤخذ به جازما به. وقال: لا يتابع المصنف على كون ذلك المذهب.

(١) لعموم الآيه ولأنه روى عن النبى ﷺ وأنه نهى عن الذبح بالليل، ولأنه يجوز الذبح فيه فأشبهه ليلة يوم النحر. وروى عن أحمد أن الذبح يجوز ليلا - الشرح الكبير (٥٥٧/٣)، الكافى (٥٤٤/١)، المحرر (٢٥٠/١).

(٢) الشرح الكبير (٥٥٧/٣)، الكافى (٥٤٤/١)، المحرر (٢٥٠/١).

(٣) لأن الفعل مع النية يقوم مقام اللفظ إذا كان الفعل يدل على المقصود. الشرح الكبير (٥٥٩/٣).

(٤) ذكره صاحب الكافى (٥٣٨/١).

كتاب الحج ٨١

وقطع في الحرر^(١) : أنه لا يتعين ذلك إلا بالقول. وجزم به في المنور، وتذكرة ابن عبدوس. وقدمه في المستوعب، والرعايتين، والحاويين، والفائق. قال الزركشى: هذا المذهب المشهور المعروف. قال في الرعاية الكبرى: وقيل أو بالنية فقط. وقيل: مع تقليد وإشعار.

وقال في الفروع: وهو سهو - يعنى قوله: وقيل أو بالنية فقط - إذ ظاهر ذلك أنه لا يتعين إلا بالنية. فلا يتعين بالتقليد والإشعار مع النية، على هذا القول. ولا بقوله: «هذا هدى، أو أضحية» وهو كما قال.

قال في الفروع: فإن هذا القول هو احتمال لأبى الخطاب. ويأتى قريبا. ولم يذكر لفظة «فقط» في الرعاية الكبرى ولا فى غيرها.

وقال فى الموجز والتبصرة: إذا أوجبها بلفظ الذبح، نحو «لله على ذبحها» لزمه ذبحها وتفريقها على الفقراء وهو معنى قوله فى عيون المسائل: لو قال: لله على ذبح هذه الشاة ثم أتلّفها ضمنها. لبقاء المستحق لها.

قوله: «وَلَوْ نَوَى حَالَ الشَّرَاءِ لَمْ يَتَّعِينَ».

هذا المذهب^(٢). وعليه الأصحاب. وعنه يتعين بالشراء مع النية. اختاره الشيخ تقي الدين. قاله فى الفائق.

وقال أبو الخطاب فى الهداية: ويحتمل أن يتعين الهدى والأضحية بالنية. كما تقدم.

قوله: «وَإِذَا تَعَيَّنَتْ لَمْ يَجْزُ بَيْعُهَا وَلَا هَبُّهَا. إِلَّا أَنْ يُبَدَّلَهَا بِخَيْرٍ مِنْهَا».

قدم المصنف - بحمّة الله عليه - أن الهدى والأضحية إذا تعينا لم يجز بيعهما ولا هبتهما، إلا أن يبدلها بخير منهما. وهو أحد الأقوال. اختاره الخرقى، وصاحب المنتخب، والمصنف، والشارح، وابن عبدوس فى تذكرته، وغيرهم.

قال فى الحرر^(٣) : فإن نذرنا ابتداء بعينها: لم يجز إبدالها إلا بخير منها. انتهى.

وقطع فى القواعد الفقهية بجواز إبدالها بخير منها. وقال: نص عليه.

(١) ذكر صاحب الحرر ولا يتعين إلا بالقول. فيقول «هذه أضحية أو هدى ونحوه من ألفاظ النذر ومتى لم تتعين فله ظهرها ونماؤها واسترجاعها»، الحرر (٢٤٩/١).

(٢) إذا اشترها بنية الأضحية صارت أضحية لأنه مأمور بشراء أضحية فإذا اشترها بالنية وقعت عنه كالوكيل. الشرح الكبير (٥٥٩/٣).

(٣) الحرر (٢٤٩/١).

٨٢ كتاب الحج
 والصحيح من المذهب: أنه يجوز له نقل الملك فيه وشراء خير منه. نقله الجماعة
 عن أحمد. وعليه أكثر الأصحاب. قال في الهداية: اختاره عامة أصحابنا.
 قال في الفروع: واختاره الأكثر. قال الزركشي: عليه عامة الأصحاب.
 قال في المذهب، ومسبوك الذهب: هذا المذهب. وجزم به في الوجيز، وغيره.
 وقدمه في الفروع، وغيره.

وعنه يجوز ذلك لمن ضحى دون غيره.
 قال ابن أبي موسى في الإرشاد: إن باعها بشرط أن يضحى بها صح. قولاً
 واحداً. وإلا فروايتان. انتهى.
 وعنه: أن ملكه يزول باليقين مطلقاً. فلا يجوز إبدالها ولا غيره. اختاره أبو
 الخطاب في الهداية، وخلافه الصغير. واستشهد في الهداية بمسائل كثيرة تشهد لذلك.
 فعلى هذا: لو عينه ثم علم عيبه لم يملك الرد. ويملكه على الأول.
 وعليهما، إن أخذ أرشه: فهل هو له، أو هو كزائد عن القيمة؟ فيه وجهان
 وأطلقهما في الفروع.

وقدم في المغنى، والشرح^(١): أن حكمه حكم الزائد عن قيمة الأضحية.
 وقدم في الرعاية: أنه له. وقيل: بل للفقراء. وقيل: بل يشتري لهم به شاة. فإن
 عجز فسهما من بدنة. فإن عجز فلحماً.
 قال في الفروع: وذكر في الرعاية الصغرى وجهها: أن التصرف في أضحية معينة
 كهدي. قال: وهو سهو.

فوائد

إحداها: لو بان مستحقاً بعد تعيينه: لزمه بدله. نقله على بن سعيد. قال في
 الفروع: ويتوجه فيه كأرش.
 الثانية: قال في الفائق: يجوز إبدال اللحم بخير منه. نص عليه. وذكره القاضي.
 الثالثة: لو أتلف الأضحية متلف، وأخذت منه القيمة، أو باعها من أوجبها، ثم
 اشترى بالقيمة أو بالثمن مثلها. فهل تصير متعينة بمجرد الشراء؟ يخرج على وجهين.
 قاله في القاعدة الحادية والأربعين.
 ويأتى نظير ذلك في آخر الرهن والوقف.

(١) الشرح الكبير (٣/٥٦٩-٥٧٠).

تنبيهان

أحدهما: ظاهر قوله «إلا بخير منه» أنه لا يجوز بمثله. وهو الصحيح من المذهب. سواء كان فى الهدى أو الأضحية، وسواء كان فى الإبدال أو الشراء. نص عليه. وقدمه فى الرعاية الكبرى، والمغنى (١)، والشرح (٢) - ونصراه - والفائق والفروع. وقيل: يجوز بمثله. نص عليه. قال الإمام أحمد: ما لم يكن أهزل. وهما احتمالان للقاضى. وأطلقهما فى المستوعب، والتلخيص، والرعاية الصغرى، والحاويين، والزر كشى.

الثانى: مفهوم قوله: ﴿وَلَهُ رُكُوبُهَا عِنْدَ الْحَاجَةِ﴾. أنه لا يجوز عند عدما. وهو صحيح وهو المذهب. وهو ظاهر ما جزم به فى الرعاية الكبرى. وقدمه فى الفروع. وعنه: يجوز من غير ضرر بها. جزم به فى المستوعب، والترغيب. قلت: وهو ظاهر الأحاديث. وأطلقهما فى المغنى (٣) والشرح (٤).

فوائد

إحداها: يضمن نقصها، على الصحيح من المذهب. وظاهر الفصول وغيره يضمن إن ركبها بعد الضرورة ونقص.

الثانية: قوله: ﴿وَإِنْ وَلَدَتْ ذَبْحًا وَلَدَهَا مَعَهَا﴾.

بلا نزاع (٥) وسواء عينها حاملا، أو حدث الحمل بعده. فلو تعذر حمل ولدها وسوقه: فهو كالهدي إذا عطب. على ما يأتى.

الثالثة: قوله: ﴿وَلَا يَشْرَبُ مِنْ لَبْنِهَا إِلَّا مَا فَضَّلَ عَنْ وَلَدِهَا﴾.

بلا نزاع (٦). فلو خالف وفعل [حرم و] ضمنه.

(١) المغنى (٥٦٢/٣).

(٢) ذكر صاحب الشرح أنه لا يجوز إبدالها بمثله لعدم الفائدة منه. الشرح الكبير (٥٦٢/٣).

(٣) قال صاحب المغنى: وله ركوبه عند الحاجة إليه على وجه لا يضر به. قال أحمد: لا يركبه إلا عند الضرورة لأن رسول الله ﷺ قال «اركبها بالمعروف إذا ألجئت إليها حتى تجد ظهرا» رواه أبو داود. ولأنه تعلق بها حق المساكين فلم يجوز ركوبها من غير ضرورة كملكهم. المغنى (٥٦٣/٣).

(٤) الشرح الكبير (٥٦٣/٣).

(٥) الشرح الكبير (٥٦٤/٣)، المغنى (٥٦٢/٢)، المحرر (٢٤٩/١).

(٦) لما روى عن على بن رضى الله عنه أن رجلا سأله فقال يا أمير المؤمنين إنى اشتريت هذه البقرة لأضحى بها وإنها وضعت هذا العجل، فقال على: لا تحلبها إلا ما فضل من تيسير ولدها. فإذا كان يوم الأضحى فاذبحها وولدها عن سبعة. الشرح الكبير (٥٦٤/٣)، المحرر (٢٤٩/١).

٨٤ كتاب الحج

الرابعة: قوله: ﴿وَيَجِزُّ صُوفَهَا وَوَبْرَهَا، وَيَتَصَدَّقُ بِهِ إِنْ كَانَ أَنْفَعَ لَهَا﴾.

بلا نزاع^(١) فى الجملة. زاد فى المستوعب: يتصدق به نديا. وقال فى الروضة: يتصدق به إن كانت نذرا. وقال القاضى فى المجرى: ويستحب له الصدقة بالشعر. وله الانتفاع بهما. وذكر ابن الزاغونى: أن اللبن والصوف لا يدخلان فى الإيجاب. وله الانتفاع بهما إذا لم يضر بالهدى. وكذلك قال صاحب التلخيص فى اللبن.

قوله: ﴿وَلَا يُعْطَى الْجَازِرَ أَجْرَتَهُ شَيْئًا مِنْهَا﴾.

بلا نزاع^(٢). لكن إن دفع إليه على سبيل الصدقة، أو الهدية: فلا بأس. لأنه مستحق للأخذ. فهو كغيره. بل أولى. لأنه باسرها. وتاقت نفسه إليها. قاله المصنف والشارح.

قوله: ﴿وَلَوْ أَن يَنْتَفِعَ بِجِلْدِهَا وَجِلْهَا﴾.

هذا المذهب^(٣) مطلقا. وعليه أكثر الأصحاب.

قال المصنف، والشارح: لا خلاف فى الانتفاع بجلودها. وجلالها. وجزم به فى الوجيز وغيره. وقدمه فى الفروع وغيره.

ونقل جماعة: لا ينتفع بما كان واجبا. قاله فى الفروع. ويتوجه أنه المذهب. فيتصدق به. ونقل الأثرم، وحنبل، وغيرهما: يتصدق بثمنه.

وجزم فى الفصول، والمستوعب، وغيرهما: يتصدق بجميع الهدايا الواجبة. ولا يبقى منها لحما ولا جلدا، ولا غيره.

وقال فى المستوعب وغيره: ويستحب الصدقة بجلالها.

قوله: ﴿وَلَا يَبِيعُهُ وَلَا شَيْئًا مِنْهَا﴾.

(١) الشرح الكبير (٥٦٦/٣)، المحرر (٢٥٠/١).

(٢) لما روى عن على بن عبد الله عن رسول الله ﷺ «أن أقوم على بدنة وأن أقسم جلودها وجلالها وألا أعطى الجازر منها شيئا ونحن نعطيه من عندنا - متفق عليه ولأن ما يدفعه إلى الجازر عوض عن عمله وجزارته ولا تجوز المعاوضة بشيء منها. الشرح الكبير (٥٦٧/٣).

(٣) لا خلاف فى جواز الانتفاع بجلودها وجلالها لما روى عن عائشة رضى الله عنها قالت: قلت يا رسول الله قد كانوا ينتفعون من ضحاياهم يحملون منها الودك ويتخذون منها الأسقية قال «وما ذلك». قالت نهيت عن إمساك لحوم الأضاحى بعد ثلاث فقال «إنما نهيتكم للدابة التى دفت فكلوا وتزودوا وتصدقوا. حديث صحيح. الشرح الكبير (٥٦٧/٣)، الكافى (٥٤٥/١-٥٤٦)، المحرر (٢٥١/١).

كتاب الحج ٨٥

يحرم بيع الجلد والجل. على الصحيح من المذهب. وعليه الأكثر.

قال فى المذهب، ومسبوك الذهب: هذا هو المشهور. قال الزركشى: هذا المذهب بلا ريب. وحزم به فى الوجيز، والهداية، والخلاصة، وغيرهم. وقدمه فى الفروع، والشرح^(١)، والمستوعب، والمحزر^(٢). وغيرهم.

وعنه: يجوز. ويشترى به آلة البيت. لا مأكولا. قال فى الترغيب، والتلخيص: وعنه: يجوز بيعهما بمتاع البيت، كالغريال. والمنخل، ونحوهما. فيكون إبدالا بما يحصل منه مقصودهما. كما أجزنا إبدال الأضحية. انتهى.

وقطع به فى القواعد الفقهية. وقال: نص عليه. وعنه: يجوز بيعها ويتصدق بثمنه. وعنه: يجوز ويشترى بثمنه أضحية. وعنه: يكره. وعنه: يجوز بيعهما من البدنة والبقرة، ويتصدق بثمنه دون الشاة. اختاره الخلال.

وقال فى الرعاية، وقيل: له بيع سواقط الأضحية، والصدقة بالثمن. قال قلت: وكذا الهدى. انتهى.

قوله: ﴿وَإِنْ ذَبَحَهَا فَسُرِقَتْ، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ فِيهَا﴾.

ولو كانت واجبة. هذا المذهب. نقله ابن منصور. وحزم به فى المغنى^(٣)، والمحزر^(٤)، والشرح^(٥)، والوجيز، وغيرهم. وقدمه فى الفروع. وقيل: ذبحه لم يعينه. بدليل أن له بيعه عندنا.

وتقدم قول أبى الخطاب: إنه يزول ملكه عنه. كما لو نحره وقبضه.

قوله: ﴿وَإِنْ ذَبَحَهَا ذَابِحٌ فِي وَفَيْهَا بِغَيْرِ إِذْنٍ. أَجْزَأَتْ. وَلَا ضَمَانَ عَلَى

ذَابِحِهَا﴾.

[وإذا ذبحها غير ربها. فتارة ينويها عن صاحبها، وتارة يطلق، وتارة ينويها عن نفسه. فإن نوى ذبحها عن صاحبها أجزأت عنه ولا ضمان على ذابحها].

(١) الشرح الكبير (٥٦٨/٣).

(٢) المحزر (٢٥١/١).

(٣) المغنى (٥٥٧/٣).

(٤) المحزر (٢٥٠/١).

(٥) قال فى الشرح: لأنها أمانة فى يده، فإذا تلفت بغير تفريط لم يضمها كالودعة، الشرح الكبير

(٥٦٩/٣).

٨٦ كتاب الحج

هذا المذهب. وعليه الأصحاب. وجزم به فى الفروع، وغيره. وقال فى الفائق:
والمختار لزوم أورش ما بين قيمتها صحيحة ومذبوحة.

وإن ذبحها وأطلق النية، فظاهر كلام المصنف هنا: الإجزاء، وعدم الضمان. وهو
ظاهر كلامه فى المحرر^(١)، والفائق، والشرح^(٢)، والمغنى، والوجيز، والرعاية
الصغرى، وغيرهم. لإطلاقهم. وقاله فى الترغيب، والتلخيص، وغيرهما. وجزم به فى
عيون المسائل، والرعاية الكبرى.

والصحيح من المذهب: عدم الإجزاء، ووجوب الضمان. قدمه فى الفروع.
وإن ذبحها ونوى عن نفسه: فى الإجزاء عن صاحبها والضمان روايتان. ذكرهما
القاضى. وأطلقهما فى المستوعب، والتلخيص، والرعاية الصغرى، والحاويين،
والفروع، والفائق.

إحدهما: لا تجزئ ويضمنها.

والرواية الثانية: تجزئ مطلقا ولا ضمان عليه. وقدمه فى الرعاية الكبرى وصححه
فى النظم. قال ابن عبدوس فى تذكرته: لا أثر لنية فضولى.

قال فى القاعدة السادسة والتسعين: حكى القاضى فى الأضحية روايتين.
والصواب: أن الروايتين تنزلان على اختلاف حالين. لا على اختلاف قولين. فإن نوى
الذابح بالذبح عن نفسه، مع علمه بأنها أضحية الغير: لم يجزئه، لغضبه واستيلائه على
مال الغير، وإتلافه له عدوانا. وإن كان الذابح يظن أنها أضحية، لاشتباها عليها:
أجزأت عن المالك. وقد نص أحمد على الصورتين فى رواية أبى القاسم، وسندى.
مفرقا بينهما مصرحا بالتعليل المذكور. وكذلك الخلال فرق بينهما، وعقد لهما بابين
مفردين. فلا تصح التسوية بينهما. انتهى.

وقيل: يعتبر - على هذه الرواية - أن يلى ربها تفرقتها.

وقال فى القاعدة المذكورة: وأما إذا فرق الأجنبى اللحم، فقال الأصحاب: لا
يجزئ. وأبدى ابن عقيل فى فنونه احتمالا بالإجزاء. ومال إليه ابن رجب وقواه. وإن
لم يفرقها ضمن الذابح قيمة اللحم.

فإن كان على رواية عدم الإجزاء يعود ملكا. قال فى الفروع: وقد ذكر
الأصحاب فى كل تصرف غاصب حكمى عبادة وعقد الروايات. انتهى.

(١) المحرر (١/٢٥٠).

(٢) الشرح الكبير (٣/٥٦٩).

كتاب الحج ٨٧

قال فى القاعدة السادسة والتسعين: إذا عين أضحية، وذبحها غيره بغير إذنه: أجزاء عن صاحبها. ولم يضمن الذابح شيئاً. نص عليه.

ولا فرق عند الأكثرين بين أن تكون معينة ابتداءً، أو عن واجب فى الذمة. وفرق صاحب التلخيص بين ما وجب فى الذمة وغيره. وقال: المعينة عما فى الذمة لها نية المالك عند الذبح. فلا يجزئ ذبح غيره بغير إذنه. فيضمن. انتهى. فعلى القول بالضمان: يضمن ما بين كونها حية، إلى مذبوحة. ذكره فى عيون المسائل. واقتصر عليه فى الفروع.

قوله: ﴿وَإِنْ أَتْلَفَهَا أَجْنَبِيٌّ. فَعَلَيْهِ قِيمَتُهَا﴾.

بلا نزاع^(١). ويكون ضمان قيمتها يوم تلفها. قال الشارح: وجها واحداً. فإن زادت قيمتها على ثمن مثلها: فحكمها حكم ما لو أتلفها صاحبها. على ما يأتى. فإن لم تبلغ القيمة على ثمن الأضحية. فالحكم فيه على ما يأتى إذا أتلفها ربها. وقال فى الفروع: ضمن ما بين كونها حية إلى كونها مذبوحة. ذكره فى عيون المسائل. كما تقدم.

قوله: ﴿وَإِنْ أَتْلَفَهَا صَاحِبُهَا، ضَمِنَهَا بِأَكْثَرِ الْأَمْرَيْنِ: مِنْ مِثْلِهَا أَوْ قِيمَتِهَا﴾.

ولا خلاف فى ضمان صاحبها إذا أتلفها مفرطاً. ثم اختلفوا فى مقدار الضمان. فجزم المصنف هنا: أنه يضمنها بأكثر الأمرين: من مثلها أو قيمتها. وجزم به فى الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والخلاصة، والكافى^(٢)، والهادى، والنظم، وتذكرة ابن عبدوس، وغيرهم. وقدمه فى المستوعب، والرعايتين، والحاويين، والقواعد الفقهية، وغيرهم. قال الزركشى: هو قول أكثر الأصحاب.

والصحيح من المذهب: أنه يضمنها بالقيمة يوم التلف. فيصرف فى مثلها. كالأجنبى. اختاره القاضى فى الجامع الصغير، وأبو الخطاب فى خلافه. وجزم به فى الوجيز، وغيره. وقدمه فى المحرر^(٣)، والفروع، والفائق وأطلقهما فى التلخيص الزركشى.

فعلى الأول: تكون أكثر القيمتين: من الإيجاب إلى التلف. وهو الصحيح على هذا

(١) الشرح الكبير (٣/٥٧٠)، المحرر (١/٢٥٠)، الكافى (١/٥٣٩).

(٢) ذكر صاحب الكافى وقدم أنه يلزمه أكثر الأمرين من قيمتها، الكافى (١/٥٣٩).

(٣) المحرر (١/٢٥٠).

٨٨ كتاب الحج

القول. وجزم به فى المستوعب، والتلخيص، والرعايتين، والحاويين، وتذكرة ابن عبدوس. وقدمه فى الفروع، والنظم.

وقال فى التبصرة: من الإيجاب إلى النحر.

وقيل: من التلغ إلى وجوب النحر. وجزم به الحلوانى.

قال فى القواعد: فعليه ضمانه بأكثر القيمتين، من يوم الإتلاف إلى يوم النحر.

وقال الزركشى: أو من حين التلغ إلى جواز الذبح عند الشريف وأبى الخطاب

فى الهداية، والشيرازى، والشيخين. وغيرهم. انتهى.

ولم أر ذلك عن ذكر.

قوله: ﴿فَإِنْ ضَمَمَهَا بِمِثْلِهَا، وَأَخْرَجَ فَضْلَ الْقِيَمَةِ: جَازًا. وَيَشْتَرَى بِهِ شَاةً، أَوْ

سَبْعَ بَدِيَّةٍ﴾.

بلا نزاع. لكن قال فى المستوعب، والرعايتين، والحاويين، وغيرهم: يشتري به

شاة. فإن عجز: فسهما من بدنة. انتهى.

وقال فى المحرر (١) - كالمصنف -: فإن لم يبلغ ثمن شاة، ولا سبع بدنة أو بقرة:

اشترى به لحما فتصدق به. أو تصدق بالفضل.

فخيره المصنف: إذا لم يبلغ الفاضل ما يشتري به دما: خيره بينه، وبين أن يشتري

به لحما يتصدق به، وبين أن يتصدق بالفضل. وهو الصحيح من المذهب والوجهين.

وجزم به فى المحرر (٢). وقدمه فى الفروع.

والوجه الثانى: يلزمه شراء لحم يتصدق به. وقدمه فى الرعايتين، والحاويين

وأطلقهما فى المعنى. والشرح (٣). وقال فى الرعايتين، والحاويين: وما زاد منهما

اشترى بالفضلة شاة. فإن عجز: فسهما من بدنة. فإن عجز: فلحما يتصدق به.

وقيل: بل يتصدق بالفضلة.

فوائد

منها: قوله: ﴿وَإِنْ تَلَفَتْ بِغَيْرِ تَفْرِيطِهِ: لَمْ يَضْمَنْهَا﴾.

بلا نزاع. وعند الأكثر، سواء تلفت قبل ذبحه أو بعده. نص عليه. ونقل القاضى

فى خلافه، وأبو الخطاب فى انتصاره: وجوب الضمان كالزكاة.

(١) المحرر (١/٢٥٠).

(٢) المحرر (١/٢٥٠).

(٣) الشرح الكبير (٣/٥٧٠).

كتاب الحج ٨٩

قال فى القاعدة الثامنة والثلاثين بعد المائة: وهو بعيد.

وقال فى القواعد الأصولية: إذا نذر أضحية، أو الصدقة بدراهم معينة فتلفت: فهل يضمنها؟ على روايتين. وقال جماعة - منهم القاضى، وأبو الخطاب - ولو تمكن من الفعل، نظرا إلى عدم تعيين مستحق، كالزكاة. وإلى تعلق الحق بعين معينة، كالعبد الجانى.

وقال أبو المعالى: إن تلفت قبل التمكن، فلا ضمان. وإلا فوجهان. إن قلنا: يسلك بالنذر مسلك الواجب شرعا: ضمن. وإن قلنا: مسلك التبرع: لم يضمن. انتهى.

ومنها: لو فقأ عينها: تصدق بالأرش.

ومنها: لو مرضت، فخاف عليها، فذبحها: لزمه بدلها. ولو تركها فماتت: فلا شىء عليه. قاله الإمام أحمد رحمه الله تعالى.

ومنها: لو ضحى كل واحد منهما عن نفسه بأضحية الآخر غلطا: كفتها ولا ضمان. استحسانا. قاله فى الفروع. وقال القاضى وغيره: القياس ضدتهما. ونقل الأثرم وغيره - فى اثنين. ضحى هذا بأضحية هذا، وهذا بأضحية هذا - يتبادلان اللحم. ويجزئ.

قوله: ﴿وَإِنْ عَطَبَ الْهَدْيُ فِي الطَّرِيقِ نَحَرَهُ فِي مَوْضِعِهِ﴾.

وهذا بلا نزاع (١). ولكن قال جماعة من الأصحاب: لو خاف أن يعطب ذبحه. وفعل به كذلك.

قوله: ﴿وَلَا يَأْكُلُ مِنْهُ هُوَ وَلَا أَحَدٌ مِنْ رُفْقَتِهِ﴾.

يعنى: يحرم عليه الأكل هو ورفقته من الهدى إذا عطب. وهذا المذهب وعليه أكثر الأصحاب. وجزم به فى المغنى (٢)، والشرح (٣)، والوجيز، وغيرهم. وقدمه فى الفروع وغيره.

وأباح الأكل منه: القاضى، وأبو الخطاب فى الانتصار مع فقره. واختار فى التبصرة: إباحته لرفيقه الفقير.

وقوله «ولا أحد من رفقته» قال فى الوجيز: ولا يأكل هو ولا خاصته منه.

(١) الشرح الكبير (٥٧١/٣)، الكانى (٥٣٩/١)، المحرر (٢٥٠/١).

(٢) المغنى (٥٥٩/٣).

(٣) الشرح الكبير (٥٧١/٣).

٩٠ كتاب الحج

قلت: وهو مراد غيره.

وقد صرح الأصحاب بأن الرفقة الذين معه: ممن تلزمه مؤنته في السفر.

قوله: ﴿فَإِنْ تَعَيَّبَتْ ذَبْحَهَا. وَأَجْزَأَتْهُ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ وَاجِبَةً قَبْلَ التَّعْيِينِ، كَالْفِدْيَةِ وَالْمَنْدُورَةِ فِي الذَّمَّةِ. فَإِنَّ عَلَيْهِ بَدَلَهَا﴾.

اعلم أنه إذا تعيب ما عينه. فتارة يكون قد عينه عن واجب في ذمته، كهدى التمتع والقران والدماء الواجبة في النسك بترك واجب أو بفعل محظور، أو وجب بالندر. وتارة يكون واجبا بنفس التعيين. فإن كان واجبا بنفس التعيين، مثل ما لو وجب أضحية سليمة، ثم حدث بها عيب يمنع الإجزاء من غير فعله. فهنا عليه ذبحه. وقد أجزأ عنه، كما جزم به المصنف هنا. وهو المذهب. ونص عليه فيمن جرها بقرنها إلى المنحر فانقلع. وجزم به في المغنى^(١)، والشرح^(٢)، والوجيز، والخرقي، والزر كشي وغيرهم. وقدمه في الفروع وغيره.

وقال القاضى: القياس لا تجزئه.

فعلى المذهب: تخرج بالعيب عن كونها أضحية. قاله فى القاعدة الأربعين. فإذا زال العيب عادت أضحية كما كانت. ذكره ابن عقيل فى عمدة الأدلة.

فلو تعيبت هذه بفعله: فله بدلها. جزم به فى المغنى^(٣)، والشرح^(٤). وهو ظاهر ما جزم به فى الفروع.

وإن كان معينا عن واجب فى الذمة وتعيب، أو تلف أو ضل، أو عطب، أو سرق، أو نحو ذلك: لم يجزئه، ولزمه بدله. ويلزم أفضل مما فى الذمة إن كان تلفه بتفريطه.

قال الإمام أحمد: من ساق هديا واجبا، فعطب أو مات فعليه بدله. وإن شاء باعه. وإن نحره جاز أكله منه، ويطعم. لأن عليه البدل. قاله فى الفروع. وقال: كذا قال. وأطلق فى الروضة: أن الواجب يفعل به ما شاء. وعليه بدله. انتهى.

وفى بطلان تعيين الولد وجهان. وأطلقهما فى الفروع والزر كشي.

(١) المغنى (٥٥٩/٣).

(٢) لما روى أبو سعيد رضى الله عنه قال: ابتعنا كبشا نضحى به فأصاب الذئب إلبته فسألنا النبى ﷺ فأمرنا أن نضحى به. رواه ابن ماجه، الشرح الكبير (٥٧٣/٣).

(٣) المغنى (٥٥٩/٣).

(٤) الشرح الكبير (٥٧٤/٣).

فى الفصول: فى تعيينه هنا احتمالان.

فى المغنى، والشرح: إذا قلنا يبطل تعيينها، وتعود إلى مالكة: احتمال أن يبطل التعيين فى ولدها تبعاً، كما ثبتت تبعاً، قياساً على نمائها المتصل بها. واحتمل أن لا يبطل، ويكون للفقراء. لأنه تبعها فى الوجوب حال اتصاله بها. ولم يتبعها فى زواله. لأنه صار منفصلاً عنها. فهو كولد المبيع المغيب إذا ولد عند المشتري ثم رده، لا يبطل البيع فى ولدها، والمدبرة إذا قتلت سيدها فبطل تدبيرها، لا يبطل فى ولدها. انتهى.

وقدم ابن زرين فى شرحه: أنه يتبعها.

قلت: الذى يظهر: أنه لا يبطل تعيينه، لأنه بوجوده قد صار حكمه حكم أمه، لكن تعذر فى الأم. فبقى حكم الولد باقياً.

قوله: ﴿وَهَلْ لَهُ اسْتِرْجَاعُ هَذَا الْعَاطِبِ وَالْمَعِيبِ إِلَىٰ مَلِكِهِ؟ عَلَىٰ رِوَايَتَيْنِ﴾.

وأطلقهما فى المحرر^(١)، والرعايتين، والحاويين، والشرح^(٢)، وشرح ابن منجاء، والزرکشى.

إحدهما: ليس له استرجاعه إلى ملكه إذا كان معيناً. لأنه قد تعلق به حق الفقراء. وهذا المذهب. قال فى الفروع: ليس له استرجاعه على الأصح. وصححه فى النظم [وتصحيح المحرر].

والرواية الثانية: له استرجاعه إلى ملكه، فيصنع به ماشاء. وهو ظاهر كلام الخرقى. وصححه فى التصحيح، والفائق. واختاره المصنف، والشارح، وابن أبى موسى. قاله الزرکشى. وقدمه ابن زرين فى شرحه. وجزم به فى الوجيز، والمنتخب، وتذكرة ابن عبدوس.

قوله: ﴿وَكَذَلِكَ إِذَا ضَلَّتْ فَدَبِحَ بِدَلِّهَا ثُمَّ وَجَدَهَا﴾.

يعنى: أن فى استرجاع الضال إلى ملكه - إذا وجده بعد ذبح بدله - الروايتين المتقدمتين. وهذا هو الصحيح من المذهب. فالحكمان واحد. والمذهب هنا كالمذهب

(١) المحرر (١/٢٥٠).

(٢) ذكر صاحب الشرح الروايتين. الأولى أن له استرجاعه إلى ملكه فيصنع به ما شاء لأنه إنما عينه عما فى ذمته فإذا لم يقع عنه عاد إلى صاحبه كمن أخرج زكاته فبان أنها غير واجبة. (الثانية) لا يرجع المعين إلى ملكه لأنه قد تعلق به حق الفقراء بتعيينه فلزم ذبحه كما لو عين بنذره ابتداء - الشرح الكبير (٣/٥٧٥).

٩٢ كتاب الحج

هناك. وجزم به فى الفروع، والرعاية، والمحرم^(١)، وغيرهم.

وأما المصنف والشارح: فإنهما قطعاً بأنه يذبح البدل والمبدل، ولم يحكى خلافاً. ولكن خرجاً نخبجاً: أنه كالمسألة التى قبلها.

وقال ابن منجا: ويقوى لزوم ذبحه مع ذبح الواجب حديث ذكره. ففيه إيماء إلى التفرقة، إما لأجل الحديث، أو لأن العاطب والمعيب قد تعذر إجراؤه عن الواجب. فخرج حق الفقراء من ذلك إلى بدله. وأما الضال: فحق الفقراء فيه باق. وإنما امتنع حقهم لتعذره. وهو فقده. وجزم فى المذهب، والمستوعب، والتلخيص. وغيرهم بأنه يذبح البدل والمبدل، كما قطع به المصنف والشارح.

قوله فصل: ﴿سَوْقُ الْهَدَى مَسْنُونٌ. وَلَا يَجِبُ إِلَّا بِالنَّذْرِ. وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يَقْفَهُ بِعَرَفَةَ. وَيَجْمَعُ فِيهِ بَيْنَ الْحِلِّ وَالْحَرَمِ﴾.

بلا نزاع^(٢) فلو اشتراه فى الحرم، ولم يخرج به إلى عرفة وذبحه: كفاه. نص عليه.

قوله: ﴿وَيُسَنُّ إِشْعَارُ الْبَدَنَةِ. فَيَشُقُّ صَفْحَةَ سِنَامِهَا حَتَّى يَسِيلَ الدَّمُ. وَكَذَآ مَا لَا سِنَامَ لَهُ مِنَ الْإِبِلِ﴾.

وهذا بلا نزاع. والأولى: أن يكون الشق فى صفحة سنامها اليمنى على الصحيح من المذهب. قدمه فى المغنى^(٣)، والشرح^(٤)، والفروع، والرعايتين، والحاويين، والفائق وغيرهم. وجزم به فى الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والخلاصة وغيرهم.

وعنه: الشق من الجانب الأيسر أولى. وعنه: الخيرة. وأطلقهن فى التلخيص والمستوعب.

تنبيه: ظاهر كلام المصنف: أنه لا يشعر غير السنام. وهو ظاهر كلام غيره. وقال فى الكافى^(٥): ويجوز إشعار غير السنام. وذكره فى الفصول عن أحمد.

(١) المحرم (٢٥٠/٣).

(٢) لأن النبى ﷺ فعله فساق فى حجته مائة بدنة وكان يبعث بهديه وهو بالمدينة وليس بواجب لأن النبى ﷺ لم يأمر به والأصل عدم الوجوب. الشرح الكبير (٥٧٦/٣)، المحرم (٢٩٤/١)، الكافى (٥٣٧/١).

(٣) لما روت عائشة قالت: قتلت ثلاثاً هدى النبى ﷺ ثم أشعرها وقلدها متفق عليه. المغنى (٥٧٤/٣).

(٤) الشرح الكبير (٥٧٧/٣).

(٥) الكافى (٥٣٨/٣).

كتاب الحج ٩٣

وظاهر كلام المصنف أيضا: أنه لا يشعر غير الإبل. وهو ظاهر كلامه فى الهداية، والمذهب، والخلاصة، وغيرهم: ويسن إشعار مكان ذلك من البقر.

قوله: ﴿وَيُقَلَّدُهَا. وَيُقَلَّدُ الْغَنَمَ النَّعْلَ. نص عليه: وآذان القرب والعري﴾.

هذا المذهب (١). . يعنى: أنه يستحب تقليد الهدى كله، من الإبل والبقر والغنم. نص عليه. وهو ظاهر ما جزم به فى الوجيز. وجزم به فى النظم، والفائق وغيرهما وقدمه فى الفروع.

وقال فى المنتخب: يقلد الغنم فقط. وهو ظاهر كلامه فى الهداية، والخلاصة، والكافى (٢)، وغيرهم. وقدمه فى الرعاية الكبرى.

وقال فى المستوعب، والترغيب، والتلخيص: تقليد البدن جائز. وقال الإمام أحمد: البدن تشعر، والغنم تقلد. ونقل حنبل: لا ينبغى أن يسوقه حتى يشعره، ويجلله بشوب أبيض، ويقلده نعلا أو علاقة قربة.

قوله: ﴿وَإِذَا نَذَرَ هَدْيًا مُطْلَقًا، فَأَقْلُ مَا يَجْزِيهِ: شاة، أو سُبُعَ بَدَنَةٍ﴾.

وكذا سبع بقرة. وهذا بلا نزاع (٣)، لكن لو ذبح بدنة. فالصحيح: وجوبها كلها. قدمه فى مسبوك الذهب، والخلاصة، والتلخيص، والرعايتين، والحاويين. واختاره ابن عقيل.

وقيل: الواجب سبعها فقط. والباقى له أكله والتصرف فيه. وهما احتمالان مطلقان فى الهداية، والمستوعب. وهما وجهان مطلقان فى المذهب، والفائق.

وتقدم نظيرها فى آخر باب الفدية. عند قوله: وكل هدى ذكرناه يجزئ فيه شاة، أو سُبُعَ بَدَنَةٍ. وذكرنا فائدة الخلاف هناك.

قوله: ﴿وَإِذَا نَذَرَ بَدَنَةً أَجْزَأَتْهُ بَقْرَةٌ﴾.

إذا نذر بدنة فتارة ينوى، وتارة يطلق. فإن نوى، فقال القاضى وأصحابه: يلزمه ما نواه. وجزم به فى التلخيص وغيره. وإن أطلق: ففى أجزاء البقرة روايتان. وأطلقهما فى الشرح (٤).

(١) الشرح الكبير (٥٧٧/٣)، المحرر (٢٤٩/١)، المغنى (٥٧٤/٣).

(٢) الكافى (٥٣٨/١).

(٣) الشرح الكبير (٥٧٨/٣)، المغنى (٥٧١/٣)، الكافى (٥٤١/١)، المحرر (٢٤٩/١).

(٤) الشرح الكبير (٥٧٨/٣).

٩٤ كتاب الحج

إحداهما: تجزئ مطلقا. وهو ظاهر كلام المصنف هنا. وظاهر كلامه فى الوجيز وغيره. واختاره المصنف. ونصره القاضى وأصحابه. وقدمه فى التلخيص. والرواية الثانية: لا تجزئ البقرة إلا عند تعذر الإبل. لأنها بدل عنه. وتقدم نظير ذلك عند قوله «ومن وجبت عليه بدنة أجزأته بقره» فى آخر باب الفدية.

قوله: ﴿فَإِنْ عَيْنَ بَنَدِرِهِ: أجزأه ما عينه، صغيرا كان أو كبيرا من الحيوان وغيره. وَعَلَيْهِ إِيصَالُهُ إِلَى فَقْرَاءِ الْحَرَمِ، إِلَّا أَنْ يَعِينَهُ بِمَوْضِعٍ سِوَاهُ﴾.

اعلم أنه إذا عين بندره شيئا إلى مكة، أو جعل دراهم هديا. فهو لأهل الحرم. نقله المروذى، وابن هانئ. ويبعث ثمن غير المنقول. قال الإمام أحمد - فيمن نذر أن يلقى فضة فى مقام إبراهيم - يلقى بمكان نذره، واستحبه ابن عقيل: فيكفر إن لم يلقه. وهو لفقراء الحرم.

وقال القاضى فى التعليق، وابن عقيل فى المفردات - وهو ظاهر كلامه فى الرعاية - له أن يبعث ثمن المنقول.

وقال ابن عقيل: ويقدمه. ويبعث القيمة. وقال القاضى وأصحابه: إن نذر بدنة فللحرم، لا جزورا. وإن نذر جذعة كفت ثنية واحدة.

ونقل يعقوب - فيمن جعل على نفسه أن يضحي كل عام بشاتين، فأراد عاما أن يضحي بواحدة - إن كان نذر فيوفى به، وإلا فكفارة يمين. وإن قال: إن لبست ثوبا من غزلك فهو هدى. فليسه: أهده أو ثمنه، على الخلاف المتقدم.

قوله: ﴿وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يَأْكُلَ مِنْ هَدْيِهِ﴾.

شمل مسألتي.

إحداهما: أن يكون تطوعا. فيستحب الأكل منه، بلا نزاع. وحكم الأكل هنا والتفرقة: كالأضحية، على الصحيح من المذهب. اختاره ابن عقيل. وقدمه فى الفروع.

وقيل: لا يأكل هنا إلا اليسير. وقدمه فى المغنى (١)، والشرح (٢). ونصراه.

(١) لما روى أن أزواج النبي ﷺ تمتعن معه فى حجة الوداع وأدخلت عائشة الحج على العمرة فصارت تارئة ثم ذبح عنهن ﷺ البقرة فأكلن من لحومها، المغنى (٣/٥٦٥).

(٢) الشرح الكبير (٣/٥٧٩).

كتاب الحج ٩٥

وأطلقهما في القواعد الفقهية.

الثانية: أن يكون واجبا بالتحديد، من غير أن يكون واجبا في ذمته. فيستحب الأكل منه أيضا. اختاره المصنف والشارح. واقتصر عليه الزركشى. وهو ظاهر كلامه في الوجيز وغيره.

والصحيح من المذهب: أنه لا يستحب الأكل منه. قدمه في الفروع.

قوله: ﴿وَلَا يَأْكُلُ مِنْ وَاجِبٍ، إِلَّا مِنْ دَمِ الْمَتَعَةِ وَالْقِرَانِ﴾.

هذا المذهب (١). وعليه جماهير الأصحاب. ونص عليه. وجزم به في الوجيز، وغيره. وقدمه في الفروع وغيره. وقال: اختاره الأصحاب. قال الزركشى: وهو الأشهر. وظاهر كلام الخرقى: أنه لا يأكل إلا من دم المتعة فقط. قاله في المستوعب، والتلخيص، والفروع وغيرهم.

لكن قال الزركشى: كأن الخرقى استغنى بذكر التمتع عن القران. لأنه نوع تمتع، لترفه بأحد السفرين. انتهى.

وقال الآجروى: لا يأكل من هدى المتعة والقران أيضا. وقدمه في الروضة.

وعنه يأكل من الكل، إلا من النذر وجزاء الصيد.

ألحق ابن أبى موسى بهما الكفارة. وجوز الأكل مما عدا ذلك.

واختار أبو بكر، والقاضى، والمصنف، والشارح، وصاحب الفائق: جواز الأكل من الأضحية المنذورة، كالأضحية. على رواية وجوبها فى أصح الوجهين. لكن جمهور الأصحاب على خلاف ذلك.

فوائد

إحداها: استحباب القاضى الأكل من دم المتعة.

الثانية: ما جاز له أكله جاز له هديته. وما لا فلا. فإن فعل ضمنه بمثله لحما. على الصحيح من المذهب (٢). وعليه أكثر الأصحاب. وقطعوا به، كبيعته وإتلافه.

وقال فى النصيحة: يضمه بقيمته، كالأجنى بلا نزاع فيه.

الثالثة: لو منعه الفقراء حتى أنتن. فقال فى الفصول: عليه قيمته. وقال فى

الفروع: ويتوجه يضمن نقصه فقط.

(١) الشرح الكبير (٣/٥٨٠)، المغنى (٣/٥٦٥)، الكافى (١/٥٤٠)، المحرر (١/٢٥١).

(٢) الشرح الكبير (٣/٥٨٠)، المغنى (٣/٥٦٦).

٩٦ كتاب الحج

قلت: يتوجه أن يضمنه بمثله حيا. أشبهه المعيب الحى.

قوله: ﴿وَالأَصْحِيَّةُ سُنَّةٌ مُؤَكَّدَةٌ﴾.

هذا المذهب بلا ريب. وعليه جماهير الأصحاب. ونص عليه. وقطع به كثير منهم. قال فى الرعاية: فيكره تركها مع القدرة. نص عليه.

وعنه: أنها واجبة مع الغنى. ذكره جماعة. وذكره الحلوانى عن أبى بكر. وخرجها أبو الخطاب، وابن عقيل من التضحية عن اليتيم.

وعنه: أنها واجبة على الحاضر الغنى.

فائدة: يشترط أن يكون المضحي مسلما، تام الملك. فلا يضحى المكاتب مطلقا. فى أحد الوجهين. قدمه فى الرعاية الصغرى، والفائق.

والوجه الثانى: يضحى بإذن سيده كالرقيق. وهو المذهب. قطع به فى المغنى، والشرح^(١)، والنظم، وتذكرة ابن عبدوس. زاد فى الرعاية الكبرى: ولا يتبرع منها بشيء. وأطلقهما فى التلخيص، والرعاية الكبرى، والفروع.

قوله: ﴿وَذَبْحُهَا أَفْضَلُ مِنَ الصَّدَقَةِ بِثَمَنِهَا﴾.

وكذا العقيقة. وهذا المذهب^(٢). نص عليهما. وعليه الأصحاب. وقال فى الفروع: يتوجه تعيين ما تقدم فى صدقة مع غزو وحج.

قوله: ﴿وَالسُّنَّةُ أَنْ يَأْكُلَ ثُلُثَهَا. وَيُهْدِي ثُلُثَهَا. وَيَتَصَدَّقَ بِثُلُثِهَا. وَإِنْ أَكَلَ أَكْثَرَ:

جَازٍ﴾.

هذا المذهب^(٣) نص عليه. وعليه جماهير الأصحاب. وقطع به كثير منهم. وقال أبو بكر: يجب إخراج الثلث هدية. والثلث الآخر صدقة. نقله عنه ابن الزاغونى فى الواضح، وغيره. وأطلقهما فيه. قال أبو بكر فى التنبيه: لا يدفع إلى المساكين ما يستحى من توجيهه إلى خليفته.

قال فى المستوعب: فيحتمل أنه أراد: لا يتصدق بما دونها. لأنه يستحى من هديه

(١) الشرح الكبير (٥٨٤/٣).

(٢) لفعله ﷺ فى أصحابه - ولما روت عائشة رضى الله عنها أن النبى ﷺ قال «ما عمل ابن آدم يوم النحر عملا أحب إلى الله من إراقة دم، وإنه ليؤتى يوم القيامة بقرونها وأظلافها وأشعارها، وإن الدم ليقع من الله عز وجل بمكان قبل أن يقع على الأرض فطيبوا بها نفسا». رواه ابن ماجه.

(٣) لما روى ابن عباس فى صفة أضحية النبى ﷺ قال: «يطعم أهل بيته الثلث ويطعم فقراء جيرانه الثلث ويتصدق على السؤال بالثلث». الشرح الكبير (٥٨٢/٣)، الكافى (٥٤٥/١)، المحرر (٢٥١/١).

كتاب الحج ٩٧
ذلك. ويحتمل أنه أراد: لا يجزئ في الصدقة إلا ما جرت العادة أن يتهادى بمثله.
انتهى.

قلت: حكى هذا الأخير قولاً في الرعاية والنظم، وغيرهما.
قدم في الرعاية الكبرى: أنه لو تصدق منها بأوقية كفى. وهو ظاهر كلام
الزركشى.

فالمذهب: أن الواجب أقل ما يجزئ في الصدقة على ما يأتي.

تنبيهان

أحدهما: هذا الحكم إذا قلنا: هي سنة. وكذا الحكم إذا قلنا: إنها واجبة. فيجوز
له الأكل منها على القول بوجوبها، على الصحيح من المذهب. صححه في
المستوعب، والفروع، والفائق، وغيرهم. ونصره المصنف، والشارح وغيرهما.
وقيل: لا يجوز الأكل منها. قدمه في الرعايتين. وأطلقهما في الهداية، والمذهب.
ومسبوك الذهب، والتلخيص، والحاوئين، والزركشى، وغيرهم.
فعلى المذهب: له أكل الثلث. صرح به في الرعاية. وهو ظاهر كلام جماعة.
وقطع في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والتلخيص، وغيرهم:
أنه يأكل كما يأكل من دم التمتع والقران.
ويأتي هذا أيضاً قريباً.

الثاني: يستثنى من كلام المصنف وغيره – ممن أطلق الصدقة والهدية – أضحية
اليتيم، إذا قلنا: يضحى عنه، على ما يأتي في باب الحجر. فإن الولي لا يتصدق منها
بشيء. ويوفرها له. لأن الصدقة لا تحل بشيء من ماله تطوعاً. جزم به المصنف،
والشارح، وصاحب الفروع وغيرهم.

قلت: لو قيل بجواز الصدقة والهدية منها باليسير عرفاً: لكان متجهاً.
ويستثنى أيضاً من ذلك: المكاتب إذا ضحى. على ما قطع به في الرعاية: أنه لا
يتبرع منها بشيء.

فوائد

إحداها: يستحب أن يتصدق بأفضلها. ويهدى الوسط. ويأكل الأدون. قاله في
المستوعب، والتلخيص، وغيرهما. وظاهر كلام أكثر الأصحاب: الإطلاق.
وكان من شعار السلف: أكل لقمة من الأضحية من كبدها أو غيرها تبركاً قاله

٩٨ كتاب الحج

فى التلخيص وغيره.

الثانية: يجوز أن يطعم الكافر منها، إذا كانت تطوعاً. قاله الأصحاب. قال الزركشى: هذا فى صدقة التطوع. أما الصدقة الواجبة: فلا يدفع إليه منها، كالزكاة. ولهذا قيل: لا بد من دفع الواجب إلى الفقير وتمليكك إياه. وهذا بخلاف الإهداء. فإنه يجوز دفعه إلى غنى وإطعامه. انتهى.

وقال فى الرعاية الكبرى: ويجوز الهدية من نقلها إلى غنى. وقيل: من واجبها إن جاز الأكل منها، وإلا فلا.

الثالثة: يعتبر تملك الفقير. فلا يكفى إطعامه. قاله فى الفروع وغيره. وقال فى الرعاية الكبرى: وسن أن يفرق اللحم ربه بنفسه. وإن خلى بينه وبين الفقراء جاز.

الرابعة: الصحيح تحريم الادخار من الأضاحى مطلقاً. نص عليه. وعليه الأصحاب. وقال فى الفروع: ويتوجه احتمال إلا فى جماعة. لأنه سبب تحريم الادخار.

قلت: اختار هذا الشيخ تقي الدين. وهو ظاهر فى القوة.

الخامسة: لو مات بعد ذبحها أو تعيينها: قام وارثه مقامه. ولم تُبْعْ فى دينه. قاله الأصحاب. وقال فى الرعاية، وقلت: إن وجب بنذر أو غيره. ولهم أكل ما كان له أكله منها. ويلزمهم زكاتها إن مات قبلها.

ثم قال. قلت إن كان دينه مستغرقاً. فإن كان قد زكاه، أو أوجبها فى مرض موته، فهل تباع كلها أو ثلثاها؟ يحتمل وجهين. انتهى.

وتقدم قريباً «هل يجوز الأكل من الأضحية المنذورة أم لا؟» .

قوله: ﴿وإن أكلها كلها ضمن أقل ما يُجزئ فى الصدقة منها﴾.

وهذا مفرع على المذهب من أنها مستحبة. وهذا المذهب اختاره المصنف، والشارح. وجزم به فى المنور، وغيره. وقدمه فى الفروع وغيره. وصححه فى الفائق، وتصحيح المحرر، وغيرهما.

وقيل: يضمن الثلث. جزم به ابن عبدوس فى تذكرته، والمنتخب. وقدمه فى الهداية، والمستوعب، والخلاصة، والنظم، والرعايتين، والحاويين. وأطلقهما فى

كتاب الحج ٩٩

المذهب، ومسبوك الذهب، والتلخيص، والمحرم^(١)، والزرركشى، وغيره.

وقيل: يضمن ما جرت العادة بصدقته.

وأما على القول بوجوبها: فقال أكثر الأصحاب: يأكل كما يأكل من دم التمتع والقران. وقال فى الرعاية: يأكل الثلث.

وتقدم قريبا: أن حكم المتطوع به حكم الأضحية فى هذه الأحكام. على الصحيح.

قوله: ﴿وَمَنْ أَرَادَ أَنْ يُضْحِيَ، فَدَخَلَ الْعَشْرُ: فَلَا يَأْخُذُ مِنْ شَعْرِهِ وَلَا بِشْرَتِهِ

شَيْئًا﴾.

اختلفت عبارة الأصحاب فى ذلك. فقال فى المحرم^(٢)، والوجيز، والحاوين، وغيرهم: كما قال المصنف. فظاهره: إدخال الظفر وغيره من البشرة. وصرح فى الرعايتين، والفروع، والفائق، وغيرهم: بذكر الشعر، والظفر، والبشرة. وقال فى الهداية، والخلاصة، والتلخيص. والبلغة، وإدراك الغاية، وابن رجب، وغيرهم: لا يأخذ شعرا، ولا ظفرا.

فظاهره: الاقتصار على الشعر والظفر. ولم أر فى ذلك خلافا.

فلعل من خص الشعر والظفر: أراد ما فى معناهما، أو أن الغالب: أنه لا يؤخذ غيرهما. فاقتصروا على الغالب.

قوله: ﴿وَهَلْ ذَلِكَ حَرَامٌ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ﴾.

وأطلقهما فى الفصول، والمستوعب، والمغنى^(٣)، والشرح^(٤)، وشرح ابن منجاء، والفائق، وشرح الزركشى.

أحدهما: هو حرام. وهو المذهب. وهو ظاهر رواية الأثرم وغيره. وصححه فى التصحيح. ونصره المصنف، والشارح، والناظم.

قال فى تجريد العناية، ومصنف ابن أبى الجعد: ويجرم فى الأظهر.

(١) المحرم (١/٢٥١).

(٢) المحرم (١/٢٥١).

(٣) أورد صاحب المغنى فى هذه المسألة خلافاً وفصله فراجعه. المغنى (١١/٩٥).

(٤) لما روت أم سلمة رضى الله عنها عن رسول الله ﷺ أنه قال: «إذا دخل العشر وأراد أحدكم أن يضحي فلا يأخذ من شعره ولا من أظفاره شيئا حتى يضحي» رواه مسلم وهو ظاهر فى التحريم.

الشرح الكبير (٣/٥٨٤).

١٠٠ كتاب الحج

وقال فى الفائق: والمنصوص تحريمه. وجزم به فى الوجيز، والمنتخب، ونظم المفردات. ونسبه إلى الأصحاب. وهو ظاهر كلام الخرقى، وابن أبى موسى والشيرازى، وغيرهم. وإليه ميل الزركشى. وقدمه فى الفروع. وهو من المفردات.

والوجه الثانى: يكره. اختاره القاضى وجماعة. وجزم به فى الجامع الصغير، والمذهب، ومسبوك الذهب، والبلغة، وتذكرة ابن عبدوس، والمنور. وقدمه فى الهداية، وتبصرة الوعظ لابن الجوزى، والخلاصة، والتلخيص، والمحرم^(١)، والرعايتين، والحاويين، وإدراك الغاية، وابن رزين، وقال: إنه أظهر.

قلت: وهو أولى. وأطلق أحمد الكراهة.

فعلى المذهب: لو خالف وفعل، فليس عليه إلا التوبة. ولا فدية عليه إجماعاً.

وينتهى المنع بذبح الأضحية. كما صرح به ابن أبى موسى، والشيرازى، وصاحب المذهب الأحمـد، والبلغة، والرعاية الكبرى، وغيرهم.

فائدة: يستحب الحلق بعد الذبح. على الصحيح من المذهب. وعليه جماهير الأصحاب.

قال أحمد: وهو - على ما فعل ابن عمر رضى الله عنهما - تعظيم لذلك اليوم. وجزم به فى الرعاية وغيرها. وقدمه فى الفروع.

وعنه: لا يستحب. اختاره الشيخ تقي الدين.

قوله: ﴿وَالْعَقِيقَةُ سُنَّةٌ مُّوَكَّدَةٌ﴾.

يعنى على الأب. وسواء كان الولد غنياً أو فقيراً. وهذا المذهب. وعليه أكثر الأصحاب وجزم به فى الوجيز. والمغنى^(٢)، والشرح^(٣)، وغيرهم. وقدمه فى الفروع، وغيره.

وعنه: إنها واجبة. اختاره أبو بكر، وأبو إسحاق اليرمكى، وأبو الوفاء.

فوائد

الأولى: قوله: ﴿وَالْمَشْرُوعُ: أَنْ يَذْبَحَ عَنِ الْغُلَامِ شَاتَيْنِ، وَعَنِ الْجَارِيَةِ شَاةً﴾.

(١) المحرم (١/٢٥١).

(٢) لما روى سمرة بن جندب أن النبى ﷺ قال «كل غلام رهينة بعقيقته تذبح عنه يوم سابعه ويسمى فيه وتخلق رأسه». المغنى (١١/١٢٠).

(٣) الشرح الكبير (٣/٥٨٥).

كتاب الحج ١٠١

وهذا بلا نزاع (١) . مع الوجدان. ويستحب أن تكون الشاتان متقاربتين. ففى السن والشبه. نص عليه. فإن عدم الشاتان: فواحدة. فإن لم يكن عنده ما يغبى. فقال الإمام أحمد: يقترض، وأرجو أن يخلف الله عليه.

وقال الشيخ تقى الدين: يقترض مع وفاء. وينويه عقيقة.

وقال المصنف، والشارح: إن خالف وعق عن الذكر بكبش: أجزأ.

الثانية: قوله: ﴿يَوْمَ سَابِعِهِ﴾.

قال فى الروضة: من ميلاد الولد. وقال فى المستوعب، وعبون المسائل: يستحب ذبح العقيقة ضحوة النهار. وجزم به فى الرعاية الكبرى. وذكر ابن البناء أنه يذبح إحدى الشاتين يوم الولادة. والأخرى يوم سابعه.

الثالثة: ذبحها يوم السابع أفضل ويجوز قبل ذلك. ولا يجوز قبل الولادة.

الرابعة: لو عق بيدنة، أو بقرة: لم يجزه إلا كاملة. نص عليه. قال فى النهاية: وأفضله شاة. قال فى الفروع: ويتوجه مثله فى أضحية.

الخامسة: يستحب تسمية المولود يوم السابع. قدمه فى الفروع. وجزم به فى الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والخلاصة، والمحزر (٢)، والحاويين، والرعاية الصغرى، وغيرهم.

وقيل: أو قبله، جزم به فى الرعاية الكبرى. وجزم فى آدابها أنه يستحب يوم الولادة. وهى حق للأب لا للأم.

السادسة: لو اجتمع عقيقة وأضحية فهل يجزئ عن العقيقة إن لم يعق؟ فيه روايتان منصوصتان. وأطلقهما فى الفروع، وتجريد العناية. والقواعد الفقهيّة. وظاهر ما قدمه فى المستوعب: الإجزاء.

قال فى رواية حنبل: أرجو أن تجزئ الأضحية عن العقيقة.

قال فى القواعد: وفى معناه لو اجتمع هدى وأضحية.

واختار الشيخ تقى الدين: أنه لا تضحية بمكة، وإنما هو الهدى.

(١) لما روى أن النبى ﷺ «عق عن الحسن شاة وعن الحسين شاة» رواه أبو داود الشرح الكبير (٥٨٦/٣). وذكر فى العمدة ما روت أم كرز الكعبية قالت سمعت رسول الله ﷺ يقول «هن الغلام شاتان متكافئتان

وعن الجارية شاة» رواه أبو داود، العمدة (٢١٤/١)، الكافى (٥٤٦/١)، المحزر (٢٥١/١).

(٢) المحزر (٢٥١/١).

١٠٢ كتاب الحج

قوله: ﴿وَيَخْلُقَ رَأْسَهُ. وَيَتَصَدَّقَ بِرِزْنِهِ وَرِقًا يَوْمَ السَّابِعِ﴾.

وهذا المذهب (١). وعليه الأصحاب. وقال في الروضة: ليس في خلق رأسه ووزن شعره سنة أكيدة. وإن فعله فحسن. والعقيقة هي السنة.

تنبيه: الظاهر: أن مراده بالخلق: الذكر. وهو الصحيح من المذهب وعليه الأكثر. وقدمه في الفروع. وقال الأزجي في نهايته: لا فرق في استحباب الخلق بين الذكور والإناث قال: ولعله يختص بالذكر إلا الإناث يكره في حقهن الخلق.

قال ابن حجر في شرح البخارى: وعن بعض الحنابلة يخلق.

فائدة: يكره لطح رأس المولود بدم العقيقة على الصحيح من المذهب. نص عليه. وجزم به ابن البنا في الخصال. وقدمه في المغنى (٢)، والشرح (٣)، والفروع، والفائق. ونقل حنبل: هو سنة. وجزم به في المستوعب، والحاويين. وقدمه في الرعاية الكبرى. وقيل: بل يلطخ مخلوق. قال في الرعاية الكبرى: وهو أولى. قال ابن البنا، وأبو حكيم: هو أفضل من الدم.

تنبيه: ﴿مفهوم قوله: فَإِنْ فَاتَ﴾. يعنى لم يكن فى سبع: ﴿فَفِي أَرْبَعِ عَشْرَةَ. فَإِنْ فَاتَ فَفِي إِحْدَى وَعِشْرِينَ﴾.

أنه لا يعتبر الأسابيع بعد ذلك. فيعق بعد ذلك فى أى يوم أراد. وهو أحد الوجهين. وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب، وصححه ابن رزين فى شرحه. قلت: وهو الصواب.

قال فى الرعاية الكبرى: فَإِنْ فَاتَ فَفِي إِحْدَى وَعِشْرِينَ أو ما بعده.

قال فى الكافى (٤): فَإِنْ أَخْرَهَا عَنْ إِحْدَى وَعِشْرِينَ: ذَبَّحَهَا بَعْدَهُ. لَأَنَّهُ قَدْ تَحَقَّقَ سَبِيهَا.

والوجه الثانى: يستحب اعتبارها فيستحب أن يكون فى الثامن والعشرين. وإن فات فى الخامس والثلاثين. وعلى هذا فقس. وأطلقهما فى المغنى (٥) والشرح (٦)،

(١) المحرر (٢٥١/١)، العدة (٢١٤)، الشرح الكبير (٥٨٧/٣).

(٢) المغنى (١٢٢/١١).

(٣) لما روى عن النبى ﷺ «مع الغلام العقيقة فهريقوا عنه دماً وأميطوا عنه الأذى». رواه أبو داود والحديث

«يعق عن الغلام ولا يمسه رأسه بدم»، الشرح الكبير (٥٨٨/٣).

(٤) الكافى (٥٤٧/١).

(٥) المغنى (١٢١/١١).

(٦) الشرح الكبير (٥٨٨/٣).

كتاب الحج ١٠٣

والزر كشي، والفروع، والفائق، وتجريد العناية.

وعنه: تختص العقيقة بالصغير.

فائدة: لا يعق غير الأب. على الصحيح من المذهب. ونص عليه. وعليه أكثر الأصحاب. وجزم به المغني^(١)، والشرح^(٢)، والفائق. وقدمه في الفروع.

وقال في المستوعب، والروضة، والرعايتين، والحاويين، والنظم، وغيرهم: إذا بلغ عق عن نفسه.

قال في الرعاية: تأسيا بالنبي ﷺ. وأطلقهما في تجريد العناية.

قال الحافظ ابن حجر في شرح البخاري: وعن الحنابلة يتعين الأب، إلا إن تعذر بموت أو امتناع.

قوله: ﴿وَحُكْمُهَا حُكْمُ الْأَضْحِيَّةِ﴾.

هكذا قال جماعة من الأصحاب^(٣). واختاره المصنف، والشارح. وجزم به في الوجيز، والمنتخب، وتجريد العناية. وقدمه في الفروع، وقال: ذكره جماعة.

ويستثنى من ذلك: أنه لا يجزئ فيها شرك في بدنة، ولا بقرة، كما تقدم. وأنه ينزعها أعضاء. ولا يكسر لها عظما على القولين.

والمنصوص عن الإمام أحمد: أنه يباع الجلد والرأس والسواقط. ويتصدق بثلثه. وهو المذهب. وعليه جماهير الأصحاب. وجزم به في المستوعب، والخلاصة والمنور، وغيرهم. وقدمه في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمحرر^(٤)، والرعايتين، والحاويين، والفائق. وصححه الناظم. وحمل ابن منجا كلام المصنف على ذلك.

قال في الفروع، والرعاية الكبرى: وتشاركها في أكثر أحكامها، كالأكل والهدية، والصدقة، والضمان، والولد، واللبن، والصوف، والزكاة، والركوب، وغير ذلك. ويجوز بيع جلدها وسواقتها ورأسها، والصدقة بثلثها. نص عليه. انتهى.

قال أبو الخطاب: يحتتمل أن ينقل حكم إحداهما إلى الأخرى. فيخرج في المسألة روايتان. انتهى.

(١) المغني (١٢٢/١١).

(٢) ذكر في الشرح أنها مشروعة في حق الوالد فلا يفعلها غيره كالأجنبي وكصدقة الفطر، الشرح الكبير (٥٥٨/٣).

(٣) الشرح الكبير (٥٨٩/٣)، المحرر (٢٥١/١)، الكافي (٥٤٦/١)، العمدة (٢١٥).

(٤) المحرر (٢٥١/١).

١٠٤ كتاب الحج

قال فى المستوعب: وحكمها - فيما يجزئ من الحيوان وما يجتنب فيها من العيوب وغيره - حكم الأضحية.

قال الشارح: ويحتمل أن يفرق بينهما، من حيث إن الأضحية ذبيحة شرعت يوم النحر. فأشبهت الهدى. والعقيقة شرعت عند سرور حادث، وتجدد نعمة. أشبهت الذبح فى الوليمة. ولأن الذبيحة لم تخرج عن ملكه هنا. فكان له أن يفعل فيها ما شاء من بيع وغيره. انتهى.

قال فى الرعاية الكبرى: والفرقة أشهر وأظهر.

ولم يعتبر الشيخ تقي الدين التملك.

وقال المصنف ومن تبعه: وإن طبخها ودعا إخوانه فحسن.

فوائد

إحداها: طبخها أفضل. نص عليه.

وقيل: لأحمد يشق عليهم. قال: يتحملون ذلك.

وقال فى المستوعب: يستحب أن يطبخ منها طبخ حلو، تفاعلاً بجلاوة أخلاقه. وحزم به فى الرعايتين، والحاويين، وتجريد العناية.

وقال أبو بكر فى التنبيه: يستحب أن يعطى القابلة منها فخذاً.

الثانية: يؤذن فى أذن المولود حين يولد. قاله فى الفروع. وقال فى الرعاية: يؤذن فى اليمنى. ويقام فى اليسرى.

الثالثة: يستحب أن يحنك بتمرة. وقال فى الرعاية: بتمر أو حلو أو غيره. وتقدم متى يختن؟ فى باب السواك.

قوله: ﴿وَلَا تُسَنُّ الْفُرْعَةَ. وَهِيَ ذَبْحُ أَوَّلِ وَلَدِ النَّاقَةِ. وَلَا الْعَتِيرَةَ وَهِيَ ذَبِيحَةُ رَجَبٍ﴾.

وهذا المذهب (١). وعليه الأصحاب. وقال فى الرعايتين، والحاويين، وتذكرة ابن عبدوس، وغيرهم: يكره ذلك. ولا ينافيه ما تقدم.

* * *

(١) لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال «لا فرع ولا عتيره». متفق عليه - الشرح الكبير (٥٩١/٣)، المحرر (٢٥١/١).

كتاب الجهاد

قوله: ﴿وَلَا يَجِبُ إِلَّا عَلَى ذَكَرٍ حُرٍّ مُكَلَّفٍ مُسْتَطِيعٍ. وَهُوَ الصَّحِيحُ الْوَاجِدُ لَزَادِهِ وَمَا يَحْمِلُهُ، إِذَا كَانَ بَعِيدًا﴾.

فلا يجب على أنثى بلا نزاع^(١) ولا خنثى. صرح به المصنف، والشارح، وصاحب الرعايتين، والحاويين، وغيرهم. ولا عبد. ولو أذن له سيده. ولا صبي، ولا مجنون. ولا يجب على كافر. صرح به الأصحاب. وصرح به المصنف فى هذا الكتاب فى أواخر قسمة الغنائم.

قوله: ﴿مُسْتَطِيعٍ. وَهُوَ الصَّحِيحُ﴾.

هذا شرط فى الوجوب. على الصحيح من المذهب. وعليه جماهير الأصحاب. وعنه يلزم العاجز بيدنة فى ماله، اختاره الآجرى، والشيخ تقي الدين. وحزم به القاضى فى أحكام القرآن فى سورة براءة.

فعلى المذهب: لا يلزم ضعيفا، ولا مريضا مرضا شديدا. أما المرض اليسير الذى لا يمنع الجهاد - كوجع الضرس، والصداع الخفيف - فلا يمنع الوجوب.

ولا يلزم الأعمى. ويلزم الأعور بلا نزاع. وكذا الأعشى. وهو الذى يبصر بالنهار. ولا يلزم أشل، ولا أقطع اليد أو الرجل، ولا من أكثر أصابعه ذاهبة، أو إبهامه، أو ما يذهب بذهابه نفع اليد أو الرجل.

ولا يلزم الأعرج. وقال المصنف والشارح: والعرج اليسير الذى يتمكن معه من الركوب والمشى، وإنما يتعذر عليه شدة العدو: لا يمنع.

قال فى البلغة: يلزم أعرج يسيرا. وقال فى المذهب - بعد تقديمه عدم اللزوم - وقد قيل فى الأعرج: إن كان يقدر على المشى وجب عليه.

قوله: ﴿وَهُوَ الْوَاجِدُ لَزَادِهِ﴾.

كذا قال الجمهور. وقدمه فى الفروع. وقال فى المحرر^(٢) - ومن تابعه - وهو الصحيح الواجد بملك أو بذل من الإمام.. منهم صاحب الرعايتين، والحاويين.

(١) لما روى أن النبى ﷺ كان يبايع الحر على الإسلام والجهاد، ولما روت عائشة رضى الله عنها قالت: قلت: يارسول الله هل على النساء جهاد، فقال: «جهاد ولا قتال فيه، الحج والعمرة». ولأنها ليست من أهل القتال لضعفها وخورها. المغنى (١/٣٦٦)، الشرح الكبير (١٠/٣٦٦)، العدة / والعمدة (٥٨٣)،

المحرر (٢/١٧٠).

(٢) المحرر (٢/١٧٠).

١٠٦ كتاب الجهاد

تنبيه: مراده بقوله «بعيدا» مسافة القصر.

فائدة: فرض الكفاية: واجب على الجميع. نص عليه في الجهاد. وإذا قام به من يكفى سقط الوجوب عن الباقي. لكن يكون سنة في حقهم. صرح به فى الروضة. وهو معنى كلام غيره، وأن ماعدا القسمين هنا سنة. قاله فى الفروع.

قلت: إذا فعل فرض الكفاية مرتين، ففى كون الثانى فرضا وجهان. وأطلقهما فى القواعد الأصولية والزر كشى.

قال: وكلام ابن عقيل يقتضى أن فرضيته محل وفاق. وكلام أحمد محتمل. انتهى.

وقدم ابن مفلح فى أصوله: أنه ليس بفرض.

وينبنى على الخلاف جواز فعل الجنازة ثانيا بعد الفجر والعصر.

وإن فعله الجميع كان كله فرضا. ذكره ابن عقيل محل وفاق.

قال الشيخ تقى الدين: لعله إذا فعلوه جميعا. فإنه لا خلاف فيه. انتهى.

قال فى الفروع: ويتوجه احتمال يجب الجهاد باللسان. فيهجوهم الشاعر.

وذكر الشيخ تقى الدين الأمر بالجهاد: منه ما يكون بالقلب، والدعوة والحجة، والبيان، والرأى والتدبير، والبدن. فيجب بغاية ما يمكنه.

قوله: ﴿وَأَقْلُ مَا يُفْعَلُ مَرَّةً فِي كُلِّ عَامٍ﴾.

مراده: مع القدرة على فعله.

قوله: ﴿إِلَّا أَنْ تَدْعُوَ حَاجَةً إِلَى تَأْخِيرِهِ﴾.

وكذا قال فى الوجيز وغيره. قال فى الفروع: فى كل عام مرة، مع القدرة. قال فى المحرر^(١): للإمام تأخيرها لضعف المسلمين. زاد فى الرعاية: أو قلة علف فى الطريق، أو انتظار مدد، أو غير ذلك.

قال المصنف والشارح: فإن دعت حاجة إلى تأخيرها، مثل أن يكون بالمسلمين ضعف فى عدد أو عدة، أو يكون منتظرا المدد يستعين به، أو يكون فى الطريق إليهم مانع، أو ليس فيها علف أو ماء، أو يعلم من عدوه حسن الرأى فى الإسلام، ويطمع فى إسلامهم إن أحرقتهم، ونحو ذلك: جاز تركه.

قال فى الفروع: ويفعل كل عام مرة، إلا لمانع بطريق. ولا يعتبر أمنها. فإن وضعه على الخوف.

(١) ذكره صاحب المحرر (١٧٠/٢).

كتاب الجهاد ١٠٧

وعنه يجوز تأخيره لحاجة. وعنه ومصلحة، كرجاء إسلام. وهذا الذى قطع به المصنف، والشارح. والصحيح من المذهب: خلاف ما قطعاً به. قدمه فى المحرر^(١)، والفروع، والرعايتين، والحاويين.

قوله: ﴿وَمَنْ حَضَرَ الصَّفَّ مِنْ أَهْلِ فَرَضِ الْجِهَادِ، أَوْ حَضَرَ الْعَدُوَّ بِلَدِّهِ: تَعَيَّنَ عَلَيْهِ﴾.

بلا نزاع^(٢). وكذا لو استنفره من له استنفره بلا نزاع.

تنبيه: ظاهر قوله: «من أهل فرض الجهاد تعين عليه» أنه لا يتعين على العبد إذا حضر الصف، أو حصر العدو ببلده. وهو أحد الوجهين. وهو ظاهر ما فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمحرر^(٣)، وغيرهم. وصححه فى الرعايتين، والحاويين، فى باب قسمة الغنيمة عند استنصارهم.

والوجه الثانى: يتعين عليه والحالة هذه. وهو الصحيح من المذهب. قدمه فى الفروع. قال الناظم:

وإن قياس المذهب: إيجابه على النساء فى حضور الصف دفعا وأعبدا.

وقال فى البلغة هنا: ويجب على العبد فى أصح الوجهين.

وقال أيضا: هو فرض عين فى موضعين. إحداهما: إذا التقى الزحفان وهو حاضر. والثانى: إذا نزل الكفار بلد المسلمين تعين على أهله النفير إليهم. إلا لأحد رجلين: من تدعو الحاجة إلى تحلفه لحفظ الأهل أو المكان، أو المال، والآخر: من يمنعه الأمير من الخروج. هذا فى أهل الناحية ومن بقربهم. أما البعيد على مسافة القصر: فلا يجب عليه، إلا إذا لم يكن دونهم كفاية من المسلمين. انتهى.

وكذا قال فى الرعاية، وقال: أو كان بعيدا. أو عجز عن قصد العدو.

قلت: أو قرب منه وقدر على قصده، لكنه معذور بمرض أو نحوه، أو بمنع أمير أو غيره بحق، كحبسه بدين. انتهى.

تنبيه: مفهوم قوله: «أو حضر العدو ببلده» أنه لا يلزم البعيد. وهو الصحيح إلا أن تدعو حاجة إلى حضوره. كعدم كفاية الحاضرين للعدو. فيتعين أيضا على البعيد. وتقدم كلامه فى البلغة.

(١) المحرر (١٧٠/٢).

(٢) الشرح الكبير (٣٦٨/١٠)، العدة (٥٨٢)، المحرر (١٧٠/٢).

(٣) المحرر (١٧٠/٢).

١٠٨ كتاب الجهاد

تنبه آخر: قوله «أو حضر العدو بلده» هو بالضاد المعجمة، وظاهر بحث ابن منجا في شرحه: أنه بالمهملة. وكلامه محتمل. لكن كلام الأصحاب صريح في ذلك. ويلزم الحصر الحضور. ولا عكسه.

فوائد

لو نودي بالصلاة والنفير معا: صلى ونفر بعدها، إن كان العدو بعيدا. وإن كان قريبا نفر وصلى راكبا. وذلك أفضل.

ولا ينفر في خطبة الجمعة، ولا بعد الإقامة لها. نص على الثلاثة.

ونقل أبو داود في المسألة الأخيرة: ينفر إن كان عليه وقت. قلت: لا يدرى نفير حق أم لا؟ قال: إذا نادوا بالنفير فهو حق. قلت: إن أكثر النفير لا يكون حقا؟ قال: ينفر بكونه يعرف بجيء عدوهم كيف هو؟.

قوله: ﴿وَأَفْضَلُ مَا يُتَطَوَّعُ بِهِ : الْجِهَادُ﴾.

هذا المذهب (١). أطلقه الإمام أحمد والأصحاب.

وقيل: الصلاة أفضل من الجهاد. وهو ظاهر كلام المصنف في باب صلاة التطوع. وقدمه في الرعاية الكبرى هناك، والخواشي.

وقال الشيخ تقي الدين: استيعاب عشر ذى الحجة بالعبادة ليلا ونهارا. أفضل من الجهاد الذي لم تذهب فيه نفسه وماله. وهي في غيره بعدله. قال في الفروع: ولعله مراد غيره.

وعنه: العلم تعلمه وتعليمه أفضل من الجهاد وغيره.

وتقدم ذلك في أول صلاة التطوع بآتم من هذا.

فوائد

إحداها: الجهاد أفضل من الرباط. على الصحيح من المذهب. وقاله القاضى فى المجرى. وقدمه فى الفروع وغيره.

قال الشيخ تقي الدين: هو المنصوص عن الإمام أحمد فى رواية ابنه عبد الله، وابن الحكم، فى تفضيل تجهيز الغازى على المرباط من غير غزو.

(١) لما روى أبو هريرة قال سئل رسول الله ﷺ: أى الأعمال أفضل أو أى خير؟ قال الإيمان بالله ورسوله. قيل ثم أى شىء؟ قال الجهاد سنام العمل. قيل ثم أى؟ قال حج ميرور. قاله الترمذى. الشرح الكبير (٣٦٩/١٠)، العمدة (٥٨٣)، المحرر (١٧٠/٢)، الكافى (١١٩/٢).

- كتاب الجهاد ١٠٩
- وقال أبو بكر في التنبية: الرباط أفضل من الجهاد. لأن الرباط أصل والجهاد فرعه. لأنه معقل للعدو، ورد لهم عن المسلمين. وأطلقهما في الرعايتين، والحاويين.
- وقال الشيخ تقي الدين: العمل بالقوس والرمح أفضل من النفس. وفي غيرها نظيرها. وتقدم ذلك أيضا هناك في أول صلاة التطوع.
- الثانية: الرباط أفضل من المجاورة بمكة. وذكره الشيخ تقي الدين إجماعا. والصلاة بمكة أفضل من الصلاة بالثغر. نص عليه.
- الثالثة: قتال أهل الكتاب أفضل من غيرهم. قاله المصنف، والشارح، وغيرهما.
- تنبية: قوله: ﴿وَعَزَّوْا الْبَحْرَ أَفْضَلُ مِنْ عَزْوِ الْبَرِّ وَمَعَ كُلِّ بَرٍّ وَفَاجِرٍ﴾.
- بلا نزاع (١). وذلك بشرط أن يحفظ المسلمين. ولا يكون أحد منهم مخذلا، ولا مرجفا. ونحوهما. ويقدم القوى منهما. نص على ذلك.
- قوله: ﴿وَتَمَامُ الرِّبَاطِ: أَرْبَعُونَ لَيْلَةً. وَهُوَ لَزُومُ الثَّغْرِ لِلجِهَادِ﴾.
- وهكذا قاله الإمام أحمد فيهما. ويستحب ولو ساعة. نص عليه. وقال الآجري، وأبو الخطاب، وابن الجوزي، وغيرهم: وأقله ساعة. انتهى.
- وأفضل الرباط: أشده خوفاً. قاله الأصحاب (٢).
- قوله: ﴿وَلَا يُسْتَحَبُّ نَقْلُ أَهْلِهِ إِلَيْهِ﴾.
- يعنى يكره. وهذا المذهب نص عليه. جزم به في المغنى (٣)، والشرح (٤)، وغيرهما. وقدمه في الفروع. ونقل حنبل: ينتقل بأهله إلى مدينة تكون معقلا للمسلمين، كأنطاكية، والرملة، ودمشق.
- تنبية: محل هذا: إذا كان الثغر مخوفا. قاله المصنف، والشارح. فإن كان الثغر آمنا
-
- (١) لما روى عن أنس قال قال رسول الله ﷺ ثم استيقظ وهو يضحك قالت أم حرام فقلت ما يضحكك يا رسول الله وقال ناس من أمتي عرضوا على غزاة في سبيل الله يركبون ثبج هذا البحر ملوكا على الأسرة - أو مثل الملوك على الأسرة. متفق عليه. وروى عن أم حرام عن النبي ﷺ أنه قال والمائدنى البحر الذى يصيبه القىء له أجر شهيد والغرق له أجر شهيدين. ذكرهما صاحب الشرح الكبير وأحاديث أخرى (٣٧٠/١٠)، المحرر (١٧٠/٢)، العده (٥٨٤)، الكافى (١٢٠/٤).
- (٢) لما روى سليمان قال سمعت رسول الله ﷺ يقول «رباط ليلة في سبيل الله خير من صيام شهر وقيامه فإن مات جرى عليه عمله الذى يعمل وأجرى عليه رزقه وأمن الفتان». وذكره صاحب المغنى وأحاديث كثيرة (المغنى (٣٧٦/١٠)، المحرر (١٧٠/٢)، الكافى (١٢٠/٤)، العده (٥٨٥).
- (٣) المغنى (٣٧٩/١٠).
- (٤) الشرح الكبير (٣٧٧/١٠).

١١٠ كتاب الجهاد

لم يكره نقل أهله إليه. وهو ظاهر ما جزم به المصنف، والشارح. وقدمه فى الرعاية الكبرى.

وقيل: لا يستحب. وهو ظاهر كلام المصنف هنا. وظاهر كلام كثير من الأصحاب.

فأما أهل الثغور: فلا بد لهم من السكنى بأهلهم. ولولا ذلك لخربت الثغور وتعطلت.

فائدة: يستحب تشييع الغازى لا تلقيه. نص عليه. وقاله الأصحاب، لأنه تهنة بالسلامة من الشهادة.

قال فى الفروع: يتوجه مثله فى حج، وأنه يقصده للسلام.

ونقل عنه فى حج: لا. إن كان قصده، أو كان ذا علم، أو هاشميا، ويخاف شره. وشيخ أحمد أمه للحج.

وقال فى الفنون: وتحسن التهنة بالقدوم للمسافر.

وفى نهاية أبى المعالى: وتستحب زيارة القادم. وقال فى الرعاية: يودع القاضى الغازى والحاج. ما لم يشغله عن الحكم.

وذكر الآجرى: استحباب تشييع الحاج ووداعه، ومسألته أن يدعو له.

قوله: ﴿وَتَجِبُ الْهَجْرَةُ عَلَى مَنْ يَفْجِرُ عَنْ إِظْهَارِ دِينِهِ فِي دَارِ الْحَرْبِ﴾.

بلا نزاع^(١) فى الجملة. ودار الحرب: ما يغلب فيها حكم الكفر. زاد بعض الأصحاب - منهم: صاحب الرعايتين، والحاويين - أو بلد بغاة، أو بدعة، كرفض واعتزال.

قلت: وهو الصواب. وذلك مقيد بما إذا أطاقه. فإذا أطاقه وجبت الهجرة ولو كانت امرأة فى العدة. ولو بلا راحلة ولا محرم.

وذكر ابن الجوزى فى قوله تعالى: ﴿فَمَا لَكُمْ فى الْمُنَافِقِينَ فتنين﴾. [المائدة - ٨٨] عن القاضى: أن الهجرة كانت فرضا إلى أن فتحت مكة.

قال فى الفروع: كذا قال. وقال فى عيون المسائل فى الحج بمحرم: إن أمنت على نفسها من الفتنة فى دينها: لم تهاجر إلا بمحرم.

(١) لظاهر الآية: ﴿إِنَّ الَّذِينَ تَوَفَّاهُمْ﴾. الآية. ولما روى عن النبى ﷺ أنه قال «أنا برىء من مسلم بين مشتركين». رواه أبو داود - الشرح الكبير (٣٧٩/١٠)، المحرر (١٧٠/٢).

كتاب الجهاد ١١١

وقال المجد في شرحه: إن أمكنها إظهار دينها، وأمتهم على نفسها: لم تبح إلا بمحرم كالحج. وإن لم تأمنهم: جاز الخروج حتى وحدها، بخلاف الحج.

قوله: ﴿وُتَّحَبُّ لِمَنْ قَدَرَ عَلَيْهَا﴾.

هذا المذهب. وعليه جماهير الأصحاب. وحزم به في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والخلاصة، والمغنى (١)، والشرح (٢)، والمحرم (٣)، والوجيز، وغيرهم. وقدمه في الفروع وغيره. وقال ابن الجوزي: تجب عليه، وأطلق.

قال في الفروع: وقال في المستوعب: لا تسن لامرأة بلا رفقة.

فائدة: لا تجب الهجرة من بين أهل المعاصي.

قوله: ﴿وَلَا يُجَاهِدُ مَنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ لَأَوْفَاءَ لَهُ إِلَّا يَأْذَنُ غَيْرِهِ﴾.

هذا المذهب (٤) مطلقا. وعليه أكثر الأصحاب. وقطعوا به.

وقيل: يستأذنه في دين حال فقط.

وقيل: إن كان المديون جنديا موثوقا لم يلزمه استئذانه، وغيره يلزمه.

قلت: يأتي حكم هذه المسألة في كتاب الحجر بآتم من هذا محررا.

فعلى المذهب: لو أقام له ضامنا، أو رهنا محررا، أو كيلا يقضيه: جاز.

تنبيهان

أحدهما: مفهوم قوله: «لأوفاء له». أنه إن كان له وفاء: يجاهد بغير إذنه. وهو صحيح. وصرح به الشارح وغيره. وكلامه في الفروع كلفظ المصنف.

وقيل: لا يجاهد إلا بإذنه أيضا. وقدمه في الرعايتين، والحاويين. وهو ظاهر كلامه في الهداية، والمذهب، والخلاصة، والمحرم (٥) وغيرهم. لإطلاقهم عدم المجاهدة بغير إذنه.

(١) المغنى (١٠/٥١٥).

(٢) «لكنه يتمكن من إظهار دينه مع إقامتهم في دار الكفار فيستحب له ليتمكن من جهادهم وتكفير المسلمين»، الشرح الكبير (١٠/٣٨١).

(٣) المحرم (٢/١٧٠).

(٤) لما روى أن رجلا جاء إلى رسول الله ﷺ فقال: «يارسول الله إن قتل في سبيل الله صابرا محتسبا تكفر عنى خطيأى». قال: «نعم إلا الدين فإن جبريل قال لي ذلك» رواه مسلم. المغنى (١٠/٣٨٤).

الشرح الكبير (١٠/٣٨٢)، المحرم (٢/١٧٠)، الكافي (٤/١١٩).

(٥) المحرم (٢/١٧٠).

١١٢ كتاب الجهاد

قلت: لعل مراد من أطلق: ما قاله المصنف وغيره. وتكون المسألة قولاً واحداً. ولكن صاحب الرعاية - ومن تابعه - حكى وجهين. فقالوا: ويستأذن المديون. وقيل: المعسر.

الثاني: عموم قوله: ﴿وَمَنْ أَحَدُ أَبَوَيْهِ مُسْلِمٌ إِلَّا يَأْذَنَ أَبِيهِ﴾.

يقتضى استئذان الأبوين الرقيقين المسلمين، أو أحدهما كالحرين. وهو أحد الوجهين. وهو ظاهر كلام الخرقى، وصاحب الهداية، والخلاصة وغيرهم. وقدمه الزركشى.

والوجه الثاني: لا يجب استئذانه. وهو احتمال فى المغنى^(١)، والشرح^(٢)، وهو المذهب. وجزم به فى المحرر^(٣)، والمنور، والنظم. وأطلقهما فى الرعاية الصغرى، والحاوين، والكافى، والبلغة، والفروع.

وقال فى الرعاية الكبرى: ومن أحد أبويه مسلم - وقيل: أو رقيق - لم يتطوع بلا إذنه. ومع رقهما: فيه وجهان. انتهى.

فائدة: لا إذن لجد ولا بلدة. ذكره الأصحاب.

وقال فى الفروع: ولا يحضرنى الآن عن أحمد فيه شىء. ويتوجه تخريج احتمال فى الجد أبى الأب. يعنى: أنه كالأب فى الاستئذان.

تسيهان

أحدهما: مفهوم قوله: ﴿إِلَّا أَنْ يَتَعَيَّنَ عَلَيْهِ الْجِهَادُ. فَإِنَّهُ لَطَاعَةٌ لَهُمَا فِي تَرْكِ فَرِيضَةٍ﴾.

أنه إذا لم يتعين: أنه لا يجاهد إلا بإذنها. وهو صحيح. وهو المذهب^(٤).

وقال فى الروضة: حكم فرض الكفاية فى عدم الاستئذان حكم المتعين عليه.

الثانى: أفادنا المصنف - رحمه الله - بقوله «فإنه لاطاعة لهما فى ترك فريضة» أنه يتعلم من العلم ما يقوم به دينه من غير إذن. لأنه فريضة عليه.

قال الإمام أحمد: يجب عليه فى نفسه صلاته وصيامه ونحو ذلك. وهذا خاصة

(١) المغنى (٣٨٢/١٠).

(٢) الشرح الكبير (٣٨٣/١٠).

(٣) المحرر (١٧٠/٢).

(٤) المحرر (١٧٠/٢)، الشرح الكبير (٣٨٤/١٠)، المغنى (٣٨٣/١٠)، العدة (٥٨٦)، الكافى (١١٨/٤).

كتاب الجهاد ١١٣

بطلبه بلا إذن. ونقل ابن هانئ - فيمن لا يأذن له أبواه - يطلب منه بقدر ما يحتاج إليه. العلم لا يعدله شيء.

وقال في الرعاية: من لزمه التعلم - وقيل: أو كان فرض كفاية. وقيل: أو نفلا - ولا يحصل ذلك ببلده، فله السفر لطلبه بلا إذن أبويه، انتهى.

وتقدم في أواخر صفة الصلاة: هل يجيب أبويه وهو في الصلاة؟ وكذلك لو دعاه النبي صلى الله عليه وسلم.

فائدة قوله: ﴿وَلَا يَجِلُّ لِلْمُسْلِمِينَ الْفِرَارُ مِنْ صَفِّهِمْ إِلَّا مُتَحَرِّفِينَ لِقِتَالٍ، أَوْ مُتَحَيِّزِينَ إِلَى فِتْنَةٍ﴾.

وهذا المذهب (١) [مطلقا] وعليه جماهير الأصحاب، وقطعوا به. وقال في المنتخب: لا يلزم ثبات واحد لاثنتين على الانفراد.

وقال في عيون المسائل، والنصيحة، والنهاية، والطريق الأقرب، والهداية، والمذهب، والخلاصة، والرعايتين، والحاويين وغيرهم: يلزمه الثبات. وهو ظاهر كلام من أطلق. ونقله الأثرم، وأبو طالب.

وقال الشيخ تقي الدين: لا يخلو: إما أن يكون قتال دفع أو طلب.

فالأول: بأن يكون العدو كثيرا لا يطيقهم المسلمون. ويخافون أنهم إن انصرفوا عنهم عطفوا على من تخلف من المسلمين. فهنا صرح الأصحاب بوجوب بذل مهجهم في الدفع حتى يسلموا. ومثله: لو هجم عدو على بلاد المسلمين والمقاتلة أقل من النصف، لكن إن انصرفوا استولوا على الحريم.

والثاني: لا يخلو: إما أن يكون بعد المصافة أو قبلها. فقبلها وبعدها حين الشروع في القتال: لا يجوز الإدبار مطلقا إلا لتحرف أو تحيز. انتهى.

يعنى: ولو ظنوا التلف.

[إذا علمت ذلك] قال الأصحاب: التحرف أن ينحاز إلى موضع يكون القتال فيه أمكن، مثل أن ينحاز من مقابلة الشمس أو الريح، ومن نزول إلى علو، ومن معطشة إلى ماء، أو يفر بين أيديهم لينقض صفوفهم، أو تنفرد خيلهم من رجالهم، أو ليجد فيهم فرجة، أو يستند إلى جبل ونحو ذلك مما جرت به عادة أهل الحرب.

(١) لوجوب الآية ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا لَقِيتُمْ فِئَةً فَاثْبُتُوا﴾. الآية وقد عد النبي ﷺ الفرار من الزحف من الكبائر. الشرح الكبير (٣٨٥/١٠)، المحرر (١٧٠/٢)، الكافي (١٢١/٤).

وقالوا فى التحيز إلى فئة: سواء كانت قريبة أو بعيدة.

قوله: ﴿فَإِنْ زَادَ الْكُفَّارُ: فَلَهُمُ الْفِرَارُ﴾.

قال الجمهور (١): والفرار أولى والحالة هذه، مع ظن التلف بتركه. وأطلق ابن عقيل فى النسخ استحباب الثبات للزائد على الضعف.

فائدة: قال المصنف والشارح وغيرهم: لو خشى الأسر. فالأولى أن يقاتل حتى يقتل، ولا يستأسر. وإن استأسر جاز. لقصة خبيب وأصحابه، ويأتى كلام الآجرى قريبا.

قوله: ﴿إِلَّا أَنْ يَغْلِبَ عَلَى ظَنِّهِمُ الظُّفْرُ. فَلَيْسَ لَهُمُ الْفِرَارُ. وَلَوْ زَادُوا عَلَى أضعافهم﴾.

وظاهره: وجوب الثبات عليهم والحالة هذه. وهو أحد الوجهين. وهو ظاهر كلام الوجيز. وهو احتمال فى المغنى (٢) والشرح (٣) وهو ظاهر كلام الشيرازى: فإنه قال: إذا كان العدو أكثر من مثلى المسلمين، ولم يطبقوا قتالهم: لم يعص من انهزم.

والوجه الثانى: لا يجب الثبات، بل يستحب. وهو المذهب. جزم به فى المحرر وغيره (٤). وقدمه فى الشرح، والفروع، والرعايتين، والحاويين. وقال الزركشى: هو المعروف عن الأصحاب. قال ابن منجا: وهو قول من علمنا من الأصحاب.

فائدة: لو ظنوا الهلاك فى الفرار، وفى الثبات. فالأولى لهم: القتال من غير إيجاب. على الصحيح من المذهب. جزم به فى المغنى (٥)، والشرح (٦)، وقدمه فى الفروع، والرعايتين، والحاويين، والمحرر (٧)، والهداية.

قال الزركشى: هذا المشهور المختار من الروايتين.

(١) المحرر (١٧١/٢)، المغنى (٥٥١/١٠)، الكافى (١٢٢/٤)، الشرح الكبير (٣٨٦/١٠).

(٢) المغنى (٥٥٣/١٠).

(٣) لما فى ذلك من المصلحة فإن غلب على ظنهم الهلاك فى الإقامة والسلامة فى الانصراف فالأولى لهم الانصراف. راجعه فى الشرح الكبير (٣٨٨/١٠).

(٤) المحرر (١٧١/٢).

(٥) المغنى (٥٥٤/١٠).

(٦) لينالوا درجة الشهداء المقبلين على القتال محسنين فيكونوا أفضل من المولين. الشرح الكبير (٣٨٨/١٠).

(٧) المحرر (١٧١/٢).

كتاب الجهاد ١١٥

وعنه: يلزم القتال والحالة هذه. وهو ظاهر الخرقى. قاله فى الهداية. قال الزركشى: وهو اختيار الخرقى.

قلت: وهو أولى.

قال الإمام أحمد: ما يعجبني أن يستأسر. يقاتل أحب إلى. الأسر شديد. ولا بد من الموت. وقد قال عمار «من استأسر برئت منه الذمة» فلهذا قال الأجرى: يأنم بذلك. فإنه قول أحمد.

وذكر الشيخ تقي الدين: أنه يسن انغماسه فى العدو لمنفعة المسلمين، وإلا نهى عنه. وهو من التهلكة.

قوله: ﴿وَإِن لَّقِيَ فِي مَرْكَبِهِمْ نَارًا فَعَلُوا مَا يَأْمُرُ السَّلَامَةَ فِيهِ﴾.

بلا نزاع. فإن شكوا فعلموا ما شاءوا، من المقام أو إلقاء نفوسهم فى الماء. هذا المذهب. حزم به فى الوجيز وغيره. وقدمه فى الفروع، والمحزر^(١)، والشرح^(٢)، والرعايتين، والحاويين وغيرهم. وعنه: يلزمهم المقام. نصره القاضى وأصحابه.

قلت: وهو الصواب.

وقال ابن عقيل: يجرم ذلك. وحكاه رواية عن أحمد وصححها.

قوله: ﴿وَيَجُوزُ تَبْيِيتُ الْكُفَّارِ﴾. بلا نزاع.

ولو قتل فيه صبي أو امرأة أو غيرهما ممن يجرم قتلهم إذا لم يقصدهم.

قوله: ولا يجوز إحراق نحل ولا تغريقه. بلا نزاع.

وهل يجوز أخذ شهده كله بحيث لا يترك للنحل شيء؟ فيه روايتان. وأطلقهما فى المغنى^(٣)، والشرح^(٤)، والبلغة، والفروع.

إحدهما: يجوز. قدمه فى الرعايتين، والحاويين.

والثانية: لا يجوز.

(١) المحزر (١٧١/٢).

(٢) الشرح الكبير (٣٨٩/١٠).

(٣) المغنى (٥٠٦/١٠).

(٤) لأن النبى ﷺ نهى عن قتال النحلة ولأنه إفساد يدخل فى عموم الآية: ﴿إِذَا تَوَلَّى سَعَى فِي الْأَرْضِ لِيُفْسِدَ﴾. الآية الشرح الكبير (٣٩١/١٠).

قوله: ﴿وَلَا يَجُوزُ دَابَّةً، وَلَا شَاةً، إِلَّا لِأَكْلِ يُخْتَا جُ إِلَيْهِ﴾.

يعنى: لا يجوز فعله إلا لذلك. وهو المذهب. قدمه فى الفروع، والرعايتين، والحاويين، والزرركشى. وجزم به فى المحرر وغيره (١). وهو ظاهر كلام الخرقى. وعنه: يجوز الأكل مع الحاجة وعدمها فى غير دواب قتالهم. كالبقر والغنم. وجزم به بعضهم. واختاره المصنف، والشارح. وذكر ذلك إجماعاً فى دجاج وطير. واختاراً أيضاً: جواز قتل دواب قتالهم إن عجز المسلمون عن سوقها، ولا يدعها لهم. وذكره فى المستوعب. وجزم به فى الوجيز. قال فى الفروع: وعكسه أشهر.

قلت: وهو ظاهر كلام المصنف هنا. وقدمه الزرركشى. وقال فى البلغة: يجوز قتل ما قاتلوا عليه فى تلك الحال. وجزم به المصنف، والشارح، وقالوا: لأنه يتوصل به إلى قتلهم وهزيمتهم. وقالوا: ليس فى هذا خلاف. وهو كما قالوا.

فائدتان

إحداهما: لو حزننا دوابهم إلينا: لم يجوز قتلها إلا للأكل. ولو تعذر حمل متاع، فترك ولم يشتر: فللأمير أخذه لنفسه وإحراقه. نص عليه. وإلا حرم. إذ ما جاز اغتنامه حرم إتلافه، وإلا جاز إتلاف غير الحيوان.

قال فى البلغة: ولو غنمناه، ثم عجزنا عن نقله إلى دارنا. فقال الأمير: من أخذ شيئاً فهو له. فمن أخذ منه شيئاً فهو له. وكذا إن لم يقل ذلك فى أكثر الروايات. وعنه غنيمة.

الثانية: يجوز إتلاف كتبهم المبدلة. جزم به فى الرعاية الصغرى، والحاويين. وقدمه فى الرعاية الكبرى. وقال فى البلغة: يجب إتلافها. واقتصر عليه فى الفروع. قال فى الرعاية الكبرى، وقيل: يجب إتلاف كفر أو تبديل.

قوله: ﴿وَفِي جَوَازِ إِحْرَاقِ شَجَرِهِمْ وَرَزْعِهِمْ وَقَطْعِهِ: رَوَايَتَانِ﴾.

وأطلقهما فى المغنى (٢)، والشرح (٣)، والزرركشى.

(١) المحرر (١٧٢/٢).

(٢) المغنى (٥٠٩/١٠).

(٣) ذكر صاحب الشرح الكبير الروايتين فانظر الشرح (٣٩٤/١٠).

اعلم أن الزرع والشجر ينقسم ثلاثة أقسام.

أحدها: ما تدعو الحاجة إلى إتلافه لغرض ما. فهذا يجوز قطعه وحرقه. قال المصنف والشارح: بغير خلاف نعلمه.

الثانى: ما يتضرر المسلمون بقطعه. فهذا يحرم قطعه وحرقه.

الثالث: ما عدهما. ففيه روايتان.

إحدهما: يجوز. وهو المذهب. جزم به فى الوجيز، والخرقى. وصححه فى التصحيح. وقدمه فى المحرر^(١)، والفروع والرعايتين، والحاويين. واختاره أبو الخطاب وغيره.

والأخرى: لا يجوز، ألا يقدر عليهم إلا به، أو يكونوا يفعلونه بنا. قال فى الفروع: نقله واختاره الأكثر.

قال الزركشى: وهو أظهر. وقدمه ناظم المفردات. وقال: هذا هو المفتى به فى الأشهر. وهو من المفردات. وقال فى الوسيلة: لا يحرق شيئاً ولا بهيمة إلا أن يفعلوه بنا. قال الإمام أحمد: لأنهم يكافئون على فعلهم.

قوله: ﴿وَكَذَلِكَ رَمَيْتُمْ بِالنَّارِ، وَفَتَحُ الْمَاءِ لِيُغْرِقَهُمْ﴾.

وكذا هدم عامرهم. يعنى: أن رميهم بالنار وفتح الماء ليغرقهم كحرق شجرهم وزرعهم وقطعه، خلافاً ومذهباً. وهو إحدى الطريقتين. جزم به الخرقى، والرعايتين، والحاويين [والهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمقنع، والمحرر^(٢)، والنظم وغيرهم].

والطريقة الثانية: الجواز مطلقاً. وجزم فى المغنى^(٣) والشرح^(٤) بالجواز إذا عجزوا عن أخذه بغير ذلك، وإلا لم يجوز. وأطلقهما فى الفروع.

قوله: ﴿وَإِذَا ظَفِرَ بِهِمْ لَمْ يُقْتَلْ صَبِيٌّ، وَلَا امْرَأَةٌ، وَلَا رَاهِبٌ، وَلَا شَيْخٌ فَانٍ، وَلَا زَيْنٌ، وَلَا أَعْمَى. لَا رَأَى لَهُمْ، إِلَّا أَنْ يُقَاتِلُوا﴾.

قال الأصحاب: أو يجرضوا. وهذا المذهب مطلقاً. وعليه أكثر الأصحاب. وقيد

(١) ذكر صاحب المحرر هذا الجواز فانظره المحرر (١٧٢/٢).

(٢) المحرر (١٧٢/٢).

(٣) المغنى (٥٠٢/١٠).

(٤) ذكر فى الشرح: أما رميهم بالنار قبل أخذهم فإن أمكن أخذهم بدونها لم يجوز لأنهم فى معنى المقدر عليه أما عند العجز عنهم بغيرها فحائز. الشرح الكبير (٣٩٦/١٠).

١١٨ كتاب الجهاد

بعض الأصحاب عدم قتل الراهب بشرط عدم مخالطة الناس. فإن خالف قتل وإلا فلا. والمذهب: لا يقتل مطلقاً.

وقال المصنف في المغنى^(١) والشارح: في المرأة، إذا انكشفت وشتمت المسلمين رميت. وظاهر نصوصه وكلام الأصحاب لا ترمى. وقال في الفروع: ويتوجه على قول المصنف: غير المرأة مثلها إذا فعلت ذلك.

تنبية: ظاهر كلام المصنف: أنه يقتل غير من سماهم. وهو صحيح. وهو المذهب. وعليه أكثر الأصحاب. وقدمه في الفروع وغيره. وقال المصنف في المغنى^(٢). وتبعه الشارح: لا يقتل العبد، ولا الفلاح. وقال في الإرشاد: لا يقتل الحر إلا بالشروط المتقدمة. ونقل المروزي لا يقتل معتوه مثله لا يقاتل.

فائدة: الخنثى كالمرأة. صرح به المصنف في الكافي^(٣).

ويقتل المريض إذا كان ممن لو كان صحيحاً قاتل. لأنه بمنزلة الإجهاز على الجريح، إلا أن يكون مأبوساً من برئه. فيكون بمنزلة الزمن. قاله المصنف وغيره.

قوله: ﴿وَإِنْ تَرَسُّوا بِمُسْلِمِينَ لَمْ يَجْزُ رَمِيهِمْ، إِلَّا أَنْ يَخَافَ عَلَى الْمُسْلِمِينَ فَيَرْمِيهِمْ، وَيَقْصِدُ الْكُفَّارَ﴾.

هذا بلا نزاع^(٤). وظاهر كلامه: أنه إذا لم يخف على المسلمين ولكن لا يقدر عليهم إلا بالرمي: عدم الجواز. وهذا المذهب. نص عليه. وقدمه في الفروع. وجزم به في الوجيز. وقال القاضي: يجوز رميهم حال قيام الحرب. لأن تركه يفضي إلى تعطيل الجهاد. وجزم به في الرعاية الكبرى.

قال في الصغرى والحاويين: فإن خيف على الجيش، أو فوت الفتح، رمينا بقصد الكفار.

فائدة: حيث قلنا لا يحرم الرمي. فإنه يجوز، لكن لو قتل مسلماً لزمته الكفارة، على ما يأتي في بابها. ولا دية عليه على الصحيح من المذهب.

(١) لما روى سعيد عن عكرمة . قال: لما حاصر رسول الله ﷺ أهل الطائف أشرفت امرأه فكتفت عن قلبها فقال «هادونكم فارموها» فرماها رجل من المسلمين فما أخطأ ذلك منها.

(٢) بالنسبة لقتل العبد لما روى عن النبي ﷺ قال «أدركوا خالداً فمروه ألا يقتل ذرية ولا عسيفاه وهم العبيد (المغنى ٥٤٣/١٠) والفلاح. المغنى (٥٤٤/١٠) لما روى عن عمر بن الخطاب: اتقوا الله ولا تقتلوا الفلاحين .

(٣) لأنه يحتمل أنه امرأة فلا يجوز قتله مع الشرك. انظر الكافي (١٢٥/٤).

(٤) المحرر (١٧٢/٢)، الشرح الكبير (٤٠٣/١٠)، الكافي (١٢٦/٤).

كتاب الجهاد ١١٩

وعنه عليه الدية: ويأتى ذلك فى كلام المصنف فى كتاب الجنائيات فى «فصل»
والخطأ على ضربين».

وقال فى الوسيلة: يجب الرمى. ويكفر. ولا دية. قال الإمام أحمد: لو قالوا ارحلوا
عنا وإلا قتلنا أسراكم، فليرحلوا عنهم.

قوله: ﴿وَمَنْ أَسْرَ أَسِيرًا لَمْ يَجْزُ قَتْلُهُ حَتَّى يَأْتِيَ بِهِ الْإِمَامُ، إِلَّا أَنْ يَمْتَنِعَ مِنَ السَّيْرِ
مَعَهُ وَلَا يُمَكِّنُهُ إِكْرَاهُهُ بِضَرْبٍ أَوْ غَيْرِهِ﴾.

هذا المذهب بهذين الشرطين. قال فى الفروع: جزم به على الأصح. وقدمه فى
الشرح(١)، والمحرر(٢). وعنه يجوز قتله مطلقا.

وتوقف الإمام أحمد فى قتل المريض. وفيه وجهان. وأطلقهما فى الفروع،
والمذهب، ومسبوك الذهب.

والصحيح من المذهب: جواز قتله. قاله المصنف، والشارح. وصححه فى
الخلاصة. وقدمه فى المحرر(٣)، والرعايتين، والحاويين.

وقيل: لا يجوز قتله. ونقل أبو طالب: لا يجليه ولا يقتله.

فائدة: يجرم قتل أسير غير ما تقدم، على الصحيح من المذهب.

واختار الآجرى جواز قتله للمصلحة. كقتل بلال رضى الله عنه أمية بن خلف
- لعنه الله - أسير عبد الرحمن عوف رضى الله عنه، وقد أعانه عليه الأنصار.

فعلى المذهب: لو خالف وفعل. فإن كان المقتول رجلا فلا شئ عليه، وإن كان
صبيا أو امرأة عاقبه الأمير. وغرمه ثمنه غنيمة.

وقال فى المحرر(٤): ومن قتل أسيرا قبل تخيير الإمام فيه لم يضمه، إلا أن يكون
مملوكا.

قوله: ﴿وَيُخَيَّرُ الْأَمِيرُ فِي الْأَسْرَى بَيْنَ الْقَتْلِ وَالْإِسْتِرْقَاقِ وَالْمَنْ وَالْفِدَاءِ بِمُسْلِمٍ أَوْ
مَالٍ﴾.

يجوز الفداء بمال. على الصحيح من المذهب. جزم به فى الخرقى، والمغنى(٥)،

(١) الشرح الكبير (٤٠٣/١٠).

(٢) المحرر (١٧٢/٢).

(٣) المحرر (١٧٢/٢).

(٤) المحرر (١٧٢/٢).

(٥) المغنى (٤٠٠/١٠).

١٢٠ كتاب الجهاد

والمحرر^(١)، والفروع، والقاضى فى كتبه، والرعايتين، والحاويين، وغيرهم. وهو ظاهر ما حزم به فى الوجيز. وقدمه فى الشرح^(٢)، والزر كشى.

وعنه: لا يجوز بمال. ذكرها المصنف [ولم أرها لغيره] وهو وجه فى الهداية وغيرها. وصححه فى الخلاصة.

وأطلق الوجهين فى الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والبلغة.

وقال الخرقى - فيمن لا يقبل منه الحرية - لا يقبل منه إلا الإسلام أو السيف أو الفداء. وكذا قال فى الإيضاح، وابن عقيل فى تذكرته، والشريف أبو جعفر.

فظاهر كلام هؤلاء: أنه لا يجوز المن.

وقال فى الفروع عن الخرقى إنه قال: لا يقبل فى غير من لا يقبل منه إلا الإسلام أو السيف. الظاهر: أنه لم يراجع الخرقى، أو حصل سقط. فإن الفداء مذكور فى الخرقى.

وذكره فى الإنتصار رواية: يجبر الجوسى على الإسلام.

قوله: ﴿إِلَّا غَيْرَ الْكِتَابِيِّ، فَفِي اسْتِرْقَاقِهِ رَوَيْتَانِ﴾.

وأطلقهما فى الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمغنى^(٣)، والشرح^(٤)، والبلغة والمحرر^(٥)، والرعايتين، والحاويين، والفروع.

إحدهما: يجوز استرقاقهم. نص عليه فى رواية محمد بن الحكم. وحزم به فى الوجيز. قال الزركشى: وهو الصواب. وإليه ميل المصنف. قدمه فى الخلاصة.

والرواية الثانية: لا يجوز استرقاقهم. اختاره الخرقى، والشريف أبو جعفر، وابن عقيل فى التذكرة، والشيرازى فى الإيضاح.

قال فى البلغة: هذا أصح. وحزم به ناظم المفردات، وهو منها.

وقال الشارح: ويحتمل أن يكون جواز استرقاقهم مبنيًا على أخذ الجزية منهم. فإن قلنا بجواز أخذها جاز استرقاقهم، وإلا فلا.

(١) المحرر (١٧٢/٢).

(٢) الشرح الكبير (٤٠٥/١٠).

(٣) المغنى (٤٠٥/١٠).

(٤) الشرح الكبير (٤٠٥/١٠).

(٥) المحرر (١٧٢/٢).

كتاب الجهاد ١٢١

تنبيه: مراده بأهل الكتاب: من تقبل منهم الجزية. فيدخل فيهم الجوس. ذكره الأصحاب. ومراده بغير أهل الكتاب: من لا تقبل منه الجزية.

قال الزركشى: أبو الخطاب، وأبو محمد، ومن تبعهما، يحكون الخلاف فى غير أهل الكتاب والجوس. وأبو البركات جعل مناط الخلاف، فيمن لا يقر بالجزية.

فعلى قوله: نصارى بنى تغلب يجرى فيهم الخلاف، لعدم أخذ الجزية منهم.

قال: ويقرب من نحو هذا قول القاضى فى الروايتين. فإنه حكى الخلاف فى مشركى العرب من أهل الكتاب.

تنبيه: محل الخيرة للأمير إذا كان الأسير حرا مقاتلا، على الصحيح من المذهب. قدمه فى الفروع.

واختاره أبو بكر: أنه لا يسترق من عليه ولاء لمسلم، بخلاف ولده الحربى. لبقاء نسبه.

قال الشارح، وعلى قول أبى بكر: لا يسترق ولده أيضا إذا كان عليه ولاء كذلك. وأطلقهما فى المحرر (١).

وقيل: لا يسترق من عليه ولاء لدمى أيضا.

وجزم به وبالذى قبله فى البلغة.

قال فى الرعايتين، والحاويين: وفى رق من عليه ولاء مسلم أو ذمى وجهان.

فائدة: لا يبطل الاسترقاق حق مسلم. قاله ابن عقيل. وهو ظاهر ماقدمه فى الفروع.

قال فى الانتصار: لا عمل لسبى إلا فى مال. فلا يسقط حق قود له أو عليه. وفى سقوط الدين من ذمته - لضعفها برقه - كذمة مريض: احتمالان.

وقال فى البلغة: يتبع به بعد عتقه، إلا أن يغنم بعد إرقاقه. فيقضى منه دينه. فيكون رقه كموته. وعليه يخرج حلوله برقه. وإن أسر وأخذ ماله معا فالكل للغانمين، والدين باق فى ذمته. انتهى.

وقيل: إن زنى مسلم بحرية وأجلها ثم سببت لم تسترق لحملها منه.

قوله: ﴿وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَخْتَارَ إِلَّا الْأَصْلَحَ لِلْمُسْلِمِينَ﴾.

١٢٢ كتاب الجهاد

هذا المذهب (١) . وعليه الأصحاب، وقطعوا به.

قال فى الروضة: يستحب أن يختار الأصلح.

قلت: إن أراد أنه يثاب عليه فمسلم. وإن أراد: أنه يجوز له أن يختار غير الأصلح، ولو كان فيه ضرر. فهذا لا يقوله أحد.

فائدة: لو تردد رأى الإمام ونظره فى ذلك فالقتل أولى. قاله المصنف، والشارح، وصاحب الفروع، وغيرهم.

تنبيه: هذه الخيرة التى ذكرها المصنف وغيره فى الأحرار والمقاتلة.

أما العبيد والإماء: فالإمام يخيّر بين قتلهم إن رأى. أو تركهم غنيمة كالبهائم.

وأما النساء والصبيان: فيصرون أرقاء بنفس السبى.

وأما من يجرم قتله غير النساء والصبيان - كالشيخ الفانى، والراهب، والزمن، والأعمى - فقال المصنف فى المغنى (٢)، والكافى (٣)، والشارح: لا يجوز سبيهم.

وحكى ابن منجا عن المصنف أنه قال فى المغنى: يجوز استرقاق الشيخ، والزمن. ولعله فى المغنى القديم.

وحكى أيضا عن الأصحاب أنهم قالوا: كل من لا يقتل - كالأعمى، ونحوه - يرق بنفس السبى.

وأما المجد: فجعل من فيه نفع من هؤلاء: حكمه حكم النساء والصبيان. قال الزركشى: وهو أعدل الأقوال.

قلت: وهو المذهب. قطع به فى الرعايتين، والحاويين.

قال فى الفروع: والأسير القن غنيمة. وله قتله. ومن فيه نفع، ولا يقتل - كسامرة وصبى ومجنون وأعمى - رقيق بالسبى.

وفى الواضح: من لا يقتل - غير المرأة والصبى - يخيّر فيه بغير قتل.

وقال فى البلغة: المرأة والصبى رقيق بالسبى. وغيرهما يجرم قتله ورقه. قال: وله فى المعركة قتل أبيه وابنه.

قوله: ﴿وَإِنْ أَسْلَمُوا رَقُّوا فِي الْحَالِ﴾.

(١) الشرح الكبير (٤٠٥/١٠)، المحرر (١٧٢/٢)، المغنى (٤٠٠/١٠)، الكافى (١٢٨/٤).

(٢) قال فى المغنى «لأن قتلهم حرام ولا نفع اقتنائهم» المغنى (٤٠٤/١٠).

(٣) لأنه لا نفع فى استرقاقهم ولا يحل قتلهم. ذكره صاحب الكافى (١٢٨/٤).

كتاب الجهاد ١٢٣

يعنى: إذا أسلم الأسير صار رقيقا فى الحال. وزال التخيير فيه. وصار حكمه حكم النساء. وهو إحدى الروايتين. ونص عليه. وجزم به فى الوجيز، والهداية والمذهب، ومسبوك الذهب، والخلاصة، وتجريد العناية. وقدمه فى المحرر (١)، والشرح (٢)، والرعائتين، والحاويين، والزر كشى. وقال: عليه الأصحاب.

وعنه: يحرم قتله. ويخير الإمام فيه بين الخصال الثلاث الباقية. صححه المصنف، والشارح، وصاحب البلغة. وقاله فى الكافى (٣). وقدمه فى الفروع. وهذا المذهب على ما اصططحناه فى الخطبة.

فعلى هذا: يجوز الفداء ليتخلص من الرق، ولا يجوز رده إلى الكفار. أطلقه بعضهم. وقال المصنف، والشارح: لا يجوز رده إلى الكفار إلا أن يكون له من يمنعه من عشيرة ونحوها.

فائدة: لو أسلم قبل أسره لم يسترق، وحكمه حكم المسلمين. لكن لو ادعى الأسير إسلاما سابقا بمنع رقه، وأقام بذلك شاهدا وحلف: لم يجز استرقاقه. جزم به ناظم المفردات. وهو منها.

وعنه: لا يقبل إلا بشاهدين. وأطلقهما فى الفروع، والرعاية، وغيرهما. ذكره فى باب أقسام المشهود به، ويأتى ذلك أيضا هناك.

قوله: ﴿وَمَنْ سَبَى مِنْ أَوْلَادِهِمْ مُنْفَرِدًا، أَوْ مَعَ أَحَدِ آبَائِهِ، فَهُوَ مُسْلِمٌ﴾.

إذا سبى الطفل منفردا. فهو مسلم. قال المصنف، والشارح، وغيرهما: بالإجماع. هذا المذهب. وعليه الأصحاب. وعنه: أنه كافر.

فائدة: المميز المسيب كالطفل فى كونه مسلما، على الصحيح من المذهب. نص عليه، وعليه أكثر الأصحاب.

ونقل ابن منصور: يكون مسلما، ما لم يبلغ عشرة.

وقيل: لا يحكم بإسلامه حتى يسلم بنفسه. كالبالغ.

وإن سبى مع أحد أبويه فهو مسلم. كما قاله المصنف. على الصحيح من المذهب. وعليه أكثر الأصحاب، وجزم به الخرقي، وابن عقيل فى تذكرته، وصاحب

(١) المحرر (١٧٢/٢).

(٢) وزال التخيير فيه فصار حكمه حكم النساء والحديث «لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث». انظر الشرح الكبير (٤١٠/١٠).

(٣) ذكر صاحب الكافى، أن فى استرقاقهم روايتين. انظر الكافى (١٣٠/٤).

١٢٤ كتاب الجهاد

الوجيز، والمنور، وتجريد العناية. والمتخَب. وقدمه فى المغنى^(١)، [والكافى^(٢)]
والشرح^(٣)، والفروع، والرعايتين، وغيرهم.

قال القاضى: هذا أشهر الروايتين. وهو من مفردات المذهب.

وعنه: يتبع أباه. قال المصنف، والشارح: اختاره أبو الخطاب.

وعنه: يتبع المسبى معه منهما. قال فى الفروع: اختاره الأجرى. انتهى. وقدمه فى الهداية. وصححه فى الخلاصة.

وقال فى الحاويين، والزر كشى: وإن سبى مع أحد أبويه ففى إسلامه روايتان. قاله فى الرعايتين، وغيره. وعنه: أنه كافر.

قوله: ﴿وَإِنْ سُبِيَ مَعَ أَبِيهِ فَهُوَ عَلَى دِينِهِمَا﴾.

هذا المذهب^(٤). وعليه الأصحاب. وعنه: أنه مسلم. وهى من المفردات.

فائدة: لو سبى ذمى حرييا تبع سايبه حيث يتبع المسلم. على الصحيح من المذهب. قدمه فى الفروع، والرعايتين. وجزم به فى الحاوى الكبير.

وقيل: إن سباه منفردا فهو مسلم.

قلت: يحتمله كلام المصنف هنا. بل هو ظاهره.

ونقل عبد الله والفضل: يتبع مالكا مسلما كسبى. اختاره الشيخ تقى الدين.

ويأتى فى آخر «باب المرتد» إذا مات أبو الطفل الكافر أو أمه الكافرة، أو أسلما أو أحدهما.

قوله: ﴿وَلَا يَنْفَسُخُ النُّكَاحُ بِاسْتِرْقَاقِ الزَّوْجَيْنِ﴾.

هذا المذهب. وعليه جماهير الأصحاب. وجزم به فى الوجيز وغيره. وقدمه فى

المغنى^(٥)، والشرح^(٦)، والفروع، وغيرهم.

ويحتمل أن يفسخ. ذكره المصنف، والشارح. وهو رواية عن أحمد.

(١) المغنى (٤٧٢/١٠).

(٢) الكافى (١٣١/٤).

(٣) الشرح الكبير (٤١١/١٠).

(٤) الشرح الكبير (٤١٢/١٠)، الكافى (١٣١/٤)، المغنى (٤٧٣/١٠).

(٥) المغنى (٤٧٣/١٠).

(٦) الشرح الكبير (٤١٢/١٠).

كتاب الجهاد ١٢٥

واختار المصنف، والشارح: الانفساخ إن تعدد السببى. مثل أن يسبى المرأة واحداً، والزوج آخر، وقالوا: لم يفرق أصحابنا.

قوله: ﴿وَإِنْ سُبِّتِ الْمَرْأَةُ وَحَدَّهَا أَنْفَسَخَ نِكَاحُهَا وَحَلَّتْ لِسَائِبِهَا﴾.

هذا المذهب. وعليه أكثر الأصحاب، وحزم به فى الوجيز وغيره. وقدمه فى الفروع وغيره. وقال: اختاره الأكثر.

وعنه: لا ينفسخ. نصره أبو الخطاب. وقدمه فى التبصرة، كزوجة ذمى.

وقال فى البلغة: ولو سببت دونه، فهل تنجّز الفرقة، أو تقف على فوات إسلامها فى العدة؟ على وجهين.

تنبيه: ظاهر كلام المصنف: أن الرجل لو سبى وحده لا ينفسخ نكاح زوجته وهو صحيح. وهو المذهب، وعليه أكثر الأصحاب. وقدمه فى المغنى (١)، والشرح (٢) ونصراه، والرعائتين، والحاويين. وهو من المفردات.

وقال أبو الخطاب: ينفسخ. قاله الشارح. واختاره القاضى. قاله أبو الخطاب.

ولعل أبا الخطاب اختاره فى غير الهداية. فأما فى الهداية: فإنه قال: فإن سبى أحدهما أو استرق، فقال شيخنا: ينفسخ النكاح. وعندى: أنه لا ينفسخ. وأطلقهما فى المذهب.

قوله: ﴿وَهَلْ يَجُوزُ بَيْعُ مَنْ اسْتُرِقَّ مِنْهُمْ لِلْمُشْرِكِينَ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ﴾.

إحدهما: لا يجوز بيعهما لمشرك مطلقاً. وهو الصحيح من المذهب. صححه فى التصحيح، والمذهب. وحزم به الشريف أبو جعفر فى رءوس المسائل، وصاحب الخلاصة، والوجيز.

قال فى تجريد العناية: لا يجوز فى الأظهر. وقدمه فى الهداية، والمحرم (٣)، والشرح (٤). وقال: هو أولى، والرعائتين، والحاويين، والنظم والفروع. وهو من المفردات.

والرواية الثانية: يجوز مطلقاً إذا كان كافراً.

(١) فلا ينفسخ النكاح لأنه لا نص فيه ولا قياس، وقد سبى النبى ﷺ وسبعين من الكفار يوم بدر فمن على بعضهم وفادى بعضاً فلم يحكم عليهم بفسخ أنكحتهم. المغنى (١٠/٤٧٤).

(٢) الشرح الكبير (١٠/٤١٣).

(٣) المحرم (٢/١٧٢).

(٤) ذكر صاحب الشرح الكبير الروايتين فانظره (الشرح الكبير ١٠/٤١٥).

١٢٦ كتاب الجهاد

وعنه: يجوز بيع البالغ دون غيره.

وعنه: يجوز بيع البالغ من الذكور دون الإناث.

ويأتى فى باب الهدية جواز بيع أولاد المحاربين من آبائهم.

فائدة: حكم المفاداة بمال حكم بيعه خلافاً ومذهباً.

وأما مفاداته بمسلم: فالصحيح من المذهب: جوازها. وعليه الأصحاب. وعنه:

المنع بصغير.

ونقل الأثرم ويعقوب: لا يرد صغير، ولا نساء إلى الكفار.

وقال فى البلغة: فى مفاداتهما بمسلم روايتان.

قوله: ﴿وَلَا يُفْرَقُ فِي الْبَيْعِ بَيْنَ ذَوِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ إِلَّا بَعْدَ الْبُلُوغِ. عَلَى إِحْدَى

الرَوَايَتَيْنِ﴾.

إن كان قبل البلوغ: لم يجوز قولاً واحداً. وإن كان بعد البلوغ: فقيه روايتان

وأطلقهما فى الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب فى كتاب البيع، والمستوعب،

والخلاصة، والكافى^(١) [والمغنى^(٢)] والتلخيص، والبلغة، والشرح^(٣). والرعاية

الصغرى والحاويين، وشرح ابن رزين، والزر كشى.

إحدهما: لا يجوز، ولا يصح. وهو المذهب.

قال فى المذهب، ومسبوك الذهب فى موضع: ولا يفرق بين كل ذى رحم محرم.

وأطلق. وجزم به فى المنور وناظم المفردات. وهو منها. واختاره ابن عبدوس فى

تذكرته. وقدمه فى المحرر^(٤)، والفروع، والفائق [وغيرهم]. قال فى الفصول: هو

المشهور عنه [وهو ظاهر كلام الخرقي].

والرواية الثانية: يجوز، ويصح البيع. وصححه فى التصحيح، وجزم به فى

العمدة^(٥) والوجيز.

قال الأزرعى فى المنتخب: ويحرم تفريق بين ذى الرحم قبل البلوغ. قال الناظم:

وهو أولى. وقدمه فى الرعاية الكبرى.

(١) الكافى (٤/١٢٩).

(٢) المغنى (١٠/٤٦٧).

(٣) لما روى عن أبى أيوب قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من فرق بين زائدة وولدها فرق الله بينه

وبين أحبته يوم القيامة» قال الترمذى: هذا حديث حسن غريب. الشرح الكبير (١٠/٤١٥).

(٤) المحرر (٢/١٧٢).

(٥) العمدة (٥٩١).

كتاب الجهاد ١٢٧

تنبيه: قوله: ﴿بَيْنَ ذَوِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ﴾.

هذا المذهب. وعليه الأصحاب، قال فى المغنى (١)، وتبعه فى الشرح (٢): قاله أصحابنا غير الخرقى. وجزم به فى الفروع، والرعايتين، والحاويين وغيرهم. فيدخل فى ذلك العمدة مع ابن أخيها [والخالة مع ابن أختها]. وظاهر كلام الخرقى: اختصاص الأبوين والجديين بذلك. ونصره فى المغنى (٣)، والشرح (٤).

وقيل: يجوز ذلك فى غير الأبوين.

تنبيه: ظاهر كلام المصنف: تحريم التفريق ولو رضوا به. وهو صحيح، ونص عليه الإمام أحمد.

فائدتان

إحدهما: حكم التفريق فى الغنيمة وغيرها - كأخذه بجنابة، والهبة، والصدقة ونحوها - حكم البيع على ما تقدم.

الثانية: لا يجرم التفريق بالعتق ولا بافتداء الأسرى. على الصحيح من المذهب. وعليه أكثر الأصحاب، وجزم به فى المحرر (٥)، والنور، وتذكرة ابن عبدوس. وقدمه فى الفروع.

قال الخطابى: لا أعلمهم يختلفون فى العتق، لأنه لا يمنع من الحضانة.

وقيل: يجرم فى افتداء الأسرى. ويجوز فى العتق. قدمه فى الرعاية الكبرى.

وعنه: حكمها حكم البيع ونحوه. وهو ظاهر كلام ابن الجوزى وغيره.

[الثالثة: لو باعهم على أن بينهم نسبا يمنع التفريق، ثم بان أن لا نسب بينهم كان للبايع الفسخ]

فائدة: قوله: ﴿وَإِذَا حَصَرَ الْإِمَامُ حِصْنًا لَزِمَتْهُ مُصَابَرَتُهُ إِذَا رَأَى الْمَصْلَحَةَ فِيهَا.

فَإِنْ أَسْلَمُوا. أَوْ مَنْ أَسْلَمَ مِنْهُمْ: أَحْرَزَ دَمَهُ وَمَالَهُ وَأَوْلَادَهُ الصُّغَارَ﴾.

(١) المغنى (٤٦٨/١٠).

(٢) الشرح الكبير (٤١٥/١٠).

(٣) المغنى (٤٦٩/١٠).

(٤) الشرح الكبير (٤١٧/١٠).

(٥) المحرر (١٧٢/٢).

١٢٨ كتاب الجهاد

يحرز بذلك أولاده الصغار، سواء كانوا فى السبى أو فى دار الحرب. وكذا ماله أين كان. ويحرز أيضا المنفعة. كالإجارة.

ويحرز أيضا الحمل لا الذى فى بطن امرأته. ولا يحرز امرأته، ولا ينفسك نكاحه برقها، على الصحيح من المذهب. حزم به فى المغنى (١)، والشرح (٢)، وغيرهما. وقدمه فى الفروع وغيره.

وقال فى البلغة: ولو سيئت الحربية - وزوجها مسلم - لم يمنع رقتها. فينقطع نكاح المسلم، ويحتمل أن لا ينقطع فى الدوام، بخلاف الابتداء. ويتوقف على إسلامها فى العدة. انتهى.

قوله: ﴿وإن سألوا الموأدعة بمال أو غيره: جاز، إن كانت المصلحة فيه﴾.

وكذا قال فى الهداية، والمذهب، والخلاصة، والوجيز وغيرهم. وهو ظاهر الرعايتين، والحاويين.

قلت: بل يلزمه ذلك. ونقله المروذى. وحزم به فى الفروع، والمغنى (٣)، والشرح (٤) وغيرهم.

تنبيه: قوله: «بمال وغيره». أما المال: فلا نزاع فيه. وأما إذا سألوا الموأدعة بغير مال: فحزم المصنف بالجواز. وهو الصحيح من المذهب. قدمه فى المذهب، ومسبوك الذهب، والرعايتين، والحاويين، وشرح ابن منجا.

وقيل: لا يجوز إلا أن يعجز عنهم، ويستضر بالمقام. وأطلقهما فى الهداية، والخلاصة.

قوله: ﴿وإن نزلوا على حكم حاكم جاز. إذا كان مسلماً حراً بالغاً عاقلاً من أهل الاجتهاد﴾.

يعنى فى الجهاد، ولو كان أعمى. وحزم به فى المغنى (٥)، والمحزر (٦)، والشرح (٧)، والفروع، والنظم، وغيرهم.

(١) المغنى (١٠/٥٤٤).

(٢) الشرح (١٠/٤١٩).

(٣) المغنى (١٠/٥٤٥).

(٤) الشرح الكبير (١٠/٤١٩).

(٥) لما روى أن النبى ﷺ لما حاصر بنى قريظة رضوا بأن ينزلوا على حكم سعد بن معاذ فأجابهم إلى ذلك. المغنى (١٠/٥٤٥).

(٦) المحزر (٢/١٧٣).

(٧) الشرح الكبير (١٠/٤٢٢).

ومن شرطه: أن يكون عدلا. ولم يذكره المصنف هنا، ولا فى الرعاية الصغرى،
والحاويين، والهداية، والمذهب، وغيرهم.

وقال فى البلغة: يعتبر فيه شروط القاضى إلا البصر.

قوله: ﴿وَلَا يَحْكُمُ إِلَّا بِمَا فِيهِ الْأَحْظَ لِلْمُسْلِمِينَ، مِنْ الْقَتْلِ وَالسَّبْيِ وَالْفِدَاءِ﴾.
وهذا بلا نزاع (١).

قوله: ﴿فَإِنْ حَكَمَ بِالْمَنْ لَزِمَ قَبُولَهُ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ﴾.

وهذا المذهب. صححه فى التصحيح، والرعايتين. وجزم به فى الوجيز. وقدمه فى
الفروع. والمحزر (٢)، واختاره القاضى.

والوجه الثانى: لا يلزم قبوله. وقواه الناظم. واختاره أبو الخطاب فى الهداية.
وقيل: يلزم فى المقاتلة. ولا يلزم فى النساء والذرية.

فائدة: يجوز للإمام أخذ الفداء ممن حكم برقه أو قتله. ويجوز له المن مطلقا على
الصحيح من المذهب. قدمه فى الفروع. وجزم به فى الرعاية وغيرها.

وقال فى الكافى (٣)، والبلغة: يجوز المن على محكوم برقه برضا الغائبين.

قوله: ﴿وَإِنْ حَكَمَ بِقَتْلِ، أَوْ سَبْيِ. فَأَسْلَمُوا: عَصَمُوا دِمَاءَهُمْ﴾.

بلا نزاع، وفى استرقاقهم وجهان عند الأكثر. وفى الكافى (٤)، والرعايتين،
والحاويين، وغيرهم: روايتان. وأطلقهما فى المذهب، ومسبوك الذهب، والبلغة،
والمحزر (٥)، والحاوى الكبير، والفروع، وشرح ابن منجا.

أحدهما: لا يسترقون. وهو المذهب. اختاره القاضى، وصححه فى التصحيح،
والخلاصة. وقدمه فى المغنى (٦)، والشرح (٧)، والحاوى الصغير.

والوجه الثانى: يسترقون، جزم به فى الوجيز، والمنتخب. وصححه الناظم. وهو
احتمال فى الهداية، ومال إليه.

(١) الكافى (٤/١٣٠)، المحزر (٢/١٧٣)، الشرح (١٠/٤٢٤)، المغنى (١٠/٥٤٧).

(٢) المحزر (٢/١٧٣).

(٣) الكافى (٢/١٣٠).

(٤) الكافى (٢/١٣٠).

(٥) المحزر (٢/١٧٣).

(٦) المغنى (١٠/٥٤٧).

(٧) لما روى أن ثابت بن قيس سأل الزبير بن باطا من تربية وماله وأولاده رسول الله ﷺ فأجاباه. الشرح
الكبير (١٠/٤٢٤).

١٣٠ كتاب الجهاد

فوائد

الأولى: لو سألوه أن ينزلم على حكم الله: لزمه أن ينزلم. ويخير فيهم، كالأسرى، فيخير بين القتل والرق والمن والقداء. وهذا الصحيح من المذهب. حزم به في الرعاية الكبرى. وقدمه في الفروع.

وقال في الواضح: يكره. وقال في المبهج: لا ينزلم، لأنه كإنزالهم بحكمنا ولم يرضوا به.

الثانية: لو كان في الحصن من لا جزية عليه، فبذلها لعقد الذمة: عقدت مجانا وحرم رقه.

الثالثة: لو جاءنا عبد مسلم وأسر سيده أو غيره. فهو حر. ولهذا لانرده في هدنة. قاله في الترغيب وغيره، والكل له. وإن أقام بدار حرب: فريقيق. ولو جاء مولاه مسلما بعده لم يرد إليه. ولو جاء قبله مسلما، ثم جاء العبد مسلما: فهو لسيدة. وإن خرج عبد إلينا بأمان، أو نزل من حصن: فهو حر. نص على ذلك. قال: وليس للعبد في حق غنيمة. فلو هرب إلى العدو، ثم جاء بأمان: فهو لسيدة والمال لنا.

* * *

باب ما يلزم الإمام والجيش

قوله: ﴿يَلْزَمُ الْإِمَامَ فِعْلُ كَذَا. إِنْ﴾.

هذا المذهب. وعليه جماهير الأصحاب، وقطع به أكثرهم. وقيل: يستحب.

فائدة: قوله: ﴿فَمَنْ لَا يَصْلُحُ لِلْحَرْبِ يَمْنَعُهُ مِنَ الدُّخُولِ. وَيَمْنَعُ الْمَخْذَلُ وَالْمَرْجِفُ﴾.

فالمخذل: هو الذي يقعد غيره عن الغزو.

والمرجف: هو الذي يحدث بقوة الكفار وكثرتهم، وضعف غيرهم.

ويمنع أيضا من يكتاب بأخبار المسلمين. ويرمى بينهم بالفتن. ومن معروف بنفاق وزندقة.

ويمنع أيضا الصبي. على الصحيح من المذهب. ذكره جماعة. وقدمه في الفروع.

كتاب الجهاد ١٣١
 وقال فى المغنى^(١)، والكافى^(٢)، والبلغة، والشرح^(٣)، والرعاية الكبرى، وغيرهم: يمنع الطفل. زاد المصنف والشارح: ويجوز أن يأذن لمن اشتد من الصبيان.

تنبيهان

أحدهما: ظاهر قوله: «ويمنع المخذل» أنه لا يصحبهم ولو لضرورة. وهو صحيح. وهو ظاهر كلام الأصحاب. وقيل: يصحبهم لضرورة.

الثانى: ظاهر قوله: «ويمنع النساء، إلا طاعنة فى السن، لسقى الماء، ومعالجة الجرحى».

منع غير ذلك من النساء. وهو صحيح. وهو ظاهر كلام الأصحاب. وقال بعض الأصحاب: لا تمنع امرأة الأمير لحاجته، كفعل النبى ﷺ. منهم المصنف والشارح.

تنبيه: ظاهر كلام المصنف: أن المنع من ذلك على سبيل التحريم، وهو ظاهر كلام أكثر الأصحاب. وقدمه فى الفروع.

وجزم فى المغنى^(٤)، الشرح^(٥): أنه يكره دخول الشابة من النساء أرض العدو. وجوزوا للأمير خاصة أن يدخل بالمرأة الواحدة إذا احتاج إليها.

قوله: «ولا يستعين بمشرك إلا عند الحاجة».

هذا قول جماعة من الأصحاب - أعنى قوله «إلا عند الحاجة» - منهم صاحب الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب. وقدمه فى البلغة.

والصحيح من المذهب: أنه يحرم الاستعانة بهم إلا عند الضرورة. جزم به فى الخلاصة. وقدمه فى الفروع، والمحزر^(٦)، والرعايتين، والحاويين.

(١) قال فى المغنى لأن الصبى ضعيف البنية وقد روى ابن عمر: عرضت على رسول الله ﷺ يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة فلم يجزنى فى المقاتلة، متفق عليه. المغنى (٣٦٦/١٠).

(٢) لأن دخولهم تعرض للهلاك بغير فائدة ويجوز أن يأذن لمن اشتد من الصبيان، قاله فى الكافى (١٢٣/٤).

(٣) الشرح الكبير (٤٢٦/١٠).

(٤) قال فى المغنى: لأنهن لسن من أجل القتال وقلما ينتفع بهن فيه لاستيلاء الخور والجن عليهن ولا يؤمن ظفر العدو بهن ويستحلون ما حرم الله منهن. المغنى (٣٩١/١٠).

(٥) ذكره صاحب الشرح الكبير (٤٢٦/١٠).

(٦) المحزر (١٧١/٢).

١٣٢ كتاب الجهاد

وعنه: يجوز مع حسن رأى فينا. وحزم به فى البلغة.
 زاد جماعة - وحزم به صاحب المحرر^(١) - إن قوى جيشه عليهم، وعلى العدو،
 لو كانوا معه.
 وفى الواضح روايتان: الجواز، وعدمه بلا ضرورة. وبناهما على الإسهام له. قاله
 فى الفروع. كذا قال.

وقال فى البلغة: يحرم إلا لحاجة، كحسن الظن. قال: وقيل: إلا لضرورة.
 وأطلق أبو الحسين وغيره: أن الرواية لا تختلف أنه لا يستعان بهم، ولا يعاونون.
 وأخذ القاضى من تحريم الاستعانة تحريمها فى العمالة والكتابة.
 وسأله أبو طالب عن مثل الخراج؟ فقال: لا يستعان بهم فى شىء.
 وأخذ القاضى منه: أنه لا يجوز كونه عاملا فى الزكاة.

قال فى الفروع: فدل على أن المسألة على روايتين. قال والأولى: المنع. واختاره
 شيخنا، يعنى: الشيخ تقي الدين وغيره أيضا. لأنه يلزم منه مفسد أو يفضى إليها.
 فهو أولى من مسألة الجهاد.

وقال الشيخ تقي الدين: من تولى منهم ديوانا للمسلمين: انتقض عهده، لأنه ينافى
 الصغار. وقال فى الرعاية: يكره إلا لضرورة.

وتحرم الاستعانة بأهل الأهواء فى شىء من أمور المسلمين، لأن فيه أعظم الضرر.
 ولأنهم دعاة، بخلاف اليهود والنصارى، نص على ذلك.

تنبيه: قوله: «ولا يستعين بمشرك» يعنى: يحرم إلا بشرطه. وهذا المذهب. وقال فى
 الفروع: ويتوجه يكره.

فائدة: قوله: «وَيَعْقِدُ لَهُمُ الْأَلْوِيَّةَ وَالرَّايَاتِ».

المستحب فى الألوية: أن تكون بيضاء، لأن الملائكة إذا نزلت بالنصر نزلت مسومة
 بها. نقله حنبل. واقتصر عليه فى الفروع.

وقال فى الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمحرر^(٢)، والرعايتين، والحاويين:
 يعقد لهم الألوية والرايات بأى لون شاء.

(١) المحرر (١٧١/٢).

(٢) المحرر (١٧١/٢).

كتاب الجهاد ١٣٣

قوله: ﴿وَيَجْعَلُ لِكُلِّ طَائِفَةٍ شِعَارًا يُتَدَاعَوْنَ بِهِ عِنْدَ الْحَرْبِ، وَيَتَخَيَّرُ لَهُمُ الْمَنَازِلَ. وَيَتَّبِعُ مَكَامِنَهَا. فَيَحْفَظُهَا. وَيَبْعَثُ الْعُيُونَ عَلَى الْعَدُوِّ، حَتَّى لَا يَخْفَى عَلَيْهِ أَمْرُهُمْ. وَيَمْنَعُ جَيْشَهُ مِنَ الْمَعَاصِي وَالْفَسَادِ. وَيَعِدُّ ذَا الصَّبْرِ بِالْأَجْرِ وَالنَّفْلِ. وَيُشَاوِرُ ذَا الرَّأْيِ. وَيَصِفُ جَيْشَهُ وَيَجْعَلُ فِي كُلِّ جَنَبَةٍ كُفْوًا. وَلَا يَمِيلُ مَعَ قَرِيْبِهِ وَذَوِي مَذْهَبِهِ عَلَى غَيْرِهِ. بِلَا نِزَاعٍ﴾ (١).

﴿وَيَجُوزُ أَنْ يَنْذَلَ جُغَلًا لِمَنْ يَذُلُّهُ عَلَى طَرِيقٍ أَوْ قَلْعَةٍ أَوْ مَاءٍ. وَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ مَعْلُومًا، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مِنْ مَالِ الْكُفَّارِ. فَيَجُوزُ مَجْهُولًا. فَإِنْ جَعَلَ لَهُ جَارِيَةً مِنْهُمْ فَمَاتَتْ قَبْلَ الْفَتْحِ. فَلَا شَيْءَ لَهُ﴾. بِلَا نِزَاعٍ (٢).

قوله: ﴿وَإِنْ أَسْلَمَتْ قَبْلَ الْفَتْحِ فَلَهُ قِيَمَتُهَا. وَإِنْ أَسْلَمَتْ بَعْدَهُ سَلِمَتْ إِلَيْهِ﴾. وكذا إن أسلمت قبله وهي أمة، إلا أن يكون كافرا فله قيمتها بلا نزاع (٣). لكن لو أسلم بعد ذلك: ففي جواز ردها إليه احتمالان. وأطلقهما في الرعاية الكبرى، والفروع، والقواعد الفقهية.

قلت: ظاهر كلام المصنف هنا، وصاحب الهداية، والمذهب، والمستوعب، وغيرهم: أنه لا ترد إليه، لاقتصارهم على إعطاء قيمتها. قوله: ﴿وَإِنْ فُتِحَتْ صَلْحًا، وَلَمْ يَشْتَرِطُوا الْجَارِيَةَ. فَلَهُ قِيَمَتُهَا﴾. بِلَا نِزَاعٍ (٤).

﴿فَإِنْ أَبَى إِلَّا الْجَارِيَةَ، وَامْتَنَعُوا مِنْ بَذْلِهَا فَسُخِّ الصَّلْحُ﴾.

هذا المذهب وعليه أكثر الأصحاب.

قال في الفروع: فسوخ الصلح في الأشهر.

قال ابن منجاء في شرحه: هذا المذهب. وقدمه في المحرر (٥)، والنظم، والرعايتين، والحاويين. واختاره القاضي. وجزم به في الهداية، والمذهب، والخلاصة وغيرهم.

(١) الشرح الكبير (٤٢٩/١٠)، المحرر (١٧١/٢)، الكافي (١٢٤/٤).

(٢) لما روى أن النبي ﷺ وأبا بكر رضي الله عنه في الهجرة استأجرا من دهم على الطريق. الشرح الكبير

(١٠/٤٣٢)، المحرر (١٧٥/٢)، الكافي (١٣٩/٤)، المغني (٤١٤/١٠).

(٣) الشرح الكبير (٤٣٣/١٠)، المحرر (١٧٥/٢)، الكافي (١٤٠/٤)، المغني (٤١٥/١٠).

(٤) الشرح الكبير (٤٣٣/١٠)، المحرر (١٧٥/٢)، الكافي (١٤٠/٤).

(٥) ذكر صاحب المحرر روايتين: الأولى: ينفسخ الصلح والثانية: قيل لا ينفسخ. المحرر (١٧٥/٢)، الكافي

(٤/١٤٠).

١٣٤ كتاب الجهاد

ويحتمل ألا يكون له إلا قيمتها. وهو وجه لبعض الأصحاب. وصححه في المحرر (١)، وإليه ميل الشارح وقواه.

قلت: هو الصواب.

وظاهر نقل ابن هانئ أنها لمن سبق حقه، ولرب الحصن القيمة.

فائدة: لو بذلت له الجارية مجانا أو بالقيمة: لزمه أخذها وإعطائها له. والمراد: إذا كانت غير حرة الأصل، وإلا فقيمتها.

قوله: ﴿وَلَهُ أَنْ يُنْفَلَ فِي الْبِدَاةِ الرَّبِيعُ بَعْدَ الْخُمْسِ، وَفِي الرَّجْعَةِ الثَّلَاثَ بَعْدَهُ. وَذَلِكَ إِذَا دَخَلَ الْجَيْشُ: بَعَثَ سَرِيَّةً تُغَيِّرُ، وَإِذَا رَجَعَ: بَعَثَ أُخْرَى، فَمَا أَتَتْ بِهِ أَخْرَجَ خُمْسَهُ، وَأَعْطَى السَّرِيَّةَ مَا جَعَلَ لَهَا، وَقَسَمَ الْبَاقِيَ فِي الْجَيْشِ وَالسَّرِيَّةِ مَعًا﴾.

الصحيح من المذهب: أن السرية لا تستحق النفل المذكور إلا بشرط. نص عليه، وعليه أكثر الأصحاب، وجزم به في المغنى (٢)، والشرح (٣)، والكافي (٤). وقدمه في الفروع.

وعنه: تستحقه من غير شرط. وقدمه في الرعايتين، والحاويين. وأطلقهما في المحرر، والزر كشي (٥).

وجواز إعطاء النفل: من مفردات المذهب.

فائدة: يجوز أن يجعل لمن عمل ما فيه عناء جعلاً، كمن نقب أو صعد هذا المكان، أو جاء بكذا فله من الغنيمة، أو من الذي جاء به كذا. مالم يجاوز ثلث الغنيمة بعد الخمس. نص عليه.

ويجوز أن يعطيه ذلك من غير شرط. على الصحيح من المذهب، وعليه أكثر الأصحاب.

وعنه: لا يعطى إلا بشرط. وأطلقهما في المحرر (٦).

(١) المحرر (١٧٥/٢).

(٢) المغنى (٤١٦/١٠) لحديث «لا نفل إلا بعد تخميس» رواه أبو داود.

(٣) لما روى ابن عمر أن رسول الله ﷺ بعث سرية فيها عبد الله بن عمر فغنموا إبلا كثيراً فكانت سهمانهم اثني عشر بعيراً ونفلوا بعيراً بعيراً، متفق عليه، الشرح الكبير (٤٣٥/١٠).

(٤) لأن استحقاقه بغير شرط إنما يثبت بالشرع ولم يرد الشرع باستحقاقه على الإطلاق - الكافي (١٣٩/٤).

(٥) المحرر (١٧٦/٢).

(٦) المحرر (١٧٦/٢).

كتاب الجهاد ١٣٥

ويحرم تجاوزه الثلث في هذا وفي النفل مطلقا. على الصحيح من المذهب، نص عليه. وجزم به في المغنى^(١)، والشرح^(٢)، وغيرهما، ونصرناه. وقدمه في الفروع وغيره.

وعنه: يحرم بلا شرط فقط. صححه في الرعاية الكبرى. وقدمه في الرعاية الصغرى. والحاويين. وأطلقهما الزركشى.

قوله: ﴿فَإِنْ دَعَا كَافِرًا إِلَى الْبِرَازِ اسْتَحَبَّ لِمَنْ يَعْلَمُ مِنْ نَفْسِهِ الْقُوَّةَ وَالشَّجَاعَةَ مُبَارَزَتَهُ يَأْذَنُ الْأَمِيرُ﴾.

هذا المذهب. أعنى تحريم المبارزة بغير إذنه. وهو ظاهر كلامه في المغنى^(٣) والشرح^(٤). بل هو كالصريح. ونص عليه. وقدمه في الفروع. وجزم به في الهداية والمذهب، والنظم. قال ناظم المفردات:

بغير إذن تحرم المبارزة فالسلب المشهور ليست جائزة

وعنه: يكره بغير إذنه. حكاها الخطابي. وهو ظاهر كلام المصنف في المغنى^(٥). فإنه قال: ينبغي أن يستأذن الأمير في المبارزة إذا أمكن.

وقال في الفصول في اللباس: وهل تستحب المبارزة ابتداء، لما فيها من كسر قلوب المشركين، أم تكره لئلا تنكسر قلوب المؤمنين؟ فيه احتمالان.

وقال الشارح: المبارزة تنقسم إلى ثلاثة أقسام.

إحداها: مستحبة. وهي مسألة المصنف.

والثانية: مباحة. وهي: أن يتدئ الشجاع فيطلبها، فتباح ولا تستحب.

قلت: في البلغة: إنها تستحب أيضا.

الثالثة: مكروهة. وهي أن يبرز الضعيف الذي لا يثق من نفسه، فتكره له.

قوله: ﴿فَإِنْ شَرَطَ الْكَافِرُ أَلَّا يُقَاتِلَهُ غَيْرُ الْخَارِجِ إِلَيْهِ: فَلَهُ شَرْطُهُ﴾.

(١) المغنى (٤١٠/١٠).

(٢) وذكر في الشرح إن النبي ﷺ انتهى نقله إلى الثلث فينبغي ألا يجاوزه - الشرح الكبير (٤٣٧/١٠).

(٣) لما روى أن حمزة وعلياً وعبيدة بن الحارث بارزوا يوم بدر بإذن النبي ﷺ. ولأن الإمام أعلم بفرسانه وفرسان العدو. المغنى (٣٩٤/١٠).

(٤) الشرح الكبير (٤٤٥/١٠).

(٥) المغنى (٣٩٤/١٠).

١٣٦ كتاب الجهاد
وكذلك لو كانت العادة كذلك. فإن انهزم المسلم، أو أئخذ بالجراح، جاز الدفع عنه.

قال فى الفروع: فإن انهزم المسلم أو الكافر - وفى البلغة: أو أئخذ - فلكل مسلم الدفع عنه والرمى.

وقال فى الرعاية: وإن انهزم المسلم، أو أئخذ بالجراح، أو عجز - وقيل: أو ظهر الكافر عليه - فلكل مسلم الدفع عنه والرمى، والقتال.

وقيل: إن عاد أحدهما مثخنا، أو مختارا: جاز رمى الكافر. انتهى.

قوله: ﴿وَإِنْ قَتَلَهُ الْمُسْلِمُ فَلَهُ سَلْبُهُ. وَكُلُّ مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا فَلَهُ سَلْبُهُ غَيْرُ مَخْمُوسٍ﴾.

هذا المذهب (١) بشرطه. وسواء شرطه له الإمام أم لا. نص عليه. وعليه الأصحاب. وسواء كان القاتل من أهل الإسهام، أو الإرضاخ. حتى الكافر، صرح به فى النظم وغيره. وقطع به المصنف وغيره، وعليه جماهير الأصحاب.

قال الزركشى: يستحقه. سواء شرطه له الإمام أو لا، على المنصوص المشهور، والمذهب عند عامة الأصحاب.

وعنه: لا يستحقه إلا أن يشترطه. وجزم به ابن رزين فى نهايته، وناظمها. واختاره أبو الخطاب فى الإلتصار، وصاحب الطريق الأقرب.

وعنه: يعتبر أيضا إذن الإمام. وهو ظاهر كلام ناظم المفردات، كما تقدم لفظه. قال ابن أبى موسى: أظهرهما أنه لا يستحق.

وقيل: لا يستحقه من كان من أهل الرضخ.

فائدة: لو بارز العبد بغير إذن سيده فقتل قتيلا: لم يستحق سلبه، لأنه عاص. قاله المصنف وغيره.

قال: وكذلك كل عاص دخل بغير إذن.

وعنه: فيه يؤخذ منه الخمس وباقيه له. قال: ويخرج فى العبد مثله.

(١) فصل هذه المسألة صاحب الشرح الكبير ثلاث مسائل فراجعها، الشرح الكبير (١٠/٤٤٨)، المحرر (٢/١٧٤). قاله فى العمدة لقول رسول الله ﷺ «من قتل قتيلا فله سلبه». العمدة والعمدة (٥٩٥). المغنى (١٠/٤٢١)، الكافى (٤/١٤٠).

كتاب الجهاد ١٣٧
 قوله: ﴿إِذَا قَتَلْتَهُ حَالِ الْحَرْبِ مِنْهُمْ كَمَا عَلَى الْقِتَالِ، غَيْرَ مَثْنٍ وَغَرَّرَ بِنَفْسِهِ فِي قَتْلِهِ﴾.

وكذا لو أثنى الكافر بالجراح بلا نزاع.
 ومن شرطه: أن يقتله، أو يثخنه في حال امتناعه، وهو مقبل. فإن قتله وهو مشتغل بأكل ونحوه، أو وهو منهزم: لم يستحق السلب. نص عليه.
 وقال في الترغيب، والبلغة: فإن كان منهزما - إلا لانحراف، أو لتحيز - لم يستحق السلب.
 وقال المصنف: إذا انهزم والحرب قائمة. فأدركه وقتله، فسلبه له. لقصة سلمة بن الأكوع رضى الله عنه.

وقوله: «حال الحرب» هكذا قال الأصحاب.
 قال الشيخ تقي الدين: في هذا نظر. فإن في حديث ابن الأكوع: كان المقتول منفردا، ولا قتال هناك. بل كان المقتول قد هرب منهم.
 تنبيه: شمل كلام المصنف: لو قتل صبيا، أو امرأة إذا قاتلا. وهو صحيح وهو المذهب. جزم به المصنف، والشارح، وغيرهما. وقدمه في الفروع، وغيره.
 وقيل: لا يستحق سلبها. وأطلقهما في المحرر^(١)، والزر كشي، والرعاية.
 فائدة: يشترط في مستحق السلب: إما أن يكون من أهل المغنم، حرا كان أو عبدا، رجلا كان أو صبيا أو امرأة. فلو كان ليس له حق، كالمخذل والمرجف، قال في الكافي^(٢): والكافر إذا حضر بغير إذن لم يستحق السلب. وتقدم كلام الناظم في الكافر.

قوله: ﴿وَإِنْ قَطَعَ أَرْبَعَتَهُ، وَقَتَلَهُ آخَرُ: فَسَلْبُهُ لِلْقَاطِعِ. بِالْإِزَاعِ﴾^(٣).

قوله: ﴿وَإِنْ قَتَلَهُ اثْنَانِ: فَسَلْبُهُ غَنِيمَةٌ﴾.

هذا المذهب. نص عليه في رواية حرب. وعليه أكثر الأصحاب. وجزم به في

(١) ذكر صاحب المحرر فيها وجهان وأطلقهما، المحرر (١٧٤/٢).

(٢) قال في الكافي «والكافر إذا حضر بغير إذن لم يستحقه لأنه لا حق له في السهم الثابت بغيره أولى». انظر الكافي (١٤٠/٤).

(٣) ذكره المحرر (١٧٤/٢). الكافي (١٤١/٤) وذكر صاحب الشرح الكبير. أن معاذ بن عمر بن الجموح أثبت أبا جهل وذلف عليه ابن مسعود فقضى النبي ﷺ بسلبه لمعاذ (٤٥٤/١٠).

١٣٨ كتاب الجهاد

الوجيز، وغيره. وقدمه في المحرر (١)، والفروع، والرعايتين، والحاوين، وغيرهم.

قال الزركشى، وغيره: هذا المنصوص.

وقال الآجرى، والقاضى: سلبه لهما.

وقال المصنف - وتبعه الشارح - إن كانت ضربة أحدهما أبلغ كان السلب له وإلا

كان غنيمة.

فائدة: لو قتله أكثر من اثنين: فسلبه غنيمة بطريق أولى.

وقيل: سلبه لقاتله.

قوله: ﴿وَإِنْ أَسْرَهُ فَقَتَلَهُ الْإِمَامُ، فَسَلْبُهُ غَنِيمَةٌ﴾.

وكذا إن رقه الإمام أوفداه. وهذا الصحيح من المذهب (٢). نص عليه. وقال

القاضى: هو لمن أسره.

قوله: ﴿وَإِنْ قَطَعَ يَدَهُ وَرَجَلَهُ، وَقَتَلَهُ آخَرَ. فَسَلْبُهُ غَنِيمَةٌ﴾.

هذا المذهب، نص عليه. وعليه جمهور الأصحاب. وجزم به فى الوجيز وغيره.

وقدمه فى الفروع، والمحرر (٣)، والرعايتين، والحاوين، وغيرهم.

قال الزركشى: المنصوص أنه غنيمة.

وقيل: هو للقاتل. وقيل: هو للقاطع. وأطلقهن الزركشى.

فائدة: حكم من قطع يديه أو رجله، حكم من قطع يده ورجله. خلافا ومذهبا.

قاله الأصحاب.

تنبيه: ظاهر كلام المصنف: أنه لو قطع يده ورجله، وقتله آخر: أن سلبه للقاتل.

وهو صحيح، وهو المذهب. وهو ظاهر كلام الوجيز، وغيره. وجزم به فى المحرر (٤)،

وغيره. وقدمه فى الفروع وغيره.

وقيل: هو غنيمة. قدمه فى المغنى (٥)، وحكى الأول احتمالا.

(١) المحرر (١٧٤/٢).

(٢) الشرح الكبير (٤٥٥/١٠)، المحرر (١٧٥/٢).

(٣) ذكر فى المحرر «وقيل للقاطع». المحرر (١٧٤/٢).

(٤) ذكره صاحب المحرر فى أحد الوجهين بقوله «وقيل للقاطع». المحرر (١٧٤/٢).

(٥) قال صاحب المغنى «لأنه إن كانت رجلاه سالتين فإنه يعدو ويكثر وإذا كانت يده سالتين فإنه يقتال

بهما فلم يكف القاطع شره كله ولا يستحق القاتل سلبه لأنه متخن بالجراح». المغنى (٤٢٢/١٠).

وجزم بأنه غنيمة في الكافي (١) ، وأطلقهما في الشرح (٢) وغيره.

قوله: ﴿وَالسَّلْبُ: مَا كَانَ عَلَيْهِ مِنْ ثِيَابٍ وَحُلِيِّ وَسِلَاحٍ، وَالِدَابَّةُ بِأَلْيَافِهَا﴾.

يعنى التي قاتل عليها. هذا المذهب، وعليه جماهير الأصحاب، وجزم به في الوجيز وغيره. وقدمه في المغنى (٣)، والشرح (٤)، والمحزر (٥)، والفروع، وغيرهم.

قال المصنف، والشارح: هذا ظاهر المذهب.

قال الزركشى: هذا أعدل الأقوال. واختاره الخرقى، والخلال.

وعنه: أن الدابة وألتها ليست من السلب.

وقيل: هي غنيمة. اختاره أبو بكر، قال في الكافي (٦) : واختاره الخلال.

قال الزركشى: لا يغرنك قول أبي محمد في الكافي: أنه اختيار الخلال. فإنه وهم.

وقال في التبصرة: حلية الدابة ليست من السلب، بل هي غنيمة.

وعنه: أنه قال في السيف: لا أدرى.

تنبيه: مراده بدابته: الدابة التي قاتل عليها. على الصحيح من المذهب.

وعنه: أو كان آخذًا بعنانها. وهو ظاهر كلام الخرقى.

قوله: ﴿وَوَنَفَقَتُهُ وَخَيْمَتُهُ وَرَحْلُهُ﴾.

هذا الصحيح من المذهب، والروايتين. قاله في الفروع، والمحزر (٧)، وغيرهما.

(١) قال في الكافي «لا يشترط أن ينفرد بقتله فلا يحصل مع الاشتراك لأنهما شريكان فيه» الكافي (١٤١/٤).

(٢) «لأنه لم ينفرد أحدهما بقتله ولا يستحقه القاتل لأنه مثنى بالجراح وقيل هو للقاتل». الشرح الكبير (٤٥٦/١٠).

(٣) «لأن المفهوم من السلب اللباس وكذلك السلاح من السيف ونحوه لأنه يستعين به في قتاله فهو أولى بالأخذ، وكذلك الدابة لأنه يستعين بها فهي كالسلاح وأبلغ منه». المغنى (٤٢٨/١٠).

(٤) الشرح الكبير (٤٥٧/١٠).

(٥) قال في المحزر «ما كان عليه من ثياب وحلى وسلاح والدابة بشرط أن يقاتل عليها». المحزر (١٧٥/٢).

(٦) هي الرواية الثانية التي ذكرها صاحب الكافي في قوله أن الدابة من السالب أم لا؟ حيث قال: والثانية ليست منه، اختارها الخلال وأبو بكر لأن السلب ما كان على البدن والدابة ليست كذلك.

الكافي (١٤٢/٤).

(٧) المحزر (١٧٥/٢).

١٤٠ كتاب الجهاد

وجزم به في المغنى (١)، والشرح (٢)، والوجيز وغيرهم. وهو من مفردات المذهب. وعنه أنه من السلب. قال في الرعاية الكبرى، قلت: وكذا حقيقته المشدودة على فرسه.

قيل: فيما معه من دراهم ودنانير روايتان.

قوله: ﴿وَلَا يَجُوزُ الْغَزْوُ إِلَّا بِإِذْنِ الْأَمِيرِ، إِلَّا أَنْ يَفْجَأَهُمْ عَدُوٌّ يَخَافُونَ كَلْبَهُ﴾.

هذا المذهب. نص عليه، وعليه أكثر الأصحاب. وجزم به في الوجيز وغيره. وقدمه في الفروع وغيره.

وقال المصنف في المغنى (٣): يجوز إذا حصل للمسلمين فرصة يخاف فوتها. وجزم به في الرعاية الكبرى، والنظم.

وقال في الروضة: اختلفت الرواية عن أحمد. فعنه: لا يجوز. وعنه: يجوز بكل حال، ظاهرا وخفية، جماعة وآحادا، جيشا أو سرية.

وقال القاضى في الخلاف: الغزو لا يجوز أن يقيمه كل أحد على الانفراد. ولا دخول دار الحرب بلا إذن الإمام. ولهم فعل ذلك إذا كانوا عصابة لهم منعة.

قوله: ﴿فَإِنْ دَخَلَ قَوْمٌ لَا مَنَعَةَ لَهُمْ دَارَ الْحَرْبِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ فَغَنِمُوا فَغَنِمَتَهُمْ فِيءٌ﴾.

هذا المذهب. وسواء كانوا قليلين أو كثيرين، حتى ولو كان واحدا أو عبدا جزم به في الوجيز وغيره. وقدمه في الفروع، والرعايتين، والحاويين، والمحزر (٤)، والخلاصة.

وعنه: هي لهم [بعد الخمس. اختارها القاضى، وأصحابه، والمصنف، والشارح،

(١) ذكر صاحب المغنى خلافا فيهم وجزم أنهم من السلب لأنهم يدخلون في عموم قوله ﷺ «فله سلبه». المغنى (٤٢٩/١٠).

(٢) لما روى أن البراء بن عازب قتلته فبلغ سواره ومنطقته ثلاثين ألفا فخمسه عمر ودفعه إليه. الشرح الكبير (٤٥٧/١٠).

(٣) قال في المغنى «لأن المصلحة تتعين في قتالهم والخروج إليهم لتعين الفساد في تركهم» لما روى لما أغار الكفار على لقاح النبي ﷺ فصادفهم سلمة بن الأكوع خارجا من المدينة تبعهم فقاتلهم من غير إذن فمدحه النبي ﷺ. المغنى (٣٩٠/١٠).

(٤) وإذا دخل قوم دار الحرب بغير إذن الإمام المعتبر كان ماغنموه فيئا هو لهم بعد الخمس وإذا لم يكن لهم منعة، فهو لهم غير مخموس، المحزر (١٧٨/٢).

كتاب الجهاد ١٤١

والناظم. وعنه: هي لهم] من غير تخميس. وأطلقهن في الهداية، والمذهب.

فعلى الثانية: فيما أخذوه بسرقة منع وتسليم. قاله في الفروع.

وقال في البلغة: فيما أخذوه بسرقة واختلاس الروايات الثلاث المتقدمة. ومعناه في الروضة.

تنبيه: مفهوم كلام المصنف: أن القوم الذين دخلوا لو كان لهم منعة: لم يكن ما غنموا فيئا. وهو رواية عن أحمد، يعنى أنه غنيمة فيخمس.

قال المصنف، والشارح: وهي أصح. وهو ظاهر ماقدمه في الفروع.

وعنه: أنه فيء. جزم به في الوجيز. وقدمه في المحرر^(١)، وهو ظاهر ماقدمه في الرعاية الكبرى.

وقال الشارح: ويخرج فيه وجه كالرواية الثالثة.

وقال في الفروع: الرواية الثالثة هنا أيضا.

واختار في الرعاية الصغرى هذا الوجه. يعنى أنه لهم من غير تخميس. وقدمه في الحاويين.

قوله: ﴿وَمَنْ أَخَذَ مِنْ دَارِ الْحَرْبِ طَعَامًا، أَوْ عَلْفًا، فَلَهُ أَكْلُهُ وَعَلْفُ دَابَّتِهِ بِغَيْرِ إِذْنٍ﴾.

ولو كانت للتجارة.

وعنه: لا يعلف من الدواب إلا المعد للركوب. ذكره في القواعد. وأطلقهما. ولو كان غير محتاج إليه على أشهر الطريقتين. والصحيح من المذهب^(٢).

والطريقة الثانية: لا يجوز إلا عند الضرورة. وهي طريقة ابن أبي موسى.

وكذا له أن يطعم سبيا اشتراه. وهذا المذهب، وعليه الأصحاب.

لكن بشرط ألا يجرز. فإن أحرز بدار حرب فليس له ذلك، على الصحيح من المذهب، إلا عند الضرورة.

(١) المحرر (١٧٨/٢).

(٢) المحرر (١٧٧/٢). قال في الشرح ولنا ما روى عبد الله بن أبي أوفى قال أصبنا طعاماً يوم خيبر فكان الرجل يأخذ منه مقدار ما يكفيه ثم ينصرف. رواه أبو سعيد وأبو داود. الشرح الكبير (٤٦٨/١٠)، الكافي (١٣٦/٤).

١٤٢ كتاب الجهاد

قيل: له ذلك. واختاره القاضى فى المجرّد.

وعنه: یرد قيمته كله. ذكرها ابن أبى موسى.

فائدة: لا يجوز أن يطعم الفهد وکلب الصيد والجراح من ذلك. وفيه وجه آخر يجوز. ذكره فى القاعده الحادية والسبعين وأطلقهما.

قوله: ﴿وَلَيْسَ لَهُ بَيْعُهُ. فَإِنْ بَاعَهُ رَدَّ ثَمَنُهُ فِي الْمَغْنَمِ﴾.

هذا المذهب. عليه الأصحاب.

قال القاضى، والمصنف فى الكافى (١) : لا يخلو إما أن يبيعه من غاز أو غيره. فإن باعه لغيره: فالبيع باطل. فإن تعذر رده رد قيمته أو ثمنه، إن كان أكثر من قيمته. وإن باعه لغاز لم يخل: إما أن يئذله بطعام، أو علف مما له الاتفاح به أو بغيره، فإن باعه بمثله فليس هذا بيعا فى الحقيقة، إنما سلم إليه مباحا وأخذ مباحا مثله.

فعلى هذا: لو باع صاعا بصاعين، أو افترقا قبل القبض جاز. وإن باعه نسيئة أو أقرضه وإياه فأخذه، فهو أحق به. ولا يلزمه إبقاؤه.

وإن باعه بغير الطعام والعلف فالبيع غير صحيح، ويصير المشتري أحق به، ولا ثمن عليه. وإن أخذه منه وجب رده إليه. انتهى.

قوله: ﴿وَإِنْ فَضَلَ مَعَهُ شَيْءٌ فَأَدْخَلَهُ الْبَلَدَ: رَدَّهُ فِي الْغَنِيمَةِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ يَسِيرًا، فَلَهُ أَكْلُهُ فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ﴾.

نص عليه فى رواية ابن إبراهيم. وصححه فى التصحيح. وحزم به فى الوجيز، ومنتخب الأدمى، والعمدة (٢).

والرواية الثانية: يلزمه رده فى المغنم. نص عليها فى رواية أبى طالب. وهى المذهب. اختاره أبو بكر الخلال، وأبو بكر عبد العزيز والقاضى. وأطلقهما الخرقى، والشارح، والرعايتين، والحاويين، والإرشاد، والزرکشى، وأبو الخطاب فى خلافهما. وحزم به المنور. وقدمه فى الفروع، والمحرر (٣)، والنظم.

فائدة: لو باعه رد ثمنه. وإن أكله لم یرد قيمة أكله على الصحيح. وعنه: یردها.

(١) ذكره صاحب الكافى انظر الكافى (١٣٦/٤).

(٢) العمدة (٥٨٨-٥٨٩).

(٣) المحرر (١٧٨/٢).

تنبيهان

الأول: الذى يظهر أن اليسير هنا يرجع قدره إلى العرف.
وقال فى التبصرة، والموجز: هو كقطعام أو علف يومين. نقله أبو طالب.
قال فى الرعاية: اليسير كعلفة وعلفتين، وطبخة وطبختين.
الثانى: ظاهر كلام المصنف: أنه لا يأخذ غير الطعام والعلف. وهو صحيح.
قال الإمام أحمد: لا يغسل ثوبه بالصابون. فإن غسل رد قيمته فى المغنم. نقله أبو طالب. واقتصر عليه فى الفروع.
الثالث: السكر والمعاجين ونحوها كالطعام. وفى إلحاق العقاقير بالطعام وجهان ، وأطلقهما فى الرعايتين، والحاويين، والفروع.
قلت: الأولى إلحاقه بالطعام إن احتاج إليه، وإلا فلا.
وقال فى موضع من الرعاية: وله شرب الدواء من المغنم وأكله.
الرابع: محل جواز الأخذ والأكل: إذا لم يجزها الإمام، أما إذا جازها الإمام ووكل من يحفظها: فإنه لا يجوز، لأحد أخذ شئ منه إلا للضرورة على الصحيح من المذهب (١). والمنصوص عنه. واختاره المصنف وغيره. وقدمه الزركشى وغيره. وجوز القاضى فى المجرى الأكل منه فى دار الحرب مطلقا.

فائدتان

إحداهما: يدخل فى الغنيمة جوارح الصيد، كالفهود والبزاة. نقل صالح: لا بأس بثمن البازى. انتهى.

ولا يدخل ثمن كلب وخنزير. ويخص الإمام بالكلب من شاء، فلو رغب فيها بعض الغانمين دون بعض دفعت إليه. وإن رغب فيها الكل، أو ناس كثير: قسمت عددا من غير تقويم إن أمكن قسمتها. وإن تعذر، أو تنازعا فى الجيد منها: أقرع بينهم. ويكسر الصليب ويقتل الخنزير. قاله أحمد. ونقل أبو داود: يصب الخمر. ولا يكسر الإناء.

(١) ذكر فى الكافى «وإن أحرزت الغنيمة فقال الخرقى: لا يؤكل منها إلا أن تدعو الضرورة بالآ يجدوا ما يأكلون. ونص عليه أحمد لأن المسلمين ملكوها بجزايتها فلم يجز الأكل منها كما لو حيزت إلى بلد الإسلام» الكافى (٤/١٣٦)، المحرر (٢/١٧٧-١٧٨). قال فى الشرح الكبير (لأننا إن أجبنا أخذه قبل جمعه لأنه لم يثبت فيه ملك المسلمين بعد فأشبهه المباحات من الحطب والحشيش فإذا جمعت ثبت ملك المسلمين فيها فخرجت عن حيز المباحات وصارت كسائر أملاكهم فلم يجز الأكل منها إلا للضرورة). الشرح الكبير (١٠/٤٧٤).

١٤٤ كتاب الجهاد

الثانية: يجوز له - إذا كان محتاجا - دهن بدنه ودابته، ويجوز شرب شراب. ونقل أبو داود: دهنه بدهن للتزين لا يعجبني.

قوله: ﴿وَمَنْ أَخَذَ سِلَاحًا﴾ يعني من الغنيمة ﴿فَلَهُ أَنْ يُقَاتِلَ بِهِ حَتَّى تَنْقُضِيَ الْحَرْبُ ثُمَّ يَرُدَّهُ﴾.

يجوز له أخذ السلاح الذي أخذ من الكفار للقتال، سواء كان محتاجا إليه أو لا. على الصحيح من المذهب. جزم به في الوجيز وغيره. وهو ظاهر كلامه في الخلاصة. وقدمه في الفروع، والمحرر (١).

وقال في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والبلغة، والرعايتين، والحاويين، وغيرهم: له ذلك مع الحاجة.

قلت: وهو الصواب.

قوله: ﴿وَلَيْسَ لَهُ رُكُوبُ الْفَرَسِ﴾.

يعنى ليقاتل عليها في إحدى الروايتين. وأطلقها في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والخلاصة، والمغنى (٢)، والشرح (٣)، والرعايتين، والحاويين، والفروع، والزرركشى.

إحدهما: يجوز. جزم به في المنور، وقدمه في المحرر (٤).

والرواية الثانية: لا يجوز. جزم به في الوجيز، والمنتخب [والمغنى (٥)]، وشرح ابن رزين (٦) [وصححه في التصحيح، والنظم.

ونقل إبراهيم بن الحارث: لا يركبه إلا لضرورة أو خوف على نفسه.

ونقل المروذى: لا بأس أن يركب الدابة من الفئء، ولا يعجبها.

فائدة: حكم لبس الثوب حكم ركوب الفرس، خلافا ومذهبا، عند الأصحاب وعنه: يركب ولا يلبس. ذكرها في الرعاية.

* * *

(١) ذكره صاحب المحرر (١٧٨/٢).

(٢) المغنى (٣٩٧/١٠).

(٣) ذكر صاحب الشرح فيها روايتين الأولى أنه يجوز كالسلاح. الشرح الكبير (٤٧٥/١٠).

(٤) المحرر «قال فله أن يقاتل به حتى تنقضي الحرب ثم يردّه». انظر المحرر (١٧٨/٢).

(٥) ذكره في المغنى، قال أحمد في الروايتين: يجوز ولا يجوز، لا يركب دواب السبيل في حاجة ويركبها ويستعملها في سبيل الله المغنى (٥٥٦/١٠).

(٦) ذكر صاحب الشرح الرواية الثانية لا يجوز لحديث روي بن ثابت ولأنها تتعرض للعطب غالبا وقيمتها كثيرة بخلاف السلاح. الشرح الكبير (٤٧٥/١٠).

باب قسمة الغنيمة

قوله: ﴿وإن أخذ منهم مال مسلم فأذركه صاحبه قبل قسمه، فهو أحق به. وإن أذركه مقسوماً فهو أحق بقيمته﴾.

اعلم أنه إذا مال المسلم من الكفار، بعد أخذهم له، فلا يخلو: إما أن نقول: هم يملكون أموال المسلمين أو لا، ولو حازوها إلى دارهم.

فإن قلنا: يملكونها وأخذناها منهم، فلا يخلو: إما أن يعرف صاحبه أو لا، فإن لم يعرف صاحبه قسم، جاز التصرف فيه.

وإن عرف صاحبه، فلا يخلو: إما أن يدركه بعد قسمه، أو قبل قسمه. فإن أدركه قبل قسمه فهو أحق به، ويرد إليه إن شاء. وإلا فهو غنيمة. وهو قول المصنف. فهو أحق به.

وإن أدركه مقسوماً. فهو أحق به بثمنه، كما قال المصنف. وهو المذهب.

قال في المحرر (١): وهو المشهور عنه. وحزم به في الوجيز، والمذهب. ومسبوك الذهب، والمنور. وقدمه في الفروع، والإرشاد. واختاره أبو الخطاب. وهو من مفردات المذهب.

وعنه: لا حق له فيه، كما لو وجدته بيد المستولى عليه وقد أسلم، أو أتنا بأمان. وقدمه في المحرر (٢)، والرعايتين، والحاويين، والنظم. وأطلقهما في المغنى (٣)، والشرح (٤)، والقواعد الفقهية.

فعلى المذهب: لو باعه المعتنم قبل أخذ سيده: صح. ويملك السيد انتزاعه من الثاني. وكذلك لو رهنته: صح. ويملك انتزاعه من المرتهن. ذكره أبو الخطاب في الانتصار. ولم يفرق بين أن يطالب بأخذه أو لا.

قال في القاعدة الثالثة والخمسين: والأظهر أن المطالبة تمنع التصرف كالشفعة.

قوله: ﴿وإن أخذه أحد الرعية. بثمن فهو أحق به بثمنه﴾.

(١) المحرر (٢/١٧٤).

(٢) المحرر (٢/١٧٤).

(٣) ذكر صاحب المغنى الروايتين فانظره (١٠/٤٧٩).

(٤) الشرح الكبير وأنه لا حق له فيه بحال، هذه رواية والثانية له حق (١٠/٤٧٧).

١٤٦ كتاب الجهاد

وهو المذهب. جزم به في الوجيز، والمنور.

قال في المحرر (١): هذا المشهور عن أحمد. وقدمه في المغنى (٢)، والشرح (٣)، والفروع والرعائيتين، والحاويين، والإرشاد.

وقال القاضي: حكمه حكم ما لو وجده صاحبه بعد القسمة على ما تقدم.

قوله: ﴿وَإِنْ أَخَذَهُ بِغَيْرِ عَوْضٍ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ بِغَيْرِ شَيْءٍ﴾.

وهو المذهب. قال في المحرر (٤): وهذا ظاهر المذهب.

قال في الفروع: أخذه منه بغير قيمة على الأصح. وجزم به في الوجيز وغيره. وقدمه في الرعايتين، والحاويين، والمغنى (٥)، والشرح (٦). ونصره. وصححه في النظم. وعنه: ليس له أخذه إلا بقيمته. وعنه: لا حق له فيه.

فوائد

الأولى: لو باعه مشتره أو متهبه، أو وهبها، أو كان عبدا فأعتقها. لزم تصرفهما. وهل له أخذه من آخر مشتر أو متهب؟ مبنى على ما سبق من الخلاف في الأصل.

الثانية: إذا قلنا يملكون أم الولد، على ما يأتي قريبا: لزم السيد قبل القسمة أخذها، ويتمكن منه بعد القسمة بالعوض، رواية واحدة. قاله في المحرر (٧). ونص عليه. وجزم به في الفروع وغيره.

الثالثة: حكم أموال أهل الذمة - قال في الرعاية: وأموال المستأمن - إذا استولى عليها الكفار، ثم قدر عليها: حكم أموال المسلمين فيما تقدم.

(١) المحرر (١٧٤/٢).

(٢) لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن رجلا وجد بعيراً له كان المشركون أصابوه فقال له النبي ﷺ: «إن أصبته قبل أن تقسمه فهو لك وإن أصبته بعد ما قسم أخذته بالقيمة» لأنه إنما امتنع أخذه له بغير شيء كيلا يفرض على حرمان أخذه من الغنيمة أو يضيع الثمن على المشتري.

(٣) الشرح الكبير (٤٧٧/١٠).

(٤) المحرر (١٧٤/٢).

(٥) لما روى أن قوما أغاروا على سرح النبي ﷺ فأخذوا ناقته وجارية من الأنصار فأقامت عندهم أياما ثم خرجت في بعض الليل قالت فما وضعت يدي على ناقته إلا رغبت حتى وضعتها على ناقته ذلول فامتطيتها ثم توجهت إلى المدينة ونذرت إن نجاني الله عليها أن أنحرها فلما قدمت المدينة استعرفت الناقة فإذا هي ناقه رسول الله ﷺ فأخذها فقلت يارسول الله ﷺ إني نذرت أن أنحرها فقال «بئس ما جازيتها لا نذر في معصية» رواه أحمد ومسلم. ولأنه لم يحصل في يده بعوض فكان صاحبه أحق به كما لو أدركه في الغنيمة قبل قسمه. المغنى (٤٨٠/١٠).

(٦) الشرح الكبير - روى الحديث السابق في المغنى (الشرح الكبير ٤٧٨/١٠).

(٧) المحرر (١٧٤/٢).

كتاب الجهاد ١٤٧

وأعتقه سيده: لم يعتق. ولو كانت أمة مزوجة، فقياس المذهب: انفساخ نكاحها. وقيل: لا ينفسخ. كالحررة.

وروى ابن هانئ عن أحمد: تعود إلى زوجها إن شاءت. وهذا يدل على انفساخ النكاح بالسي.

تنبيه: هذه الأحكام كلها على القول بأن الكفار يملكون أموالنا بالقهر.

وأما على القول بأنهم لا يملكونها: فلا يقسم بحال. وتوقف إذا جهل ربها. ولربه أخذه بغير شيء، حيث وجدته، ولو بعد القسمة، أو الشراء منهم، أو إسلام أخذه وهو معه. هذا الصحيح من المذهب، وعليه جماهير الأصحاب. وقطع به في المحرر^(١)، والرعايتين، والحاويين، وغيرهم. وقدمه في الفروع.

وقال في التبصرة: هو أحق بما لم يملكه بعد القسمة بثمن، لئلا ينتقض حكم القاسمين.

وعلى هذه الرواية في وجوب الزكاة: رواية المال المغصوب، ويصح عتقه. ولم ينفسخ نكاح المزوجة.

قوله: ﴿وَيَمْلِكُ الْكُفَّارُ أَمْوَالَ الْمُسْلِمِينَ بِالْقَهْرِ﴾. ذكره القاضي.

وهو المذهب، قال في القواعد الفقهية: المذهب عند القاضي: يملكونها من غير خلاف. وجزم به في الوجيز، وتذكرة ابن عقيل. وقدمه في الفروع، والمحرر^(٢). فعليها يملكون العبد المسلم. صرح به في القواعد [الفقهية] ويأتي ذلك في أواخر كتاب البيع.

وقال أبو الخطاب: ظاهر كلام أحمد: أنهم لا يملكونها. يعنى ولو حازوها إلى دارهم. وهى رواية عن أحمد. اختارها الأجرى، وأبو الخطاب فى تعليقه، وابن شهاب، وأبو محمد الجوزى. وجزم به ابن عبدوس فى تذكرته. قال فى النظم: لا يملكونه فى الأظهر.

وذكر ابن عقيل فى فنونه، ومفرداته: روايتين. وصحح فيها عدم الملك. وقدمه فى المذهب، ومسبوك الذهب، والخلاصة، والرعايتين، والحاويين. وصححه فى نهاية ابن رزين ونظمها.

(١) المحرر (١٧٤/٢).

(٢) المحرر (١٧٤/٢).

١٤٨ كتاب الجهاد

قال في المحرر^(١) : ونص أبو الخطاب في تعليقه: أن الكفار لا يملكون مال مسلم بالقهر. وأنه يأخذ بغير شيء، وحتى لو كان مقسوما، ومن العدو إذا أسلم. وذلك مخالف لنصوص أحمد. انتهى.

وأطلقهما في البلغة، وشرح ابن منجا.

وذكر الشيخ تقي الدين: أن أحمد لم ينص على الملك، ولا على عدمه، وإنما نص على أحكام أخذ منها ذلك.

قال: والصواب أنهم لا يملكونها إلا ملكا مقيدا لا يساوي أملاك المسلمين من كل وجه. انتهى.

وعنه: لا يملكونها حتى يجوزوا إلى دارهم. اختاره القاضى فى كتاب الروايتين. وأطلقهن الشارح.

قال فى القواعد الأصولية: وإذا قلنا يملكون. فهل يشترط أن يجوزوه بدارهم؟ فيه روايتان. والترجيح مختلف.

وقال فى القاعدة السابعة عشرة: والمنصوص أنهم لا يملكونها بمجرد استيلائهم، بل بالحيازة إلى دارهم. وفيه رواية مخرجة بأنهم يملكونها بمجرد الاستيلاء.

وبنى ابن الصيرفى ملكهم أموال المسلمين على أنهم: هل هم مخاطبون بفروع الإسلام أم لا؟ فإن قلنا: هم مخاطبون: لم يملكوها، وإلا ملكوها.

ورد بأن المذهب عند القاضى: أنهم يملكون من غير خلاف. والمذهب: أنهم مخاطبون.

وأىضا: إنما محل الخلاف فى ملك الكفار وعدمه أموالنا فى أهل الحرب. أما أهل الذمة: فلا يملكونها بلا خلاف، والخلاف فى تكليف الكفار عام فى أهل الذمة وأهل الحرب.

تنبيهات

أحدها: حيث قلنا يملكونها، فلا يملكون الجيش ولا الوقف. ويملكون أم الولد فى إحدى الروايتين. قدمه فى المعنى^(٢)، والشرح^(٣)، والفروع.

(١) المحرر (١٧٤/٢).

(٢) قال فى المعنى «إنما يملكونها بالحيازة إلى دارهم» المعنى (٤٨٣/١٠).

(٣) ذكر فى الشرح الروايتين الأولى «أن الكفار يملكون أموال المسلمين بالقهر» الشرح الكبير (٤٨١/١٠).

كتاب الجهاد ١٤٩

والرواية الثانية: هي كالوقوف فلا يملكونها. صححها ابن عقيل. وصاحب النظم. قلت: وهو الصواب. وهو احتمال فى المغنى^(١)، والشرح^(٢). وأطلقهما فى المحرر^(٣) والرعايتين، والحاويين، والقواعد.

الثانى: مفهوم قوله: «ويعلم الكفار أموال المسلمين بالقهر» أنهم لا يملكونها بغير ذلك، فلا يملكون ما شرد إليهم من الدواب، أو أبق من العبيد، أو ألقته الريح إليهم من السفن. وهو إحدى الروايتين. صححه فى النظم. قال فى القواعد الأصولية: المذهب لا يملكونه.

والرواية الثانية: حكمه حكم ما أخذوه بالقهر. وهو المذهب. قدمه فى المغنى^(٤)، والشرح^(٥)، والمحرر^(٦)، والفروع، والرعايتين، والحاويين.

الثالث: مفهوم قوله: «ويعلم الكفار أموال المسلمين» أنهم لا يملكون الأحرار. وهو صحيح. فلا يملكون حرا مسلما، ولا ذميا بالاستيلاء عليه، ويلزم فداؤه لحفظه من الأذى.

ونصه فى الذمى إذا استعين به. ومن اشتراه منهم بنية الرجوع فله ذلك. على الصحيح من المذهب. وقيل: لا يرجع.

وقال فى المحرر^(٧): فله عليه ثمنه دينا، ما لم ينو به التبرع. فإن اختلفا فى قدر ثمنه فوجهان. أطلقهما فى الفروع.

قلت: الظاهر أن القول قول المشتري [والصحيح من المذهب: أن القول قول الأسير، لأنه غارم. قطع به فى المغنى^(٨)، والشرح^(٩)، ونصره].

واختار الآجرى لا يرجع إلا أن يكون عادة الأسرى وأهل الثغر، فيشتريهم

(١) قال فى المغنى: - روى روايتان الأولى «لا يملكونها بحديث ناقة النبى ﷺ، ولأنه مال معصوم طرأت

عليه يد عادية فلم يملك بها كالغصب» المغنى (٤٨٢/١٠).

(٢) قال الشرح: - لا يملكونها لحديث ناقة النبى ﷺ. الشرح الكبير (٤٨١/١٠).

(٣) المحرر (١٧٤/٢).

(٤) المغنى (٤٨٢/١٠).

(٥) الشرح (٤٨١/١٠).

(٦) المحرر (١٧٤/٢).

(٧) المحرر (١٧٤/٢).

(٨) قال فى المغنى: القول قول الأسير لأن الأسير منكر للزيادة والقول قول المنكر والأصل براءة الذمة من

هذه الزيادة فيترجح قوله بالأصل. المغنى (٤٩٧/١٠).

(٩) الشرح الكبير (٤٨١/١٠).

١٥٠ كتاب الجهاد

ليخلصهم ويأخذ ما وزن لا زيادة . فإنه يرجع.

قوله: ﴿وَمَا أَخِذَ مِنْ دَارِ الْحَرْبِ، مِنْ رِكَازٍ أَوْ مُبَاحٍ لَهُ قِيَمَةٌ فَهُوَ غَنِيمَةٌ﴾.

إذا كان مع الجيش وأخذ من دار الحرب ركازا وحده أو بجماعة منهم، لا يقدر عليه إلا بهم: فهو غنيمة. وهو مراد المصنف.

وأما إذا قدر عليه بنفسه كالتلصص ونحوه: فإنه يكون له، فهو كما لو وجده في دار الإسلام. فيه الخمس. وهذا المذهب (١). وخرج أنه غنيمة. وتقدم ذلك مستوفى في آخر باب زكاة الخارج من الأرض.

وأما ما أخذه من دار الحرب من المباح وله قيمة - كالصيود، والصبغ، والدارصيني، والحجارة، والخشب، ونحوها - فالصحيح من المذهب (٢): أنه غنيمة مطلقا. كما قال المصنف.

ونقل عبد الله: إن صاد سمكا وكان يسيرا، فلا بأس به مما يبيعه بدائق أو قيراط. وما زاد على ذلك يرد في المغنم.

وقال ابن رزين في مختصره: وهدية مباح، وكسب طائفة غنيمة في الثلاثة، وأن المأخوذ لا قيمة له كالأقلام، فهو لأخذه. وإن صار له قيمة يقدر ذلك بنقله ومعالجته. نص عليه.

وقاله المصنف والمجد وغيرهما.

ويأتي في آخر الباب حكم من أخذ من الفدية، أو ما أهدي لأمرير الجيش أو لبعض الغانمين.

قوله: ﴿وَتُمَلِّكُ الْغَنِيمَةَ بِالْأَسْتِثْلَاءِ عَلَيْهَا فِي دَارِ الْحَرْبِ﴾.

(١) فصل صاحب الشرح: قال إذا كان في موضع يقدر عليه بنفسه فهو له كما لو وجده في دار الإسلام فيه الخمس وباقيه له وإن لم يقدر عليه بنفسه إلا بجماعة من المسلمين فهو غنيمة لما روى عاصم بن كليب عن أبي الجوزين الحمري قال لقيت بأرض الروم حيرة فيها ذهب في إمرة معاوية وعلينا معن بن يزيد السلمى فأتيته بها فقسمها بين المسلمين وأعطاني مثل ما أعطى رجلا منهم ثم قال لولا أنى سمعت رسول الله ﷺ يقول «لا نفل إلا بعد الخمس لأعطيتك» ثم أخذ يعرض عليّ من نصيبه فأبست. أخرجه أبو داود. الشرح الكبير (٤٨٣/١٠)، المغنى (٤٨٦/١٠)، الكافي (١٣٧/٤)، العمدة والعدة (٥٨٨)، المحرر (١٧٧/٢).

(٢) قال في المحرر: - «فهو غنيمة للجيش نص عليه» المحرر (١٧٧/٢). قال في الكافي «لأنه وصل إليه بقوة الجيش» الكافي (١٣٧/٤). قال في الشرح «فالسلمون شركاؤه فيه» الشرح الكبير (٤٨٤/١٠). وقال في المغنى (لأنه مال ذو قيمة مأخوذ من أرض الحرب بظهر المسلمين فكان غنيمة» المغنى (٤٨٥/١٠).

هذا المذهب. وعليه أكثر الأصحاب، ونص عليه.

قال في القواعد الفقهية: هذا المنصوص. وعليه أكثر الأصحاب. وجزم به في المذهب، ومسبوك الذهب، والمحرم^(١)، والشرح^(٢)، والوجيز، وتذكرة ابن عبدوس، وغيرهم. وصححه في النظم، وغيره. وقدمه في الفروع، والرعايتين، والحاويين، وغيرهم.

وقال في الإنتصار، وعيون المسائل وغيرهما: لا تملك إلا باستيلاء تام، لا في فور الهزيمة لالتباس الأمر، هل هو حيلة أو ضعف؟ وقاله في البلغة، وأنه ظاهر كلام أحمد.

وقال القاضي: لا تملك إلا بقصد التملك لا يملك الأرض. وتردد في الملك قبل القسمة، هل هو باق للكفار، أو أن ملكهم انقطع؟ [عنها]. وقاله في الفروع. وظاهر كلامه تملك. كسواء وغيره. واختاره في الإنتصار بالقصد. وقيل: لا يستقر ملكها قبل الحيازة بدارنا. قوله: ﴿وَيَجُوزُ قَسْمُهَا فِيهَا. وكذا تبايعها﴾.

وهذا المذهب نص عليه. وعليه جماهير الأصحاب، وقطع به في المغنى^(٣)، والمحرم^(٤)، والشرح^(٥)، والوجيز، وغيرهم. وقدمه في الفروع. وقيل: لا يجوز ذلك فيهما. وفي الباب: رواية لا يصح قسمتها فيها. فائدة: لو أراد الأمير أن يشتري لنفسه منها. فوكل من لا يعلم أنه وكيله: صح البيع وإلا حرم. نص عليه. ويأتي في آخر الباب إذا تبايعوا بعد قسمتها ثم غلب عليها العدو، هل تكون من مال المشتري أو البائع؟

- (١) قال في المحرم: - «وتملك بالاستيلاء عليها ولو بدار الحرب». المحرم (١٧٣/٢).
 (٢) قال في الشرح: - «والدليل على ثبوت الملك عليها في دار الحرب ثلاثة أمور» ذكرها صاحب الشرح الكبير فراجعها (٤٨٦/١٠).
 (٣) ذكرها في المغنى (قال يجوز قسم الغنائم في دار الحرب)، ثم ذكر الرواية التي ذكرها صاحب الشرح في لفظه (٥) المغنى (٤٦٦/١٠).
 (٤) قالها في المحرم (١٧٣/٢).
 (٥) قال في الشرح «لأنه يثبت الملك فيها - ولما روى أبو إسحاق الفزاري قال: قلت للأوزاعي هل قسم رسول الله ﷺ شيئا من الغنائم بالمدينة قال لا أعلمه إنما كان الناس يتغنون غنائمهم ويقسمونها في أرض عدوهم، ولم يقفل رسول الله ﷺ عن غزاة قط أصاب فيها غنيمة إلا خصه وقسمه من قبل أن يقفل من ذلك غزوة بنى المصطلق وهوازن» ولأن كل دار صحت القسمة فيها جازت كدار الإسلام، الشرح الكبير (٤٨٦/١٠).

١٥٢ كتاب الجهاد

قوله: ﴿وَهِيَ لِمَنْ شَهِدَ الْوُقْعَةَ مِنْ أَهْلِ الْقِتَالِ، قَاتِلًا أَوْ لَمْ يُقَاتِلْ﴾. وهذا بلا نزاع فى الجملة.

تنبیه: ظاهر كلامه: متى شهد الوقعة استحق سهمه. وهو صحيح، وهو المذهب (١) مطلقا.

وقال الآجرى: لو حازوها ولم تقسم، ثم انهزم قوم: فلا شيء لهم، لأنها لم تصر إليهم حتى صاروا عصاة.

فائدة: يستحق أيضا من الغنيمة من بعثه الأمير لمصلحة الجيش. مثل الرسول والدليل، والجاسوس، وأشباههم. فيسهم لهم، وإن لم يحضروا. ويسهم أيضا لمن خلفهم الأمير فى بلاد العدو، غزوا أو لم يمر بهم فرجعوا. نص عليه.

قوله: ﴿مِنْ تِجَارِ الْعَسْكَرِ وَأَجْرَائِهِمْ﴾.

هذا المذهب (٢) مطلقا، وعليه جماهير الأصحاب.

قال الإمام أحمد: يسهم للمكارى، والبيطار، والحداد، والخياط، والإسكاف والصناع، وهو من المفردات.

وذكر ابن عقيل فى أسير وتاجر روايتين. والإسهام للتاجر من المفردات. وعنه: لا يسهم لأجير الخدمة.

وقال القاضى، وغيره: يسهم له إذا قصد الجهاد. وكذا قال فى التاجر.

وقال فى الموجز: هل يسهم لتاجر العسكر وسوقه، ومستأجر مع جند، كركابى وسائس، أن يرضخ لهم؟ فيه روايتان.

وقال فى الوسيلة: ظاهر كلامه لا تصح النيابة، تبرعا أو بأجرة. وقطع به ابن الجوزى.

وأما المريض العاجز عن القتال: فلا حق له. هذا المذهب (٣) مطلقا. وعليه جماهير

(١) الشرح الكبير (٤٨٧/١٠)، الكافى (١٤٦/٤)، المحرر (١٧٥/٢)، العمدة (٦٠١)، العدة (٦٠١).

(٢) المحرر (١٧٧/٢). قال فى الكافى «فيسهم لهم إذا حضروا القتال نص عليه أحمد» الكافى (١٤٦/٤)، الشرح الكبير (٤٨٧/١٠)، العدة (٦٠١).

(٣) قال: صاحب العمدة «ولا حق فيها لعاجز عن القتال بمرض أو غيره». العمدة (٦٠٢). وفصل صاحب العدة «قال إذا مرض فى دار الحرب فلا يخلو إما أن يكون مرضا يسيرا لا يخرج عن كونه من أهل القتال كالصداع والحمى لم يسقط سهمه. وإن خرج عن كونه من أهل القتال كالزمن والأشل سقط سهمه لأنه ليس من أهل القتال والجهاد أشبه العدة (٦٠٢). قال صاحب الشرح: «أما المريض الذى لا يتمكن من القتال فإن خرج بمرضه عن أهلية الجهاد كالزمن والأشل والمفلوج فلا سهم له لأنه لم يبق من أهل الجهاد وإن لم يخرج بمرضه عن ذلك كالحموم ومن به الصداق فإنه يسهم له» الشرح الكبير (٤٨٨/١٠)، المحرر (ولا لمريض مرضا يمنعه من القتال) المحرر (١٧٧/٢).

الأصحاب، وقطع به أكثرهم.

وقال الآجری: من شهد الوقعة ثم مرض أسهم له، وإن لم يقاتل. وأنه قول أحمد.

تنبيه: وقوله: ﴿وَالْمُخَذَّلُ وَالْمُرْجِفُ﴾.

يعنى لا حق لهما ولا لفرسهما فيها.

قال الأصحاب: ولو تركا ذلك وقاتلا. ولا يرضخ لهم، لأنهم عصاة. ولا يرضخ للعبد إذا غزا بغير إذن سيده، لأنه عاص.

ولا شيء لمن يعين علينا عدونا، ولا لمن نهاه الإمام عن الحضور، ولا لطفل ولا مجنون، وكذا حكم من هرب من كافرين. ذكره في الروضة، والرعايتين والحاويين.

ويسهم لمن منع من الجهاد لدينه فخالف، أو منعه الأب من جهاد التطوع فخالف. صرح به في المغنى^(١)، والشرح^(٢) وغيرهما، لأن الجهاد تعين عليه بحضور الصف بخلاف العبد.

قوله: ﴿وَالْفَرَسُ الضَّعِيفُ الْعَجِيفُ. فَلَا حَقَّ لَهُ﴾.

وهو المذهب^(٣). وعليه أكثر الأصحاب، وجزم به في الوجيز وغيره. وقدمه في الفروع وغيره.

وقيل: يسهم له. وهو رواية في الرعاية.

وقال: قلت ومثله الهرم والضعيف، والعاجر.

وقال في التبصرة: يسهم لفرس عجيف. ويحتمل لا، ولو شهدها عليه.

قوله: ﴿وَإِذَا لَحِقَ مَدَدٌ أَوْ هَرَبَ أَسِيرٌ، فَأَذْرَكُوا الْحَرْبَ قَبْلَ تَقْضِيهَا أَسْهَمَ لَهُمْ﴾.

لَهُمْ

(١) قال في المغنى: (وإن غزا الرجل بغير إذن والديه استحق السهم لأن الجهاد يتعين عليه بحضور الصف فلا يبقى عاصيا) المغنى (٤٥٩/١٠ - ٥٠٠).

(٢) قال صاحب الشرح: «وإن غزا بغير إذن والديه استحق السهم لأن الجهاد تعين عليه بحضور الصف فلا يبقى عاصيا به» الشرح الكبير (٥٠٨/١٠). وقال في من منع الجهاد لدينه روايتين، وفصل فيما إذا كان بإذنه» راجع الشرح الكبير (٥٠٦/١٠).

(٣) قال في الشرح: «وكذلك لا يسهم لفرس ينبغي للإمام منعه كالحطم والصرع والأعرج وإن شهد عليه الواقعة» الشرح الكبير (٤٨٨/١٠). قال في المحرر «ولاحق في الغنيمة لفرس عجيف» - المحرر (١٧٧/٢). قال في الكافي: - ولا يسهم لفرس ينبغي للإمام منعه «كالفحم والحطم والضرع والأعرج» الكافي (١٤٣/٤).

١٥٤ كتاب الجهاد

هذا المذهب^(١)، وعليه جمهور الأصحاب، وقطع به الأكثر.

وقيل: لا شيء لهما. ذكره في الرعايتين، والحاويين.

تنبيه: مفهوم قوله: ﴿وَإِنْ جَاءُوا بَعْدَ إِحْرَازِ الْغَنِيمَةِ فَلَا شَيْءَ لَهُمْ﴾.

أنهم لو جاءوا قبل إحراز الغنيمة، وبعد تقضى الحرب: أنه يسهم لهم. وهو أحد الوجيحين. وهو ظاهر كلام الخرقى. وقدمه الزركشى.

وقيل: لا يسهم لهم، والحالة هذه. وهو المذهب. قدمه فى الفروع، والرعاية فى موضع، وصححه فى النظم.

قال فى الوجيز: يسهم للأسير والمددى إن أدركاها. واختاره القاضى.

وقال فى القاعدة الخامسة والثمانين: إذا قلنا تملك الغنيمة بمجرد الاستيلاء عليها. فهل يشترط الإحراز؟ فيه وجهان.

أحدهما: لا يشترط، وملك بمجرد تقضى الحرب. وهو قول القاضى فى المجرد ومن تابعه.

والثانى: يشترط. وهو قول الخرقى، وابن أبى موسى، كسائر المباحات. ورجحه صاحب المغنى.

فعلى هذا: لا يستحق منها إلا من شهد الإحراز.

وعلى الأول: اعتبر القاضى والأكثر شهود إحراز الوقعة. وقالوا: لا يستحق من لم يشهده.

وفصل القاضى فى الأحكام السلطانية بين الجيش وأهل المدد. فيستحق الجيش بحضور جزء من الوقعة، إذا كان تخلفهم لعذر. ويعتبر فى استحقاق المدد بخلاف الحرب. انتهى. وأطلقهما فى المغنى^(٢)، والشرح^(٣)، والكافى^(٤).

(١) ذكره فى العدة «ولو وجد مدد فى تلك الحال أو أسير فهرب أو كافر فأسلم مقاتل استحق السهم لأن الاعتبار بحالة الإحراز فوجب اعتباره دون غيره». العدة (٦٠٢). قال فى المحرر «جعل كمن كان فى الوقعة كلها وإن كان ذلك بعد انقضاء الحرب لم يؤثر المحرر (١٧٧/٢). قال فى الشرح: «لأنهم قدموا قبل انقضاء الحرب فقد شاركوا القائمين فى السبب فشاركوهم فى الاستحقاق كما لو قدموا قبل الحرب» الشرح الكبير (٤٨٩/١٠). الكافى (١٤٥/٤).

(٢) ذكره صاحب المغنى وفصل فيهما، انظر المغنى (٤٦٤/١٠).

(٣) فصل فى هذه المسألة صاحب الشرح الكبير (٤٩٠/١٠).

(٤) قال فى الكافى: «إذا ألحق الجيش مدد أو أسير فلت أو فودى من قبل انقضاء الحرب، ثم حكى الخلاف بين القاضى والخرقى فراجع» الكافى (١٣٧/٤).

كتاب الجهاد ١٥٥

فائدة: لو لحقهم مدد بعد إحراز الغنيمة: لم يستحقوا منها شيئا. فلو لحقهم عدو فقاتل المدد مع الجيش، حتى سلموا بالغنيمة: لم يستحقوا أيضا منها شيئا، لأنهم إنما قاتلوا عن أصحابها، لأن الغنيمة في أيديهم وجدوها. نقله الميموني.

قوله: ﴿ثُمَّ يُخَمَّسُ الْبَاقِي. فَيُقَسِّمُ خُمْسَهُ عَلَى خَمْسَةِ أَسْهُمٍ: سَهْمٌ لِلَّهِ تَعَالَى، وَلِرَسُولِهِ ﷺ. يُصْرَفُ مَصْرَفَ الْفِيءِ﴾.

الصحيح من المذهب: أن هذا السهم يصرف مصرف الفيء. وعليه أكثر الأصحاب. وجزم به في الوجيز وغيره. وقدمه في المغني^(١)، والمحزر^(٢)، والشرح^(٣)، والفروع وغيرهم. وصححه في البلغة، والنظم وغيرهما.

قال الزركشي: هذا المشهور.

وعنه: يصرف في المقاتلة. وعنه: يصرف في الكراع، والسلاح.

وعنه: يصرف في المقاتلة والكراع والسلاح.

قال في الانتصار: وهو لمن يلي بالخلافة بعده. ولم يذكر سهم الله. وذكر مثله في عيون المسائل.

وقال أبو بكر: إذا أجرى ذلك على من قام مقام أبي بكر وعمر من الأئمة جاز. وذكر الشيخ تقي الدين في الرد على الرافضي عن بعض أصحابنا: أن الله أضاف هذه الأموال إضافة ملك، كسائر أموال الناس. ثم اختار قول بعض العلماء أنها ليست ملكا لأحد. بل أمرها إلى الله والرسول ينفقها فيما أمره الله به.

قوله: ﴿وَسَهْمٌ لِدَوَى الْقُرْبَى. وَهُمْ بَنُو هَاشِمٍ، وَبَنُو الْمُطَّلِبِ حَيْثُ كَانُوا﴾.

هذا المذهب^(٤) مطلقا، سواء كانوا مجاهدين أو لا. وعليه الأصحاب، وجزموا به.

(١) انظر المغني (٣٠٢/٧).

(٢) قال في المحزر: «سهم لله ولرسوله، يصرف في مصالح المسلمين كالفيء وعنه يصرف في السلاح والكراع والمقاتلة خاصة (المحزر ١٧٥/٢).

(٣) قال في الشرح: «سهم رسول الله ﷺ يصرف في مصالح المسلمين لما روى جبير بن مطعم أن رسول الله ﷺ تناول بيده وبرة من بعير ثم قال، «والذي نفسي بيده مالى مما أفاد الله إلا الخمس والخمس مردود عليكم» - فجعله لجمع المسلمين ثم ذكر صاحب الشرح مصارف أخرى لهذا السهم بأحاديث كثيرة لأحمد وغيره فانظرها، الشرح الكبير (٤٩٥/١٠).

(٤) قال صاحب الشرح الكبير «لما روى جبير بن مطعم قال لما قسم رسول الله ﷺ سهم ذوى القربى من حنين بين بنى هاشم وبنى المطلب أتيت أنا وعثمان بن عفان فقلنا يارسول الله ﷺ أما بنو هاشم فلا تنكر فضلهم لمكانك الذى وضعك الله به منهم فما بال إخواننا من بنى المطلب أعطيتهم وتركتنا وإنما نحن وهم منك بمنزلة واحدة فقال «إنهم لم يفارقوني فى جاهلية ولا إسلام وإنما بنو هاشم وبنو المطلب شىء واحد» رواه أحمد - الشرح (٤٩٨/١٠)، الكافي (١٥٤/٤)، المحزر (١٧٥/٢)، العمدة (٦٠٣)، العدة (٦٠٣).

١٥٦ كتاب الجهاد

وقيل: لا يعطون إلا من جهة الجهاد.

قوله: ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلَ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾.

هذا المذهب، جزم به الخرقى. وصاحب الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والعمدة^(١). والوجيز وغيرهم. وقدمه فى الرعايتين، والحاويين، وغيرهم. وصححه فى البلغة، والنظم، وغيرهما.

وعنه: الذكر والأنثى فيه سواء. قدمه ابن رزين فى شرحه، وأطلقهما فى المغنى^(٢)، والشرح^(٣)، والمحزر^(٤)، والفروع.

قوله: ﴿غَنِيَّهُمْ وَفَقِيرُهُمْ فِيهِ سَوَاءٌ﴾.

هذا المذهب. نص عليه، وعليه أكثر الأصحاب.

قال الزركشى: هذا المشهور المعروف. وهو ظاهر كلام الخرقى. وجزم به فى الهداية، والمذهب، والوجيز وغيرهم. وقدمه فى الفروع، والمحزر^(٥)، والرعايتين، والحاويين، والنظم وغيرهم.

وقيل: يختص به فقراؤهم. واختاره أبو إسحاق ابن شاقلا.

فوائد

إحداها: يجب تعميمهم وتفرقة بينهم حينما كانوا حسب الإمكان. على الصحيح من المذهب^(٦). وعليه أكثر الأصحاب.

فعلى هذا: يبعث الإمام إلى عماله فى الأقاليم، وينظر ما حصل من ذلك. فإذا استوت الأقسام فرق كل خمس فيمن قاربه. وإن اختلفت أمر بحمل الفاضل ليدفع إلى مستحقه.

وقال المصنف: الصحيح - إن شاء الله - أنه لا يجب التعميم، لأنه يتعذر أو يشق فلم يجب كالمساكين. والإمام ليس له حكم إلا فى قليل من بلاد الإسلام.

(١) العمدة (٦٠٤).

(٢) ذكر فى المغنى الإطلاق يقسم فيهم للذكر مثل حظ الأنثيين، وقيل بتساوى بينهم، المغنى (٣٠٥/٧).

(٣) قال فى الشرح: «حيث كانوا غنيهم وفقيرهم فيه سواء وللذكر مثل حظ الأنثيين» وهو ثابت بعد موت النبي ﷺ الشرح (٤٩٨/١٠).

(٤) المحزر (١٧٥/٢-١٧٦).

(٥) قال فى المحزر: «غنيهم وفقيرهم سواء نص عليه» المحزر (١٧٦/٢).

(٦) ذكره فى الشرح الكبير (٤٩٩/١٠) قال فى الكافى: «يجب تعميمهم به حيث كانوا لعموم قوله تعالى:

﴿وَلِذِي الْقُرْبَىٰ﴾ الكافى (١٥٤/٤)، المحزر (١٧٦/٢)، العدة (٦٠٤).

فعلى هذا يفرقه كل سلطان فيما أمكن من بلاده.
قال الزركشى: قلت: ولا أظن الأصحاب يخالفونه فى هذا. انتهى.
وقال فى الانتصار: يكفى واحد إن لم يمكنه.
وقال فى الرعاية: وقيل: بل سهم ذوى القربى من الغنيمة والفقير فى كل إقليم.
وقيل: ما حصل من مغزاه.
وقيل: يجوز تفريق الخمس فى جهة مغزاه وغيرها. وإن كان بينهما مسافة القصر.
ويأتى قريبا بأعم من هذا.
الثانية: لا شىء لمواليهم. ولا لأولاد بناتهم، ولا لغيرهم من قريش.
وقال ابن نصر الله فى حواشى الفروع: حرمان الموالى هنا فيه نظر، لأن موالى
القوم منهم، ولكنهم منعوا الزكاة لكونهم منهم، فوجب أن يعطوا من الخمس.
انتهى.

الثالثة: إذا لم يأخذوا سهمهم صرفا فى الكراع والسلاح.

قوله: ﴿وَسَهْمٌ لِلْيَتَامَى وَالْفُقَرَاءِ﴾.

هذا المشهور فى المذهب. قاله فى الفروع. وجزم به فى الهداية، والمذهب،
ومسبوك الذهب، والكافى (١)، والبلغة، والحرر (٢)، والرعايتين، والحاويين، والوجيز
وغيرهم. وقدمه فى النظم.

قال الزركشى: هو قول جمهور الأصحاب.

وقيل: يستحق منهم اليتيم الغنى.

قال الناظم: وما هو يبيعد، وإليه ميل المصنف.

فوائد

إحداها: «اليتيم» من لا أب له، إذا لم يبلغ الحلم.

قوله: ﴿وَسَهْمٌ لِلْمَسَاكِينِ﴾.

يدخل معهم الفقراء بلا نزاع.

(١) قال فى الكافى: أما سهم اليتامى فهو لصغير لا أب له. لقول النبى ﷺ «ولا يتم بعد احتلام». الكافى

(١٥٤/٤).

(٢) الحرر (١٧٦/٢).

١٥٨ كتاب الجهاد

الثانية: يشترط في المستحقين من القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل: أن يكونوا مسلمين، وأن يعطوا كالزكاة بلا نزاع. ويعم بسهامهم جميع البلاد حسب الإمكان. على الصحيح من المذهب، وعليه أكثر الأصحاب. وقدمه في الفروع، والشرح^(١)، وغيرهما.

وتقدم كلام المصنف في بنى هاشم، وبنى المطلب.
وقال في الانتصار: يكفى واحد واحد من الأصناف الثلاثة، ومن ذوى القربى إن لم يمكنه.

واختار الشيخ تقي الدين: إعطاء الإمام من شاء منهم للمصلحة كالزكاة. واختار أيضا أن الخمس والفقير واحد، يصرف في المصالح. وذكر في رده على الرافضى: أنه قول في مذهب أحمد، وأن عند أحمد ما يوافق ذلك، فإنه جعل مصرف خمس الركاز مصرف الفقير، وهو تبع لخمس الغنائم. وذكره أيضا رواية.

واختار ابن القيم في الهدى القول الأول. وهو أن الإمام مخير فيهم. ولا يبعد أنهم كالزكاة.

الثالثة: لو اجتمع في واحد أسباب - كالمسكين اليتيم - استحق بكل واحد منهما، لأنها أسباب لأحكام. فإن أعطاه ليطمه فزال فقره، لم يعط لفقره شيئا. قال في القاعدة التاسعة عشرة بعد المائة: هذا المشهور في المذهب. ولها نظائر تأتي في الوقف والموارث وغيرهما.

تنبيهان

أحدهما: قوله: ﴿ثُمَّ يُعْطَى النَّفْلُ﴾.

وهو الزيادة على السهم لمصلحة، مثل نفل بعثة سرية تغير في البدأة والرجعة على ما تقدم. وكذا من جعل له الإمام جعلًا.

الثاني: ظاهر قوله: ﴿ثُمَّ يُعْطَى النَّفْلَ وَيَرْضَخُ لِمَنْ لَا سَهْمَ لَهُ﴾.

أن النفل والرضخ يكون إخراجهما بعد إخراج خمس الغنيمة. فيكونان من أربعة أخماسها. وهو صحيح. وهو المذهب^(٢)، وعليه أكثر الأصحاب.

(١) الشرح الكبير (٥٠١/١٠).

(٢) قال في الشرح: «لأنه حق ينفرد به بعض القائمين فقدم على القسمة كالأسلاب والنفل من أربعة أخماس الغنيمة». الشرح الكبير (٥٠٢/١٠)، المحرر (١٧٦/٢)، العدة (٦٠٤).

كتاب الجهاد ١٥٩

وقيل: الرضخ من أصل الغنيمة. وحكاها النووى فى شرح مسلم عن أحمد. ولم نره فى كتب الأصحاب كذلك.

وقيل: من سهم المصالح.

وقيل: النفل والرضخ من أصل الغنيمة. ذكره فى الرعايتين والحاويين.

قوله: ﴿وَيَرْضَخُ لِمَنْ لَا سَهْمَ لَهُ. وَهُمْ الْعَبِيدُ وَالنِّسَاءُ وَالصَّبِيَّانُ﴾.

يرضخ للعبيد والنساء بلا نزاع، والمدبر والمكاتب كالقن بلا نزاع، والختنى كالمرأة على الصحيح من المذهب (١).

وقيل: يعطى نصف سهم رجل، ونصف الرضخ. فإن انكشف حاله فبان رجلا ثم له. وهو احتمال للمصنف. وأطلقهما فى النظم.

ويرضخ للصبي إذا كان مميزا إلى البلوغ. على الصحيح من المذهب. وعليه أكثر الأصحاب.

وقيل: لا يرضخ له إذا كان مراهقا. وهو ظاهر ما جزم به فى البلغة.

وقيل: يرضخ أيضا لمن دون التمييز. ذكره فى الرعاية.

فائدتان

إحدهما: يرضخ للمعتق بعضه، ويسهم له بحسابه، على الصحيح من المذهب. واختاره أبو بكر وغيره.

وقيل: يرضخ له فقط. قدمه فى الرعاية.

قال المصنف: وهو ظاهر كلام أحمد. وأطلقهما فى النظم.

الثانية: قال الأصحاب: يجوز التفضيل بين من يرضخ لهم، على ما يراه الإمام على قدر غنائهم ونفعهم.

قوله: ﴿وَفِي الْكَافِرِ رَوَائِثَانُ﴾.

يعنى هل يرضخ له، أو يسهم؟ وأطلقهما فى الهداية، والخلاصة، والمعنى (٢)،

(١) المحرر وقال يرضخ للصبي المميز والمرأة والعبد ولا تلتزم التسوية بينهم. المحرر (١٧٦/٢). قال فى الشرح: «لما روى جبير بن زياد عن جدته أنها حضرت فتح خيبر قالت فأسهم لنا رسول الله ﷺ كما أسم للرجال» الشرح الكبير (٥٠٢/١٠).

(٢) ذكر فى المعنى أنه اختلفت الرواية فى الكافر يفزرو مع الإمام بإذنه فروى عن أحمد أنه يسهم له كالمسلم وقيل عن أحمد لا يسهم له لأنه ليس من أهل الجهاد ورجح صاحب المعنى الرواية الأولى. المعنى (٤٥٦/١٠).

١٦٠ كتاب الجهاد

والشرح (١)، والكافي (٢)، والإرشاد.

إحدهما: يرضخ له، قال فى الفروع: اختاره جماعة. وجزم به فى الوجيز. وقدمه فى المذهب، ومسبوك الذهب، والمحزر (٣)، والرعايتين، والحاويين. وصححه فى النظم.

والأخرى: يسهم له. وهى المذهب، وعليها أكثر الأصحاب.

قال الزركشى: هى أشهر الروايتين. واختارها الخلال، والخرقى، وأبو بكر والقاضى، والشريف أبو جعفر، وابن عقيل، والشيرازى وغيرهم. ونصرها المصنف، والشارح.

قال ابن منجا فى شرحه: هذه أصح الروايات. وجزم به ناظم المفردات. وهى منها، وقدمها فى الفروع.

قال فى البلغة: يسهم له فى أصح الروايتين.

تنبيهات

أحدها: قال الزركشى: وقول الخرقى «غزا معنا» لم يشترط أن يكون بإذن الإمام. وشرط ذلك الشيخان، وأبو الخطاب. انتهى.

واختاره فى المذهب، ومسبوك الذهب، والرعاية الكبرى. وظاهر كلامه فى الرعاية الصغرى، والحاويين كالخرقى.

الثانى: يستثنى من قوله: ﴿وَلَا يَبْلُغُ بِالرِّضْخِ لِلرَّاجِلِ سَهْمَ رَاجِلٍ وَلِلْفَارِسِ

سَهْمَ فَارِسٍ﴾.

العبد إذا غزا على فرس سيده. فإنه يؤخذ للفارس سهمان. كما قاله المصنف بعد ذلك. وقاله الخرقى، وصاحب المحزر (٤)، والفروع وغيرهم، لكن يشترط ألا يكون

(١) ذكر صاحب الشرح فى الكافر روايتان إحدهما يرضخ له والأخرى يسهم له، وذكر روايات كثيرة وأطلق. فراجع، الشرح الكبير (١٠/٥٠٦).

(٢) ذكر صاحب الكافي روايتين الأولى لا سهم له لأنه من غير أهل الجهاد فلم يسهم له كالعبد فعلى هذا يرضخ له كالعبد. الثانية يسهم له، اختارها الخرقى لما روى سعيد بإسناده أن رسول الله ﷺ «استعان بناس من اليهود فى حربه فأسهم لهم ولأن الكفر نقص دين فلم يمنع استحقاق السهم كالفسق. انظر الكافي (٤/١٤٥-١٤٦).

(٣) ذكره فى المحزر (٢/١٧٦).

(٤) المحزر «ولا يبلغ برضخ أحدهم لنفسه سهم راجلهم ولا لفرسه سهم الفرس». المحزر (٢/١٧٧).

مع سيده فرسان.

قلت: ويتوجه أن يلحق به الكافر إذا غزا على فرس. ولم أره.

الثالث: مفهوم قوله: ﴿فَإِنْ تَغَيَّرَ حَالُهُمْ قَبْلَ تَقْضَى الْحَرْبِ: أَسْهَمَ لَهُمْ﴾. أنه إذا

تغير حالهم بعد تقضى الحرب لا يسهم لهم. فيشمل صورتين:

إحدهما: أن تتغير أحوالهم بعد تقضى الحرب وقبل إحراز الغنيمة. فهذه الصورة

فيها وجهان.

أحدهما - وهو مفهوم كلام المصنف هنا - أنه لا يسهم لهم. وهو المذهب. وهو

ظاهر كلامه في الوجيز. واختاره القاضى. وقدمه فى الفروع، والرعاية فى موضع.

والثانى: يسهم لهم. وهو ظاهر كلام المصنف فى قوله: وإن جاءوا بعد إحراز

الغنيمة فلا شىء لهم كما تقدم.

وهو ظاهر كلام الخرقى. وأطلقهما فى الشرح^(١). وتقدم نظير هذا قريبا عند

قوله: «وإذا لحق مددى، أو هرب أسير» لكن كلامه هنا فى تغير حال من يرضخ له،

بخلاف الأول.

الصورة الثانية: أن تتغير أحوالهم بعد إحراز الغنيمة. فلا يسهم لهم قولاً واحداً.

تنبيه: قول المصنف: ولو غزا العبد على فرس لسيده. فسهم الفرس مقيد بالأ

يكون مع سيده فرسان. فإن كان معه فرسان غير فرس العبد لم يسهم لفرس العبد،

كما تقدم. والإسهام لفرس العبد من المفردات.

قوله: ﴿ثُمَّ يَقْسِمُ بِأَقْبَى الْغَنِيمَةِ. لِلرَّجْلِ سَهْمٌ وَلِلْفَارِسِ ثَلَاثَةٌ أَسْهَمُ سَهْمٌ لَهُ

وَسَهْمَانِ لِفَرَسِهِ﴾.

وهذا بلا نزاع^(٢) فى الجملة. وتقدم أنه يسهم لمن بعته الإمام لمصلحة الجيش أو

خلفه فى أرض العدو، وإن لم يشهد القتال.

قوله: ﴿إِلَّا أَنْ يَكُونَ فَرَسُهُ هَجِينًا أَوْ بَرْدُونًا. فَيَكُونُ لَهُ سَهْمٌ﴾.

(١) قال فى الشرح: «إن بلغ الصبى أو عتق العبد أو أسلم الكافر أسهم لهم لأنهم شهدوا الواقعة وهم من

أهل القتال فأسهم لهم كغيرهم». فأفاد بأنه يسهم لهم. الشرح الكبير (٥٠٧/١٠).

(٢) قال صاحب الشرح «أجمع أهل العلم أن للغائبين أربعة أخماس الغنيمة» لعموم الآية: ﴿وَعَلِمُوا أَنَّمَا

غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمْسَهُ﴾. الشرح الكبير (٥١٠/١٠). قال فى الكافى «لما روى ابن عمر: أن

رسول الله ﷺ أسهم يوم خيبر للفارس ثلاثة أسهم، سهمان لفرسه وسهم له متفق عليه». الكافى

(١٤٣/٤).

١٦٢ كتاب الجهاد

هذا المذهب، وعليه أكثر الأصحاب.

قال في الفروع: اختاره الأكثر.

قلت: منهم الخرقى، وأبو بكر، والقاضى، والشريف أبو جعفر، وأبو الخطاب فى خلافيهما، والشيرازى، وابن عقيل. وقدمه فى الخلاصة. والمحزر (١) والنظم، والفروع.

قال فى الإرشاد: هذا أظهر. وجزم به فى العمدة (٢)، والمنور، ومنتخب الأدمى، والإيضاح.

قال الخلال: تواترت الروايات عن أحمد فى إسهام البرذون: أنه سهم واحد.

وعنه: له سهمان كالعربى. اختارها الخلال. وقال: روى عنه ثلاثة متيقظون أنه يسهم للبرذون سهم العربى. وهو ظاهر كلامه فى الوجيز. فإنه أطلق أن للفارس ثلاثة أسهم. وقدمه فى الرعاية الصغرى، والحاويين: وأطلقهما فى المنور والشرح (٣).

وعنه: له سهمان إن عمل كالعربى. ذكرها أبو بكر. واختارها الآجرى. وقدمه فى الرعاية الكبرى.

وعنه: لا يسهم له أصلاً. ذكرها القاضى. وأطلقهن فى البلغة، والزر كشى.

فائدة: «المهجين» من أمه غير عربية، وأبوه عربى، وعكسه المقرف. و «البرذون» من أبواه غير عربيين. و «العربى» من أبواه عربيان. ويسمى العتيق.

قوله: ﴿وَلَا يُسْهِمُ لِأَكْثَرِ مِنْ فَرَسَيْنِ﴾.

هذا المذهب (٤). وعليه جماهير الأصحاب، وقطع به الأكثر.

وقيل: يسهم لثلاثة: جزم به فى التبصرة. والإسهام لفرسين أو ثلاثة من مفردات المذهب.

(١) قال فى المحزر: «إلا أن يكون فرسه برذوناً وهو النبطى الأبوين أو هجيناً وهو ما أمه نبطية وأبوه عربى أو مقرفاً وهو عكس المهجين فيجعل له سهم». المحزر (١٧٦/٢).

(٢) العمدة (٦٠٥).

(٣) ذكر صاحب الشرح الخلاف فيها وأطلق فراجع الشرح الكبير (٥١٢/١٠).

(٤) قال فى المحزر: «ومن غزا بفرسين أو أكثر أسهم لفرسيه لا غير» المحزر (١٧٦/٢). قال فى الشرح، لما روى الأوزاعى أن رسول الله ﷺ كان يسهم للخيل وكان لا يسهم للرجل فوق فرسين وإن كان معه عشرة أفراس». الشرح الكبير (٥١٤/١٠)، الكافى (١٤٤/٤)، العدة والعمدة (٦٠٦)، المغنى (٤٤٧/١٠).

قوله: ﴿وَلَا يُسْهِمُ لِغَيْرِ الْخَيْلِ﴾.

هذا المذهب. وجزم به في العمدة^(١)، والوجيز، والمنور، ومتخب الأزجي، وغيرهم. قال ابن منجا في شرحه: هذا المذهب.

قال في تجريد العناية: لا يسهم لبعير على الأظهر. واختاره أبو الخطاب في الهداية، والمصنف في المغنى^(٢)، والشارح وغيرهم. وقدمه في البلغة، والمحرم^(٣)، والنظم، والفروع.

وقال الخرقى: ومن غزا على بعير لا يقدر على غيره: قسم له ولبعيره سهمان. وهو رواية عن أحمد. نقلها الميموني. واختاره ابن البنا في خصاله. وقدمه ناظم المفردات. وهو منها.

وعنه: يسهم له مطلقا. نص عليه في رواية مهنا. واختاره أبو بكر، والقاضي والشريف، وأبو الخطاب في خلافيهما. وجزم به في الإرشاد، وابن عقيل في التذكرة.

قال أبو الخطاب في الهداية: فإن كان على بعير. فقال أصحابنا: له سهمان، سهم له وسهم لبعيره. واختاره ابن عبدوس في تذكرته. وقدمه في الرعايتين، والحاويين، وإدراك الغاية. وهن أوجه مطلقات في المذهب، ومسبوك الذهب.

فعلى القول بأنه يسهم له: يكون له سهم بلا نزاع، ولبعيره سهم على الصحيح من المذهب.

قال الزركشى: هو قول العامة.

وقال في الفروع: وظاهر كلام بعضهم أنه كفرس.

وقال القاضي في الأحكام السلطانية: إن حكم البعير في الإسهام حكم الهجين، وهو مقتضى كلام المصنف في المغنى^(٤).

فائدة: من شرط الإسهام للبعير: أن يشهد عليه الوقعة، وأن يكون مما يمكن القتال عليه. فلو كان ثقيلًا لا يصلح إلا للحمل: لم يستحق شيئا. قاله المصنف، والشارح.

(١) ذكره العمدة (٦٠٦).

(٢) قال في المغنى: «لأن النبي ﷺ لم ينقل عنه أنه أسهم لغير الخيل من البهائم» المغنى (٤٤٨/١٠).

(٣) ذكر في المحرم «ولا رضخ ولا سهم لمركوب غير الخيل». المحرم (١٧٧/٢).

(٤) ذكرها صاحب المغنى في أول كلامه على هذه المسألة فانظره. المغنى (٤٤٨/١٠).

تنبيه: شمل قوله: ﴿وَلَا يُسْهِمُ لِغَيْرِ الْخَيْلِ﴾.

الخيال. وهو صحيح. وهو المذهب، وعليه جماهير الأصحاب.

وقال القاضى فى الأحكام السلطانية: حكم الخيال حكم البعير.

وقال الزركشى: وهو حسن. وهو من مفردات المذهب.

قال فى الخلاصة: وفى البعير والخيال روايتان.

وقال فى الفروع. وقيل: كبعير. وقيل: سهم هجين. انتهى.

قلت: لو قيل: سهم للخيال كالعربي، لكان متجها.

فائدة: لا يسهم للبعال، ولا للحمير، بلا نزاع.

وذكر القاضى فى ضمن مسألة البعير: أن أحمد قال فى رواية الميمونى: ليس للبعال إلا النفل.

قال الشيخ تقي الدين: هذا صريح بأن البغل يجوز الرضخ له. وهو قياس الأصول والمذهب. فإن الذى ينتفع به ولا يسهم له كالمراة والصبي والعبد: يرضخ لهم. كذلك الحيوان الذى ينتفع به ولا يسهم له، كالبعال والحمير يرضخ لها.

قال العلامة ابن رجب: إنما قال أحمد «البغل للثقل» يعنى: أنه لا يعد للركوب فى القتال، بل لحمل الأثقال. فتصحف «الثقل» بالنفل. ثم زيد فيه لفظة «ليس» و «إلا».

قوله: ﴿وَمَنْ دَخَلَ دَارَ الْحَرْبِ رَاجِلاً ثُمَّ مَلَكَ فَرَسًا، أَوْ اسْتَعَارَهُ، أَوْ اسْتَأْجَرَهُ، وَشَهِدَ بِهِ الْوَقْعَةَ: فَلَهُ سَهْمٌ فَارِسٍ﴾.

يسهم للفرس المستعارة أو المستأجرة بلا نزاع. فسهم الفرس المستأجرة للمستأجر بلا نزاع. وسهم الفرس المستعارة للمستعير. على الصحيح من المذهب. قدمه فى المغنى (١)، والشرح (٢)، والفروع، والرعايتين، والحاويين، والفائق وغيرهم. وجزم به ناظم المفردات. وهو منها. ذكره فى الفروع فى باب العارية. وعنه: سهمه للمعير.

فائدة: لو غزا على فر حبيس: استحق سهمه. جزم به فى المغنى، والشرح (٣)

(١) قال صاحب المغنى: «من استعار فرسا ليغزو عليه ففعل فسهم الفرس للمستعير لأنه يمكن من الغزو عليه بإذن صحيح شرعى فأشبه ما لو استأجره، وعن أحمد رواية أخرى أن سهم الفرس للملك لأنه من نمائه فأشبه ولده». المغنى (٤٦٠/١٠)، (٤٦١/١٠).

(٢) قال فى الشرح: «قال أحمد أرى أن كل من شهد الواقعة على أى حالة كان يعطى إن كان فارسا فارس وإن كان راجلا فراجل». انظر الشرح الكبير (٥١٦/١٠).

(٣) قاله فى الشرح (٥١٧/١٠)، المحرر (١٧٧/٢)، الكافى (١٤٤/٤).

والرعايتين، والحاوين، والفروع. وذكره في باب العارية.

تنبیه: ظاهر قوله: ﴿وَإِنْ دَخَلَ فَارِسًا فَتَفَقَّ فَرَسُهُ - أَى مَات - أَوْ شَرَدَ، حَتَّى تَقْضَى الْحَرْبَ. فَلَهُ سَهْمٌ رَاجِلٍ﴾.

أنه لو صار فارسا بعد تقضى الحرب، وقبل إحراز الغنيمة: أن له سهم راجل، وهو صحيح، لأنه أناط الحكم بتقضى الحرب. وهو المذهب. اختاره القاضى ونصره المصنف، والشارح. وقدمه فى الفروع.

وقيل: له سهم فارس والحالة هذه.

قال الخرقى: الاعتبار بحال إحراز الغنيمة، فإن أحرزت الغنيمة وهو راجل: فله سهم راجل. وإذا أحرزت، وهو فارس: فله سهم فارس.

قال الشارح: فيحتمل أنه أراد بمجازة الغنيمة: الاستيلاء عليها. فيكون كالأول. ويحتمل أن يكون أراد جمع الغنيمة وضمها وإحرازها.

قال الزركشى: هذا المعتمد أصلا. وهو أن الغنيمة تملك بالإحراز، على ظاهر كلام الخرقى، لأن به يحصل تمام الاستيلاء.

فعلى هذا إذا جاء مدد بعد ذلك، أو انفلت أسير: فلا شىء له. وإن وجد قبل ذلك شاركهم.

وعن القاضى: أن الغنيمة تملك بانقضاء الحرب، وإن لم تحرز الغنيمة. انتهى.

وتقدم ذلك قريبا فيما إذا لحق مدد، وفيما إذا تغير حالهم قبل تقضى الحرب.

ومفهوم كلام المصنف مختلف. وظاهر كلام الشارح: الفرق بين ذينك الموضوعين وبين هذا الموضوع.

قوله: ﴿وَإِنْ غَصَبَ فَرَسًا فَقَاتَلَ عَلَيْهِ، فَسَهْمُ الْفَرَسِ لِمَالِكِهِ﴾.

هذا الصحيح من المذهب نص عليه. وعليه الأصحاب، وهو من المفردات وجزم به فى الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والخلاصة، والمغنى (١)، والشرح (٢) والرعاية الصغرى، والحاوين، وغيرهم. وقدمه فى الرعاية الكبرى. قال: ويحتمل أن سهمه لغاصبه. وعليه أجرته لربه.

(١) قال فى المغنى «نص عليه أجمد لأنه فرس قاتل عليه من يستحق السهم فاستحق السهم كما لو كان لصاحبه وإذا ثبت أن له سهمًا كان لمالكه». لأن النبى ﷺ جعل للفارس سهمين ولصاحبه سهمًا وما كان للفارس كان لمالكه، المغنى (٤٦١/١٠).

(٢) الشرح الكبير (٥١٨/١٠).

١٦٦ كتاب الجهاد

ويأتى، إذا غضب فرسا وكسب عليه: فى الشركة الفاسدة، وفى الغضب، وفى كلام المصنف.

وتأتى هذه المسألة أيضا فى كلام المصنف فى باب الغضب.

تنبيه: أفادنا المصنف - رحمه الله تعالى - أنه يسهم للفرس المغصوبة. وهو صحيح. وهو المذهب، وعليه الأصحاب.

وقيل: لا يرضخ لها ولا سهم. قال فى الرعاية الكبرى: وهو بعيد.

تنبيه: ظاهر كلام المصنف: أنه يسهم لها، ولو كان غاصبها من أصحاب الرضخ. وهو صحيح. قدمه فى الرعايتين، والحاويين.

وقيل: بل يرضخ لها. وأطلقهما فى المغنى (١)، والشرح (٢).

وقيل: لا يسهم لها ولا يرضخ، كما تقدم.

وقال فى الفروع، فى باب العارية: وسهم فرس مغصوب كصيد جارح مغصوب.

وقال فى باب الغضب: إذا صاد بالجارح: هل يرد صيده، أو أجرته، أو هما؟ ثلاثة أوجه. وأطلقهن.

فائدة: ليس للأجير لحفظ الغنيمة ركوب دابة من الغنيمة إلا بشرط.

قوله: ﴿وَإِذَا قَالَ الْإِمَامُ: مَنْ أَخَذَ شَيْئًا فَهُوَ لَهُ، أَوْ فَضَّلَ بَعْضَ الْغَانِمِينَ عَلَى بَعْضٍ: لَمْ يَجْزُ فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ﴾.

وإذا قال الإمام: من أخذ شيئا فهو له. ففى جوازه روايتان. وأطلقهما فى المغنى (٣)، والشرح (٤)، والفروع.

إحداهما: لا يجوز مطلقا. وهو المذهب. وصححه فى التصحيح، وابن منجا فى شرحه. وجزم به فى الوجيز.

والثانية: يجوز مطلقا. وقيل: يجوز لمصلحة، وإلا فلا. صححه فى الرعايتين والحاويين. وحكياه رواية.

(١) المغنى (١٠/٤٦٠).

(٢) الشرح الكبير (١٠/٥١٨).

(٣) ذكر صاحب المغنى الروايتين الأولى: جاز لأن النبى ﷺ قال فى يوم بدر: «من أخذ شيئا فهو له» ولأن هذا غزواً ورضوا به. والثانية لا يجوز لأن النبى ﷺ كان يقسم الغنائم والخلفاء بعده، ولأن ذلك يقضى إلى اشتغالهم بالنهب عن القتال وظفر العدو به فلا يجوز. المغنى (١٠/٣٦٢).

(٤) الشرح الكبير (١٠/٥١٩).

كتاب الجهاد ١٦٧

قلت: وهو الصواب. ونقل أبو طالب وغيره: إن بقي ما لا يباع ولا يشتري فهو لمن أخذه.

فائدة: لو ترك صاحب القسم شيئا من الغنيمة، عجزا عن حمله، فقال الإمام: من أخذ شيئا فهو له، فهو لمن أخذه. نص عليه أحمد.

وسئل عن قوم غنموا غنائم كثيرة، فبقى جزء من المتاع مما لا يباع ولا يشتري، فيدعه الوالى، بمنزلة الفخار وما أشبهه، يأخذه الإنسان لنفسه؟ قال: نعم إذا ترك ولم يشتري.

ونقل أبو طالب فى المتاع لا يقدرّون على حمله: إذا حمله يقسم.
قال الخلال: لا أشك أن أحمد قال هذا أولا. ثم تبين له بعد ذلك أن للإمام أن يبيحه.

الثانية: لو أخذ ما لا قيمة له فى أرضهم - كالمسن، والأقلام، والأدوية - كان له. وهو أحق به. وإن صار له قيمة بمعالجته أو نقاه. نص أحمد على نحوه. وقاله فى المغنى (١)، والشرح (٢)، وغيرهما.

وتقدم بعض ذلك فى آخر الباب الذى قبله فى جواز الأكل.
وأما إذا فضّل بعض الغائبين على بعض، فأطلق المصنف فى جوازه روايتين.
وأطلقهما ابن منجاء فى شرحه. ومحلها إذا كان معنى فى المعطى، كالشجاعة ونحوها.

فإن كان لا معنى له فيه: لم يجوز قولوا واحدا. وإن كان معنى فيه، ولم يشترطه - وهى مسألة المصنف - فالصحيح من المذهب: جواز ذلك. جزم به فى المغنى (٣)، والكافى (٤)، والشرح (٥). وقدمه فى الفروع، والرعايتين، والحاويين.

والرواية الثانية: لا يجوز. جزم به فى الوجيز. وصححه فى التصحيح. وتقدم التنبيه على ذلك فى الباب الذى قبله عند ذكر النفل.

(١) المغنى «لأن القيمة إنما صارت له بعمله أو بنقله فلم تكن غنيمة كما لو لم تصر له قيمة».
(٤٨٥/١٠).

(٢) الشرح الكبير (٤٨٥/١٠).

(٣) المغنى (٤٦٢/١٠).

(٤) قال فى الكافى: إن كان على سبيل التنفيل لبعضهم وإن كان على غير ذلك لم يجوز (١٤٨/٤).

(٥) ذكر فى الشرح «إن كان على سبيل النفل لبعضهم زيادة على سهمه فحائز أما إذا كان غير ذلك فلا يجوز» الشرح الكبير (٥١٩/١٠).

١٦٨ كتاب الجهاد
 قوله: ﴿وَمَنْ اسْتَوْجِرَ لِلجِهَادِ مِمَّنْ لَا يَلْزِمُهُ - مِنَ الْعَبِيدِ وَالْكَفَّارِ - فَلَيْسَ لَهُ
 إِلَّا الْأَجْرَةُ﴾.

اعلم أنه إذا استؤجر من لا يلزمه الجهاد، فظاهر كلام المصنف هنا: صحة
 الإجارة. وهو إحدى الروايتين. وقدمه في الشرح^(١).
 قال في الرعايتين، والحاويين: وإن استؤجر من لا يلزمه بحضوره - كعبد، وامرأة -
 صح في الأظهر. وإن استأجر الإمام كافرا: صح. على الأصح.
 وجزم في القواعد الأصولية بصحة إجارة الكافر للجهاد. وقال: وبناء بعضهم على
 أنهم: هل هم مخاطبون بفروع الإسلام أم لا؟.
 وقال في الترغيب: يصح استئجار الإمام لأهل الذمة عند الحاجة.
 وقال في البلغة: ولا يصح استئجار غير الإمام لهم. انتهى.
 وعنه: لا تصح الإجارة. قدمه في الفروع. واختاره القاضي في التعليق. وهو
 ظاهر كلام الخرقى.

وحمل القاضي كلام الإمام أحمد والخرقى على الاستئجار لخدمة الجيش.
 فعلى الأول: ليس لهم إلا الأجرة. كما جزم به المصنف هنا. وجزم به الخرقى،
 وصاحب الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والبلغة، وغيرهم.
 قال في الفروع: فلا يسهم لهم، على الأصح.
 قال الشارح: نص عليه في رواية جماعة. وقدمه في الرعايتين، والحاويين،
 وغيرهم.
 وعنه: يسهم لهم. اختاره الخلال، وأبو بكر عبد العزيز. ذكره الزركشى.
 وأطلقهما.

وعنه: يسهم للكافر. وقيل: يرضخ لهم.
 تنبيه: ظاهر كلام المصنف: أن من يلزمه الجهاد من الرجال الأحرار: لا تصح
 إيجارتهم. وهو صحيح. وهو المذهب. اختاره القاضي في التعليق وغيره. وجزم به في
 المذهب وغيره. وقدمه في الفروع، والرعايتين، والحاويين، والمغنى^(٢)، والشرح^(٣).

(١) إذا استأجر الإمام قوما يفزون مع المسلمين لم يسهم لهم وأعطوا ما استؤجروا به نص عليه. الشرح
 الكبير (٥٢٠/١٠).

(٢) قال في المغنى: «لأن الجهاد يعين بحضوره على من كان من أهله لم يجز أن يفعله عن غيره» المغنى
 (٥٢٧/١٠).

(٣) ذكر في الشرح الكبير (٥٢٠/١٠).

كتاب الجهاد ١٦٩

وعنه: تصح. وهو ظاهر ما ذكره الخرقى. وإليه ميل المصنف فى المغنى (١).
وحمله القاضى على ما تقدم.

تنبيه: محل الخلاف فى ذلك: إذا لم يتعين عليه. فإن تعين عليه، ثم استؤجر لم
يصح قولاً واحداً. صرح به فى الرعاية وغيرها. وحمل المصنف كلام الخرقى عليه.

فعلى المذهب: يرد الأجرة، ويسهم لهم.

وعلى الثانية: لا يسهم [لهم] على الصحيح.

وعنه يسهم لهم. اختاره الخلال، وصاحبه. ذكره الزركشى.

قال فى الرعاية: وعنه يسهم له إذا حضر القتال مع الأجرة.

قوله: ﴿وَمَنْ مَاتَ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْحَرْبِ فَسَهْمُهُ لَوَارِثِهِ﴾.

هذا المذهب (٢) مطلقاً. وعليه الأصحاب، ونص عليه.

قال فى القاعدة الثامنة عشرة: لو مات أحدهم قبل القسمة والاختيار، المنصوص:
أن حقه ينتقل إلى ورثته. وظاهر كلام القاضى: أنه موافق على ذلك.

وقال فى البلغة: ولم أجد لأصحابنا فى هذا الفرع خلافاً. والذى يقوى عندي:
أنا متى قلنا لم يملكوها، وإنما لهم حق التملك: أن لا يورث. فإن التورث يذكر على
الوجه الثانى وفروعه بالإبطال. فإن من اختار جعلهم كالشفيع.

وقال فى الترغيب: إن قلنا لا يملك بدون الاختيار، فمن مات قبله فلا شىء له.
ولا يورث عنه، كحق الشفعة.

ويحتمل على هذا أن يقال: يكتفى بالمطالبة فى ميراث الحق كالشفعة.

تنبيه: ظاهر كلام المصنف: أن الميت يستحق سهمه بمجرد انقضاء الحرب سواء
أحرزت الغنيمة أم لا. ويقضى به كلام القاضى. قاله فى الشرح (٣). وقدمه فى
الفروع. وقال بعد ذلك: ووارث كمورثه. نص عليه.

(١) المغنى (١٠/٥٢٨).

(٢) ذكر صاحب العدة وأن من مات قبل الاستيلاء لم يستحق لأن الاعتبار بمجاله الإحراز العدة (٦٠٢).
وقال فى الكافى: «من مات بعد إحراز الغنيمة قام وارثه مقامه فى سهمه لأنه ثبت ملكه فيه فقام وارثه
مقامه وإن مات قبل انقضاء الحرب فلا شىء له لأنه لم يملك شيئاً» (٤/١٤٨). ذكر فى المحرر «ومن
مات أو انصرف فى أثناء الواقعة جعل كمن كان فى الواقعة كلها لذلك وإن كان ذلك بعد انقضاء
الحرب لم يؤثر وجعل حق الميت لورثته. المحرر (٢/١٧٦).

(٣) راجع الشرح الكبير (١٠/٥٢٤).

١٧٠ كتاب الجهاد

وظاهر كلام الخرقى: أنه لا يستحق قبل حيازة الغنيمة، لأنه مات قبل ثبوت ملك المسلمين عليها. واقتصر عليه الزركشى. وقدمه فى الشرح (١). وجزم به فى المغنى (٢). ونصره.

قوله: ﴿وَإِذَا قُسِمَتِ الْغَنِيمَةُ فِي أَرْضِ الْحَرْبِ، فَتَبَايَعُوهَا. ثُمَّ غَلَبَ عَلَيْهَا الْعَدُوُّ. فَهِيَ مِنْ مَالِ الْمُشْتَرَى، فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ. اخْتَارَهَا الْخَلَّالُ وَصَاحِبُهُ﴾.

وهو المذهب. نقله الجماعة عن الإمام أحمد. وصححه فى التصحيح، والنظم. وقال فى الخلاصة: فهى من مال المشتري على الأصح. واختاره القاضى، وجزم به فى الوجيز، وتذكرة ابن عبدوس. وقدمه فى الفروع، والرعايتين، والحاويين. [قال الزركشى: هذا المشهور عن الإمام أحمد].

الرواية الأخرى: من مال البائع. اختارها الخرقى. وجزم به فى الإرشاد. وأطلقهما فى الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والشرح (٣)، والمحزر (٤)، والزركشى، والقواعد.

تنبيه: قيد المصنف [فى المغنى] (٥) الخلاف بما إذا لم يحصل تفريط من المشتري. أما إذا حصل منه تفريط، مثل ما إذا خرج بما اشتراه من المعسكر ونحوه: فإنه من ضمانه. وتبعه فى الشرح (٦). والظاهر: أنه مراد من أطلق.

تنبيه: ظاهر كلام المصنف: أنهم لو تبايعوا شيئا من غير الغنيمة: أنه من ضمان المشتري، قولا واحدا. وهو صحيح.

قال الزركشى: وهو الذى ذكره الخرقى والشيخان، وأبو الخطاب، ونصوص أحمد إنما وردت فى ذلك.

قال: وظاهر كلام القاضى فى كتابه الروايتين: أن المسألتين حكمهما واحد. وإنما الخلاف جار فيهما. فإنه ترجم المسألة فيما إذا تبايع نفسان فى دار الحرب وتقابضا.

(١) راجع الشرح الكبير (٥٢٤/١٠).

(٢) قال فى المغنى: لأنه مات قبل ثبوت ملك المسلمين عليها. المغنى (٤٤٩/١٠).

(٣) انظر الشرح الكبير (٥٢٦/١٠).

(٤) أطلق أيضا صاحب المحزر فقال: «لكن إذا أخذها العدو من المشتري فهل هى ضمانه أو ضمان البائع على روايتين». المحزر (١٧٣/٢).

(٥) ذكر العبد صاحب المغنى حيث قال: (نظرنا إن كان التفريط من المشتري فإنه من ضمانه) وأما إذا كان من غير تفريط ففيه روايتان (المغنى (٤٩٩/١٠)).

(٦) ذكره الشارح فى الشرح الكبير كما فى المغنى انظره (٥٢٦/١٠).

كتاب الجهاد ١٧١

وعلى رواية الضمان على البائع بأنه إذا كانت حال خوف. فالقبض غير حاصل. بدليل ما لو ابتاع شيئا في دار الإسلام، وسلمه في موضع فيه قطاع طريق، لم يكن ذلك قبضا صحيحا. ويتلف من مال البائع، فكذلك هنا. وهذه الترجمة والتعليل يشمل الغنيمة وغيرها. انتهى.

قال في القاعدة الحادية والخمسين: خص أكثر الأصحاب الخلاف بمال الغنيمة. وحكى ابن عقيل في تباع المسلمين أموالهم بينهم بدار الحرب - إذا غلب عليها العدو قبل قبضه - وجهين، كمال الغنيمة.

وأما ما بيع في دار الإسلام في زمن نهب ونحوه: فمضمون على المشتري، قولا واحدا. ذكره كثير من الأصحاب، كشراء ما يغلب على الظن هلاكه.

قوله: ﴿وَمَنْ وَطِئَ جَارِيَةً مِنَ الْمَغْنَمِ، مِمَّنْ لَهُ فِيهَا حَقٌّ، أَوْ لَوْلَدِهِ: أُدْبَ وَكَمْ يُبْلَغُ بِهِ الْحَدَّ. وَعَلَيْهِ مَهْرُهَا﴾.

هذا المذهب. وعليه أكثر الأصحاب. وقدمه في المغنى (١)، والشرح (٢)، والزر كشي وغيرهم.

وقال القاضي: يسقط عنه من المهر بقدر حصته، كالجارية المشتركة. ورده المصنف، والشارح.

قوله: ﴿إِلَّا أَنْ تَلِدَ مِنْهُ. فَيَكُونُ عَلَيْهِ قِيمَتُهَا. وَتَصِيرَ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ﴾.

إذا أولد جارية من المغنم له فيها حق، أو لولده: لم يلزمه إلا قيمتها فقط. على الصحيح من المذهب. وجزم به في الوجيز وغيره. وقدمه في المحرر (٣)، والفروع والنظم، والرعايتين، والحاويين، وغيرهم. وهو ظاهر كلام الخرقي، والمصنف هنا. وعنه: يضمن قيمتها ومهرها أيضا.

قال الزر كشي: ولعل مبناها على أن المهر هل يجب بمجرد الإيلاج؟ فيجب المهر. أو لا يجب إلا بتمام الوطاء وهو النزاع؟ فلا يجب، لأنه إنما تم وهي في ملكه. انتهى. وعنه: يضمن قيمتها أو مهرها وولدها.

(١) قال في المغنى ولأن فيها شبهة الملك فلم يجب عليه الحد كوطء الجارية المشتركة انظر المغنى (٥٦١/١٠).

(٢) انظر الشرح الكبير (٥٢٨/١٠).

(٣) ذكرها في المحرر (١٧٤/٢).

١٧٢ كتاب الجهاد

وقال فى الرعاىة وقيل: ولزمه منه ما زاد على حقه منها. وإن رجعت له لم يرد إليه مهرها. انتهى.

قال القاضى: إذا صار نصفها أم ولد: يكون الولد كله حراً، وعليه قيمة نصفه. وحكى أبو بكر رواية: أنه لا يلزمه قيمة الولد. ذكره فى الشرح^(١)، وغيره.
قوله: ﴿وَتَصِيرُ أُمٌّ وَلَدٌ﴾.

هذا المذهب المنصوص عن أحمد. وعليه أكثر أصحابه.

وقال القاضى فى خلافه: لا تصير مستولدة له، وإنما يتعين حقه فيها، لأن حملها بجر يمنع بيعها. وفى تأخير قسمها حتى تضع: ضرر على أهل الغنيمة. فوجب تسليمها إليه من حقه.

قال فى القواعد الفقهية: وهو بعيد جداً.

وقال القاضى أيضاً: إن كان معسراً حسب قدر حصته من الغنيمة. فصارت أم ولد، وباقيها رقيق للغانمين. نقله الزركشى.

ولأبى الخطاب فى إنتصاره طريقة أخرى، وهى: أن لا ينفذ استيلائها، لشبهة الملك فيها، وأن ينفذ إعتاقها كما ينفذ استيلاء الابن فى أمة أبيه دون إعتاقها. وهو ظاهر ما ذكره صاحب المحرر.

وحكى فى تعليقه على الهداية احتمالاً آخر بالفرق بين أن تكون الغنيمة جنساً واحداً أو أجناساً. كما ذكره فى العتق. انتهى.

قوله: ﴿وَمَنْ أَعْتَقَ مِنْهُمْ عَبْدًا: عَتَقَ عَلَيْهِ قَدْرَ حَقِّهِ، وَقَوْمَ عَلَيْهِ بَاقِيهِ إِنْ كَانَ مُوسِرًا. وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ فِيهِمْ مِنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ﴾.

وهذا المذهب فيهما. وعليه أكثر الأصحاب. ونص عليه. وحزم به فى الوجيز وغيره. وقدمه فى المغنى^(٢)، والمحرر^(٣)، والشرح^(٤)، والفروع، وغيرهم. واختاره

(١) ذكر صاحب الشرح أن أبى بكر حكى روايتان. إحداهما: أنه لا تلزمه لأنه ملكها حيث عقلت ولم يثبت ملك الغانمين فى الولد بحال فأشبه ولد الأب من جارية ابنة إذا وطئها ولأنه يعتق حين علوقها به ولا قيمة حينئذ. الشرح الكبير (٥٣١/١٠).

(٢) ذكره فى المغنى بتفصيل فراجع. المغنى (٥٦٤/١٠).

(٣) قال فى المحرر: «وإذا أعتق الغانم رقيقاً من المغنم أو كان فيه من يعتق عليه عتق عليه إن استوعبه حقه» المحرر (١٧٨/٢).

(٤) نصّل فى ذلك صاحب الشرح حيث قال: «يعتق منه قدر نصيبه وسرى إلى بائيه إن كان موسراً وإن كان معسراً لم يعتق عليه إلا ما ملكه منه ويؤخذ منه قيمة باقية تطرح فى المغنم إذا كان موسراً فإن كان يقدر حقه من الغنيمة عتق ولم يأخذ شيئاً». انظر/ الشرح الكبير (٥٣١/١٠).

القاضي في الجرد.

وقال القاضي في خلافه: لا يعتق حتى يسبق تملكه لفظا.

ووافق أبو الخطاب في انتصاره القاضي، لكنه أثبت الملك بمجرد قصد التملك.

وقال في الإرشاد: لو أعتق جارية قبل القسمة: لم تعتق. فإن حصلت له بعد ذلك بالقسمة: عتقت إن كانت قدر حقه، وإلا قوم عليه الباقي، إن كان موسرا، وإلا عتق قدر حقه. انتهى.

وقال المجد في المحرر^(١): عندي إن كانت الغنيمة جنسا واحدا فكالمخصوص. وإن كانت أجناسا. فكقول القاضي.

وقال في البلغة: إذا وقع في الغنيمة من يعتق على بعض الغائمين، فهل يعتق عليه؟ فيه ثلاث روايات.

الثالثة: يكون موقوفا، إن تعين سهمه في الرقيق عتق عليه. وإلا فلا.

قوله: ﴿وَالْغَالُ مِنَ الْغَنِيمَةِ يُحْرَقُ رَحْلَهُ﴾.

سواء كان ذكرا أو أنثى، مسلما أو ذميا: ﴿إِلَّا السَّلَاحَ، وَالْمَصْحَفَ، وَالْحَيَوَانَ﴾.

وكذا نفقته. يعنى: يجب حرق ذلك. وهذا المذهب^(٢). وعليه جماهير الأصحاب. وهو من مفردات المذهب. ولم يستثن الخرقى والآجرى من التحريق إلا المصحف والدابة، وقال: هو قول أحمد.

واختار الشيخ تقي الدين، وبعض الأصحاب المتأخرين: أن تحريق رحل الغال من باب التعزير لا الحد. فيجتهد الإمام بحسب المصلحة.

قال في الفروع: وهذا أظهر.

قلت: وهو الصواب.

(١) ذكره بنصه في المحرر (١٧٨/٢).

(٢) قال في الشرح: «لنا ما روى صالح بن زائدة قال دخلت مع مسلمة أرض الروم فأتى برجل قد غل فسأل سالما عنه فقال سمعت أبي يحدث عن عمر بن الخطاب رضی الله عنه عن النبي ﷺ قال «إذا وجدتم الرجل قد غل فاحرقوا متاعه واضربوه» قال فوجدنا في متاعه مصحفا فسأل سالما عنه فقال به وتصدق بثمانه». رواه سعيد وأبو داود. الشرح الكبير (٥٣٢/١٠)، المحرر (١٧٨/٢)، الكافي (١٤٨/٤)، الشرح الكبير (٥٣٢/١٠).

تنبيهان

أحدهما: مراده بالحيوان: الحيوان بآلته، من سرج ولجام وحبل ورجل وغير ذلك. نص عليه. وقاله الأصحاب. قال فى الرعاية: وعلفها.

الثانى: ظاهر كلام المصنف: أنه يحرق كتب العلم وثيابه التى عليه. وهو أحد الوجهين. اختاره الآجرى. والصحيح من المذهب: أنهما لا يحرقان.

قال فى الفروع: والأصح لا يحرق كتب علم وثيابه التى عليه. وقدمه فى الرعايتين، والحاويين.

وجزم فى المغنى^(١)، والشرح^(٢): أن ثيابه التى عليه لا تحرق، وقال فى كتب العلم والحديث: ينبغى ألا تحرق. انتهى.

وقيل: تحرق ثيابه إلا ما يستر عورته فقط. وجزم به فى المنور، والنظم.

قال فى البلغة: إلا المصحف، والحيوان، وثياب سترته.

فوائد

الأولى: ما لم تأكله النار، يكون لربه، وكذا ما استثنى من التحريق، على الصحيح من المذهب.

وقيل: يباع المصحف، ويتصدق به. وهما احتمالان فى المغنى^(٣)، والشرح^(٤).

الثانية: ظاهر كلام المصنف: أنه يستحق سهمه من الغنيمة. وهو صحيح. وهو المذهب. قدمه فى الفروع، والمغنى^(٥)، والشرح^(٦)، ونصراه. وصححه فى النظم.

وعنه: يحرم سهمه. اختاره الآجرى. وجزم به ناظم المفردات. وهو منها. وقدمه فى الرعايتين، والحاويين. وأطلقهما فى المحرر^(٧)، والقواعد الفقهية.

(١) قال صاحب المغنى: «ولا تحرق ثياب الغال التى عليه لأنه لا يجوز تركه عريانا» المغنى (٥٣٤/١٠).

(٢) الشرح الكبير (٥٣٤/١٠).

(٣) قال فى المغنى للحديث «قال فوجدنا فى متاعه مصحفا فسأل سالما عنه فقال بعه وتصدق بثمانه» أخرجه سعيد وأبو داود والأثرم. انظر المغنى (٥٣٣/١٠)

(٤) الشرح الكبير (٥٣٣/١٠).

(٥) قال فى المغنى: «ولا يحرم الغال سهمه» (وقال أبو بكر: فى ذلك روايتان) ولنا أن سبب الاستحقاق موجود فيستحق كما لو لم يعلم ولم يثبت حرمان سهمه فى خير ولا قياس فبقى بحاله ولا يحرق سهمه لأنه ليس من رحله. انظر المغنى (٥٣٥/١٠).

(٦) الشرح الكبير (٥٣٥/١٠).

(٧) قال فى المحرر: «وفى حرمانه سهمه روايتان» المحرر (١٧٨/٢).

كتاب الجهاد ١٧٥

الثالثة: يؤخذ ماغله من المغنم. فإن تاب قبل القسمة: رد للمغنم. وإن تاب بعد القسمة: رد خمسه للإمام، وتصدق بالباقي. نص عليه.

وقال الآجری: يأتي به الإمام فيصرفه في مصالح المسلمين.
قلت: وهو الصواب.

الرابعة: يشترط لإحراق رحله: أن يكون الغال «حيا» نص عليه «حرا مكلفا» ولو كان ذميا أو امرأة. صرح به المصنف، والشارح، وغيرهما. وهو ظاهر الفروع. قال في الفروع: والمراد ملزما. ذكره الأدمي البغدادي، وصاحب الوجيز. وقال في الرعاية. مسلما.

ويشترط أيضا: ألا يكون باعه ولا وهبه، على الصحيح من المذهب، قدمه في الفروع.

وقيل: يحرق بعد البيع والهبة أيضا. وهما احتمالان مطلقان في المغنى^(١)، والشرح^(٢). وبنيهما على صحة البيع وعدمه. فإن صح البيع: لم يحرق، وإلا حرق. وأطلقهما في القواعد الفقهية.

الخامسة: يعزر الغال أيضا، مع إحراق رحله بالضرب ونحوه. لكن لا ينفي. نص عليه.

تنبيهان

أحدهما: ظاهر كلام المصنف وغيره: أن السارق من الغنيمة لا يحرق رحله. وهو صحيح. وهو المذهب^(٣). وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب. وقدمه في الفروع، والرعايتين، والحاويين.

وقيل: حكمه حكم الغال. جزم به في التبصرة، وأنه سواء كان له سهم أو لا.
الثاني: ظاهر كلام المصنف أيضا: أن من ستر على الغال، أو أخذ منه ما أهدى له منها، أو باعه أمامه، أو حاباه: لا يكون غالاً. وهو صحيح، وهو المذهب. وعليه الأصحاب. إلا الآجری. فإنه قال: هو غال أيضا.

(١) قال في المغنى: «وإن باع متاعه أو وهبه احتمل ألا يحرق لأنه صار لغیره أشبه ما لو انتقل عنه بالموت واحتمل أن ينقض البيع والهبة ويحرق لأنه تعلق به حق سابق على البيع والهبة فوجب تقرره كالتقصاص في حق الجاني». المغنى (٥٣٤/١٠).

(٢) الشرح الكبير (٥٣٥/١٠).

(٣) أطلق صاحب المحرر فقال: (فهل السارق منها في ذلك كالغال على وجهين) المحرر (١٧٨/٢).

١٧٦ كتاب الجهاد

الثالث: لو غل عبد أو صبي: لم يحرق رحلها بلا نزاع.
قوله: ﴿وَمَا أُخِذَ مِنَ الْفِدْيَةِ، أَوْ أَهْدَاهُ الْكُفَّارُ لِأَمِيرِ الْجَيْشِ، أَوْ بَعْضِ قَوَادِمِهِ: فَهُوَ غَنِيمَةٌ﴾. بلا خلاف نعلمه.

فأما ما أهداه الكفار لأمير الجيش، أو بعض قواده، فلا يخلو: إما أن يهدى فى أرض الحرب أو لا. فإن أهدى فى دار الحرب: فهو غنيمه. على الصحيح من المذهب. كما جزم به المصنف. وجزم به فى الوجيز، والهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والخلاصة، وغيرهم. وقدمه فى الفروع، والمستوعب، والمحرر^(١)، والرعايتين، والحاويين، وغيرهم.

وعنه: هو لمن أهدى له.
وعنه: هو فىء. اختاره القاضى فى الأحكام السلطانية. وجزم به ابن عقيل فى تذكرته.

وإن أهدى من دار الحرب إلى دار الإسلام، فليل: هو لمن أهدى له. جزم به فى المغنى^(٢)، والشرح^(٣)، ونصراه. وقيل: هو فىء.

فائدتان

إحدهما: إذا أهدى لبعض الغائمين فى دار الحرب، فليل: هو غنيمه. وهو الصحيح من المذهب. اختاره القاضى. وقدمه فى الفروع. وجزم به فى المستوعب.
وعنه: يكون لمن أهدى له. قدمه فى المغنى^(٤)، والشرح^(٥). وأطلقهما فى الرعاية الكبرى.
وقيل: إن كان بينهما مهادة: فله، وإلا فغنيمه. وهو احتمال فى المغنى^(٦)، والشرح^(٧).

(١) قال فى المحرر: «لو أهداه الكفار لأمير الجيش أو بعض قواده: فهو غنيمه للجيش نص عليه. وقيل الهدية فىء». المحرر (١٧٧/٢).

(٢) قال فى المغنى: «وإن كان من دار الحرب إلى دار الإسلام فهو لمن أهدى له سواء كان الإمام أو غيره لأن النبى ﷺ قبل الهدية فكانت له دون غيره» المغنى (٥٦٦/١٠).

(٣) ذكره صاحب الشرح بنفس التعليل الذى علل به صاحب المغنى. الشرح الكبير (٥٣٧/١٠).

(٤) المغنى (٥٦٦/١٠).

(٥) الشرح الكبير (٥٣٧/١٠).

(٦) قال فى المغنى: «ويحتمل أن ينظر فإن كان بينهما مهادة قبل ذلك فله مما أهدى إليه وإن تجدد ذلك بالدخول إلى دارهم فهو للمسلمين». المغنى (٥٦٦/١٠).

(٧) قاله فى الشرح الكبير (٥٣٧/١٠).

كتاب الجهاد ١٧٧

وإن كان أهدى إليه في دار الإسلام: فهو له.

الثانية: لو أسقط بعض الغائبين حقه ، ولو كان مفلسا: فهو للباقيين. وفي الشفعة وجهان. وأطلقهما في الفروع.

قلت: الأولى أنه يسقط ملك الممتلك، وفي ملكه بتملكه قبل القسمة. وجهان. وأطلقهما في الفروع.

قال القاضي: لا يملكون قبل القسمة. وإنما يملكون إن تملكوا.

وقال أيضا: لأن الغنيمة إذا قسمت بينهم لم يملك حقه منها إلا بالاختيار، وهو أن يقول: اخترت تملكها. فإذا اختاره ملكه حقه.

قال الشيخ تقي الدين: وهذا ليس بصحيح.

قلت: وهو الصواب.

وإن أسقط كل من الغائبين حقه: فهو فيء.

* * *

باب حكم الأرضين المغنومة

قوله: أَحَدَهَا: ﴿مَا فُتِحَ عَنْرَةٌ. وَهِيَ مَا أُجْلِيَ عَنْهَا أَهْلُهَا بِالسَّيْفِ فَيُخَيَّرُ الْإِمَامُ بَيْنَ قِسْمَتَيْهَا﴾.

كمنقول، ولاخراج عليها، بل هي أرض عشر.
﴿وَوَقَّفَهَا لِلْمُسْلِمِينَ﴾. بلفظ يحصل به الوقف.

هذا المذهب بلا ريب. قاله في الفروع وغيره. وعليه أكثر الأصحاب.
قال المصنف، والشارح: هذا ظاهر المذهب.

زاد في المغنى (١)، والشرح (٢): أو يتركها للمسلمين بخراج مستمر، يؤخذ ممن تقر بيده، من مسلم أو ذمي، بلا أجرة. وتخيير الإمام في الأرض التي فتحت عنوة بين قسمتها وبين دفعها: من مفردات المذهب.

وعنه: تقسم بين الغائبين كالمنقول.

وعنه: أنها تصير وقفا بنفس الاستيلاء عليها. ولا يعتبر لها التلفظ بالوقف، بل تركه لها من غير قسمة وقف لها، كما لو قسمها بين الغائبين. لا يحتاج معه إلى لفظ. وتصير أرض عشر. وأطلقهن في الرعايتين، والحاويين.
تبييه: قوله في الرواية الأولى والثانية «كالمنقول» قاله المجد في المحرر (٣)، وصاحب الفروع، وجماعة.

قال الشيخ تقي الدين: إذا قسم الإمام الأرض بين الغائبين، فمقتضى كلام المجد وغيره: أنه يجمسها، حيث قالوا «كالمنقول» قال: وعموم كلام أحمد والقاضي، وقصة خبير: تدل على أنها لا تخمس، لأنها فيء وليست بغنيمة، لأن الغنيمة لا توقف. والأرض إن شاء الإمام وقفها. وإن شاء قسمها، كما يقسم الفئء، وليس في الفئء خمس. ورجح ذلك.

(١) ذكرها في المغنى حيث قال: (لاتفاق الصحابة عليه وقسمة النبي ﷺ خبير كان في بدء الإسلام وشدة الحاجة وكانت المصلحة فيه وقد تعينت المصلحة بعد ذلك وقف الأرض فكان ذلك واجبا) المغنى (٨٢/٢).

(٢) قال في الشرح: «لأن كلا الأمرين قد ثبت فيه حجة عن النبي ﷺ فإن رسول الله ﷺ قسم نصف خبير ووقف نصفها لنوابه». الشرح الكبير (٥٤٠/١٠).

(٣) ذكره صاحب المحرر بنصه حيث قال (فيتخير الإمام بين قسمها كالمنقول) المحرر (١٢٨/٢).

وقال الشيخ تقي الدين: لو جعلها الإمام فيما صار ذلك حكما باقيا فيها دائما وأنها لا تعود إلى الغائبين. ويأتي ذلك في كتاب البيع.

فائدتان

إحدهما: حيث قلنا «للإمام الخيرة» فإنه يلزمه فعل الأصلح، كالتخيير في الأسارى. قاله الأصحاب.

وقال القاضى فى المجرى: أو يملكها لأهلها أو غيرهم بخراج.

قال فى الفروع: فدل كلامهم، أنه لو ملكها بغير خراج: لم يجوز.

الثانية: قال المصنف فى المغنى (١) ومن تبعه: ما فعله الإمام من وقف وقسمة: ليس لأحد نقضه.

وقال أيضا فى المغنى فى البيع (٢): إن حكم بصحته حاكم: صح بحكمه، كالمختلفات، وكذا بيع الإمام للمصلحة. لأن فعله كالحكم.

قوله: الثاني: ﴿مَاجِلًا عَنْهَا أَهْلُهَا خَوْفًا. فَتَصِيرُ وَقْفًا بِنَفْسِ الظُّهْرِ عَلَيْهَا﴾.

هذا المذهب. وعليه الأصحاب، وحزم به فى الوجيز وغيره. وقدمه فى المغنى (٣)، والمحرر (٤)، والشرح (٥)، والفروع، وغيرهم.

وعنه: حكمها حكم العنوة قياسا عليها، فلا تصير وقفا حتى يقفها الإمام.

وقيل: حكمها حكم النىء المنقول.

قوله: الثالث: ﴿مَاصُولُ حُوا عَلَيْهِ، وَهُوَ ضَرْبَانِ. أَحَدُهُمَا: أَنْ يُصَالِحَهُمْ عَلَى أَنَّ الأَرْضَ لَنَا، وَيَقْرَهُهَا مَعَهُمْ بِالْخَرَجِ. فَهَذِهِ تَصِيرُ وَقْفًا أَيْضًا﴾.

وهذا المذهب. وعليه الأصحاب، وعنه: تصير وقفا بوقف الإمام كالتى قبلها. وتكون قبل وقفها كفىء منقول.

(١) قال فى المغنى: (والنظر فى ذلك إلى الإمام فما رأى من ذلك فعله فيلزمه فعل ما يرى المصلحة فيه ولا يجوز له العدول ولا يخص أحدا على شىء فيها وهذا حاصل بتركها). المغنى (٥٨٣/٢).

(٢) ذكرها بتمامها فى المغنى (٥٨٧/٢).

(٣) قال فى المغنى: لأن ذلك متعين فيها إذا لم يكن لها غايم فكان حكمها حكم النىء يكون للمسلمين كلهم وقد روى أنها لا تصير وقفا حتى يقفها الإمام وحكمها حكم العنوة إذا وقفت لأنه ﷺ فتح خير وصالح أهلها. المغنى (٥٨٣/٢).

(٤) قال فى المحرر: وأرض جلا عنها أهلها بخوفا منا فظهرنا عليها. المحرر (١٧٩/٢).

(٥) قال فى الشرح: لأن ذلك يتعين فيها لأنها ليست غنيمة فتقسم فكان حكمها حكم النىء يكون للمسلمين كلهم. الشرح الكبير (٥٤٢/١٠).

١٨٠ كتاب الجهاد

فائدة: هذه الدار والتي قبلها دار إسلام . فيجب على ساكنها من أهل الذمة الجزية ونحوها . ولا يجوز إقرار أهلها على وجه الملك لهم . ذكره القاضى فى الجامع الصغير . وقدمه فى الرعايتين، والحاويين .

وذكر القاضى فى المجرد: للإمام أن يقر الأرض ملكاً لأهلها . وعليهم الجزية . وعليها الخراج ، لا يسقط بإسلامهم .

قال فى الحاوى الكبير: وهذا أصح عندى .

قوله: الثانى: ﴿أَنْ يُصَالِحَهُمْ عَلَىٰ أَنَّهُمْ لَهُمْ . وَلَنَا الْخَرَاجُ عَنْهَا . فَهَذِهِ مِلْكٌ

لَهُمْ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب مطلقاً . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به فى المغنى (١) ، والشرح (٢) ، والمحرر (٣) ، والوجيز ، والرعايتين ، والحاويين وغيرهم . وقدمه فى الفروع . وقيل: يمنعون من إحداث كنيسة وبيعة .

وقال فى الترغيب: إن أسلم بعضهم أو باعوا الملك من مسلم: منعوا إظهاره .

قوله: ﴿خَرَاجُهَا كَالْجِزْيَةِ . إِنْ أَسْلَمُوا سَقَطَ عَنْهُمْ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جمهور الأصحاب ، وجزم به فى المغنى (٤) ، والشرح (٥) ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، والمحرر (٦) ، وغيرهما . وصححه فى الرعايتين ، والحاويين ، وغيرهما .

وعنه: لا تسقط بإسلام ولا غيره . نقلها حنبل . لتعلقها بالأرض ، كالخراج الذى ضربه عمر . وجزم به فى الترغيب .

(١) ذكر فى المغنى بتمامه حيث قال: يعنى ما صولحوا عليه على أن ملكه لأهله ولنا عليهم خراج معلوم فهذا الخراج فى حكم الجزية . المغنى (٥٨٩/٢) .

(٢) قال فى الشرح: «وهذا الخراج فى حكم الجزية متى أسلموا سقط عنهم لأن الخراج الذى ضرب عليهم كان من أجل كفرهم» الشرح الكبير (٥٤٣/١٠) .

(٣) قال فى المحرر: «وأما ما صولحوا على أنها لهم ولنا الخراج عليها فهذه ملك لهم وخراجها كالجزية تسقط إن أسلموا» المحرر (١٧٩/٢) .

(٤) قاله فى المغنى بنصه «المغنى (٥٨٩/٢) لما روى الحضرى قال بعثنى رسول الله ﷺ إلى البحرين وإلى هجر فكنت أتى الحائط تكون بين الإخوة يسلم أحدهم فأخذ من المسلم العشر ومن المشرك الخراج رواه ابن ماجة فدل على سقوط الخراج عن من أسلم . المغنى (٥٨٩/٢) .

(٥) ذكرها صاحب الشرح (٥٤٣/١٠) .

(٦) قال فى المحرر: «كالجزية تسقط إن أسلموا أو صارت لمسلم» . المحرر (١٧٩/٢) .

كتاب الجهاد ١٨١

تنبيه: مفهوم قوله: ﴿وَإِنْ انْتَقَلَتْ إِلَى مُسْلِمٍ فَلَا خِرَاجَ عَلَيْهِ﴾.

أنها لو انتقلت إلى ذمی من غير أهل الصلح: أن عليه الخراج. وهو المذهب. وقدمه في الفروع.

وقيل: لا خراج عليها. وأطلقهما في المحرر^(١)، والرعايتين، والحاويين.

قوله: ﴿وَالْمَرْجِعُ فِي الْجِزْيَةِ وَالْخِرَاجِ إِلَى اجْتِهَادِ الْإِمَامِ، مِنْ الزِّيَادَةِ وَالنَّقْصَانِ﴾.

هذا المذهب. وعليه أكثر الأصحاب.

قال الخلال: نقله الجماعة عن الإمام أحمد رحمه الله.

قال المصنف، والشارح: هذا ظاهر المذهب، واختيار الخلال، وعمامة شيوخنا.

قال في الهداية: اختاره الخلال، وعمامة أصحابنا. وجزم به في الوجيز وغيره. وقدمه في الفروع، والمحرر^(٢)، والرعايتين، والحاويين، وشرح ابن منجا. وعنه: تجوز الزيادة دون النقص. قال الزركشي: وعنه: تجوز الزيادة دون النقص. اختاره أبو بكر.

وقال ابن أبي موسى: لا يجوز النقص عن الدينار بحال، وتجوز الزيادة.

قال: وهذا قول غير الرواية. انتهى.

وعنه: تجوز الزيادة والنقص في الخراج خاصة، ولا تجوز في الجزية. اختاره الخرقى، والقاضى في روايته. وقال: نقله الجماعة. قال في المحرر^(٣)، والحاويين: وهو أصح.

وذكر في الواضح رواية: يجوز النقص في الجزية فقط.

وعنه: يرجع إلى اجتهاد الإمام في الجزية والخراج، إلا أن جزية أهل اليمن دينار. اختاره أبو بكر.

﴿وَعَنْهُ يُرْجَعُ إِلَى مَا صَرَّهَ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، لَا يُزَادُ عَلَيْهِ وَلَا يَنْقُصُ مِنْهُ﴾.

(١) المحرر (١٧٩/٢).

(٢) قال في المحرر: «ويرجع في قدر الخراج والجزية إلى أحقيتها والإمام في الزيادة والنقص بحسب الطائفة»

المحرر (١٧٩/٢).

(٣) قال في المحرر: «وعنه جواز الزيادة والنقص في الخراج دون الجزية وهو أصح» المحرر (١٧٩/٢).

١٨٢ كتاب الجهاد

وأطلق الروائيتين - الأولى وهذه - فى البلغة.

ويأتى حد الغنى والمتوسط والفقير فى باب عقد الذمة فى كلام المصنف.

قوله: ﴿وَقَدْرُ الْقَفِيزِ ثَمَانِيَةُ أَرْطَالٍ - يَعْنِي بِالْمَكِّيِّ - فَيَكُونُ سِتَّةَ عَشَرَ رَطْلًا

بِالْعِرَاقِيِّ﴾.

هذا الصحيح. قدمه فى الشرح^(١)، قال: نص عليه. واختاره القاضى.

وقال أبو بكر، قيل: إن قدره ثلاثون رطلا.

وقدم فى المحرر^(٢): أن قدره ثمانية أرتال بالعراقى. وقدمه فى الرعايتين،

والحاويين، وقالوا: نص عليه.

قال ابن منجا فى شرحه: المنقول عن أحمد رحمه الله تعالى: أنه ثمانية أرتال.

ففسره القاضى بالمكى.

فائدتان

الأولى: هذا القفيز قفيز الحجاج. وهو صاع عمر - رضى الله عنه - نص عليه، والقفيز الهاشمى: مكوكان. وهو ثلاثون رطلا عراقية.

الثانية: مما قدره عمر على جريب الزرع: درهمان وقفيز من طعامه، وعلى جريب النخل: ثمانية دراهم، وعلى جريب الكرم عشرة دراهم. وعلى جريب الرطبة ستة دراهم. قاله جماعة، منهم: صاحب المحرر^(٣)، والحاويين، وقال: هو الأشهر عن عمر.

وقال فى الرعاية الكبرى: وخراج عمر على جريبى الشعير درهمان، والحنطة أربعة. والرطبة ستة، والنخل ثمانية. والكروم عشرة. والزيتون اثنا عشر. وعن عمر رضى الله عنه: أنه وضع على كل جريب عامر أو غامر درهما وقفيزا.

وقيل: من نبتة فمن البر والشعير مثلهما، وعلى جريب الرطبة خمسة دراهم.

وقيل: على جريب شجر الخبط ستة دراهم. انتهى.

قوله: ﴿وَالْقَصَبَةُ سِتَّةُ أَذْرُعٍ. وَهُوَ ذِرَاعٌ وَسَطٌ. وَقَبْضَتُهُ وَإِبَاهِمُهُ قَائِمَةٌ﴾.

(١) ذكره فى الشرح الكبير (١٠/٥٤٤).

(٢) قال فى المحرر: «وذلك ثمانية أرتال بالعراقى» المحرر (٢/١٧٩).

(٣) قال فى المحرر: «والأشهر عن عمر أنه وظف على جريب الزرع درهماً وقفيزا من طعامه وعلى جريب النخل ثمانية دراهم وعلى جريب الكرم عشرة دراهم وعلى جريب الرطبة ستة دراهم». المحرر

(٢/١٧٩).

كتاب الجهاد ١٨٣
هكذا قال الأصحاب. وقال في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والخلاصة،
والرعيتين، وغيرهم، وقيل: بل ذراع هاشمية. وهى أطول من ذراع البر بإصبعين
وثلثي إصبع.

وقال الأصحاب - منهم: صاحب المحرر^(١) - عن الأول: هى الذراع العمرية.
قال شارح المحرر: وهو الذراع الهاشمى.

فظاهره: أن الذراع الأول هى الثانية: فلا تنافى بينهما. وظاهر من حكى الخلاف
التنافى. وهو الصواب. ولعل فى النسخة غلطا. أو يكون لبنى هاشم ذراعان، ذراع
عمر وذراع زادوها.

قوله: ﴿وَمَا لَا يَنَالُهُ الْمَاءُ، مِمَّا لَا يُمَكِّنُ زَرْعُهُ: فَلَا خَرَاَجَ عَلَيْهِ﴾.

هذا المذهب. وعليه الأصحاب.

وقال فى الواضح: فيما لا نفع به مطلقا روايتان.

فائدتان

إحداهما: الخراج على الأرض التى لها ماء تسقى به فقط. على الصحيح من
المذهب. قدمه فى المحرر^(٢)، والفروع، والحاويين.

وعنه: وعلى الأرض التى يمكن زرعها بماء السماء. قال ابن عقيل: والدوايب.
وأطلقهما فى الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والخلاصة والرعيتين.

الثانية: لو أمكن إحياءه فلم يفعل، وقيل أو زرع ما لا ماء له: فروايتان.
وأطلقهما فى الفروع. وقدم فى الرعاية: أنه لا خراج على ما يمكن إحياءه. وقدمه
فى المغنى^(٣)، والشرح^(٤)، والكافى.

وقوله «وقيل: أو زرع ما لا ماء له» ذكر هذا القول ابن عقيل أن حنبليا قاله، وأن
حنبليا اعترض عليه بأن هذا غلط، لأن الروايتين فى أرض لا ماء لها ولا زرعت. فإذا
زرعت وجد حقيقة التصرف بعد، كالأرض المستأجرة. ذكره ابن الصيرفى فى

(١) قال فى المحرر: «والقصة: ستة أذرع بالذراع العمرية وهى ذراع وسط قبضة لإبهام قائمة». المحرر
(١٧٩/٢).

(٢) قال فى المحرر: «ولا خراج إلا على ما يناله ماء السقى زرع أو لم يزرع. وعنه يجب على ما أمكن
زرعه اكتفاء بماء السماء». المحرر (١٧٩/٢).

(٣) الشرح الكبير (٥٤٥/١٠).

(٤) قال فى الكافى: «يجب الخراج فى العامر الذى يمكن زرعه والانتفاع به فأما الموات الذى لا يمكن زرعه
فلا خراج فيه». الكافى (١٥٨/٤).

١٨٤ كتاب الجهاد

الإجارة.

قوله: ﴿فَإِنْ أَمْكَنَ زَرْعُهُ عَامًا بَعْدَ عَامٍ وَجَبَ نِصْفُ خَرَاஜِهِ فِي كُلِّ عَامٍ﴾.

هكذا قال جماعة من الأصحاب.

وقال في الترغيب والمحرم^(١)، والرعايتين. والحاويين، وغيرهم: وما يراح عاما ويزرع عاما عادة.

وقال في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والخلاصة وغيرهم: فإن كان ما يناله الماء لا يمكن زرعه حتى يراح عاما ويزرع عاما.

وقال في الترغيب أيضا: يؤخذ خراج ما لم يزرع عن أقل ما يزرع، وقاله في الرعاية.

وقال أيضا: البياض الذي بين النخل ليس فيه إلا خراج الأرض. وكذا قال في التبصرة والرعاية.

وقال الشيخ تقي الدين: ولو يبست الكروم بمجرد أو غيره سقط من الخراج حسبما تعطل من النفع. قال: وإذا لم يمكن النفع ببيع أو إجارة أو عمارة، أو غيرها: لم يجز المطالبة بالخراج. انتهى.

فائدة: لو كان بأرض الخراج شجر وقت الموقف. فثمرة المستقبل لمن يقر بيده. وفيه عشر الزكاة، كالمتجدد فيها. وهذا الصحيح من المذهب. قدمه في المحرم^(٢)، والفروع، والحاويين.

وقيل: هو للمسلمين بلا عشر. جزم به في الترغيب.

قوله: ﴿وَالْخَرَاஜُ عَلَى الْمَالِكِ ذُونَ الْمَسْتَأْجِرِ﴾.

هذا المذهب. وعليه الأصحاب.

وعنه: على المستأجر. وهو من المفردات.

وتقدم ذلك في أواخر باب زكاة الخارج من الأرض.

قوله: ﴿وَيَجُوزُ لَهُ أَنْ يَرِشُو الْعَامِلَ، وَيَهْدِي لَهُ، لِيُدْفَعَ عَنْهُ الظُّلْمَ فِي خَرَاஜِهِ﴾.

نص عليه. فالرشوة. ما يعطى بعد طلبه. والهدية: الدفع إليه ابتداء. قاله في

(١) قال في المحرم: «وما يراح عاما ويزرع عاما عادة ففيه نصف خراج». المحرم (١٧٩/٢).

(٢) ذكره بتمامه في المحرم (١٨٠/٢).

كتاب الجهاد ١٨٥

الترغيب. وأما الأخذ: فإنه حرام عليه بلا نزاع (١). لكن هل ينتقل الملك؟ قال بعض الأصحاب: يتوجه وجهان.

قلت: الذي يظهر أنه لا ينتقل.

ويأتي في باب أدب القاضى بأتم من هذا.

فائدتان

إحدهما: لا يحتسب بما ظلم في خراجه من العشر. على الصحيح من المذهب
قاله الإمام أحمد. لأنه غصب.

وعنه: بلى، اختاره أبو بكر.

الثانية: لا خراج على المساكن، على الصحيح من المذهب. وعليه الأصحاب.
وإنما كان أحمد يخرج عن داره، لأن بغداد كانت مزارع وقت فتحها.

ويأتي في كتاب البيع: هل على مزارع مكة خراج؟ وهل فتحت عنوة أو صلحا؟.

قوله: ﴿وَإِنْ رَأَى الْإِمَامُ الْمَصْلِحَةَ فِي إِسْقَاطِ الْخَرَاجِ عَنْ إِنْسَانٍ جَازَ﴾.

هذا المذهب. جزم به فى المغنى، والشرح (٢)، وغيرهما. وقدمه فى المحرر (٣)،
والفروع، وغيرها.

وقال الإمام أحمد رحمه الله: لا يدع خراجا. ولو تركه أمير المؤمنين كان له هذا.
فأما من دونه فلا.

* * *

باب الفىء

قوله: ﴿وَهُوَ مَا أُخِذَ مِنْ مَالٍ مُشْرِكٍ بِغَيْرِ قِتَالٍ، كَالْجِزْيَةِ وَالْخَرَاجِ﴾.

الصحيح من المذهب: أن مصرف الخراج كالفىء. وعليه أكثر الأصحاب وقطع
به كثير منهم، وجزم ابن شهاب وغيره بالمنع، لافتقاره إلى اجتهاد، لعدم تعيين مصرفه.

(١) المحرر (١٨٠/٢)، الكافى (١٥٩/٤)، الشرح الكبير (٥٤٦/١٠).

(٢) لأنه لو أخذ الخراج وصار فى يده جاز له أن يخص به شخصا إذا رأى المصلحة فيه فجاز له تركه بطريق الأولى. الشرح الكبير (٥٤٦/١٠).

(٣) وقال فى المحرر: «وللإمام وضعه عمن له وضعه فيه». المحرر (١٨٠/٢).

١٨٦ كتاب الجهاد

تنبيه: ﴿وَالْعَشْرُ مَا تَرَكَهُ فَرَغًا، وَخُمْسَ خُمْسِ الْغَنِيمَةِ، وَمَالَ مَنْ مَاتَ وَلَا وَارِثَ لَهُ﴾.

قد تقدم حكم قسم خمس الغنيمة، وأنه يقسم خمسة أقسام. وذكرنا الخلاف في خمسة الذي لله ولرسوله ﷺ هل يصرف مصرف الفىء أم لا؟ في الباب الذى قبله.

قوله: ﴿فَيُصْرَفُ فِي الْمَصَالِحِ﴾.

يصرف الفىء فى مصالح المسلمين. على الصحيح من المذهب. وعليه جماهير الأصحاب. وحزم به فى الوجيز وغيره. وقدمه فى المغنى (١)، والشرح (٢)، والحرر (٣)، والنظم، والفروع، والرعايتين، والحاويين، وغيرهم.

وقيل: يختص به المقاتلة. اختاره القاضى.

واختار أبو حكيم والشيخ تقي الدين: أنه لا حصة للرافضة فيه. وذكره ابن القيم فى الهدى عن مالك وأحمد رحمهما الله تعالى.

وذهب بعض الأصحاب أنه لجماعة المسلمين.

فائدة: لا يفرد عبد بالإعطاء، على الصحيح من المذهب، بل يزداد سيده. وقيل: يفرد بالإعطاء.

قوله: ﴿وَلَا يُخْمَسُ﴾.

هذا المذهب. نص عليه فى رواية أبى طالب. وعليه أكثر الأصحاب. وحزم به فى الوجيز، وغيره. وقدمه فى الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والخلاصة، والمغنى (٤)، والشرح (٥)، وغيرهم.

قال المصنف، والشارح وغيرهما: هذا ظاهر المذهب. وهى المشهورة.

وقال الخرقى: يخمس. واختاره أبو محمد يوسف الجوزى.

قال القاضى: ولم أجد عن أحمد بما قال الخرقى نصا.

(١) انظر المغنى (٣٠٧/٧).

(٢) الشرح الكبير (٥٤٧/١٠).

(٣) قال فى الحرر: «فَيُصْرَفُ فِي مَصَالِحِ الْإِسْلَامِ وَعَنْ خُمْسِهِ لِأَهْلِ الْخُمْسِ وَبَقِيَّتِهِ لِلْمَصَالِحِ». الحرر (١٨٨/٢).

(٤) المغنى (٣٠٩/٧).

(٥) قال فى الشرح: «ظاهر المذهب أن الفىء لا يخمس». الشرح (٥٤٩/١٠).

قلت: وأثبتته رواية فى الشرح، والرعايتين، والحاويين، والفروع، وغيرهم.
فعلى هذا: يصرف مصرف خمس الغنيمة على ما تقدم.

واختار الأجرى: أن النبى ﷺ قسمه خمسة وعشرين سهما، فله أربعة أخماس. ثم
خمس الخمس أحد وعشرون سهما، كلها فى المصالح. وبقيت خمس الخمس لأهل
الخمس.

وقال ابن الجوزى فى كشف المشكل: كان ما لم يوجف عليه ملكا لرسول الله ﷺ
خاصة. هذا اختيار أبى بكر من أصحابنا.

قوله: ﴿وَإِنْ فَضَّلَ مِنْهُ قَسِمَ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ غَنِيَّهُمْ وَفَقِيرِهِمْ﴾.

مراده: إلا العبيد. وهذا المذهب. نص عليه. واختاره جماهير الأصحاب وحزم به
فى المغنى^(١)، والشرح^(٢)، والوجيز، وغيره. وقدمه فى الفروع، وغيره.

وعنه يقدم المحتاج. قال الشيخ تقى الدين: وهى أصح عن الإمام أحمد رحمه الله.

وتقدم اختيار القاضى، وأبى حكيم، والشيخ تقى الدين قريبا.

وقيل: يدخر ما بقى بعد الكفاية.

قوله: ﴿وَيَبْدَأُ بِالْمُهَاجِرِينَ. وَيُقَدِّمُ الْأَقْرَبَ فَأَلْقَرَبَ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ﴾.

وقال فى الرعاية، وقيل: يقدم بنى هاشم على بنى المطلب، ثم بنى عبد شمس، ثم
بنى نوفل، ثم بنى عبد العزى، ثم بنى عبد الدار.

قوله: ﴿وَهَلْ يُفَاضِلُ بَيْنَهُمْ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ﴾.

قال فى الفروع، والمحرم^(٣): وفى جواز التفضيل بينهم بالسابقة روايتان. فحصل
الخلافا. وأطلقهما فى المغنى، والكافى^(٤)، والشرح^(٥)، والمحرم^(٦)، وشرح ابن
منجأ والزر كشى.

(١) المغنى (٣٠٩/٧).

(٢) الشرح الكبير (٥٥٠/١٠).

(٣) ذكرها بالنص فى المحرم (١٨٨/٢).

(٤) الكافى (١٥٥/٤).

(٥) قال فى الشرح: «مقدم الأنصار بعد فريش لفضلهم وسابقتهم وآثارهم الجميلة ثم سائر العرب ثم
العجم والموالى فإن استوى اثنان فى الدرجة قدم أسنهما ثم أقدمهم هجرة وسابقة ويخص فى كل ذا
الحاجة». الشرح الكبير (٥٥١/١٠).

(٦) قال فى المحرم: (وفى جواز التفضيل بينهم بالسابقة روايتان) المحرم (١٨٨/٢).

١٨٨ كتاب الجهاد

إحداهما: لا يجوز المفاضلة بينهم، بل يجب التسوية بينهم. صححه فى التصحيح
وجزم به فى الوجيز.

والرواية الثانية: يجوز المفاضلة بينهم لمعنى فيهم. وهو الصحيح من المذهب،
اختاره الشيخ تقى الدين، وابن عبدوس فى تذكرته. وصححه فى النظم، وإدراك
الغاية، ونظم نهاية ابن رزين. وجزم به فى المنور. وقدمه فى الهداية، والمذهب،
ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والرعايتين، والحاويين.

قال أبو بكر: اختار أبو عبد الله ألا تفاضل، مع جوازه.

قال فى الفروع: وهو ظاهر كلامه، لفعله عليه أفضل الصلاة والسلام.

وعنه: له التفضيل بالسابقة، إسلاما أو هجرة. ذكرها فى الرعايتين.

وقال المصنف: والصحيح - إن شاء الله - أن ذلك مفوض إلى اجتهاد الإمام،
فيفعل ما يراه.

قلت: وهو الصواب. فقد فضل عمر وعثمان، ولم يفضل أبو بكر وعلى رضوان
الله عليهم أجمعين.

فائدتان

إحداهما: إذا استوى اثنان من أهل الفىء فى درجة. فقال فى المجرى: يقدم
أسنهما، ثم أقدمهما هجرة.

وقال القاضى فى الأحكام السلطانية: يقدم بالسابقة فى الإسلام، ثم بالدين، ثم
بالسبق، ثم بالشجاعة. ثم ولى الأمر مخير، إن شاء أقرع بينهما وإن شاء رتبهما على
رأيه واجتهاده. نقله فى القاعدة الأخيرة.

الثانية: العطاء الواجب لا يكون إلا لبالغ يطبق مثله القتال، ويكون عاقلا حرا
بصيرا صحيحا. ليس به مرض يمنعه من القتال. فإن مرض مرضا غير مرجو الزوال
كالزمانة ونحوها، خرج من المقاتلة. وسقط سهمه على الصحيح من المذهب. جزم
به فى المغنى^(١)، والشرح^(٢)، وغيرهما. وقدمه فى الفروع. وقيل: له فيه حق.

قوله: ﴿وَمَنْ مَاتَ بَعْدَ حُلُولِ وَقْتِ الْعَطَاءِ دُفِعَ إِلَى وَرَثَتِهِ حَقَّهُ. وَمَنْ مَاتَ مِنْ
أَجْنَادِ الْمُسْلِمِينَ دُفِعَ إِلَى امْرَأَتِهِ وَأَوْلَادِهِ الصَّغَارِ كِفَايَتِهِمْ. بلا نزاع﴾.

(١) ذكره فى المغنى بتمامه ونصه. المغنى (٣١١/٧).

(٢) ذكره فى الشرح فقال كان مرضا مرجو الزوال كالحمى والصداع والبرسام لم يسقط عطاؤه لأنه فى
حكم الصحيح، الشرح الكبير (٥٥٣/١٠).

كتاب الجهاد ١٨٩

قوله: ﴿فَإِذَا بَلَغَ ذُكُورُهُمْ، وَاخْتَارُوا أَنْ يَكُونُوا فِي الْمَقَاتِلَةِ: فُرِضَ لَهُمْ. وَإِنْ لَمْ يَخْتَارُوا تَرَكَوْا﴾.

هذا الصحيح من المذهب (١). وعليه أكثر الأصحاب، وجزم به في الوجيز، وغيره. وقدمه في الفروع، وغيره.

وقال القاضى فى الأحكام السلطانية: يفرض لهم إذا اختاروا أن يكونوا فى المقاتلة، إذا كان بالناس حاجة إليهم. وإلا فلا.

فائدة: بيت المال ملك للمسلمين يضمه متلفه. ويجرم الأخذ منه إلا بإذن الإمام. قدمه فى الفروع. وذكره فى عيون المسائل. وذكره فى الانتصار. فى باب اللقطة. وذكره غيره أيضا.

وذكر فى الانتصار أيضا، فى إحياء الموات: لا يجوز له الصدقة به. ويسلمه إلى الإمام.

قال فى الفروع: وهو ظاهر كلامهم فى السرقة منه. وقاله الشيخ تقي الدين. وقال أيضا: لو أتلفه ضمنه.

وقال أيضا: لا يتصور فى المشترك عن عدم موصوف غير معين. أن يكون مملوكا، نحو بيت المال، والمباحات، والوقف على مطلق، سواء تعين المستحق بالإعطاء، أو بالاستعمال، أو بالفرض والتنزيل، أو غيره.

وذكر القاضى وابنه فى بيت المال: أن المالك له غير معين.

وقال المصنف فى المغنى (٢)، وتبعه الشارح، فى إحياء الموات بلا إذن: مال بيت المال مملوك للمسلمين. وللإمام تعيين مصارفه وترتيبها، فاقتقر إلى إذنه.

ويأتى فى آخر باب أصول المسائل: هل بيت المال وارث أم لا؟ وفائدة الخلاف.

* * *

(١) قال فى الشرح: «سقط حقهم من عطاء المقاتلة إن لم يختاروا تركوا» الشرح الكبير (٥٥٤/١٠)،

المحرر (١٨٨/٢)، الكافى (١٥٦/٤).

(٢) ذكره فى المغنى بنصه وتمامه (١٨٤/٦).

باب الأمان

قوله: ﴿وَيَصِحُّ أَمَانُ الْمُسْلِمِ الْمُكَلَّفِ، ذَكَرًا كَانَ أَوْ أُنْثَى، حُرًّا أَوْ عَبْدًا. مُطْلَقًا أَوْ أُسِيرًا﴾.

هذا المذهب مطلقاً (١). نص عليه. وعليه جماهير الأصحاب، وقطع به أكثرهم. وقال في عيون المسائل وغيرها: يصح منهم، بشرط أن تعرف المصلحة فيه. قال في الفروع: وذكر غير واحد الإجماع في المرأة بدون هذا الشرط. وقال المستوعب: يصح أمان المرأة عن القتل، دون الرق. وقال: ويشترط في أمان الإمام عدم الضرر علينا، وألاً تزيد مدته على عشر سنين. وقوله «وألاً تزيد مدته على عشر سنين» جزم به في الرعايتين، والحاويين، وتذكرة ابن عبدوس.

تنبيه: مفهوم كلامه: أنه لا يصح أمان الكافر، لو كان ذمياً. وهو كذلك ولا أمان الجنون، أو الطفل، والمغمى عليه. وهو كذلك. ولا يصح أمان السكران. على الصحيح من المذهب. وخرج الصحة. ولا يصح أمان المكره. بلا نزاع (٢).
قوله: ﴿وَفِي أَمَانِ الصَّبِيِّ الْمُمَيَّزِ: رَوَيْتَانِ﴾.

وأطلقهما في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة والمغنى (٣)، والكافي (٤)، والبلغة، والمحزر (٥)، والشرح (٦)، والرعايتين، والحاويين،

(١) لما روى على رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: «ذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم فمن أخضر مسلماً فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين لا يقبل منهم صرف ولا عدل» رواه البخاري - الشرح الكبير (٥٥٥/١٠)، المحزر (١٨٠/٢)، الكافي (١٦١/٤)، العدة - العمدة (٦٠٩)، المغنى (٤٣٢/١٠).

(٢) قال في الكافي: «لا يصح من مكره لأنه عقد أكره عليه بغير حق فلم يصح كالبيع» الكافي (١٦١/٤) قال في الشرح «أن يكون مختاراً». الشرح (٥٥٦/١٠)، قال في العدة «أن يكون عاقلاً مختاراً» (٦٠٩)، المحزر (١٨٠/٢)، المغنى (٤٣٤/١٠).

(٣) قال في المغنى: «وأما الصبي المميز ففيه روايتان إحداهما لا يصح أمانه لأنه غير مكلف ولا يلزمه بقوله حكم فلا يلزم غيره كالجنون. الثانية - يصح أمانه وحمل رواية المميز على غير المميز ورجح بالحديث ولأنه مسلم مميز فصح أمانه كالبالغ. وفارق الجنون فإنه لا قول له أصلاً». المغنى (٤٣٣/١٠).

(٤) ذكر أيضاً صاحب الكافي الروايتين حيث قال: «لا يصح منه ويصح». (١٦١/٤).

(٥) قال في المحزر: (وفي صحة الأمان من المميز روايتان) المحزر (١٨٠/٢).

(٦) قال صاحب الشرح الكبير «الروايتين يصح وصح، وحمل رواية المنع على غير المكلف واحتج بالحديث ولأنه مسلم عاقل فصح أمانه كالبالغ بخلاف الجنون فإنه لا قول له أصلاً». الشرح الكبير (٥٥٦/١٠).

كتاب الجهاد ١٩١
والقواعد الأصولية.

إحدهما: يصح. وهو المذهب. وجزم به في الوجيز، والهادي، وتذكرة ابن عقيل، والقاضي في الجامع الصغير، والشيرازي، والشريف، وأبو الخطاب، في خلافيهما، وتذكرة ابن عبدوس، وتجريد العناية، والمنور، ومنتخب الأرحى وغيرهم. وصححه في التصحيح، والنظم. وقدمه في الفروع.

وقال أبو بكر: يصح أمانه، رواية واحدة.

وحمل رواية المنع على غير المميز. وهو مقتضى كلام شيخه. والزر كشي.

والرواية الثانية: لا يصح أمانه. ويحتمله كلام الخرقى.

فائدة: يصح أمان الإمام للأسير، والكافر. على الصحيح من المذهب. اختاره القاضي وغيره. وجزم به في المغنى^(١)، والشرح^(٢)، والمحرم^(٣)، والنظم، والحاويين. وهو ظاهر ما جزم به في الرعايتين.

وظاهر ما قدمه في الفروع: أنه لا يصح. فإنه قال - بعد أن ذكر صحة الأمان - وقيل: يصح للأسير من الإمام. وقيل: والأمير. انتهى. وهو مشكل.

ويصح من غير الإمام للأسير الكافر. نص عليه في رواية أبي طالب. وقدمه في المحرم^(٤)، والرعايتين، والنظم، والحاويين.

واختار القاضي: عدم الصحة من غير الإمام، كما لو كان فيه ضرر.

وقال في المغنى^(٥)، والشرح^(٦): فأما آحاد الرعية فليس له أمان. وذكر أبو الخطاب: أنه يصح. انتهى.

قوله: ﴿وَأَمَّا أَحَدُ الرَّعِيَّةِ لِلْوَاحِدِ وَالْعَشْرَةِ﴾ بلا نزاع (وللقافلة، وكذا

للحصن).

(١) قال في المغنى: «يصح أمان الإمام لجميع الكفار وأحاديهم لأن ولايته عامة على المسلمين ويصح أمان الإمام للأسير بعد الاستيلاء عليه لأن للإمام المن عليه والأمان دون ذلك» المغنى (٤٣٤/١٠).

(٢) قال في الشرح «ويصح أمان الإمام لجميع الكفار وأحاديهم لأن ولايته عامة على المسلمين» ويصح أمان الإمام للأسير لأن الأمان دون المن وقد جاز المن عليه، الشرح الكبير (٥٥٦/١٠).

(٣) قاله في المحرم (١٨٠/٢).

(٤) ذكره في المحرم حيث قال: «ويصح من غير الإمام الأمان للأسير نص عليه في رواية أبي طالب». المحرم (١٨٠/٢).

(٥) قال في المغنى: «أما أحد الرعية فليس له ذلك» المغنى (٤٣٤/١٠).

(٦) قال في الشرح: (فأما أحد الرعية فليس له ذلك) الشرح الكبير (٥٥٧/١٠).

١٩٢ كتاب الجهاد

مراده بالقافلة: إذا كانت صغيرة. وكذا إذا كان الحصن صغيراً. يعنى: عرفاً. وهذا أحد الوجهين. وهو ظاهر ما جزم به فى الهداية، والمذهب ومسبوك الذهب، والخلاصة، والمغنى (١)، والشرح (٢)، والمحزر (٣)، والوجيز، وغيرهم. لإطلاقهم القافلة. وقدمه فى الرعايتين، والحاويين.

وقيل: يشترط فى القافلة والحصن: أن يكون مائة فأقل. اختاره ابن البناء. وأطلقهما فى الفروع.

وأطلق فى الروضة: الحصن. وقيل: يستحب استحساناً ألا يجار على الأمير إلا بإذنه.

قوله: ﴿وَمَنْ قَالَ لِكَافِرٍ قِفْ، أَوْ أَلْقِ سِلَاحَكَ. فَقَدْ أَمَّنَهُ﴾.

وكذا قوله «قم» وهذا المذهب. وعليه الأصحاب (٤).

وقال المصنف: يحتمل أن يكون أماناً، إلا أن يريد به ذلك. فهو على هذا كناية. لكن إن اعتقده الكافر أماناً: رد إلى مأمته وجوباً. ولم يجوز قتله، وكذا حكم نظائره.

قال الإمام أحمد: إذا أشير إليه بشيء غير الأمان، فظنه أماناً: فهو أمان. وكل شيء يرى العالج أنه أمان: فهو أمان. وقال: إذا اشتراه ليقتله، فلا يقتله، لأنه إذا اشتراه فقد أمته.

قال الشيخ تقي الدين: فهذا يقتضى انعقاده بما يعتقده العالج، وإن لم يقصده المسلم، ولا صدر منه ما يدل عليه.

قوله: ﴿وَمَنْ جَاءَ بِمُشْرِكٍ، فَأَدَّعَى - أَى الْمُشْرِكِ - أَنَّهُ أَمَّنَهُ فَأَنْكَرَ﴾ يعنى المسلم

﴿فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ﴾ يعنى المسلم.

(١) قال فى المغنى «ويصح أمان آحاد المسلمين للواحد والعشرة والقافلة الصغيرة والحصن الصغير لأن عمر رضى الله عنه أجاز أمان العبد لأهل الحصن» المغنى (٤٣٤/١٠).

(٢) ذكره فى الشرح حيث قال: «ولكن لا يصح أمانه لأهل بلد ورستاق وجمع كثير لأن ذلك يفضى إلى تعطيل الجهاد والافتيات على الإمام» الشرح الكبير (٥٥٧/١٠).

(٣) قال فى المحزر: «ومن آحاد الرعية للواحد والعشرة والقافلة» المحزر (١٨٠/٢).

(٤) قال فى الشرح: «هو أمان أيضاً لأن الكافر يعتقد هذا أماناً فأشبهه قوله أمنتك، ثم ذكر احتمالاً آخر بأنه ليس أماناً» الشرح الكبير (٥٥٨/١٠). قال فى المغنى: «قال أصحابنا هو أمان أيضاً لأن الكافر يعتقد هذا أماناً فأشبهه قوله أمنتك» المغنى (٥٥٨/١٠). وفصل فى ذلك صاحب الكافى فقال: هو أمان لأن الكافر يعتقد أماناً فأشبهه قوله لا تخف ويحتمل أن يرجع فيه إلى النية فإن نوى به الأمان كان أماناً لأنه يحتمله وإن لم ينو لم يكن أماناً لأنه يستعمل للإرهاب والتخويف والتهديد فلم ينصرف إلى الأمان بغير نية» الكافى (١٦٣/٤).

كتاب الجهاد ١٩٣

هذا المذهب. وعليه أكثر الأصحاب. جزم به في الوجيز، والمنور، ومنتخب الأزرعى، وغيرهم. وقدمه في الفروع، والمحرر^(١)، والنظم، وغيرهم.

قال في نهاية ابن رزين: قدم قول المسلم في الأظهر.

وعنه: قول الأسير. اختاره أبو بكر. وقدمه في الخلاصة، والرعايتين، والحاويين.

وعنه: قول من يدل الحال على صدقه. وأطلقهن في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمغنى^(٢)، والشرح^(٣).

فائدة: يقبل قول عدل «إني أمنت» على الصحيح من المذهب.

قال في الفروع: يقبل في الأصح، كإخبارهما أنهما آمناء، كالمرضعة على طفلها.

قال القاضي: هو قياس قول أحمد. واختاره أبو الخطاب وغيره. وجزم به في المحرر^(٤)، وغيره. وقدمه في النظم وغيره. وقيل: لا يقبل.

قوله: ﴿وَمَنْ أَعْطَى أَمَانًا لِيَفْتَحَ حِصْنًا فَفَتَحَهُ، وَاشْتَبَهَ عَلَيْنَا فِيهِمْ: حَرْمٌ قَتْلُهُمْ﴾. بلا نزاع.

ونص عليه في رواية أبي داود، وأبي طالب، وإسحاق بن إبراهيم.

﴿حرم استرقاقهم﴾. على الصحيح من المذهب.

نص عليه في رواية ابن هانئ. وعليه أكثر الأصحاب. وجزم به في الوجيز وغيره. قال في القواعد الفقهية: هذا الصحيح. وقدمه في الفروع، والمحرر^(٥)، والنظم، والرعايتين، والحاويين، والمذهب، والخلاصة، وغيرهم.

وقال أبو بكر: يخرج واحد بالقرعة، ويسترق الباقيون.

قال في القاعدة التاسعة بعد المائة: هذا قول أبي بكر، والخرقى، وابن عقيل، في روايته. انتهى.

(١) قال في المحرر: «ومن جاء بمشرك فادعى أنه آمنه وأنكره فالقول قول المنكر» المحرر (١٨٠/٢).

(٢) ذكر صاحب المغنى في هذه المسألة ثلاث روايات الرواية الثالثة هي التي تؤيد هذه النقطة «فقال والثانية القول قول الأسير لأنه يحتتمل صدقه وحقن دمه فيكون هذا شبهة تمنع من قتله، والثالثة يرجع إلى قول من ظاهر الحال يدل على صدقه فإن كان الكافر ذا قوة معه سلاحه فالظاهر صدقه وإن كان ضعيفا مسلوبا سلاحه فالظاهر كذبه فلا يلتفت إلى قوله. المغنى (٤٣٥/١٠).

(٣) ذكره صاحب الشرح الكبير كما في المغنى فراجع، الشرح الكبير (٥٦٠/١٠).

(٤) ذكره في المحرر (١٨٠/٢).

(٥) قال في المحرر: «فقال ثم تدعوه وأشبه علينا منهم حرم قتلهم واسترقاقهم على منصوصه» المحرر

(١٨٨/٢).

واختاره فى التبصرة. وأطلقهما فى المعنى (١) والشرح (٢).
فائدة: وكذا الحكم: لو أسلم واحد من أهل حصن، واشتبه علينا، خلافاً ومذهباً.
قوله: ﴿وَيَجُوزُ عَقْدُ الْأَمَانِ لِلرَّسُولِ وَالْمُسْتَأْمِنِ: وَيُقِيمُونَ مُدَّةَ الْهُدْنَةِ بِغَيْرِ
جَزِيَةٍ﴾.

هذا المذهب. نص عليه. وعليه أكثر الأصحاب.
قال فى الهداية: قاله أصحابنا. وحزم به فى الوجيز، وغيره. وقدمه فى الفروع،
والحرر (٣)، والخلاصة، والرعايتين، والحاويين، والنظم، وغيرهم.
[وقال فى الترغيب: بشرط ألا تزيد مدته على عشر سنين. وفى جواز إقامتهم
فى دارنا هذه المدة بلا جزية: وجهان. انتهى]
وقال أبو الخطاب فى الهداية: وعندى لا يجوز سنة فصاعداً، إلا بجزية. اختاره
الشيخ تفى الدين. وأطلقهما فى المذهب.

وقيل: يجوز عقده للمستأمن مطلقاً. ذكره فى الرعاية.
قوله: ﴿وَمَنْ دَخَلَ دَارَ الْإِسْلَامِ بِغَيْرِ أَمَانٍ، وَادَّعَى أَنَّهُ رَسُولٌ أَوْ تَاجِرٌ، وَمَعَهُ
مَتَاعٌ يَبِيعُهُ: قُبِلَ مِنْهُ﴾.

وهذا مقيد بأن نصدقه عادة. وهذا المذهب نص عليه، وحزم به فى الوجيز
والمعنى (٤)، والشرح (٥)، وغيرهم. وقدمه فى الفروع، وغيره.
ونقل أبو طالب: إن لم يعرف بتجارة ولم يشبههم، أو كان معه آلة حرب: لم
يقبل منه، ويحبس حتى يتبين أمره.

(١) ذكر صاحب المعنى أن فى استرقاقهم وجهين أحدهما يحرم وثانيهما يقرع بينهم فيخرج صاحب
الأمان بالقرعة ويسترق الباكون، المعنى (٤٤٠/١٠).
(٢) ذكر أيضاً صاحب الشرح الكبير الوجهين فراجع، الشرح الكبير (٥٦١/١٠).
(٣) قال فى الحرر: «ويجوز الأمان للرسول والمستأمن مدة الهدنة بلا جزية. نص عليه». الحرر (١٨١/٢).
(٤) قال فى المعنى: «إن قال جئت رسولا فالقول قوله لأنه تعذر إقامة النية على ذلك ولم تنزل الرسل تأتي
من غير تقدم أمان وإن قال جئت تاجراً نظرنا فإن كان معه متاع يبيعه قبل قوله أيضاً وإن لم يكن معه
ما يجر به لم يقبل لأن التجارة لا تحصل بغير ما حال». المعنى (٦٠٥/١٠).
(٥) قال فى الشرح «إذا ادعى أنه رسول قبل منه ولم يجز التعرض له لقول النبى ﷺ لرسول مسيلم» ولولا
أن الرسل لا تقتل لقتلتكما» ولأن العادة جارية بذلك. وإن ادعى أنه تاجر وقد جرت العادة بدخول
تجارهم إلينا لم يعرض له إذا كان معه ما يبيعه لأنهم دخلوا يعتقدون الأمان أشبه ما لو دخلوا بإشارة
مسلم». الشرح الكبير (٥٦٤/١٠).

كتاب الجهاد ١٩٥

قلت: وهو الصواب. ويعمل في ذلك بالقرائن.

وعلى المذهب: إن لم نصدقه عادة، أو لم يكن معه تجارة، وادعى أنه جاء مستأمنًا. فهو كالأسير، يخير الإمام فيه، على ما تقدم.

فائدة: لو دخل أحد من المسلمين دار الحرب بأمان بتجارة أو رسالة، لم يخنهم في شيء، ويجرم عليه ذلك.

قوله: ﴿وَإِنْ كَانَ مِمَّنْ ضَلَّ الطَّرِيقَ، أَوْ حَمَلَتْهُ الرِّيحُ فِي مَرْكَبٍ إِلَيْنَا. فَهُوَ لِمَنْ أَخَذَهُ﴾.

هذا المذهب. جنم به في الوجيز. وصححه في النظم. وقدمه في الفروع، والمجرر^(١)، والرعايتين، والحاويين، والخلاصة.

وعنه: يكون فينا للمسلمين. وأطلقهما في الهداية، والمذهب، والمغنى^(٢)، والشرح^(٣).

ونقل ابن هانئ: إن دخل قرية فأخذوه: فهو لأهلها.

فائدة: وكذا الحكم: لو شردت إلينا دابة منهم أو فرس، أو نذ بعير، أو أبق رقيق ونحوه.

فائدة: لا يدخل أحد منهم إلينا إلا بإذن. على الصحيح من المذهب.

وعنه: يجوز للرسول وللتاجر خاصة. اختاره أبو بكر.

وقال في الترغيب: دخوله لسفارة، أو لسماح قرآن: أمان بلا عقد، لا لتجارة. على الأصح فيهما بلا عادة.

نقل حرب في غزاة في البحر وجدوا تجارا يقصدون بعض البلاد لم يتعرض لهم

قوله: ﴿وَإِذَا أُوذِعَ الْمُسْتَأْمِنُ مَالَهُ مُسْلِمًا، أَوْ أَقْرَضَهُ إِيَّاهُ، ثُمَّ عَادَ إِلَى دَارِ الْحَرْبِ. بَقِيَ الْأَمَانُ فِي مَالِهِ. وَيَبْعَثُ بِهِ إِلَيْهِ إِنْ طَلَبَهُ﴾.

وكذا إن أودعه لدمي، أو أقرضه إياه. وهذا الصحيح من المذهب، وعليه أكثر

(١) قال في المجرر: «فهو لمن أخذه غير مخموس وعنه هو فيء بدخوله في أرض الإسلام وعنه أنه لأهل القرية التي حصل فيها». المجرر (١٨١/٢).

(٢) قال صاحب المغنى: «فهو لمن أخذه في إحدى الروايتين والأخرى يكون فيءًا». المغنى (٤٤١/١٠).

(٣) قال في الشرح: «فهو لمن أخذه في إحدى الروايتين لأنه أخذ بغير قتال أشبه ما لو أخذ في دار الحرب» الشرح الكبير (٥٦٤/١٠).

١٩٦ كتاب الجهاد

الأصحاب، وجزم به فى الوجيز، والمعنى^(١)، والشرح^(٢)، وغيرهم. وقدمه فى الفروع، والهداية، والخلاصة، وغيرهم. وصححه فى المحرر^(٣)، والنظم، والرعايتين، والحاويين، وغيرهم.

وقيل: ينقض فى ماله. ويصير فينا. وهو ظاهر كلام الخرقى. وقدمه فى المحرر^(٤).

وقول الزركشى «إن هذا اختيار صاحب المحرر» غير مسلم.

فعلى هذا يعطاه إن طلبه، وإن مات بعث به إلى ورثته، فإن لم يكن له وارث فهو فىء. ويأتى حكم مال من نقض العهد من أهل الذمة فى باب أحكامهم.

فائدة: لو استرق من كان مستأمنًا أو ذميا ولحق بدار الحرب. وماله عند مسلم: وقف ماله. على الصحيح من المذهب.

قال فى الفروع: هذا أشهر. وقدمه فى النظم، والرعايتين، والحاويين. وحكاه فى الشرح عن القاضى. واقتصر عليه.

وقيل: يصير ماله فيما بمجرد استرقاقه. اختاره صاحب المحرر^(٥)، والفروع. وأطلقهما الزركشى.

فعلى المذهب: إن عتق رد إليه، وإن مات رقيقا فهو فىء، على الصحيح من المذهب.

وقيل: بل هو لوارثه. وأطلقهما فى المحرر^(٦).

قوله: ﴿وَإِذَا أَسَرَ الْكُفَّارُ مُسْلِمًا، فَأَطْلَقُوهُ بِشَرْطِ أَنْ يُقِيمَ عِنْدَهُمْ مُدَّةً﴾.

وكذا لو شرطوا أن يقيم عندهم مطلقا.

﴿لِزِمَةِ الْوَقَاءِ لَهُمْ﴾.

هذا الصحيح من المذهب. نص عليه، وعليه أكثر الأصحاب، وجزم به فى

(١) قال فى المعنى: «نظرنا إذا دخل لحاجة يقضيها ثم يعود إلى دار الإسلام فهو على أمانه فى نفسه وماله لأنه لم يخرج فذلك عن نية الأمان بدار الإسلام فأشبهه الذمى إذا دخل لذلك. وإن دخل مستوطنا بطل الأمان فى نفسه وبقي فى ماله» المعنى (٤٣٧/١٠).

(٢) ذكره أيضا صاحب الشرح الكبير فراجع (٥٦٥/١٠).

(٣) ذكره أيضا صاحب المحرر (١٨١/٢).

(٤) قال فى المحرر: «انتقض أمان ماله كنفسه ويصير فينا». المحرر (١٨١/٢).

(٥) قال فى المحرر: «وعندى: يصير فينا مجرد استرقاقه». المحرر (١٨١/٢).

(٦) وقال فى المحرر: «هو لورثته». المحرر (١٨١/٢).

كتاب الجهاد ١٩٧

المعنى (١)، والشرح (٢)، والمحرر (٣)، والنظم، والوجيز، والحاويين، وغيرهم. وقدمه في الفروع، والرعايتين، وغيرهم.

وقيل: لا يلزمه الوفاء به وله أن يهرب.

وقال في الرعاية، وقيل: إن التزم الشرط لزمه، وإلا فلا.

وقال الشيخ تقي الدين: ما ينبغي أن يدخل معهم في التزام الإقامة أبداً، لأن الهجرة واجبة عليه، ففيه التزام بترك الواجب. اللهم إلا إلا يمنعوه من دينه، ففيه التزام ترك المستحب. وفيه نظر.

قوله: ﴿وَإِنْ لَمْ يَشْتَرُوا شَيْئًا، أَوْ شَرَطُوا كَوْنَهُ رَقِيقًا، فَلَهُ أَنْ يَقْتُلَ، وَيَسْرِقَ، وَيَهْرَبَ﴾.

إذا أطلقوا ولم يشترطوا عليه شيئاً، فتارة يؤمنونه، وتارة لا يؤمنونه. فإن لم يؤمنوه - وهو مراد المصنف - فله أن يقتل، ويسرق، ويهرب. نص عليه. وإن أمنوه فله الهرب لا غير. وليس له القتل، ولا السرقة. فلو سرق رد ما أخذ منهم. نص على ذلك كله. وإن شرطوا كونه رقيقاً فكذلك. قاله الشارح. وحزم به في المحرر (٤)، والنظم، والحاويين، والرعاية الصغرى.

وقال الشارح: ويحتمل أن يلزمه الإقامة، إذا قلنا: يلزمه الرجوع إليهم، على ما نذكره في المسألة التي بعدها، إن شاء الله تعالى.

قوله: ﴿وَإِنْ أَطْلَقُوهُ بِشَرَطِ أَنْ يَبْعَثَ إِلَيْهِمْ مَالًا، فَإِنْ عَجَزَ عَنْهُ عَادَ إِلَيْهِمْ: لَزِمَهُ الْوَفَاءُ لَهُمْ. إِلَّا أَنْ يَكُونَ امْرَأَةً، فَلَا تَرْجِعَ إِلَيْهِمْ﴾.

إذا كانت امرأة لم ترجع إليهم بلا نزاع. لخوف قتلها.

وألحق في نظم نهاية ابن رزين: الصبي بالمرأة.

قال في الفروع: فيتوجه منه أن يبدأ بفداء جاهل للخوف عليه. ويتوجه أن يبدأ بفداء العالم لشرفه، وحاجتنا إليه، وكثرة الضرر بفنتته. انتهى.

(١) ذكره في المعنى كما في الشرح النقطة القادمة. المعنى (٥١٥/١٠).

(٢) قال صاحب الشرح (نص عليه لقول النبي ﷺ «المؤمنون عند شروطهم» وإن أطلقوه أو أمنوه صاروا في أمان منه لأن أمانهم له يقتضى سلامتهم منه فإن أمكنه المضي إلى دار الإسلام لزمه وإن تعذر عليه أقام وكان حكمه حكم من أسلم في دار الحرب فإن خرج وأدركوه قاتلهم وبطل الأمان لأنهم طلبوا منه الأمان وهو معصية. الشرح الكبير (٥٦٨/١٠).

(٣) ذكره صاحب المحرر بنصه (١٨١/٢).

(٤) المحرر (١٨١/٢).

١٩٨ كتاب الجهاد
 وإن كان رجلا، وشرطوا عليه مالا، ورضى بذلك. فالصحيح من المذهب: أنه
 يلزمه الوفاء لهم. نص عليه، وجزم به في الوجيز، وصححه في النظم وغيره. وقدمه
 في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والفروع،
 والرعايتين، والحاويين، وغيرهم.
 وقال الخرقى: لا يرجع الرجل أيضا.
 وهو رواية عن أحمد. وأطلقهما في الكافي (١)، والمحزر (٢)، والشرح (٣)،
 والزر كشي.

* * *

باب الهدنة

معنى «الهدنة» أن يعقد الإمام، أو نائبه، عقدا على ترك القتال مدة. ويسمى
 مهادنة، وموادعة، ومعاودة.

قوله: ﴿وَلَا يَصِحُّ عَقْدُ الْهُدْنَةِ وَالذَّمَّةِ إِلَّا مِنَ الْإِمَامِ أَوْ نَائِبِهِ﴾.

هذا المذهب. وعليه الأصحاب، إلا أنه قال في الترغيب: لآحاد الولاة عقد الهدنة
 مع أهل قرية.

وقيل: يجوز عقد الذمة من كل مسلم. وهو احتمال في الهداية.

فائدتان

إحدهما: لا يصح عقد الهدنة إلا حيث جاز تأخير الجهاد، على ما تقدم في أول
 كتاب الجهاد، على الصحيح من المذهب.

وقال القاضي: يجوز عقد ذلك ونحوه مع القوة أيضا والاستظهار. انتهى.

وقال في الإرشاد، وعيون المسائل، والمبهبج، والمحزر (٤): ويجوز عقد الهدنة مع
 قوة المسلمين واستظهارهم مدة أربعة أشهر. ولا يجوز فوقها:

(١) ذكره صاحب الكافي في الرواية الثانية فقال «لا يعود إليهم لأن العود إليهم معصية فلم يلزم بالشرط»
 الكافي (١٦٥/٤).

(٢) وأطلق أيضا صاحب المحزر فقال (وفي رجوع الرجل روايتان). المحزر (١٨١/٢).

(٣) أطلق أيضا صاحب الشرح الكبير لأنه ذكر حديثين عن النبي ﷺ. حديث (عفى لأمتي) والآخر
 حديث (صلح الحديبية). الشرح الكبير (٥٦٩/١٠).

(٤) قال في الشرح: «لما روى مروان والمصور بن مخزومة أن النبي ﷺ صالح سهيل بن عمر على وضع
 القتال عشر سنين ولأنه قد يكون في المسلمين ضعف فيهادتهم حتى يقوى المسلمون». الشرح الكبير
 (٥٧٣/١٠)، المحزر (١٨٢/٢)، العدة والعمدة (٦١١)، الكافي (١٦٦/٤).

كتاب الجهاد ١٩٩

وقيل: يجوز والحالة هذه دون عام. وصححه في النظم.
 الثانية: يجوز بمال منا للضرورة، على الصحيح من المذهب. وعليه الأكثر. وقال
 في الفنون: يجوز لضعفنا مع المصلحة.
 وقال أبو يعلى الصغير: لحاجة. وقاله أبو يعلى الكبير في الخلاف في المؤلفه.
 قال في الرعاية الكبرى: ولا يجوز بمال منا.
 وقيل: بلا ضرورة، أو لترك تعذيب أسير مسلم، أو قتله، أو أسير غيره، أو خوفا
 على من عندهم من ذلك. انتهى.

قلت: هذا القول متعين. والذي قدمه ضعيف أو ساقط.
 قوله: ﴿فَمَتَى رَأَى الْمَصْلِحَةَ فِي عَقْدِ الْهُدْنَةِ، جَازَ لَهُ عَقْدُهَا مُدَّةً مَعْلُومَةً، وَإِنْ
 طَالَتْ﴾.

هذا الصحيح من المذهب. جزم به في الوجيز، والمنور.
 قال في المنتخب: يجوز مدة معلومة. وقدمه في الهداية، والكافي^(١)، والهادي،
 والمحزر^(٢)، والفروع، والحاويين. وصححه في الخلاصة وغيرها.
 وعنه: لا يجوز أكثر من عشر سنين.

قال القاضي: هذا ظاهر كلام أحمد رحمه الله، واختاره أبو بكر. وجزم به في
 الفصول. وأطلقهما في المذهب، ومسبوك الذهب.
 فائدة: يكون العقد لازما، على الصحيح من المذهب. وعليه الأصحاب.
 وقال الشيخ تقي الدين: ويكون أيضا جائزا.

قوله: ﴿فَإِنْ زَادَ عَلَى عَشْرِ بَطَلَ فِي الزِّيَادَةِ. يَعْنِي عَلَى الرَّوَايَةِ الثَّانِيَةِ: وَفِي
 الْعَشْرِ وَجْهَانِ﴾.

وأطلقهما في المذهب، والمحزر^(٣)، والنظم، والرعاية، وغيرهم.
 أحدهما: يصح. وهو الصحيح. قال في الهداية، والفصول، والمغنى^(٤)،

(١) قال في الكافي: (ويرجع في تقديرها إلى رأى الإمام على ما يراه من المصلحة فى قليل وكثير)
 الكافي (١٦٦/٤).

(٢) قال فى المحزر: «ولا تجوز إلا إلى مدة معلومة وإن طالت» المحزر (١٨٢/٢).

(٣) قال صاحب المحزر: (وعنه لا تجوز فوق عشر سنين فإن جاوزها بطلت الزيادة وفى العشر وجهان)
 (١٨٢/٢).

(٤) ذكرها فى المغنى كما بالشرح النقطة القادمة. المغنى (٥١٨/١٠).

٢٠٠ كتاب الجهاد

والشرح^(١)، والفروع، والحاوي، وغيرهم: وإن زاد فكفريق الصفقة.

ويأتى فى تفريق الصفقة: أن الصحيح من المذهب: الصحة.

والثانى: لا يصح.

فائدة: وكذا الحكم: لو هادتهم أكثر من قدر الحاجة.

قوله: ﴿وَإِنْ هَادَنَهُمْ مُّطْلَقًا لَمْ يَصِحَّ﴾.

هذا المذهب، وعليه الأصحاب.

وقال الشيخ تقي الدين: تصح، وتكون جائزة. ويعمل بالمصلحة، لأن الله تعالى

أمر بنبذ العهود المطلقة وإتمام المؤقتة.

فائدة: لو قال «هادنتكم ما شئنا وشاء فلان» لم يصح. على الصحيح من

المذهب.

[وقيل: يصح. اختاره القاضى.

ولو قال: «نقرمكم على ما أقرم الله» لم يصح. على الصحيح من المذهب،

وعليه الأصحاب.

وقال الشيخ تقي الدين: يصح أيضا. وأن معناه فى قوله «ما شئنا».

قوله: ﴿وَإِنْ شَرَطَ شَرْطًا فَاسِيدًا كَنَفْضِهَا مَتَى شَاءَ، أَوْ رَدَّ النِّسَاءَ إِلَيْهِمْ، أَوْ

صِدَاقِهِنَّ، أَوْ سِلَاحِهِمْ، أَوْ إِدْخَالِهِمُ الْحَرَمَ: بَطَلَ الشَّرْطُ﴾.

إذا شرط فى المهادنه نقضها متى شاء، أو رد النساء إليهم، أو سلاحهم، أو

إدخالهم الحرم: بطل الشرط، قولاً واحداً، وكذا لو شرط رد صبي إليهم.

قال فى الرعاية الكبرى، وقيل: مميز. وجزم فى المغنى^(٢)، والشرح^(٣): أنه يجوز

رد الطفل دون المميز. وقيل: وجزم غيرهم بذلك.

وأما إذا شرط رد مهورهن، فالصحيح من المذهب: بطلان الشرط، كما جزم به

(١) ذكر فى الشرح أن فى (العشر وجهان) لأن حكمها خص القوم فى قوله تعالى: ﴿اقتلوا المشركين

حيث وجدتموهم﴾. لمصلحة النبى ﷺ قريشا يوم الحديبية عشرا فما زاد يبقى على مقتضى العموم.

الشرح الكبير (٥٧٦/١٠).

(٢) ذكره فى المغنى كما فى الشرح النقطة القادمة. المغنى (٥٢٧/١٠).

(٣) قال فى الشرح: «أما الطفل الذى لا يصح إسلامه فيجوز شرط رده لأنه ليس بمسلم» الشرح الكبير

(٥٧٨/١٠).

كتاب الجهاد ٢٠١

في المصنف هنا.

قال في الفروع: فشرط فاسد على الأصح. قال الناظم: في الأظهر. وعنه: لا يبطل.

وقال في الرعاية الصغرى، والحاوى الصغير: وإن شرط نقضها متى شاء، أو كذا أو كذا، أو رد مهرها فى رواية: بطل الشرط.

وذكر فى المبهج رواية: برد مهر من شرط ردها مسلمة. وهو أنه لا يلزم ذلك. كما لو لم يشترط. ذكره فى [آخر] الجهاد فى فصل أرض العنوة والصلح.

وأما العقد حيث قلنا يبطل الشرط: ففى بطلانه وجهان. وأطلقهما فى الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والخلاصة، والمغنى^(١)، والشرح^(٢)، والمحزر^(٣)، والفروع، والنظم، والرعايتين، وغيرهم.

قال فى الهداية، والحاوى، والمصنف، والشارح، وابن منجاء، وغيرهم: بناء على الشروط الفاسدة فى البيع.

قال المصنف، والشارح: إلا فيما إذا شرط نقضها متى شاء. فينبغى ألا يصح العقد، قولاً واحداً. وظاهر الوجيز صحة العقد.

فائدة: لو دخل ناس من الكفار فى عقد باطل دار الإسلام معتقدين الأمان كانوا آمنين. ويردون إلى دار الحرب، ولا يقرون فى دار الإسلام. قاله الأصحاب.

قوله: ﴿وَإِنْ شَرَطَ رَدٌّ مِّنْ جَاءِ مِنَ الرِّجَالِ مُسْلِمًا جَازًا﴾.

قال الأصحاب: جاز ذلك لحاجة.

﴿وَلَا يَمْنَعُهُمْ أَخَذَهُ وَلَا يَجْبِرُهُ. وَلَهُ أَنْ يَأْمُرَهُ سِرًّا بِقِتَالِهِمْ وَالْفِرَارِ مِنْهُمْ﴾.

وقال فى الترغيب وغيره: يعرض له أن لا يرجع إليهم.

فوائد

الأولى: لو هرب منهم عبد ليسلم، فأسلم: لم يرد إليهم. وهو حر. جزم به فى الحاويين، والرعاية الصغرى، وغيرهم. وقدمه فى الكبرى، وقال وقيل: إن علم أنه

(١) ذكر الإطلاق صاحب المغنى بناء على الشروط الفاسدة فى البيع. المغنى (٥٢٦/١٠).

(٢) أطلق أيضا فى الشرح الكبير فقال: (على وجهين بناء على الشروط الفاسدة فى البيع) الشرح الكبير (٥٧٨/١٠).

(٣) قال فى المحزر: « وكل شرط لم يجره ففى فساد العقدية وجهان ». المحزر (١٨٢/٢).

٢٠٢ كتاب الجهاد

يستدل، وجاء سيده في طلبه. فله قيمته من الفىء.

قال: قلت: وكذلك الأمة.

وتقدم ما يشبه ذلك فى آخر كتاب الجهاد.

الثانية: يضمن ما أتلفوه لمسلم، ولا يحدون لحق الله تعالى. وإن قتل مسلماً: لزمه

القود، وإن قذفه حد. وإن سرق ماله: قطع على الصحيح.

قال فى الرعاية الكبرى: قطع فى الأقيس [وقيل: لا يقطع صححه فى النظم]

وأطلقهما فى المغنى (١)، والشرح (٢)، والحاويين، والرعاية الصغرى.

الثالثة قوله: ﴿وَعَلَى الْإِمَامِ حِمَايَةٌ مَنْ هَادَنَهُ مِنَ الْمُسْلِمِينَ﴾.

وهذا بلا نزاع، ويلزمه أيضاً حمايتهم من أهل الذمة.

قوله: ﴿وَإِنْ سَبَّاهُمْ كُفَّارٌ آخَرُونَ: لَمْ يَجْزُ لَنَا شِرَاؤُهُمْ﴾.

هذا الصحيح من المذهب. جزم به فى المحرر (٣)، وغيره وصححه فى الفروع

[وغيره] وقدمه فى المغنى، والشرح (٤)، وغيرهما.

وقيل: يجوز. وهو احتمال فى المغنى، والشرح (٥).

وذكر الشيخ تقي الدين رواية منصوصة: يجوز شراؤهم من سايبهم.

فائدتان

إحدهما: الصحيح من المذهب: جواز شراء أولاد الكفار المهادين منهم

وأهليهم. كحربى باع أهله وأولاده. جزم به ابن عبدوس فى تذكرته. وقدمه فى

الفروع. وصححه فى النظم.

وعنه: يحرم شراؤهم؛ كذمى باعهم. وأطلقهما فى المحرر (٦)، والرعايتين،

والحاويين، فى الأهل والأولاد.

(١) ذكر الإطلاق فى المغنى (قال أما الحربى إذا دخل إلينا مستأمناً فسرق فإنه يقطع. وقال ابن حامد لا

يقطع، المغنى (٢٧٦/١٠).

(٢) أطلق صاحب الشرح الكبير بين الروايتين، انظره. (٥/١٣/١٠).

(٣) المحرر (١٨٢/٢).

(٤) قال فى الشرح: «وليس للمسلمين شراؤهم لأنهم فى عهدهم فلا يجوز لهم شراؤهم ولا استرقاقهم»

الشرح الكبير (٥٨٢/١٠).

(٥) قال فى الشرح: ويحتمل ذلك لأنه لا يجب عليه من يدفع عنهم فلم يحرم استرقاقهم بخلاف أهل الذمة»

الشرح الكبير (٥٨٢/١٠).

(٦) قال فى المحرر: (وإن باع أحدهم منا صغاره أو أهله فروايتان) المحرر (١٨٢/٢).

كتاب الجهاد ٢٠٣

وذكر جماعة من الأصحاب: إن قهر حربى ولده أو رحمه على نفسه وباعه من مسلم وكافر. فقيل: يصح البيع.

نقل الشالنجى: لا بأس، فإن دخل بأمان لم يشتر.

وقيل: لا يصح، وإنما يملكه بتوصله بعوض، وإن لم يكن صحيحا، كدخوله بغير أمان فرارا منهم، نص عليه.

قال فى الفروع: والمسألة مبنية على العتق على الحربى بالرحم، هل يحصل أم لا. لأنه حكم الإسلام. انتهى.

قال فى الرعاية الكبرى: يصح شراء ولد الحربى منه.

قلت: إن عتق عليه بالملك فلا. وكذا إن قهر أباه وأمه وملكهما وباعهما. وإن قهر زوجته، وملكها، وباعها: صح لبقاء ملكه عليها. انتهى.

ومنه ابن عبدوس فى تذكرته فى الزوجة.

الثانية: لو سبى بعضهم أولاد بعض وباعوهم، صح البيع. قاله فى الفروع.

قوله: ﴿وَإِنْ خَافَ نَقْضَ الْعَهْدِ مِنْهُمْ: نَبَدَ إِلَيْهِمْ عَهْدَهُمْ﴾.

بلا نزاع (١). ويجب إعلامهم قبل الإغارة عليهم. على الصحيح من المذهب. وعليه أكثر الأصحاب، وحزم به كثير منهم. بخلاف الذمى إذا خيف منه الخيانة لم ينقض عهده.

وقال فى الترغيب: إن صدر من المهادين خيانة. فإن علموا أنها خيانة اغتالهم، وإلا فوجهان.

قال الشيخ شمس الدين ابن القيم فى الهدى - فى غزوة الفتح - إن أهل العهد إذا حاربوا فى ذمة الإمام وعهده. صاروا بذلك أهل حرب نابذين لعهده. فله أن يبيتهم، وإنما يعلمهم إذا خاف منهم الخيانة، وأنه يتنقض عهد الجميع إذا لم ينكروا عليهم.

فوائد

إحداها: يتنقض عهد النساء والذرية بنقض عهد رجالهم، تبعاً لهم.

الثانية: لو نقض الهدنة بعض أهلها، فأنكر عليهم الباقون - بقول أو فعل ظاهر،

(١) لقوله تعالى: ﴿وَمَا تَخَافُنَ مِنْ قَوْمٍ خِيَانَةٌ﴾ الآية. الشرح الكبير (٥٨٢/١٠). المحرر (١٨٢/٢). الكافى (١٦٩/٤). العدة والعمدة (٦١٣).

٢٠٤ كتاب الجهاد

أو أعلموا الإمام بذلك - كان الناقض من خالف منهم دون غيرهم. وإن سكتوا عما فعله الناقض ولم ينكروه، ولم يكتبوا الإمام: انتقض عهد الكل. ويأتى نظير ذلك فى نقض العهد.

الثالثة: يجوز قتل رهائنهم إذا قتلوا رهائننا. جزم به ابن عبدوس فى تذكرته. وقدمه فى الرعايتين، والحاويين.

وعنه: لا يجوز، وأطلقهما فى المحرر^(١)، والفروع، والنظم.

الرابعة: متى مات الإمام أو عزل، لزم من بعده الوفاء بعقده. على الصحيح من المذهب، لأنه عقده باجتهاده. فلا ينتقض باجتهاد غيره.

وجوز ابن عقيل وغيره نقض ما عقده الخلفاء الأربعة نحو صلح بنى تغلب. لاختلاف المصالح باختلاف الأزمنة.

* * *

باب عقد الذمة

تنبيه: تقدم أول باب الهدنة: أن عقد الذمة لا يصح إلا من الإمام أو نائبه على الصحيح من المذهب. وتقدم هناك قولان آخران.

فائدة: يجب عقدها إذا اجتمعت الشروط، ما لم يخف غائلة منهم.

قوله: ﴿لَا يَجُوزُ عَقْدُهَا إِلَّا لِأَهْلِ الْكِتَابِ. وَهُمْ الْيَهُودُ وَالنَّصَارَى وَمَنْ وَافَقَهُمْ فِي التَّوَالِيَةِ بِالتَّوَالِيَةِ وَالْإِنجِيلِ، كَالسَّامِرَةِ وَالْفَرَنْجِ، وَمَنْ لَهُ شِبْهَةُ كِتَابٍ. وَهُمْ الْمُجُوسُ﴾.

لا يجوز عقد الذمة إلا لهؤلاء الذين ذكرهم المصنف. على الصحيح من المذهب^(٢) وعليه جماهير الأصحاب.

وعنه: يجوز عقدها لجميع الكفار، إلا عبدة الأوثان من العرب. نقلها الحسن بن ثواب.

(١) قال فى المحرر: «وإذا كان فى الهدنة رهائن فقتلوا رهائننا فهل يحل لنا قتل رهائنهم - على روايتين» المحرر (١٨٢/٢).

(٢) المحرر (١٨٢/٢). الكافى (١٧٠/٤). العدة والعمدة (٦١٤). الشرح الكبير (٥٨٤/١٠). المغنى (٥٦٨/١٠).

كتاب الجهاد ٢٠٥

وذكر القاضى وجها أن من دان بصحف شيث وإبراهيم، والزبور، تحل نساؤهم،
ويقرن بجزية.

قال فى الفروع - فى باب المحرمات فى النكاح - ويتوجه أخذ الجزية منهم ولو
لم تحل نساؤهم.

واختار الشيخ تقى الدين فى الرد على الرافضى أخذ الجزية من الكل، وأنه لم يبق
أحد من مشركى العرب بعد نزول الجزية، بل كانوا قد أسلموا.

وقال فى الاعتصام بالكتاب والسنة: من أخذها من الجميع، أو سوى بين المحوس
وأهل الكتاب: فقد خالف ظاهر الكتاب والسنة.

قوله: ﴿فَأَمَّا الصَّابِيُّ فِينظَرُ فِيهِ. فَإِنِ انْتَسَبَ إِلَى أَحَدِ الْكِتَابِيِّنَ فَهُوَ مِنْ أَهْلِهِ،
وَإِلَّا فَلَا﴾.

هذا اختيار المصنف، والشارح، وجماعة من الأصحاب (١). وجزم به ابن البنا فى
عقوده، وابن منجا فى شرحه.

قال فى الرعاية الكبرى: والصابئى إن وافق اليهود والنصارى فى دينهم وكتابهم
فهو منهم، وإلا فهو كعابد وثن.

وقيل: بل يقتل مطلقا إن قال: الفلك حى ناطق والكواكب السبعة آلهة.

و الصحيح من المذهب: أن حكمهم حكم من تدين بالتوراة والإنجيل، مثل
السامرة والفرنج.

قال الإمام أحمد: هم جنس من النصارى.

وجزم به فى الهداية، وتذكرة ابن عقيل، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمحرر (٢)،
والنظم، والرعاية الصغرى، والحاويين، وإدراك الغاية، وتذكرة ابن عبدوس وغيرهم:
أنهم يوافقون النصارى فحكمهم حكمهم. لكن يخالفونهم فى الفروع.

قال فى الحاوى وغيره - وجزم به فى الخلاصة وغيرها - تؤخذ الجزية منهم،
وقدمه فى الفروع.

(١) الشرح الكبير (٥٨٩/١٠). المحرر (١٨٣/٢) قال فى الكافى أما الصابئون: فينظر فيهم فإن كانوا
يوافقون أحد أهل الكتابين فى نبيهم وكتابهم فهم فرقة منهم وإن لم يوافقوا واحدا منهما فهم غير أهل
الكتاب حكمهم حكم عبدة الأوثان الكافى (١٧١/٤).

(٢) قال فى المحرر: «والصابئة الموافقة للنصارى فهو من أهله» المحرر (١٨٣/٢).

٢٠٦ كتاب الجهاد

وقال الإمام أحمد أيضا - في موضع آخر - : بلغني أنهم يسبتون. فإذا أسبتوا فهم من اليهود.

ونقل حنبل: من ذهب مذهب عمر فإنه قال: هم يسبتون. جعلهم بمنزلة اليهود. وقال في الترغيب: في ذبيحة الصابئة روايتان. مأخذهما: هل هم من النصارى أم لا ؟.

فائدة: صفة عقد الذمة أن يقول «أقررتكم بالجزية والاستسلام» أو ما يؤدي ذلك، فيقول «أقررتكم على ذلك» أو نحوهما. هذا الصحيح من المذهب. وقيل: يعتبر فيه ذكر قدر الجزية. وفي الاستسلام وجهان. ذكرهما في الترغيب.

قوله: ﴿وَمَنْ تَهَوَّدَ أَوْ تَنَصَّرَ بَعْدَ بَعْثِ نَبِيِّنَا ﷺ، أَوْ وُلِدَ بَيْنَ أَبَوَيْنِ لَا تُقْبَلُ الْجِزْيَةُ مِنْ أَحَدِهِمَا فَعَلَى وَجْهَيْنِ﴾.

وهما روايتان. إذا تهود أو تنصر بعد بعث نبينا محمد ﷺ. فالصحيح من المذهب: أن الجزية تقبل منه، وهو ظاهر كلام الخرقى. واختاره القاضى. وصححه المصنف، والشارح، وصاحب التصحيح.

وقال فى الوجيز: وإن انتقل إلى دين أهل الكتاب غير مسلم أقر. وقدمه فى الفروع.

وعنه: لا يقبل [منه الجزية. ولا يقبل] منه إلا الإسلام أو السيف. صححه فى النظم. وقدمه فى الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والخلاصة. وأطلقهما فى المحرر^(١)، والرعايتين، والحاوى الصغير.

وقال فى الرعاية الكبرى: قلت من صار كتابيا بعد عهد النبى ﷺ أو جهل وقته لا تقبل جزيته.

تنبية: مفهوم كلام المصنف: أنه لو تهود أو تنصر قبل بعث نبينا ﷺ تقبل منه الجزية. وهو صحيح، وهو المذهب. جزم به فى المغنى^(٢)، والمحرر^(٣)، والشرح^(٤)،

(١) قال فى المحرر: لا يقبل منه سوى الإسلام. المحرر (١٨٣/٢).

(٢) المغنى

(٣) قال فى المحرر: «ومن دخل فى أحد الأديان الثلاثة قبل بعث نبينا ﷺ فهو من أهله. المحرر (١٨٣/٢).

(٤) قال فى الشرح: «لأنهم من أهل دين تقبل منه الجزية فيقرون بها لأنه لا يجوز عقدها إلا لهم لأنهم من أهل الكتاب» الشرح الكبير (٥٨٤/١٠).

كتاب الجهاد ٢٠٧

وغيرهم. وقدمه فى الفروع وغيره.

واختار القاضى وغيره فى التبصرة أن الجزية لا تقبل منه مطلقا.

وذكر فى الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والترغيب: أنه لو تنصر أو تهود قبل البعثة، وبعد التبديل: لا تقبل منه الجزية. وإلا قبلت.

وأطلقه هو والأول فى البلغة، والرعايتين، والحاوى الصغير.

فائدة: حكم من تمجس بعد البعثة أو قبلها، بعد التبديل أو قبله: حكم من تنصر أو تهود، على ما تقدم. ويأتى الكلام على ذلك بأتم من هذا فى آخر باب أحكام الذمة بعد قوله «وإن تهود نصرانى، أو تنصر يهودى لم يقر».

قوله: ﴿وَأَمَّا إِذَا وَلِدَ بَيْنَ أَبْوَيْنَ لَا تَقْبَلُ الْجِزْيَةَ مِنْ أَحَدِهِمَا﴾.

يعنى واختار دين من تقبل منه الجزية. فأطلق المصنف فى قبول الجزية منه وجهين. وأطلقهما فى الرعايتين، والحاويين، والخلاصة.

أحدهما: تقبل منه الجزية، وتعقد له الذمة. وهو المذهب. صححه فى المغنى (١) والمذهب، ومسبوك الذهب، والبلغة، والتصحيح، والشرح (٢)، والنظم، وغيرهم. وقدمه فى الكافى (٣)، والمحرر (٤)، والفروع وغيرهم.

والوجه الثانى: لا تقبل منه الجزية، ولا يقبل منه غير الإسلام. ذكره أبو الخطاب فمن بعده.

قوله: ﴿وَلَا تُوْخَذُ الْجِزْيَةُ مِنْ نَصَارَى بَنِي تَغْلِبَ﴾.

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب. وقطع به كثير منهم.

وقيل: تقبل منهم الجزية، للآية. وكحرى منهم لم يدخل فى الصلح إذا بذلها، على

(١) قال فى المغنى: (قال وفى القبول وجهان وحزم بأنها تقبل منه لعموم النص ولأنهم من أهل دين فقبل من أهل الجزية فيقرن بها كغيره) . المغنى (٥٧٢/١٠).

(٢) قال فى الشرح: «ففيه وجهان الصحيح أنها تقبل لعموم النص فيهم ولأنهم من أهل دين فقبل منه الجزية فيقرن بها كغيرهم» . (٥٩/١٠).

(٣) قال فى الكافى: «عقدت له الذمة لأنه تبع لمن يؤخذ منه الجزية لأنه تبعه فى الدين فيتبعه فى الجزية».

(٤) قال فى المحرر: (ألحق به فى الجزية) . (١٨٣/٢).

٢٠٨ كتاب الجهاد

الصحيح. وظاهر المذهب خلافه. قاله الزركشى.

تنبيه: ظاهر كلام المصنف: أنه لا تؤخذ منهم ولو بذلوا. وهو صحيح. وهو المذهب. وعليه الأصحاب. وقطعوا به.

وفى المغنى (١) - ومن تابعه - احتمال تقبل إذا بذلوا.

فائدة: ليس للإمام نقض عهدهم وتحديد الجزية عليهم. على الصحيح من المذهب، لأن عقد الذمة مؤبد، وقد عقده عمر رضى الله عنه معهم هكذا، وعليه أكثر الأصحاب.

واختار ابن عقيل جواز ذلك. لاختلاف المصلحة باختلاف الأزمنة. وقد فعله عمر ابن عبد العزيز رضى الله عنه. وجعل ذلك جماعة كالخراج والجزية. واختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله.

وحزم القاضى فى الخلاف بالفرق. وكلام المصنف فى هذا الكتاب وغيره، يقتضيه.

قوله: ﴿وَيُؤْخَذُ ذَلِكَ مِنْ نِسَائِهِمْ وَصَبِيَّائِهِمْ وَمَجَانِينِهِمْ﴾.

وكذا زمنهم ومكافيفهم، وشيوخهم ونحوهم. وهذا المذهب (٢) فى ذلك كله. واختاره جماهير الأصحاب. وهو من المفردات. وفيه وجه لا يؤخذ من هؤلاء. قال المصنف: هذا أقيس. فالأخوذ منه جزية باسم الصدقة: فمصرفه مصرف الجزية.

وقال فى الفروع: الأظهر - إن قيل: إنها كالزكاة فى المصرف - أخذت ممن لا جزية عليهم، كالنساء ونحوهم، وإلا فلا. انتهى.

فعلى المذهب: لا يؤخذ من فقير ولا ممن له مال غير زكوى.

قوله: ﴿وَمَصْرَفُهُ مَصْرَفُ الْجَزِيَّةِ﴾.

هذا المذهب. اختاره القاضى، والمصنف. والشارح، والناظم. وغيرهم. وحزم به فى المنور. وقدمه فى الفروع.

وقال الخرقي: مصرف الزكاة. وهو رواية ثانية عن أحمد. حزم به فى الفصول، وابن عبدوس فى تذكرته. وقدمه فى الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والخلاصة،

(١) ذكرها فى المغنى فانظر (٥٩٠/١٠).

(٢) الشرح الكبير: (٥٩١/١٠). المغنى (٥٩٢/١٠). المحرر (١٨٤/٢).. قال فى الكافى: (لأنهم سألوا عمر أن يأخذ منهم ما يأخذ بعضكم من بعض فأجابهم، ولأنهم حفظوا عن السبى بهنأ الصلح فجاز أن يدخلوا فى الواجب به كالرجال) الكافى (١٧٢/٤).

كتاب الجهاد ٢٠٩

والرعائيتين، والحاويين، وإدراك الغاية. وأطلقهما في المحرر (١)، والزر كشي.

قوله: ﴿وَلَا تُؤْخَذُ مِنْ كِتَابِي غَيْرِهِمْ﴾.

كمن تنصر من العرب من تنوخ وبهراء، أو تهود من كنانة وحمير، أو تمجس من تميم ونحوهم.

وهذا أحد الوجهين. اختاره المصنف، والشارح. وذكر أن أحمد نص عليه. وجزم به في الوجيز، وهو ظاهر كلام الخرقى.

قوله: ﴿وَقَالَ الْقَاضِي: تُؤْخَذُ مِنْ نَصَارَى الْعَرَبِ وَيَهُودِهِمْ﴾.

كبنى تغلب. وهو المذهب نص عليه. وجزم به في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والخلاصة، والمحرر (٢)، والحاويين، وتذكرة ابن عبدوس، وإدراك الغاية وغيرهم. وقدمه في الفروع، والرعائيتين. وصححه في النظم.

قال الزر كشي: والمنصوص أن من كان من العرب من أهل الجزية، وأباها إلا باسم الصدقة مضعفة، وله شوكة يخشى الضرر منها: تجوز مصالحتهم على ما صولخ عليه بنو تغلب. وهو الصواب. وعليه يحمل إطلاق أحمد أولاً، وإطلاق القاضي ومن تبعه. ولهذا قطع به أبو البركات. وعليه استقر قول أبي محمد في المغنى (٣)، إلا أنه شرط - مع ذلك - أن يكون المأخوذ بقدر ما يجب عليهم من الجزية أو أزيد. وليس هذا في كلام أحمد. ولا مشترط في بنى تغلب. انتهى.

فائدة: يجوز للإمام مصالحة مثلهم ممن يخشى ضرره بشوكة من العرب إذا أبى دفعها إلا باسم الصدقة مضعفة. نص عليه. وعليه الأصحاب، وجزم به في المغنى (٤)، والشرح (٥)، والفروع. وغيرهم.

قوله: ﴿وَلَا جِزْيَةَ عَلَى صَبِيٍّ، وَلَا امْرَأَةٍ، وَلَا مَجْنُونٍ، وَلَا زَمِينٍ، وَلَا أَعْمَى﴾.

وكذا لا جزية على شيخ فان، بلا نزاع فيهم.

ويأتى كلام الشيخ تقي الدين.

(١) قال في المحرر: «وهل يصرفه مصرف الجزية أو الزكاة؟» على روايتين؟ «وهل يباح أكل ذبائحهم

ونكاح نسائهم على روايتين». المحرر (٢/١٨٤).

(٢) المحرر (٢/١٨٢).

(٣) المغنى (١٠/٥٩٥).

(٤) المغنى (١٠/٥٩٥).

(٥) الشرح الكبير (١٠/٥٩٤).

٢١٠ كتاب الجهاد

وكذا لا جزية على راهب، على الصحيح من المذهب^(١)، وعليه الأصحاب.
وقيل: عليه الجزية، وهو احتمال للمصنف، ولا يبقى بيده مال إلا بلغته فقط،
ويؤخذ ما بيده. قاله الشيخ تقي الدين.
قال: ويؤخذ منهم ما لنا، كالرزق الذي للديور والمزارع إجمالا. قال: ويجب
ذلك.

وقال أيضا: ومن له تجارة أو زراعة، وهو مخالط لهم أو معاونهم على دينهم. كمن
يدعو إليه من راهب وغيره - فإنها تلزمه إجماعا، وحكمه حكمهم بلا نزاع.
تنبیه: قال المصنف والشارح: الجزية الوظيفة المأخوذة من الكافر لإقامته بدار
الإسلام في كل عام.

قال الزركشي: وظاهر هذا التفریع: أن الجزية أجرة الدار، مشتقة من جزاه بمعنى
قضاه. قال في الأحكام السلطانية: مشتق من الجزاء، إما جزاء على كفرهم لأخذها
منهم صغارا، أو جزاء على أماننا لهم لأخذها منهم رفقا.

قال الشيخ تقي الدين: وهذا أصح.

قال الزركشي: وهو يرجع إلى أنها عقوبة أو أجرة.

قوله: ﴿وَلَا عَبْدٍ﴾.

هذا الصحيح من المذهب مطلقا. نص عليه، وحكاه ابن المنذر إجماعا. وجزم به
في الوجيز وغيره. وقدمه في المغني^(٢)، والشرح^(٣)، والفروع، وغيرهم. واختاره أبو
بكر، والقاضي، والمصنف، والشارح، وغيرهم.

وعنه: عليه الجزية إذا كان لكافر. ويحتمله كلام الخرقى. وأطلقهما في المحرر^(٤)،
والرعايتين، والحاويين، والزركشي.

فائدة: لا تجب على عبد المسلم الذمى. قال المصنف، والشارح: بغير خلاف
علمناه. وقطع به غيرهما.

(١) قال في الكافي: لا جزية على صبي لقوله ﷺ لمعاذ «خذ من كل حالم دينار» وإن عمر رضي الله عنه
كتب إلى أمراء الأجناد أن أضربوا الجزية ولا تضربوها على النساء والصبيان، لا تضربوها إلا على من
جرت عليه الموسى. رواه سعيد، الكافي (١٧٣/٤)، الشرح الكبير (٥٩٥/١٠)، المغني
(٥٨١/١٠)، العدة والعمدة (٦١٧)، المحرر (١٨٤/٢).

(٢) قال في المغني: (لأنه يروى عن النبي ﷺ أنه قال «لا جزية على العبد»، المغني (٥٨٦/١٠).

(٣) الشرح الكبير (٥٩٦/١٠).

(٤) قال في المحرر: (وعبد الذمى فيه روايتان)، المحرر (١٨٤/٢).

كتاب الجهاد ٢١١
قال فى الفروع: ولا تلزم عبدا. وعنه: لمسلم. جزم به فى الروضة، وأنها تسقط
بإسلام أحدهما.

وفى التبصرة عن الخرقى: تلزم عبدا مسلما عن عبده.
فعلى المذهب: تلزم المعتق بعضه بقدر ما فيه من الحرية. قاله الأصحاب.

فائدتان

إحداهما: فى وجوب الجزية على عبد ذمى أعتقه مسلم أو كافر روايتان
منصوبتان. وأطلقهما فى الفروع [فيما إذا كان المعتق مسلما].

إحداهما: تجب عليه الجزية. وهو الصحيح من المذهب (١)، وهو ظاهر كلام
كثير من الأصحاب.

قال الزركشى: هذا الصحيح المشهور من الروايتين.

قال المصنف، والشارح: وإذا عتق لزمته الجزية لما يستقبل ، سواء كان معتقه
مسلمًا أو كافرا. هذا الصحيح عن أحمد انتهى.

وقال فى الوجيز وغيره: وتؤخذ ممن صار أهلا لها فى آخر الحول. وهو ظاهر ما
قدمه فى المحرر (٢)، وجزم به الخرقى.

والرواية الثانية: لا جزية عليه. قال الخلال: هذا قول قديم رجع عنه ووهنها.
وعنه: رواية ثالثة: لا جزية عليه إذا كان المعتق له مسلما.

الثانية: قال الإمام أحمد: المكاتب عبد فيعطى حكمه.

قوله: ﴿وَلَا فَقِيرٌ يَعْجَزُ عَنْهَا﴾.

هذا المذهب (٣). وعليه الأصحاب. نص عليه. وفيه احتمال تجب عليه. ويطلب

(١) قال فى المحرر: إذ عتق فهو من أهلها بالعتق الأول وتؤخذ منه، المحرر (١٨٤/٢)، العدة (٦١٧)،
قال فى الشرح: «إذا عتق لزمته الجزية لما يستقبل سواء كان معتقه مسلما أو كافرا لأنه حر مكلف
موسر من أهل القتال فلم يقر فى دارنا بغير جزية كالحر الأصلى»، الشرح الكبير (٥٩٧/١٠)، المغنى
(٥٩٠/١٠).

(٢) قال فى المحرر: «ومن بلغ أو أفاق أو أيسر أو عتق فهو من أهلها بالعتق وتؤخذ منه فى آخر الحول
بقدر ما أدرك» المحرر (١٨٤/٢).

(٣) قال فى المحرر: «ولا فقير يعجز عنها»، المحرر (١٨٤/٢)، قال فى المغنى: «يعنى الفقير العاجز عنها
أى عن أدائها» المغنى (٥٨٥/١٠)، قال فى الشرح: «ولأن عمر رضى الله عنه جعل الجزية على
ثلاث طبقات جعل أدناها على الصغير المعتدل فدل على أن غير المعتدل لا شىء عليه ولأن الله تعالى
قال: ﴿لَا يَكْلَفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ ولأنه مال يجب بحلول الحول فلم يلزم الفقير العاجز فالركاة»،
الشرح الكبير (٥٩٨/١٠)، الكافى (١٧٣/٤).

٢١٢ كتاب الجهاد

بها إذا أيسر، لأنه من أهل القتال.

فعلى المذهب: لو كان معتملاً وجبت عليه، على الصحيح من المذهب.

قال فى الفروع: تجب على الأصح.

قال فى القواعد: أشهر الروايتين: الوجوب، وجزم به فى الهداية، والمذهب ومسبوك الذهب، والحاوى الكبير، والبلغة، والخلاصة، والكافى^(١)، والوجيز، وغيرهم.

قال الزركشى: وهى أبعد دليلاً. وهو ظاهر ما قطع به فى الرعاية الصغرى، والحاوى الصغير.

وعنه: لا تجب. وهى ظاهر كلام الخرقى. وأطلقهما فى المحرر^(٢)، والزركشى.

وقال فى الرعاية الكبرى: ولا تجب على فقير عاجز لا حرفة له، أو له حرفة لا تكفيه. نص عليه.

وقال فى مكان آخر: وتلزم الفقير المحترف الحرفة التى تقوم بكفايته كل سنة.

فائدة: تجب الجزية على الخنثى المشكل. جزم به فى الحاوى الصغير، وتذكرة ابن عبدوس، والمغنى^(٣)، والشرح^(٤). وقدمه فى الرعايتين.

وقيل: لا تجب عليه.

قال فى الرعاية الكبرى: وهو أظهر. وجزم به فى الحاوى الكبير. والكافى^(٥). وهذا المذهب. وأطلقهما فى الفروع.

فعلى القول الثانى: لو بان رجلاً أخذت منه للمستقبل فقط، على الصحيح من المذهب، وقطع به من ذكره. منهم القاضى.

وقال فى الفروع: ويتوجه، وللماضى.

(١) قال فى الكافى: (أما المعتمل الذى يقدر على كسب ما يقوم بكفايته فعليه الجزية لأنه فى حكم الأغنياء)، الكافى (١٧٣/٤).

(٢) قال فى المحرر: (والفقير المعتمل روايتان)، والمحرر (١٨٤/٤).

(٣) (لأنه لم يستثنه صاحب المغنى فدخل فى العموم فيجب عليه). المغنى (٥٨١/١٠).

(٤) استثناه صاحب الشرح حينما تكلم عن الصبى فقال: ولا تجب على خنثى مشكل لأنه لا يعلم كونه رجلاً. الشرح الكبير (٥٩٥/١٠).

(٥) قال فى الكافى: ولا على خنثى مشكل لأنه لم يعلم كونه رجلاً فلم تجب عليه مع الشك، الكافى (١٧٣/٤).

كتاب الجهاد ٢١٣

قوله: ﴿وَمَنْ بَلَغَ أَوْ أَفَاقَ أَوْ اسْتَغْنَى﴾ وكذا لو عتق. وقلنا: عليه الجزية ﴿فَهُوَ مِنْ أَهْلِهَا بِالْعَقْدِ الْأَوَّلِ﴾.

هذا المذهب. وعليه أكثر الأصحاب.

قال الزركشي: هذا المشهور. وقدمه في المغنى^(١)، والشرح^(٢)، ونصراه، والفروع. وحزم به في الحاوي وغيره.

وقال القاضى فى موضع من كلامه: هو مخير بين العقد وبين أن يرد إلى مأمنه، فيجاب إلى ما يختار.

قوله: ﴿وَيُؤْخَذُ مِنْهُ فِي آخِرِ الْحَوْلِ بِقَدْرِ مَا أُذْرِكُ﴾.

يعنى: إذا بلغ أو أفاق، أو استغنى فى أثناء الحول، وكذا لو عتق فى أثناءه على الصحيح من المذهب مطلقاً. وعنه: لا جزية على عتيق مسلم. وعنه: وعتيق ذمى. حزم به فى الروضة.

قوله: ﴿وَمَنْ كَانَ يُجَنُّ ثُمَّ يُفِيقُ: لُفِّقَتْ إِفَاقَتُهُ، فَإِذَا بَلَغَتْ حَوْلًا أُخِذَتْ مِنْهُ﴾.

هذا الصحيح من المذهب. قدمه فى الفروع، والمحرر^(٣)، والرعايتين، والحاويين وقدمه فى النظم إذا لم يتعسر ضبطه.

وقيل: يعتبر الغالب فيما لا ينضبط أمره.

وقال المصنف، والشارح: إذا كان يجن ويفيق: لا يخلو عن ثلاثة أحوال.

أحدها: أن يكون غير مضبوط، مثل من يفيق ساعة من أيام، أو من يوم. فيعتبر حاله بالأغلب.

الثانى: أن يكون مضبوطاً مثل من يجن يوماً، ويفيق يومين، أو أقل أو أكثر، إلا أنه مضبوط. ففيه وجهان.

أحدهما: يعتبر الأغلب من حاله.

والوجه الثانى: تلتفق إفاقته. فعلى هذا الوجه: فى أخذ الجزية وجهان.

(١) قال فى المغنى: «ومن بلغ من أولاد أهل الذمة أو أنفاق من مجانينهم فهو من أهلها بالقدر الأول لا يحتاج إلى استئناف عقد له لأنه لم يأت عن النبى ﷺ ولا أحد من الخلفاء تجديد عقد هؤلاء، المغنى (٥٨٣/١٠)».

(٢) ذكره صاحب الشرح الكبير (٥٩٩/١٠).

(٣) ذكره صاحب المحرر بتمامه «ثم قال وقيل تؤخذ فى آخر كل حول بقدر إضافته». المحرر (١٨٤/٢).

٢١٤ كتاب الجهاد

أحدهما: تلفق أيامه. فإذا بلغت حولاً أخذت منه.

والثاني: يؤخذ منه في آخر كل حول بقدر ما أفاق منه.

ومن كان يجن ثلث الحول ويفيق ثلثيه، أو بالعكس، ففيه الوجهان.

فإذا استوت إفاقته وجنونه، مثل من يجن يوماً، ويفيق يوماً، أو يجن نصف الحول، ويفيق نصفه عادة: لفقت إفاقته، لأنه تعذر الأغلب.

الحال الثالث: أن يجن نصف حول، ثم يفيق إفاقة مستمرة، أو يفيق نصفه ثم يجن جنونا مستمرا، فلا جزية عليه في الثاني. وعليه في الأول الجزية بقدر ما أفاق كما تقدم. انتهى.

قوله: ﴿وَتُقَسَّمُ الْجَزِيَّةُ بَيْنَهُمْ. فَيَجْعَلُ عَلَى الْغَنِيِّ ثَمَانِيَةَ وَأَرْبَعُونَ دِرْهَمًا وَعَلَى الْمَتَوَسِّطِ أَرْبَعَةَ وَعِشْرُونَ دِرْهَمًا. وَعَلَى الْفَقِيرِ اثْنَا عَشَرَ دِرْهَمًا﴾.

وتقدم أن مرجع الجزية والخراج إلى اجتهاد الإمام. على الصحيح من المذهب. فله أن يزيد وينقص على قدر ما يراه. فلا تفرع عليه.

وتفريع المصنف هنا على القول بأن الجزية مقدرة بمقدار لا يزداد عليه ولا ينقص منه. وهذا التقدير على هذه الرواية لا نزاع فيه. وهو تقدير عمر رضى الله عنه. وجزم به في المحرر^(١)، وغيره.

فائدة: يجوز أن يأخذ عن كل اثنين عشر درهما ديناراً، أو قيمتها. نص عليه، لتعلق حق الآدمي فيها.

قوله: ﴿الْغَنِيُّ مِنْهُمْ مَنْ عَدَّهُ النَّاسُ غَنِيًّا فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ﴾

وهو المذهب كما قال. وعليه جماهير الأصحاب. وجزم به في المغنى^(٢)، والمحرر^(٣)، وغيرهما. وقدمه في المحرر وغيره. وصححه في الخلاصة وغيرها.

وقيل: الغنى من ملك نصاباً، وحكى رواية.

وقيل: من ملك عشرة آلاف درهم. ذكره الزركشى.

(١) ذكره بنصه صاحب المحرر «تؤخذ الجزية من أهلها لكل حول في آخره من غنيهم في العرف أربعة دنائير أو ثمانية وأربعون درهماً ومن المتوسط نصف ذلك ومن المقل ربعه» المحرر (١٨٣/٢).

(٢) قال في المغنى: «وحد اليسار في حقهم ماعده الناس غنى في العادة وليس بمقدر لأن التقديرات بابها التوقيف ولا توقيف في هذا فنرجع فيه إلى العادة والعرف»، المغنى (٥٧٧/١٠).

(٣) قال في المحرر: «وتؤخذ الجزية من غنيهم بالعرف»، المحرر (١٨٣/٢).

وقيل: الغنى من ملك عشرة آلاف دينار. وهى مائة ألف درهم. ومن ملك دونها إلى عشرة آلاف درهم فمتوسط. ومن ملك عشرة آلاف فما دونها. فقير. قدمه فى الخلاصة.

وأما المتوسط: فهو المتوسط عرفا. جزم به فى الرعايتين، والحاويين، وغيرهم. وتقدم القول الذى قدمه فى الخلاصة.

قوله: ﴿وَمَتَى بَدَلُوا الْوَاجِبَ عَلَيْهِمْ لَزِمَ قَبُولُهُ. وَحَرَمَ قِتَالَهُمْ﴾

ويلزم الإمام دفع من قصدهم بأذى. ولا مطمع بالذبح عمن بدار الحرب. قال فى الترغيب: والمنفردون ببلد غير متصل ببلدنا يجب ذبح أهل الحرب عنهم، على الأشبه. انتهى.

ولو شرطنا ألا نذب عنهم: لم يصح الشرط. ويأتى ذلك فى أثناء الباب الآتى بعده عند قوله «وعلى الإمام حفظهم والمنع من أذاهم».

قوله: ﴿وَمَنْ أَسْلَمَ بَعْدَ الْحَوْلِ سَقَطَتْ عَنْهُ الْجَزِيَّةُ﴾

هذا المذهب. وعليه جماهير الأصحاب. وقطع به فى المغنى^(١)، والشرح^(٢)، والحرر^(٣) وغيرهم. بل أكثرهم قطع به. وقدمه فى الفروع. قال فى الإيضاح: لا تسقط بالإسلام. قلت: وهذا ضعيف.

ومنع فى الانتصار وجوبها أصلا، وأنها مراعاة.

قوله: ﴿وَإِنْ مَاتَ بَعْدَ الْحَوْلِ أُخِذَتْ مِنْ تَرَكَّتِهِ﴾

هذا المذهب. وعليه معظم الأصحاب. منهم الخرقي، وأبو بكر، وابن حامد، والقاضى فى المجرى، والأحكام السلطانية، وغيرهم. وجزم به فى الوجيز وغيره. وقدمه فى الحرر^(٤) وغيره. وصححه فى الفروع وغيره.

(١) ذكره فى المغنى فقال «وللآية ﴿قُلْ لِلَّذِينَ كَفَرُوا إِنْ يَتُوبُوا يُغْفَرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ﴾ الآية وروى ابن

عباس عن النبى ﷺ أنه قال «ليس على المسلم جزية»، المغنى (٥٨٨/١٠).

(٢) ذكره فى الشرح بنفس ما ذكره صاحب المغنى الشرح الكبير (٦٠٤/١٠).

(٣) قال فى الحرر: (ومن أسلم بعد الحول سقطت عنه)، الحرر (١٨٤/٢).

(٤) قال فى الحرر: (وإن مات بعده أى الحول لم تسقط عنه) الحرر (١٨٤).

٢١٦ كتاب الجهاد

قال المصنف والشارح: هذا ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله.

وقال القاضى فى الخلاف: يسقط. ونصره.

تنبیه: ظاهر كلام المصنف: أنه لو مات فى أثناء الحول: أنها تسقط. وهو صحيح. وهو المذهب. قدمه فى الفروع. وقيل: تجب بقسطه.

فوائد

الأولى: وكذا الحكم - خلافاً ومذهباً - إذا طرأ مانع بعد الحول، كالجنون وغيره.

الثانية: قوله: ﴿تُؤَخَذُ الْجِزْيَةُ فِي آخِرِ الْحَوْلِ، وَيُمْتَهَنُونَ عِنْدَ أَخْذِهَا. وَيُطَالُ قِيَامُهُمْ. وَتُجْرُ أَيْدِيهِمْ﴾.

قال أبو الخطاب: ويصفون عند أخذها. نقله الزركشى. ولا يقبل منهم إرسالهم مع غيرهم، لزوال الصغار عنهم. كما لا يجوز تفريقها بنفسه.

قال ابن منجا فى شرحه - على قول المصنف «ويمتهنون عند أخذها» - فإن قيل: المذكور مستحق، أو مستحب؟

قيل: فيه خلاف، ويتفرع عليه عدم جواز التوكيل إن قيل هو مستحق، لأن العقوبة لا تدخلها النيابة، وكذا عدم صحة ضمان الجزية، لأن البراءة تحصل بأداء الضامن. فتفوت الإهانة. وإن قيل «هو مستحب» انعكست هذه الأحكام. انتهى.

وقال فى الرعاية الكرى: وهل للمسلم أن يتوكل لدمى فى أداء جزيته، أو أن يضمناها، أو أن يحيل الذى عليه بها؟ يحتمل وجهين. أظهرهما: المنع، كما سبق. انتهى.

قلت: فعلى المنع: يعابى بها فى الضمان، والحوالة، والوكالة.

وأما صاحب الفروع، وغيره: فأطلقوا الامتihan.

الثالثة: لا يصح شرط تعجيله، ولا يقتضيه الإطلاق، على الصحيح من المذهب.

قال الأصحاب: لا نأمن نقض الأمان، فيسقط حقه من العوض. وقدمه فى الفروع. وعند أبى الخطاب: يصح. ويقتضيه الإطلاق.

قوله: ﴿وَيَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِطَ عَلَيْهِمْ ضِيَّافَةَ مَنْ يَمُرُّ بِهِمْ مِنَ الْمُسْلِمِينَ﴾. بلا نزاع.

قوله: ﴿وَيُبَيِّنُ أَيَّامَ الضِّيَّافَةِ وَقَدْرَ الطَّعَامِ وَالْإِدَامِ وَالْعَلْفِ وَعَدَدَ مَنْ يُضَافُ﴾.

كتاب الجهاد ٢١٧

إذا شرط عليهم الضيافة: فيشترط تبين ذلك لهم. كما ذكره المصنف. ويبين لهم المنزل وما هو على الغنى والفقر. على الصحيح من المذهب فى ذلك كله. اختاره القاضى. وهو ظاهر كلام أكثر الأصحاب. وقدمه فى الفروع، والرعاية الكبرى.

وقيل: يجوز إطلاق ذلك كله. وقدمه فى الكافى (١) واختاره.

وقيل: تقسم الضيافة على قدر جزيتهم. ذكره فى الرعاية [والهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمحرر (٢)، والنظم، والرعاية الصغرى، والحاويين، وغيرهم. وعبارتهم كعبارة المصنف. وقدمه فى الرعاية الكبرى.

وقيل: يجوز إطلاق ذلك كله. وقدمه فى الكافى (٣) واختاره.

قال فى المغنى (٤)، والشرح (٥): فإن شرط الضيافة مطلقا: صح فى الظاهر.

قال أبو بكر: إن أطلق قدر الضيافة. فالواجب يوم وليلة. وأطلقهما فى الفروع.

وقيل: يقسم الضيافة على قدر جزيتهم. ذكره فى الرعاية، وجزم به فى المذهب والكافى (٦)، والحاوى الكبير [

قوله: ﴿وَلَا يَجِبُ ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ﴾.

هذا الصحيح من المذهب. قدمه فى الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، [والمستوعب] والخلاصة [والكافى] (٧) والمحرر (٨) [والنظم] والفروع، والحاوى الكبير وغيرهم.

وقال القاضى: يجب. وصححه المصنف، والشارح.

وقال فى الرعايتين: ويلزم يوم وليلة بلا شرط. وقيل: وأطلقهما فى الحاوى الصغير. قال فى الرعايتين: ولا يزيد على ثلاثة أيام.

فائدة: لو جعل الضيافة مكان الجزية: صح. على الصحيح من المذهب. اختاره

(١) قال فى الكافى: «فإن أطلق ذلك جاز» الكافى (١٧٥/٤).

(٢) ذكرها فى المحرر (١٨٣/٢).

(٣) قاله فى الكافى (١٧٥/٤).

(٤) ذكره صاحب المغنى فقال: «فإن شرط الضيافة مطلقا صح فى الظاهر لأن عمر رضى الله عنه شرط عليهم ضيافة من يمر بهم من المسلمين من غير عدد ولا تقدير»، المغنى (٥٧٩/١٠).

(٥) ذكره فى الشرح بتمامه كما فى المغنى (٦٠٨/١٠).

(٦) قال فى الكافى: «وتقسم الضيافة على قدر جزيتهم والأولى أن يبين»، الكافى (١٧٥/٤).

(٧) قال فى الكافى: فإن لم تشترط عليهم الضيافة لم تجب لأن النبى ﷺ قال لمعاذ «خذ من كل عالم دينارا» ولم يذكر الضيافة، الكافى (١٧٥/٤).

(٨) قال فى المحرر: (ولا تجب من غير شرط)، المحرر (١٨٣/٢).

٢١٨ كتاب الجهاد

القاضى. واقتصر عليه فى المعنى (١). وقدمه فى الشرح (٢) ونصره. لكن يشترط أن يكون قدرها أقل من الجزية. إذا قلنا الجزية مقدرة الأقل.

وقيل: لا يصح العقد على ذلك. جزم به فى الرعاية الكبرى، والفصول [أطلقهما فى الفروع] .

قوله: ﴿وَإِذَا تَوَلَّىٰ إِمَامٌ، فَعَرَفَ قَدْرَ جَزِيَّتِهِمْ وَمَا شَرِطَ عَلَيْهِمْ: أَقْرَهُمْ عَلَيْهِ﴾.

وكذا لو قامت بينة بذلك. وكذلك لو كان ذلك ظاهرا. على الصحيح من المذهب، واعتبر فى المستوعب ثبوته.

قوله: ﴿وَإِنْ لَمْ يَعْرِفْ رَجَعَ إِلَى قَوْلِهِمْ﴾.

يعنى: وله تحليفهم.

هذا المذهب. قدمه فى المذهب، ومسوك الذهب، والخلاصة، والمعنى (٣)، والشرح (٤)، والرعايتين، والحاويين، وغيرهم. وجزم به فى الكافي (٥) وغيره.

وعند أبى الخطاب: أنه يستأنف العقد معهم.

قال فى الهداية: وعندى أنه يستأنف عقد الذمة معهم، على ما يؤدى إليه اجتهاده. وأطلقهما فى المحرر (٦)، والفروع.

فعلى المذهب: إن تبين كذبهم: رجع عليهم.

* * *

(١) ذكره فى المعنى فقال: «فإن جعل الضيافة مكان الجزية جاز لما روى أن عمر رضى الله عنه كتب لراهب من أهل الشام: إنى إن وليت هذه الأرض أسقطت عنك خراجك فلما قدم الجابية وهو أمير المؤمنين جاءه بكتابه فعرفه وقال إنى جعلت لك ما ليس لى ولكن اختر إن شئت أداء الخراج وإن شئت أن تضيف المسلمين فاختار الضيافة». المعنى (٥٨٠/١٠).

(٢) ذكره بتمامه وبالحدِيث السابق فى المعنى فى الشرح الكبير، الشرح الكبير (٦٠٩/١٠).

(٣) المعنى (٦٢١/١٠).

(٤) ذكره فى الشرح فقال: «وإن أشكل عليهم سألهم فإن ادعوا العقد بما يصلح أن يكون جزية قبل قولهم وعمل به وإن شاء استحلهم استظهارا»، الشرح الكبير (٦١٠/١٠).

(٥) قال فى الكافي: «فإن عرف الثانى مبلغ المشروط عليهم أقرهم عليه وإن لم يعرف رجع إلى قولهم فيما يسوغ جعله جزية لأنه لا يمكن معرفته إلا من جهتهم»، الكافي (١٧٦/٤).

(٦) أطلق صاحب المحرر فقال: «فإن لم يعرفه فوجهان، أحدهما: يأخذ بقولهم فيما يسوغ، وله أن يحلفهم إن اتهمهم». المحرر (١٨٤/٢).

باب أحكام أهل الذمة

فائدة: لا يجوز عقد الذمة إلا بشرطين: بذل الجزية، والتزام أحكام الملة من جريان أحكام المسلمين عليهم.

فلذلك قال المصنف: ﴿يَلْزَمُ الْإِمَامَ أَنْ يَأْخُذَهُمْ بِأَحْكَامِ الْمُسْلِمِينَ فِي ضَمَانِ النَّفْسِ وَالْمَالِ وَالْعِرْضِ، وَإِقَامَةِ الْحُدُودِ عَلَيْهِمْ فِيمَا يَعْتَقِدُونَ تَحْرِيمَهُ﴾.

وهذا الصحيح من المذهب (١). وعليه جماهير الأصحاب. وقطع به كثير منهم. وعنه: إن شاء لم يقيم عليهم حد زنى بعضهم على بعض. اختاره ابن حامد. ومثله القطع بسرقة بعضهم من بعض.

قوله: ﴿وَيُلْزِمُهُمُ التَّمْيِيزَ عَنِ الْمُسْلِمِينَ فِي شُعُورِهِمْ، بِحَدْفِ مَقَادِمِ رُءُوسِهِمْ﴾. قال في الفروع: لا كعادة الأشراف.

قال في الرعاية، وقيل: هو حلق شعر التحذيف من العذار والنزعتين.

فائدة: قوله: ﴿وَكُنَّاهُمْ. فَلَا يَكْتُمُوا بِكُنَى الْمُسْلِمِينَ، كَأَبِي الْقَاسِمِ، وَأَبِي

عَبْدِ اللَّهِ﴾.

وكذا أبو الحسن، وأبو بكر، وأبو محمد ونحوها. وكذا الألقاب، كعز الدين ونحوه، بمنعون (٢) من ذلك كله. قاله الشيخ تقي الدين.

وقد كنى الإمام أحمد طبيبا نصرانيا. فقال: يا أبا إسحاق.

ونقل أبو طالب: لا بأس به. فإن النبي ﷺ قال لأسقف نجران «يا أبا الحارث، أسلم تسلم» وقال عمر رضی الله عنه «يا أبا حسان».

قال في الفروع: ويتوجه احتمال وتخريج بالجواز للمصلحة. ويحمل ما روى عليه.

قوله: ﴿وَلَا تَجُوزُ بُدْءُ تَهُمُّ بِالسَّلَامِ﴾.

(١) قال في الشرح: يلزم الإمام أن يأخذهم بأحكام المسلمين في ضمان النفس والمال والعرض وإقامة الحدود عليهم فيما يعتقدون تحريمه دون ما يعتقدون حله، «الشرح الكبير (١٠/٦١١)، المحرر (٢/١٨٥)، الكافي (٤/١٧٦)».

(٢) الشرح الكبير (١٠/٦١٥)، الكافي (٤/١٧٧)، المحرر (٢/١٨٥)، المغنى (١٠/٦٢٠)، (٦٢٠).

٢٢٠ كتاب الجهاد

هذا المذهب (١). وعليه الأصحاب، وفيه احتمال: تجوز للحاجة.
قال في الآداب: رأيت بخط الزيراني. وقد قال الإمام أحمد: لا يعجبني.
فعلى المذهب: لو سلم عليه، ثم علم أنه ذمى: استحب أن يقول: رد على
سلامي.

فائدتان

إحدهما: مثل بداعتهم بالسلام قوله لهم «كيف أصبحت؟ وكيف أمسيت؟
وكيف أنت؟ وكيف حالك؟» نص عليه. وجوزه الشيخ تقي الدين.
وقال في الفروع: ويتوجه يجوز بالنية، كما قاله الخرقى. يقول: أكرمك الله؟
قال: نعم. يعنى بالإسلام.

الثانية: يجوز قوله «هداك الله» زاد أبو المعالي «وأطال بقاءك» ونحوه.

قوله: ﴿وَإِنْ سَلَّمَ أَحَدُهُمْ. قِيلَ لَهُ: وَعَلَيْكُمْ﴾.

يعنى: أنه بالواو - فى «وعليكم» - أولى، وهو المذهب. وعليه عامة الأصحاب.

قال فى الرعاية الكبرى، والآداب الكبرى: واختار أصحابنا بالواو.

قلت: حزم به فى الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة،
والهادى، والكافى (٢)، والبلغة، والشرح (٣)، والنظم، والوجيز، وشرح ابن منجاء،
والرعايتين، والحاويين، ونهاية ابن رزين، ومنتخب الأدمى، وإدراك الغاية، وتجريد
العناية، وغيرهم.

قال ابن القيم فى بدائع الفوائد: وأحكام الذمة له «والصواب: إثبات الواو. وبه
جاءت أكثر الروايات. وذكرها الثقات الأثبات»، انتهى.

وقيل الأولى: أن يقول «عليكم» بلا واو. وحزم به فى الإرشاد، والمحرم (٤)،
وتذكرة ابن عبدوس، وأطلقهما فى الفروع.

(١) لما روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال «لا تبدعوا اليهود والنصارى بالسلام فإذا لقيتم أحدهم فى
الطريق فاضطروهم إلى أضيقتها» أخرجه الترمذى، الشرح الكبير (١٠/٦١٦)، الكافى (٤/١٧٨)،
المرح (٢/١٨٥)، المغنى (١٠/٦٢٥).

(٢) لما روى أبو بصرة «قال رسول الله ﷺ إنا غادون فلا تبدعوهم بالسلام وإن سلموا عليكم فقولوا
عليكم». الكافى (٤/١٧٨).

(٣) ذكره صاحب الشرح بتمامه والحديث السابق فى الكافى وزاد أحمد باسناده عن أنس رضى الله عنه
أنه قال: نهينا أو أمرنا ألا نزيد أهل الكتاب على وعليكم»، الشرح الكبير (١٠/٦١٦).

(٤) ذكره فى المحرم فقال: «وإن سلم أحدهم قبل له عليكم» المرح (٢/١٨٥).

فائدتان

إحدهما: إذا سلموا على مسلم: لزمه الرد عليهم. قاله الأصحاب.
وقال الشيخ تقي الدين: يرد تحيته. وقال: يجوز أن يقول له «أهلا وسهلا» وجزم
في موضع آخر بمثل ما قاله الأصحاب.

الثانية: كره الإمام أحمد مصافحتهم. قيل له: فإن عطس أحدهم يقول له
«يهديكم الله» قال: إيش يقال له؟ كأنه لم يره.

وقال القاضي: ظاهره أنه لم يستحبه، كما لا يستحب بداءته بالسلام.
وقال الشيخ تقي الدين: فيه الروايتان. قال: والذي ذكره القاضي: يكره. وهو
ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله، وابن عقيل. وإنما بقي الاستحباب.
وإن شَمَّتَهُ كافر أجابه.

قوله: ﴿وَفِي تَهْنِئَتِهِمْ وَتَعَزِّيَّتِهِمْ وَعِيَادَتِهِمْ﴾. روايتان.

وأطلقهما في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة،
والكافي (١)، والمغني (٢)، والشرح (٣)، والمحزر (٤)، والنظم، وشرح ابن منجا.
إحدهما: يجرم. وهو المذهب. صححه في التصحيح. وجزم به في الوجيز،
وقدمه في الفروع.

والرواية الثانية: لا يجرم. فيكره. وقدمه في الرعاية، والحاويين، في باب الجنائز.
ولم يذكر رواية التحريم.

وذكر في الرعايتين، والحاويين رواية بعدم الكراهة. فيباح، وجزم به ابن عبدوس
في تذكرته.

وعنه: يجوز لمصلحة راجحة، كرجاء إسلامه. اختاره الشيخ تقي الدين. ومعناه:
اختيار الآجری. وأن قول العلماء: يعاد، ويعرض عليه الإسلام.

-
- (١) ذكر الروايتين في الكافي كما في الشرح والمغني (الكافي ٣٧٤/١).
(٢) ذكر صاحب المغني الروايتين في العيادة والتعزية فانظره (المغني ٤١٠/٢).
(٣) قال في الشرح: وقال على: روايتان إحدهما لا نعودهم لأن النبي ﷺ نهى عن بدئهم بالسلام وهذا
في معناه. الثانية: يجوز لأن النبي ﷺ أتى غلاما من اليهود كان مريضا يعود فقعد عند رأسه فقال له
أسلم فنظر إلى أبيه وهو عند رأسه فقال أطع أبا القاسم فأسلم فقام النبي ﷺ فقال: الحمد لله الذي
أنقذ من النار. الشرح الكبير (٦١٧/١٠).
(٤) أطلقهما في المحزر حيث قال: (وفي جواز تهنتهم وتعزيتهم وعيادتهم روايتان). المحزر (١٨٥/٢).

٢٢٢ كتاب الجهاد

قلت: هذا هو الصواب. وقد عاد النبي ﷺ صبيا يهوديا كان يخدمه، وعرض عليه الإسلام فأسلم.

نقل أبو داود: أنه إن كان يريد أن يدعو إلى الإسلام: فنعم.
وحيث قلنا: يعزبه. فقد تقدم ما يقول في تعزيتهم في آخر كتاب الجنائز، ويدعو بالبقاء وكثرة المال والولد.

زاد جماعة من الأصحاب - منهم صاحب الرعايتين، والحاويين، والنظم، وتذكرة ابن عبدوس، وغيرهم - قاصدا كثرة الجزية .

وقد كره الإمام أحمد الدعاء بالبقاء ونحوه لكل أحد، لأنه شيء فرغ منه. واختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله.

ويستعمله ابن عقيل وغيره. وذكره الأصحاب هنا.

تنبيه: ﴿ظَاهِرُ قَوْلِهِ: وَيُمنَعُونَ مِنَ تَعْلِيَةِ الْبُنْيَانِ عَلَى الْمُسْلِمِينَ﴾.

أنه سواء كان المسلم ملاصقا أو لا. وسواء رضى الجار بذلك أو لا. وهو صحيح (١).

قال أبو الخطاب، وابن عقيل: لأنه حق لله. زاد ابن الزاغوني: يدوم بدوام الأوقات، ولو اعتبر رضاه: سقط حق من يحدث بعده.

قال في الفروع: فدل أن قسمة الوقف قسمة منافع لا تلزم، لسقوط حق من يحدث بعده.

قال الشيخ تقي الدين: وكذا لو كان البناء لمسلم وذمى، لأن ما لا يتم اجتناب المحرم إلا باجتنابه فمحرم.

فائدة: لو خالفوا وفعّلوا وجب هدمه.

قوله: ﴿وَفِي مَسَاوَاتِهِمْ وَجْهَانِ﴾.

وأطلقهما في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة

(١) لقولهم في شروطهم «ولا تطلع عليهم في منازلهم لما روى» عن النبي ﷺ أنه قال «الإسلام يعلو ولا يعلى» ولأن ذلك رتبة على المسلمين فمنعوا منه كما بمنعون التصدير في المجالس». الشرح الكبير (٦١٧/١٠). قال في المحرر: «ومنعون من تعلية البنيان على جيرانهم من المسلمين». (١٨٦/٢)، المغنى (٦١٩/١٠)، الكافي (١٧٨/٤).

كتاب الجهاد ٢٢٣

والكافي^(١)، والمغنى^(٢)، والبلغة، والمحزر^(٣)، والنظم، والشرح^(٤)، والرعايتين،
والحاويين والفروع، والمذهب الأحمد.

أحدهما: لا يمنعون. قال ابن عبدوس في تذكرته: ولا يعلنون على جار مسلم.
وصححه في التصحيح. وحزم به في الوجيز.

والوجه الثاني: يمنعون. حزم به في المنور، ونهاية ابن رزين، ونظمها.

قوله: ﴿وَإِنْ مَلَكَوْا دَارًا عَالِيَةً مِنْ مُسْلِمٍ لَمْ يَجِبْ نَقْضُهَا﴾.

هذا المذهب. وعليه جماهير الأصحاب. وقطع به كثير منهم.

وقيل: يجب نقضها. وهو احتمال في المغنى^(٥) وغيره.

ولو انهدمت هذه الدار، أو هدمت: لم تعد عالية. على الصحيح من المذهب.

وقيل: بلى.

فائدة: وكذا الحكم - خلافا ومذهبا - لو بنى مسلم دارا عند دورهم دون بنيانهم.

قوله: ﴿وَيُمنَعُونَ مِنْ إِحْدَاثِ الْكِنَائِسِ وَالْبَيْعِ﴾.

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله: إجماعا.

واستثنى الأصحاب ما اشترطوه فيما فتح صلحا على أنها لنا.

فائدة: في لزوم هدم الموجود منها في العنوة وقت فتحها وجهان. وهما في

الترغيب: إن لم يُقرَّ به أخذ بجزية، وإلا لم يلزم.

قال الشيخ تقي الدين: وبقاؤه ليس تملكيا. فيأخذه لمصلحة.

وأطلق الخلاف في المغنى^(٦)، والشرح^(٧)، والفروع.

(١) قال في الكافي: (وفي مساواتهم وجهان أحدهما: يجوز لأنه لا يفضى إلى علو الكفر، الثاني: لا

يجوز لأن القصد علو الإسلام ولا يحصل مع المساواة)، الكافي (١٧٨/٤).

(٢) قال في المغنى: (وفي مساواته وجهان أحدهما: الجواز لأنه ليس بمستطيل على المسلمين، والثاني المنع

لقوله عليه السلام يعلو ولا يعلى) ولأنهم منعوا من مساواة المسلمين في لباسهم وشعورهم وركوبهم

وكذلك في بنيانهم. المغنى (٦١٢/١٠).

(٣) قال في المحزر: (وفي مساواتهم وجهان). المحزر (١٨٦/٢).

(٤) قال في الشرح: (وفي المساواة وجهان أحدهما يجوز لأنه لا يفضى إلى علو الكفر، الثاني: المنع لقوله

عليه السلام «الإسلام يعلو ولا يعلى» ولأنهم منعوا من مساواة المسلمين في لباسهم وشعورهم

وركوبهم وكذلك في بنيانهم). الشرح الكبير (٦١٨/١٠).

(٥) هو احتمال لم يصرح به في المغنى (٦١٣/١٠).

(٦) ذكر المغنى هذا الخلاف وأطلقه، انظر المغنى (٦١٠/١٠).

(٧) أطلق أيضا صاحب الشرح الخلاف وقسم الأمصار إلى ثلاثة أمصار «وفرق بينهما على روايتين» انظر

الشرح الكبير (٦١٨/١٠).

٢٢٤ كتاب الجهاد

أحدهما: لا يلزم. وهو المذهب. صححه فى النظم، وقدمه فى الكافى (١). وإليه مال فى المغنى (٢)، والشرح (٣).

والوجه الثانى: يلزم. واختار الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى جواز هدمها مع عدم الضرر علينا.

وقيل: يمنع من هدمها.

قال فى الرعاية الكبرى: وهو أشهر. قال فى الفروع: كذا قال.

قوله: ﴿وَلَا يُمْنَعُونَ مِنْ رَمِّ شَعَثِهَا﴾.

هذا المذهب. حزم به فى الهداية، وإدراك الغاية، وتجريد العناية، والكافى (٤) وقال: رواية واحدة.

وقال فى الرعايتين: هذا أصح. وقدمه فى الفروع، والمحزر (٥)، والنظم، وغيرهم.

وعنه: المنع من ذلك. اختاره الأكثر.

قال ابن هبيرة: كمنع الزيادة.

قال فى المحزر (٦): ونصرها القاضى فى خلافه. وأطلقهما فى المذهب، ومسبوك الذهب، والحاويين.

قوله: ﴿وَفِي بِنَاءِ مَا اسْتَهْدِمَ مِنْهَا، وَلَوْ كُلَّهَا: رِوَايَتَانِ﴾.

وأطلقهما فى الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والبلغة، والرعايتين، والحاويين، والقواعد الفقهية.

(١) قال فى الكافى: «وما كان فيها قبل الفتح فى بلد فتح صلحا أقر لأن الصحابة رضى الله عنهم أقرهم فى كنائسهم وبيعهم، وما فتح عنوة كذلك لأن الكنائس والبيع موجوده فى جميع بلاد المسلمين (الكافى ١٧٩/٤).

(٢) قال فى المغنى: «يجوز لأن فى حديث ابن عباس أيا مصر مصرفه العجم ففتح الله على العرب فنزلوه فإن للعجم ما فى عهدهم ولأن الصحابة رضى الله عنهم فتحوا الكثير من البلاد عنوة فلم يهدموا شيئا من الكنائس، ويشهد بصفة هذا وجود الكنائس والبيع فى البلاد التى فتحت عنوة ومعلوم أنهم لم يهدموا بيعة ولا كنيسة ولا بيت نار، ولأن الإجماع قد حصل على ذلك فإنها موجودة فى بلد المسلمين من غير تكبير»، المغنى (٦١٠/١٠).

(٣) ذكر فى الشرح نفس القول فى المغنى بنفس التعليل بتمامه (الشرح الكبير ٦١٩/١٠).

(٤) قال فى الكافى: «ويجوز رم ما تشعت من بيعهم وكنائسهم رواية واحدة»، الكافى (١٧٩/٤).

(٥) قال فى المحزر: (ولهم رم شعنها دون بنائها إذا انهدمت»، المحزر (١٨٦/٢).

(٦) قال فى المحزر: (وعنه المنع كمنع الزيادة ونصرها القاضى فى خلافه»، المحزر (١٨٦/٢).

كتاب الجهاد ٢٢٥

إحدهما: المنع من ذلك. وهو المذهب. صححه فى التصحيح. وجزم به فى الوجيز. وقدمه فى المحرر^(١)، والفروع، والكافى^(٢)، والنظم. وإليه ميله فى المغنى^(٣)، والشرح^(٤). ونصره القاضى فى خلافه.

قال ابن هبيرة: اختاره الأكثر.

قال ناظم المفردات: ويمنع من بنائها إذا انهدمت. وهو من المفردات.

والرواية الثانية: يجوز ذلك. قال فى الخلاصة: وبينون ما استهدم، على الأصح. وقال فى القواعد الفقهية عن الخلاف: بناء على أن الإعادة، هل هى استدامة أو إنشاء؟.

وقيل: إن جاز بناؤها بناء بيعة مستهدمة ببلد فتحناه.

قال فى القواعد: ولو فتح بلد عنوة. وفيه كنيسة منهمة، فهل يجوز بناؤها؟ فيه طريقتان.

أحدهما: المنع منه مطلقا.

والثانى: بناؤه على الخلاف.

فائدتان

إحدهما: حكم المهذوم ظلما حكم المهذوم بنفسه. على الصحيح من المذهب وعليه الأكثر.

وقيل: يعاد المهذوم ظلما. قال فى الفروع: وهو أولى.

الثانية: قوله: ﴿وَيُمنَعُونَ مِنْ إِظْهَارِ الْمُنْكَرِ وَضَرْبِ النَّاقُوسِ وَالْجَهْرِ بِكِتَابِهِمْ﴾.

(١) قال فى المحرر: (وعنه المنع). المحرر (١٨٦/٢).

(٢) قال فى الكافى: «أما تجديد ما حارب منها فلا يجوز لقولهم ولا تجدد ما حارب من كنائسنا ولا نبداً بناء كنيسة فى دار الإسلام فممنع منه كابتداء بنائها». الكافى (١٧٩/٤).

(٣) قال فى المغنى فى ميله للمنع: ولنا أن فى كتاب أهل الجزيرة لعياض بن غنم ولا تجدد ما ضرب من كنائسنا وروى كثير ابن مرة قال سمعت عمر بن الخطاب يقول قال رسول الله ﷺ لا يبنى الكنيسة فى الإسلام ولا تجدد ما حارب منها»، ولأن هذا بناء كنيسة فى دار الإسلام فلم غنم كما لو ابتدئ بناؤها، وفارق رد شعنها فإنه إبقاء واستدامة وهذا إحداث. المغنى (٦١١/١٠).

(٤) ذكر فى الشرح الكبير نفس ميل المغنى ونفس التعليل السابق، الشرح الكبير (٦٢٠/١٠).

٢٢٦ كتاب الجهاد

يعنى: يجب المنع من ذلك كله^(١).

ويمنعون أيضا من إظهار عيد وصليب، ورفع صوت على ميت.

قال الشيخ تقي الدين: ويمنعون من إظهار الأكل والشرب في رمضان.

واختاره ابن الصيرفي. ونقله عن القاضي.

قال في القواعد الأصولية: وقد يكون هذا مبنيا على تكليفهم. قال: والأظهر

يمنعون مطلقا، وإن قلنا بعدم تكليفهم. انتهى.

قلت: هذا مما يقطع به، لأن المنع من إظهار ذلك فقط.

وتقدم نظير ذلك فيمن أبيع له الفطر من المسلمين في أول كتاب الصيام بعد قوله

«وإن رأى هلال شوال وحده لم يفطر».

قال في الفروع: وإن أظهروا بيع مأكول في رمضان منعوا. ذكره القاضي.

ولا يجوز أن يتعلموا الرمي، وظاهره لا في غير سوقنا إن اعتقدوا حله.

ويمنعون أيضا: من إظهار الخمر والخنزير. فإن أظهروهما أتلفناهما. وإلا فلا. نص

عليه.

ويمنعون أيضا من شراء المصحف.

وقال في المغنى^(٢)، والشرح^(٣)، والرعاية، وغيرهم: وكتاب حديث. وفيه - زاد

في الرعاية - وامتهان ذلك، ولا يصحان. أو ما إليهما أحمد رحمه الله.

وقيل: في الفقه والحديث وجهان.

واقترن في عيون المسائل على المصحف وسنن النبي ﷺ.

ويكره أن يشتروا ثوبا مطرزا بذكر الله أو كلامه.

قال في الرعاية: قلت: ويحتمل التحريم والبطلان.

(١) لأن في شروطهم لعبد الرحمن بن غنم ألا تضرب نواقيسنا إلا ضربا خفيا في جوف كنايسنا ولا نظهر عليها حليا ولا نرفع أصواتنا في صلاة ولا القراء في كنايسنا فيما يحضره المسلمون وألا نخرج صليا ولا كتابا في سوق المسلمين وأن لا نخرج باعوثا ولا شعانين ولا نرفع أصواتنا مع موتانا وألا نجاورهم بالخنازير ولا نظهر شركا. الشرح الكبير (١٠/٦٢٠)، المغنى (١٠/٦١٩)، المحرر (١٨٦/٢)، الكافي (٤/١٧٨).

(٢) قال في المغنى: ولا يجوز تمكينه من شراء مصحف ولا حديث رسول الله ﷺ ولا فقه فإن فعل فالشراء باطل لأن ذلك يتضمن ابتداله، المغنى (١٠/٦٢٤).

(٣) ذكره في الشرح بتمامه بنفس التعليل، الشرح الكبير (١٠/٦١٧).

كتاب الجهاد ٢٢٧

ويكره للإمام تعليمهم القرآن لا الصلاة على النبي ﷺ.
والمنصوص التحريم، على ما يأتي قريبا. والأول: المذهب. قدمه في الفروع، وهو
اختيار القاضى.
قال فى الرعاية: وتعليمهم بعض العلوم الشرعية يحتمل وجهين، والكرهية أظهر.
انتهى.

قوله: ﴿وَيُمنَعُونَ مِنْ دُخُولِ الْحَرَمِ﴾:

هذا المذهب (١). نص عليه مطلقا. وعليه الأصحاب، ولو غير مكلف.
وقيل: لهم دخوله. وأوماً إليه فى رواية الأثرم. ووجه فى الفروع احتمالا بالمنع من
المسجد الحرام لا الحرم، لظاهر الآية.
وقيل: يمنعون من دخول الحرم إلا لضرورة.
وقال ابن الجوزى: يمنعون من دخوله إلا لحاجة.
قال ابن تميم، فى أواخر اجتناب النجاسة: ليس للكافر دخول الحرمين لغير
ضرورة. وقطع به ابن حامد.
تنبيه: ظاهر كلام المصنف: أنهم لا يمنعون من دخول حرم المدينة. وهو صحيح.
فيجوز. وهو المذهب.
قال فى الفروع: هذا الأشهر.
قال فى الرعاية، قلت: بإذن مسلم.
وقيل: يمنعون أيضا. اختاره القاضى فى بعض كتبه. وحكى عن ابن حامد، وقدمه
فى الرعاية الكبرى.

فائدة: قوله: ﴿وَيُمنَعُونَ مِنْ الإِقَامَةِ بِالْحِجَازِ، كَالْمَدِينَةِ وَالْيَمَامَةِ وَخَيْرٍ﴾.

اعلم أن «الحجاز» هو الحاجز بين تهامة و نجد. كمكة، والمدينة، واليمامة، وخيبر،
والْيُنْبُع، وفدك، وما والاها من قراها.

(١) لقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ فَلَا يَقْرَبُوا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَذَا﴾ فالمراد به الحرم، الشرح
الكبير (٦٢١/١٠)، المغنى (٦١٦/١٠)، قال فى الكافى: ويمنعون من دخول الحجاز لما روى أبو
عبيدة بن الجراح أن آخر ما تكلم به النبي ﷺ قال «أخرجوا اليهود من الحجاز» رواه أحمد وأبو داود
وعن عمر رضى الله عنه أنه سمع رسول الله ﷺ يقول «لأخرجن اليهود والنصارى من جزيرة العرب
رواه مسلم»، الكافى (١٧٩/٤)، قال فى المحرر ويمنعون من الإقامة بالحجاز وهو مكة والمدينة
واليمامة وخبين والينبع وفدك، المحرر (١٨٦/٢).

٢٢٨ كتاب الجهاد

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله: ومنه تبوك ونحوها، وما دون المنحنى. وهو عقبة الصوان.

قوله: ﴿فَإِنْ دَخَلُوا لِلتِّجَارَةِ لَمْ يُقِيمُوا فِي مَوْضِعٍ وَاحِدٍ أَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعَةِ أَيَّامٍ﴾.

هذا أحد الوجهين. اختاره القاضى.

والوجه الثانى: لا يقيمون أكثر من ثلاثة أيام. وهو الصحيح من المذهب، جزم به فى الوجيز، والكافى (١)، والهادى، والمنور، ومتنخب الأدمى، ونهاية ابن رزين، ونظمها. وقدمه فى الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمغنى (٢)، والمحرم (٣)، والشرح (٤)، والنظم، والرعايتين، والحاويين، وإدراك الغاية، وتجريد العناية، وغيرهم.

فعليهما: إن كان له دين حالٌ أجبر غريمه على وفائه. فإن تعذر وفاؤه، لمطل أو تغيب. فينبغى أن تجوز له الإقامة ليستوفى حقه.

قلت: لو أمكن الاستيفاء بوكيل: منع من الإقامة.

وإن كان دينه مؤجلا لم يمكن من الإقامة. ويوكل من يستوفيه.

قلت: فينبغى أن يمكن من الإقامة إذا تعذر الوكيل.

فائدة: قوله: ﴿وَعَنْهُ إِنْ مَرِضَ: لَمْ يُخْرَجْ حَتَّى يَبْرَأَ﴾.

يعنى: يجوز إقامته حتى يبرأ. وهذا بلا نزاع.

ويأتى كلامه فى الرعاية. وتجوز الإقامة أيضا لمن يُمرّضه.

قوله: ﴿وَإِنْ مَاتَ دُفِنَ بِهِ﴾.

وهذا المذهب. وعليه جماهير الأصحاب. وجزم به فى الهداية، والمذهب،

(١) ذكر فى الكافى: لأن عمر رضى الله عنه أذن لمن دخل منهم تاجرا إلى إقامة ثلاثة أيام. الكافى (١٧٩/٤).

(٢) قال فى المغنى: «لأن النصرارى كانوا يتجرون إلى المدينة فى زمن عمر رضى الله عنه وأتاه شيخ بالمدينة فقال أنا الشيخ النصرانى وإن عاملك عشرتى مرتين فقال عمر وأنا الشيخ الحنيف وكتب له عمر أما لا يعيشوا فى السنة إلا مرة ولا يأذن لهم فى الإقامة أكثر من ثلاثة أيام على ما ورد عن عمر رضى الله عنه ثم ينتقل عنه». المغنى (٦١٥/١٠).

(٣) قال فى المحرم: «فإن دخلوا منه غير الحرم لتجارة لم يقيموا بموضع واحد فوق ثلاثة أيام». المحرم (١٨٦/٢).

(٤) ذكر فى الشرح الثلاثة أيام وروى رواية المغنى بما فيها الشرح الكبير (٦٢٣/١٠).

كتاب الجهاد ٢٢٩

ومسيوك الذهب، والخلاصة، والكافي^(١)، والهادي، والمغنى^(٢)، والشرح^(٣)،
والحرر^(٤) والوجيز، وغيرهم.
وفيه وجه: لا يدفن به.

وقال فى الرعاية، قلت: إن شق نقل المريض والميت: جاز إبقاء المريض ودفن
الميت، وإلا فلا.

قوله: ﴿وَهَلْ لَهُمْ دُخُولُ الْمَسَاجِدِ؟﴾.

يعنى: مساجد الحل بإذن مسلم. على روايتين. وأطلقهما فى الهداية، والمذهب،
ومسيوك الذهب.

إحدهما: ليس لهم دخولها مطلقا. وهو المذهب. جزم به فى المنور، ونظم نهاية
ابن رزين. وقدمه فى الفروع، والحرر^(٥)، وإدراك الغاية.
قال فى الرعاية: المنع مطلقا أظهر.

والرواية الثانية: يجوز بإذن مسلم، كاستتجاره لبنائه. ذكره المصنف فى
المغنى^(٦)، والمذهب.

قال فى الشرح^(٧): جاز فى الصحيح من المذهب.

قال فى الكافي^(٨)، وتبعه ابن منجا: هذا الصحيح من المذهب. وجزم به فى
الوجيز، ومنتخب الأدمى. وصححه فى التصحيح.

(١) قال فى الكافي: «وإن مات دفن فيه لأنه موضع حاجة»، الكافي (١٨٠/٤).

(٢) قال فى المغنى: «وإن مات بالحجاز دفن به لأنه يشق نقله وإذا جاز فى الإقامة للمريض فدفن الميت
أولى» المغنى (٦١٥/١٠).

(٣) ذكر فى الشرح نفس التعليل بالمغنى. الشرح الكبير (٦٢٤/١٠).

(٤) ذكر فى الحرر (وإن مات دفن به). الحرر (١٨٦/٢).

(٥) قال فى الحرر (فيمنعون دخولها مطلقا). الحرر (١٨٦/٢).

(٦) قال فى المغنى «فليس لهم دخولها بغير إذن المسلمين لأن النبى ﷺ قدم عليه وقد أهل الطائف فأنزلهم
بالمسجد قبل إسلامهم» المغنى (٦١٧/١٠).

(٧) قال فى الشرح «لا يجوز لهم دخول مساجد الحل بغير إذن المسلمين لما روت أم غراب قالت رأيت
عليا رضى الله عنه على المنبر وبصر بمجوسى فنزل فضربه وأخرجه من أبواب كندة فإن أذن لهم فى
دخولها جاز فى الصحيح من المذهب ولأنه ﷺ قدم عليه وقد من أهل الطائف فأنزلهم فى المسجد قبل
إسلامهم» الشرح الكبير (٦٢٤/١٠).

(٨) قال فى الكافي: وليس لهم دخول مساجد الحل بغير إذن مسلم فإن دخل عزر واستدل بحديث أم
غراب. الكافي (١٨٠/٤).

٢٣٠ كتاب الجهاد

وعنه: يجوز بإذن مسلم إذا كان لمصلحة.

وقدم فى الحاوى الكبير الجواز لحاجة بإذن مسلم.

تنبيه: ظاهر كلام المصنف: أنه لا يجوز لهم دخولها بلا إذن مسلم. وهو صحيح. وهو المذهب، وعليه أكثر الأصحاب. وجزم به فى الوجيز، والمنور، ومنتخب الأدمى وغيرهم. وقدمه فى الفروع، والمحرر^(١)، وغيرهما.

قال المصنف، والشارح: هذا أصح.

قال فى الرعاية: هذا أظهر. وحكى المصنف وغيره رواية بالجواز.

وعنه: يجوز بلا إذن إذا كان لمصلحة. ذكرها بعضهم.

وقال فى المستوعب: هل يجوز لأهل الذمة دخول مساجد الحل؟ على روايتين، فظاهر الإطلاق، وكلام القاضى: يقتضى جوازه مطلقا، لسماع القرآن والذكر، ليرق قلبه، ويرجى إسلامه.

وقال أبو المعالى: إن شرط المنع فى عقد ذمتهم منعوا، وإلا فلا.

وروى أحمد عن النبى عليه أفضل الصلاة والسلام «لا يدخل مساجدنا - بعد عامنا هذا - غير أهل الكتاب وخدمهم».

قال فى الفروع: فيكون لنا رواية بالترقية بين الكتابى وغيره.

تنبيه: قال فى الآداب الكبرى - بعد ذكره الخلاف - : ظهر من هذا: أنه هل يجوز لكافر دخول مساجد الحل؟ فيه روايتان. ثم هل الخلاف فى كل كافر، أو فى أهل الذمة فقط؟ فيه طريقتان. وهذا محل الخلاف، مع إذن مسلم لمصلحة، أو لا يعتبر، أو يعتبر إذن المسلم فقط؟ فيه ثلاث طرق. انتهى.

وقال فى الفروع، بعد ذكر الروايتين: ثم منهم من أطلقها - يعنى الروايه الثانية - ومنهم من قيدها بالمصلحة. ومنهم من جوز ذلك بإذن مسلم. ومنهم اعتبرهما معا. انتهى.

فعلى القول بالجواز. هل يجوز دخولها وهو جنب؟ فيه وجهان. وأطلقهما فى [الفروع] والآداب الكبرى و [الرعاية الكبرى] فى باب الغسل، والقواعد الأصولية، والرعاية الصغرى، فى مواضع الصلاة، والحاوى الصغير. وتقدم هذا هناك.

(١) المحرر (١٨٦/٢).

كتاب الجهاد ٢٣١
 تنبيه: حيث قلنا بالجواز. فإنه مقيد بالأ يقصد ابتذالها بأكل ونوم. ذكره في الأحكام السلطانية.

فائدتان

إحدهما: يجوز استتجار الذمى لعمارة المساجد. على الصحيح من المذهب. وجزم به المصنف وغيره.

وكلام القاضى فى أحكام القرآن يدل على أنه لا يجوز.

الثانية: يمنعون من قراءة القرآن. على الصحيح من المذهب. نص عليه. وقال القاضى فى التخرىج: لا يمنعون.

قال فى القواعد الأصولية: هذا يحسن أن يكون مبنيًا على أنهم: هل هم مخاطبون بفروع الإسلام؟.

ويأتى: هل يصح إصداق الذمى إقراء القرآن فى الصداق؟.

قوله: ﴿إِن اتَّجَرَ ذِمِّيٌّ إِلَى غَيْرِ بَلَدِهِ، ثُمَّ عَادَ فَعَلَيْهِ نِصْفُ الْعُشْرِ. وَإِن اتَّجَرَ حَرْبِيٌّ إِلَيْنَا، أَخَذَ مِنْهُ الْعُشْرُ﴾.

هذا المذهب فىهما مطلقا. وعليه أكثر الأصحاب. وجزم به فى الحرر (١)، والمنور، والوجيز، وغيرهم. وقدمه فى الفروع، والمعنى (٢)، والشرح (٣)، وغيرهم.

وذكر فى الترغيب وغيره رواية: يلزم الذمى العشر. وجزم به فى الواضح.

وذكر ابن هبيرة عنه: يجب العشر على الحربى، ما لم يشترط أكثر.

وفى الواضح: يؤخذ من الحربى الخمس.

وقيل: لا يؤخذ من تاجر الميرة المحتاج إليها شىء إذا كان حربيا. اختاره القاضى.

وذكر المصنف، والشارح: أن للإمام ترك العشر عن الحربى إذا رآه مصلحة.

وقال ابن عقيل: الصحيح أنه لا يجوز أخذ شىء من ذلك إلا بشرط وتراض بينهم

وبين الإمام.

(١) ذكره بتمامه فى الحرر (١٨٦/٢).

(٢) قال فى المعنى: اشتهر هذا عن عمر ولنا قوله ﷺ: «ليس على المسلمين عشر إلا العشر على اليهود والنصارى» رواه أبو داود. وفى المعنى بالنسبة للذمى - اشتهر عنه أن أخذه من المسلمين ربع العشر ومن أهل الذمة، نصف العشر والأئمة بعد، فى كل مصر من غير نكير فصار إجماعا؟ المعنى (١٠/٥٩٧، ٦٠٢).

(٣) ذكره فى الشرح وروى نفس أحاديث المعنى وتعليه، الشرح الكبير (١٠/٦٢٥، ٦٢٧).

٢٣٢ كتاب الجهاد

وقال القاضي فى شرحه الصغير: الذمى - غير التغلبى - يؤخذ منه الجزية. وفى غيرها روايتان.

إحدهما: لا شىء عليهم غيرها. اختاره شيخنا.

والثانية: عليهم نصف العشر فى أموالهم.

وعلى ذلك: هل يختص ذلك بالأموال التى يتجرون بها إلى غير بلدنا؟ على روايتين.

إحدهما: يختص بها.

والثانية: يجب فى ذلك، وفيما لا يتجرون به من أموالهم وثمارهم ومواشيهم.

قال: وأهل الحرب إذا دخلوا إلينا تجارا بأمان: أخذ منهم العشر دفعة واحدة، سواء عشروا هم أموال المسلمين، إذا دخلت إليهم أم لا؟.

وعنه: إن فعلوا ذلك بالمسلمين فعل بهم وإلا فلا. انتهى.

واخذ العشر منهم من المفردات. قال ناظمها:

والكافر التاجر إن مر على عاشرنا نأخذ عشرًا انجلى

حتى ولو لم ذا عليهم شرطاً أو لم يبيعوا عندنا ما سقطا

أو لم يكونوا يفعلون ذاك بنا هذا هو الصحيح من مذهبنا

انتهى.

تنبيه: شمل كلام المصنف: الذمى التغلبى. وهو صحيح. وهو المذهب.

قال المصنف، والشارح: وهو ظاهر كلام الخرقى. وهو أقيس. وقدمه فى الفروع، والنظم، والكافى (١). وذلك ضعف ما على المسلمين.

وعنه: يلزم التغلبى العشر. نص عليه. وجزم به فى الترغيب، بخلاف ذمى غيره.

وقيل: لا شىء عليه. قدمه فى المحرر (٢)، والرعايتين، والحاويين.

قال الناظم: وهو بعيد.

(١) قال فى الكافى: «وسواء كان تغلبياً أو غيره لعموم الخبر. ولأن الواجب على التغلبى ضعف ما على المسلم وذلك نصف العشر» الكافى (١٨٢/٤).

(٢) قال فى المحرر: «ولا يلزم التغلبى شىء كذلك وعنه يلتزم فى العشره المحرر (١٨٧/٢).

فوائد

إحداها: الصحيح من المذهب: أن المرأة التاجرة كالرجل في جميع ما تقدم وعليه جماهير الأصحاب. وقدمه في المغنى^(١)، والشرح^(٢)، والفروع، والمحزر^(٣). وغيرهم.

قال الزركشى: هذا المذهب.

وقال القاضي: ليس على المرأة عشر، ولا نصف عشر، إلا إذا دخلت الحجاز تاجرة. فيجب عليها ذلك، لمنعها منه.

قال المصنف: لا نعرف هذا التفصيل عن أحمد، ولا يقتضيه مذهبه.

الثانية: الصغير كالكبير، على الصحيح من المذهب. وقيل: لا يلزمه شيء.

الثالثة: يمنع دين الذمي نصف العشر، كما يمنع الزكاة، إن ثبت ذلك بيينة.

الرابعة: لو كان معه جارية، فادعى أنها زوجته أو ابنته. فهل يصدق أم لا؟ فيه روايتان. وأطلقهما في الفروع، والمغنى، والشرح، والزركشى.

إحداهما: يصدق. قدمه في الرعاية الكبرى [وشرح ابن رزين] .

قلت: وهو الصواب، لأن ذلك لا يعرف إلا من جهته.

والثانية: لا يصدق. وقال في الروضة: لا عشر في زوجته وسريته.

قوله: ﴿وَلَا يُؤْخَذُ مِنْ أَقَلِّ مِنْ عَشْرَةِ دَنَانِيرٍ﴾.

هذا الصحيح من المذهب. سواء كان التاجر ذميا، أو حريبا. نص عليه. وحزم به في الوجيز. وقدمه في الفروع، والمحزر^(٤). وصححه في النظم. واختاره القاضي وغيره.

وقيل: لا يؤخذ من أقل من عشرين دينارا. وهو رواية عن أحمد. وأطلقهما في

الكافي^(٥).

(١) قال في المغنى: سواء كان ذكرا أو أنثى، لأن عموم الأحاديث المروية ليس فيها تخصيص للرجال دون

النساء وليس هذا يجزيه وإنما هو حق يختص بمجال التجارة لتوسعة دار الإسلام وانتفاعه بالتجارة فيها

يستوى فيه الرجل والمرأة كالزكاة في حق المسلمين. المغنى (٦٠٤/١٠).

(٢) ذكر نفس التعليل الموجود في المغنى، ذكره في الشرح الكبير (٦٢٨/١٠).

(٣) قال في المحزر: (وإن كان امرأة) المحزر (١٨٧/٢).

(٤) قال في المحزر: «ولا شيء عليهما فيما دون عشرة دنانير» المحزر (١٨٧/٢).

(٥) أطلق صاحب الكافي الروايتين فقال إحداهما: تجب في العشرة لأنها مال يبلغ واجبه نصف مثقال فوصية

فوجب كالعشرين للمسلم. الثانية: لا يجب إلا في عشرين لأنه يجب في أقل منها زكاة على مسلم.

ولا تغلب فلم يجب فيه على ذمي شيء كاليسير). الكافي (١٨٣/٤).

٢٣٤ كتاب الجهاد

وقيل: تجب في تجارتيهما.

قلت: اختاره ابن حامد. وقدمه في الخلاصة، والرعايتين، والحاويين. وهو ظاهر كلام الخرقي.

وأطلق الأول والثالث في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب.

وذكر في التبصرة عن القاضي أنه قال: إن بلغت تجارته ديناراً فأكثر وجب فيه.

إذا علمت ذلك. فالصحيح أن الحربى مساو للذمى في هذه الأقوال.

قال في الفروع - بعد أن ذكر هذه الأقوال، ففى الذمى - وإن اتجر حربى إلينا، وبلغت تجارته كذمى. انتهى.

ونقل صالح اعتبار العشرين للذمى، والعشرة للحربى.

وقال القاضي أبو الحسين: يعشر للذمى بعشرة، وللحربى خمسة. انتهى.

وقيل: يجب فى نصف ما يجب فى مقداره من الذمى.

قوله: ﴿وَيُؤْخَذُ فِي كُلِّ عَامٍ مَرَّةً﴾.

هذا الصحيح من المذهب. نص عليه. وعليه جمهور الأصحاب، وجزم به فى الوجيز وغيره. وقدمه فى الفروع، والحرر^(١)، والهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والكافى^(٢)، والمغنى^(٣)، والشرح^(٤)، ونصراه.

قال فى الكافى^(٥): هذا الصحيح. وصححه فى النظم أيضاً.

وقال ابن حامد: يؤخذ من الحربى كلما دخل إلينا. واختاره الآمدى. وقدمه فى الرعايتين، والحاوى الصغير، ونهاية ابن رزين، ونظمها.

وظاهر الحاوى الكبير: الإطلاق.

فائدة: لا يعشر ثمن الخمر والخنزير. على الصحيح من المذهب. نص عليه. قدمه فى

(١) قال فى الحرر: (مرة فى السنة) الحرر (١٨٧/٢).

(٢) قال فى الكافى: (ولا يؤخذ فى السنة إلا مرة نص عليه أحمد)، الكافى (١٨٣/٤).

(٣) قال فى المغنى: (ولا يعشرون فى السنة إلا مرة، لأنه حق فهو من التجارة فلا يؤخذ أكثر من مرة فى السنة كالزكاة) المغنى (٦٠٤/١٠).

(٤) قال فى الشرح الكبير: لا يعشر الذمى ولا الحربى فى السنة إلا مرة واحدة نص عليه أحمد لما رواه أحمد بإسناده قال جاء شيخ نصرانى إلى عمر فقال إن عاملك عشرينى فى السنة مرتين قال: ومن أنت قال: قال أنا الشيخ النصرانى فقال: وأنا الشيخ الحنيف ثم كتب إلى عامله لا تعشروا فى السنة إلا مرة ولأن الجزية والزكاة إنما يؤخذان فى السنة مرة، الشرح الكبير (٦٢٩/١٠).

(٥) الكافى (١٨٣/٤).

كتاب الجهاد ٢٣٥

الفروع، والحاويين، والمحرم^(١)، والرعاية الصغرى.

وعنه: يعشران. جزم به فى الروضة، والغنية، وزادوا: أنه يؤخذ عشر ثمنه، وأطلقهما فى الكافى^(٢)، والرعاية الكبرى.

وخرج المجد: يعشر ثمن الخمر، دون الخنزير.

قوله: ﴿وَعَلَى الْإِمَامِ حِفْظُهُمْ، وَالْمَنْعُ مِنْ أَذَاهُمْ، وَاسْتِنْقَادُ مَنْ أُسِرَ مِنْهُمْ﴾.

يلزم الإمام حمايتهم من مسلم وذمى وحربى. جزم به المصنف، والشارح وصاحب الرعايتين، والحاويين [والوجيز، والمحرم^(٣)]، وغيرهم.

وأما استنقاذ من أسر منهم: فجزم المصنف هنا بلزومه. وجزم به فى الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والخلاصة، والبلغة، والمحرم^(٤)، والوجيز، والرعايتين والحاويين] وغيرهم. وقدمه فى الشرح^(٥). وقال: هو كلام الخرقى. وقدمه فى النظم.

وقال القاضى: إنما يجب فداؤهم إذا استعان بهم الإمام فى القتال، فسبوا.

قال المصنف، والشارح، والزر كشى: وهو المنصوص عن أحمد.

قوله: ﴿وَإِنْ تَحَاكَمَ بَعْضُهُمْ مَعَ بَعْضٍ، أَوْ اسْتَعَدَى بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ: خَيْرٌ بَيْنَ

الْحُكْمِ بَيْنَهُمْ وَبَيْنَ تَرْكِهِمْ﴾.

هذا إحدى الروايات، أعنى الخيرة فى الحكم وعدمه، وبين الاستعداد وعدمه.

قال فى المحرم^(٦) [والفروع] وهو الأشهر عنه.

(١) قال فى المحرم: (ولا يعشر ثمن الخمر والخنزير المتبايع بينهم) المحرم (١٨٧/٢).

(٢) قال فى الكافى: (فإن كانت تجارته فى خمر وخنزير ففيه روايتان. إحداهما: يؤخذ من ثمنها حقا. قال أحمد فى حديث سويد بن غفلة فى قول عمر ولوهم بيع الخمر والخنزير لعشرها هذا إسناد جيد ولا يكون ذلك إلا على الأخذ منها. ثانيها: لا يؤخذ منه شيء لما روى أبو عبيد بإسناده أن عتبة بن فرقد بعث إلى عمر بأربعين ألف درهم صدقة خمر فكتب إليه عمر بعثت إلى بصدقة الخمر وأنت أحق بها من المهاجرين فأخبر بذلك الناس وقال والله لا استعملتك على شيء بعدها فنزعه. وقول عمر: ولوهم بيعها وخذوا من ثمنها فى الخراج لأن بلالا قال لعمر: إن عمالك يأخذون الخمر والخنزير فقال: لا تأخذوها منهم وخذوا أنتم من الثمن. الكافى (١٨٢/٤).

(٣) ذكره المحرم (١٨٧/٢).

(٤) قال فى المحرم: (واستنقاذ أسراهم) (١٨٧/٢).

(٥) الشرح الكبير (٦٣٠/١٠).

(٦) قال فى المحرم: (يخير بين الحكم وتركه) (١٨٧/٢).

٢٣٦ كتاب الجهاد

قال الزركشى: وهو المشهور. وحزم به فى الوجيز وغيره. وقدمه فى المغنى (١)، والشرح (٢)، والرعايتين، والحاويين.

وعنه: يلزمه الإعداء والحكم بينهم. قدمه فى المحرر (٣). وأطلقهما فى الكافى (٤).

وعنه: يلزمه إن اختلفت الملة، وإلا خير. وأطلقهن فى الفروع.

وعنه: إن تظالموا فى حق آدمى: لزمهم الحكم. وإلا فهو مخير. قال فى المحرر (٥): وهو أصح عندى.

وقال فى الروضة، فى إرث الجوس: يخير إذا تحاكموا إلينا. واحتج بأنه التخيير. قال فى الفروع: فظاهر ما تقدم: أنهم على الخلاف، لأنهم أهل ذمة، ويلزمهم حكمنا لا شريعتنا.

تنبيه: متى قلنا له الخيرة: جاز له أن يعدى. وحكم بطلب أحدهما، على الصحيح من المذهب.

وعنه: لا يجوز إلا باتفاقهما، كما لو كانوا مستأمنين اتفاقا.

فائدتان

إحداهما: لا يحضر يهوديا يوم السبت. ذكره ابن عقيل. أى لبقاء تحريمه. وفيه وجهان. أو لا يحضره مطلقا، لضرره بإفساد سبته.

قال ابن عقيل: ويحتمل أن السبت مستثنى من عمل فى إجارة. ذكر ذلك فى الفروع، واقتصر عليه [قاله فى المحرر، وشرحه، والنظم].

وقال فى الرعايتين، والحاويين: وفى بقاء تحريم يوم السبت عليهم وجهان.

ويأتى هذا أيضا فى باب الوكالة.

الثانية: لو تحاكم إلينا مستأمنان خير فى الحكم وعدمه، بلا خلاف أعلمه.

(١) قال فى المغنى: (وإن تحاكم بعضهم مع بعض أو استعدى بعضهم على بعض خير الحاكم بين الحكم بينهم والإعراض عنهم لقوله تعالى: ﴿وإن جاعوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم﴾ المغنى (١٠/٦٢٣).

(٢) الشرح الكبير (١٠/٦٣١).

(٣) قال فى المحرر: (لزمه أن يعديه ويحكم بينهما بحكم الإسلام) المحرر (٢/١٨٧).

(٤) قال فى الكافى: (أطلق فى الكافى وقال إن تحاكم ذميان إليه ففيه روايتان، إحداهما: يلزمه الحكم بينهما لقوله تعالى: ﴿وإن احكم بينهم بما أنزل الله﴾ ولأن دفع الظلم عنهم واجب والحكم طريق له

فوجب كالحكم بين المسلمين. ثانيهما: لا يجب بل يخير بين الحكم بينهم وبين تركهم ولأنهما كافران

فلم يجب الحكم بينهما كالمستأمنين ولا يحكم بينهما إلا بحكم الإسلام. الكافى (٤/١٨١).

(٥) قال فى المحرر: (إلا أن يتظالموا بحقوق الأدميين فيلزمه وهو الأصح عندى) المحرر (٢/١٨٧).

قوله: ﴿وَإِنْ تَبَايَعُوا بُيُوعًا فَاسِدَةً، وَتَقَابَضُوا: لَمْ يَنْقُضْ فِعْلُهُمْ، وَإِنْ لَمْ يَتَقَابَضُوا فَسَخَهُ، سَوَاءٌ كَانَ قَدْ حَكَمَ بَيْنَهُمْ حَاكِمُهُمْ أَوْ لَا﴾.

الصحيح من المذهب: أنهم إذا لم يتقابضوا ببيعهم، وكانت فاسدة: يفسخها ولو كان قد ألزمهم حاكمهم بذلك. وجزم به في المغنى، والشرح^(١)، والوجيز، وغيرهم وقدمه في الفروع وغيره.

وقيل: إذا ترافعوا إلينا، بعد أن ألزمهم حاكمهم بالقبض: نفذ حكمه. وهذا لا لتزامهم بحكمه، لا للزومه لهم.

قال في الفروع: والأشهر هنا: أنه لا يلزمهم حكمه، لأنه لغو. لعدم وجود الشرط. وهو الإسلام. وأطلقهما في الرعايتين.

وقال في الرعاية الكبرى، وقيل: هما روايتان.

وقال في الحاويين: وإن ألزمهم حاكمهم القبض، احتمل نقضه وإمضاؤه. انتهى. وعنه: في الخمر المقبوضة دون ثمنها: يدفعه المشتري إلى البائع أو وارثه، بخلاف خنزير؛ حرمة عينه، فلو أسلم الوارث فله الثمن. قاله في البيهق، والمستوعب، والترغيب، والرعايتين، والحاويين، لثبوته قبل إسلامه. ونقله أبو داود.

قوله: ﴿وَإِنْ تَهَوَّدَ نَصْرَانِيٌّ، أَوْ تَنَصَّرَ يَهُودِيٌّ: لَمْ يَقْرَأْ، وَلَمْ يُقْبَلْ مِنْهُ إِلَّا الْإِسْلَامُ، أَوْ الدِّينَ الَّذِي كَانَ عَلَيْهِ﴾.

هذه إحدى الروايات. قال ابن منجا في شرحه: هذا المذهب. وجزم به في الوجيز. وقدمه في الهداية، والخلاصة، وإدراك الغاية.

ويحتمل أن لا يقبل منه إلا الإسلام. وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله، فلا يقر على غير الإسلام.

وعنه: يقر مطلقا، وهو ظاهر كلام الخرقي. واختاره الخلال، وصاحبه أبو بكر وقدمه في الرعايتين، والحاويين، والنظم. وأطلقهن في الشرح^(٢).

(١) ذكر في الشرح: (لأنه عقد لم يتم ولا يجوز الحكم بإتمامه لكونه فاسدا فتعين نقضه وحكم حاكمهم وجوده كعدمه لأن من شرط الحاكم النفاذ أحكامه الإسلام ولم يوجد) الشرح الكبير (٦٣١/١٠).

(٢) ذكر صاحب الشرح في هذه المسألة ثلاث روايات: الأولى: لا يقر لأنه انتقل إلى دين باطل فلم يقر عليه كالمرتد. فعلى هذا يجيز على الإسلام. الثانية: لا يقبل منه إلا الإسلام أو الدين الذي كان عليه. الثالثة: يقر نص عليه أحمد. انظر الشرح الكبير (٦٣٢/١٠).

٢٣٨ كتاب الجهاد

وعنه: يقر على أفضل مما كان عليه، كيهودى تنصر فى وجه. ذكره فى الوسلية.
قال الشيخ تقى الدين: اتفقوا على التسوية بين اليهودية والنصرانية، لتقابلهما
وتعارضهما. وأطلقهن فى الفروع، والمحرر^(١)، وتجريد العناية.

تنبيهان

أحدهما: حيث قلنا لا يقر فيما تقدم، وأبى: هدد وضرب وحبس. على الصحيح
من المذهب.

قال ابن منجا: هذا المذهب. واختاره. وجزم به فى المحرر^(٢)، والفروع. وقدمه
فى الرعايتين، والحاويين. ويحتمل أن يقبل. وهو رواية فى الشرح^(٣). وأطلقهما.
الثانى: حيث قلنا «يقتل» فهل يستتاب؟ فيه وجهان. وأطلقهما فى المغنى^(٤)،
والشرح^(٥).

قلت: الأولى الاستتابة، ولاسيما إذا قلنا: لا يقبل منه إلا الإسلام.

قوله: ﴿وَإِنْ انْتَقَلَ إِلَى غَيْرِ دِينِ أَهْلِ الْكِتَابِ﴾ يعنى اليهود والنصارى ﴿أَوْ
انْتَقَلَ الْجُوسَى إِلَى غَيْرِ دِينِ أَهْلِ الْكِتَابِ: لَمْ يُقَرَّ﴾.

إذا انتقل الكتابى إلى دين أهل الكتاب: لم يقر عليه. هذا المذهب.

قال المصنف، والشارح: لانعلم فيه خلافا.

قلت: ونص عليه. وجزم به ابن منجا فى شرحه، وصاحب الوجيز. وقدمه فى
الرعايتين، والحاويين.

وعنه: يقر على دين يقر أهله عليه، كما إذا تمجس. وهو قول فى الرعاية وغيرها.

(١) أطلق صاحب المحرر فى هذه المسألة. انظر / المحرر (١٨٣/٢).

(٢) ذكره المحرر (١٨٣/٢).

(٣) روى صاحب الشرح ثلاث روايات فى هذه المسألة وذكر فى الثانية أنه يقر على ما انتقل إليه لأنه

أعلى من دينه ولأنه انتقل إلى دين يقر عليه أهله، الشرح الكبير (٦٣٣/١٠).

(٤) ذكر الإطلاق فى المغنى كما بالشرح النقطة القادمة. المغنى (٥٠٥/٧).

(٥) قال فى الشرح: وهل يستتاب ويحتمل وجهين أحدهما - يستتاب لأنه استرجع عن دين باطل انتقل

إليه فيستتاب كالمترد، الثانى - لا يستتاب لأنه كافر أصلى أبيح دمه فأشبهه الحربى فعلى هذا فلإن بادر

وأسلم أو رجع إلى ما يقر عليه عصم دمه وإلا قتل. الشرح الكبير (٦٣٢/١٠).

كتاب الجهاد ٢٣٩

فعلى المذهب: لا يقبل منه إلا الإسلام، أو السيف. نص عليه أحمد. واختاره الخلال وصاحبه. وجزم به ابن منجا في شرحه، والمصنف هنا. وقدمه في الرعايتين، والحاويين. وعنه: لا يقبل منه إلا الإسلام أو الدين الذي كان عليه.

وعنه: يقبل منه أحد ثلاثة أشياء: الإسلام، أو الدين الذي كان عليه، أو دين أهل الكتاب. وأطلقهن في المغني (١)، والمحرر (٢)، والشرح (٣)، والفروع.

وأما إذا انتقل المجوسى إلى غير دين أهل الكتاب: لم يقر عليه، ولم يقبل منه إلا الإسلام. فإن أبى قتل. وهو المذهب، وإحدى الروايات. جزم به ابن منجا في شرحه، والرعايتين، والحاويين. واختاره الخلال وصاحبه.

وعنه: يقبل منه الإسلام، أو دين أهل الكتاب.

وعنه: أو دينه الأول. وأطلقهن في الفروع.

قوله: ﴿إِنِ انْتَقَلَ غَيْرُ الْكِتَابِيِّ إِلَى دِينِ أَهْلِ الْكِتَابِ: أُقْرَبُ﴾.

إذا انتقل غير الكتابى إلى دين أهل الكتاب. فلا يخلو: إما أن يكون مجوسيا، أو غير مجوسى، فإن كان غير مجوسى، فالصحيح من المذهب: أنه يقر.

قال ابن منجا فى [شرح] هذا المذهب. وجزم به فى الوجيز، وغيره. وقدمه فى الرعايتين، والحاويين.

قال فى الفروع: وإن انتقل غير كتابى ومجوسى إلى دينهما قبل البعث. فله حكمها، وكذا بعدها.

وعنه: إن لم يسلم قتل. وعنه: وإن تمجس. انتهى.

﴿وَيَحْتَمِلُ إِلَّا يُقْبَلَ مِنْهُ إِلَّا الْإِسْلَامُ﴾.

فإن لم يسلم قتل. وهو رواية عن أحمد. ذكرها الأصحاب.

وإن كان مجوسيا، فانتقل إلى أهل الكتاب، فالصحيح من المذهب: أنه يقر، نص عليه.

قال ابن منجا: هذا المذهب. وجزم به فى الوجيز وغيره. وقدمه فى الرعايتين، والحاويين.

(١) ذكر صاحب المغنى الإطلاق انظر المغنى (٥٠٥/٧).

(٢) أنظر المحرر (١٨٣/٢).

(٣) ذكر صاحب الشرح الكبير الثلاث روايات انظر الشرح الكبير (٦٣٣/١٠).

ويحتمل ألا يقبل منه إلا الإسلام. وهو رواية عن أحمد رحمه الله.
وعنه: رواية ثالثة: لا يقبل منه إلا الإسلام، أو دينه الذي كان عليه. وهو قول فى
الرعايتين، والحاويين. وأطلقهما فى المغنى (١)، والشرح (٢)، والمحزر (٣)، والفروع.

قوله: ﴿فَإِنْ تَمَجَّسَ الْوَتْنِيُّ فَهَلْ يُقْرُ؟ عَلَى رَوَاتَيْنِ﴾.

وأطلقهما فى المغنى (٤)، والشرح (٥)، وشرح ابن منجا.

إحداهما: يقر عليه. وهو المذهب. صححه فى التصحيح.

قال الشارح: وهو أولى، وقدمه فى الرعايتين، والحاويين، والفروع وتقدم لفظه.

والثانية: لا يقر. ولا يقبل منه إلا الإسلام أو السيف.

تنبيه: ذكر الأصحاب: أنه لو تهود، أو تنصر، أو تمجس كافر قبل البعثة وقبل
التبديل: أقر بلا نزاع، وأخذت منه الجزية بلا نزاع.

وإن كان قبل البعثة وبعد التبديل: فهل هو كما قبل التبديل: أو كما بعد البعثة؟
فيه خلاف سبق فى باب الجزية.

وإن كان بعد البعثة أو قبلها، وبعد التبديل - على القول بأنه كما بعد البعثة - فهذا
محل هذه الأحكام المذكورة هنا. والخلاف إنما هو فى هذا الأخير. فليعلم ذلك. صرح
به الأصحاب. منهم صاحب المحزر (٦)، والرعايتين، والحاويين وغيرهم.

وقد تقدم فى أول باب عقد الذمة التنبيه على بعض ذلك فى كلام المصنف رحمه
الله وغيره.

فائدة: قوله: ﴿وَإِذَا امْتَنَعَ الدِّمِيُّ مِنْ بَدْلِ الْجَزِيَّةِ، أَوْ التِّزَامِ أَحْكَامِ الْمَلَّةِ: انْتَقَضَ
عَهْدُهُ﴾.

بلا نزاع (٧). لكن قال المصنف - وتبعه الشارح -: يتقض عهده بشرط أن يحكم به حاكم.

(١) ذكر الإطلاق صاحب المغنى (المغنى ٥٠٥/٧).

(٢) انظر الشرح الكبير (٦٣٣/١٠).

(٣) انظر المحزر (١٨٣/٢).

(٤) ذكر الإطلاق صاحب المغنى كما بالشرح النقطة القادمة. المغنى (٥٠٤/٧).

(٥) قال فى الشرح - إحداها يقر - الثانية لا يقر لأنه انتقل إلى دين لا تحل ذبائح أهله ولا تنكح نسأؤهم
أشبه ما لو انتقل إلى دين لا يقر عليه أهله والأولى الأول. الشرح الكبير (٦٣٣/١٠).

(٦) انظر المحزر (١٨٣/٣).

(٧) قال فى الشرح - سواء شرط عليهم أو لا. الشرح الكبير (٦٣٤/١٠)، المحزر (١٨٧/٢). فصل
صاحب الكافى فقال: يتقض بأحد ثلاثة أشياء. الامتناع من بذل الجزية والامتناع من التزام أحكام
الإسلام. وقتال المسلمين سواء شرط عليهم أو لم يشرط. لأن الله أمر بقتلهم حتى يعطوا الجزية
ويلتزموا أحكام الملة فإذا امتنعوا عن ذلك وجب قتلهم. الكافى (١٨٤/٤)، العدة والعمدة (٦١٩).

قال الزركشى: ولم أر هذا الشرط لغيره. انتهى.

وكذا لو أبى من الصغار انتقض عهده. قاله الشيخ تقي الدين.

وكذا لو لحق بدار الحرب مقيما بها، على الصحيح من المذهب.

قال فى الفروع: هذا الأشهر. وجزم به فى الحاويين، والرعايتين، والمغنى^(١)، والشرح^(٢)، وغيرهم.

وكذا لو قاتل المسلمين انتقض عهده بلا خلاف.

قوله: ﴿وَإِنْ تَعَدَّى عَلَى مُسْلِمٍ بِقَتْلٍ، أَوْ قَذْفٍ، أَوْ زِنَا، أَوْ قَطْعِ طَرِيقٍ، أَوْ تَجَسُّسٍ، أَوْ إِيوَاءِ جَاسُوسٍ، أَوْ ذِكْرِ اللَّهِ تَعَالَى، أَوْ كِتَابِهِ، أَوْ رَسُولِهِ ﷺ بِسُوءٍ: فَعَلَى رِوَايَتَيْنِ﴾.

وكذلك لو فتن مسلماً عن دينه، أو أصاب مسلمة باسم نكاح ونحوهما. وأطلقهما فى الهداية [والمذهب] والمستوعب، والخلاصة، والكافى^(٣)، والهادى، والمغنى^(٤)، والبلغة، والشرح^(٥)، وغيرهم. ولم يذكر القذف فى الكافى^(٦)، والهادى، والبلغة. بل عدداً ذلك ثمانية. ولم يذكره

إحدهما: ينتقض عهده بذلك فى غير القذف. وهو المذهب. سواء شرط عليهم أو لا. اختاره القاضى، والشريف أبو حفص. وصححه فى النظم.

قال الزركشى: ينتقض على المنصوص، والمختار للأصحاب.

وجزم به فى الوجيز، والمنور، ومنتخب الأدمى، وغيرهم.

(١) انظر المغنى (٦٢٢/١٠).

(٢) الشرح الكبير (٦٣٤/١٠).

(٣) ذكر فى الكافى روايتين: الأولى: ينتقض العهد به سواء شرط أو لم يشترط لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه رفع إلى رجل أراد استكراه مسلمة على الزنا فقال ما على هذا صالحناكم وأمر به فصلب فى بيت المقدس. الثانية: لا ينتقض عهده ويقام عليه حد زنا لأن ما يقتضيه العهد من التزام أداء الجزية وأحكام المسلمين والكف عن قتالهم باق فوجب بقاء العهد. انظر الكافى (١٨٤/٤).

(٤) ذكر صاحب المغنى دليل أن ذميا كان يسوق حمارا فمرت به امرأة أراد أكرهها على الزنا نرفع إلى عمر فقتله وصلبه، ثم ذكر الرواية الأخرى بأنه لا ينقض. انظر المغنى (٣٥٤/٩).

(٥) أطلق أيضا صاحب الشرح الكبير الروايتين كما بالكافى انظر الشرح الكبير (٦٣٤/١٠).

(٦) لم يذكر القذف فى الكافى وذكر ثمانية أضرار فقط هى قتل مسلم أو فتنته عن دينه، أو قطع الطريق عليه أو الزنا بمسلمة أو إصابتها باسم النكاح أو إيواء جاسوس أو دلالة على عورات المسلمين أو ذكر الله ورسوله وكتابه بسوء ولم يذكر القذف. الكافى (١٨٤/٤).

٢٤٢ كتاب الجهاد

وقدمه فى مسبوك الذهب، والمحرم(١)، والفروع، والرعايتين، والحاويين، وتجريد العناية، وإدراك الغاية، وغيرهم.

قال ابن منجا فى شرحه: هذا المذهب.

وقيد أبو الخطاب القتل بالعمد. وهو حسن. وهو ظاهر كلام المصنف هنا. وظاهر كلام جماعة: الإطلاق.

والصواب الأول. والظاهر: أنه مراد من أطلق.

والرواية الثانية: لا ينتقض عهده بذلك، ما لم يشترط عليهم، لكن يقام عليه الحد فيما يوجبه. ويقتض منه فيما يوجب القصاص. ويعزر فيما سوى ذلك بما ينكف به أمثاله عن فعله.

وذكر فى الوسلية: إن لم تنقضه فى غير ذكر الله، أو كتابه، أو رسوله ﷺ بسوء. وشرط [عليه] فوجهان.

وقال فى الرعاية، قلت: ويحتمل النقض بمخالفة الشرط.

وأما القذف: فالمذهب أنه لا ينقض عهده به. نص عليه فى رواية. وقدمه فى المحرم(٢)، والفروع. وصححه فى النظم.

وعنه: ينقض. ذكرها المصنف هنا، وجماعة من الأصحاب.

قال ابن منجا: هذا المذهب. وهو أولى. وحزم به فى الوجيز، وتجريد العناية. وقدمه فى الرعايتين، والحاويين.

وذكر هذه الرواية فى الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والرعايتين، والحاويين، وغيرهم. قال الزركشى: وحكى أبو محمد رواية فى المقنع بالنقض. ولعله أراد مخرجه.

تنبيه: حكى الروايتين فى القذف وغيره: المصنف رحمه الله، وجماعة كثيرة من الأصحاب.

وقال فى المحرم(٣): وإن قذف مسلما لم ينقض. نص عليه.

(١) قال فى المحرم: «وقيل فيه ينتقض بناء على نص فى القذف، وفى رواية جماعة لم ينتقض عهده» المحرم (١٨٨/٢).

(٢) ذكره فى المحرم فقال: (وإن قذف مسلما أو أذاه بسحر فى تصرفاته لم ينتقض عهده نص عليه) المحرم (١٨٧/٢).

(٣) الإحالة السابقة فى المحرم (١٨٧/٢).

كتاب الجهاد ٢٤٣

وقيل: بلى. وإن فتنه عن دينه - وعدد ما تقدم - انتقض. نص عليه.

وقيل: فيه روايتان، بناء على نصه في القذف. والأصح: التفرقة. انتهى.

وقال في تجريد العناية: إذا زنى بمسلمة - وعدد ما تقدم - انتقض عهده نصا وخرج لا من قذف مسلم نصا. وقدم هذه الطريقة في الفروع.

فائدة: حكم ما إذ سحره فأذاه في تصرفه: حكم القذف. نص عليهما.

قوله: ﴿وَإِنْ أَظْهَرَ مُنْكَرًا، أَوْ رَفَعَ صَوْتَهُ بِكِتَابِهِ وَنَحْوِهِ لَمْ يَنْتَقِضْ عَهْدُهُ﴾.

هذا الصحيح من المذهب، وعليه أكثر الأصحاب.

قال الشارح: قال غير الخرقى من أصحابنا: لا ينتقض عهده.

قال الزركشى: هذا اختيار الأكثر. وصححه في النظم وغيره. وقدمه في المحرر (١) وغيره. واختاره القاضى وغيره.

وظاهر كلام الخرقى (٢): أنه ينتقض إن كان مشروطا عليهم. وقدمه في الرعايتين، والحاويين، وأطلقهما فى الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والفروع.

فائدة: وكذا حكم كل ما شرط عليهم فخالقوه.

تنبيه: محل الخلاف بين الخرقى والجماعة: إذا اشترط عليهم.

قال الزركشى: لا خلاف - فيما أعلم - أنه إذا لم يشترط عليهم لا ينتقض به عهدهم. وإن اشترط عليهم فقولان: اختيار الخرقى، واختيار الأكثر.

وقال فى الفروع: وإن أتى بما منع منه فى الفصل الأول: فهل يلزم تركه بعقد الذمة؟ فيه وجهان. وإن لزم، أو شرط تركه: ففى نقضه وجهان.

وذكر ابن عقيل روايتين. وذكر فى مناظراته فى رجم يهوديين زنيا، يحتمل نقض العهد. وينتقض بإظهار ما أخذ عليهم سزاه مما هو دين لهم. فكيف بإظهار ما ليس بدين؟ انتهى.

وذكر جماعة الخلاف مع الشرط فقط.

(١) قال فى المحرر: (عزر ولم ينتقض عهده).

(٢) قال صاحب الشرح: وظاهر كلام الخرقى أنه ينتقض إن كان مشروطا عليهم. أما ما سوى ذلك فلا بد من الشرط لأن العقد لا يقتضيها ولا ضرر فيها على المسلمين وإن شرطت عليهم فظاهر كلام الخرقى: أن عهدهم ينتقض بمخالفتنا. الشرح الكبير (٦٣٤/١٠).

٢٤٤ كتاب الجهاد

قال ابن شهاب وغيره: يلزم أهل الذمة ما ذكر في شروط عمر. وذكره ابن رزين.

لكن قال ابن شهاب: من أقام من الروم في مدائن الشام: لزمهم هذه الشروط. شرطت عليهم أو لا.

قال: وما عدا الشام. فقال الخرقى: إن شرط عليهم في عقد الذمة: انتقض العهد بمخالفته، وإلا فلا. لأنه قال: ومن نقض العهد بمخالفة شيء مما صولحوا عليه: حل ماله ودمه.

وقال الشيخ تقي الدين - في نصراني لعن مسلماً -: تجب عقوبته بما يردعه وأمثاله عن ذلك. وفي مذهب أحمد وغيره [قول] يقتل. لكن المعروف في المذاهب الأربعة: القول الأول. انتهى كلام صاحب الفروع.

قوله: ﴿وَلَا يَنْتَقِضُ عَهْدُ نِسَائِهِ وَأَوْلَادِهِ بِنَقْضِ عَهْدِهِ﴾.

هذا المذهب. وسواء لحقوا بدار الحرب أو لا. نقله عبد الله. وجزم به في المغنى (١)، والمحرر (٢)، والرعايتين، والحاويين، والنظم، والوجيز، وغيرهم. وقدمه في الفروع. وقال: جزم به جماعة.

وقال في العمدة (٣): ولا ينتقض عهد نسائه وأولاده، إلا أن يذهب بهم إلى دار الحرب.

قلت: وهو الصواب.

وذكر القاضى فى الأحكام السلطانية: أنه ينتقض فى أولاده، كولد حادث بعد نقضه بدار الحرب. نقله عبد الله.

ولم يقيد فى الفصول، والمحرر (٤): الولد الحادث بدار الحرب.

تسبيبه: ظاهر كلام المصنف وغيره: أنه لا ينتقض عهدهم. ولو علموا بنقض عهد أيهم، أو زوجهن، ولم ينكروه. وهو أحد الوجهين.

(١) انظر المغنى (٦٢٢/١٠).

(٢) انظر المحرر (١٨٨/٢).

(٣) قاله فى العمدة ثم ذكر صاحب العدة فى شرحه «وإنما لم ينقض عهدهم لأن النقض إنما وجد منه ولم يوجد منهم فيبقون على العهد ولا يحل سبهم ولا التعرض لهم، فى المغنى فإن كانت ذريته معه لم تستبرأ لأن النقض إنما وجد منه دونهم» العمدة والعدة (٦٢٠).

(٤) لم يقيد صاحب المحرر: الولد الحادث بدار الحرب فى نقض الذمة. انظر المحرر (١٨٨/٢).

وقيل: ينتقض إذا علموا ولم ينكروا. وقدمه فى الرعاية الكبرى. وجزم به فى الصغرى، كالمهدنة.

قلت: والظاهر أن محلها فى المميز. وأطلقهما فى الفروع.

فائدة: لو جاءنا بأمان. فحصل له ذرية عندنا، ثم نقض العهد: فهو كدمى. ذكره فى المنتخب، واقتصر عليه فى الفروع.

وتقدم نقض عهده فى ذريته فى المهادنة.

وكذا من لم ينكر عليهم، أو لم يغير لهم، أو لم يخر به الإمام ونحوه، فى باب الهدنة.

قوله: ﴿وَإِذَا انْقَضَ عَهْدُهُ: خَيْرَ الْإِمَامِ فِيهِ، كَالْأَسِيرِ الْحَرْبِيِّ﴾.

فيخير فيه، كما تقدم فى أثناء كتاب الجهاد.

هذا المذهب. قال فى الفروع: وهو الأشهر. واختاره القاضى. وقدمه فى

الشرح (١). وجزم به ابن منجا فى شرحه.

وقيل: يتعين قتله. وهو ظاهر كلام الخرقى. قال فى المحرر (٢)، والنظم: هذا

المنصوص.

قلت: هو المذهب. وقدمه فى النظم، والرعايتين، والحاويين. وأطلقهما فى

الفروع، والمحرر (٣).

وقيل: من نقض العهد بغير القتال ألحق بمأمنه.

وقيل: يتعين قتل من سب النبى ﷺ.

قلت: وهذا هو الصواب. وجزم به فى الإرشاد، وابن البنا فى الخصال، وصاحب

المستوعب، والمحرر (٤)، والنظم، وغيرهم. واختاره القاضى فى الخلاف.

وذكر الشيخ تقى الدين: أن هذا هو الصحيح من المذهب.

قال الزركشى: يتعين قتله على المذهب، وإن أسلم.

(١) قال فى الشرح: فيخير فيه بين القتل والاسترقاق والمن والفداء؛ لأن عمر رضى الله عنه صلب الذى أراد استكراه امرأة ولأنه كافر لا أمان له قدرنا عليه فى دارنا بغير عقد ولا عهد لا شبهة فأشبهه اللص الحربى «الشرح الكبير (٦٣٥/١٠)».

(٢) قال فى المحرر: فالمنصوص تعين قتله (المحرر (١٨٨/٢)).

(٣) قال فى المحرر: (واختار القاضى فيه التخيير) إذن ذكر صاحب المحرر رأيين - القتل أو التخيير -

المحرر (١٨٨/٢).

(٤) انظر المحرر (١٨٨/٢).

٢٤٦ كتاب الجهاد
قال الشارح: وقال بعض أصحابنا، فيمن سب النبي ﷺ: يقتل بكل حال. وذكر
أن أحمد نص عليه.

فائدتان

إحدهما: محل هذا الخلاف: فيمن انتقض عهده، ولم يلحق بدار الحرب. فأما إن
لحق بدار الحرب: فإنه يكون كالأسير الحربى قولاً واحداً. جزم به فى الفروع،
والحرر^(١)، والنظم، والرعايتين، والحاوى الكبير، وغيرهم. وفى ماله الخلاف الآتى.
قاله الزركشى وغيره.

وتقدم إذا رُقَّ بعد لحوقه بدار الحرب وله مال فى بلد الإسلام ما حكمه؟ فى
باب الأمان.

الثانية: لو أسلم من انتقض عهده: حرم قتله. ذكره جماعة. منهم صاحب
الرعاية. وقدمه فى الفروع. وقال: والمراد غير الساب لرسول الله ﷺ فإنه يقتل ولو
أسلم. على ماتقدم.

وقال فى المستوعب، عمن حرم قتله: وكذا يحرم رقه.

وكذا قال فى الرعاية: وإن رق ثم أسلم بقى رقه.

وذكر الشيخ تقي الدين: أن أحمد قال، فيمن زنى بمسلمة: يقتل. قيل له: فإن
أسلم؟ قال: يقتل وإن أسلم. هذا قد وجب عليه.

وقال الشيخ تقي الدين أيضاً - فيمن قهر قوماً من المسلمين ونقلهم إلى دار
الحرب - ظاهر المذهب: أنه يقتل، ولو بعد إسلامه. وأنه أشبه بالكتاب والسنة،
كالمحارب.

قوله: ﴿وَمَالُهُ فِيَّ فِي ظَاهِرِ كَلَامِ الْخَرَقِيِّ﴾.

وهو ظاهر كلام الإمام أحمد. فينقض عهده فى ماله، كما ينتقض عهده فى
نفسه. وهو المذهب. صححه فى المحرر^(٢). وقدمه فى الفروع. ذكره فى أثناء باب
الأمان. وقدمه فى النظم فى باب نقض العهد. وقدمه فى المحرر^(٣)، والرعايتين،

(١) ذكره صاحب المحرر فقال: (وإن نقضه لمجرد لحوقه بدار الحرب خير الإمام فيه كالأسير) المحرر
(١٨٨/٢).

(٢) قال فى المحرر: فى باب الأمان (أو نقض الذمى عهده ولحق بدار الحرب أو لم يلحق انتقض أمان ماله
كنفسه وصار فيما) المحرر (١٨١/٢).

(٣) المحرر (١٨٨/٢).

كتاب الجهاد ٢٤٧

والحاوى الكبير، والخلاصة، ونهاية ابن رزين ونظمها.

وقال أبو بكر: يكون لورثته، فلا ينتقض عهده فى ماله. فإن لم يكن له ورثة، فهو فىء. وهو رواية عن أحمد.

قال فى الرعاية: وعنه إرث. فإذا تاب قبل قتله دفع إليه. وإن مات فلوارثه. وأطلقهما فى المغنى (١)، والشرح (٢)، والحاوى الصغير، والمذهب، وشرح ابن منجا.

وقال: وقيل الخلاف المذكور مبنى على انتقاض العهد فى المال بنقضه فى صاحبه. فإن قيل ينتقض: كان فيما. وإن قيل لا ينتقض: انتقل إلى الورثة. انتهى.

قلت: هذه طريقة صاحب الرعايتين، والحاويين، وجماعة.

* * *

(١) المغنى (١٧٧/٧).

(٢) الشرح الكبير (٦٣٥/١٠).

كتاب البيع

قوله: ﴿وَهُوَ مُبَادَلَةُ الْمَالِ بِالْمَالِ لِعَرَضِ التَّمْلِكِ﴾.

اعلم أن للبيع معنيين: معنى فى اللغة (١). ومعنى فى الاصطلاح (٢).

فمعناه فى اللغة: دفع عوض وأخذ معوض عنه.

وقال ابن منجا فى شرحه: أراد المصنف هنا بحده: بيان معنى البيع فى اللغة.

وقال فى المستوعب: البيع فى اللغة عبارة عن الإيجاب والقبول، إذا تناول عينين، أو عينا بثمن.

وأما معناه فى الاصطلاح: فقال القاضى، وابن الزاغونى، وغيرهما: هو عبارة عن الإيجاب والقبول، إذا تضمن عينين للتملك.

وقال فى المستوعب: هو عبارة عن الإيجاب والقبول إذا تضمن مالين للتملك. فأبدل «العينين» بمالين، ليحترز عما ليس بمال.

ولا يطرده الحدان. أى كل واحد منهما غير مانع، لدخول الربا. ويدخل القرض على الثانى. ولا ينعكسان، أى كل واحد منهما غير جامع، لخروج المعاطاة، وخروج المنافع، وممر الدار، ونحو ذلك.

قال المصنف: ويدخل فيه عقود سوى البيع.

وقال فى الرعاية الكبرى: هو بيع عين ومنفعة، وما يتعلق بذلك.

وقال الزركشى: حد المصنف هنا حد شرعى، لا لغوى. انتهى.

قلت: وهو مراده. لأنه بصدد ذلك، ولا بصدد حده فى اللغة.

فدخل فى حده بيع المعاطاة. لكن يرد عليه القرض والربا، فليس بمانع. وتابعه على هذا الحد صاحب الحاوى الكبير، والفاثق.

وقال فى النظم: هو مبادلة المال بالمال، بقصد التملك بغير ربا.

(١) قال فى الكافى: (البيع لغة . تملك مال بمال) الكافى (٣/٢) قال فى الشرح (مبادلة المال بالمال تملكيا وتملكا) الشرح الكبير (٢/٤) قال فى العدة (والبيع معاوضة المال بالمال لغرض التملك) العدة (٢١٥) قال فى المغنى: (البيع مبادلة المال بالمال تملكيا وتملكا) المغنى (٢/٤).

(٢) قال فى المغنى: «وقال بعض أصحابنا هو الإيجاب والقبول إذا تضمن عينين للتملك وهو حد قاصر لخروج بيع المعاطاة منه ودخول عقود سوى البيع فيه» المغنى (٢/٤) الكافى (هو الإيجاب والقبول) (٣/٢).

كتاب البيع ٢٤٩

وقال المصنف، والشارح: هو مبادلة المال بالمال تمليكا وتملكا.
 وقال فى الوجيز: هو عبارة عن تمليك عين مالية، أو منفعة مباحة، على التأيد،
 بعوض مالى. ويرد عليه أيضا: الربا والقرض.
 وبالجملة: قل أن يسلم حد.
 قلت: لو قيل: هو مبادلة عين أو منفعة مباحة مطلقا بأحدهما كذلك على التأيد
 فيهما، بغير ربا ولا قرض: لسلم.
 فائدة: اشتقاقه عند الأكثر من «الباع»، لأن كل واحد منهما يمد باعه للأخذ منه.
 قال الزركشى: وردّ من جهة الصناعة.
 قال المصنف وغيره: ويحتمل أن كل واحد منهما كان يبايع صاحبه، أى يضافحه
 عند البيع، ولذلك يسمى البيع «صفقة»
 وقال ابن رزين فى شرحه: البيع مشتق من الباع. وكان أحدهم يمد يده إلى
 صاحبه، ويضرب عليها. ومنه قول عمر «البيع صفقة أو خيار»، انتهى.
 وقيل: هو مشتق من البيعة. قال الزركشى. وفيه نظر. إذ المصدر لا يشتق من
 المصدر، ثم معنى «البيع» غير معنى «المبايعة».
 وقال فى الفائق: هو مشتق من المبايعة، بمعنى المطاوعة، لامن الباع. انتهى.
 قوله: ﴿وَلَهُ صُورَتَانِ. إِحْدَاهُمَا: الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ. فَيَقُولُ الْبَائِعُ: بَعْتُكَ، أَوْ
 مَلَّكْتُكَ. وَنَحْوَهُمَا﴾.
 مثل: ولتتك، أو شركتك فيه.
 ﴿وَيَقُولُ الْمُشْتَرِي: ابْتَعْتُ، أَوْ قَبِلْتُ، وَمَا فِي مَعْنَاهُمَا﴾.
 مثل تملكك، وما يأتى من الألفاظ التى يصح بها البيع. وهذا المذهب^(١). وعليه
 الأصحاب.

وعنه: لا ينعقد بدون «بعث» و«اشترت» لا غيرهما. ذكرها فى التلخيص وغيره.

فوائد

إحداها: لو قال: بعتك بكذا. فقال: أنا آخذه بذلك: لم يصح. وإن قال أخذته
 منك، أو بذلك: صح. نقله مهنا.

(١) قاله فى الشرح الكبير. (٣/٤) المغنى (٣/٤) الكافى (٣/٢).

٢٥٠ كتاب البيع

الثانية: لا ينعقد البيع بلفظ «السلف» و«السلم» قاله فى التلخيص فى باب السلم. وظاهر كلام الإمام أحمد فى رواية المروذى: لا يصح البيع بلفظ «السلم» ذكره فى القاعدة الثامنة والثلاثين.

وقيل: يصح بلفظ «السلم» قاله القاضى.

الثالثة: قال فى التلخيص، فى باب الصلح: فى انعقاد البيع بلفظ «الصلح» تردد. فيحتمل الصحة وعدمها.

وقال فى الفروع: ويصح بلفظ «الصلح» على ظاهر كلامه فى المحرر والفصول. وقاله فى الترغيب.

قوله: ﴿فَإِنْ تَقَدَّمَ الْقَبُولُ الْإِجَابَ: جَازَ، فِى إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ﴾.

وأطلقهما فى الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والمهادى والتلخيص، والبلغة، والمحرر^(١)، وشرح ابن منجا.

إحدهما: يجوز، أى يصح. وهو المذهب. سواء تقدم بلفظ الطلب، كقوله: يعنى ثوبك، أو ملكنيه. فيقول: بعثك. حزم به فى الوجيز. وغيره. وصححه فى التصحيح، والنظم وغيرهما. واختاره ابن عبلوس فى تذكرته. وغيره. وقدمه فى الفروع، والرعايتين، وغيرهما.

والرواية الثانية: لا يجوز. أى لا يصح. اختارها أكثر الأصحاب. قاله فى الفروع، كالنكاح.

قال فى النكت: نصره القاضى وأصحابه.

قال القاضى: هذه الرواية هى المشهورة. واختاره أبو بكر وغيره.

قال ابن هبيرة: هذه أشهرهما عن أحمد. انتهى.

وحزم به المبهج وغيره. وصححه فى الخلاصة وغيرها. وهو من مفردات المذهب. وعنه: إن تقدم القبول على الإيجاب بلفظ الماضى: صح. وإن تقدم بلفظ الطلب: لم يصح.

قال فى المغنى^(٢)، والحاويين: فإن تقدم بلفظ الماضى: صح. وإن تقدم بلفظ الطلب. فروايتان.

(١) ذكر الإطلاق فى المحرر قال (فإن تقدم عليه فعلى روايتين) المحرر (٢٥٣/١).

(٢) ذكره فى المغنى فقال: وإن تقدم بلفظ الماضى صح وإن تقدم بلفظ الطلب فقال: يعنى ثوبك فقال: بعثك فيه روايتان: إحدهما يصح كذلك. الثانية: لا يصح لأنه لو تأخر عن الإيجاب لم يصح به البيع فلم يصح إذا تقدم كلفظ الاستفهام «المغنى» (٣/٤).

وقال في الشرح^(١)، والفائق: إن تقدم بلفظ الماضي: صح في أصح الروايتين. وإن تقدم بلفظ الطلب: فروايتان.

وقطع في الكافي^(٢) بالصحة، إن تقدم بلفظ الماضي. وعدم الصحة إن تقدم بلفظ الطلب.

تنبيه: محل الخلاف - وهو مراد المصنف - إذا كان بلفظ المجرد عن الاستفهام، أو بلفظ الطلب لا غير، كما تقدم. أما لو كان بلفظ المضارع، أو كان بلفظ الماضي المستفهم به، مثل قوله: أتبتنى هذا بكذا؟ أو أتبتنى هذا بكذا؟ فيقول: بعثك: لم يصح. نص عليه. حتى يقول بعد ذلك: ابتعت، أو قبلت أو اشتريت، أو تملكتم ونحوها.

فوائد

الأولى: لو قال البائع للمشتري: اشتريه بكذا، أو ابتعه بكذا. فقال: اشتريته، أو ابتعته: لم يصح، حتى يقول البائع بعده: بعثك، أو ملكتك. قاله في الرعاية.

قال في النكت: وفيه نظر ظاهر. والأولى: أن يكون كتقدم الطلب من المشتري، وأنه دال على الإيجاب والبدل. انتهى.

الثانية: لو قال: بعثك، أو قبلت، إن شاء الله: صح بلا نزاع أعلمه. وجزم به في المغنى^(٣) وغيره في آخر باب الإقرار.

ويأتى نظيره في النكاح. ويأتى ذلك في باب ما يحصل به الإقرار.

الثالثة قوله: ﴿وَإِنْ تَرَخِيَ الْقَبُولَ عَنِ الْإِجَابِ: صَحَّ، مَا دَامَا فِي الْمَجْلِسِ وَلَمْ يَتَشَاغَلَا بِمَا يَقْطَعُهُ﴾.

(١) قال في الشرح: «قال صح في أصح الروايتين لأن لفظ القبول والإيجاب وجد منهما على وجه تحصل منه الدلالة على تراضيهما، فيصح كما لو تقدم الإيجاب» وقال وإن تقدم بلفظ الطلب فروايتان إحداهما - يصح. الثانية - لا يصح لأنه لو تأخر عن الإيجاب لم يصح به البيع فلم يصح، الشرح الكبير (٣/٤).

(٢) قال في الكافي: «إن تقدم القبول بلفظ الماضي فقال: ابتعت هذا منك بكذا فقال: بعثك صح - لأن المعنى حاصل فأشبه التعبير بلفظ آخر». وإن تقدم بلفظ الطلب صح، وقال: وعنه لا يصح لأنه لو تأخر عن الإيجاب لم يصح متقدما كلفظ الاستفهام. الكافي (٣/٢).

(٣) قال في المغنى: «الضرب الثاني المعاطاة مثل أن يقول أعطني بهذا الدينار خبزاً فيعطيه ما يرضيه أو يقول خذ هذا الثوب بدينار فيأخذه فهذا بيع صحيح نص عليه. انظر المغنى (٤/٤) قال في الشرح: الثانية المعاطاة كأن يقول أعطني بهذا الدينار خبزاً فيعطيه ما يرضى أو يقول البائع خذ هذا بدرهم فيأخذه، الشرح الكبير (٤/٤) ذكرها أيضا الكافي (٣/٢).

٢٥٢ كتاب البيع

قيد الأصحاب قولهم «ولم يتشاغلا بما يقطعه» بالعرف.

قوله: ﴿وَالثَّانِي: الْمَعَاطَاةُ﴾.

الصحيح من المذهب: صحة بيع المعاطاة مطلقا. وعليه جماهير الأصحاب. وهو المعمول به في المذهب.

وقال القاضي: لا يصح إلا في الشيء اليسير.

وعنه: لا يصح مطلقا. وقدمه في الرعاية الكبرى. وأطلقهن في التلخيص، والبلغة.

تنبيهات

أحدهما: بيع المعاطاة كما مثل المصنف، ومثل ما لو ساومه سلعة بثمن. فيقول: بخذها، أو هي لك، أو قد أعطيتكها: أو يقول: كيف تبيع الخبز؟ فيقول: كذا بدرهم. فيقول: خذ درهما، أو وزن. ونحو ذلك مما يدل على البيع والشراء. قاله في الرعاية.

وقال أيضا: ويصح بشرط خيار مجهول، كما في المقبوض على وجه السوم والخيار مع قطع ثمنه عرفا وعادة.

قال في الفروع: مثل المعاطاة، وضع ثمنه عادة وأخذه.

الثاني: كلام المصنف كالصریح في أن بيع المعاطاة لا يسمى إيجابا وقبولا، وصرح به القاضي وغيره. فقال: الإيجاب والقبول للصيغة المتفق عليها.

قال الشيخ تقي الدين: عبارة أصحابنا وغيرهم تقتضي أن المعاطاة ونحوها ليست من الإيجاب والقبول. وهو تخصيص عرفي.

قال: والصواب أن الإيجاب والقبول اسم لكل تعاقد. فكل ما انعقد به البيع من الطرفين: سمى إثباته إيجابا، والتزامه قبولا.

الثالث: ظاهر كلام المصنف: أنه لا يصح البيع بغير الإيجاب والقبول بالألفاظ المتقدمة بشرطها، والمعاطاة. وهو صحيح. وهو المذهب. وعليه القاضي، والأصحاب.

واختار الشيخ تقي الدين: صحة البيع بكل ماعده الناس بيعا، من متعاقب ومتراخ من قول أو فعل.

فائدتان

إحدهما: الصحيح من المذهب: أن الهبة كبيع المعاطاة، على ما يأتي في بابه.

كتاب البيع ٢٥٣

قال فى القروع: ومثله الهبة.

وقال فى المغنى (١)، والشرح (٢)، والنظم. والرعاية الكبرى وغيرهم: وكذا الهبة، والهدية، والصدقة.

وذكر ابن عقيل وغيره: صحة الهبة. سواء صححنا بيع المعاطاة أو لا. انتهى.

فمتى قلنا بالصحة: يكون تجهيزه لبنته بجهاز إلى زوجها تملكها فى أصح الوجهين. قاله فى القروع.

قال الشيخ تقي الدين: تجهيز المرأة إلى بيت زوجها تملك.

قال القاضى: قياس قولنا بيع المعاطاة: أنها تملكه بذلك. وأفتى به بعض أصحابنا.

الثانية: لا بأس بذوق المبيع عند الشراء. نص عليه، لقول ابن عباس. وقال الإمام أحمد مرة: لا أدرى، إلا أن يستأذن. نص عليه.

قوله: ﴿فَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا مُكْرَهًا: لَمْ يَصَحَّ﴾.

هذا البيع. هذا المذهب (٣) بشرطه. وعليه الأصحاب.

وقال فى الفائق، قلت: ويحتمل الصحة، وثبوت الخيار عند زوال الإكراه.

فوائد

إحداها: قوله: ﴿التَّرَاضَى بِهِ، وَهُوَ أَنْ يَأْتِيَا بِهِ اخْتِيَارًا﴾.

لو أكره على وزن مال، فباع ملكه لذلك: كره الشراء، وصح. على الصحيح من المذهب والروايتين. وهو بيع المضطر.

ونقل حنبل تحريمه وكراهيته.

واختار الشيخ تقي الدين الصحة من غير كراهة. ذكره عنه فى الفائق.

(١) قال فى المغنى: (وكذلك الحكم فى الإيجاب والقبول فى الهبة والهدية والصدقة. ولم ينقل عن النبى ﷺ ولا عن أحد من أصحابه استعمال ذلك فيه وقد أهدى إلى رسول الله من الحبشة وغيرها وكان الناس يتجرون بهداياهم يوم عائشة متفق عليه. وما رواه البخارى عن أبى هريرة قال: كان رسول الله ﷺ إذا أتى بطعام سأل عنه «أهدية أم صدقة» فإن قيل صدقة قال لأصحابه «كلوا» ولم يأكل وإن قيل هدية ضرب بيده وأكل معهم «المغنى (٥/٤).

(٢) ذكره أيضا فى الشرح بصورته كما بالمغنى الشرح الكبير (٥/٤).

(٣) ذكر فى الشرح الكبير فى شروط البيع - إلا أنه يكره بحق كالأذى يكرهه الحاكم على بيع ماله لوفاء دينه فيصح لأنه قول حمل عليه الحق فصح كإسلام المرتد، الشرح الكبير (٥/٤)، ويشترط له الرضى لقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾. إلا فيما يجب. الكافى (٣/٢).

٢٥٤..... كتاب البيع

الثانية: بيع التلحئة، والأمانة - وهو أن يظهرها بيعا لم يريدها باطنا، بل خوفا من ظالم دفع له - باطل. ذكره القاضى، وأصحابه، والمصنف، والشارح، وصاحب الفروع، والرعاية، وغيرهم. وهو من مفردات المذهب.

وقال فى الرعاية: ومن خاف ضيعة ماله، أو نهبه، أو سرقة، أو غصبه، أو أخذه منه ظلما: صح بيعه.

قال فى الفروع - عن كلامه - وظاهره: أنه أودع شهادة: فقال: اشهدوا على أنى أبيع، أو أتبع له به، خوفا أو تقية: أنه يصح ذلك. خلافا للمالك فى التبرع.

قال الشيخ تقي الدين: من استولى على مال غيره ظلما بغير حق، فطلبه صاحبه، فجحده أو منعه إياه حتى يبيعه. فباعه على هذا الوجه: فهذا مكره بغير حق.

الثالثة: لو أسرا الثمن ألفا بلا عقد. ثم عقده بألفين: ففى أيهما الثمن؟ فيه وجهان. وأطلقهما فى الفروع فى باب الصداق، والرعاية الكبرى. قطع ناظم المفردات: أن الثمن الذى أسراه. وهو من المفردات. وحكاها أبو الخطاب، وأبو الحسين عن القاضى.

والذى قطع به القاضى فى الجامع الصغير: أن الثمن ما أظهره. ولو عقده سرا بثمان، وعلائية بأكثر. فقال الحلوانى: هو كالنكاح. اقتصر عليه فى الفروع. ذكره فى كتاب الصداق.

الرابعة: فى صحة بيع الهازل وجهان. وأطلقهما فى الفروع. وصح فى الفائق البطلان. واختاره القاضى. وجزم به المصنف، والشارح، وهو ظاهر ما جزم به فى الرعاية الكبرى.

قال فى القواعد الأصولية والفقهية: والمشهور البطلان.

وقيل: لا يبطل. اختاره أبو الخطاب. قاله فى القواعد الأصولية والفقهية. وقال فى الإلتصار: يقبل منه بقرينة.

الخامسة: من قال لآخر: اشترنى من زيد، فإنى عبده. فاشتراه، فبان حرا، لم يلزمه العهدة. حضر البائع أو غاب. على الصحيح من المذهب. نقله الجماعة. كقوله: اشتريه منه عبده هذا. ويؤدب هو وبائعه، لكن ما أخذه المقر غرمة. نص عليهما.

كتاب البيع ٢٥٥

وسأله ابن الحكم عن رجل يقر بالعبودية حتى يباع ؟ فقال: يؤخذ البائع والمقر بالثمن. فإن مات أحدهما أو غاب، أخذ الآخر بالثمن. واختاره الشيخ تقي الدين.

قلت: وهو الصواب.

قال في الفروع: ويتوجه هذا في كل غار^١ وما هو ببيعه.

ولو كان الغار أنثى حدث ولا مهر. نص عليه. ويلحق الولد.

السادسة: لو أقر أنه عبده فرهنه. قال في الفروع: فيتوجه كبيع.

قلت: وهو الصواب.

ولم ينقل عن أحمد فيه إلا رواية ابن الحكم المتقدمة. وقال بها أبو بكر.

قوله الثاني: ﴿أَنْ يَكُونَ الْعَاقِدُ جَائِزَ التَّصَرُّفِ. وَهُوَ الْمَكْلَفُ الرَّشِيدُ﴾.

الصحيح من المذهب^(١)، وعليه أكثر الأصحاب: اشتراط التكليف والرشد في صحة البيع من حيث الجملة.

وعنه: يصح تصرف المميز، ويقف على إجازة وليه.

وعنه: يصح مطلقا. ذكرها الفخر إسماعيل البغدادي.

وقال في الانتصار، وعيون المسائل: ذكر أبو بكر صحة بيعه ونكاحه.

قوله: ﴿إِلَّا الصَّبِيَّ الْمَمِّيَّزَ وَالسَّفِيَّهَ. فَإِنَّهُ يَصِحُّ تَصَرُّفُهُمَا بِأَذْنِ وَلِيِّهِمَا فِي إِحْدَى

الرَوَايَتَيْنِ﴾.

وهي المذهب. وعليه الأصحاب.

والرواية الأخرى: لا يصح تصرفهما إلا في الشيء اليسير. وأطلقهما في المغنى^(٢)

(١) ذكره في الكافي فقال: (ولا يصح من غير عاقل كالطفل والمجنون والسكران والنائم والميرسم ولأنه قول يعتبر له الرضى فلم يصح من غير عاقل كالإقرار) الكافي (٤/٢)، ذكره أيضا صاحب الشرح الكبير (٥/٤).

(٢) ذكره في المغنى (يصح تصرف الصبي المميز بالبيع والشراء فيما أذن له الولي منه في إحدى الروايتين والثانية لا يصح حتى يبلغ لأنه غير مكلف أشبه غير المميز ولأن العقل لا يمكن الوقوف عليه) المغنى (٢٩٦/٤).

٢٥٦ كتاب البيع

والشرح^(١). وأطلق وجهين في الكافي^(٢)، والتلخيص. وأطلقهما في السفية في باب الحجر، والهداية، والمذهب، والخلاصة، والكافي^(٣).

تنبيه: يستثنى من محل الخلاف: عدم وقف تصرف السفية.

قال في الفروع: والسفيه مثل المميز إلا في عدم وقفه. يعنى أن لنا رواية في المميز بصحة تصرفه، ووقوفه على إجازة الولي. بخلاف السفية.

ويستثنى أيضا من الخلاف في المميز، والمراهق: تصرفه للاختبار، فإنه يصح قولاً واحداً. جزم به في الفروع، والرعاية، وغيرهما.

قلت: ظاهر كلام المصنف: عدم صحة تصرف غير المميز مطلقاً.

أما في الكثير: فلا يصح. قولاً واحداً. ولو أذن فيه الولي.

وأما في اليسير: فالصحيح من المذهب: صحة تصرفه. وهو الصواب. قطع به في المغنى^(٤)، والشرح^(٥).

وقيل: لا يصح. وجزم به في الرعاية الكبرى. وأطلقهما في الفروع.

فائدة: يصح تصرف العبد والأمة بغير إذن السيد فيما يصح فيه تصرف الصغير بغير إذن وليه. قاله الأصحاب.

تنبيه: أفادنا المصنف رحمه الله: أن تصرف الصبي والسفيه: لا يصح بغير إذن وليهما إلا في الشيء اليسير. كما قال المصنف. وهو الصحيح في الجملة. وهو المذهب. وعليه الأكثر.

ونقل حنبل: إن تزوج الصغير فبلغ أباه. فأجازته: جاز.

(١) قال في الشرح: يصح تصرف الصبي والمميز بالبيع والشراء فيما أذن له الولي فيه في إحدى الروايتين والأخرى لا يصح حتى يبلغ لأنه غير مكلف فأشبهه غير المميز، ولأن العقل لا يمكن الوقوف منه على الحد الذي يصح به التصرف لخفائه وتزايدته تزايداً خفى التدريج فجعل الشارع له ضابطاً وهو البلوغ فلا ترتب له أحكام العقلاء قبل وجود المظنة الشرح الكبير (٦/٤).

(٢) قال صاحب الكافي: في باب المميز (ولا يختبر إلا المراهق المميز الذي يعرف البيع والشراء فإذا تصرف بإذن وليه صح تصرفه لأنه متصرف بأمر الله تعالى فصح تصرفه كالراشد وفي رواية أخرى لا يختبر إلا بعد البلوغ لأنه قبله ليس بأهل التصرف لأنه لم يوجد البلوغ الذي هو مظنة العقل فكان عقله بمنزلة المعلوم) الكافي (١١١/٢).

(٣) نفس المرجع السابق.

(٤) قال في المغنى: (أما غير المميز فلا يصح تصرفه وأن أذن له الولي فيه إلا في الشيء اليسير) المغنى (٢٩٧/٤).

(٥) قال في الشرح: (ولا يصح بغير إذنه إلا في الشيء اليسير) - انظر الشرح (٦/٤-٧).

قال جماعة: ولو أجازته هو بعد رشده: لم يجوز.
ونقل أبو طالب، وأبو الحارث، وابن مشيش: صحة عتقه إذا عقله.
وكذا قال في عيون المسائل: يصح عتقه. وأن أحمد قاله.
[وقدم في التبصرة صحة عتق المميز]
وذكر في المبهج، والترغيب في صحة عتق المحجور عليه، وابن عشر، وابنة تسع:
روايتين.

وقال في الموجز، في صحة عتق المميز: روايتان.
وقال في الإقتصار، والهداية، والمذهب، والخلاصة، والمصنف، في هذا الكتاب في
باب الحجر وغيرهم: في صحة عتق السفية روايتان.
ويأتى بعض ذلك في أول كتاب العتق.
وقال ابن عقيل: الصحيح عن أحمد: عدم صحة عقوده. وأن شيخه القاضي قال:
الصحيح عندي في عقوده كلها روايتان.
وقدم في التبصرة صحة عتق مميز وسفيه ومفلس.
ونقل حنبل: إذا بلغ عشرة تزوج وزوج وطلق.
وفي طريقة بعض أصحابنا في صحة تصرف مميز ونفوذه بلا إذن ولي وإبرائه
وإعتاقه وطلاقه: روايتان. انتهى.

وشراء السفية في ذمته، واقتراضه: لا يصح. على الصحيح من المذهب. وقيل:
يصح. ويأتى أحكام السفية في باب الحجر.
وأما الصبي: فله أحكام كثيرة متفرقة في الفقه. ذكر أكثرها في القواعد الأصولية.
ويأتى بعضها في كلام المصنف في وصيته، وتزويجه، وطلاقه، وظهاره، وإيلائه،
وإسلامه، وردته، وشهادته، وإقراره، وغير ذلك.

وفي قبول المميز والسفيه. وكذا العبد: هبة ووصية بدون إذن ثلاثة أوجه.
ثالثها: يصح من العبد دون غيره. نص عليه. قاله في الفروع.
وذكر في المغنى (١): أنه يصح قبول المميز. وكذا قبضه. واختاره أيضا الشارح

(١) قال في المغنى: في باب الهبة (إذا قبل لنفسه وقبض لها صح لأنه من أهل التصرف فإنه يصح بيعه
وشراؤه بإذن الولي فهنا أولى ولا يحتاج إلى إذن الولي ههنا لأنه محض مصلحة ولا ضرر فيه فصح من
غير إذن وليه كوصية وكسب المباحات) المغنى (٦/٢٥٩).

٢٥٨ كتاب البيع

والخارثي. وفيه احتمال. وأطلقهما في الرعايتين، والحاوين في السفية والمميز. وأطلقهما في الفائق في الصغير.

قلت: الصواب الصحة في الجميع. ويقبل من مميز.

قال أبو الفرج: ودونه هدية أرسل بها، وإذنه في دخول الدار ونحوها.

وفى جامع القاضى، ومن فاسق وكافر. وذكره القرطبي إجماعاً.

وقال القاضى فى موضع: يقبل منه إن ظن صدقة بقرينة، وإلا فلا. قال فى

الفروع: وهذا متجه.

تبييه: قوله الثالث: ﴿أَنَّ يَكُونَ الْمَبِيعُ مَالًا. وَهُوَ مَا فِيهِ مَنَفَعَةٌ مُبَاحَةٌ لِغَيْرِ

ضُرُورَةٍ﴾.

فتقيده بما فيه منفعة: احترازاً عما لا منفعة فيه، كالخشرات ونحوها.

وتقيده بالمنفعة بالإباحة: احترازاً عما فيه منفعة غير مباحة، كالخمر والخنزير

ونحوهما.

وتقيده بالإباحة لغير ضرورة: احترازاً عما فيه منفعة مباحة لضرورة، كالكلب

ونحوه. قاله ابن منجاء، وقال: فلو قال المصنف «لغير حاجة» لكان أولى، لأن اقتناء

الكلب يحتاج إليه ولا يضطر. فمراده بالضرورة: الحاجة.

وقال الشارح: وقوله «لغير ضرورة» احترازاً من الميتة والمحرمات التى تباح فى

حال المحمصة، والخمر التى تباح لدفع اللقمة بها. انتهى.

قلت: وهو أقعد من كلام ابن منجاء. وهو مراد المصنف.

تبييه: دخل فى كلام المصنف صحة بيع مجاز فى ملك غيره. ومعين من حائط

يجعله باباً، ومن أرضه يصنعه بئراً، أو بالوعة، وعلو بيت معين يبنى عليه بناء

موصوفاً. ولو لم يكن البيت مبنياً، على أصح الوجهين. قاله فى الرعاية. وحزم به

ابن عبدوس فى تذكرته، والهداية، والخلاصة، والحاوى الكبير.

وقيل: لا يصح إذا لم يكن مبنياً. وأطلقهما فى الرعاية الصغيرى، والحاوى الصغير.

ويأتى ذلك فى كلام المصنف فى باب الصلح.

قوله: ﴿فَيَجُوزُ بَيْعُ الْبَغْلِ وَالْحِمَارِ﴾.

كتاب البيع..... ٢٥٩
 هذا المذهب^(١)، بلا ريب. وعليه الأصحاب. وحكاه فى التلخيص، والبلغة، إجماعاً.

وقال الأزجى فى النهاية: القياس أنه لا يجوز بيعهما، إن قلنا بنجاستهما. وخرجه ابن عقيل قولاً.

قوله: ﴿وَدُودِ الْقَرْزِ﴾.

الصحيح من المذهب^(٢): جواز بيع دود القز. وعليه جماهير الأصحاب. وجزم به كثير من الأصحاب. وقال أبو الخطاب فى إنتصاره: لا يجوز بيعه.

قوله: ﴿وَبِزْرِهِ﴾.

يعنى إذا لم يدب. هذا المذهب. وعليه جماهير الأصحاب. وجزم به فى الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والخلاصة، والوجيز، وغيرهم. وقدمه فى المستوعب، والمعنى^(٣)، والشرح^(٤)، والفروع وغيرهم.

وفيه وجه: لا يجوز بيعه ما لم يدب. وجزم به فى عيون المسائل. واختاره القاضى. وأطلقهما فى المحرر^(٥)، والرعايتين، والحاويين، والفائق.

فائدة: إذا دب بزر القز فهو من دود القز. حكمه حكمه، كما تقدم.

قوله: ﴿وَالنَّحْلُ مُنْفَرِدًا، وَفِي كَوَارِثِهِ﴾.

يجوز بيع النحل منفرداً. على الصحيح من المذهب. وعليه جماهير الأصحاب. وجزم به فى الهداية، والمذهب، والخلاصة، والمعنى^(٦) [ومسبوك الذهب. والمعنى] والتلخيص، والبلغة، والشرح^(٧)، والمحرر^(٨)، والحاويين، والوجيز، والمنور، وغيرهم.

(١) ذكر الإجازة صاحب الشرح حيث قال: (فيجوز بيع البغل والحمار). الشرح الكبير (٧/٤). الكافى (قال كل عين مملوكة مباح نفعها واقتناؤها من غير ضرورة يجوز بيعها) الكافى (٤/٢)، قال فى المحرر:

(وكل ما أبيع نفعه واقتناؤه مطلقاً فيبيعه جازئ كالبيغل والحمار ونحوهما) المحرر (٢٨٤/١).

(٢) ذكره فى المحرر: (بقوله ودود القز) المحرر (٢٨٤/١)، ذكره فى الكافى (ويجوز بيع دود القز)، الكافى (٤/٢)، ذكره الشرح (٨/٤)، المعنى (٣٠٣/٤).

(٣) قال فى المعنى: يجوز لأنه طاهر منتفع به فجاز بيعه كالثوب. المعنى (٣٠٣/٤).

(٤) قال فى الشرح «ويجوز بيع دود القز وبذره لأنه حيوان طاهر يجوز اقتناؤه لتملك ما يخرج منه أشبه البهائم ولأن اللود وبذره طاهر منتفع به فجاز بيعه كالثوب» الشرح الكبير (٨/٤).

(٥) قال فى المحرر: (وفى بذره وجهان) المحرر (٢٨٥/١).

(٦) قال فى المعنى: (يجوز بيعه منفرداً لأنه حيوان طاهر يخرج من بطونها شراب فيه شفاء للناس فجاز بيعه) المعنى (٣٠٤/٤).

(٧) قال فى الشرح: (ويجوز بيع النحل إذا شاهدها محبوسة بحيث لا يمكنها أن تمتنع لأنه حيوان طاهر يخرج من بطنه شراب فيه منافع للناس فجاز بيعه وتوارثه) الشرح الكبير (٨/٤).

(٨) قال فى المحرر: (ويصح بيع النحل فى كوارثه معها وبدونها) المحرر (٢٨٨/١).

٢٦٠ كتاب البيع

وصححه فى الفروع. وقدمه فى الرعايتين. وقيل: لا يصح.

قوله: ﴿وَفِي كَوَارِثِهِ﴾.

الصحيح من المذهب: أنه يجوز بيع النحل مع كوارثه. جزم به فى الهداية والمذهب، والخلاصة، والمحرم^(١)، والحاوى الصغير، والمنور، وغيرهم. وصححه فى الفروع، والرعايتين.

وقيل: لا يصح. قال القاضى: لا يصح بيعها فى كوارثها. وأطلقهما فى المغنى^(٢)، والتلخيص، والبلغة، والشرح^(٣)، والحاوى الكبير.

فعلى المذهب فيها: يشترط أن يشاهد النحل داخلا إليها عند الأكثر. قاله فى الفروع. وقيل: لا يشترط. وقدمه فى الرعايتين.

قال فى الكبرى - بعد أن قدم هذا فى بيعه منفردا - وقيل: إذا رأياه فيها وعلمنا قدره وأمكن أخذه. وقيل: إن رأياه يدخلها. وإلا فلا.

فائدة: قال فى التلخيص، والبلغة، وجماعة: لا يصح بيع الكوارة بما فيها من عسل ونحل. واقتصر عليه فى الفائق. وقدمه فى الرعايتين. وجزم به فى الحاوى الصغير.

وقال فى الفروع: وظاهر كلام بعضهم صحة ذلك. انتهى.

قلت: اختاره فى الرعايتين.

وأما إذا كان مستورا بأقراصه: فإنه لا يجوز بيعه. جزم به فى المغنى^(٤)، والشرح^(٥)، والرعاية الكبرى، والحاوى الكبير، وغيرهم.

(١) قال فى المحرم: (يصح إذا شوهدا داخلا إليها).

(٢) قال فى المغنى: (واختلف أصحابنا فى بيعها فى كوارثها فقال القاضى لا يجوز لأنه لا يمكن مشاهدة جميعها ولأنها لا تخلو من عسل يكون مبيعا معها وهو مجهول. وقال أبو الخطاب: يجوز بيعها فى كوارثها منفردة منها فإنه يمكن مشاهدتها فى كوارثها إذا فتح رأسها. المغنى (٣٠٤/٤).

(٣) قال فى الشرح: «فقال القاضى لا يجوز لأنه لا يمكن مشاهدتها جميعا ولأنها لا تخلو من عسل يكون مبيعا معها وهو مجهول، ثم ذكر وقال أبو الخطاب: يجوز بيعها فى كوارثها منفردة عنها فإنه يمكن مشاهدتها فى كوارثها إذا فتح رأسها ويعرف كثرته من قلته وخفاء بعضه لا يمنع صحة بعضه» الشرح الكبير (٨/٤).

(٤) قال فى المغنى: (فإن لم يمكن مشاهدة النحل لكونه مستورا بأقراصه ولم يعرف لم يجر بيعه لجهالته) المغنى (٣٤٤/٤).

(٥) قال فى الشرح: (فإن لم يمكن مشاهدته لكونه مستورا بأقراصه ولم يعرف لم يجر بيعه لجهالته) الشرح الكبير (٨/٤).

فائدتان

إحداهما: ذكر الخرقى. أن الترياق لا يؤكل، لأن فيه لحوم الحيات. فعلى هذا: لا يجوز بيعه، لأن نفعه إنما يحصل بالأكل، وهو محرم. فخلا من نفع مباح. ولا يجوز التداوى به، ولا بؤسم الأفاعى.

فأما السم من الحشائش والنبات: فإن كان لا ينتفع به، أو كان يقتل قليله: لم يجز بيعه لعدم نفعه. وإن انتفع به، وأمكن التداوى بيسيره، كالسقمونيا ونحوها: جاز بيعه.

الثانية: يصح بيع علق لمص دم، وديدان تترك فى الشئ لصيد السمك. على الصحيح من المذهب. صححه فى المغنى^(١)، والشرح^(٢)، والنظم، والحاوى الكبير. وقدمه فى الرعاية الكبرى.

وقيل: لا يصح. وأطلقهما فى الفروع، والفائق.

قوله: ﴿وَيَجُوزُ بَيْعُ الْهَرِّ وَالْفِيلِ وَسَبَاعِ الْبَهَائِمِ الَّتِي تَصْلُحُ لِلصَّيْدِ، وَكَذَا سَبَاغُ الطَّيْرِ. فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ﴾.

هذا المذهب، صححه فى التصحيح، والكافى^(٣)، والنظم، وغيرهم. واختاره المصنف، والشارح، وابن رزین فى شرحه.

قال الحارثى فى شرحه: الأصح جواز بيع ما يصلح للصيد. وقدمه ابن رزین فى شرحه، والحاوى الكبير. وجزم به الخرقى، وصاحب الوجيز، والمنور، ومنتخب الأدمى، وغيرهم.

والأخرى: لا يجوز. اختارها أبو بكر، وابن أبى موسى، وصاحب الهدى. قال فى القواعد الفقهية: لا يجوز بيع الهر. فى أصح الروايتين. واختاره فى الفائق فى الهر. وأطلقهما فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والتلخيص، والبلغة، والمحرر^(٤)، والرعايتين، والحاوى الصغير، والفروع، وتجريد العناية، والزرکشى، وكذا

(١) قال فى المغنى: (وجهان أصحهما: جواز بيعها لحصول نفعها فهى كالسمك: الثانى - لا يجوز لأنها لا ينتفع بها إلا نادرا فأشبهت ما لا نفع منه) المغنى (٣٠٣/٤).

(٢) قال فى الشرح: وجهان أصحهما جواز بيعها لحصول نفعها فهى كالسمك. الشرح الكبير (٩/٤).

(٣) قال فى الكافى: (ويجوز بيع الهر وسباع البهائم والطيور التى تصلح للصيد كالشهد والبازى ونحوهما غير الكلب فى إحدى الروايتين وهى اختيار الخرقى والأخرى لا يجوز بيعها لنجاستها فأشبهت الكلب والأصح الأول) لأنه حيوان أبيض نفعه واقتناؤه من غير وعيد فى حبسه فجاز. الكافى (٤/٢).

(٤) قال فى المحرر: (على روايتين إحداهما يجوز بيعه وهو المذهب) المحرر (٢٨٥/١).

الفائق في غير الهر.

وقيل: يجوز فيما قيل بطهارته منها.

وقيل: يجوز بيع المعلم منها دون غيره، ويحتمله كلام المصنف هنا.

لكن الأولى: أنه أراد ما يصلح أن يقبل التعليم. وهو محل الخلاف.

فعلى المذهب: في جواز بيع فراخه، وبيضه وجهان. وأطلقهما في الفروع.

وأطلقهما في الرعاية في البيض.

أحدهما: يجوز فيما إذا كان البيض ينتفع به. بأن يصير فراخا. اختاره المصنف،

والشارح. وصححه في النظم. وقدمه في الكافي^(١)، والحاوي الكبير، وابن رزين.

قال الزركشي: إن قبل التعليم جاز على الأشهر، كاللحش الصغير.

وقيل: لا يجوز بيعهما.

قال القاضي: لا يجوز بيع البيض لنجاسته. ورده المصنف، والشارح.

تنبيه: قوله: «التي تصلح» عائد إلى «سباع البهائم للصيد» فقط. وهو ظاهر كلام

كثير من الأصحاب. وتعليقهم يدل عليه. لا إلى الهر والفيل.

وقال في الفروع: وفي بيع هر وما يُعَلَّم من الصيد، أو يقبل التعليم. كفيل، وفهد،

وباز. إلى آخره.

وقال بعد ذلك: فإن لم يقبل الفيل والفهد التعليم: لم يجز بيعه. كأسد، وذئب،

ودبُّ، وغبابُ.

فلعله أراد أن تعليم كل شيء بحسبه. فتعليم الفيل للركوب والحمل عليه ونحوهما.

وتعليم غيره للصيد. لا أنه أراد تعليم الفيل للصيد. فإن هذا لم يعهد، ولم يذكره

الأصحاب فيما يصاد به على ما يأتي. ولشئنا عليه كلام في حواشي الفروع.

فوائد

الأولى: في جواز بيع ما يصاد عليه - كالبومة التي يجعلها شباشا لتجمع الطيور إليها

فيصيدها الصياد - وجهان. وهما احتمالان مطلقان في المعنى^(٢)، والشرح^(٣)، والرعاية

(١) قال في الكافي: (لأنه يصير إلى حال ينفع فأشبهه طفل العبيد وما ينتفع من بيض الطير لمصيره فرخا فهو كفرخه لأن ماله إلى النفع) الكافي (٤/٢).

(٢) ذكر صاحب المعنى الاحتمالين قال: (فيحتمل جواز بيعها للنفع الحاصل منها ويحتمل المنع لأن ذلك مكروه لما فيه من تعذيب الحيوان) المعنى (٣٠٣/٤).

(٣) قال في الشرح الكبير: (فيحتمل جواز بيعها للنفع الحاصل منها ويحتمل المنع لأن ذلك مكروه لما فيه من تعذيب الحيوان) الشرح الكبير (١٠/٤).

كتاب البيع..... ٢٦٣

الكبرى. وأطلقهما فى الفروع، والحاوى الكبير. وكذا حكم اللقلق.
أحدهما: يجوز. قدمه ابن رزين فى شرحه. وكذا قدم الجواز فى اللقلق. والثانى:
لا يجوز.

الثانية: بيع القرد، إن كان لأجل اللعب به: لم يصح. على الصحيح من المذهب.
جزم به فى الرعاية، والمستوعب.

وقيل: يصح مع الكراهة. قدمه فى الحاوى الكبير. وقد أطلق الإمام أحمد رحمه
الله كراهة بيع القردة وشرائها.

فإن كان لأجل حفظ المتاع ونحوه. فقيل: يصح. اختاره ابن عقيل، وقدمه فى
الحاوى الكبير. وتقدم نص أحمد.

قلت: وهو الصواب. وعمومات كلام كثير من الأصحاب تقتضى ذلك.
وقيل: لا يصح. قال المصنف، والشارح: هو قياس قول أبى بكر، وابن
أبى موسى. واختاره ابن عبدوس فى تذكرته. وأطلقها فى المستوعب، والرعايتين،
والفائق.

وظاهر المغنى^(١)، والشرح^(٢)، والفروع: الإطلاق.

وقال فى آداب الرعايتين: يكره اقتناء قرد لأجل اللهو واللعب. وقيل: مطلقاً.
قلت: الصواب تحريم اللعب.

الثالثة: يصح بيع طير لأجل صوته. كالهزار، والبلبل، والبيغاء. ذكره جماعة.
منهم: صاحب المستوعب، والمصنف، والشارح، وصاحب الرعايتين، والحاويين،
والنظم، وشرح ابن رزين. وقدمه فى الفروع.

وقال الشيخ تقي الدين: يجوز بيعه إن جاز حبسه. وفى جواز حبسه احتمالان.
ذكرهما ابن عقيل.

وقال فى الموجز: لاتصح إجارة ما قصد صوته. كدريك، وقمرى.

قال فى التبصرة: لاتصح إجارة ما لا يتنفع به. كغنم، ودجاج، وقمرى، وبلبل.

(١) ذكر صاحب المغنى الإطلاق فقال: (قال أحمد أكره بيع القرد وهذا محمول على بيعه للإطانة به

واللعب فأما بيعه لم يتنفع به لحفظ المتاع والدكان ونحوه) المغنى (٤/٣٠٤).

(٢) قال فى الشرح: (قال أحمد رحمه الله أكره بيع القرد قال ابن عقيل هذا محمول على بيعه للإطانة به

واللعب فأما بيعه لمن يتنفع به لحفظ المتاع والدكان ونحوه فيجوز لأنه كالصقر) الشرح الكبير

(٤/١٠).

٢٦٤ كتاب البيع

وقال في الفنون: يكره.

قوله: ﴿وَيَجُوزُ بَيْعُ الْعَبْدِ الْمُرْتَدِّ وَالْمَرِيضِ﴾.

أما المرتد: فيجوز بيعه بلا نزاع^(١). ونص عليه، إلا أن صاحب الرعاية قال: يجوز بيعه مع جواز استنابته. وإلا فلا.

فائدة: لو جهل المشتري أنه مرتد. فله الأرش، سواء قتل أو لا. وفيه احتمال أن له الثمن كله.

وأما المريض: فالصحيح من المذهب: جواز بيعه مطلقا. وعليه الأصحاب.

وقيل: إن كان مأبوسا منه لم يجز بيعه. وإلا جاز.

قوله: ﴿وَفِي بَيْعِ الْجَانِي، وَالْقَاتِلِ فِي الْمَحَارَبَةِ، وَلِبْنِ الْآدَمِيَّاتِ. وَجِهَانٍ﴾.

أما بيع الجاني: فأطلق في صحة بيعه وجهين. وأطلقهما في الرعاية الصغرى والحاويين.

أحدهما: يصح. وهو المذهب. نص عليه. وعليه أكثر الأصحاب. صححه في التصحيح، والشرح^(٢)، والنظم، وغيرهم. وجزم به في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمحزر^(٣)، والحاوي الكبير، والوجيز، والمنور، وغيرهم. وقدمه في الفروع، والرعاية الكبرى، والفائق، وغيرهم.

قال في القاعدة الثالثة والخمسين: هو قول أكثر الأصحاب.

وقيل: لا يصح بيعه. اختاره أبو الخطاب في الانتصار. قاله في أول القاعدة الثالثة والخمسين.

فعلى المذهب: سواء كانت الجناية عمدا أو خطأ، على النفس وما دونها. ثم ينظر، فإن كان البائع معسرا بأرش الجناية فسخ البيع وقدم حق الجنى عليه لتعلقه به. وإن كان موسرا بالأرش لزمه. وكان المبيع بحاله. لأنه بالخيار بين أن يفديه أو يسلمه. فإذا باعه فقد اختار فداءه.

(١) قال في الشرح: «حكم بيع المرتد حكم القاتل في صحة بيعه وسائر أحكامه وبيعه جائز لأن قتله غير متحتم لاحتمال رجوعه إلى الإسلام، ولأنه مملوك منتفع به وخشية هلاكه لا تمنع صحة بيعه كالمريض فإننا لا نعلم خلافا في صحة بيع المريض الشرح الكبير (١٠/٤)، المحزر (٢٨٥/١)، الكافي (٤/٢).

(٢) الشرح الكبير (١١/٤).

(٣) قال في المحزر: (قال في الجاني يجوز بيعه نص: عليه والمتحتم قتله للمحاربة وجهان أحدهما يصح بيعه وهو المذهب ولبن آدمية لا يجوز وقيل يجوز من الأمة دون الحرة) المحزر (٢٨٥/١).

كتاب البيع..... ٢٦٥

وأما المشتري إذا لم يعلم: فله الخيار بين أخذ الأرش أو الرد. فإن عفا عن الجناية قبل طلبها: سقط الرد والأرش، وإذا قتل ولم يعلم المشتري بأن دمه مستحق تعيين الأرش لاغير. وهو من المفردات.

ويأتى هذا بعينه فى كلام المصنف فى آخر خيار العيب.

فائدة: السرقة جنابة.

ويأتى هل يجوز بيع المدبر، والمكاتب، وأم الولد؟ فى أبوابها.

وأما بيع القاتل فى المحاربة - يعنى إذا تحتم قتله - فأطلق المصنف فيه وجهين. وأطلقهما فى الكافى^(١)، والمحرر^(٢)، والفروع، والرعايتين، والحاوى الصغير، والفائق.

أحدهما: يصح. وهو المذهب. صححه فى المغنى^(٣). والشرح^(٤)، والنظم، والتصحيح. وحزم به فى الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والخلاصة، والوجيز، والمنور، وغيرهم. وقدمه فى المستوعب، والحاوى الكبير.

والوجه الثانى: لا يصح. قال القاضى: إذا قدر عليه قبل التوبة لم يصح بيعه، لأنه لا قيمة له. انتهى.

ومحل الخلاف: إذا تحتم قتله. فأما إذا تاب قبل القدرة عليه: فحكمه حكم الجانى على ما مر.

تنبيه: ألحق فى الرعاية الكبرى من تحتم قتله فى كفر بمن تحتم قتله فى المحاربة.

وأما بيع لبن الآدميات: فأطلق فيه وجهين. وأطلقهما فى الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والكافى^(٥)، والتلخيص، والبلغة، والفروع، والرعايتين، والحاويين، وتجريد العناية.

أحدهما: يصح مطلقا. وهو المذهب. وهو ظاهر كلام الخرقى. وصححه

(١) قال فى الكافى: قال يصح بيعه لأنه ينتفع به فصح بيعه كالزمن وحكمه حكم المرتد وقال القاضى: لا يصح بيعه لأنه متحتم القتل فلا منفعة فيه فأشبه الميت. الكافى (٥/٢).

(٢) قال فى المحرر: (والمتحتم قتله للمحاربة وجهان أحدهما يصح بيعه وهو المذهب) المحرر (٢٨٥/١).

(٣) ذكر صاحب المغنى وجهين الأول يصح والآخر لا يصح بيعه لأنه معلق فيه حق فمنع صحة بيعه وضح الأول. المغنى (٢٥٣/٤).

(٤) الشرح الكبير (١١/٤).

(٥) قال فى الكافى: قال أحمد أكره بيع لبن الآدميات فيحتمل التحريم لأنه مائع خارج من آدمية أشبه العرق ويحتمل كراهيته التنزيه لأنه ظاهر منتفع به أشبه لبن الشاة. الكافى (٤/٢).

٢٦٦.....كتاب البيع

المصنف، والشارح، والناظم، وصاحب التصحيح، وغيرهم. وجزم به فى الوجيز ومنتخب الأدمى. واختاره ابن حامد، وابن عبدوس فى تذكرته.

والوجه الثانى: لا يصح مطلقا. قال المصنف، والشارح: ذهب جماعة من أصحابنا إلى تحريم بيعه. وجزم به فى المنور. وقدمه فى المحرر^(١).

[فعليه: لو أتلفه متلف ضمنه. على الصحيح من المذهب، ويحتمل ألا يضمنه. كالدع والعرق. قاله القاضى. ونقله فى شرح المحرر للشيخ تقى الدين].

وقيل: يصح من الأمة دون الحرة. وأطلقهن فى الفائق، وأطلق الإمام أحمد رحمه الله الكراهة.

فائدة: لا يجوز بيع لبن الرجل. ذكره القاضى محل وفاق. وتابعه الشيخ تقى الدين على ذلك.

قلت: وفى تقييد[بعض] الأصحاب ذلك بالآدميات إيماء إلى ذلك.

فائدة: لا يصح بيع من نذر عتقه. على الصحيح من المذهب. قال فى الفروع: الأشهر منعه. وجزم به فى المحرر^(٢)، والفائق، والمنور، وتذكرة ابن عبدوس. وقدمه فى الراعيتين، والنظم.

وقال القاضى، وصاحب المنتخب: فى بيعه نظر.

وقال فى الراعيتين - من عنده، بعد أن قدم عليه الصحة - قلت: إن علقه بشرط صح بيعه قبله.

زاد فى الكبرى: ويحتمل وجوب الكفارة وجهين. وجزم بما اختاره فى الرعاية صاحب الحاوى الصغير.

وقال الناظم، وقيل: قبيل الشرط به.

قوله: ﴿وَفِي جَوَازِ بَيْعِ الْمُصْحَفِ رَوَاتَانِ﴾.

وأطلقهما فى المذهب، والتلخيص، والبلغة، وتجريد العناية.

إحدهما: لا يجوز ولا يصح. وهو المذهب على ما اصطلاحناه.

قال الإمام أحمد: لا أعلم فى بيعه رخصة. وجزم به فى الوجيز. واختاره المصنف،

(١) قال فى المحرر: (لا يجوز بيع لبن الأدمية) المحرر (٢٨٥/١).

(٢) قال فى المحرر: (ولا يجوز بيع العبد المنذور عتقه) المحرر (٢٨٥/١).

كتاب البيع..... ٢٦٧

والشارح. وقدمه في المغنى (١)، والشرح (٢)، والرعاية الكبرى، والنظم، والكافي (٣)، وابن رزين في شرحه. ونصره.

الرواية الثانية: يجوز بيعه، ويكره. صححه في التصحيح، ومسبوك الذهب، والخلاصة. وجزم به في المنور، وإدراك الغاية، ومنتخب الأدمى.

قال في الرعاية الكبرى: وهو أظهر. وقدمه في الهداية، والمستوعب، والهادى، والمحرر (٤)، والرعاية الصغرى، والحاويين، والفائق. ونظم المفردات. وهو منها. واختاره ابن عبدوس في تذكرته.

وعنه رواية ثالثة: يجوز من غير كراهة. ذكرها أبو الخطاب. وأطلقهن في الفروع.

فائدة

حكم إجارته حكم بيعه خلافا ومذهبا. وكذا رهنه. قاله ناظم المفردات وغيره. ويأتى في آخر كتاب الوقف جواز بيعه إذا تعطلت منافعه.

قوله: ﴿وَفِي كَرَاهَةِ شِرَاكِهِ وَإِبْدَالِهِ رِوَايَتَانِ﴾.

وأطلقهما في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والكافي (٥) والهادى، والتلخيص، والبلغة، والفائق، والحاويين.

إحدهما: لا يكره. وهو المذهب. فقد رخص الإمام أحمد في شرائه. وجزم به في الوجيز، والمنور. وصححه في التصحيح.

قال في الفروع: الأصح أنهما لا يحزمان. وقدمه في المحرر (٦)، والشرح. واختار ابن عبدوس كراهة الشراء وعدم كراهة الإبدال.

والرواية الثانية: يكره. قدمه في الرعايتين.

وعنه يحرم. ولم يذكرها بعضهم.

وذكر أبو بكر في المبادلة: هل هي بيع أم لا؟ على روايتين.

(١) ذكره صاحب المغنى. المغنى (٣٠٦/٤).

(٢) قال صاحب الشرح الكبير (قال أحمد لا أعلم في بيع المصاحف رخصة فلا يجوز لأنه يشتمل على كلام الله تعالى فتجب صيانتها عن البيع والابتدال) الشرح الكبير (١٢/٤).

(٣) ذكره في الكافي مقديما. الكافي (٦/٢).

(٤) قال في المحرر: (ويكره بيع المصحف تنزيها) المحرر (٢٨٥/١).

(٥) قال في الكافي: (وفى شرائها وإبدالها روايتان) الكافي (٦/٢).

(٦) قال في المحرر: (ويجوز شراؤه وإبداله، عنه يكره) المحرر (٢٨٦/١).

٢٦٨..... كتاب البيع

وأنكر القاضى ذلك، وقال: هى بيع بلا خلاف. وإنما اختار الإمام أحمد إبدال المصحف بمثله، لأنه لا يدل على الرغبة عنه، ولا على الاستبدال به بعوض ذىوى، بخلاف أخذ ثمنه. ذكره فى القاعدة الثالثة والأربعين بعد المائة. وتقدم نظير ذلك فى أواخر كتاب الزكاة بعد قوله: «وإن باعه بنصاب من جنسه بنى على حوله».

تنبيه: محل الخلاف فى ذلك: إذا كان مسلماً. فأما إن كان كافراً: فلا يجوز بيعه له قولاً واحداً. وإن ملكه يارث أو غيره ألزم بإزالة ملكه عنه. وتقدم التنبيه على ذلك فى أواخر نواقض الوضوء. ويأتى فى أثناء الرهن: هل تجوز القراءة فيه من غير إذن ربه؟ وهل يلزمه بذلك للقراءة فيه؟

قوله: ﴿وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الْكَلْبِ﴾.

هذا المذهب مطلقاً^(١). وعليه الأصحاب. وقطعوا به.

وقال الحارثى فى شرحه فى كتاب الوقف - عند قول المصنف: «ولا يصح وقف الكلب» - والصحيح اختصاص النهى عن البيع بما عدا كلب الصيد. بدليل رواية حماد بن سلمة عن أبى الزبير عن جابر بن عبد الله رضى الله عنهما. قال «نهى رسول الله ﷺ عن ثمن الكلب، والسنور، إلا كلب صيد» والإسناد جيد. قال: فيصح وقف المعلم، لأن بيعه جائز. انتهى.

ويأتى ذلك فى كتاب الوقف.

قال الزركشى: ومال بعض أصحابنا المتأخرين إلى جواز بيعه.

وتأتى أحكام الكلب المباح واقتنائه، فى باب الموصى به.

قوله: ﴿وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ السَّرْجِينِ النَّجْسِ﴾.

هذا المذهب^(٢). وعليه جماهير الأصحاب. وقطع به كثير منهم. وخرج قول

(١) ذكر فى الشرح (لما روى عن جابر أن النبى ﷺ نهى عن ثمن الكلب والسنور إلا كلب الصيد ولأنه يباح الانتفاع به) الشرح الكبير (١٣/٤)، الكافى (٧/٢)، المحرر (٢٨٤/١)، العمدة والعدة (٢١٦).

(٢) لأنه يجمع على نجاسته فلم يجز بيعه كالميتة وما ذكره ليس بإجماع لأن الإجماع اتفاق أهل العلم ولم يوجد، ولأنه رجع نجس فلم يجز بيعه كرجيع الأدمى) الشرح الكبير (١٤/٤)، الكافى (٦/٢)، المحرر (٢٨٤/١)، المغنى (٣٠٢/٤).

بصحة بيعه من الدهن النجس.

قال مهنا: سألت أبا عبد الله عن السلم في البعر والسرجين؟ فقال: لا بأس.

وأطلق ابن رزين في بيع النجاسة وجهين.

وأطلق أبو الخطاب جواز بيع جلد الميتة.

قال في الفروع: فيتوجه منه بيع نجاسة يجوز الانتفاع بها ولا فرق، ولا إجماع كما قيل. ذكره في باب الآنية. وتقدم ذلك.

وتقدم أيضا - على المنع - هل يجوز إيقاد النجاسة؟ في أوائل كتاب الطهارة.

وتقدم في باب الآنية: هل يجوز بيع جلد الميتة قبل الدبغ أو بعده.

قوله: ﴿وَلَا الْأَذْهَانَ النَّجِسَةَ﴾.

هذا المذهب مطلقا. وعليه جماهير الأصحاب.

قال في المذهب، والكافي^(١) وغيرهما: هذا ظاهر المذهب.

قال المصنف، والشارح، والناظم، وغيرهم: هذا الصحيح من المذهب. وحزم به في الوجيز وغيره. وقدمه في المستوعب، والمحرر^(٢)، والفروع، والرعايتين، والحاويين، والفائق وغيرهم.

وعنه: يجوز بيعها لكافر يعلم نجاستها. ذكرها أبو الخطاب في باب الأطعمة. ومن بعده.

وخرج أبو الخطاب، والمصنف، وصاحب التلخيص، وغيرهم: جواز بيعها حتى لمسلم، من رواية جواز الاستصباح بها، على ما يأتي من تخريج المصنف في كلامه.

قيل: يجوز بيعها إن قلنا تطهر بغسلها وإلا فلا. قاله في الرعاية.

قلت: هذا المذهب. ولا حاجة إلى حكايته قولاً. ولهذا قال في المحرر^(٣)، والحاويين، وغيرهم - على القول بأنها تطهر - يجوز بيعها. ولم يحكوا خلافاً.

وقيل: يجوز بيعها إن جاز الاستصباح بها. ولعله القول المخرج المتقدم لكن حكاها في الرعاية.

(١) قال في الكافي: «لما روى حديث جابر قيل: يا رسول الله أرأيت شحوم الميتة فإنه تدهن بها الجلود وتطلى بها السفن ويستصبح بها الناس فقال: لا هو حرام». متفق عليه (الكافي ٦/٢).

(٢) ذكره في المحرر (١/٢٨٥).

(٣) ذكره في المحرر (يطهر بالغسل فعلى قوله: يجوز بيعه). انظر المحرر (١/٢٨٥).

٢٧٠..... كتاب البيع

تبيينه: قال ابن منجا فى شرحه: مراد المصنف بقوله فى الرواية الثانية (يعلم نجاستها) اعتقاده للطهارة. قال: لأن نفس العلم بالنجاسة ليس شرطاً فى بيع الثوب النجس. فكذا هنا.

قال فى المطلع: وقوله «يعلم نجاستها» معنى أنه يجوز له فى شريعته الانتفاع بها. قلت: ظاهر كلام المصنف وكثير من الأصحاب: اشترط إعلامه بنجاسته لا غير، سواء اعتقد طهارته أولاً. وهو كالصريح فى كلام صاحب التلخيص فيه. فإنه قال: وعنه: يباع لكافر بشرط أن يعلم بالحال.

وقال فى الهداية وغيره: بشرط أن يعلمه أنها نجسة. وقد استدلل هذه الرواية بما يوافق ما نقول. فإنهم استدلوا بقول أبى موسى «لُتوا به السوق، وبيعوه، ولا تبعوه من مسلم. وبينوه».

وقال فى الكافى (١): ويعلم بحاله لأنه يعتقد حله.

قوله: ﴿وفى جواز الاستصباح بها روايتان﴾.

وأطلقهما فى الهداية، والإيضاح، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والكافى (٢)، والمغنى (٣)، والتلخيص، والمحزر (٤)، وابن تيميم، والرعاية الصغرى، والحاويين، والشرح (٥)، وشرح ابن منجا، والفاائق، والمذهب الأحمد، والفروع. إحداهما: يجوز. وهو المذهب. صححه فى التصحيح، والخلاصة، والرعاية الكبرى، وغيرهم.

قال الزركشى: هذا أشهر الروايتين. ونصرها فى المغنى (٦). واختاره الخرقي،

(١) الكافى (٧/٢).

(٢) قال فى الكافى (أحدهما: لا يجوز لأنه دهن نجس أشبه شحم الميتة. الثانية: يجوز لأنه أمكن الانتفاع بها من غير ضرر أشبه الانتفاع بالجلد اليابس) الكافى (٧/٢).

(٣) ذكر فى المغنى فى جواز الاستصباح بالأدهان النجسة، والإطلاق كما فى الشرح النقطة (١) الصفحة القادمة، المغنى (٨٦/١١).

(٤) قال فى المحزر (إحداهما: يجوز الاستصباح به فى غير المسجد) المحزر (٢٨٥/١).

(٥) ذكرهما فى الشرح الكبير «إحداهما لا يجوز لقول النبى ﷺ فى السمن الذى ماتت فيه الفأرة» وإن كان مائعا فلا تقر به. الثانية - يجوز لأنه أمكن الانتفاع به من غير ضرر فجاز كالطاهر، الشرح الكبير (١٥/٤)؟.

(٦) نصره فى المغنى حيث قال: ولنا أنه ذيت أمكن الانتفاع به من غير ضرر فجاز خالطاً هو وقد جاء النبى ﷺ فى العجين الذى عجن بماء من آبار ثمود أنه نهاهم عن أكله وأمرهم أن يعقلوا النواضح وهذا ليس بميته ولا هو من شحومها فيتناول له الخير. إذا ثبت هذا فإنه يستصحب به على وجه لا يمسه ولا تتعدى نجاسته إليه. انظر المغنى (٨٧/١١)

كتاب البيع..... ٢٧١

والشيخ تقي الدين وغيرهما. وجزم به فى الإفادات فى باب النجاسة.
والرواية الثانية: لا يجوز الاستصباح بها. جزم به فى الوجيز.

فائدتان

إحدهما: حيث جوزنا الاستصباح بها. فيكون على وجه لا تعدى نجاسته إما بأن يجعل فى إبريق، ويصب منه فى المصباح ولا يمسه، وإما بأن يدع على رأس الجرة التى فيها الدهن سراجا مثقوبا، ويطينه على رأس إناء الدهن. وكلما نقص دهن السراج صب فيه ماء، فيملأ السراج وما أشبهه. قاله جماعة. ونقله طائفة عن الإمام أحمد.

قلت: الذى يظهر: أن هذا ليس شرطا فى صحة البيع. وظاهر كلام الفروع: أنه جعله شرطا عند القائلين به.

الثانية: لا يجوز الاستصباح بشحوم الميتة، ولا بشحم الكلب، والخنزير، ولا الانتفاع بشيء من ذلك، قولا واحدا. عند الأصحاب. ونص عليه.
واختار الشيخ تقي الدين جواز الانتفاع بالنجاسات. وقال: سواء فى ذلك شحم الميتة وغيره. وهو قول للشافعى. وأوماً إليه فى رواية ابن منصور.

تنبيه: قوله: ﴿وَيَتَخَرَّجُ عَلَى ذَلِكَ جَوَازُ بَيْعِهَا﴾.

أن المصنف وغيره. خرجوا جواز البيع من رواية جواز الاستصباح بها.

تنبيه: شمل قوله: ﴿الرَّابِعُ: أَنْ يَكُونَ مَمْلُوكًا لَهُ﴾.

الأسير لو باع ملكه. وهو صحيح. صرح به فى الفروع وغيره.

قوله: ﴿فَإِنْ بَاعَ مَلِكٌ غَيْرَهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، أَوْ اشْتَرَى بِعَيْنِ مَالِهِ شَيْئًا بِغَيْرِ إِذْنِهِ:

لَمْ يَصِحَّ﴾.

وهو المذهب. وعليه أكثر الأصحاب وجزم به فى الوجيز، وغيره. وقدمه فى الفروع، والمحرز^(١)، والرعايتين، والحاويين والنظم، وغيرهم.

وعنه: يصح. ويقف على إجازة المالك. اختاره فى الفائق، وقال: لا قبض ولا إقباض قبل الإجازة.

قال بعض الأصحاب، فى طريقته: يصح. ويقف على إجازة المالك. ولو لم يكن

(١) قال فى المحرز: (ولا يصح تصرف الفضولى لغيره ببيع أو شراء) (٣١٠/١).

٢٧٢..... كتاب البيع

له بيجيز فى الحال.

وعنه: صحة تصرف الغاصب.

ويأتى حكم تصرفات الغاصب الحكمة فى بابہ فى أول الفصل الثامن.

قوله: ﴿وَإِنْ اشْتَرَى لَهُ فِي ذِمَّتِهِ بغيرِ إِذْنِهِ صَحَّ﴾.

إذا اشترى له فى ذمته، فلا يخلو: إما أن يسميه فى العقد أو لا. فإن لم يسميه فى العقد صح العقد، على الصحيح من المذهب. جزم به فى المحرر (١)، والوجيز، والفائق، والرعاية الصغرى، والحاويين، وغيرهم.

قال الزركشى: هذا المذهب المعروف المشهور.

قال فى الفروع: صح على الأصح. وقدمه فى التلخيص، والبلغة، والرعاية

الكبرى. وعنه: لا يصح.

وإن سماه فى العقد. فالصحيح من المذهب: أنه لا يصح. جزم به فى المحرر (٢)،

وغيره. وقدمه فى الفروع، وغيره. واختاره القاضى، وغيره.

وقيل: حكمه حكم ما إذا لم يسمه. وهو ظاهر كلام المصنف. فإن قوله: «وإن

اشترى له فى ذمته بغيرِ إذنه» يشمل ذلك. وهو ظاهر كلام الخرقى. واختاره المصنف.

قال فى الفائدة العشرين: إذا تصرف له فى الذمة دون المال، فطريقان.

أحدهما: فيه الخلاف الذى فى تصرف الفضولى. قاله القاضى، وابن عقيل فى

موضع، وأبو الخطاب فى الانتصار.

والثانى: الجزم بالصحة هنا. وهو قول الخرقى، والأكثرين. وقاله القاضى، وابن

عقيل فى موضع آخر.

واختلف الأصحاب: هل يفتقر إلى تسميته فى العقد أم لا؟ فمنهم من قال: لا

فرق. منهم ابن عقيل، وصاحب المغنى (٣).

ومنهم من قال: إن سماه فى العقد، فهو كما لو اشترى له بعين ماله. ذكره

القاضى، وأبو الخطاب فى إنتصاره فى غالب ظنى، وابن المنى. وهو مفهوم كلام

صاحب المحرر (٤). انتهى.

(١) قال صاحب المحرر: (إلا شراؤه له فى الذمة إذا لم يسمه فى العقد فإنه يصح) المحرر (٣١٠/١).

(٢) قيد صاحب المحرر: (بقوله: إذا لم يسمه فى العقد) المحرر (٣١٠/١).

(٣) المغنى (٤/٢٧٤).

(٤) ذكره فى المحرر (٣١٠/١).

كتاب البيع..... ٢٧٣

فائدة: لو اشترى بمال نفسه سلعة لغيره. ففيه طريقان: عدم الصحة، قولاً واحداً. وهى طريقة القاضى فى المجرى. وأجرى الخلاف فيه كتصرف الفضولى. وهو الأصح. قاله فى الفائدة العشرين.

قوله: ﴿فَإِنْ أَجَازَهُ مَنْ اشْتَرَى لَهُ: مَلَكُهُ، وَإِلَّا لَزِمَ مَنْ اشْتَرَاهُ﴾.

يعنى حيث قلنا بالصحة. وهذا المذهب. وعليه الأصحاب. وجزم به فى المحرر^(١) والشرح^(٢)، والبلغة، والوجيز، والمنور، والحاويين، وغيرهم. وقدمه فى الفروع، والرعايتين، وغيرهم.

وعنه: لا يملكه من اشترى له، ولو أجازته. ذكرها فى الرعايتين.

وقال فى الكبرى - بعد ذلك - إن قال: بعتك هذا، فقال: اشتريته لزيد فأجازته: لزمه. ويحتمل ألا يلزم المشتري. انتهى.

وقدم هذا فى التلخيص، إلغاءً للإضافة.

تنبيه: حيث قلنا يملكه بالإجازة، فإنه يدخل فى ملكه من حين العقد. على الصحيح من المذهب. جزم به القاضى فى الجامع، والمصنف فى المغنى^(٣)، فى مسألة نكاح الفضولى. وقدمه فى الفروع.

وقيل: من حين الإجازة. جزم به صاحب الهداية.

قال فى القواعد الفقهية: ويشهد لهذا الوجه: أن القاضى صرح بأن حكم الحاكم المختلف فيه: إنما يقيد صحة المحكوم به، وانعقاده من حين العقد. وقبل الحكم كان باطلاً. انتهى.

فائدة: لو قال: بعته لزيد. فقال: اشتريته له: بطل، على الصحيح من المذهب. قدمه فى الفروع، والرعاية الكبرى. ويحتمل أن يلزمه إن أجازته.

قال فى الفروع: وإن حكم بصحته، بعد إجازته، صح من الحكم. ذكره القاضى. وهو الذى ذكره فى القواعد قبل ذلك، مستشهداً به.

(١) قال فى المحرر: (إن أجازته المشتري له ملكه وإلا لزم الفضولى) المحرر (١/٣١٠).

(٢) قال فى الشرح: «لما روى عمرو بن الجعدى البارقى أن النبى ﷺ أعطاه ديناراً ليشترى به شاة فاشترى شاتين ثم باع إحداهما بدينار فى الطريق قال فأتيت النبى ﷺ بالدينار والشاة وأخبرته فقال «بارك الله لك فى صفقة يمينك». ولأنه عقد له يميز حال وقوعه نصح وقفه على إجازته كالوصية بزيادة على الثلث. الشرح الكبير (١٦/٤).

(٣) ذكره صاحب المغنى كما فى الشرح انظره، المغنى (٤/٢٧٤).

٢٧٤..... كتاب البيع

قال فى الفروع: ويتوجه أنه كالإجازة.

يعنى أن فيه الوجهين المتقدمين: هل يدخل من حين العقد، أو الإجازة؟
وقال فى الفصول - فى الطلاق فى نكاح فاسد - إنه يقبل الالتزام والإلزام بالحكم.
والحكم لا ينشئ الملك، بل يحققه.

فائدة: لو باع ما يظنه لغيره، فظهر له - كالإرث والوكالة - صح البيع، على الصحيح.

قال فى التلخيص: صح على الأظهر. وقدمه فى المغنى^(١) فى باب الرهن.
وقيل: لا يصح. وجزم به فى المنور. وأطلقهما فى المحرر^(٢)، والفروع، والرعايتين،
والحاويين، والفائق، والقواعد الفقهية، والأصولية، والمغنى^(٣) فى آخر الوقف.
وقيل: الخلاف روايتان. ذكرهما أبو المعالى وغيره.

قال القاضى: أصل الوجهين: من باشر امرأة بالطلاق يعتقدها أجنبية، فبانت امرأته، أو واجه بالعتق من يعتقدها حرة، فبانت أمته: فى وقوع الطلاق والحرية روايتان.

ولابن رجب فى قواعده قاعدة فى ذلك، وهى القاعدة الخامسة والستون، فىمن تصرف فى شىء يظن أنه لا يملكه، فتبين أنه كان يملكه.

قوله: ﴿وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ مَا فَتَحَ عُقُودَهُ وَلَمْ يُقَسِّمْ﴾.

هذا المذهب^(٤). بلا ريب. وعليه جماهير الأصحاب. وقطع به كثير منهم.
وعنه: يصح. ذكرها الحلوانى. واختارها الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى.
وذكره قولاً عندنا.

قلت: والعمل عليه فى زمننا.

(١) ذكره صاحب المغنى فى باب الرهن فقال (لو رهن أو باع ما يعتقد مغضوباً ثم بان أنه يملكه بالإرث أو وكيلاً صح تصرفه لأنه تصرف صدر من أهله وصادف ملكه فصح كما لو علم المغنى (٣٨٤/٤).
(٢) قال صاحب المحرر: (ولو باع ما يظنه لغيره فبان أنه ورثه أو وكل فى بيعه فعلى وجهين المحرر (٣١٠/١).

(٣) قال فى المغنى: (ويحتمل ألا يصح لأنه اعتقده باطلاً) أنظر المغنى (٣٨٤/٤).

(٤) قال فى الشرح: «لأن عمر رضى الله عنه وقفها على المسلمين وأقرها فى أيدي أربابها بالخراج الذى ضربه أجرة لها فى كل عام ولم تقدر مدتها لعموم المصلحة فيها» الشرح الكبير (١٧/٤). ذكر الكافى فى إحدى الروايتين (لا يجوز لأنها فتحت عنوه ولم تقسم بين الغائبين فصارت وقفاً على المسلمين فحرم بيعها كسواد العراق). الكافى (٥/٢)، المحرر (١٨٠/٢).

وقد جوز الإمام أحمد رحمه الله إصداقها. وقاله المجدد. وتأوله القاضى على نفعها فقط. وعنه: يصح الشراء دون البيع.
وعنه: يصح لحاجته.

قوله: ﴿كَأَرْضِ الشَّامِ، وَالْعِرَاقِ، وَمِصْرَ، وَنَحْوَهَا﴾.

الصحيح من المذهب: أن مصر مما فتح عنوة، ولم يقسم. جزم به صاحب الفروع وغيره من الأصحاب. وقال فى الرعاية: وكمصر فى الأشهر فيها.
فائدة: لو حكم بصحة البيع حاكم [أو رأى الإمام المصلحة فيه فباعه] صح لأنه مختلف فيه. قاله المصنف والشارح. وإن أقطع الإمام هذه الأرض، أو وقفها فقيل: يصح. وقال فى النوادر: لا يصح.

قلت: الصواب أن حكم الوقف حكم البيع. وأطلقهما فى الفروع.
قال الشيخ تقي الدين: لو جعلها الإمام فيئا، صار ذلك حكما باقيا فيها دائما، وأنها لا تعود إلى الغائبين.

تنبيه: يحتمل قوله: (إلا المساكن).

أنها سواء كانت محدثة بعد الفتح، أو من جملة الفتح. وهو اختيار جماعة من الأصحاب. قاله فى الفروع. ويحتمله كلامه فى المغنى^(١)، والشرح^(٢)، والمحزر^(٣)، والرعايتين والحاوين، والوجيز، وغيرهم.

نقل ابن الحكم - فيمن أوصى بثلاث ملكه، وله عقار فى أرض السواد - قال: لا تباع أرض السواد، إلا أن تباع آلتها، ونقل المروذى المنع.

قال فى الفروع: وظاهر كلام القاضى، والمتنخب، وغيرهما: التسوية. وجزم به صاحب المحزر^(٤). انتهى.

والذى قدمه فى الفروع: التفرقة. فقال: ويبيع بناء ليس منها، وغرس محدث: يجوز.

(١) ذكرها صاحب المغنى عندما ذكر الوجهين فقال: (إحدهما يصح)، المغنى (٣٠٥/٤).
(٢) قال فى الشرح: (أما المساكن فلا بأس ببيعها وشراؤها وسكنائها وقد أقيمت بالكوفة خطط فى زمن عمر رضى الله عنه بإذنه وبالبحر وسكنها أصحاب رسول الله ﷺ وكذلك الشام ومصر وغيرهما من البلدان فما عاب ذلك أحد ولا أنكره. الشرح الكبير (١٩/٤).
(٣) قال فى المحزر: (وعنه إلا المساكن) المحزر (١٨٠/٢).
(٤) ذكره فى المحزر (١٨٠/٢).

٢٧٦..... كتاب البيع

قلت: وهو ظاهر كلام المصنف هنا، وكلام أكثر الأصحاب. لأن الاستثناء إخراج ما لولاه لدخل. والمصنف لم يذكر إلا ما فتح عنوة. فأما المحدث فما دخل ليستثنى.

ونقل المروذى ويعقوب المنع، لأنه بيع، وهو ذريعة.

وذكر ابن عقيل الروائين فى البناء، وجوزه فى غرس.

وما قدمه فى الفروع: هو ظاهر كلامه فى الكافى (١)، فإنه قال: فأما المساكن فى المدائن: فيجوز بيعها، لأن الصحابة رضى الله عنهم اقتطعوا الخطط فى الكوفة والبصرة فى زمن عمر رضى الله عنه، وبنوها مساكن وتبايعوها من غير نكير. فكانت إجماعاً. انتهى.

واقصر على هذا الدليل.

قلت: وهذا هو الصواب.

الثانى: قوله: ﴿وَأَرْضٍ مِّنَ الْعِرَاقِ فَتَحَتْ صَلْحًا﴾.

يعنى أنه يجوز بيع هذه الأرض (٢)، لكن بشرط أن يكون لأهلها، كما مثله المصنف، ولا يصح بيع ما فتح عنوة ونحوه، وكذلك كل أرض أسلم أهلها عليها كالمدينة وشبهها، لأنها ملكهم.

وقول المصنف: «ولا يصح بيع ما فتح عنوة» لكون عمر وقفها. وكذا حكم كل مكان وقف. كما تقدم، وليس كل ما فتح صلحا يصح بيعه، بل لابد أن تكون موقوفة.

قوله: ﴿وَيَجُوزُ إِجَارَتُهَا﴾.

هذا المذهب (٣). نص عليه، وعليه جماهير الأصحاب.

وعنه: لا يجوز. ذكرها القاضى، وابن عقيل، وصاحب المنتخب، وغيرهم.

واختار فى الترغيب: إيجارها مؤقتة.

(١) ذكره فى الكافى بتمامه (٦/٢).

(٢) ذكر فى الشرح: (وكذلك ما فتح صلحا بشرط أن يكون لأهله كأرض الخيرة وما فى معناها فيجوز بيعها لأنها ملك لأهلها فهى كالمساكن) الشرح الكبير (١٩/٤)، ذكر فى المحرر (وإلا المساكن وأرضا من العراق فتحت صلحا)، المحرر (١٨٠/٢)، الكافى (٦/٢).

(٣) ذكره فى الشرح (١٩/٤)، المحرر (١٨٠/٢)، الكافى (٦/٢).

كتاب البيع..... ٢٧٧

قوله: ﴿وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ رِبَاعٍ مَكَّةَ وَلَا إِجَارَتَهَا﴾.

هذا هو المذهب (١) المنصوص. وهو مبنى على أن مكة فتحت عنوة. على الصحيح من الطريقتين.

والصحيح من المذهب: أنها فتحت عنوة. وعليه الأصحاب. وعنه: فتحت صلحا. وقال ابن عبدوس في تذكرته: وأكثر مكة فتح عنوة.

فعلى المذهب: لا يجوز بيع رباعها - وهى المنزل، ودار الإقامة - ولا إيجارها، وهو الصحيح من المذهب، وعليه أكثر الأصحاب.

وقيل: يجوز. اختاره المصنف، والشارح.

واختار الشيخ تقى الدين جواز بيعها فقط. واختاره ابن القيم فى الهدى.

وعنه: يجوز الشراء لحاجة.

وعلى المذهب أيضا (٢): لو سكن بأجرة لم يَأْتُم بدفعها، على الصحيح من الروايتين، جزم به المصنف، والشارح.

وعنه: إنكار عدم الدفع. جزم به القاضى لالتزامه.

وقال الإمام أحمد رحمه الله: لا ينبغي لهم أخذه.

قلت: يعابى بهذه المسألة.

وأطلقهما فى الفروع. قال: يتوجه مثله فىمن عامل بعينة ونحوها فى الزيادة عن رأس ماله.

وقال الشيخ تقى الدين: هى ساقطة، يحرم بذلها، ومن عنده فضل نزل فيه لوجوب بذله، وإلا حرم. نص عليه.

نقل حنبل وغيره: سواء العاكف فيه والباد. وأن مثله السواد وكل عنوة.

وعلى الرواية الثانية فى أصل المسألة: يجوز البيع والإجارة. بلا نزاع، لكن يستثنى من ذلك بقاع المناسك، كالمسعى، والمرمى، ونحوهما. بلانزاع.

والطريقة الثانية: إنما يحرم بيع رباعها وإيجارها، لأن الحرم حريم البيت والمسجد

(١) قال صاحب الشرح: اختلفت الرواية فى بيع رباع مكة وإيجارها (الشرح ٢٠/٤)، وذكر صاحب

الحزر أيضا فيها وجهين، المحرر (١٨٠/٢)، الكافى (٥/٢).

(٢) الشرح الكبير (٢٠/٤)، الكافى (٥/٢)، المحرر (١٨٠/٢).

٢٧٨ كتاب البيع

الحرام. وقد جعله الله للناس سواء العاكف فيه والباد، فلا يجوز لأحد التخصص بملكه وتحجيره. لكن إن احتاج إلى ما في يده منه سكنه، وإن استغنى عنه وجب بذل فاضله للمحتاج إليه. وهو مسلك ابن عقيل في نظرياته. وسلكه القاضي في خلافه.

واختاره الشيخ تقي الدين. وتردد كلامه في جواز البيع. فأجازه مرة. ومنعه أخرى.

فائدة: الحرم كمكة. على الصحيح من المذهب، جزم به المصنف، والشارح، وصاحب الرعاية، وغيرهم. وقدمه في الفروع. وعنه: له البناء فيه والانفراد به.

فائدة أخرى: لا خراج على مزارع مكة، لأنه جزية الأرض.

وقال في الانتصار على الأولى: بل كسائر أرض العنوة. وهو من المفردات. قال المجد: لا أعلم من أجاز ضرب الخراج عليها سواه.

قوله: ﴿وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ كُلِّ مَاءٍ عِدَّةٍ كَمِيَاهِ الْعَيْونِ. وَنَقْعِ الْبِئْرِ، وَلَا مَا فِي الْمَعَادِنِ الْجَارِيَةِ، كَالْقَارِ وَالْمَلْحِ وَالنَّفْطِ وَلَا مَا يُنْبَتُ فِي أَرْضِهِ مِنَ الْكَلَاءِ وَالشُّوكِ﴾.

هذا مبنى على أصل. وهو أن الماء العد، والمعادن الجارية، والكلأ النابت في أرضه: هل تملك الأرض قبل حيازتها أم لا يملك؟ فيه روايتان.

إحدهما: لا تملك قبل حيازتها بما براد له، وهو المذهب.

قال المصنف، والشارح: هذا ظاهر المذهب. وجزم به في الوجيز، والخلاصة، وغيرهما. وقدمه في الهداية، والتلخيص، والمحزر، والفروع، والرعايتين، والحاويين، والفائق، وغيرهم.

والرواية الثانية: تملك ذلك بمجرد ملك الأرض. اختاره أبو بكر.

قال في القاعدة الخامسة والثمانين: وأكثر النصوص عن أحمد يدل على الملك، وأطلقهما في المذهب.

وتأتى هاتان الروايتان في كلام المصنف في باب إحياء الموات، وكثير من الأصحاب ذكروهما هناك.

فعلى المذهب: لا يجوز لملك الأرض بيع ذلك، ولا يملك بعقد البيع، لكن يكون

كتاب البيع..... ٢٧٩

فعلى المذهب: لا يجوز لمالك الأرض بيع ذلك، ولا يملك بعقد البيع، لكن يكون مشتره أحق به من غيره.

وعلى المذهب (١) أيضاً: من أخذ منه شيئاً ملكه على الصحيح من المذهب. نص عليه. وعليه جماهير الأصحاب، لكن لا يجوز له دخول ملك غيره بغير إذن ربه. ولو استأذنه حرم منعه إن لم يحصل ضرر.

واختار ابن عقيل أنه لا يملكه بأخذه، وخرجه رواية من أن النهى يمنع التملك. وعلى الرواية الثانية: يجوز لمالك الأرض التصرف فيه بسائر ما ينقل الملك، لأنه متولد من أرضه، وهى مملوكة له.

وجوز ذلك الشيخ تقي الدين فى مُقْطَع محسوب عليه، يريد تعطيل ما يستحقه من زرع وبيع الماء.

قال فى الاختيارات: ويجوز بيع الكلاً ونحوه، والموجود فى أرضه إذا قصد استنباته.

وعلى الرواية الثانية أيضاً: لا يدخل الظاهر منه فى بيع الأرض إلا بشرط، سواء قال «بمحقوقها ولا». صرح به الأصحاب.

وذكر المجد احتمالاً يدخل فيه، جعلاً للقرينة العرفية كاللفظ.

وله الدخول لرعى كلاً وأخذه ونحوه. إذا لم يحوط عليه بلا ضرر. نقله ابن منصور. وقال: لأنه ليس لأحد أن يمنعه.

وعنه: مطلقاً. نقله المروذى وغيره [وعنه عكسه. وهو].

قوله: ﴿إِلَّا أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لَهُ الدُّخُولُ فِي مَلِكٍ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ﴾.

قال فى الحاوى - فى إحياء الموات -: وكذا قال غيره من الأصحاب. ولا شك فى تناولها ما هو محوطاً وما ليس بمحوط. ونص على الإطلاق من رواية مهنا.

وقيد فى المغنى - فى إحياء الموات - بالمحوط. وهو المنصوص من رواية ابن منصور. وهذا لا يختلف المذهب فيه. قال: يفيد كون التقييد أشبه بالمذهب.

قال: والصحيح أن الإذن فيما عدا المحوط لا يعتبر بحال. انتهى.

وقال فى القاعدة الثالثة والعشرين: هل يجوز أخذ ذلك بغير إذنه؟ على وجهين.

(١) أنظر الشرح الكبير (٢١/٤).

٢٨٠..... كتاب البيع
ومن الأصحاب من قال: الخلاف في غير المحوط. فأما المحوط: فلا يجوز بغير
خلاف. انتهى.
وعنه: عكسه، يعنى: لا يفعل ذلك مطلقا. وكرهه في التعليق، والوسلية،
والتبصرة.

تنبيهات

أحدها: ذكر المصنف هنا والمجد، وغيرهما: رواية بجواز بيع ذلك، مع عدم الملك
في ذلك كله.
قال في القاعدة السابعة والثمانين: ولعله من باب المعاوضة عما يستحق تملكه،
انتهى.

قلت: صرح الشارح أن الخلاف الذي ذكره المصنف هنا مبنى على الملك وعدمه.
الثاني: يأتي في آخر كتاب الصيد: لو حصل في أرضه سمك، أو عشب فيه طائر:
أنه لا يملكه بذلك. فلا يجوز بيعه على الصحيح. وقيل: يملكه.

الثالث: محل الخلاف المتقدم إذا لم يحزه. فأما إذا حازه فإنه يملكه بلانزاع.
الرابع: ظاهر قوله: «لا يجوز بيع ما في المعادن الجارية». أن المعادن الباطنة –
كمعادن الذهب والفضة، والنحاس، والرصاص، والكحل، والفيروزج، والزربرد،
والياقوت، وما أشبهها – تملك بملك الأرض التي هي فيها. ويجوز بيعها، سواء كان
موجودا خفيا، أم حدث بعد أن ملكها. وهذا المذهب، وعليه الأصحاب.
وقال في الرعاية الكبرى: سواء كان ذلك فيها خفيا، أو حدث [ذلك فيها] بعد
أن ملكها.

تنبيه: ظاهر قوله: فلا يجوز بيع الآبق.
أنه سواء كان المشتري قادرا عليه أو لا. وهو الصحيح^(١). وهو المذهب. وهو
ظاهر كلام الأكثر.

قال في الفروع: والأشهر المنع.
وقيل: يصح بيعه لقادر على تحصيله، كالمغصوب. اختاره المصنف، والشارح،

(١) قال في الشرح: (بيع العبد الآبق لا يجوز سواء علم بمكانه أو جهله لما روى أبو هريرة وقال نهى
رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر رواه مسلم. وهذا بيع غرر لأنه غير مقدور على تسليمه
فلم يجز بيعه كالطير في الهواء، الشرح الكبير (٢٤/٤)، الكافي (٨/٢)، المحرر (٢٨٧/١)، العدة
(٢١٦).

كتاب البيع..... ٢٨١
والناظم وغيرهم. جزموا به. وذكره القاضى فى موضع من كلامه. وقدمه فى
القروع، والرعاية الكبرى.
قلت: وهو الصواب.

فعلى هذا القول: إن عجز عن تحصيله كان له الفسخ كالمغصوب.
وظاهر كلامه أيضا وكلام غيره: أنه لو اشتراه يظن أنه لا يقدر على تحصيله، فبان
بمخلاف ذلك، وحصله: أنه لا يصح. وهو أحد الوجهين.
قلت: وهو الصواب.

وقيل: يصح. وأطلقهما فى القواعد الفقهية والأصولية. وفى المعنى (١) احتمال
بالفرق بين من يعلم أن المبيع يفسد بالعجز عن التسليم يفسد، وبين من لا يعلم ذلك
فيصح.

قوله: ﴿وَلَا الطَّيْرَ فِي الْهَوَاءِ﴾.

هذا المذهب مطلقاً (٢). وعليه جماهير الأصحاب، وقطع به كثير منهم.
قيل: يجوز بيعه والحالة هذه، إذا كان يَألف المكان والرجوع إليه. واختاره فى
الفنون، وقال: هو قول الجماعة. وأنكره من لم يحقق.
فائدة: لو كان البرج مغلقاً، ويمكن أخذ الطير منه، أو كان السمك فى مكان له
يمكن أخذه، فلا يخلو: إما أن تطول المدة فى تحصيله، بحيث لا يمكن أخذه إلا بتعب
ومشقة، أو لا تطول المدة. فإن لم تطل المدة فى تحصيله جاز بيعه. جزم به فى
المعنى (٣)، والشرح (٤)، والرعايتين، والحاويين وغيرهم. وقاله القاضى رحمه الله،
وغيره.

وظاهر كلامه فى القروع: أن فيه وجهين.
وإن طال المدة ويمكن تسليمه، لكن لا يحصل إلا بتعب ومشقة. فالصحيح من
المذهب: جواز بيعه. وصححه المصنف، والشارح. وقدمه فى الشرح (٥)، والفائق.

(١) المعنى (٢٧١/٤).

(٢) الشرح الكبير (٢٤/٤)، الكافى (٨/٢)، المحرر (٢٨٧/١)، العدة (٢١٦).

(٣) ذكره بنصه صاحب المعنى (٢٧٤/٤).

(٤) ذكره بتمامه فى الشرح الكبير (٢٤/٤).

(٥) ذكره بتمامه فى الشرح الكبير (٢٤/٤).

وقال القاضى: لا يجوز بيعه والحالة هذه. وأطلقهما فى الفروع.
وأما إذا طالت المدة، ولم يسهل أخذه، بحيث يعجز عن تسليمه: لم يصح البيع،
لعجزه عن تسليمه فى الحال. وللجهل بوقت تسليمه. وهذا المذهب. وهو ظاهر ما
حزم به فى الرعايتين، والحاويين، والفائق، وغيرهم، وقدمه فى الفروع، وقال:
وظاهر الواضح وغيره: يصح. وهو ظاهر تعليل أحمد بجهالته.

قول: ﴿وَلَا الْمَغْضُوبُ إِلَّا مِنْ غَاصِبِهِ، أَوْ مَنْ يَقْدِرُ عَلَى أَخْذِهِ﴾.

بيع المغضوب من غاصبه صحيح بلا نزاع. وبيعه ممن يقدر على أخذه من
الغاصب صحيح، على الصحيح من المذهب. وحزم به فى المعنى^(١)، والشرح^(٢)،
والوجيز، وغيرهم.

قال فى الفروع: وكذا القادر عليه على الأصح. وقدمه فى الرعاية الكبرى،
والحاوى الصغير.

وعنه: لا يصح. قدمه فى الفائق، والرعاية الصغرى.

فعلى المذهب: لو عجز عن تحصيله فله الفسخ.

قوله: السادس: ﴿أَنْ يَكُونَ مَعْلُومًا بِرُؤْيَا﴾.

يعنى من المتعاقدين.

يصح البيع بالرؤية. وهى تارة تكون مقارنة للبيع. وتارة تكون غير مقارنة. فإن
كانت مقارنة لجميعه صح البيع بلا نزاع^(٣). وإن كانت مقارنة لبعضه، فإن دلت
على بقيته: صح البيع. نص عليه. فرؤية أحد وجهى ثوب تكفى فيه إذا كان غير
منقوش. وكذا رؤية وجه الرقيق، وظاهر الصيرة المتساوية الأجزاء، من حب وتمر
ونحوهما. وما فى الظروف من مائع متساوى الأجزاء. وما فى الأعدال من جنس
واحد ونحو ذلك.

ولا يصح بيع الأنموذج، بأن يريه صاعا وبيعه الصيرة على أنها من جنسه، على
الصحيح من المذهب. وقدمه فى الفروع وغيره.

(١) المعنى (٢٢٢/٤).

(٢) قال فى الشرح: (جاز لعدم الغرر فيه وإمكان قبضه) الشرح الكبير (٢٥/٤).

(٣) قال فى المحرر (ولا يصح البيع إلا بشرط معرفة المبيع برؤية وقت العقد أو قبله بزمن لا يتغير فيه
غالباً)، المحرر (٢٩١/١)، الشرح الكبير (٢٥/٤)، الكافى (٩/٢)، العدة والعمدة (٢١٦).

كتاب البيع..... ٢٨٣

وقيل: ضبط الأتمودج كذكر الصفات. نقل جعفر - فيمن يفتح جرابا ويقول:
الباقي بصفته - إذا جاء على صفته ليس له رده.

قلت: وهو الصواب.

قال فى الفروع: قال القاضى وغيره: وما عرفه - بلمسه، أو شمّه أو ذوقه -
فكرؤيته.

وعنه: يشترط أن يعرف المبيع تقريبا، فلا يصح شراء غير جوهرى جوهره.

وقيل: ويشترط شمّه وذوقه.

قوله: ﴿فَإِذَا اشْتَرَى مَا لَمْ يَرَهُ وَلَمْ يُوصَفْ لَهُ، أَوْ رَأَهُ وَلَمْ يَعْلَمْ مَا هُوَ؟ أَوْ ذُكِرَ
لَهُ مِنْ صِفَتِهِ مَا لَا يَكْفِي فِي السَّلْمِ: لَمْ يَصِحَّ الْبَيْعُ﴾.

إذا لم ير المبيع. فتارة يوصف له، وتارة لا يوصف. فإن لم يوصف له: لم يصح
البيع، على الصحيح من المذهب^(١). وعليه الأصحاب.

وعنه: يصح. نقلها حنبل. واختاره الشيخ تقي الدين فى موضع من كلامه.

واختاره فى الفائق. وضعفه الشيخ تقي الدين فى موضع آخر.

تنبيه: محل هذا: إذا ذكر جنسه. فأما إذا لم يذكر جنسه، فلا يصح. رواية
واحدة. قاله القاضى وغيره.

وإن وصف له، فتارة يذكر له من صفته ما يكفى فى السلم، وتارة يذكر ما لا
يكفى فى السلم. فإن ذكر له من صفته ما لا يكفى فى السلم: لم يصح البيع. على
الصحيح من المذهب، كما قدمه المصنف هنا. وعليه الأصحاب.

وعنه: يصح. وهو من مفردات المذهب.

فعلى هذه الرواية، والرواية التى اختارها الشيخ تقي الدين، فى عدم اشتراط
الرؤية: له خيار الرؤية، على أصح الروايتين. وله أيضا فسخ العقد قبل الرؤية على
الصحيح من المذهب^(٢).

(١) قال فى الكافي: (ذكره فى أحد الوجهين)، الكافي (٩/٢)، العدة (٢١٦)، الشرح الكبير (٢٥/٤)،
المحرر (٢٩٦/١).

(٢) قال فى الكافي: على الرواية الثانية: يثبت له الخيار عند الرؤية فى الفسخ والإمضاء لأنه يروى عن
النبي ﷺ أنه قال «من اشترى ما لم يره فهو بالخيار إذا رآه ويكون خياره على الفور». الكافي (٩/٢)،
الشرح الكبير (٢٦/٤)، المحرر (٢٩١/١ - ٢٩٤).

٢٨٤ كتاب البيع

وقال ابن الجوزي: لا فسخ له كإمضائه.

وليس له الإجازة قبل الرؤية. قاله المصنف، والشارح، وصاحب الرعايتين، والحاويين، والفائق، وغيرهم، وللبائع أيضا الخيار إذا باع ما لم يره. وقلنا بصحته - على تلك الرواية - عند الرؤية. ذكره المصنف، والشارح وغيرهما.

فائدتان

إحدهما: لو قال: بعتك هذا البغل بكذا. فقال: اشتريته. فبان فرسا أو حمارا: لم يصح، على الصحيح من المذهب. قدمه في الفروع. وقيل: يصح. وله الخيار. قدمه في الرعاية الكبرى. الثانية: قال في الرعايتين: وعنه: يصح البيع بلا رؤية ولا صفة. وللمشتري خيار الرؤية. وخياره في مجلس الرؤية.

وقيل: بل على الفور. وأطلقهما في الفائق.

وعنه: لا خيار له إلا بعيب. قال في الفائق: وهو بعيد.

وذكر في الرعايتين - فيما إذا رأى عينا وجهلها، أو ذكر له من الصفة ما لا يكفى في السلم - رواية الصحة. وقال: وله خيار الرؤية على الفور. وقيل: في مجلس الرؤية. انتهى.

وقال في المعنى (١)، والشرح (٢)، وابن رزين: إذا قلنا بصحة بيع الغائب يثبت الخيار عند رؤية المبيع. ويكون على الفور.

وقيل: يتقيد بالمجلس الذي وجدت فيه الرؤية. انتهى.

وقال في الفروع: وللمشتري الفسخ إذا ظهر بخلاف رؤية سابقة، أو صفة على التراخي، إلا بما يدل على الرضا من سَوِّمٍ ونحوه، لا بركوبه الدابة في طريق الرد. وعنه: على الفور.

وعليهما متى أبطل حقه من رده فلا أرش في الأصح. انتهى.

(١) قال في المعنى (وإن قلنا بصحة البيع مع عدم الرؤية فباع ما لم يره فله الخيار عند الرؤية) المعنى (٨٠/٤).

(٢) قال في الشرح الكبير: (فلو باع ثوبا مطلوباً أو عينا حاضرة لا يشاهد منها ما يختلف الثمن لأجله كان كبيع الغائب فإن قلنا بصحة بيع الغائب فللمشتري الخيار في أشهر الروايتين ويكون على الفور فإن اختار الفسخ انفسخ العقد وإن لم يخر لزم العقد) الشرح الكبير (٢٥/٤).

كتاب البيع..... ٢٨٥

قوله: ﴿وَإِنْ ذُكِرَ لَهُ مِنْ صِفَتِهِ مَا يَكْفِي فِي السَّلْمِ، أَوْ رَأَهُ، ثُمَّ عَقَدَا بَعْدَ ذَلِكَ بِزَمَنِ لَا يَتَغَيَّرُ فِيهِ ظَاهِرًا: صَحَّ فِي أَصَحِّ الرَّوَايَتَيْنِ﴾.

وهو المذهب، وعليه الأصحاب.

والرواية الأخرى: لا يصح حتى يراه.

تنبيه: ظاهر قوله: «أو رآه ثم عقدا بعد ذلك بزمن لا يتغير فيه ظاهرا» أنه لو عقد عليه بعد ذلك بزمن يحتمل التغير فيه وعدمه على السواء: أنه لا يصح العقد وهو صحيح. وهو المذهب. وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب. وهو ظاهر ما قدمه فى الفروع. وقدمه فى الرعاية الكبرى.

وقيل: يصح. جزم به فى المعنى (١)، والشرح (٢).

وأما إذا عقده بعد الرؤية بزمن يتغير فيه ظاهرا: لم يصح البيع.

فائدة: متى قلنا: يصح البيع بالصفة: صح بيع الأعمى وشرأؤه. نص عليه كتوكيله.

وقال فى المعنى (٣)، والشرح (٤): فإن أمكن معرفة المبيع بالذوق، أو بالشم: صح بيع الأعمى وشرأؤه، وإن لم يمكن: جاز يبعه بالصفة كالبصير. وله خيار الخلف فى الصفة. انتهى.

وقال فى الكافى (٥): فإن عدت الصفة وأمكن معرفة المبيع بذوق أو شم: صح وإلا فلا.

قوله: ﴿ثُمَّ إِنْ وَجَدَهُ لَمْ يَتَغَيَّرْ، فَلَا خِيَارَ لَهُ. وَإِنْ وَجَدَهُ مُتَغَيِّرًا فَلَهُ الْفَسْخُ﴾.

يسمى هذا خيار الخلف فى الصفة، لأنه وجد الموصوف بخلاف الصفة.

واعلم أن للمشتري الفسخ إن وجده متغيرا، أو وجده على خلاف ما وصفه له،

(١) المعنى (٤/٨٩).

(٢) قال فى الشرح: (لأنه بيع بالصفة فصح كالسلم فالصفة يحصل بها المعرفة بتحصيل الصفات الظاهرة التى لا يختلف بها الثمن ظاهرا، ولهذا اكتفى به فى السلم لا يعتبر فى الرؤية الاطلاع على الصفات الخفية) الشرح الكبير (٤/٢٦).

(٣) ذكره فى المعنى ثم قال: (ولنا أنه يمكن الاطلاع على المقصود ومعرفة فأشبهه يبيع البصير ولأن إشارة الأخرس تقوم مقام نطقه فكذلك شم الأعمى وذوقه) المعنى (٤/٢٧٧).

(٤) ذكره فى الشرح كما فى المعنى (الشرح ٤/٢٨).

(٥) قاله فى الكافى (وإلا لم يصح لأنه مجهول فى حقه) الكافى (٢/١٠).

٢٨٦..... كتاب البيع

على الصحيح من المذهب مطلقا.

وقيل: له الفسخ مع القبض، ويكون على التراخي إلا أن يوجد منه ما يدل على الرضا، من سوم ونحوه، لا بركوبه الدابة في طريق الرد.

وعنه: على الفور. وعليهما متى أبطل حقه من الرد، فلا أرش في أصح الوجهين. قاله في الفروع. وتقدم كلامه في الرعاية، والشرح^(١).

قوله: ﴿وَالْقَوْلُ فِي ذَلِكَ قَوْلُ الْمُشْتَرِي مَعَ يَمِينِهِ﴾.

يعنى: إذا وجدته متغيرا، أو على خلاف ما وصفه له. وهذا المذهب. جزم به فى المغنى^(٢)، والشرح^(٣)، والوجيز وغيرهم. وقدمه فى الفروع، والرعاية، وغيرهما. قال فى الرعاية: وفيه نظر.

وقال المجدد: ذكر القاضى، وأبو الخطاب، وابن عقيل، بعموم كلامه إذا اختلفا فى صفة المبيع. هل يتحالفان، أو القول قول البائع؟ فيه روايتان. وسيأتى.

قال فى التكت - بعد أن قدم أن القول قول المشتري - ويتوجه فيه قولان. أحدهما: يقدم قول البائع. والثانى: يتحالفان.

قال: وجعل الأصحاب المذهب هنا قول المشتري. مع أن المذهب عندهم - فيما إذا قال: بعتنى هذين بمائة. قال: بل أحدهما بخمسين أو بمائة - أن القول قول البائع. لأن الأصل عدم بيع الآخر، مع أن الأصل السابق موجود هنا. وهو مشكل. انتهى.

فائدة: البيع بالصفة نوعان.

أحدهما: بيع عين معينة. مثل أن يقول: بعتك عبدى التركى، ويذكر صفاته. فهذا يفسخ العقد عليه برده على البائع، وتلفه قبل قبضه، ويجوز التفرق قبل قبض الثمن، وقبض المبيع، كبيع الحاضر.

الثانى: بيع موصوف غير معين. مثل أن يقول: بعتك عبدا تركيا. ثم يستقصى صفات السلم. فيصح. على الصحيح من المذهب. قطع به فى الجامع الكبير،

(١) الشرح الكبير (٢٦/٤).

(٢) ذكره فى المغنى كما فى الشرح. المغنى (١٩/٤).

(٣) قال فى الشرح: (لأن الأصل براءة ذمته من الثمن فلم يلزمه ما لم يقر به أو يثبت بينة أو ما يقوم مقامها) الشرح الكبير (٢٦/٤).

كتاب البيع ٢٨٧

والمستوعب، والمغنى^(١)، والشرح^(٢)، والوجيز، وغيرهم.

قال فى النكت: قطع به جماعة.

قال فى الرعاية: صح البيع فى الأقيس. وذلك لأنه فى معنى السلم.

فمتى سلم إليه عبدا على غير ما وصفه له. فرده على ما وصفه له، فأبدله: لم يفسد العقد، لأن العقد لم يقع على عين هذا.

وقيل: لا يصح البيع. وحكاها الشيخ تقي الدين رواية. وهو ظاهر ما ذكره فى التلخيص، لأنه اقتصر عليه.

وقيل: لا يصح إن كان فى ملكه، وإلا فلا. واختاره الشيخ تقي الدين.

وقد يؤخذ هذا من كلام المصنف فى قوله « ولا يصح بيع ما لا يملكه ليمض ويشتره ويسلمه » وأطلقهن فى الفروع.

فعلى المذهب: لا يجوز التفرق عن مجلس العقد قبل قبض المبيع، أو قبض ثمنه. على الصحيح من المذهب، وقدمه فى المغنى^(٣)، والشرح^(٤)، والرعاية الكبرى. وجزم به فى الوجيز.

وقال القاضى: يجوز. وهو ظاهر ما جزم به فى المستوعب فى أول باب السلم.

قال فى الفروع: فظاهره لا يعتبر تعيين ثمنه. وظاهر المستوعب وغيره: يعتبر.

قال فى الفروع: وهو أولى. ليخرج عن بيع دين بدين. وأطلق الوجهين فى الفروع.

فائدة: ذكر القاضى وأصحابه: أنه لا يصح استصناع سلعة، لأنه باع ما ليس عنده على غير وجه السلم. واقتصر عليه فى الفروع.

وقالوا أيضا: لا يصح بيع ثوب نسج بعضه على أن ينسج بقيته. وعللوا - تبعا للقاضى - بأن بيع المنسوج بيع عين. والباقى موصوف فى الذمة. ولا يصح أن

(١) ذكره فى المغنى كما فى الشرح النقطة القادمة. المغنى (٨٦/٤).

(٢) قال فى الشرح: (هذا فى معنى السلم فمتى سلم إليه عبدا على غير ما وصف فرده أو على ما وصف فأبدله لم يفسد العقد لأن العقد لم يقع على غير هذا فلم يفسخ العقد برده كما لو سلم إليه فى السلم غير ما وصف له فرده) الشرح الكبير (٢٦/٤).

(٣) ذكره فى المغنى (٨٦/٤).

(٤) قال فى الشرح: (لأنه بيع فى الذمة فلم يجز التفرق فيه قبل فيه أحد العوضين كالسلم) الشرح الكبير (٢٧/٤).

٢٨٨..... كتاب البيع

يكون الثوب الواحد بعضه بيع عين وبعضه مسلم فيه، لأن الباقي سلم فى أعيان. وذلك لا يجوز، ولأنه بيع وسلم واستتجار. فاللحمة غائبة. فهى مسلم فيه والنسج استتجار. واقتصر على ذلك فى المستوعب، والحاويين، والفروع، وغيرهم. وقدمه فى الرعاية الكبرى. وقال، وقيل: يصح بيعه إلى المشتري، إن صح جمع بين بيع وإجارة منه بعقد واحد. لأنه بيع وسلم، أو شرط فيه نفع البائع. انتهى.

فإن أحضر اللحمة وباعها مع الثوب، وشرط على البائع نسجها: فعلى الروائين فى اشتراط منفعة البائع، على ما يأتى. ذكره فى المستوعب، والحاويين وغيرهم.

قوله: ﴿وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الْحَمْلِ فِي الْبَطْنِ، وَلَا اللَّبَنِ فِي الضَّرْعِ﴾.

بيع الحمل فى البطن نهى الشارع عنه. فلا يصح^(١) بيعه إجماعاً. وهو بيع «الجر» ونهى الشارع أيضاً عنه. قال أبو عبيد: هو بسكون الجيم. وقال أبو عبيدة والقتيبى: هو بفتحها. والمعنى واحد.

ونهى الشارع أيضاً عن بيع المضامين والملايح. قال أبو عبيد «الملايح» الأجنة. و«المضامين» ما فى أصلاب الفحول.

وقال ابن الأعرابى «الجر» ما فى بطن الناقة. والجر: الربا. والجر: القمار. والجر: المحاقلة، والمزابنة. انتهى.

وقيل «المضامين» ما فى بطونها. و«الملايح»: ما فى ظهورها.

وعلى التفسيرين هو غير عَسْب الفحل عند الأكثرين، لأن عَسْب الفحل: هو أن يؤجر الفحل لينزو على أنثى غيره. وظاهر ما فى التلخيص: أن الذى فى الظهور هو عَسْب الفحل.

وقال فى الفروع: بيع الحمل فى البطن هو بيع المضامين. وهو الجر. انتهى.

وعلى كل حال لا يجوز بيع عَسْب الفحل - وهو ضرابه - بلا نزاع. ويأتى فى الإجارة حكم إجارته.

وأما بيع اللبن فى الضرع: فلا يصح. قطع به الأصحاب. إلا أن الشيخ تقي الدين قال: إن باعه لبنا موصوفاً فى الذمة، واشترط كونه من شاة أو بقرة معينة: جاز.

(١) قال فى الشرح: (لم يجز البيع لوجهين أحدهما: الجهالة فإنه لا تعلم صفته ولا حياته. الثانى: أنه غير مقدر على تسليمه بخلاف الغائب فإنه يقدر على تسليمه) الشرح الكبير (٤/٢٧). قال فى الكافى «لحديث أبى هريرة وروى ابن عمر» أن النبى ﷺ نهى عن بيع الجهول الكافى، العدة، العمدة (٢١٦)، الكافى (٨/٢)، المحرر (١/٢٩٠).

كتاب البيع..... ٢٨٩

وحكى ابن رزين فى نهايته فى جواز بيعه: خلافاً. وأطلقه.

قوله: ﴿وَلَا الْمِسْكُ فِي الْفَارِ﴾.

يعنى لا يصح بيعه. وهو المذهب (١). وقطع به الأصحاب. إلا أن صاحب الفروع وجه تخريجاً واحتمالاً بالجواز.

وقال: لأنها وعاء له يصونه ويحفظه. فيشبه ما مأكوله فى جوفه، وتجار ذلك يعرفونه فيها. فلا غرر. اختاره صاحب الهدى.

قلت: وهو قوى فى النظر.

قوله: ﴿وَلَا الصُّوفُ عَلَى الظَّهْرِ﴾.

يعنى لا يصح (٢) بيعه. وهو المذهب. وعليه الأصحاب.

وعنه: يجوز بشرط جزؤه فى الحال.

قلت: وفيه قوة.

وأطلقهما فى المذهب. وقدمه ابن عبدوس فى تذكرته بأن يكون متصلاً بجي.

قلت: حيث قلنا بطهارته، والانتفاع به: لا يشترط ذلك. وهو ظاهر كلام الأكثر.

فائدة: لو اشتراه بشرط القطع، وتركه حتى طال. فحكمه حكم الرطبة إذا طالت، على ما يذكره فى باب بيع الأصول والثمار. وذكره المصنف، والشارح.

قوله: ﴿وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَبِيعَ عَبْدًا غَيْرَ مُعَيَّنٍ﴾.

بلا نزاع (٣).

قوله: ﴿وَلَا عَبْدًا مِنْ عَيْدٍ. وَلَا شَاةً مِنْ قَطِيعٍ﴾.

(١) قال فى الشرح الكبير: (فإن قدم وشاهد ما فيه جاز بيعه وإن لم يشاهد لم يجز بيعه للجهالة ولا علة لبقائه داخلها فلا يجوز بيعه مستورا كالدرا فى الصدف) الشرح الكبير (٢٨/٤).

(٢) وذكر فى الكافى الروايتين: إحداهما: لا يجوز للحزب ولأنه متصل بالحيوان فلم يجز إنراده للبيع كأعضائه.

الثانية: يجوز بشرط جزه فى الحال لأنه معلوم ممكن تسليمه فجاز بيعه كالزراع فى الأرض. الكافى (٨/٢).

قال فى المحرر: (ولا بيع الصوف على الظهر)، المحرر (٢٩٠/١)، قال فى الشرح: (المشهور أنه لا يجوز بيعه) الشرح الكبير (٢٨/٤).

(٣) قال فى الشرح: (لأنه مجهول ولأنه غرر وقد نهى النبى ﷺ عن بيع الغرر). الشرح (٢٩/٤)، الكافى (١٠/٢)، العدة والعمدة (٢١٦)، المحرر (٢٩٤/١).

٢٩٠ كتاب البيع

هذا المذهب (١). وعليه الأصحاب. وصرحوا به.

وظاهر كلام الشريف أبي جعفر، وأبي الخطاب: أنه يصح إن تساوت قيمتهم.

قلت: هذا كالمعتذر وجوده.

وقال في الإلتصار، في مسألة تعيين النقود: إن ثبت للثياب عرف وصفة: صح إطلاق العقد عليها كالنقود. أو ما إليه الإمام أحمد.

وفي المفردات: يصح بيع عبد من ثلاثة أعبد، بشرط الخيار.

فائدة: لا يصح بيع المغروس في الأرض الذي يظهر ورقه فقط، كاللفت، والفجل، والجزر، والقلقاس، والبصل، والثوم، ونحو ذلك. على الصحيح من المذهب. نص عليه. وعليه جماهير الأصحاب. وحزم به في المغنى (٢)، والشرح (٣)، وغيرهما. ذكره في [باب] بيع الأصول والثمار.

وقيل: يصح. واختاره الشيخ تقي الدين. وقال: اختاره بعض أصحابنا. واختاره في الفائق.

قال في الرعايتين، قلت: ويحتمل الصحة. وله الخيار بعد قلعه.

قال في الفائق: وخرجه ابن عقيل على رأويتي الغائب.

قال الطوفي في شرح الخرقى: والاستحسان جوازه. لأن الحاجة داعية إليه والغرر يندفع باجتهاد أهل الخبرة والدراية به. وهو مذهب مالك. انتهى.

قوله: ﴿وَلَا شَجْرَةٍ مِنْ بُسْتَانٍ، وَلَا هَوْلَاءِ الْعَبِيدِ إِلَّا وَاحِدًا غَيْرَ مُعِينٍ، وَلَا هَذَا الْقَطِيعِ إِلَّا شَاةً﴾.

بلا نزاع (٤). ونص عليه.

(١) قال في الشرح: (لأنه مما تختلف أجزاءه وقيمته فلا يجوز شراء بعضه غير معين ولا شياع أما بالنسبة للشاة من القطيع لأن شياة القطيع غير متساوية القيم فتكون مجهولة ولأن ذلك يفضى إلى التنازع، الشرح الكبير (٢٩/٤). قال في الكافي (لأنه غرر فيدخل في الخبر ولأنه يختلف فيفضى إلى التنازع) الكافي (١٠/٢). قال في العدة (لا يجوز لجهالته). العدة (٢١٦).

(٢) قال في المغنى «لا يجوز بيع ما المقصود منه مستور في الأرض كالجزر والفجل والبصل والثوم حتى يقلع ويشاهد. ولأن النبي ﷺ (نهى عن بيع الغرر أشبهه ببيع ما لم يبد صلاحه) المغنى (٢٠٨/٤).

(٣) قال في الشرح الكبير: (لأنه مجهول لم يره ولم يوصف فأشبهه ببيع الحمل لأنه ﷺ نهى عن بيع الغرر (٢٠٨/٤).

(٤) قال صاحب الشرح: (لم يصح لأن النبي ﷺ نهى عن الثنيا إلا أن تعلم ونهى عن بيع الغرر ولأنه مبيع مجهول فلم يصح) إشرح الكبير (٢٩/٤)، العدة (٢١٦)، الكافي (١٠/٢).

كتاب البيع..... ٢٩١

فائدة: لا يجوز بيع العطاء قبل قبضه، لأنه غرر ومجهول، ولا يبيع رقعة به. وعنه: يبيعهها بعوض مقبوض.

تنبيه: قوله: ﴿فَإِنْ بَاعَهُ قَفِيْزًا مِنْ هَذِهِ الصُّبْرَةِ صَحَّ﴾.

مقيد بأن تكون الصبرة أكثر من قفيز. وهو الظاهر من كلامهم، ومقيد أيضا بأن تكون أجزاءها متساوية. فلو اختلفت أجزاءها: لم يصح البيع. على الصحيح من المذهب (١)، كصبرة بقال القرية، والمحلر من قرية إلى قرية يجمع ما يبيع به من الدر مثلا، أو الشعير المختلف الأوصاف.

وقيل: يصح من ذلك صبرة بقال القرية. ويحتمله كلام المصنف. وقال ابن رزين في شرحه: وإن باع نصفها، أو ثلثها، أو جزءا منها: صح مطلقا، لظاهر النصوص.

وقيل: إن اختلفت أجزاءها - كصبرة بقال القرية - لم يصح. انتهى. وهذه المسألة غير مسألة المصنف فيما يظهر.

فائدتان

إجدهما: لو تلفت الصبرة كلها إلا قفيزا: كان هو المبيع. قاله الأصحاب. الثانية: لو فرق قفزان الصبرة المتساوية الأجزاء، أو باع أحدها مبهما: صح. قدمه في الرعاية.

قال في القاعدة الخامسة بعد المائة: ظاهر كلام القاضى: الصحة، لأنه ذكر في الخلاف صحة إجارة عين من أعيان متقاربة النفع، لأن المنافع لتفاوت كالأعيان. انتهى.

قلت: وهو الصواب. ويحتمل ألا يصح. صححه فى التلخيص. وهما احتمالان مطلقان فى الفروع، والقواعد.

قوله: ﴿وَإِنْ بَاعَهُ الصُّبْرَةَ إِلَّا قَفِيْزًا: لَمْ يَصَحَّ﴾.

هذا المذهب بلا ريب. وعليه الأصحاب. قال فى المغنى (٢) والشرح (٣)، والفروع

(١) قال فى المحرر: (أو قفيزا من صبرة متساوية أجزاءها صح)، المحرر (٢٩٤/١)، الكافى (١٠/٢)، الشرح الكبير (٣٠/٤)، العده (٢١٦).

(٢) قال فى الشرح (لما روى البخارى أن النبى ﷺ نهى عن الثنيا ولأن المبيع إنما علم).

(٣) قال فى الشرح: ولما روى البخارى أن النبى ﷺ نهى عن الثنيا لأن المبيع إنما علم بالمشاهدة لا بالقدر والاستثناء بغير حكم المشاهدة لأنه لا يدرى كم يبقى فى حكم المشاهدة فلم يجوز الشرح الكبير (٣٠/٤).

٢٩٢..... كتاب البيع

وغيرهم: لم يصح في ظاهر المذهب.
وعنه: يصح. وهو قوى. وأطلقهما في المحرر^(١)، والرعايتين، والحاوي الصغير،
والفائق.

تنبيه: محل الخلاف: إذا لم يعلما قفزاتها. فأما إن علما قفزاتها: فيصح بلا نزاع.
قاله في المستوعب وغيره. وهو واضح.

فائدة: لا يشترط معرفة باطن الصبرة، وكذا لا يشترط تساوى موضوعها. على
الصحيح من المذهب. وعليه الجمهور. وشرطه أبو بكر في التنبيه، إلا أن يكون يسيرا.
فعلى المذهب: إن ظهر تحتها ربة ونحوها: خير المشتري بين الرد والإمسك، كما
لو وجد باطنها رديتا. نص عليه.

ويحتمل أن يرجع بمثل ما فات. قاله ابن عقيل. وإن ظهر تحتها حفرة، أو باطنها
خير من ظاهرها، فلا خيار للمشتري. وللبيع الخيار إن لم يعلم. على الصحيح من
المذهب. ويحتمل ألا خيار له. قاله المصنف. ويحتمل أن يأخذ منها ما حصل من
الانخفاض. قاله ابن عقيل.

واختار صاحب التلخيص: أن حكم المسألة الأولى حكم ما لو باعه أرضا على
أنها عشرة أذرع، فبانت تسعة. وحكم الثانية: حكم ما لو باعه على أنها عشرة
فبانت أحد عشر.

فائدة: استثناء صاع من ثمرة بستان كاستثناء قفيز من صبرة. قاله الأصحاب.
وأطلق الخلاف في هذه المسألة فى المستوعب، والمحرر^(٢)، والفائق، وغيرهم.
وجزم أبو محمد الجوزى بالصحة فيها.

ويأتى قريبا: إذا استثنى مشاعا من صبرة أو بستان ونحوه، كثلث وربع.

قوله: ﴿أَوْ ثَمْرَةَ الشَّجَرَةِ إِلَّا صَاعًا: لَمْ يَصَحَّ﴾.

فى هذه المسألة طريقان.

أحدهما: أن حكم استثناء صاع من شجرة كاستثناء قفيز من صبرة. وهى طريقة
المصنف، والشارح، وصاحب المستوعب، والرعايتين. وجزم به فى الوجيز وأطلق
الروايتين فيها فى المستوعب.

(١) قال فى المحرر: (أو الصبرة إلا قفيزا فى صحته روايتان) المحرر (٢٩٧/١).

(٢) قال فى المحرر: (أو ثمرة البستان إلا صاعا: فى صحته روايتان) المحرر (٢٩٧/١).

كتاب البيع..... ٢٩٣
 والطريق الثاني: صحة استثناء صاع من شجرة. ولو منعنا من صحته فى الصيرة.
 وهى طريقة القاضى فى شرحه، وجامعه الصغير. وقاسها على سواقط الشاة.
 وقدمها فى الفروع. فهذا المذهب، على ما اصطالحناه فى الخطبة. ورد المصنف
 والشارح ذلك.

قوله: ﴿وَإِنْ بَاعَهُ أَرْضًا إِلَّا جَرِيًّا أَوْ جَرِيَّتَيْنِ مِنْ أَرْضٍ يَغْلَمَانِ جُرْبَانَهَا: صَحَّ.
 وَكَانَ مُشَاعًا فِيهَا. وَإِلَّا لَمْ يَصِحَّ﴾.

يعنى وإن لم يعلما جربانها لم يصح. وكذلك الحكم لو باعه ذراعا من ثوب.
 واعلم أنهما إذا علما الجريان، والأذرع فى الثوب: صح البيع، وكان مشاعا.
 وإن لم يعلما ذلك: لم يصح، على الصحيح من المذهب.
 قال فى الفروع فيهما: لم يصح فى الأصح. ذكره صاحب المحرر^(١)، لأنه لا معين
 ولا مشاع. وجزم به فى المغنى، والشرح^(٢)، والفائق وغيرهم.
 وقيل: يصح. وهو من المفردات.

ولو قال: بعتك من هذا الثوب من هذا الموضع إلى هنا: صح. فإن كان القطع
 لا ينقصه قطعا، وإن كان ينقصه وتشاحا: صح. وكانا شريكين فيه. على الصحيح
 من المذهب.

وقال القاضى: لا يصح. وعلله بأنه لا يمكن تسليم المبيع إلا بضرر يدخل عليهما.
 واقتصر على قول القاضى فى المستوعب، والحاوى الكبير.
 قال فى الرعاية الكبرى: وهو بعيد.

فائدة: لو باعه عشرة أذرع، وعين الابتداء دون الانتهاء: لم يصح البيع. نص
 عليه. ومثله لو قال: بعتك نصف هذه الدار التى تلىنى. ذكره المجد وغيره.

قوله: ﴿وَإِنْ بَاعَهُ حَيَوَانًا مَأْكُولًا إِلَّا رَأْسَهُ وَجِلْدَهُ وَأَطْرَافَهُ: صَحَّ﴾.

هذا المذهب. نص عليه. وعليه جماهير الأصحاب. وجزم به فى المغنى^(٣)،

(١) المحرر (٢٩٥/١).

(٢) قال فى الشرح: (لأن الأرض لا تتساوى أجزاؤها فيكون البيع مجهولا فهو كما لو باعه شاة من
 قطيع أو عبد من عبيد) الشرح الكبير (٣١/٤).

(٣) قال فى المغنى: (وإن باع حيوانا مأكولا واستثنى رأسه وجلده وأطرافه وسواقطه صح. نص عليه
 أحمد) المغنى (٢١٤/٤).

٢٩٤ كتاب البيع
والشرح (١)، والمحرر (٢)، والفائق، والوجيز، والرعاية الصغرى، والحاوى الصغير،
وغيرهم. وقدمه فى الفروع، والرعاية الكبرى. وهو من مفردات المذهب.
وقيل: لا يصح.

فوائد

الأولى: لو أبى المشتري ذبحه: لم يجبر عليه. على الصحيح من المذهب. نص عليه.
وعليه أكثر الأصحاب. ويلزمه قيمة ذلك على التقريب. نص عليه.
وقيل: يجبر. وهو احتمال فى الرعاية.
وقال فى الفروع: ويتوجه أنه متى لم يذبحه يكون له الفسخ، وإلا فقيمته. ولعله
مرادهم. انتهى.

الثانية: للمشتري الفسخ بعيب يختص هذا المستثنى. ذكره فى الفنون. وقدمه فى
الفروع، وقال: ويتوجه لا فسخ له.

الثالثة: لو باعه الجلد، والرأس، والأطراف، منفردة: لم يصح. وإن صح استثناءؤه.
جزم به فى المغنى (٣)، والشرح (٤)، والفروع، وغيرهم. لعدم اعتياده عرفاً، ولأن
الاستثناء استبقاء، وهو يخالف العقد المبتدأ، لجواز استبقاء المتاع فى الدار المبيعة إلى
رفعه المعتاد، وبقاء ملك النكاح على المعتدة من غيره، والمرتدة، ولصحة بيع الورثة
أمة موصى بحملها دون حملها.

قلت: الذى يظهر أن مرادهم بعدم الصحة: إذا لم تكن الشاة للمشتري. فإن
كانت للمشتري: فيتخرج على الوجهين فيما إذا باع الثمرة قبل بدو صلاحها لمن
الأصل له؛ إلا أن يعثر على فرق بينهما.

الرابعة: لو استثنى جزءاً مشاعاً معلوماً من شاة: صح. على الصحيح من المذهب.
قال فى الفروع: صح على الأصح. ونصره المصنف، والشارح. واختاره ابن

(١) قال فى الشرح: (لما روى أن النبى ﷺ نهى عن الثنيا إلا أن تعلم وهذه معلومة. وروى ان النبى ﷺ
لما هاجر إلى المدينة - ومعه أبو بكر وعامر بن فهيرة مروا براعى غنم فذهب أبو بكر وعامر فاشترى منه
شاه وشرط له سلبها ولأن المستثنى والمستثنى منه معلومان فصح) الشرح الكبير (٣١/٤).

(٢) قال فى المحرر: (وإذا باع حيواناً يوكل واستثنى الرأس والجلد والأطراف: جاز فإن أبى المشتري أن
بذبح لم يجبر ولزمه قيمة المستثنى) المحرر (٢٩٦/١).

(٣) قال: فإنه لا يجوز إفراده بالبيع كالثمره قبل التأبير لا يجوز إقرارها بالبيع بشرط المنفعة) انظر المغنى
(٢/٤/٤).

(٤) الشرح الكبير (٣٢/٤).

كتاب البيع ٢٩٥

عقيل وغيرهم.

قال فى المستوعب: وهو الصحيح عندى.

وعنه: لا يصح. اختاره القاضى وقاسه على استثناء الشحم.

وأطلق وجهين فى التلخيص وغيره. ورد قياس القاضى بأن الشحم مجهول، ولا جهالة هنا.

وحمل ابن عقيل كلام القاضى على أنه استثنى ربع لحم الشاة، لا ربعها مشاعا. ثم اختار الصحة فى ذلك أيضا.

الخامسة: لو استثنى مشاعا من صبرة أو حائط، كتلت وربع، أو جزء كتلاثة أثمانه: صح البيع والاستثناء. على الصحيح من المذهب^(١).

قال المصنف والشارح: ذكره أصحابنا.

قال فى الفروع: صح على الأصح. وقال أبو بكر، وابن أبى موسى: لا يصح.

قوله: ﴿وَإِنْ اسْتَنَى حَمَلَهُ: لَمْ يَصَحَّ﴾.

هذا المذهب، وعليه الأصحاب.

قال فى الفروع: لم يصح فى ظاهر المذهب. وعنه: يصح. نقلها ابن القاسم، وسندى. وأطلقهما فى المستوعب، والمحرم^(٢)، والرعايتين، والحاوى الصغير، وغيرهم: قال ناظم المفردات:

حمل المبيع كالإما يستثنى أطراف شاة هكذا فى المعنى

فائدة: لو استثنى الحمل فى العتق: صح قولاً واحداً، على ما يأتى فى بابيه. قاله غير واحد من الأصحاب. قال فى الرعاية: صح على الأصح.

فوائد

إحداها: استثناء رطل لحم أو شحم: كاستثناء الحمل، على الصحيح من المذهب. جزم به فى المحرم^(٣)، وغيره. وقدمه فى الفروع وغيره.

(١) الشرح الكبير (٣١/٤) لأنه لا يودى إلى جهالة المستثنى ولا المستثنى منه فصح وذكر المحرم روايتين

(٢٩٧/١)، الكافى (١٠/٢)، العدة (٢١٦).

(٢) أطلق المحرم بقوله (إلا حملها فى صحته روايتان) المحرم (٢٩٧/١).

(٣) قال فى المحرم: (ولو باع شاة إلا رطلا من لحمها أو الأمة إلا حملها فى صحته روايتان) المحرم (٢٩٧/١).

٢٩٦ كتاب البيع

قال أبو الوفاء: المذهب صحة استثناء رطل من لحم.
 الثانية: يصح بيع حيوان مذبوح. ويصح بيع لحمه فيه، ويصح بيع جلده وحده.
 هذا المذهب فى ذلك كله. قدمه فى الفروع، واختاره الشيخ تقي الدين وغيره.
 وقال فى التلخيص وغيره: لا يصح بيع اللحم فى الجلد، ولا بيع الجلد مع اللحم
 قبل السلخ، اكتفاء برؤية الجلد. ويصح بيع الرعوس والأكارع والسموط.
 قال الشيخ تقي الدين: يجوز بيعه مع جلده جميعا، كما قبل الذبح. ومنعه بعض
 متأخرى الفقهاء، ظانا أنه بيع غائب بدون رؤية ولا صفة.
 قال: ولذلك يجوز بيع اللحم وحده والجلد وحده.
 الثالثة: لو باع جارية حاملا بجر: صح البيع. على الصحيح^(١). اختاره المصنف
 والشارح. قال فى الفائق: صح فى أصح الوجهين.
 وقال القاضى: لا يصح. وقدمه فى الرعاية الكبرى، وقال: إن فيه روايتين.
 وأطلقهما وأطلق وجهين فى القاعدة الثالثة والثلاثين.
 الرابعة: قال المصنف، وصاحب التلخيص، والشارح، والناظم، وابن حمدان،
 وغيرهم: لو عدَّ ألف جوزة ووضعها فى كيل، ثم فعل مثل ذلك بلا عد: لم يصح.
 ونص عليه.

قوله: ﴿وَيَصِحُّ بَيْعُ الْبَاقِلَاءِ وَالْجُوزِ وَاللُّوزِ فِي قِشْرَتِهِ، وَالْحَبِّ الْمُشْتَدِّ فِي سُنْبُلِهِ﴾.
 هذا المذهب^(٢). وعليه الأصحاب قاطبة، وقطعوا به. إلا أنه قال فى التلخيص:
 يصح على المشهور عنه، وسواء كان فى إبقائه صلاح ظاهر، أو لم يكن.

قوله: السابع: ﴿أَنَّ يَكُونَ الثَّمَنُ مَعْلُومًا﴾.

يشترط معرفة الثمن حال العقد، على الصحيح من المذهب^(٣). وعليه الأصحاب.
 واختار الشيخ تقي الدين رحمه الله صحة البيع، وإن لم يسم الثمن. وله ثمن المثل

(١) قال فى الشرح: (الأولى صحة البيع لأنه معلوم وجهالة الحمل لا تضر لأنه ليس بجميع ولا مستثنى باللفظ) الشرح الكبير (٣٢/٤)، ذكره فى شرح المحرر على قول الشيخ تقي الدين، المحرر (٢٩٧/١).
 (٢) ذكر فى الشرح (لا تعلم فيه خلافا لأن الحاجة تدعو إليه لكونه يفسد إذا أخرج من قشره) الشرح (٣٢/٤) قيد صاحب المحرر فى بيع الحب المستتر فى سنبله بجنسه المحرر (٣١٧/١)، الكافي (٤٤/٢).
 (٣) قال فى الشرح (لأنه أحد العوضين فاشترط العلم به كالأخر وقياسا على رأس مال السلم) الشرح الكبير (٣٣/٤).

فائدتان

إحدهما: يصح البيع بوزن صنحة لا يعلمان وزنها، وبصورة ثمننا، على الصحيح من المذهب (١).

قال فى الفروع: ويصح فى الأصح. وصححه فى الترغيب فى الثانية.
وقيل: لا يصح فيهما. ويحتمله كلام المصنف هنا. وأطلقهما فى الرعايتين،
والحاويين، فى الأولى.

ومثل ذلك: ما يسع هذا الكيل، لكن المنصوص هنا الصحة.



Organization of the Alexandria Library (OAL),
Alexandria, Egypt

الثانية: لو باعه سلعة معلومة بنفقة عبده شهرا: صح. ذكره القاضى
واقصر عليه فى القاعدة الثانية والسبعين.

قوله: ﴿فَإِنْ بَاعَهُ السَّلْعَةَ بِرَقْمِهَا﴾.

لم يصح. هذا المذهب (٢)، وعليه الأصحاب.

وعنه: يصح. واختاره الشيخ تقي الدين.

تنبیه: مراده بقوله «برقمها» إذا كان مجهولا عندهما أو عند أحدهما، بدليل
قوله «أن يكون الثمن معلوما» وهو واضح.

أما إذا كان الرقم معلوما: فإن البيع صحيح. ويدخل فى قوله «معلوما».

وقد نص عليه المصنف فى الفصل السادس فى باب الخيار فى البيع.

قوله: ﴿أَوْ بِأَلْفِ ذَهَبًا وَفِضَّةً﴾.

لم يصح، وهو المذهب (٣)، وعليه جماهير الأصحاب، وقطع به كثير منهم. وبناء
القاضى وغيره على إسلام ثمن واحد فى جنسين.

ويأتى الخلاف فى ذلك فى باب السلم.

(١) ذكره صاحب المحرر على أحد الوجهين المحرر (٣٠٥/١).

(٢) قال فى الشرح: (فإن باعه السلعة برقمها وهما لا يعلمانه أو أحدهما لم يصح) البيع للجهالة فيه
(٣٣/٤)، قال فى المحرر (وإذا باعه شيئا برقمه لم يصح) المحرر (٢٩٨/١). قال فى الكافى: (وإن باعه
سلعة برقمها أو بما باع به فلان وهما لا يعلمان ذلك أو أحدهما لم يصح) الكافى (١١/٢)، المغنى
(٢٩٤/٤).

(٣) قال فى الشرح: (٣٣/٤)، المحرر (٣٠١/١)، الكافى (١١/٢).

٢٩٨ كتاب البيع

ووجه في الفروع: الصحة. ويلزمه النصف ذهباً والنصف فضة. بناء على اختيار ابن عقيل فيما إذا أقر بمائة ذهباً وفضة، فإنه صحح إقراره بذلك مناصفة.

قوله: ﴿أَوْ بِمَا يَنْقَطِعُ بِهِ السُّعْرُ﴾.

أى لا يصح. وهو المذهب (١). وعليه الأصحاب. وعنه: يصح. واختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله.

قوله: ﴿أَوْ بِمَا بَاعَ بِهِ فَلَانَ﴾.

لم يصح (٢). وهو المذهب. وعليه الأصحاب.

وعنه: يصح. واختاره الشيخ تقي الدين. وقال: هو أحد القولين في مذهب الإمام أحمد رحمه الله.

قوله: ﴿أَوْ بِدِينَارٍ مُطْلَقٍ، وَفِي الْبَلَدِ نُقُودٍ: لَمْ يَصْحْ﴾.

إذا باعه بدينار مطلق، وفي البلد نقود، فلا يخلو: إما أن يكون فيها نقد غالب أو لا.

فإن كان فيها نقد غالب. فظاهر كلام المصنف: أن البيع لا يصح به إذا أطلق. وهو أحد الوجهين. وهو ظاهر ما جزم به الشارح. وقدمه في الفروع.

والوجه الثاني: يصح. وينصرف إليه، وهو المذهب. وهو ظاهر ما جزم به في المحرر (٣)، والمنور، والفائق، والحاويين، والوجيز وغيرهم.

قال في الفروع: وهو الأصح. وهو ظاهر كلام ابن عبدوس في تذكرته.

وإن لم يكن في البلد نقد غالب، فالصحيح من المذهب: أنه لا يصح، كما جزم به المصنف هنا. وجزم به في المغنى (٤)، والشرح (٥)، والمحرر (٦)، والمنور، والفائق،

(١) الشرح (٣٣/٤)، المحرر (٣٠٣/١)، الكافي (١١/٢).

(٢) الشرح (٣٣/٤)، الكافي (١١/٢).

(٣) المحرر (٣٠٣/١)، (١٧١/٤).

(٤) ذكره في المغنى حيث قال (ومن شرط المصارفة أن يكون العوضان معلومين إما بصفة مميزات بها وإما أن يكون للبلد نقد معلوم أو غالب فيصرف إليه ولو قال بعثك دينارا مصريا بعشرين درهما من نقد عشرة بدينار لم يصح إلا أن يكون في البلد نقد عشرة بدينار إلا نوع واحد فتصرف تلك الصفة إليه وكذلك الحكم في البيع المغنى (١٧١/٤).

(٥) الشرح الكبير (٣٣/٤).

(٦) المحرر (٣٠٣/١).

كتاب البيع..... ٢٩٩

والوجيز، والحاويين، والرعاية الصغرى، وغيرهم. وقدمه فى الفروع. وعنه يصح.

فعلى هذه الرواية: يكون له الوسط. على الصحيح. وعنه الأدنى.

قال فى الرعاية، وقيل: إذا اختلفت النقود: فله أقلها قيمة.

قوله: «وإن قال: بعثك بعشرة صحاحاً، أو أحد عشر مكسرةً، أو بعشرة نقدًا، أو عشرين نسيئةً: لم يصح».

يعنى: ما لم يتفرقا على أحدهما. وهو المذهب^(١). نص عليه. وعليه جماهير الأصحاب، وقطع به كثير منهم.

ويحتمل أن يصح. وهو لأبى الخطاب. واختاره فى الفائق.

قال أبو الخطاب: قياسا على قوله فى الإجازة «إن خطته اليوم فلك درهم، وإن خطته غدا فلك نصف درهم».

وفرق بعض الأصحاب بينهما بأن ذلك جعله. وهذا بيع. ويعتبر فى الجعالة ما لا يعتبر فى البيع، ولأن العمل الذى يستحق به الأجرة لا يملك وقوعه إلا على أحد الصفتين. فتعين الأجرة المسماة عوضا، فلا يفضى إلى التنازع. والبيع بخلافه. قاله المصنف، والشارح.

قال الزركشى: وفى قياس أبى الخطاب والفرق: نظير، لأن العلم بالعوض فى الجعالة شرط، كما هو فى الإجارة والبيع. والقبول فى البيع إلا على إحدى الصفتين، فيتعين ما يسمى لها. انتهى.

ويأتى: هل هذا يتعين فى بيعه أم لا؟ فى أول باب الشرط فى البيع.

قوله: «وإن باعه الصبرة كل قفيز بدرهم، والقطيع كل شاة بدرهم، والثوب كل ذراع بدرهم: صح البيع».

قال فى الفروع: ويصح فى الأصح. وجزم به فى المغنى^(٢)، والشرح^(٣)،

(١) لما روى عن رسول الله ﷺ أنه نهى عن بيعتين فى بيعة ولأنه لم يجزم ببيع واحد أشبه ما لو قال بعثك أحد هذين ولأن الثمن مجهول فلم يصح كالبيع بالرقم المجهول. الشرح الكبير (٣٣/٤)، الكافى (١١/٢)، المحرر (٣٠٤/١).

(٢) قال فى المغنى: صح البيع كما قلنا فى الصبرة لأنه قال فى الصبرة: أن المبيع معلوم بالمشاهدة والثمن معلوم لإشارته إلى ما يعرف مبلغه بجهة لا تتعلق بالمعاقدين المغنى (٢٣٠/٤).

(٣) قال فى الشرح: (وإن لم يعلم قدر قفزانها حال العقد) الشرح (٣٥/٤)..

٣٠٠..... كتاب البيع

والهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والوجيز، والفائق وغيرهم.

وقيل: لا يصح.

وفى الرعاية الصغرى، والحاوى الصغير هنا سهو، لكونهما قالا «وإن باعه صيرة كل قفيز بدرهم: صح، إن جهلا ذلك عند العقد، وإن علما فوجهان. وإن جهله المشتري، وجهل علم بائعه صح وخير. وقيل: يبطل» انتهى.

وهذا الحكم إنما هو فى بيع الصيرة جزافا. على ما يأتى. فلعل فى النسخ غلطا.

فوائد

أحداها: يصح بيع الصيرة جزافا إذا جهلها البائع والمشتري. نص عليه. ولو علم قدرها البائع وحده حرم بيعها. على الصحيح من المذهب، نص عليه. واختاره الخرقى، وأبو بكر فى التنبيه، وابن أبى موسى، وغيرهم.

قال الزركشى: هذا منصوص أحمد. وعليه الأصحاب، وقدمه فى المستوعب، والمغنى (١)، والشرح (٢)، وغيرهم.

وعنه: مكروه. اختاره القاضى فى المجرد، وصاحب الفائق فيه. وأطلقهما فى الفروع.

فعلى القول بالكراهة: يقع العقد لازما. نص عليه.

وعلى القول بالتحريم: لا يبطل العقد. وله الرد، على الصحيح من المذهب. وقدمه فى الفروع، والمغنى (٣)، والشرح (٤). وهو ظاهر كلامه فى رواية ابن الحكم.

وقال القاضى وأصحابه: هذا بمنزلة التدليس والغش، له الرد. ما لم يعلم أن البائع

(١) قال فى المغنى: يباح الصيرة جزافا مع جهل البائع والمشتري بقدرها كما لا يجوز إن كان البائع يعلم قدر الصيرة لما روى أن النبى ﷺ قال: «من عرف مبلغ شىء فلا يبعه جزافا حتى يبيعه». المغنى (٢٢٨/٤).

(٢) قال فى الشرح: فإن كان البائع يعلم قدر الصيرة لم يجوز بيعها جزافا لما روى الأوزاعى أن النبى ﷺ قال: «من عرف مبلغ شىء فلا يبعه جزافا حتى يبيعه». الشرح (٣٥/٤).

(٣) قال فى المغنى: (لأن البائع لا يعدل إلى البيع جزافا مع علمه بقدر الكيل إلا للتغريب بالمشتري والغش له ولذلك أثر فى عدم لزوم العقد وقد قال عليه السلام: «من غشنا فليس منا» فصار كما لو دلس العيب فإذا لم يعلم إن البائع كان عالما بذلك فله الخيار فى الفسخ والإمضاء ومثبت له الخيار) المغنى (٢٢٨/٤).

(٤) قال فى الشرح: (لأنه غش وغدر من البائع فصح العقد معه ويثبت للمشتري الخيار) الشرح الكبير (٣٦/٤) ذكره كما بالمغنى.

كتاب البيع..... ٣٠١

يعلم قدره. جزم به فى المحرر^(١)، والنظم، والزر كشى، وابن رزىن، وغيرهم.
وقال فى الرعاىة الكبرى: إن جهله المشتري وحده، وجهل علم بائعه به، صح.
وخير فيه.

وقيل: لا يصح، وإن علم البائع به صح ولزم. انتهى.
وقال أبو بكر، وابن أبى موسى: يبطل البيع. وقدمه فى الترغيب، والحاوى
الكبير، وغيرهم.

قال الزر كشى: قطع به طائفة من الأصحاب.
الفائدة الثانية: علم المشتري وحده مثل علم البائع وحده. وقدمه فى الفروع.
وقال: كما لم يفرقوا فى الغبن بين البائع والمشتري. وقدمه الزر كشى.
وقدم ابن عقيل فى مفرداته: أن المقلب فى العلم البائع، بدليل العيب لو علمه
المشتري وحده جاز، ومع علمهما يصح. وفى الرعاىة وجهين.

قال فى الفروع: وهو ظاهر الترغيب وغيره. وذكرهما جماعة فى المكيل.
الفائدة الثالثة: لو علم قدر الصيرة البائع والمشتري. فقييل: حكمهما حكم علم
البائع وحده. على ما تقدم. وقدمه فى الحاوى الكبير.

قال الزر كشى: فعموم كلام الخرقى يقتضى المنع من ذلك. وجزم أبو بكر فى
التنبية بالبطلان.

وقال القاضى: البيع صحيح لازم [وهذا الصحيح من المذهب. قطع به المغنى^(٢)،
والشرح^(٣). وشرح ابن رزىن وغيرهم، وقدمه فى الفروع وغيره].

وقال فى الرعاىة الكبرى: وإن علماه إذن فوجهان.
فائدة: يصح بيع دهن فى ظرف معه، موازنة، كل رطل بكذا. إذا علما قدر كل
واحد منهما. وإن جهلا زنة كل واحد منهما أو أحدهما فوجهان. وأطلقهما فى
الفروع.

وصحح المجد الصحة إن علما زنة الظرف فقط. وجزم فى الرعاىة الكبرى بعدم

(١) المحرر (٣٢٩/٢).

(٢) جزم به فى المغنى فقال (لأن المبيع مقدر معلوم من جملة يصح بيعها أشبه ما إذا باع نصفها) المغنى
(٢٣٠/٤).

(٣) ذكره صاحب الشرح (٣٦/٤).

٣٠٢ كتاب البيع

الصحة فيهما. واختاره القاضى.

وصحح المصنف والشارح الصحة مطلقاً. وهو الصحيح من المذهب.

وإن احتسب بزنة الظرف على المشتري، وليس مبيعاً، وعلماً مبلغ كل منهما: صح، وإلا فلا، لجهالة الثمن.

وإن باعه جزافاً بظرفه أو دونه صح.

وإن باعه إياه فى ظرفه كل رطل بكذا على أن يطرح منه وزن الظرف صح.

قال الجحد: لا نعلم فيه خلافاً، وذكر قول حرب لأحمد: الرجل يبيع الشيء فى ظرفه - مثل قطن فى جواليق - فيزنه ويلقى للظرف كذا وكذا؟ قال: أرجو أن لا بأس به. لا يبد للناس من ذلك.

ثم قال الجحد: وحكيينا عن القاضى خلاف ذلك.

قال فى الفروع: ولم أجده ذكر الأقوال إلا قول القاضى الذى ذكره الشيخ، إذا باعه معه. انتهى.

وإذا اشترى سمناً أو زيتاً فى ظرف، فوجد فيه رباً: صح فى الباقي بقسطه. وله الخيار. ولم يلزمه بدل الرب. جزم به المصنف، والشارح، وصاحب الفروع وغيرهم.

قوله: ﴿وَإِنْ بَاعَهُ مِنَ الصُّبْرَةِ كُلَّ قَفِيزٍ بِدِرْهَمٍ﴾.

وكذا من الثوب كل ذراع بدرهم: لم يصح، وهو الصحيح من المذهب، وعليه جماهير الأصحاب، وجزم به فى المستوعب، والرعايتين، والحاويين، والوجيز، وغيرهم. وقدمه فى المغنى^(١)، والشرح^(٢)، والفروع، وغيرهم.

وقيل: يصح. قال ابن عقيل: وهو الأشبه، كبيع الصُّبْرَةِ كل قفيز بدرهم، لأن «من» و «إن» أعطت البعض. فما هو بعض مجهول، بل قد جعل لكل جزء معلوم منها ثمناً معلوماً. فهو كما لو قال: قفيزاً منها. انتهى.

وهو احتمال فى المغنى^(٣)، والشرح^(٤)، وقالوا: بناء على قوله فى الإجارة «إذا

(١) ذكر فى المغنى أنها (لا تصح لأن من التبعض وكل للعدد فيكون ذلك العدد فيها مجهولاً) المغنى (٢٣٠/٤).

(٢) قال فى الشرح (لأن من التبعض وكل للعدد فيكون ذلك العدد فيها مجهولاً) الشرح الكبير (٣٤/٤).

(٣) ذكره بتمامه ونصه فى المغنى (٢٣٠/٤).

(٤) قال فى الشرح: (ويحتمل أن يصح البيع بناء على قوله فى الإجارة إذا أجره كل شهر بدرهم) الشرح الكبير (٣٤/٤).

كتاب البيع..... ٣٠٣

أجره كل شهر بدرهم» واختاره فى الفائق

وقال فى عيون المسائل: إذا باعه من الصيرة كل قفيز بدرهم صح، لتساوى أجزائها. بخلاف بيعه من الدار كل ذراع بدرهم. لاختلاف أجزائها، ثم قال بعد ذلك: إذا باعه من هذه الصيرة كل قفيز بدرهم لم يصح، لأنه لم يبعه كلها ولا قدرا معلوما منها. بخلاف قوله «أجرتك هذه الدار كل شهر بدرهم» فإنه يصح هنا فى الشهر الأول فقط للعلم به وبقسطه من الأجرة.

قوله: ﴿وَإِنْ بَاعَهُ بِمِائَةِ دِرْهَمٍ إِلَّا دِينَارًا: لَمْ يَصَحَّ. ذَكَرَهُ الْقَاضِي﴾.

وهو المذهب، وجزم به فى المحرر^(١)، والوجيز، والمنور، وغيرهم. وقدمه فى المغنى، والشرح^(٢)، والفروع، وغيرهم. ويحيى على قول الخرقي: إنه يصح.

يعنى: إذا أقر واستثنى عينا من ورق، أو ورقا من عين، على ما ذكره المصنف عنه فى كتاب الإقرار: أنه يصح. فيجىء هنا كذلك.

قال ابن منجا: ولقائل أن يقول: الصحة فى الإقرار اختلف الأصحاب فى تعليلها. فعللها بعضهم باتحاد النقدين. وكونهما قيم الأشياء وأروش الجنائيات. وعللها بعضهم بأن قيمة الذهب يعلمها كثير من الناس. فإذا استثنى أحدهما من الآخر: لم يؤد إلى الجهالة غالبا.

قال: وعلى كلا التعليلين لا يجىء صحة البيع على قول الخرقي فى الإقرار، لأن المفسد للبيع: الجهل فى حال العقد. ألا ترى أنه إذا باعه برقمه لم يصح، للجهل به حال العقد، وإن علم بعده.

وعلى كلا التعليلين لا يخرج الثمن عن كونه مجهولا حالة العقد. وفارق هذا الإقرار، لأن الإقرار بالمجهول يصح، قال: وهذا قول متجه. لا دافع له. انتهى.

قلت: فيما قاله نظري. فإن قوله «على كلا التعليلين لا يخرج الثمن عن كونه مجهولا حالة العقد» غير مسلم. فإن كثيرا من الناس - بل كلهم إلا قليلا - يعلم قيمة الدينار من الدراهم. فلا تحصل الجهالة حالة العقد لغالب الناس على التعليل الثانى.

(١) المحرر (٣٠٢/١).

(٢) قال فى الشرح: (لأنه قصد استثناء قيمة الدينار وذلك غير معلوم واستثناء المجهول من المعلوم يصره مجهولا ولأنه استثناء من غير الجنس فلم يصح) الشرح الكبير (٣٧/٤).

٣٠٤ كتاب البيع

قوله: ﴿وَفِي تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ﴾.

في تفریق الصفقة وجهان^(١).

أحدهما: لو باع مجهولا ومعلوما. هذا يصح. أطلق كثير من الأصحاب الجهل.
قال في الفروع: يجهل قيمته مطلقا.

قال في التلخيص، والبلغة: مجهولا لا مطمع في معرفة قيمته.

وقال في الرعايتين: وإن جمع بين معلوم ومجهول. وقيل: يتعذر علم قيمته. انتهى.
فأما إن قال: لكل واحد كذا. ففيه وجهان. وأطلقهما في الفروع، والرعايتين،
والحاويين، والفائق.

قال في التلخيص: أصل الوجهين إن قلنا: العلة اتحاد الصفقة: لم يصح البيع. وإن
قلنا: العلة جهالة الثمن في الحال: صح البيع.

وعلى التعليل الأول: يدخل الرهن، والهبة، والنكاح، ونظائرها.

وذكر التعليلين في الفروع. وجزم ابن عبدوس في تذكرته بالصحة في المعلوم.
قلت: هو الصواب.

فائدة: لو باعه بمائة رطل حمير: فسد البيع. وخرج في الإلتصار: صحته على
رواية.

قوله: الثانية: ﴿بَاعَ مُشَاعًا بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ، كَعَبْدٍ مُشْتَرَكٍ بَيْنَهُمَا أَوْ مَا يَنْقَسِمُ
عَلَيْهِ الثَّمَنُ بِالْأَجْزَاءِ، كَقَفْزَيْنِ مُتَسَاوَيْنِ لَهُمَا. فَيَصِحُّ فِي نَصِيْبِهِ بِقِسْطِهِ. عَلَى
الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ. وَلِلْمُشْتَرَى الْخِيَارُ إِذَا لَمْ يَكُنْ عَالِمًا﴾.

هو المذهب كما قال. وعليه جماهير الأصحاب، وصححه في المغنى^(٢)،
والشرح^(٣)، والنظم، وغيرهم. وجزم به في الوجيز، وغيره. وقدمه في المحرر^(٤)،

(١) قال في الشرح: (هو أن يجمع بين ما يجوز بيعه وما لا يجوز وله ثلاث صور إحداها أن يبيع معلوما
ومجهولا فهو باطل الثانية بيع مشاع بينه وبين غيره بغير إذن شريكه الثالثة باع عبده وعبد غيره بغير
إذنه أو عبدا وحرا (وخلا وخمرا ففيه روايتان) الشرح الكبير (٣٨/٤) الكافي (٢٠/٢).

(٢) ذكر أحد الوجهين في المغنى (أحدهما يصح في ملكه بقسطه من الثمن ويفسد فيما لا يملكه) المغنى
(٢٩١/٤).

(٣) ذكره في الشرح فقال فيصح في ملكه بقسطه من الثمن ويفسد في نصيب الآخر، ثم قال: - متى
حكمتا بالصحة وكان المشتري عالما بالحال فلا خيار له لأنه دخل على بصيرة وإن لم يعلم فله الخيار
بين الفسخ والإمسك لأن الصفقة تبغضت عليه). المحرر الكبير (٣٨/٤).

(٤) قال في المحرر: (صح العقد فيما يصح لو أفردته بمحضته من الثمن) المحرر (٣٠٥/١).

كتاب البيع..... ٣٠٥

والرعايتين، والحاوين، وغيرهم.

قال فى الفروع: صح فى ظاهر المذهب. اختاره الأكثر.

وعنه: لا يصح. وهما وجهان فى المغنى^(١)، والشرح^(٢)، والحاوين، والرعاية الصغرى، وغيرهم.

فعلى المذهب: له الأرش إذا لم يكن عالما، وأمسك بالقسط فيما ينقص بالتفريق. ذكره فى المغنى فى الضمان.

قوله: الثالثة: ﴿بَاعَ عَبْدَهُ وَعَبْدَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، أَوْ عَبْدًا وَحُرًّا، أَوْ خَلًّا وَخَمْرًا﴾. ففيه روايتان.

وأطلقهما فى الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والمغنى^(٣)، والبلغة، والشرح^(٤)، وشرح ابن منجا وغيرهم.

أولاهما: لا يصح. اختاره المصنف، والشارح. وصححه فى التصحيح، والخلاصة، والنظم. وجزم به فى الوجيز. وقدمه فى الرعايتين، والحاوين.

والأخرى: يصح فى عبده، وفى الخلل بقسطه. وهو المذهب. وعليه أكثر الأصحاب. وصححه فى التلخيص، وغيره. وجزم به فى المنور، وغيره. واختاره ابن عبدوس فى تذكرته. وقدمه فى المحرر^(٥)، والفائق، والفروع. وقال: هذا ظاهر المذهب. واختاره الأكثر.

واختار فى الترغيب، والبلغة، وغيرهما: أنه إن علم بالخمر ونحوه: لم يصح.

قال فى التلخيص: لم يصح رواية واحدة.

(١) ذكر صاحب المغنى الوجهين أحدهما يصح فى ملكه بقسطه من الثمن ويفسد فيما لا يملكه. المغنى (٢٩١/٤).

(٢) قال فى الشرح فى الوجه الآخر: (والثانى لا يصح فيها لأن الصفقة جمعت حلالا وحراما فغلب التحريم ولأن الصفقة إذا لم يمكن تصحيحها فى جميع المعقود عليه بطلت فى الكل كالجمع بين الأختين) الشرح الكبير (٣٨/٤).

(٣) فصل صاحب المغنى فقال: يبطل البيع فيما لا يصح بيعه وفى الآخر وجهان نقل صالح عن أبيه: فمن اشترى عبدين فوجد أحدهما حرا رجع بقيمة العبد من الثمن ونقل عن جمعها فيمن تزوج امرأة على عبدين فوجد أحدهما حرا فلها قيمة العبدين فأبطل الصداق فيهما جميعا المغنى. (٢٩٢/٤).

(٤) قال فى الشرح: (اختلفت الرواية عن أحمد فى المسألة قال فيمن اشترى عبدين فوجد أحدهما حرا رجع بقيمته من الثمن ونقل عنه فيمن تزوج امرأة على عبدين فوجدت أحدهما حرا فلها قيمة العبدين فأبطل الصداق فيهما جميعا) الشرح الكبير (٣٨/٤).

(٥) قال فى المحرر: (صح العقد فيما يصح لو أفردته بجمته من الثمن). المحرر (٣٠٦/١).

٣٠٦ كتاب البيع

وقال الأزجى: إن كان ما لا يجوز العقد عليه غير قابل للمعاوضة بالكلية - كالطريق - بطل البيع. وعلى قياسه الخمر. وإن كان قابلا للصحة ففيه الخلاف.

قال فى أواخر القواعد: ولا يثبت ذلك فى المذهب.

فعلى المذهب: يأخذ العبد والخل بقسطه، على الصحيح.

قال فى الفروع: هذا الأشهر. وقيل: يأخذه بالثمن كله.

قال القاضى فى الجرد، وابن عقيل فى الفصول، فى باب الضمان: يصح العقد بكل الثمن أو يرد.

قال فى أواخر القواعد: وهذا فى غاية الفساد. اللهم إلا أن يخص هذا بمن كان عالما بالحال، وأن بعض المعقود عليه لا يصح العقد عليه. فيكون قد دخل على بدل الثمن فى مقابلة ما يصح العقد عليه خاصة، كما نقول فىمن أوصى لحي وميت يعلم موته: أن الوصية كلها للحي.

فعلى الأول: يأخذ عبد البائع بقسطه على قدر قيمة العبدین.

وذكر القاضى، وابن عقيل وجها فى باب الشركة والكتابة من الجرد، والفصول: أن الثمن يقسط على عدد المبيع، لا القيم. ذكره فىما إذا باع عبيدين، أحدهما له والآخر لغيره. كما لو تزوج امرأتين.

قال فى آخر القواعد: وهو بعيد جدا. ولا أظنه يطرد إلا فىما إذا كان جنسا واحدا. ويأخذ الخل، بأن يقدر الخمر خلا على قول، كالحر يقدر عبدا. جزم به فى البلغة. وقدمه فى الرعايتين، والحاويين، والفائق.

قلت: وهو الصواب.

وقيل: بل يعتبر قيمة الخمر عند أهلها.

قال ابن حمدان، قلت: إن قلنا: نضمن لهم. انتهى.

قلت: وهذا ضعيف. وأطلقهما فى التلخيص، والفروع.

فائدتان

إحدهما: متى صح البيع: كان للمشتري الخيار، ولا خيار للبائع. على الصحيح من المذهب^(١).

(١) قال فى الشرح: (أما البائع فلا خيار له لأنه رضى بزوال ملكه عما يجوز بقسطه) الشرح الكبير (٣٨/٤) ذكر شارح المحرر (٣٠٦/١) قال فى الكافى (ولا خيار للبائع بحال) الكافى (٢٠/٢).

كتاب البيع..... ٣٠٧

وقال الشيخ تقي الدين: يثبت له الخيار أيضا. ذكره عنه فى الفائق.
الثانية: قال المصنف، والشارح، وغيرهما: والحكم فى الرهن والهبة وسائر العقود - إذا جمعت ما يجوز وما لا يجوز - كالحكم فى البيع، إلا أن الظاهر فيها الصحة. لأنها ليست عقود معاوضة. فلا توجد جهالة العوض فيها. وقد تقدم كلامه فى التلخيص.

قوله: **وَإِنْ بَاعَ عَبْدَهُ وَعَبْدًا غَيْرَهُ يَأْذِنُهُ، بِثَمَنِ وَاحِدٍ. فَهَلْ يَصِحُّ؟** على وجهين.

وأطلقهما فى المغنى (١)، والشرح (٢)، وشرح ابن منجا.
أحدهما: يصح. وهو المذهب، نص عليه. وصححه فى التصحيح، والنظم.
واختاره ابن عبدوس فى تذكرته، وجزم به فى المنور، وغيره. وقدمه فى المحرر (٣)، والفروع، والرعايتين، والحاويين، والفائق.
والثانى: لا يصح. جزم به فى الوجيز. وهو عجيب منه. إذ المنصوص. الأول قال فى الرعاية الكبرى: هذا أقيس.

فوائد

منها: مثل هذه المسألة - خلافا ومذهبا - : لو باع عبديه الاثنين بثمان واحد. لكل واحد منهما عبد، وكذا لو اشتراهما منهما. لكن قدم فى الرعاية الكبرى فى المسألة الأخيرة عدم الصحة، لتعدد العقد حكما. ثم قال وقيل: يصح إن صح تفريق الصفقة. وهو قياس نص أحمد. انتهى.

فعلى المذهب فى المسائل الثلاث: يقسط الثمن على قدر القيمة. على الصحيح من المذهب (٤).

وذكر فى المنتخب وجها فى المسألة الأخيرة: يقسط الثمن على عددهما.

قال فى الفروع: فيتوجه مثله فى غيرها.

(١) قال الإطلاق فى المغنى فقال: (ففيه روايتان إحداهما البيع باطل ويجب رده الثانية البيع والشراء صحيحان وقف على إجازة المالك) المغنى (٢٧٤/٤).

(٢) قال فى الشرح: (أحدهما يصح فيهما ويتوسط الثمن على قدر قيمتهما. ثانيهما: لا يصح لأن كل واحد منهما مبيع بقسطه من الثمن وهو مجهول) الشرح الكبير (٣٩/٤).

(٣) قال فى المحرر: (صح العقد بما يصح لو أفردته بحصته من الثمن) المحرر (٣٠٦/١).

(٤) المحرر (٣٠٦/١)، الكافى (٢٠/٢)، الشرح الكبير (٣٨/٤).

٣٠٨..... كتاب البيع

ومنها، لو كان لاثنين عبدان مفردان، لكل واحد منهما عبد، فباعهما لرجلين صفقة واحدة، لكل واحد عبدا معينا بثمان واحد. ففي صحة البيع وجهان .
أحدهما: يصح. وهو الصحيح من المذهب. نص عليه، وقيل: لا يصح.
فعلى المذهب: يقسمان الثمن على قدر قيمتى العبدین، على الصحيح من المذهب.
وذكر القاضی، وابن عقيل وجهها: يقسمان على عدد رعوس المبيع. ذكره فى القاعدة الخامسة عشرة بعد المائة.

ومنها: الإجارة مثل ذلك خلافا ومذهبيا.

ومنها: لو اشتبه عبده بعبد غيره أقرع بينهما. ولم يصح بيع أحدهما قبل القرعة. قدمه فى الرعاية الكبرى. وهو احتمال للقاضی فى خلافه.
وقيل: يصح إن أذن شريكه.

وقيل: بل يبيعه وكيلهما أو أحدهما بإذن الآخر، أو له. ويقسم الثمن بينهما بقيمة العبدین.

قال القاضی فى خلافه: هذا أجود ما يقال فيه. كما قلنا فى زيت اختلط بزيت لآخر. وأحدهما أجود من الآخر.

قوله: ﴿وَإِنْ جَمَعَ بَيْنَ بَيْعٍ وَإِجَارَةٍ، أَوْ بَيْعٍ وَصَرَفٍ﴾.

يعنى: بثمان واحد: صح فيهما. فى أحد الوجهين. وأطلقهما فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والتلخيص، والبلغة.

أحدهما: يصح. وهو المذهب. نص عليه. قال الناظم: هو الأقوى. صححه فى التصحيح. واختاره ابن عبدوس فى تذكرته. وحزم به فى الوجيز، والمنور.

قال الشيخ تقي الدين: يجوز الجمع بين البيع والإجارة فى عقد واحد فى أظهر قولهم. وقدمه فى المغنى (١)، والمحزر (٢)، والشرح (٣)، والفروع، والفائق.

والثانى: لا يصح. وقدمه فى الرعايتين، والحاويين.

(١) قال فى المغنى: يجوز لأنهما عينان يجوز أخذ العوض عن كل واحدة منفردة فجاز أخذ العوض عنهما مجتمعين (المغنى ٢٩١/٤).

(٢) قال فى المحزر: (صح فيهما نص عليه) المحزر (٣٠٧/١).

(٣) قال فى الشرح: (صح فيهما لأن اختلاف حكم العقدین لا يمنع الصحة كما لو جمع ما فيه شفعة وما لا شفعة فيه) الشرح الكبير (٣٩/٤).

كتاب البيع..... ٣٠٩
 قال فى الخلاصة: لو اشترى ثوبا ودراهم بدينار، أو اشترى داراً وسكنى دار
 بمائة: لم يصح فى الأصح. وهما روايتان فى الفروع وغيره.
 فعلى المذهب: يقسط العوض عليهما، قولاً واحداً. كما قال المصنف هنا.

فائدتان

إحدهما: لو جمع بين بيع وخلع بعوض واحد. فالحكم كما تقدم فى الجمع بين
 البيع والإجارة، أو البيع والصرف. قاله فى الفروع وغيره.
 الثانية: لو جمع بين بيع ونكاح بعوض واحد. فقال: زوجتك ابتى وبعتك دارى
 بمائة: صح فى النكاح. على الصحيح من المذهب. جزم به فى الكافى (١)،
 والمغنى (٢)، والشرح (٣)، والمحزر (٤)، والنظم، والحاويين، والفائق، والرعاية الصغرى،
 وفى الكبرى فى موضع.
 قال فى الفروع: صح فى الأصح. وقيل: لا يصح.
 وقال فى الرعاية الكبرى فى موضع: وإن جمع بين بيع ونكاح بطلا. وقيل:
 يصحان. انتهى.

وقال فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والتلخيص، والبلغة، وغيرهم: إذا جمع
 بين مختلفى الحكم - كالإجارة والبيع، والنكاح والبيع -: فالعقد صحيح على أحد
 الوجهين.

فجعلوا الجمع بين النكاح والبيع كالجمع بين الإجارة والبيع.
 فعلى المذهب: يصح البيع أيضاً: على الصحيح. واختاره المصنف، وجزم به فى الوجيز.
 وقيل: لا يصح. اختاره ابن عبدوس فى تذكرته. وقدمه فى الرعاية الصغرى،
 والحاوى الصغير، وقدمه فى الرعاية الكبرى فى موضع. وأطلقهما فى المستوعب،
 والكافى (٥)، والمغنى (٦)، والشرح (٧)، والتلخيص، والبلغة، والمحزر (٨)، والنظم،

- (١) قال فى الكافى: (صح فى النكاح لأنه لا يفسد بفساد العوض) الكافى (٢٠/٢).
- (٢) قال فى المغنى: (يصح لأنهما عينان يجوز أخذ العوض عن كل واحدة منهما منفردة فجاز أخذ العوض
 عنهما مجتمعين كالعدين) المغنى (٢٩١/٤).
- (٣) قال فى الشرح: (لكونه لا يفسد بفساد العوض) الشرح الكبير (٣٩/٤).
- (٤) قال فى المحزر: (صح النكاح) المحزر (٣٠٨/١).
- (٥) قال فى الكافى: (وفى البيع وجهان) الكافى (٢٠/٢).
- (٦) ذكر الوجهين فى المغنى أحدهما يصح لأنهما عينان يجوز أخذ العوض عن كل واحدة منفردة وقال
 أبو الخطاب: وجه آخر لا يصح وقال صاحب المغنى والأول أصح) المغنى (٣٩/٤).
- (٧) قال فى الشرح: (وفى البيع وجهان) الشرح الكبير (٣٩/٤).
- (٨) قال فى المحزر: (وفى البيع وجهان) المحزر (٣٠٨/١).

٣١٠ كتاب البيع

والحاوي الكبير، والفائق، والرعاية الكبرى في موضع.

قوله: ﴿وَإِنْ جَمَعَ بَيْنَ كِتَابَةٍ وَبَيْعٍ، فَكَاتَبَ عَبْدُهُ وَبَاعَهُ شَيْئًا صَفَقَةً وَاحِدَةً: بَطَّلَ الْبَيْعُ﴾.

هذا الصحيح من المذهب. حزم به في المغنى (١)، والمحرر (٢)، والشرح (٣)، والنظم، والوجيز، والفائق، والمنور، وغيرهم. واختاره القاضي، وابن عقيل في البيوع، وابن عبدوس في تذكرته. وقدمه في الفروع، والرعايتين، والحاويين.

وقيل: يصح. وقيل: الصحة منصوص أحمد. واختاره القاضي، وابن عقيل في النكاح. وأبو الخطاب.

والأكثر اكتفوا باقتزان البيع بشرطه، وهو كون المشتري مكاتباً يصح معاملته للسيد. قاله في القاعدة السادسة والخمسين. وأطلقهما في المستوعب.

قوله: ﴿وَفِي الْكِتَابَةِ وَجْهَانٌ﴾.

وأطلقهما في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والمحرر (٤)، والفروع، والفائق، والنظم، والرعاية الكبرى في موضع.

قال الشارح: وهل تبطل الكتابة؟ ينبني على الروايتين في تفريق الصفقة.

إحداهما: يصح. وهو الصحيح من المذهب. صححه في المغنى (٥)، والحاويين. واختاره ابن عبدوس في تذكرته.

والوجه الثاني: لا يصح. صححه في التصحيح. وحزم به في الوجيز. وقدمه في الحاويين، والرعاية الصغرى، وفي الكبرى في موضع.

فائدة: تتعدد الصفقة بتعدد البائع أو المشتري، أو المبيع، أو بتفصيل الثمن على الصحيح. قدمه في الرعايتين.

قال ابن الزاغوني في المبسوط: نص أحمد أن شراء الاثنين من الواحد عقدان وصفقتان.

(١) قال في المغنى: (وإن جمع بين كتابة وبيع لم يصح لأن المكاتب قبل تمام الكتابة عبد قن فلا يصح أن يشتري من سيده شيئاً ولا يثبت لسيده في ذمته ثمن المغنى (٢٩١/٤).

(٢) قال في المحرر (وإن كان بين كتابة وبيع بطل البيوع) المحرر (٣٠٩/١).

(٣) قال في الشرح: (لأنه باع عبده لعبد فلم يصح كبيعه إياه من غير كتابة) الشرح الكبير (٣٩/٤).

(٤) ذكرها في المحرر فقال: (وفي الكتابة وجهان) المحرر (٣٠٩/١).

(٥) قال في المغنى: (إلا أن الظاهر فيها الصحة لأنها ليست عقود معاوضة فلا توجد جهالة العوض فيها) المغنى (٢٩٢/٤).

كتاب البيع..... ٣١١

وقال الحارثي: لو باع اثنان نصيبهما من اثنين صفقة واحدة، فقال أصحابنا: هي بمثابة أربعة عقود. وحزم به في المغني^(١)، والشرح^(٢). وقالوا: هي أربعة عقود، إذ عقد الواحد مع الاثنين عقداً. انتهى.

وقيل: لا تتعدد بحال. وأطلقهما في الحاوين.

وقيل: تتعدد بتعدد البائع فقط.

قال في الرعاية الكبرى: وإن اتحد الوكيل دون الموكل، أو بالعكس فاحتمالان. والأظهر الاعتبار بالموكل. فإن قال لاثنين: بعثكما هذا، فقبل أحدهما وقلنا تتعدد الصفقة بتعدد المشتري: ففي الصحة وجهان. يأتي ذلك في باب الشفعة محرراً إن شاء الله.

قوله: ﴿وَلَا يَصِحُّ الْبَيْعُ مِنْ تَلَزُّمِ الْجُمُعَةِ بَعْدَ نِدَائِهَا﴾.

هذا الصحيح من المذهب^(٣) بشرطه. وعليه جماهير الأصحاب. وقطع به كثير منهم.

وقيل: يصح مع التحريم. وهو رواية في الفائق. وأطلقهما. والتفريع على الأول.

تنبيهات

الأول: محل الخلاف إذا لم تكن حاجة. فإن كان ثم حاجة صح البيع. حزم به في الفروع، وغيره.

والحاجة هنا: كالمضطر إلى الطعام والشراب. إذا وجده يباع، والعريان إذا وجد السترة تبايع، وكذا كفن الميت ومؤنة تجهيزه إذا خيف عليه الفساد بالتأخير، وكذا لو وجد أباه يباع وهو مع من لو تركه معه رحل وفاته الشراء.

وكذا - على الصحيح - لو لم يجد مركوباً - وكان عاجزاً - أو لم يجد الضمير قائداً، ووجد ذلك يباع.

وقال ابن عقيل: ويحتمل أن لا يصح.

(١) ذكره صاحب المغنى في الشفعة فقال: (فإن باع اثنان من اثنين فهى أربعة عقود) المغنى (٥٣٠/٥).

(٢) ذكره أيضاً صاحب الشرح في كتاب الشفعة فقال: (فإن باع اثنان من اثنين فهى أربعة عقود) الشرح الكبير (٤٩٨/٥).

(٣) (لا يجل البيع بعد نداء الجمعة قبل الصلاة لمن يجب عليه الجمعة لقوله تعالى ﴿إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ﴾ الآية فإن باع لم يصح) الشرح الكبير (٣٩/٤)، الكافي (٢٤/٤)، المحرر (٣١١/١).

- ٣١٢..... كتاب البيع
- وقال فى الفائق: ولو كان الشراء لآلة الصلاة، أو المشتري أباه: جاز فى أحد الوجهين.
- قال ابن تميم: لا بأس بشراء ماء للطهارة بعد أذان الجمعة، وكذا قال فى الرعاية، وزاد: وله شراء السترة كما تقدم.
- الثانى: مراده بقوله «بعد نداءها» النداء الثانى الذى عند أول الخطبة. وهذا المذهب^(١)، وعليه الأصحاب.
- وعنه: ابتداء المنع من النداء الأول. وهو الذى يقال عند المنارة.
- وعنه: المنع من أول دخول الوقت. وقدمه فى المنتخب. وهذه الرواية فى عيون المسائل.
- والروايتان للقاضى، والتلخيص، والبلغة، والترغيب، والرعايتين، والحاويين، وغيرهم بالزوال.
- وأطلق هذه الرواية، والرواية الأولى، فى التلخيص والبلغة.
- الثالث: مفهوم قوله «من تلزمه الجمعة» أنها إذا لم تلزمه يصح بيعه. وهو صحيح. وهو المذهب^(٢)، وعليه الأصحاب. وعنه لا يصح.
- وعنه: لا يصح من مريض ونحوه دون غيره.
- فعلى المذهب: يباح على الصحيح.
- وقيل: يكره. وحزم به الزركشى، وغيره فى الأسواق.
- الرابع: ظاهر كلام المصنف: أنه لو كان أحد المتعاقدين تلزمه الجمعة: أن البيع لا يصح. وهو صحيح، وهو المذهب^(٣)، واختاره ابن عقيل، وصاحب التلخيص،
-
- (١) قال فى الشرح: (والنداء الذى يتعلق به المنع هو النداء عقيب جلوس الإمام على المنبر لأنه النداء الذى كان على عهد رسول الله ﷺ فتعلق الحكم به والنداء الثانى زيد فى زمن عثمان رضى الله عنه) الشرح الكبير (٣٩/٤) قال فى المحرر: (إذا نودى لها النداء الثانى) المحرر (٣١١/١) قال فى الكافى: (والنداء الذى يتعلق به السعى والنهى هو الثانى الذى يكون عند صعود الإمام المنبر) الكافى (٢٤/٤).
- (٢) قال فى الشرح: (وأما من لا يجب عليه الجمعة من النساء والمسافرين وغيرهم وإلا يثبت فى حقه هذا الحكم لأن الله تعالى إنما نهى عن البيع من أمره بالسعى فغير المخاطب بالسعى لا يتناوله النهى ولأن تحريم البيع معلل بما يحصل به من الاشتغال عن الجمعة وهذا معلوم فى حقهم) الشرح الكبير (٤٠/٤)، قال فى الكافى: (ويجوز البيع لمن لا تجب عليه الجمعة لأن الخطاب بالسعى لم يتناوله فكذلك النهى) الكافى (٢٤/٢).
- (٣) قال فى الكافى: (فإن باع لم يصح للنهى) الكافى (٢٤/٢)، قال فى الشرح الكبير (فإن باع لم يصح البيع للنهى عنه) الشرح (٣٩/٤)، قال فى المحرر: (ويتخرج أن يصح فى ذلك كله مع التحريم). المحرر (٣١١/١).

كتاب البيع..... ٣١٣

وغيرهما. وهو ظاهر ما قدمه فى الفروع، وقدمه فى الرعاية الكبرى.

وقيل: يصح.

وقال المصنف، والشارح: فإن كان أحدهما مخاطبا بها دون الآخر: حرم على المخاطب، وكره للآخر. ويحتمل أن يحرم، وهذا هو الذى قدمه فى الفروع.

قال فى الفصول: يحرم على من تجب عليه، ويأثم فقط. كالمحرم يشتري صيدا من مُجَلِّ ثمنه حلال للمحل، والصيد حرام على المحرم. قال فى الفروع: كذا قال.

الخامس: ظاهر كلام المصنف أيضا: أنه لو وجد الإيجاب قبل النداء والقبول بعده: أنه يصح. وهو قول فى الرعاية، وغيرها.

والصحيح من المذهب: أن حكمه حكم صدور البيع بعد النداء. جزم به فى التلخيص وغيره.

قال فى الفروع: وأحد شقيه كهو. وقدمه فى الرعاية. واختاره ابن عقيل فى الفنون.

السادس: ظاهر تقييده بالجمعة صحة البيع بعد نداء غيرها من الصلوات من غير تحريم. فشمّل صورتين.

إحدهما: إذا لم يتضيق الوقت. فالصحيح من المذهب: ألا يحرم، وعليه الأصحاب.

وقيل: يحرم، وهو احتمال لابن عقيل.

قلت: ويحتمل أن يحرم إذا فاتته الجماعة بذلك. وتعذر عليه جماعة أخرى حيث قلنا بوجوبها.

والثانية: إذا تضيق حرم البيع وفى صحته وجهان. وأطلقهما فى الفروع، والرعايتين، والحاويين.

إحدهما: لا يصح. قال فى الرعاية: البطلان أقيس.

قال فى الفائق - بعد ذكر حكم الجمعة - ولو ضاق وقت صلاة، فكذا حكمه فى التحريم والانعقاد. وجزم به الناظم. واختاره ابن عبدوس فى تذكرته. وهو الصواب. وقواعد المذهب تقتضى ذلك. وهى شبيهة بانعقاد الناقل مع ضيق الوقت عن الفريضة، كما تقدم.

والوجه الثانى: يصح مع التحريم. قال فى الرعاية: وهو أشهر.

فوائد

إحداها: لو اختار إمضاء عقد بيع الخيار بعد النداء صح. على الصحيح من المذهب. قال فى الفروع: صح فى الأصح. وجزم به فى التلخيص، والرعاية الكبرى، والزركشى.

وقيل: لا يصح.

الثانية: تحرم المناداة والمساومة ونحوهما مما يشغل، حيث قلنا: يحرم البيع.

الثالثة: يستوى فى ذلك بيع الكثير والقليل. وهو ظاهر كلام المصنف، وغيره. وصرح به [الوجيز وغيره وكثير من الأصحاب] .

قوله: ﴿وَيَصِحُّ النِّكَاحُ وَسَائِرُ الْعُقُودِ فِي أَصْحَابِ الرَّجُلَيْنِ﴾.

وهو المذهب. وصرحه فى الفروع، والشرح^(١)، والرعاية الصغرى، والحاوين والنظم، والزركشى، وغيرهم. وجزم به فى الوجيز وغيره.

وقيل: لا يصح. واختاره ابن عبدوس فى تذكرته. وأطلقهما فى الهداية، والمستوعب، والخلاصة، والكافى^(٢)، والتلخيص، والبلغة، والرعاية الكبرى، والفائق وغيرهم.

قوله: ﴿وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الْعَصِيرِ لِمَنْ يَتَّخِذُهُ خَمْرًا، وَلَا بَيْعُ السَّلَاحِ فِي الْفِتْنَةِ، وَلَا لِأَهْلِ الْحَرْبِ﴾.

وهذا المذهب^(٣). نقله الجماعة. وعليه الأصحاب.

قال الزركشى: هذا المذهب. بلا ريب. وقدمه فى الفروع وغيره. ويحتمل أن يصح مع التحريم.

(١) قال فى الشرح: (يصح فى أصح الوجهين كالإجارة والصلح ونحوهما. لأن النهى مختص بالبيع وغيره لا يساويه فى الشغل عن السعى لقلته وجوده فلا يؤدى إلى ترك الجمعة فلا يصح قياسه على البيع) الشرح الكبير (٤٠/٤).

(٢) قال فى الكافى: (قال على أصح الوجهين يصحان لأنهما غير منصوص عليهما وليس فى معنى المنصوص عليه لأنهما لا يكثران فلا تؤدى إباحتهما إلى ترك الجمعة بخلاف البيع) الكافى (٢٥/٢).

(٣) قال فى الشرح: (قال هذا محرم ولقوله تعالى ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾. وهذا نهى يقتضى التحريم. وقال ابن عباس: أن النبى ﷺ أتاه جبريل فقال يا محمد إن الله لعن الخمر وعاصرها ومعتصرها وحاملها والمحمولة إليه وشاربها وبتاعها وبتاعها وساقها أخرجه الترمذى. الشرح الكبير (٤٠/٤)، المحرر (٣١١/١)، العدة (٢١٦).

وعدم صحة بيع العصير لمن يتخذه خمرا من المفردات.

تنبية: محل هذا الخلاف إذا علم أنه يفعل ذلك على الصحيح.

وقيل: أو ظنه. واختاره الشيخ تقي الدين. وهو ظاهر نقل ابن الحكم.

قلت: وهو الصواب.

فائدة: مثل ذلك في الحكم: بيع المأكول، والمشروب، لمن يشرب عليه المسكر. وكذا الأقداح، لمن يشرب بها. وكذا الجوز والبيض ونحوهما للقمار.

وكذا بيع الأمة والغلام لمن عرف بوطء الدبر، أو للغناء. أما بيع السلاح لأهل العدل، كقتال البغاة، وقطاع الطريق: فجائز.

قوله: ﴿وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ عَبْدٍ مُسْلِمٍ لِكَافِرٍ﴾.

هذا المذهب (١) في الجملة. نص عليه. وعليه الأصحاب. وذكر بعض الأصحاب في طريقته رواية بصحة بيعه لكافر. كمذهب أبي حنيفة. ويؤمر ببيعه أو كتابه.

قوله: ﴿إِلَّا أَنْ يَكُونَ مُمِّنًا يَعْتِقُ عَلَيْهِ، فَيَصِحُّ فِي إِحْدَى الرَّوَابِئِينَ﴾.

وأطلقهما في المذهب، ومسبوك الذهب، والكافي (٢)، والهادي، والمحرر (٣)، والشرح (٣)، والرعايتين، والحاويين، والفروع، والفتاوى.

إحدهما: يصح، وهو المذهب.

قال في الرعاية الكبرى، في أواخر العتق: وإن اشترى الكافر أباه المسلم صح. على الأصح وعتق. واختاره ابن عبدوس في تذكرته. وصححه في التصحيح وحزم به في الوجيز. وإليه ميل الشارح.

قلت: وهو الصواب.

والرواية الثانية: لا يصح. حزم به في الهداية، والمستوعب، والخلاصة،

(١) قال في الشرح: (لا يصح بيع عبد المسلم لكافر) الشرح الكبير (٤/٤١) وفي المحرر (لا يصح أن يشتري الكافر رقيقا مسلما) المحرر (١/٣١١) قال في الكافي: (ولا يصح بيع العبد المسلم لكافر لأنه يمنع استدامة ملكه عليه فلم يصح عقده عليه) الكافي (٢/١٣).

(٢) قال في الكافي: (ففيه وجهان يجوز لأنه يصير كالمخارج عن ملكه في التصرفات. والثاني: لا يجوز لأنه لا يزال الملك فلم يقبل ولأنه حق يملك به المسلم) (٢/١٣).

(٣) أطلق صاحب المحرر فقال: (إلا من يعتق عليه بالملك فإنه على روايتين) المحرر (١/٣١١).

(٤) قال في الشرح: (فإن كان من يعتق عليه بالقرابة صح في إحدى الروايتين وعتق عليه. وقال: وهناك رأى آخر: لا يصح ولا يعتق لأنه شراء يملك به المسلم كشراء الحرم الصيد). الشرح الكبير (٤/٤٢).

٣١٦..... كتاب البيع
 والتلخيص. وقال: نص عليه. وقدمه الناظم [وأطلقهما فى المذهب ومسبوك
 الذهب].

ويأتى فى باب الولاء «إذا قال الكافر لرجل: أعتق عبدك المسلم عنى، وعلى ثمنه
 هل يصح أم لا؟»

ويأتى فى كتاب العتق «إذا أعتق الكافر نصيبه من مسلم وهو موسر: هل يسرى
 إلى باقيه أم لا؟».

فائدة: لو وكل مسلم كافرا فى شراء عبد مسلم لم يصح، على الصحيح من
 المذهب. وجزم به فى الرعايتين، والحاويين، وتذكرة ابن عبدوس، والفائق.
 وقيل: يصح مطلقا. وأطلقهما الناظم.

وقال فى الواضح: إن كفر بالعتق وكل من يشتره له ويعتقه.

وقال فى الإنتصار. لا يبيع الكافر آبقا. ويوكل فيه لمن هو فى يده.

وتقدم فى أواخر كتاب الجهاد «هل يبيع من استرق من الكفار للكفار؟ فى كلام
 المصنف، وتقدم المذهب فى ذلك.

قوله: «وإن أسلم عبدُ الدِّمى أُجبرَ على إزالة ملكه عنه. بلا نزاع: وليس له
 كتابته».

هذا أحد الوجهين. وجزم به ابن عبدوس فى تذكرته. وقدمه فى الشرح^(١)،
 وقال: هو أولى. وصححه فى النظم فى أواخر باب الكتابة.

قال ابن منجا: هذا المذهب. وقدمه فى الفروع فى باب التدبير. وقدمه فى
 الهداية، والخلاصة فى باب الكتابة.

وقال القاضى: له ذلك. جزم به فى الوجيز.

وحكى فى الفروع عن أبى بكر: أنها تكفى.

قال فى الرعايتين، والحاوى الصغير: صح فى أصح الوجهين. ويكفى فى الأصح.
 وأطلقهما فى الكافى^(٢)، والتلخيص، والبلغة، والمحرم^(٣)، والنظم، والحاوى الكبير،

(١) قال فى الشرح: لأنه لا يجوز استدامة الملك للكافر على المسلم إجماعا وليس له كتابة لا تزيل الملك
 ولا يجوز إذا ملك الكافر عليه) الشرح الكبير (٤/٤٢).

(٢) قال فى الكافى: وإن كاتبه ففيه وجهان أحدهما: يجوز لأنه يصير كالخارج عن ملكه فى التصرفات.

الثانى: لا يجوز لأنه لا يزول الملك فلم يقبل كالتزويج. الكافى (٢/١٣).

(٣) المحرم (١/٣١١).

كتاب البيع..... ٣١٧

والفائق، وأطلقهما فى المذهب. فى باب الكتابة.

ويأتى إذا أسلم عبده أو أم ولده فى «باب التدبير» وفى الاكتفاء بالكتابة إذا ورثه: الوجهان، خلافا ومذهبا.

فائدة: قيل: يدخل العبد فى ملك الكافر ابتداء فى سبع مسائل.
إحداهما: الإرث.

الثانية: استرجاعه لإفلاس المشتري، يعنى لو اشترى عبدا كافرا من كافر ثم أسلم العبد، وأفلس المشتري، وحجر عليه.

الثالثة: إذا رجع فى هبته لولده، يعنى لو وهب الكافر عبده لولده المسلم ثم أسلم العبد، ورجع فى هبته.

الرابعة: إذا رد عليه بعيب. يعنى إذا باعه ثم أسلم، وظهر به عيب فرده. وحكى فى القواعد فيه وفيما يشابهه وجهين.

الخامسة: إذا قال الكافر لمسلم: أعتق عبدك عنى، وصححناه. على ما يأتى فى باب الولاة.

السادسة: إذا كاتب عبده ثم أسلم، ثم عجز عن نفسه. على قول.

السابعة: إذا اشترى من يعتق عليه، على ماتقدم.

قلت: وتأتى ثامنة: وهى جواز شرائه. ويؤمر ببيعه وكتابه. على رواية ذكرها بعض الأصحاب فى طريقته.

والتاسعة: وهى ما إذا ملكه الحربى. وقلنا: إنه يملك مالنا بالاستيلاء، على ما تقدم فى قسمة العنيفة.

وعاشرة: وهى إذا استولد المسلم أمة الكافر. قاله ابن رجب فى القاعدة الخمسين. وقال: يملك الكافر المصاحف بالإرث. ويرده عليه بعيب ونحوه، وبالقهر.

وحادية عشرة: وهى إذا باع الكافر عبدا كافرا بشرط الخيار مدة وأسلم العبد فيها.

قلت: وقد قال الشيخ تقي الدين فى شرح المحرر: هل يملك الكافر فسخ العقد بإفلاس المشتري، أو عيب الثمن، أو بخيار، أو إذا وهبه لابنه المسلم، أم لا؟ قياس المذهب: يملكه ولا يقر فى ملكه، لأن فى منعه من ذلك إبطال حق العقد. قال: وفيه نظر. انتهى.

٣١٨ كتاب البيع

ويؤخذ من كلامه صورة أخرى. وهي: ما إذا وجد ثمنه معييا. وقلنا: الدراهم والدنانير تعين بالتعيين، وكانت معينة وردھا. وكان قد أسلم قبل ذلك. فتكون ائنتى عشرة مسألة.

فائدة: قوله: ﴿وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الرَّجُلِ عَلَى بَيْعِ أَخِيهِ. وَهُوَ أَنْ تَقُولَ لِمَنْ اشْتَرَى سِلْعَةً بِعَشْرَةِ: أَنَا أُعْطِيكَ مِثْلَهَا بِتِسْعَةٍ. وَلَا شِرَاءَ الرَّجُلِ عَلَى شِرَاءِ أَخِيهِ. وَهُوَ أَنْ يَقُولَ لِمَنْ بَاعَ سِلْعَةً بِتِسْعَةٍ: عِنْدِي فِيهَا عَشْرَةٌ، لِيَفْسَخَ الْبَيْعَ وَيَعْقِدَ مَعَهُ﴾.

وهذا بلا نزاع فيهما^(١). ويتصور ذلك فى مسألتين. الأولى: فى خيار المجلس والثانية: فى خيار الشرط.

[وجزم به فى الفروع، والرعاية، وغيرها..]

قال ابن رجب فى شرح الأربعين النووية فى شرح الحديث الخامس والثلاثين: وظاهر كلام أحمد فى رواية ابن مشيش. قال: ومال إلى القول بأنه عام فى الحالين. انتهى. يعنى فى مدة الخيار وبعدها. قال: وهو قول طائفة من أصحابنا وهو أظهر. انتهى. وعلله تبعا لميل غيرهم].

وأما قبل العقد: فهو سومه فى سوم أخيه على ما يأتى.

قوله: ﴿فَإِنْ فَعَلَ فَهَلْ يَصِحُّ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ﴾.

وهما روايتان فى الفروع وغيره. وأطلقهما فى الهداية، والمحرر^(٢)، والرعايتين، والحاويين، والمستوعب.

أحدهما: لا يصح - أعنى: البيع الثانى - وهو المذهب، صححه فى التصحيح.

قال فى المذهب، ومسبوك الذهب: البيع باطل فى ظاهر المذهب.

قال فى الفروع: لم يصح على الأصح.

(١) قال فى الشرح: (أما البيع فهو حرم لقول النبى ﷺ «لا يبيع بعضكم على بيع بعض» فلا يجوز للنهى عنه ولما فيه من الإضرار بالمسلم والإنساد عليه. وفى معنى ذلك شراؤه على شراء أخيه لأنه فى معنى النهى عنه ولأن الشراء يسمى يبيعا فيدخل فى عموم النهى) الشرح الكبير (٤/٤٢)، ذكره فى العدة (نهى عن بيع الرجل على بيع أخيه لقوله ﷺ «لا يبيع بعضكم على بيع بعض» العدة (٢١٧)، الكافى (١٦/٢).

(٢) قال فى المحرر: (يبعه على بيع أخيه وشراؤه على شراء أخيه. فإن فعل ذلك فهل يصح البيع الثانى؟ على وجهين أحدهما لا يصح بيع الثانى وهو المذهب) المحرر (١/٢٨٢).

كتاب البيع..... ٣١٩

قال فى الرعاية الكبرى: أشهرهما: البطلان. واختاره أبو بكر، وغيره. وجزم به فى الخلاصة، والوجيز، وتذكرة ابن عبدوس. وقدمه فى الشرح^(١)، والكافى^(٢).

الوجه الثانى: يصح. اختاره القاضى، وأبو الخطاب.

وقال الشيخ تقي الدين: يحرم الشراء على شراء أخيه، فإن فعل كان للمشتري الأول مطالبة البائع بالسلعة، وأخذ الزيادة. أو عوضها.

فائدتان

إحدهما: سومه فى سوم أخيه محرم مع الرضى صريحا. على الصحيح من المذهب^(٣). وقيل: يكره. ذكره فى الرعاية الكبرى.

فعلى المذهب: يصح البيع على الصحيح من المذهب.

وقيل: لا يصح. وهو ظاهر ما جزم به ابن عبدوس فى تذكرته.

وظاهر الرعاية الصغرى، والحاوى الصغير: أن فى صحة البيع روايتين. وإن حصل الرضى ظاهرا لم يحرم السوم، على الصحيح من المذهب، اختاره القاضى وغيره. وجزم به فى التلخيص وغيره، وقدمه فى الفروع وغيره.

وقيل: يحرم كرضاه صريحا.

قال المصنف: لو قيل بالتحريم هنا، لكان وجها حسنا. وصححه الناظم.

فعليه: لو تساوى الأمران: لم يحرم. على الصحيح. جزم به المصنف، والشارح وغيرهما.

(١) قال فى الشرح: (أما البيع فهو محرم لقول النبى ﷺ «لا يبيع بعضكم على بيع بعض» لما فيه من النهى ولما فيه من الإضرار بالمسلم والإفساد عليه. وفى معنى ذلك شراؤه على شراء أخيه، فإن الشراء فى معنى البيع فتدخل فى عموم النهى فإن فعل ذلك فالبيع باطل للنهى والنهى يقتضى الفساد) الشرح الكبير (٤/٤٢).

(٢) قال فى الكافى: (فإن اشترى سلعة أخيه فالشراء باطل للنهى عنه وشراؤه على شراء أخيه كبيعته على بيعه) الكافى (٤/١٦).

(٣) قال فى الكافى: (أما سومه على سوم أخيه فننظر فيه فإن كان البائع أتم للمشتري البيع بثمن معلوم حرم على غيره سومه لما روى أبو هريرة أن النبى ﷺ قال: «لا يسم الرجل على سوم أخيه» رواه مسلم. وإن لم يتم له جاز سومهما لما روى أنس أن رجلا شكأ إلى النبى ﷺ الشدة والجهد فقال له ما بقى لك شىء قال بلى قدح وحلس فأتاه بهما فقال من يبتاعهما فقال رجل أنا أبتاعهما بدرهم فقال النبى ﷺ: «من يزد على درهم فأعطاه رجل درهمين فباعهما منه قال الزمذى هذا حديث حسن. الكافى (٢/١٦)، شرح المحرر (١/٢٨٤)، فصل فى ذلك صاحب الشرح، انظره الشرح الكبير (٤/٤٢).

٣٢٠ كتاب البيع

وقيل: يحرم أيضا.

وأما إذا ظهر منه ما يدل على عدم الرضى: فإنه لا يحرم. قولا واحدا.
وقسم في عيون المسائل السوم على سوم أخيه، كالخطبة على خطبة أخيه، فيما
يأتى إن شاء الله تعالى.

الثانية: سوم الإجارة كالبيع. ذكره في الانتصار، وذكر عنه في الفروع فى آخر
التصرف فى المبيع.

قلت: وكذا استجاره على إجارة أخيه، حيث قلنا بخيار المجلس فيها.

وقال الشيخ تقي الدين. فى شرح المحرر (١) قلت: واستجاره على استجار أخيه،
واقتراضه على اقتراض أخيه، واتهابه على اتهاه أخيه: مثل شرائه على شراء أخيه،
أو شرائه على اتهاه، أو شرائه على إصداقه، ونحو ذلك. بحيث تختلف جهة الملك.

قوله: ﴿وَفِي بَيْعِ الْحَاضِرِ لِلْبَادِي رَوَاتَانِ﴾.

وأطلقهما فى الهداية، والمذهب، والتلخيص، والمحرر (٢)، وشرح ابن منجا، والفائق
والزر كشي.

إحداهما: يحرم. ولا يصح بشروطه، وهو المذهب.

قال فى المغنى (٣)، والشرح (٤)، والفروع: حرم، وفسد العقد. رضوا بذلك أم لا.
فى ظاهر المذهب.

قال الناظم: وهو الأظهر. واختاره ابن عبدوس فى تذكرته، وجزم به فى الوجيز،
والمنور، ونظم المفردات، والخرقى، وهو منها. وقدمه فى الحاويين، والكافى (٥).

والرواية الثانية: يكره، ويصح. فى الخلاصة، والرعايتين.

وعنه: يحرم ويصح. ذكرها فى الرعاية الكبرى، وغيره.

قال الزر كشي: وجعل ابن منجا فى شرحه الصحة على القول بزوال النهى، والبطلان

(١) ذكره بنصه فى شرح المحرر (١/٢٨٤).

(٢) قال فى المحرر: (وفى صحته روايتان) المحرر (١/٣١١).

(٣) قال فى المغنى: يحرم لأنه نهى عنه والنهى يقتضى الفساد لحديث جابر عن النبى ﷺ: «لا يبيع حاضر
لباد دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض» المغنى (٤/٢٧٩).

(٤) قال فى الشرح: (قال فى بيع الحاضر للبادى روايتان إحداهما يصح والأخرى لا يصح بخمسة شروط
لقوله ﷺ: «لا يبيع حاضر لباد دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض». رواه مسلم (٤/٤٣).

(٥) الكافى (٢/١٥).

كتاب البيع..... ٣٢١

قلت: ما قاله ابن منجا قاله المصنف فى المغنى والشارح.

فالرواية الواردة عن أحمد تدل على ذلك. وبها استدلا.

قال الشارح - بعد أن قدم المذهب والنهى عنه - ونقل ابن شاقلا: أن الحسن بن على المصرى سأل أحمد رحمه الله عن بيع حاضر لباد؟ فقال: لا بأس به. فقال له: الخير الذى جاء بالنهى؟ قال: كان ذلك مرة. قال: فظاهر هذا أن النهى اختص بأول الإسلام، لما كان عليهم من الضيق فى ذلك. انتهى.

فعلى المذهب: يشترط لعدم الصحة خمسة شروط. كما ذكره المصنف. وهو أن يحضر البادى لبيع سلعته بسعر يومها، جاهلا بسعرها. ويقصده الحاضر، وتكون بالمسلمين حاجة إليها. فاجتماع هذه الشروط يحرم البيع ويطلبه. على المذهب كما تقدم. فإن اختل منها شرط صح البيع. على الصحيح من المذهب، عليه أكثر الأصحاب.

ولم يذكر الإمام أحمد رحمه الله فى الشروط: أن يكون بالمسلمين حاجة إليها.

قوله: ﴿وَيَقْصِدُهُ الْحَاضِرُ﴾.

هذا شرط. لكن يشترط فيه أن يكون عارفا بالسعر، على الصحيح من المذهب^(١)، وعنه: لا يعرفه.

قوله: ﴿جَاهِلًا بِسِعْرِهَا﴾.

يعنى البادى. وهذا المذهب^(٢)، وعليه الأصحاب. وعنه: لا يشترط جهله بالسعر.

قوله: ﴿أَنْ يَخْضُرَ الْبَادِىَ لِيَبْعَ سِلْعَتَهُ﴾.

هذا المذهب^(٣). وعليه جماهير الأصحاب.

(١) قال فى الشرح: (أن يكون الحاضر قصد البادى ليتولى البيع له فإن كان هو القاصد للحاضر جاز لأن التضييق حصل منه لا من الحاضر) الشرح الكبير (٤/٤٣)، قاله فى الكافى (أن يكون الحاضر قد قصد البادى) الكافى (٢/١٥)، قال فى المحرر: (ويقصده الحاضر)، المحرر (١/٣١١).

(٢) قال فى الشرح: (الثانى أن يكون البادى جاهلا بالسعر) ذكر فى المحرر (وهو جاهل بسعره) المحرر (١/٣١١). ذكر فى الكافى (الثانى أن يكون البادى جاهلا بالسعر لأنه إذا كان عالما به فهو كالحاضر) الكافى (٢/١٥).

(٣) قال فى الكافى: (أن يكون جلب السلعة لبيعها فإن جلبها ليذخرها فلا ضرر على الناس فى بيع الحاضر له) الثانى (٢/١٥) قال فى الشرح (أن يكون جلب السلعة للبيع) الشرح الكبير (٤/٤٤) قال فى المحرر: (أن يحضر البادى لبيع شيء بسعر يومه) المحرر (١/٣١١).

٣٢٢..... كتاب البيع

وعنه: حكم ما إذا وجه بها البادى إلى الحاضر ليبيعه له: حكم حضور البادى ليبيعه. نقله ابن هانئ.

ونقل المروذى: أخاف أن يكون ممن حزم بهما الخلال: وهو ظاهر كلام الخرقى لعدم ذكره له.

قوله: ﴿بِسَعْرِ يَوْمِهَا﴾.

زاد بعضهم فى هذا الشرط: أن يقصد البيع بسعر يومها حالاً لانسيئة. نقله الزركشى، ولم يذكر الخرقى بسعر يومها.

قوله: ﴿وَأَمَّا شِرَاؤُهُ لَهُ: فَيَصِحُّ رِوَايَةً وَاحِدَةً﴾.

وهو المذهب (١). وعليه الأصحاب، ونقل ابن هانئ: لا يشتري له. وتقدم أول الباب بيع التلجئة، والهازل، ونحوهما. فليعاود.

فائدة: الصحيح من المذهب - وعليه الأصحاب. ونص عليه -: أن النهى فى هذه المسألة باق.

وعنه: زواله. وقال: كان ذلك مرة، والتفريع على الأول.

قوله: ﴿وَمَنْ بَاعَ سِلْعَةً يَنْسِيئَةً لَمْ يَجْزُ أَنْ يَشْتَرِيَهَا بِأَقَلِّ مِمَّا بَاعَهَا نَقْدًا، إِلَّا أَنْ تَكُونَ قَدْ تَغَيَّرَتْ صِفَتُهَا﴾.

هذه مسألة العينة، فعلها محرم. على الصحيح من المذهب (٢)، نص عليه، وعليه الأصحاب.

وعند أبى الخطاب: يجرم استحسانا، ويجوز قياسا، وكذا قال فى الترغيب: لم يجز استحسانا، وفى كلام القاضى وأصحابه: القياس صحة البيع.

(١) قال فى الشرح: (يصح رواية واحدة لأن النهى غير متناول للشراء بلفظه ولا هو فى معناه فإن النهى عن البيع للرفق بأهل الحضر ليتسع عليهم السعر ويزول عنهم الضرر) الشرح الكبير (٤/٤٤)، ذكر فى المحرر (وإن فقد شرط من الخمسة صح وزال النهى فيفهم منه ذلك) المحرر (٣١١/١)، قال فى الكافى: (وأما شراء الحاضر للبادى فصحيح لأنه لا ضيق على الناس فيه)، الكافى (١٦/٢).

(٢) قاله فى الشرح: (لم يجز. روى ذلك عن ابن عباس وعائشة والحسن وابن سيرين لما روى أن العالية قالت دخلت أنا وأم ولد زيد بن أرقم وامراته على عائشة فقالت أم ولد زيد بن أرقم إنما بعثت غلاما من زيد بن أرقم بثمانمائة درهم إلى العطاء ثم اشتريته منه بسبعمائة درهم فقالت لها إيش ما شريت أبلغى زيد بن أرقم أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إلا أن يتوب. رواه أحمد) الشرح الكبير (٤/٤٥)، ذكره الكافى بصورته (١٦/٢).

كتاب البيع..... ٣٢٣
 قال فى الفروع: ومرادهم أن القياس خولف للدليل راجح. فلا خلاف إذا فى المسألة، وحكى الزركشى بالصحة قولاً.
 وذكر الشيخ تقى الدين أيضاً: أنه يضح البيع الأول. إذا كان بياناً، بلا مواطأة، وإلا بطلاً. وأنه قول أحمد.
 قال فى الفروع: ويتوجه أن مراد من أطلق: هذا. إلا أنه قال فى الإلتصار: إذا قصد بالأول الثانى يجرم. وربما قلنا بطلانه.
 وقال أيضاً: يحتمل إن قصد أن لا يصحها، وإن سلم: فالبيع الأول خلا عن ذريعة الريا.

تنبيهه: قوله: ﴿لَمْ يَجُزْ أَنْ يَشْتَرِيَهَا بِأَقْلٍ مِمَّا بَاعَهَا نَقْدًا﴾.

قاله أبو الخطاب، والمصنف فى المغنى^(١)، والشارح، والناظم، وصاحب الوجيز، والرعاية، وغيرهم.
 والصحيح من المذهب: لا يشترط فى التحريم أن يشتريها بنقد، بل يجرم شراؤها، سواء كان بنقد أو نسيئة.
 قال فى الفروع: إذا لم يقله أحمد، والأكثر، بل ولو كان بعد حل أجله. نقله ابن القاسم وسندى.

فوائد

إحداها: لو اشتراها بعرض، أو كان بيعها الأول بعرض، فاشتراها بنقد جاز.
 قال المصنف والشارح: لا نعلم فيه خلافاً.
 قال فى الفروع: فإن كان بغير جنسه جاز. انتهى.
 وإن باعها بنقد واشترها بنقد آخر. فقال الأصحاب: يجوز. قاله المصنف، والشارح: وفى الإلتصار وجه: لا يجوز إلا إذا كان بعرض، فلا يجوز إذا كان بنقدين مختلفين. واختاره المصنف، والشارح.
 قلت: وهو الصواب.

الثانية: من مسائل العينة: لو باعه شيئاً بثمن لم يقبضه، ذكره القاضى وأصحابه.

(١) قال فى المغنى: (لم يجوز ذلك، روى عن أكثر أهل العلم، روى عن ابن عباس وعائشة والحسن وابن سيرين والشعبى والنخعى) ثم ذكر الرواية التى ذكرها صاحب الشرح فى النقطة السابقة. المغنى (٢٥٦/٤).

٣٢٤..... كتاب البيع

وهو ظاهر كلام الإمام أحمد. ثم اشتراه بأقل مما باعه نقدا، أو غير نقد - على الخلاف المتقدم - لم يصح.

الثالثة: عكس العينة: مثلها في الحكم. وهي أن يبيع السلعة بثمن حال. ثم يشتريها بأكثر نسيئة. على الصحيح من المذهب، نص عليه، قدمه في المغنى (١)، والشرح (٢)، والفروع، والفائق.

ونقل أبو داود: يجوز بلا حيلة.

ونقل المروذي - فيمن باع شيئا، ثم وجده يباع - أيشتره بأقل مما باعه؟ قال: لا. ولكن بأكثر لا بأس.

قال المصنف: ويحتمل أن يجوز له شراؤها بجنس الثمن بأكثر منه. إذا لم تكن مواطأة ولا حيلة. بل وقع اتفاقا من غير قصد.

قوله: ﴿فَإِنْ اشْتَرَاهُ أَبُوهُ أَوْ ابْنُهُ جَازٌ﴾.

مراده: إذا لم يكن حيلة، فإن كان حيلة لم يجوز، وكذا يجوز له الشراء من غير مشتره لا من وكيله.

قال في الفائق قلت: بشرط عدم المواطأة. انتهى.

قلت: وهو مراد الأصحاب.

فائدة: لو احتاج إلى نقد، فاشترى ما يساوي مائة بمائة وخمسين. فلا بأس. نص عليه، وهو المذهب، وعليه الأصحاب. وهي مسألة التورق. وعنه: يكره. وعنه: يحرم. اختاره الشيخ تقي الدين.

فإن باعه لمن اشترى منه: لم يجوز. وهي العينة. نص عليه.

قوله: ﴿وَإِنْ بَاعَ مَا يَجْرِي فِيهِ الرِّبَا نَسِيئَةً، ثُمَّ اشْتَرَى مِنْهُ بِثَمَنِهِ قَبْلَ قَبْضِهِ مِنْ

جَنَسِهِ، أَوْ مَا لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ نَسِيئَةً: لَمْ يَجُزْ﴾.

وهو المذهب (٣). وعليه جماهير الأصحاب. وقطع به كثير منهم.

واختار المصنف الصحة مطلقا، إذا لم يكن حيلة. وقال: قياس مسألة العينة أخذ

(١) ذكره في المغنى (قال أحمد في رواية حرب لا يجوز ذلك إلا أن يغير السلعة لأن ذلك يتخذة وسيلة إلى الربا فأشبه مسألة العينة) المغنى (٢٥٧/٤).

(٢) قال في الشرح: (لا يجوز إلا أن تتغير السلعة لأن ذلك يتخذة وسيلة إلى الربا فهي كمسألة العينة) الشرح الكبير (٤٦/٤).

(٣) ذكره صاحب الشرح وساق أدلة عن الصحابة، انظر الشرح الكبير (٤٦/٤)، ذكره صاحب المحرر (٣٢١/١)، ذكره صاحب الكافي (١٧/٢).

عين جنسه. واختاره في الفائق.

واختار الشيخ تقي الدين الصحة، إذا كان ثمَّ حاجة. وإلا فلا.

تنبينه: شمل كلام المصنف مسألتين:

إحدهما: أن يبيعه كَيْلٌ بُرٌّ إلى شهر بمائة، ثم يشتري بثمنه بعد استحقاقه منه برا.

فلا يجوز. قال في التلخيص: قاله أصحابنا. ونص عليه.

الثانية: أن يأخذ بالثمن منه شعيراً أو غيره مما يجرى فيه الربا نسيئة، فلا يجوز.

فوائد الباب

يحرم التسعير. ويكره الشراء به. على الصحيح من المذهب^(١)، وإن هدد من

خالفه: حرم وبطل العقد. على الصحيح من المذهب. صححه في الفروع، والرعاية

الكبرى. وقدمه في الرعاية الصغرى. وقيل: لا يبطل العقد بأحدهما.

هل الوعيد إكراه أم لا ؟.

ويحرم قوله: «بيع كالناس» على الصحيح من المذهب. وفيه وجه: لا يحرم.

وأوجب الشيخ تقي الدين إلزامهم المعاوضة بمثل الثمن. وقال: لا نزاع فيه، لأنها

مصلحة عامة لحق الله تعالى.

وكره الإمام أحمد البيع والشراء من مكان ألزم الناس بهما فيه، لا الشراء ممن

اشترى منه.

وكره أيضاً الشراء بلا حاجة من جالس على الطريق، ومن بائع مضطر ونحوه.

وقال في المنتخب: لبيعه بدون ثمنه.

ويحرم الاحتكار في قوت الآدمي فقط. على الصحيح من المذهب^(٢). نص عليه.

وقيل: لا يحرم.

(١) قال في الكافي: (ولا يحل التسعير لما روى أنس قال: غلا السعر على عهد رسول الله فقالوا يا رسول

الله قد غلا السعر سعر لنا فقال: «إن الله هو المسعر القابض الباسط الرازق إنني لأرجو أن ألقى الله

وليس لأحد يظلمني. مظلمة» قال الرمذى هذا حديث صحيح. ولأنه ظلم للبائع بإجباره على بيع

سلعته بغير حق أو منعه من بيعها بما يتفق عليه المتعاقدان، وهو من أسباب الغلاء لأنه يقطع الجلب

ويمنع الناس من البيع فيرتفع السعر. الكافي (٢٥/٢).

(٢) قال في الشرح: (والاحتكار حرام لما روى أبو أمامة أن النبي ﷺ نهى أن يحتكر الطعام) وعن سعيد

ابن المسيب أن رسول الله ﷺ قال: «من احتكر فهو خاطئ» وذكر شروطه. الشرح الكبير (٤٧/٤).

قال في الكافي (الاحتكار محرم لما روى سعيد بن المسيب عن النبي ﷺ: «من احتكر فهو خاطئ».

والاحتكار المحرم ما جمع أربعة أوصاف أن يشتري قوتاً يضيق به على الناس في بلد فيه ضيق، إما

الجالب ليس يحتكر ولأنه لا ضرر على الناس على جلبه ومن استغل من أرضه شيئاً فهو كالجالب)

الكافي (٢٥/٢).

٣٢٦..... كتاب البيع

وعنه: يحرم أيضا فيما يأكله الناس. وعنه: أو يضرهم ادخاره بشرائه فى ضيق.
وقال المصنف: من بلده لا جالبا. والأول قدمه فى الفروع. وقاله القاضى وغيره
ويصح شراء محتكر على الصحيح من المذهب.
وفى الترغيب احتمال بعدم الصحة.
وفى كراهة التجارة فى الطعام إذا لم يرد الحكرة: روايتان. وأطلقهما فى الفروع.
قال فى الرعاية الكبرى: ومن جلب شيئا، أو استغله من ملكه، أو مما استأجره،
أو اشتراه زمن الرخص، ولم يضيّق على الناس إذن، أو اشتراه من بلد كبير، كبغداد
والبصرة ومصر ونحوها. فله حبسه حتى يخلو، وليس محتكرا. نص عليه. وترك
ادخاره لذلك أولى. انتهى.

وقال القاضى: يكره إن تربص به السعر، لا جالبا بسعر يومه.
نقل عبد الله وحنبل: الجالب أحسن حالا، وأرجو أن لا بأس، ما لم يحتكر.
وقال: لا ينبغى أن يتمنى الغلاء.
وقال فى الرعاية يكره واختاره الشيخ تقي الدين.
ويجبر المحتكر على بيعه كما يبيع الناس، فإن أبى - وخيف التلف - فرقه الإمام
ويردون مثله.

قال فى القروع: ويتوجه قيمته.
قلت: وهو قوى.
وكذا سلاح لحاجة. قاله الشيخ تقي الدين.
قلت: وأولى.

ولا يكره ادخار قوت لأهله ودوابه. نص عليه، ونقل جعفر: سنة وستين ولا
ينوى التجارة: فأرجو أن لا يضيّق.

ومن ضمن مكانا لبيع فيه ويشترى وحده: كره الشراء منه بلا حاجة، ويحرم
عليه أخذ زيادة بلا حق. ذكره الشيخ تقي الدين.

* * *

باب الشروط فى البيع

تنبیه: قوله: ﴿وَهِيَ ضَرْبَانِ: صَحِيحٌ. وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَنْوَاعٍ. أَحَدُهَا: شَرْطُ مُقْتَضَى الْبَيْعِ، كَالْتَقَابِضِ وَحُلُولِ الثَّمَنِ وَنَحْوِهِ﴾.

بلا نزاع (١). ويأتى «لو جمع بين شرطين من هذا».

قوله: ﴿الثَّانِي: شَرْطٌ مِنْ مَصْلَحَةِ الْعَقْدِ، كَاشْتِرَاطِ صِفَةٍ فِي الثَّمَنِ كَتَأْجِيلِهِ، أَوْ الرَّهْنِ، أَوْ الضَّمِينِ بِهِ، أَوْ صِفَةٍ فِي الْمَبِيعِ، نَحْوِ كَوْنِ الْعَبْدِ كَاتِبًا، أَوْ خَصِيًّا، أَوْ صَانِعًا، أَوْ مُسْلِمًا، أَوْ الْأَمَةِ بَكَرًا، أَوْ الدَّابَّةِ هَمَلًا جَدَّةً وَالْفَهْدِ صَيُّوْدًا. فَيُصَحُّ الشَّرْطُ بِبَلَا نِزَاعٍ: ﴿فَإِنْ وَفَى بِهِ﴾. هو فى جميع ما تقدم: ﴿وَالْأَوْلَى لِلصَّاحِبِ الْفَسْخُ﴾.

يعنى إذا لم يتعذر الرد. فأما إن تعذر الرد: تعين له الأرش، وإن لم يتعذر الرد، فظاهر كلامه: أنه ليس له إلا الفسخ لا غير. وهو أحد الوجهين. وهو ظاهر كلامه فى الشرح (٢)، وشرح ابن منجاء، والوجيز.

قال الزركشى. فى الرهن: وهو ظاهر كلام الخرقى، والقاضى، وأبى الخطاب، وصاحب التلخيص، والسامرى، وأبى محمد.

والصحيح من المذهب: أن له الفسخ، أو أرش فقد الصفقة. جزم به فى المنور، وغيره. واختاره ابن عبدوس وغيره.

قال الزركشى: ويحكى عن ابن عقيل فى العمدة (٣). وقدمه فى المحرر (٤)، والفروع، والنظم والرعايتين، والفاائق. وأطلقهما الزركشى.

تنبیه: قوله: ﴿أَوْ الرَّهْنُ أَوْ الضَّمِينُ بِهِ﴾.

من شرط صحته: أن يكونا معينين. فإن لم يعينهما لم يصح، وليس له طلبهما بعد العقد لمصلحته. ويلزم بتسليم رهن المعين، إن قيل: يلزم بالعقد.

(١) ذكر صاحب المعنى التقسيم الرباعى للشروط فى البيع. انظره فى المعنى (٢٨٥/٤).

قال فى الشرح: وهى ضربان صحيح وهو ثلاثة أنواع وكأنه هو ثلاثة أنواع الشرح الكبير (٤٨/٤)

وذكر أيضا صاحب الكافى أنها على أربعة أضرب الكافى (٢٢/٢).

(٢) الشرح الكبير (٤٨/٤).

(٣) العمدة (٢٣١).

(٤) المحرر (٣١٣/١).

٣٢٨..... كتاب البيع

وفى المنتخب: هل يبطل بيع يبطلان رهن فيه لجهالة الثمن أم لا، كمهر فى نكاح؟ فيه احتمالان.

فائدة: ومن الشروط الصحيحة: أيضا لو شرطها تحييض، أو اشترط الدابة لبونا، أو الأرض خراجها كذا. ذكره القاضى. واقتصر عليه فى الفروع فيهما. وحزم به فى الكافى (١)، والمغنى (٢)، والشرح (٣). وقال ابن شهاب إن لم تحض طبعاً، ففقدته يمنع النسل، وإن كان كبير فعيب، لأنه ينقص الثمن.

وحزم فى التلخيص: أنه لا يصح شرط كونها لبونا. قال فى الرعاية. وهو أشهر.

قوله: ﴿وَإِنْ شَرَطَهَا تَيْبًا كَافِرَةً. فَبَانَتْ بِكَرًّا مُسْلِمَةً. فَلَا فسخ﴾.

وهذا المذهب. وعليه جماهير الأصحاب، وقطع به فى الوجيز، والنظم، وغيرهم. وصححه فى الفائق وغيره. وقدمه فى الفروع وغيره.

ويحتمل أن له الفسخ، لأن له فيه قصداً.

قلت: وهو قوى.

واختاره ابن عبدوس فى تذكرته. ونصره المصنف فى المغنى (٤). وقدمه فى

الحاوى الكبير. وأطلقهما فى الكافى (٥) فيما إذا شرطها كافرة. فبانة مسلمة.

تنبيه: مما يحتمله كلام المصنف: لو شرطها تيباً، فبانة بكراً. أو شرطها كافرة فبانة مسلمة. وأكثر الأصحاب إنما مثلوا بذلك. فلذلك حمل ابن منجأ فى شرحه كلام المصنف عليه.

قلت: يمكن حملة على ظاهره. ويكون ذلك من باب التنبيه على ما مثله

الأصحاب، ولذلك أجراه الشارح على ظاهره.

(١) قال فى المغنى: وإن اشترط المشتري فى البيع صفة مقصودة كما لا يصير فقده عيباً صح وصارت مستحقة يثبت له خيار الفسخ عند عدمها كأن يشترط أن يختص أدوات صنعة أو لبن المغنى (٢٤٥/٤).

(٢) قال فى الكافى: (أو اشترط الشاة لبونا فبان خلاف ذلك فله الرد) الكافى (٥٣/٢).

(٣) قال فى الشرح: (فإن شرط الشاة لبونا صح لأنه صفة مقصودة يمكن الوفاء بها فصح شرطه كالصناعة) الشرح (٤٨/٤).

(٤) قال فى المغنى: (فله الخيار لأن فيه قصداً صحيحاً وهو أن طالت الكافرة أكثر لصلاحياتها للمسلمين وغيرهم أو ليستريح من تكليفها العبادات) المغنى (٢٤٥/٤).

(٥) أطلق الكافى فذكر فيها روايتين إحداهما لا خيار له لأنها زيادة. الثانى: له الخيار لأنه يتعلق به غرض صحيح وهو صلاحها للمسلم والكافر. الكافى (٥٣/٢).

كتاب البيع ٣٢٩

فائدة: لو شرطه كافراً، فبان مسلماً. فظاهر ما قدمه فى الفروع: أن له الفسخ.
قال شيخنا فى حواشيه: وهو مشكل من جهة المعنى، لأن العلة المذكورة فى الكافرة موجودة فى الكافر.

وقال أبو بكر: حكمه حكم ما إذا شرطها كافرة فبانت مسلمة.

قال فى الرعاية: هذا أقيس.

قال فى التلخيص: هذا أظهر الوجهين.

قلت: وهو الصحيح.

وذكر ابن الجوزى فيما إذا شرطه كافراً فبان مسلماً: روايتين.

قوله: ﴿وَإِنْ شَرَطَ الطَّائِرَ مُصَوِّتًا، أَوْ أَنَّهُ يَجِيءُ مِنْ مَسَافَةٍ مَعْلُومَةٍ: صَحَّ﴾.

إن شرط الطائر مصوتاً، فقدم المصنف الصحة. وهو المذهب على ما اصطالحناه. جزم به فى العمدة^(١)، والوجيز، ومنتخب الأزجى. واختاره المصنف، وابن عبدوس فى تذكرته. قال الشارح: الأولى جوازه.

قال فى الفائق: صح فى أصح الوجهين. وجزم به فى العمدة^(٢). وقدمه فى الكافى^(٣)

قال القاضى: لا يصح. قال فى الرعاية الكبرى: وهو الأشهر. قال الناظم: وهو الأقوى.

وجزم به فى الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والهادى، والتلخيص، والمحزر^(٤)، والمنور، وإدراك الغاية. وقدمه فى الحاويين.

قلت: وهذا المذهب.

وقد وافق على ذلك فى الهدادى. وأطلقهما فى الرعاية الصغرى، والفروع، وشرح ابن منجا.

وإن شرط أن يجيء من مسافة معلومة، فقدم المصنف هنا: الصحة. وهو المذهب. جزم به فى الوجيز، والمنور، ومنتخب الأزجى.

(١) قال فى العمدة: (أو أن الطائر مصوت ونحوه). العمدة (٢٣١).

(٢) العمدة (٢٣١).

(٣) قال فى الكافى: (وإن شرط فى الطير أنه مصوت صح) الكافى (٥٣/٢).

(٤) قال فى المحزر: (وإن شرط الطائر مصوتاً لم يصح) المحزر (٣١٤/١).

٣٣٠..... كتاب البيع

قال الشارح: وهو أولى.

قال في الفائق: صح في أصح الوجهين.

واختاره أبو الخطاب في الهداية، والمصنف، وابن عبدوس في تذكروته. وقدمه في إدراك الغاية، والكافي (١).

وقال القاضي: لا يصح. وصححه في المذهب، ومسبوك الذهب.

قال في الرعاية الكبرى: أشهرهما بطلانه. وأطلقهما في المستوعب، والخلاصة، والمعنى (٢)، والتلخيص، والمحرر (٣)، والرعاية الصغرى، والحاويين، والفروع، وشرح ابن منجا.

فتلخص في المسألتين طرق: يصح الشرط فيهما، لا يصح فيهما. لا يصح في الأولى، وفي الثانية الخلاف. لا يصح في الأولى، ويصح في الثانية. وهو المذهب الصحيح.

فائدتان

إحدهما: لو شرط الطائر ببيض، أو يوقظه للصلاة، أو الأمة حاملا: فحكمهن كالمسألتين المتقدمتين عند صاحب الفروع.

وأما إذا شرط في الطائر أنه ببيض، فقال المصنف في المعنى (٤): الأولى الصحة. قلت: وهو الأولى. وقيل: لا يصح.

وإن شرط أنه يوقظه للصلاة، فالصحيح من المذهب: أنه لا يصح. قال في الفائق: بطل في أصح الوجهين.

قال في الرعاية الكبرى: الأشهر البطلان. وقدمه في الحاويين. وجزم به في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والهادى، والتلخيص، والشرح (٥)، وغيرهم.

(١) قال في الكافي: (وإن شرط أن يجيء من مسافة ذكرها صح لأن ذلك عادة وفيه قصد صحيح لتبليغ الأخبار فهو كالصيد في الفهد) الكافي (٥٣/٢).

(٢) قال صاحب المعنى: (وإن شرط في الحمام أنه يجيء من مسافة ذكرها فقال القاضي لا يصح لأن فيه تعذيرا للحيوان والتصد منه غير صحيح. وقال أبو الخطاب يصح لأن هذه عادة مستمرة وفيه قصد صحيح لتبليغ الأخبار وحمل الكتب فجرى الصيد في الفهد) المعنى (٢٤٦/٤).

(٣) قال في المحرر: (وإن شرط بجيفة من مسير معلوم أو شرط الأمة حاملا على وجهين) المحرر (٣١٤/١).

(٤) ذكره صاحب المعنى (٢٤٦/٤).

(٥) ذكر صاحب الشرح عدم الصحة. الشرح (٤٩/٤).

كتاب البيع ٣٣١

وقيل: يصح. ونسبه في الحاويين إلى اختيار المصنف.
 وقد قدم في الكافي (١): أنه إذا شرط أنه يصيح في وقت من الليل: أنه يصح.
 وأما إذا شرط أنه يصيح في أوقات معلومة: فإنه يجري مجرى التصويت في القمري
 ونحوه. قاله المصنف، والشارح.
 وإن شرط الأمة حاملا: فالصحيح من المذهب: الصحة. وقدمه في المغنى (٢)،
 والشرح (٣)، والرعاية الكبرى.
 قلت: وهو أولى.
 وقال القاضي: قياس المذهب لا يصح، وجزم به ابن عبدوس في تذكرته،
 وصاحب المنور فيه. وصححه الأزجى في نهايته. وقدمه في التلخيص. وأطلقهما في
 المحرر (٤)، والرعاية الصغرى، والحاوى الصغير.
 وأما إذا شرط الدابة حاملا، فقال في الرعاية الكبرى: أشهر الوجهين البطلان.
 وقيل: يصح الشرط.
 الثانية: لو شرط أنها لا تحمل: ففاسد، وإن شرطها حائلا فبانت حاملا. فله
 الفسخ في الأمة بلا نزاع، ولا فسخ له في غيرها من البهائم. على الصحيح من
 المذهب.
 وقيل: بلى، كالأمة.
 وقال في الرعاية، والحاوى: ليس بعيب في البهائم إن لم يضر اللحم.
 ويأتى ذلك في العيوب في الباب الذى بعد هذا.
 قوله: ﴿الثالثُ: أَنْ يَشْتَرِطَ الْبَائِعُ نَفْعًا مَعْلُومًا فِي الْبَيْعِ، كَسُكْنَى الدَّارِ شَهْرًا،
 أَوْ حِمْلَانَ الْبَعِيرِ إِلَى مَوْضِعٍ مَعْلُومٍ﴾.
 هذا الصحيح من المذهب (٥). وعليه الأصحاب، وهو المعمول به في المذهب. وهو
 من المفردات.

(١) قال في الكافي: (وإن شرط في الديك أنه يصيح في وقت من الليل صح لأن ذلك عادة له فجرى
 مجرى الصيد في الفهد). الكافي (٥٣/٢).
 (٢) قال في المغنى: (وإن شرطها حاملا صح) المغنى (٢٤٥/٤).
 (٣) قال في الشرح: (وإن شرطها حاملا صح) الشرح الكبير (٤٨/٤).
 (٤) قال في المحرر: (أو شرط الأمة حاملا فعلى وجهين) المحرر (٣١٤/١).
 (٥) ذكره صاحب الشرح (لما روى جابر أنه باع النبي ﷺ جملا واشترط ظهره إلى المدينة ولأن النبي ﷺ
 قال: إلا أن تعلم وهذه معلومة ولأن المنفعة قد تقع مستثناة بالشرط على المشتري) الشرح الكبير
 (٥٠/٤). ذكره صاحب المحرر (٣١٤/١)، الكافي (٢٣/٢).

٣٣٢ كتاب البيع

وعنه: لا يصح. قال فى القواعد: وحكى عنه: رواية لا يصح. وأطلقهما فى الرعاية الصغرى.

تنبيه: يستثنى من كلام المصنف وغيره - ممن أطلق - اشتراط وطء الأمة ودواعيه. فإنه لا يصح قولاً واحداً. صرح به الأصحاب. وهو مراد المصنف وغيره.

فائدة: يجوز للبائع إجارة ما استثناه وإعارته مدة استثنائه، كالعين المؤجرة إذا بيعت. وإن تلفت العين، فإن كان بفعل المشتري: فعليه أجرة مثله، وإن كان بتفريطه: فهو كتلفها بفعله. نص عليه. وقال: يرجع على المبتاع بأجرة المثل.

قال القاضى: معناه عندى: يضمنه بالقدر الذى نقصه البائع لأجل الشرط. ورده المصنف والشارح.

وإن كان التلف بغير فعله وتفريطه: لم يضمن، على الصحيح من المذهب. وهو ظاهر ما قدمه فى الفروع. واختاره المصنف، والشارح. وقواه الناظم. وهو احتمال فى الرعاية.

وقال القاضى: يضمن. وجزم به فى الفائق، والحاويين، والرعاية الكبرى. وقالوا: نص عليه. ورده المصنف، والشارح.

فعلى قول القاضى: يضمنه بما نقص. جزم به فى الفروع.

وقال فى الرعاية الكبرى: وإن تلف بلا تفريطه ولا فعله: ضمن نفعه المذكور بأجرة مثله. نص عليه. فيقوم المبيع بنفعه وبدونه، فما نقص من قيمته: أخذ من ثمنه بنسبته.

وقيل: بل ما نقصه البائع بالشرط. انتهى.

فائدة: لو أراد المشتري أن يعطى البائع ما يقوم مقام المبيع فى المنفعة، أو يعوضه عنها: لم يلزمه قبوله. فإن تراضيا على ذلك: جاز.

قوله: ﴿أَوْ يَشْتَرِطُ الْمُشْتَرِي نَفْعَ الْبَائِعِ فِي الْمَبِيعِ، كَحَمْلِ الْحَطَبِ وَتَكْسِيرِهِ، وَخِيَاطَةِ الثَّوْبِ وَتَفْصِيلِهِ﴾.

الواو هنا بمعنى «أو» تقديره: كحمل الحطب أو تكسيره، وخياطة الثوب أو تفصيله. بدليل قوله: ﴿وَإِنْ جَمَعَ بَيْنَ شَرْطَيْنِ: لَمْ يَصِحَّ﴾ (١).

(١) ذكره صاحب الكافي فقال ولا يصح لقول النبي ﷺ: «لا شرطان فى مبيع» الكافي (٢/٢٤)، قال فى المحرر (ولم يجوز أن يجمع من ذلك شرطين وعنه أنه لا يصح) المحرر (١/٣١٤). وقال فى الشرح (قال أحمد نهى عن الشرطين فى بيع) الشرح الكبير (٤/٥٢) لما روى عن عبد الله بن عمر وعن النبي ﷺ «قال لا يحل سلف وبيع ولا شرطان فى بيع ولا بيع ما ليس عندك».

كتاب البيع ٣٣٣

فلو جعلنا الواو على بابها كان جمعا بين شرطين، ولا يصح ذلك.
واعلم أن الصحيح من المذهب: صحة اشتراط المشتري نفع البائع في المبيع. وعليه
أكثر الأصحاب. ونص عليه، قال أبو بكر، وابن حامد: المذهب جوازه.
وسواء كان حصاداً، أو جزاً رطبة أو غيرها.
قال الزركشى: هو المختار للأكثرين.

قال في الهداية، والمستوعب، والفائق: هذا ظاهر المذهب. نص عليه، وكذا قال
في القواعد الفقهية، والحاوى الكبير، فى غير شرط الحصاد.
قال القاضى: لم أجد بما قال الخرقى رواية فى المذهب. وجزم به فى الوجيز،
وغيره. وقدمه فى الشرح^(١) وغيره. وصححه فى الفروع وغيره. وهو من مفردات
المذهب.

وعنه: لا يصح. صححه فى الرعاية الكبرى. وأطلقهما فى التلخيص، والرعاية
الصغرى، والحاوى الصغير.

فائدة: حكى كثير من الأصحاب فيما إذا اشترط المشتري نفع البائع فى المبيع
الروايتين. وقطعوا بصحة شرط البائع نفعاً معلوماً فى المبيع، وفرقوا بينهما بأن فى
اشتراط نفع البائع جمعا بين بيع وإجارة. فقد جمع بين بيعتين فى بيعة. وهو منهى عنه.
وأما اشتراط منفعة المبيع: فهو استثناء بعض أعيان المبيع. وكما لو باع أمة مزوجة
أو مؤجرة، أو شجرة عليها ثمرة قد بدا صلاحها.

تنبيه: فعلى الصحة: لا بد من معرفة النفع، لأنه بمنزلة الإجارة. فلو شرط الحمل
إلى منزله، وهو لا يعرفه: لم يصح. ذكره المصنف وغيره.

قوله: ﴿وَذَكَرَ الْخِرَقِيُّ فِي جَزِّ الرُّطْبَةِ: إِنَّ شَرْطَهُ عَلَى الْبَائِعِ، لَمْ يَصِحَّ﴾.

وجعله ابن أبى موسى المذهب، وقدمه فى القواعد الفقهية.
قال المصنف: فيخرج ههنا مثله. وخرجه قبله أبو الخطاب، وابن الجوزى وجماعة.
واعلم أنه اختلف فى كلام الخرقى، فقيل: يقاس عليه ما أشبهه من اشتراط منفعة
البائع. وهو الذى ذكره المصنف، وهؤلاء الجماعة. وهو الصواب. فإنه نقل عن الإمام
أحمد رحمه الله رواية توافق من خرَّج. ذكرها صاحب التلخيص، والمجدد، وصاحب
(١) قال فى الشرح: (يجوز أن يشترط المشتري نفع البائع فى المبيع مثل أن يشتري ثوبا، ويشترط على بائعه
خياطته ولأنه لم يصح عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع وشرط) الشرح (٥١/٤).

٣٣٤ كتاب البيع

الفروع وغيرهم. واختارها فى الرعاية الكبرى كما تقدم. وإليه ميل الزركشى وغيره.

وقيل: تختص مسألة الخرقى بما يفضى الشرط فيه إلى التنازع لاغير.

قال المصنف، والشارح: وهو أولى الوجهين.

أحدهما: أنه قال فى موضع آخر: ولا يبطل البيع بشرط واحد.

الثانى: أن المذهب صحة اشتراط منفعة البائع فى المبيع.

وأطلق هذين القولين عن كلام الخرقى فى الكافى (١).

قال فى نهاية ابن رزين: وقيل: لا يصح شرط جز الرطبة عليه.

فخرج هنا مثله. وليس بشىء.

وتبعه فى تجريد العناية، وناظم النهاية.

قال ابن رزين فى شرحه: هذا التخريج ضعيف بعيد. يخالف القواعد والأصول.

وخرج ابن رجب فى قواعده: صحة الشرط فى النكاح.

قال: وهو ظاهر كلام أكثر المتأخرين. ولذلك استشكلوا مسألة الخرقى فى حصاد

الزرع. انتهى.

فعلى المذهب، فى أصل المسألة: يلزم البائع فعل ما وقع عليه الشرط. وله أن يقيم

غيره بعمله. فهو كالأجير. فإن مات أو تلف، أو استحق: فللمشتري عوض ذلك.

نص عليه. ولو أراد البائع بذل العوض عنه: لم يلزم المشتري قبوله. وإن أراد المشتري

أخذ العوض عنه: لم يلزم البائع بذله. فلو رضيا بعوض النفع، ففى جوازه وجهان.

وأطلقهما فى المغنى (٢)، والشرح (٣)، والفروع.

أحدهما: يجوز. جزم به فى الرعاية، وقدمه ابن رزين فى شرحه.

قلت: وهو الصواب.

(١) ذكر صاحب الكافى الإطلاق بناء على قول الخرقى. الكافى (٢٣/٢).

(٢) ذكر الوجهين فى المغنى فقال: (وإن تراضيا عليه احتمل الجواز لأنها منفعة يجوز أخذ العوض عنها لو

لم يشترطها فإذا ملكها المشتري جاز له أخذ العوض عنها ويحتمل أن لا يجوز لأنه مشروط بحكم العادة

والاستحسان لأجل الحاجة فلم يجوز أخذ العوض عنه كالقرض) المغنى (٤/٢١٢).

(٣) ذكر الاختلاف صاحب الشرح فقال: احتمل الجواز لأنها منفعة يجوز أخذ العوض عنها لو لم

يشترطها (٤/٥١).

والثاني: يجوز.

قوله: ﴿وَإِنْ جَمَعَ بَيْنَ شَرْطَيْنِ لَمْ يَصِحَّ﴾.

هذا المذهب^(١)، وعليه الأصحاب.

وعنه: يصح. اختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله. قاله في الفائق.

تنبيه: محل الخلاف إذا لم يكونا من مصلحة العقد. فأما إن كانا من مصلحته: فإنه يصح. على الصحيح من المذهب.

اختاره القاضى فى شرحه، والمصنف، وصاحب التلخيص، والمجد، والشارح، وغيرهم. وردوا غيره.

وعنه: لا يصح. اختاره القاضى فى المجد، وابن عقيل فى التذكرة.

قال فى المستوعب، والحاويين: لا يجوز شرطان فى بيع. فإن فعل بطل العقد. سواء كانا من الشروط الفاسدة أو الصحيحة. وقدماه.

وقال فى الرعاية الكبرى: لو شرط شرطين فاسدين، أو صحيحين، لو انفردا: بطل العقد. ويحتمل صحته دون شروطه المذكورة.

وقال فى الصغرى: وإن جمع فى عقد شرطين ينافيانه بطل.

فظاهره: أنهما إذا كانا من مصلحته لا يبطل كالأول. وأما إذا كان الشرطان - فأكثر - من مقتضاه: فإنه يصح قولاً واحداً.

قال المصنف، والشارح، وصاحب الفروع، وغيرهم: يصح بلا خلاف.

فائدتان

إحدهما: روى عن الإمام أحمد رحمه الله تعالى: أنه فسر الشرطين المنهى عنهما بشرطين فاسدين. وكذا فسره بعض الأصحاب. ورد فى التلخيص بأن الواحد لا يؤثر فى العقد. فلا حاجة إلى التعدد.

ويجاب بأن الواحد فى تأثيره خلاف، والاثنتان لا خلاف فى تأثيرهما. قاله الزركشى.

وروى عن الإمام أحمد: أنه فسرها بشرطين صحيحين ليسا من مصلحة العقد ولا مقتضاه. وهو المذهب. على ما تقدم.

(١) قاله فى الشرح (٥٢/٤) والمحرر (٣١٤/١) والكنافى (٢٤/٢).

٣٣٦ كتاب البيع

قال القاضي في الجرد: هما شرطان مطلقا. يعنى سواء كانا صحيحين أو فاسدين أو من غير مصلحة. وقال: هو ظاهر كلام الإمام أحمد. وكذا قال ابن عقيل فى التذكرة، على ما تقدم قريبا.

الثانية: يصح تعليق الفسخ بشرط. على المذهب. اختاره القاضي فى التعليق، وصاحب المبهج. وقدمه فى الفروع.

وقال أبو الخطاب، والمصنف: لا يصح.

وذكر فى الرعاية: إذا أجز هذه الدار كل شهر بدرهم، فإذا مضى شهر، فقد فسختها: أنه يصح، كتعليق الخلع. وهو فسخ صحيح على الأصح.

قال فى الفصول، والمعنى (١) فى الإقرار: لو قال بعثك إن شئت، فشاء وقبل: صح.

ويأتى فى الخلع تعليقه على شىء.

قوله - فى الشرط الفاسدة - : ﴿أَحَدُهَا: أَنْ يَشْتَرِطَ أَحَدُهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ عَقْدًا آخَرَ. كَسَلْفٍ، أَوْ قَرْضٍ، أَوْ بَيْعٍ، أَوْ إِجَارَةٍ، أَوْ صَرَفٍ لِلثَّمَنِ، أَوْ غَيْرِهِ. فَهَذَا يُبْطَلُ الْبَيْعُ﴾.

وهو الصحيح من المذهب (٢). قال المصنف، والشارح، والزركشى: هذا المشهور فى المذهب.

قال فى الفروع: لم يصح على الأصح.

قال ابن منجا فى شرحه: هذا المذهب. وجزم به فى الوجيز، والكافى (٣)، والمنور، وغيرهم. وقدمه فى الرعايتين، والحاويين.

ويحتمل أن يبطل الشرط وحده. وهى رواية عن الإمام أحمد. وهو ظاهر كلام ابن عبدوس فى تذكرته. وأطلقهما فى المذهب، والمحزر (٤)، والفاقق.

(١) ذكره صاحب المعنى فى باب الإقرار فقال: (صح لأن هذا الشرط من موجب العقد ومقتضاه فإن الإيجاب إذا وجد من البائع كان القبول إلى مشيئة المشتري واختياره) المعنى (٣٥٠/٥).

(٢) لما روى أن النبي ﷺ قال: «لا يخل بيع وسلف ولا شرطان فى بيع» قال الترمذى هذا حديث صحيح. الشرح الكبير (٥٣/٤)، ذكره صاحب المعنى (٢٨٦/٤)، الكافى (٢٣/٢)، المحزر (٣١٤/١).

(٣) ذكره فى الكافى (٢٣/٢).

(٤) قال فى المحزر: (فسد الشرط وفى العقد روايتان الصحيح: الصحة ثمنه. ومتى صححنا العقد دون الشرط ولم يعلم من فات غرضه منهما بفساده فله الفسخ أو أرض ما نقص ثمنه بإلغائه) المحزر (٣١٤/١).

كتاب البيع..... ٣٣٧

فائدة: هذه المسألة. هي مسألة بيعتين في بيعة، المنهى عنها. قاله الإمام أحمد وحزم به في المغنى^(١)، والشرح^(٢). وقدمه في الفروع.

وعنه: البيعتان في بيعة: إذا باعه بعشرة نقدا، وبعشرين نسيئة. حزم به في الإرشاد، والهداية، وغيرهم.

وعنه: بل هذا شرطان في بيع.

وقال في العمدة^(٣): البيعتان في البيعة: أن يقول بعتك هذا بعشرة صحاح أو بعشرين مكسرة. أو يقول: بعتك هذا على أن تبيعني هذا أو تشتري مني هذا. انتهى. فجمع فيهما بين الروايتين.

ونقل أبو داود: إن اشتراه بكذا إلى شهر كل جمعة درهمان. قال: هذا يبعان في بيع. وربما قال: بيعتان في بيعة.

قوله **﴿الثاني: شَرَطُ مَا يَنَافِي مُقْتَضَى الْبَيْعِ. نَحْوُ أَنْ يَشْرَطَ أَنْ لَا خَسَارَةَ عَلَيْهِ، أَوْ مَتَى نَفَقَ الْمِيعُ وَالْإِرْدَةُ، أَوْ أَنْ لَا يَبِيعَ وَلَا يَهَبَ وَلَا يَعْتَقَ، أَوْ إِنْ أَعْتَقَ فَالْوَلَاءُ لَهُ، أَوْ يَشْرَطَ أَنْ يَفْعَلَ ذَلِكَ، فَهَذَا بَاطِلٌ فِي نَفْسِهِ﴾**.

على الصحيح من المذهب^(٤)، إلا ما استثنى. وعليه الأصحاب، وتأتى الرواية في ذلك والكلام عليها.

وهل يبطل البيع؟ على روايتين. وأطلقهما في الهداية، والإيضاح، والمذهب، والمستوعب، والكافي^(٥)، والمغنى^(٦)، والبلغة، والمحزر^(٧)، والرعايتين، والحاويين،

(١) قال في المغنى: (فهذا شرط فاسد يفسد به البيع سواء اشترطه البائع أو المشتري) المغنى (٢٨٦/٤).

(٢) الشرح الكبير (٥٣/٤).

(٣) ذكرها في العمدة بتامها (٢١٨).

(٤) ذكر في الكافي أنه باطل لقول النبي ﷺ لعائشة لما أرادت شراء بريرة فاشترط أهلها ولاءها «اشترئها فأعتقها فإنما الولاء لمن أعتق» ثم قال من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط (متفق عليه) الكافي (٢٢/٢)، المحزر (٣١٤/١)، المغنى (٢٨٦/٤).

(٥) أطلق صاحب الكافي فقال: فيه روايتان إحداهما لا يفسد لحديث بريرة، الثانية يفسد لأنه إذا فسد الشرط وجب ردها في مقابلته من الثمن وذلك مجهول فيصير الثمن مجهولا. الكافي (٢٣/٢).

(٦) ذكر الروايتين صاحب المغنى قال (إحداهما يصح لأن عائشة رضيت الله عنها اشترت بريرة وشرط أهلها عليها عتقها وولاءها فأنكر النبي ﷺ شرط الولاء دون العتق. والثانية الشرط فاسد لأنه شرط ينافي مقتضى العقد أشبه ما إذا شرط «ألا يبيعه» لأنه شرط عليه إزالة ملكه عنه أشبه ما لو شرط أن يبيعه» المغنى (٢٨٦/٤).

(٧) قال في المحزر: (فسر الشرط وفي العقد روايتان الصحيح الصحة ومتى صححنا العقد) المحزر (٣١٤/١).

والشرح^(١)، والفائق، وغيرهم.

إحدهما: لا يبطل البيع. وهو الصحيح من المذهب. نص عليه. وجزم به فى الوجيز، والمنور، وغيرهما. وصححه فى التصحيح، والنظم، وغيرهما. واختاره المصنف، والشارح، وغيرهما.

قال القاضى: المنصوص عن الإمام أحمد: أن البيع صحيح. وهو ظاهر كلام الخرقى، وتذكرة ابن عبدوس وغيرهما. وقدمه فى الفروع وغيره.

قال فى القاعدة الخامسة والثلاثين: لو شرط ألا يبيع ولا يهب، وإن باعها فالمشترى أحق بها: فنص أحمد على الصحة، وقال: ونصومه صريحة بصحة هذا البيع والشرط، ومنع الوطاء. وذكر نصوصا كثيرة.

والرواية الثانية: يبطل البيع. قال فى الفروع: اختاره القاضى. وأصحابه، وصححه فى الخلاصة.

فعلى المذهب: للذى فات غرضه: الفسخ، أو أرش ما نقص من الثمن بإلغائه مطلقا. على الصحيح. جزم به فى المحرر^(٢) وغيره. وقدمه فى الفروع وغيره.

وقيل: يختص ذلك بالجاهل بفساد الشرط دون العالم. جزم به فى الفائق.

وقيل: لا أرش له. بل يثبت له الخيار بين الفسخ والإمضاء لا غير. وهو احتمال فى المعنى^(٣)، والشرح^(٤).

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله: هذا ظاهر المذهب.

قوله: ﴿إِلَّا إِذَا اشْتَرَطَ الْعَتَقَ. فَفِي صِحَّتِهِ رِوَايَتَانِ﴾.

(١) ذكرها صاحب الشرح: فقال الوجهان الأشهر أن هذا الشرط فاسد يبطل به البيع لأن النبي ﷺ قال «لا يجل بيع وسلف ولا شرطان فى بيع ونهى النبي ﷺ عن البيعين فى بيعه فالخير والنهى يقتضيان الفساد ولأن العقد لا يجب بالشرط بكونه لا يثبت فى الذمة فيسقط فيفسخ العقد لأن البائع لم يرض به إلا بالشرط ويحتمل أن يصح البيع ويبطل الشرط بناء على ما إذا شرط ما ينافى مقتضى العقد. الشرح الكبير (٥٣/٤).

(٢) قال صاحب المحرر: (فمنى صححنا العقد دون الشرط ولم يعلم من فات غرضه منهما بفساده: فله الفسخ أو أرش ما نقص من الثمن بإلغائه) المحرر (٣١٤/١).

(٣) قال فى المعنى: (فإن حكمتنا بفساد البيع لم يحصل به ملك سواء اتصل به القبض أو لم يتصل ولا نعد تصرف المشتري فيه) المعنى (٢٨٧/٤).

(٤) قال صاحب الشرح: (إذا حكمتنا بصحة البيع فللبائع الرجوع بما نقضه الشرط من الثمن وللمشتري الرجوع بزيادة الثمن إن كان هو المشتري، ويحتمل أن يثبت الخيار ولا يرجع بشيء) الشرح الكبير (٥٤/٤).

كتاب البيع..... ٣٣٩

وأطلقهما فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمغنى^(١)،
والشرح^(٢)، والفروع، والحاويين، والزركى.

إحدهما: يصح. وهو المذهب. صححها فى التصحيح، والفائق، والقواعد
الفقهية. قال فى النظم: وهو الأقوى.

قال الزركشى فى الكفارات: المذهب من الروايتين عند الأصحاب: جواز ذلك
وصحته. وجزم به فى المنور، وتذكرة ابن عبدوس. وقدمه فى المحرر^(٣)، والرعايتين.

والرواية الثانية: لا يصح. قدمه فى إدراك الغاية.

قال الزركشى فى الكفارات: هو ظاهر كلام الوجيز.

فعلى هذه الرواية: لا يبطل البيع عند المصنف وغيره. ويبطل عند أبى الخطاب فى
خلافه وغيره.

فعلى المذهب: يجبر عليه إن أباه. كما قال المصنف، لأنه حق لله كالنذر. وهو
الصحيح.

قال الناظم: هو الأقوى. وقدمه فى الفروع، والرعايتين. قال الزركشى: هذا
المشهور.

وقيل: هو حق للبائع. واختاره ابن عبدوس فى تذكرته.

وحكى بعضهم الخلاف روايتين.

فيثبت له خيار الفسخ، وله إسقاطه مجاناً، وله الأرش إن مات العبد ولم يعتقه.

نقل الأثر: إن أبى عتقه فله أن يسترده. وإن أمضى فلا أرش فى الأصح. قاله فى
الفروع.

(١) ذكر صاحب المغنى (الوجهين أحدهما: يصح لأن عائشة رضى الله عنها اشترت بريرة وشرط أهلها
عليها عتقها وولاءها فأنكر النبى ﷺ شرط الولاء دون العتق. الثانية: الشرط فاسد لأنه شرط ينافى
مقتضى العقد أشبه ما إذا شرط ألا يبيعه لأنه شرط عليه إزالة ملكه عنه أشبه ما لو شرط أن يبيعه)
المغنى (٢٨٦/٤).

(٢) قال صاحب الشرح: (إحدهما يصح لأن عائشة اشترت بريرة وشرط عليها أهلها عتقها وولاءها
فأنكر النبى ﷺ الولاء دون العتق، والثانية: الشرط فاسد لأنه شرط ينافى مقتضى العقد أشبه ما لو
شرط ألا يبيعه ولأنه شرط إزالة ملكه عنه أشبه ما إذا اشترط أن يبيعه) الشرح (٥٥/٤).

(٣) قال فى المحرر: (وإن باعه عبدا بشرط العتق صح) المحرر (٣١٤/١).

٣٤٠..... كتاب البيع
وأطلق الخلاف في المستوعب، والكافي (١)، والمغنى (٢)، والشرح (٣)، والمحرم (٤)،
والحاويين، والفائق، والقواعد الفقهية.

فعلى المذهب: لو امتنع من العتق وأصر، فقال فى القواعد الفقهية: يتوجه أن يعتقه
الحاكم عليه. فلو بادر المشتري وباعه بشرط العتق أيضا: لم يصح. قدمه فى نهاية أبى
المعالى للتسلسل. وصححه الأزجى فى نهايته.

وقيل: يصح. وأطلقهما فى القاعدة الرابعة والعشرين. وقال: عندى أن هذا
الخلاف مرتب على أن الحق هل هو لله، ويجبر عليه إن أبى، أو للبائع؟ فعلى الأول:
هو كالمندور عتقه. وعلى الثانى: يسقط الفسخ لزوال الملك. وللبائع الرجوع
بالأرش. فإن هذا الشرط ينقص به الثمن عادة.

ويحتمل أن يثبت له الفسخ لسبق حقه. انتهى.

تنبيه: قول المصنف: ﴿وَعَنْهُ فِيمَنْ بَاعَ جَارِيَةً، وَشَرَطَ عَلَى الْمُشْتَرِي إِنْ بَاعَهَا
فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا بِالثَّمَنِ: أَنْ يَبِيعَ جَائِزًا. وَمَعْنَاهُ - وَاللَّهُ أَعْلَمُ - أَنَّهُ جَائِزٌ مَعَ فَسَادِ
الشَّرْطِ﴾.

يعنى أن ظاهر هذه الرواية (٥): صحة الشرط، لسكوته عن فساده. فبين المصنف
رحمه الله معناه.

روى المروذى عنه أنه قال: هو فى معنى حديث النبى ﷺ «لا شرطان فى بيع»
يعنى: أنه فاسد.

وروى عنه إسماعيل أنه قال: البيع صحيح. واتفق عمر وابن مسعود رضى الله
عنهما على صحته.

(١) قال فى الكافي (إن امتنع المشتري من العتق أجبر عليه فى أحد الوجهين لأنه عتق مستحق عليه فأجبر
عليه كما فى لو نذر عتقه. الثانى: لا يجبر عليه لأن الشرط لا يوجب فعل المشروط كما لو شرط رهنا
أو ضمينا لم يجبر)، الكافي (٢/٢٣).

(٢) قال صاحب المغنى: (وإن لم يعتقه فقيه وجهان: أحدهما يجبر لأن شرط العتق إذا صح تعلق بعينه
فيجبر عليه كما لو نذر عتقه. الثانى: لا يجبر لأن الشرط لا يوجب فعل المشروط بدليل ما لو شرط
الرهن والضمين) المغنى (٤/٢٨٦).

(٣) ذكر صاحب الشرح الوجهين تماما كما فى المغنى، الشرح الكبير (٤/٥٥).

(٤) قال صاحب المحرم: (وهل يجبر عليه إن أبى أو يملك البائع الفسخ؟ على وجهين) المحرم (١/٣١٤).

(٥) قال صاحب الشرح: روى المروذى عن أحمد أنه قال هو فى معنى حديث النبى ﷺ (لا شرطان فى
بيع يعنى أنه فاسد لأنه شرط أن يبيعه إياه وأن يبيعه بالثمن الأول فهما شرطان فى بيع نهى عنهما)
الشرح الكبير (٤/٥٥).

كتاب البيع ٣٤١

قال المصنف: يحتمل أن يحمل كلام أحمد، في رواية المروذى: على فساد الشرط. وفي رواية إسماعيل: على جواز البيع. فيكون صحيحا والشرط فاسدا. وهو موافق لأكثر الأصحاب.

وقال الشيخ تقي الدين: نقل عن ابن سعيد - فيمن باع شيئا وشرط عليه إن باعه فهو أحق به بالثمن - جواز البيع والشرط.

وسأله أبو طالب عمن اشترى أمة بشرط أن يتسرى بها لا للخدمة؟ قال: لا بأس به.

قال الشيخ تقي الدين: روى عنه نحو عشرين نصا على صحة هذا الشرط.

قال: وهذا - من أحمد - يقتضى أنه إذا شرط على البائع فعلا أو تركا فى البيع، مما هو مقصود للبائع أو للمبيع نفسه: صح البيع والشرط، كاشتراط العتق.

فاختار الشيخ تقي الدين: صحة هذا الشرط، بل اختار صحة العقد والشرط فى كل عقد وكل شرط لم يخالف الشرع، لأن إطلاق الاسم يتناول المنجز والمعلق والصريح والكنائية، كالنذر، وكما يتناوله بالعربية والعجمية. انتهى.

وأطلق ابن عقيل وغيره فى صحة هذا الشرط ولزومه روايتين.

ونقل حرب ما نقله الجماعة: لا بأس بشرط واحد.

فائدتان

إحدهما: لو شرط على المشتري وقف المبيع. فالصحيح من المذهب: أنه يلحق بالشروط المنافية لمقتضى البيع. وقدمه فى الفروع. وهو ظاهر كلام المصنف وغيره من الأصحاب.

وقيل: حكمه حكم العتق إذا شرطه على المشتري كما تقدم.

الثانية: محل هذه الشروط: أن تقع مقارنة للعقد.

قال فى الفروع: وإن شرط ما ينافي مقتضاه، قال ابن عقيل وغيره: فى العقد. وقال بعد ذلك بأسطر: ويعتبر مقارنة الشرط. ذكره فى الإلتصار. ويتوجه أنه كالنكاح.

ويأتى كلام الشيخ تقي الدين وغيره فيما إذا شرط عند عقد النكاح شرطا، فى أول باب شروط النكاح.

٣٤٢ كتاب البيع

قوله: ﴿وَإِنْ شَرَطَ رَهْنًا فَاسِدًا وَنَخْوَةً﴾.

مثل أن يشترط خيارا أو أجلا بجهولين، أو نفع بائع ومبيع إن لم يصحبا، أو تأخير تسليمه بلا انتفاع. وكذا فناء الدار لا يحق طريقها ﴿فهل يطل البيع؟ على وجهين﴾

بناء على الروایتين في شرط ما ينافي مقتضى العقد، خلافا ومذهبا. وقد علمت أن المذهب [عدم] البطلان.

فائدة: لو علق عتق عبده على بيعه فباعه: عتق وانفسخ البيع. نص عليه في رواية الجماعة.

قال في القواعد الفقهية: ولم ينقل عنه في ذلك خلاف. انتهى.

وهذا المذهب. وعليه الأصحاب من حيث الجملة.

وقال في المذهب وغيره: عتق العبد على قول أصحابنا.

وتردد فيه الشيخ تقي الدين في موضع. وله فيه طريقة أخرى تأتي.

قال العلامة ابن رجب في قواعده: اختلف الأصحاب في تخريج كلام الإمام أحمد رحمه الله على طرق:

أحدها: أنه مبني على القول بأن الملك لم ينقل من البائع في مدة الخيار. فأما على القول بالانتقال - وهو الصحيح - فلا يعتق. وهي طريقة أبي الخطاب في انتصاره. واختاره في الرعاية الكبرى. وهو احتمال في الحاوي وغيره.

قال ابن رجب: وفي هذه الطريقة ضعف، وبينه.

الثاني: أن عتقه على البائع. لثبوت الخيار له. فلم تنقطع علقته عن المبيع بعد. وهي طريقة القاضي، وابن عقيل، وأبي الخطاب.

الثالث: أن يعتق على البائع عقب إيجابه وقبل قبول المشتري. وهي طريقة ابن أبي موسى، وصاحب المستوعب، والمصنف في المغنى^(١)، والشارح، وصاحب التلخيص، وغيرهم، لأنه علقه على بيعه، وبيعه الصادر منه هو الإيجاب فقط؛ ولهذا سمي بائعا.

قال ابن رجب: وفيه نظر. وهو كما قال.

(١) ذكره صاحب المغنى وعلل ذلك قائلا: (لأنه علق حرثته على فعله للبيع والصادر عنه في البيع إنما هو الإيجاب فمتى قال للمشتري بعثك فقد وجد شرط الحرية فيعتق قبل قبول المشتري) المغنى (٦٢/٤).

كتاب البيع..... ٣٤٣

الرابع: أنه يعتق على البائع فى حالة انتقال الملك إلى المشتري. حيث يترتب على الإيجاب والقبول انتقال الملك وثبوت العتق، فيتدافعان. وينفذ العتق لقوته وسرايته، دون انتقال الملك. وهى طريقة أبى الخطاب فى رءوس المسائل.

قال ابن رجب: ويشهد له تشبيهه أحمد له بالمدير والوصية.

الخامس: أنه يعتق بعد انعقاد البيع وصحته، وانتقال المبيع إلى المشتري، ثم يفسخ البيع بالعتق على البائع. وصرح بذلك القاضى فى خلافه، وابن عقيل فى عمد الأدلة، والمجد. وهو ظاهر كلام الإمام أحمد، وتشبيهه بالوصية.

وسلك الشيخ تقي الدين طريقا سادسا. فقال: إن كان المعلق للعتق قصده اليمين دون التبرر بعتقه: أجزاء كفارة يمين، لأنه إذا باعه خرج عن ملكه. فبقى كمنزله، إلا أن يعتق عبد غيره. فتجزئه الكفارة، وإن قصد به التبرر صار عتقا مستحقا كالنذر. فلا يصح بيعه. ويكون العتق معلقا على صورة البيع كما لو قال - لما لا يحل بيعه - : إذا بعته فعلى عتق رقبة. أو قال لأم ولده: إن بعتك فأنت حرة. انتهى كلام ابن رجب.

فلقد أجاد وأفاد. وله على هذه الطرق اعتراضات ومؤاخذات، لا يليق ذكرها هنا. وذلك فى القاعدة السابعة والخمسين.

ويأتى فى أواخر باب الإقرار بالحمل «لو قال لعبده: إن أقررت بك لزيد فأنت حر. أو فأنت حر ساعة إقرارى».

قوله: «الثالث: أن يشترط شرطاً يعلقُ البيع. كقوله: بعُتقك إن جئتني بكذا، أو إن رضى فلان».

فلا يصح البيع. وهو المذهب^(١). وعليه الأصحاب.

قال فى الفائق: ففاسد. قاله أصحابنا، لكونه عقد معاوضة. ثم قال: ونقل عن الإمام أحمد تعليقه فعلا منه. قال شيخنا: هو صحيح. وهو المختار. انتهى.

قوله: «أو يقول للمرتبة: إن جئتك بحقك، وإلا فالرهن لك».

يعنى: مبيعا بما لك عندى من الحق: «فلا يصح البيع. ولا الشرط فى الرهن».

(١) ذكره صاحب الشرح فقال: (فلا يصح البيع لأنه علق البيع على شرط مستقبل فلم يصح كما إذا قال بعتك إذا جاء رأس الشهر) الشرح الكبير (٥٨/٤)، المغنى (٢٨٩/٤).

٣٤٤ كتاب البيع

وهذا المذهب: جزم به في المغنى^(١)، والشرح^(٢)، وشرح ابن منجا. وغيرهم. وجزم به في الرعايتين، والحاويين، وغيرهم. ونص عليه ببطلان الشرط. وهذا معنى قوله عليه أفضل الصلاة والسلام «لا يعلق الرهن».

وقال الشيخ تقي الدين: لا يبطل الثاني، وإن لم يأتيه صار له. وفعله الإمام. قاله في الفائق. وقال قلت: فعليه غلق الرهن: استحقاق المرتهن له بوضع العقد، لا بالشرط. كما لو باعه منه. ذكره في باب الرهن. وأما صحة الرهن: ففيه روايتان. يأتيان مع الشرط في كلام المصنف في باب الرهن في آخر الفصل الأول.

فائدتان

إحدهما: لو قبل المرتهن ذلك، فهو أمانة عنده إلى ذلك الوقت، ثم يصير مضمونا، لأن قبضه صار بعقد فاسد. ذكره القاضي، وابن عقيل.

وقال في القواعد الفقهية: والمنصوص عن أحمد في رواية محمد بن الحسن بن هارون: أنه لا يضمه بحال. ذكره القاضي في الخلاف، لأن الشرط يفسد. فيصير وجوده كعدمه.

الثانية: يصح شرط رهن المبيع على ثمنه. على الصحيح من المذهب. نص عليه. وعليه أكثر الأصحاب. فيقول: بعتك على أن ترهنه بثمنه.

وقيل: لا يصح. واختاره ابن حامد، والقاضي.

ولو قال: إن - أو إذا - رهنتني: فقد بعتك. فيبيع معلق بشرط.

وأجاب أبو الخطاب، وأبو الوفاء إن قال: بعتك على أن ترهنني: لم يصح. وإن قال: إذا رهنتني على ثمنه وهو كذا، فقد بعتك. فقال: اشترت رهنتها عندك على الثمن: صح الشراء والرهن.

(١) ذكره في المغنى فقال: وإن شرط أنه متى حل الحق ولم يوقت فالرهن لى بالدين أو فهو مبيع لى بالذى عليك فهو شرط فاسد. روى ذلك عن ابن عمر وشريح والنخعي ومالك والثوري ولأنه علق البيع على شرط فإنه جعله مبيعا بشرط ألا يوفيه الحق في محله والبيع المعلق بشرط لا يصح وإذا شرط هذا الشرط فسد الرهن، المغنى (٤/٤٣٠).

(٢) قال في الشرح: ممن روى عنه القول بالفساد وابن عمر وشريح وأصحاب الرأي. وروى معاوية بن عبد الله بن جعفر قال قال رسول الله ﷺ: «لا يعلق الرهن» وقال أحمد إنما فسد البيع لأنه معلق بشرط مستقبل فلم يصح. الشرح الكبير (٤/٥٨).

كتاب البيع ٣٤٥

قوله: ﴿إِلَّا يَبِيعُ الْعَرَبُونَ﴾.

الصحيح من المذهب: أن يبيع العربون صحيح. وعليه أكثر الأصحاب، ونص عليه. وجزم به في الوجيز وغيره. وقدمه في المحرر^(١)، والتلخيص، والشرح^(٢)، والفروع، والمستوعب، وغيرهم. وهو من مفردات المذهب.

وعند أبي الخطاب: لا يصح. وهو رواية عن أحمد.

قال المصنف: وهو القياس. وأطلقهما في الخلاصة، والرعايتين، والحاويين، والفائق.

لن قال في الرعاية الكبرى: المنصوص الصحة في العقد والشرط.

قوله: ﴿وَهُوَ أَنْ يَشْتَرِيَ شَيْئًا وَيُعْطِيَ الْبَائِعَ دِرْهَمًا، وَيَقُولَ: إِنَّ أَخَذْتَهُ وَإِلَّا فَالْذَّرُّهُمْ لَكَ﴾.

الصحيح من المذهب: أن هذه صفة بيع العربون. ذكره الأصحاب، وسواء وقت أو لم يوقت. جزم به في المغنى^(٣)، والشرح^(٤)، والمستوعب، وغيرهم. وقدمه في الفروع.

وقيل: العربون أن يقول: إن أخذت المبيع وجئت بالباقي وقت كذا وإلا فهو لك. جزم به في الرعايتين، والحاويين، والفائق.

فائدة: إجارة العربون كبيع العربون. قاله الأصحاب.

تنبیه: ظاهر كلام المصنف وغيره: أن الدرهم للبائع أو للمؤجر إن لم يأخذ السلعة أو يستأجرها. وصرح بذلك الناظم، وناظم المفردات. وهو ظاهر كلام الشارح. وقاله شيخنا في حواشى الفروع.

وقال في المطلاع: يكون للمشتري مردوداً إليه إن لم يتم البيع، وللبائع محسوباً من الثمن إن تم البيع. ولم أر من وافقه.

(١) قال في المحرر: (ويصح اشتراط رهن المبيع على الثمن، نص عليه)، المحرر (٣١٤/١).

(٢) قاله في الشرح: (قال أحمد وابن سيرين لا بأس به، وفعله عمر رضى الله عنه) الشرح الكبير (٥٨/٤).

(٣) قال صاحب المغنى: (يجوز لأنه صحيح وموافق للقياس ولأن البيع يخلو من الشرط المفسد) المغنى (٢٨٩/٤).

(٤) ذكره صاحب الشرح (٥٩/٤).

٣٤٦..... كتاب البيع
 قوله: ﴿وَإِنْ قَالَ: بِعْتُكَ عَلَى أَنْ تَقْدِنِي الثَّمَنَ إِلَى ثَلَاثٍ وَإِلَّا فَلَا يَبِعَ بَيْنَنَا. فَالْبَيْعُ صَحِيحٌ. نَصَ عَلَيْهِ﴾.

وهو المذهب. وعليه الأصحاب. يعنى: أن البيع والشرط صحيحان. فإن مضى الزمن الذى وقته له، ولم ينقده الثمن: انفسخ العقد. على الصحيح من المذهب وجزم به فى المغنى (١)، والشرح (٢)، والرعاية الكبرى، والفائق، وغيرهم. وقدمه فى الفروع. وقيل: يبطل البيع بفواته.

قوله: ﴿وَإِنْ بَاعَهُ وَشَرَطَ الْبِرَاءَةَ مِنْ كُلِّ عَيْبٍ: لَمْ يَبْرَأْ﴾.

وكذا لو باعه وشرط البراءة من عيب كذا إن كان. وهذا المذهب فى ذلك بلا ريب. وعليه جماهير الأصحاب. وجزم به فى الوجيز وغيره، وقدمه فى الفروع وغيره. وقال: هذا ظاهر المذهب.

قال أبو الخطاب، وجماعة: لأنه خيار يثبت بعد البيع فلا يسقط، كالشفعة. واعتمد عليه فى عيون المسائل.

وعنه: يبرأ، إلا أن يكون البائع علم العيب فكتمه. واختاره الشيخ تقي الدين.

نقل ابن هانئ: إن عينه صح.

ومعناه نقل ابن القاسم وغيره: لا يبرأ، إلا أن يخبره بالعيوب كلها، لأنه مرفق فى البيع، كالأجل والخيار.

وقال فى الإتنصار: الأشبه بأصولنا نظر الصحة كالبراءة من المجهول. وذكره هو وغيره رواية. وذكره فى الرعاية قولاً. وهو تخريج فى الكافى (٣)،

(١) ذكره فى المغنى كما فى الشرح النقطة القادمة المغنى (١١٨/٤).

(٢) ذكره صاحب الشرح لما روى عن عمر ولأنه علق رفع العقد بأمر يحدث فى مدة الخيار فجاز كما لو شرط الخيار ولأنه يبيع فجاز أن ينفسخ بتأخير القبض كالصرف ولأن هذا معنى شرط الخيار لأنه كما يحتاج إلى التزوى فى المبيع هل يوافق أو لا يحتاج إلى التزوى فى الثمن هل يصير معقود أو لا فهما شبيهان فى المعنى وإن تغايرا فى الصورة إلا أنه فى الخيار يحتاج إلى الفسخ وهذا ينفسخ إذا لم ينفذ فى المدة المذكورة لأنه جعله كذلك. الشرح الكبير (٥٩/٤).

(٣) لما روى فى الكافى أن ابن عمر باع عبداً من زيد بن ثابت بشرط البراءة بثمانمائة درهم فأصاب به عيباً فأراد رده على ابن عمر فلم يقبله فزاعفا إلى عثمان فقال عثمان لابن عمر تخلف أنك لم تعلم بهذا العيب فقال لا فرده عليه، فهذه القصة اشتهرت ولم تنكر فكانت إجماعاً ويتخرج أن يبرأ مطلقاً بناء على قوله فى صحة البراءة من المجهول ولأنه إسقاط حق من مجهول لا تسليم فيه فصح كالتعاقق وإن قلنا بفساد الشرط فالبيع صحيح لأن ابن عمر باع بشرط البراءة فأجمعوا على صحته ويتخرج فساده بناء على الشروط الفاسدة. الكافى (٥٤/٢).

كتاب البيع..... ٣٤٧
والمغنى (١)، والشرح (٢).

قال فى المستوعب: خرج أصحابنا الصحة من البراءة من الجهول. واختاره الفائق.

تنبيهان

أحدهما: ظاهر قول المصنف «لم يبرأ» أن هذا الشرط لا تأثير له فى البيع، وأنه صحيح. وهو صحيح. وهو المذهب. وعليه الأصحاب.

قال المصنف، والشارح، وصاحب الفروع: هذا ظاهر المذهب.

وقيل: يفسد البيع به. وهو تخريج لأبى الخطاب، وصاحب الكافى (٣)، والمحرر (٤).

قال الشارح وغيره: وعن الإمام أحمد فى الشروط الفاسدة روايتان. إحدهما: يفسد بها العقد. فيدخل فيها هذا البيع. انتهى.

الثانى: ظاهر كلام المصنف وغيره: أن العيب الظاهر والباطن سواء. وهو صحيح. صرح به فى الرعاية الكبرى.

وقال فى الفروع: وفيه فى عيب باطن، وخرج لا يعرف عوره: احتمالان.

وقال أيضا: وإن باعه على أنه به، وأنه برىء منه: صح.

قوله: «وإن باعَهُ ذَارًا عَلَى أَنَّهَا عَشْرَةٌ أُذْرُع. فَبَاتَ أَحَدَ عَشَرَ فَالْبَيْعُ بَاطِلٌ».

وهو إحدى الروايتين. اختاره ابن عقيل.

قال الناظم: وهو أولى. وقدمه فى الشرح (٥)، والرعاية الصغرى، والحاوى الصغير،

(١) ذكر هذا التخريج فى المغنى فقال: (وروى عن أحمد أنه أجاز البراءة من الجهول فيتخرج من هذا صحة البراءة من كل عيب ثم ذكر رواية أم مسلمة أن رجلين اختصما فى موارث درست إلى رسول الله ﷺ فقال رسول الله ﷺ «استهما وتوخيا وليحلل كل واحد منكما صاحبه» فدل على أن هذه البراءة من الجهول جائزة) المغنى (٤/٢٥٩).

(٢) ذكر صاحب الشرح الكبير أنه اختلفت الرواية عن أحمد فروى عنه أنه لا يبرأ إلا أن يكون المشتري قد علم العيب وقال: لا يبرأ إلا مما أراه أو وضع يده عليه ثم ذكر الرواية التى ذكرها صاحب الكافى أنفاً فراجعها) ثم ذكر صاحب الشرح ما روت أم سلمة أن رجلين اختصما فى موارث درست إلى رسول الله ﷺ فقال رسول الله ﷺ: «استهما وتوخيا وليحلل كل واحد منكما صاحبه وهذا يدل على أن البراءة من الجهول جائزة ولأنه إسقاط حق لا تسلم فيه) الشرح الكبير (٤/٥٩)، وذكر التخريج كما فى المغنى النقطة السابقة.

(٣) قال فى الكافى: (ويتخرج فساده بناء على الشروط الفاسدة) الكافى (٢/٥٤).

(٤) قال صاحب المحرر: (أو قال بشرط البراءة من حديث كذا إن كان فيه لم يبرأ وعنه يبدأ إلا من عيب علمه فكتمه ويتخرج فساد العقد). المحرر (١/٣٢٦).

(٥) قال فى الشرح: (باطل لأنه لا يمكن اجبار البائع على تسليم الزيادة وإنما باع عشرة ولا المشتري على أخذ البعض وإنما اشترى الكل وعليه ضرر فى الشركة أيضا) الشرح (٤/٦٠).

والفائق، وشرح ابن رزين.

وعنه أنه صحيح. جزم به في الوجيز، وتذكرة ابن عبدوس، والمنور. وقدمه في المحرر (١). وأطلقهما في المذهب، والمستوعب، والمغنى (٢)، والتلخيص، وشرح ابن منجا، والرعاية الكبرى، والفروع.

فعلى الرواية الأولى: لاتفرع.

وعلى الرواية الثانية: إلزامه للبائع، كما قاله المصنف.

تنبيه: ظاهر قوله: ﴿وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْفَسْخُ﴾.

أنه سواء سلمه البائع الزائد مجاناً أولاً، وهو أحد الوجهين. قدمه في الرعاية الكبرى، والفائق.

والوجه الثاني: أن محل الفسخ: إذا لم يعطه الزائد مجاناً، وإن أعطاه إياه مجاناً فليس له الفسخ. وهو الصحيح من المذهب. جزم به في المغنى (٣)، والشرح (٤)، وتذكرة ابن عبدوس، وشرح ابن رزين. وقدمه في الفروع

قوله: ﴿فَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى إِمْضَائِهِ جَازٌ﴾.

يعنى على إمضاء البيع. فللمشتري أخذه بثمنه وقسط الزائد، فإن رضى المشتري بالأخذ أخذ العشرة، والبائع شريك له بالذراع. وهل للبائع خيار الفسخ؟ على وجهين. وأطلقهما في المغنى (٥)، والشرح (٦)، والفروع. أحدهما: له الفسخ. قال الشارح: أو لهما له الفسخ. وقدمه ابن رزين في شرحه.

(١) قال في المحرر: فللمشتري ردها أو إمساكها بالقسط وإن بان أحد عشر فالزيادة للبائع مشاعة. ولهما الخيار المحرر (٣١٣/١).

(٢) ذكر الإطلاق في المغنى فقال: (ففيه روايتان إحداهما: البيع باطل لأنه لا يمكن إجبار البائع على تسليم الزيادة. الثانية صحيح والزيادة للبائع لأن ذلك نقص على المشتري فلا يمنع صحة البيع كالعيب ثم يخير البائع بين تسليم المبيع زائد وبين تسليم العشرة) المغنى (٢٣١/٤).

(٣) قال في المغنى: (فإن رضى بتسليم الجميع فلا خيار للمشتري لأنه زاده خيراً وإن أبى تسليمه زائدا فللمشتري الخيار بين الفسخ والأخذ بجميع الثمن) المغنى (٢٣١/٤).

(٤) انظر الشرح الكبير (٦٠/٤) ذكره كما بالمغنى.

(٥) ذكره في المغنى كما في الشرح النقطة القادمة، المغنى (٢٣١/٤).

(٦) ذكر في الشرح الوجهين (أو لهما له الفسخ لأن عليه ضرراً في المشاركة. الثاني: لا خيار له لأنه رضى ببيع الجميع بهذا الثمن المسمى فإذا وصل إليه الثمن مع بقاء جزء له فيه كان زيادة فلا يستحق بها الفسخ، ولأن هذا الضرر حصل بتغيره وإخباره بخلاف غيره فلا ينبغي أن يسقط به على فسخ عقد المشتري). انظر الشرح (٦٠/٤).

كتاب البيع ٣٤٩
 والوجه الثاني: لا خيار. وإليه ميل المصنف فى المغنى^(١). فإنه رد تعليل الوجه الأول.

قوله: ﴿وَإِنْ بَاتَتْ تِسْعَةَ أَذْرَعٍ فَهُوَ بَاطِلٌ﴾.

وهو إحدى الروایتين. قدمه فى الشرح^(٢)، والرعاية الصغرى، والحاوى الصغير، والفائق. وقواه الناظم.

وعنه أنه صحيح. وجزم به فى الوجيز، وتذكرة ابن عبدوس، والمنور. وقدمه فى المحرر^(٣). وأطلقهما فى المذهب، والمستوعب، والتلخيص، وشرح ابن منجاء، والرعاية الكبرى، والفروع.

فعلى الرواية الأولى: لاتفريع.

وعلى الرواية الثانية: النقض على البائع. وللمشتري الخيار بين الفسخ وأخذ المبيع بقسطه من الثمن.

وإن اتفقا على تعويضه عنه جاز، فإن أخذه المشتري بقسطه من الثمن فللبائع الخيار بين الرضى بذلك وبين الفسخ. فإن بذل له المشتري جميع الثمن لم يملك الفسخ.

فوائد

إحداها: حكم الثوب إذا باعه على أنه عشرة فبان أحد عشر، أو تسعة: حكم الدار والأرض على ماتقدم، خلافا ومذهبا. قطع به فى المغنى^(٤)، والشرح^(٥)، والفروع وغيرهم

الثانية: لو باعه صبرة على أنها عشرة أقفزة، فباتت أحد عشر. فالبيع صحيح. جزم به فى المغنى^(٦)، والشرح^(٧)، والفروع، وغيرهم. والزائد للبائع مشاعا.

(١) مال إليه فعلا صاحب المغنى وكان رده على الوجه الأول هكذا: لأن الضرر حصل بتغيره وإخباره بخلاف غيره فلا ينبغى أن يسقط به على فسخ عقد المشتري المغنى (٤/٢٣١).

(٢) ذكرها فى الشرح فقال: (وإن تراضيا جاز وإن باتت تسعة فالبيع باطل لما ذكرنا) الشرح الكبير (٤/٦٠).

(٣) قال فى المحرر: (وعنه البيع باطل) المحرر (١/٣١٢).

(٤) جزم به فى المغنى قال وحكم الثوب حكم الأرض. المغنى (٤/٢٣١).

(٥) لأنه فى الشرح قال فى صورة المسألة: (وإن باعه دارا أو ثوبا) الشرح الكبير (٤/٦٠).

(٦) ذكره فى المغنى وقال (رد الزائد ولا خيار له ههنا لأنه لا ضرر فى الزيادة وإن باتت تسعة أخذها بقسطها من الثمن) المغنى (٤/٢٣٢).

(٧) قال فى الشرح: (رد الزائد ولا خيار له ههنا لأنه لا ضرر فى رده الزيادة وإن باتت تسعة أخذها بقسطها من الثمن. الشرح الكبير (٤/٦١)).

٣٥٠ كتاب البيع

ولا خيار للمشتري.

وإن بانّت تسعة. فالبيع صحيح. وينقص من الثمن بقدره، ولا خيار له. على الصحيح من المذهب. قدمه فى الفروع.

وقيل: له الخيار. وأطلقهما فى المغنى (١)، والشرح (٢)، والرعاية الكبرى.

الثالثة: المقبوض بعقد فاسد لا يملك به، ولا ينفذ تصرفه فيه، على الصحيح، من المذهب. جزم به المصنف، والشارح، وغيرهما. وقدمه فى الفروع وغيره. وخرج أبو الخطاب نفوذ تصرفه فيه من الطلاق فى نكاح فاسد.

فعلى المذهب: يضمّنه كالغصب. ويلزمه رد النماء المنفصل والمتصل، وأجرة مثله مدة بقائه فى يده، وإن نقص ضمن نقصه، وإن تلف فعليه ضمانه بقيمته.

وإن كانت أمة فوطئها فلا حد عليه. وعليه مهر مثلها، وأرش بكارتها، والولد حر. وعليه قيمته يوم وضعه. وإن سقط ميتا لم يضمّن، وعليه ضمان نقص الولادة.

وإن ملكها الواطئ لم تصر أم ولد. على الصحيح من المذهب. وقيل: بلى.

قال ذلك كله المصنف، والشارح، وغيرهما.

ويأتى هذا بأتم منه فى أواخر الخيار فى البيع فيما يحصل به القبض، وذكر الخلاف فيه. والله أعلم.

* * *

باب الخيار فى البيع

تنبيهات

الأول: يستثنى من عموم قوله ﴿: أَحَدُهُمَا: خِيَارُ الْمَجْلِسِ. وَيُثَبَّتُ فِي الْبَيْعِ وَالْكِتَابَةِ﴾.

فإنها بيع، ولا يثبت فيها خيار المجلس. على الصحيح من المذهب. وقطع به

(١) ذكر الإطلاق فى المغنى (قال: على وجهين أحدهما له الخيار لأنه وجد المبيع ناقصا فكان له الفسخ لتغير الصورة وكنقصان الصفة. الثانى لا خيار له لأن نقصان القدر ليس بعيب فى الباقي من الكيل بخلاف غيره) المغنى (٢٣٢/٤).

(٢) قال فى الشرح: «وهل له الفسخ إذا وجدها ناقصة على وجهين أحدهما له الخيار لأنه وجد المبيع ناقصا فكان له الفسخ كفى الصيرة وكنقصان الصفة. الثانى: لا خيار له لأن نقصان القدر ليس بعيب فى الباقي من الكيل بخلاف غيره» الشرح الكبير (٦١/٤).

كتاب البيع..... ٣٥١
الأكثر. وقد ذكره المصنف وغيره من الأصحاب فى باب الكتابة. وفيه خلاف يأتى فى ذلك الباب.

فالأولى أن يقال: عموم كلام المصنف هنا مخصوص بكلامه فى الكتابة.

الثانى: يستثنى أيضا: لو تولى طرفى العقد. فإنه لا يثبت فيه خيار المجلس على الصحيح من المذهب. وعليه أكثر الأصحاب. وقدمه فى المغنى (١)، والشرح (٢)، والرعاية الكبرى، وغيرهم. وصححه فى الفروع. وجزم به فى الرعاية الصغرى، والحاويين، وغيرهم.

قيل: يثبت. وهو ظاهر كلام المصنف هنا. وقدمه ابن رزين فى شرحه.

قال الأزجى فى النهاية: وهو الصحيح. وأطلقهما الزركشى.

فعلى هذا الوجه: يلزم العقد بمفارقة الموضع الذى وقع العقد فيه. على الصحيح، جزم به فى المغنى (٣)، والشرح (٤)، والرعاية، وشرح ابن رزين، والفائق، وغيرهم.

وقيل: لا يحصل اللزوم إلا بقوله: «اخترت لزوم العقد» ونحوه. وأطلقهما الزركشى.

الثالث: وكذلك حكم الهبة إذا تولى طرفيها واحد. قاله فى الفائق وغيره.

الرابع: ظاهر كلام المصنف وغيره: أنه لو اشترى من يعتق عليه: ثبوت خيار المجلس له، وهو أحد الوجهين.

والوجه الثانى: لا خيار له.

قال الأزجى فى نهايته: الظاهر من المذهب عدم ثبوت الخيار فى شراء من يعتق عليه. وجزم به ابن عبدوس فى تذكرته، والزركشى. وأطلقهما فى التلخيص والبلغة،

(١) ذكره فى المغنى: (لما روى عن رسول الله ﷺ: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا» رواه الأئمة كلهم. المغنى (٦/٤).

(٢) ذكره فى الشرح (لما روى ابن عمر رضى الله عنهما عن رسول الله ﷺ أنه قال: «إذا تباع الرجلان فلكل واحد منهما الخيار ما لم يتفرقا وكان جميعا أو يخير أحدهما الآخر فإن أخير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع وإن تفرقا بعد أن تباعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع» متفق عليه. الشرح (٦١/٤).

(٣) قال فى المغنى: (البيع يلزم بتفرقهما لدلالة الحديث عليه ولا خلاف فى لزومه بعد التفرق) المغنى (٧/٤).

(٤) زاد صاحب الشرح تقييدا على كلام المغنى فقال: (ولا خلاف فى لزوم العقد بعد التفرق ما لم يكن سبب يقتضى جوازه مثل أن يجد فى السلعة عيبا فيردها به أو يكون قد شرط الخيار مدة معلومة فيملك الرد فيها) الشرح (٦٣/٤).

٣٥٢..... كتاب البيع

والرعايتين، والحاوين، والفروع، والفائق، وتجريد العناية.

الخامس: وكذا الخلاف في حق البائع في هذه المسألة.

وقيل: يثبت له الخيار، وإن منعناه من المشتري. قاله في الرعاية.

وقال الزركشى: وفي سقوط حق صاحبه وجهان.

قوله: ﴿وَيَثْبُتُ فِي الْبَيْعِ﴾.

هذا المذهب^(١). وعليه الأصحاب، ونص عليه، وقطع به أكثرهم.

وفي طريقة بعض الأصحاب: رواية لا يثبت خيار المجلس في بيع وعقد معاوضة.

تنبيهه: ظاهر قوله: «ويثبت في البيع» أنه سواء كان فيه خيار شرط أو لا. وهو

أحد الوجهين. وهو ظاهر كلامه في الفروع، والوجيز وغيرهما.

وقيل: لا يثبت فيه خيار المجلس.

[ويأتي في خيار الشرط إن ابتدأه من حين العقد على الصحيح من المذهب]

وأطلقهما في التلخيص، والبلغة، والرعايتين، والحاوين، والفائق.

وفائدة الوجهين: هل ابتداء مدة خيار الشرط من حين العقد، أو من حين التفرق؟

فعلى الأول: يكون من حين التفرق.

وعلى الثاني: من حين العقد. قاله في التلخيص وغيره.

قوله: ﴿وَالْإِجَارَةُ﴾.

يثبت خيار المجلس في الإجارة مطلقا. على الصحيح من المذهب، وعليه أكثر

الأصحاب، وهو ظاهر ما جزم به في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة،

والتلخيص، والبلغة، والشرح^(٢)، والمحرر^(٣)، والوجيز، والفائق، وغيرهم، وقدمه في

الكافي^(٤)، والفروع، والزركشى وغيرهم.

(١) ذكره صاحب الشرح في بدء كلامه عن الخيار فقال: أحدها خيار المجلس ويثبت في البيع. الشرح

(٦١/٤)، المغنى (٦/٤)، المحرر (٢٦١/١)، العمدة والعدة (٢٢٨)، الكافي (٢٦/٢).

(٢) ذكرها في الشرح حيث قال: (ويثبت في البيع والصلح بمعناه والإجارة). الشرح (٦١/٤).

(٣) ذكرها صاحب المحرر فقال: (وكذلك، كل ما علق بالأشهر من إجارة وعد)، المحرر (ويثبت

الخياران في الإجارة) المحرر (٢٧٢/١).

(٤) ذكره صاحب الكافي في أحد الوجهين وفي خيار المجلس وجهان، وذكر الثاني فقال (يثبت لأنه يسير

وإن كانت لا تلي العقد لأنها مبيع ولا مانع من ثبوتها فيها) الكافي (١٧٧/٢).

كتاب البيع..... ٣٥٣

وقيل: لا يثبت في إجارة تلى العقد، وهو وجه في الكافي^(١). وأطلقهما في الحاوي الكبير. وأطلق في الرعاية الكبرى الوجهين في الإجارة في الذمة.

وجزم في الحاوي الكبير بثبوت الخيار فيها.

قوله: ﴿وَيُثْبِتُ فِي الصَّرْفِ وَالسَّلْمِ﴾.

وهو المذهب. قال في الفروع: يثبت في الأصح. قال الناظم: هذا الأولى. وصححه المصنف، والشارح. وجزم به في الوجيز، وتذكرة ابن عبدوس وقدمه في الكافي^(٢)، والزر كشي، وغيرهما.

وعنه: لا يثبت فيهما. وجزم به ناظم نهاية ابن رزين. وأطلقهما في الهداية، والفصول، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والتلخيص، والبلغة، والمحرر^(٣)، والرعايتين، والحاويين، والفائق، وتجريد العناية، وغيرهم.

وخص القاضي الخلاف في كتاب الروايتين في الصرف، وتردد في السلم: هل يلحق بالصرف أو ببقية البياعات؟ على احتمالين.

فائدة: قال المصنف، والشارح، وغيرهما: ويثبت في الصرف والسلم، وما يشترط فيه القبض في المجلس، كبيع مال الربا بجنسه. على الصحيح.

وقال في الفروع: وعلى الأصح، وما يشترط فيه قبض، كصرف، وسلم.

وقال في الرعاية الكبرى: وفي الصرف، والسلم.

وقيل: وبقية الربوى بجنسه روايتان.

قوله: ﴿وَلَا يُثْبِتُ فِي سَائِرِ الْعُقُودِ إِلَّا فِي الْمَسَاقَاةِ﴾.

وكذا المزارعة، والحوالة، والسبق في أحد الوجهين. وأطلقهما في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والتلخيص، والبلغة، والمحرر^(٤)، والنظم، والرعايتين، والحاوي الصغير، والفائق.

وأطلقهما في الحوالة في الحاوي الكبير.

(١) ذكرها صاحب الكافي فقال (إذا آجره مدة تلى العقد لم يجوز شرط الخيار لأنه يمنع التصرف فيها أو في بعضها فينقض عما شرطاه). الكافي (٢٧/٢).

(٢) ذكره مجملًا في الكافي قائلا: (يثبت خيار المجلس في كل بيع للخبر ولأنه شرع للنظر في الحظ وهذا يوجد في كل بيع وعنه لا يثبت في الصرف والسلم) الكافي (٢٧/٢).

(٣) ذكر في المحرر وجهين في الصرف والسلم أحدهما يثبت وهو المذهب. المحرر (٢٧٢/١).

(٤) قال في المحرر: (ولا تثبتان في بائي العقود إلا خيار المجلس في المساقاة) المحرر (٢٧٤/١).

٣٥٤ كتاب البيع

أحدهما: لا يثبت فيهن. وهو المذهب. جزم به فى الوجيز، وصححه فى التصحيح. وقدمه فى الفروع، والشرح(١). وقدمه الزركشى فى غير الحوالة. وقدمه فى الحاوى الكبير فى المساقاة والمزارعة.

والوجه الثانى: يثبت فيهن الخيار. قال الزركشى: يثبت فى الحوالة، إن قيل: هى بيع. لا إن قيل: هى إسقاط أو عقد مستقل. انتهى.
وعلى هذا الوجه: لا يثبت الخيار إلا للمحيل لا غير.

تنبيهات

الأول: الخلاف هنا فى المساقاة والمزارعة على الخلاف فى كونهما لازمين أو جائزين. على الصحيح من المذهب. جزم به فى المعنى(٢)، والشرح(٣)، وابن حمدان وغيرهم.

فإن قلنا: هما جائزان - وهو المذهب على ما يأتى - فلا خيار فيهما. وإن قلنا: هما لازمان دخلهما الخيار.

وقيل: الخلاف هنا على القول بلزومهما. وجزم به فى الحاوى الكبير.

وكذا حكم السبق والرمى. وجزم به فى الحاوى الكبير.

فعلى القول بأنهما جعالة - وهو المذهب - فلا خيار فيهما. وعلى القول بلزومهما يدخلهما الخيار.

وقيل: الخلاف على القول بلزومهما. وجزم به فى الحاوى الكبير.

الثانى: شمل قوله: «ولا يثبت فى سائر العقود» - غير ما استثناه -: مسائل:

منها: الهبة. وهى تارة تكون بعوض، وتارة تكون بغير عوض. فإن كانت بعوض: ففى ثبوت الخيار فيهما روايتان مبنيتان على أنها: هل تصير بيعا، أو يغلب فيها حكم الهبة، على ما يأتى فى أول باب الهبة؟ قاله المصنف، والشارح وغيرهما. وجزم به فى التلخيص، والخلاصة، والبلغة: بأن الخيار يثبت فيهما.

قال فى الهداية، والمذهب، والمستوعب وغيرهم: فإن شرط فيها عوضا فهى

(١) قال فى الشرح: (ظاهر المذهب أنهما جائزان فلا يدخلهما خيار) الشرح (٦٢/٤).

(٢) ذكر صاحب المعنى (إن المساقاة والمزارعة مترددان بين الجواز واللزوم، وقال: فالظاهر أنهما جائزان فلا يدخلهما خيار وقد قيل هما لازمان ففى ثبوت الخيار فيهما وجهان) المعنى (١٢٢/٤).

(٣) ذكر أيضا فى الشرح (أنهما مترددان بين الجواز واللزوم وظاهر المذهب أنهما جائزان فلا يدخلهما خيار وقيل هما إجارة فهما حكمهما) الشرح (٦٢/٤).

كتاب البيع..... ٣٥٥
كالبيع.

فقد يقال: ظاهر كلام المصنف هنا: أن الخيار لا يثبت فيها.
ويحتمل أن يقال: لم تدخل هذه المسألة في كلام المصنف. لأنها نوع من البيع،
على الصحيح. وهو أولى.

وقال القاضى: الموهوب له يثبت له الخيار على التأيد، بخلاف الواهب.

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله: وفيه نظر.

وقال ابن عقيل: الواهب بالخيار، إن شاء أقبض وإن شاء منع. فإذا أقبض فلا
خيار له. وكذا قال غيره.

وإن كانت بغير عوض: فهي كالوصية، لا يثبت فيها خيار. استغناء بجوازها.
جزم به المصنف، والشارح، وابن حمدان، وصاحب الحاوى وغيرهم.

ومنها: القسمة. وظاهر كلامه هنا: أنه لا يثبت فيها، وهو أحد الوجهين.

قال الأزجى فى نهايته: القسمة إفرار حق. على الصحيح، فلا يدخلها خيار
المجلس. وإن كان فيها رد: احتمل أن يدخلها خيار المجلس. انتهى.

والوجه الثانى: يدخلها خيار المجلس. وهو الصحيح من المذهب^(١).

قال فى الفروع: وفى الأصح وفى قسمة.

وقطع القاضى فى التعليق، وابن الزاغونى بثبوت الخيار فيها مطلقاً. وقطع به فى
الرعاية إن قلنا: هى بيع، وكذا الزركشى.

قال القاضى فى الجرد: ولا يدخلها خيار، حيث قلنا: هى إفرار.

قال فى الحاوى الكبير: إن كان فيها رد فهى كالبيع. يدخلها الخياران معاً. وإن لم
يكن فيها رد، وعدلت السهام، ووقعت القرعة: نظرت. فإن كان القاسم الحاكم فلا
خيار، لأنه حكم. وإن كان أحد الشريكين: لم يدخلها خيار، لأنها إفرار حق،
وليست ببيع. انتهى. وقاله ابن عقيل أيضاً.

ومنها: الإقالة. فلا يثبت فيها خيار المجلس. على الصحيح من المذهب، لأنها
فسخ، وإن قلنا هى بيع: ثبت.

وقال فى التلخيص: ويحتمل عندى أن لا يثبت، ويأتى ذلك فى الإقالة.

(١) قال فى الشرح: (والهبة إذا شرط فيها عوضاً معلوماً ثبت فيها الخيار) الشرح (٦٢/٤). قال فى المغنى:
(يثبت فى الهبة بعض على إحدى الروايتين) المغنى (١١٩/٤).

٣٥٦ كتاب البيع

ومنها: الأخذ بالشفعة. فلا خيار فيها. على الصحيح من المذهب. كما هو ظاهر كلام المصنف هنا. وقدمه في المغنى (١)، والشرح (٢)، والفروع، وغيرهم. واختاره المصنف، والقاضى، وابن عقيل، وصاحب التلخيص، وغيرهم. ذكره الحارثى فى الشفعة.

وقيل: فيها الخيار. وهو احتمال فى المغنى (٣)، والشرح (٤). وغيرهما. وأطلقهما فى الرعايتين، والحاويين، والقواعد.

ومنها: سائر العقود اللازمة - غير ما تقدم - كالنكاح، والوقف، والخلع، والإبراء، والعق على مال، والرهن، والضمان، والإقالة لراهن وضامن وكفيل. قاله فى الرعاية. فلا يثبت فى شىء من ذلك خيار المجلس.

وذكر فى الحاوى الكبير - فيما إذا قالت: طلقنى بألف. فقال: طلقتك بها طلاقاً - احتمالين. أحدهما: عدم الخيار مطلقاً، والثانى: يثبت له الخيار فى الامتناع من قبض الألف ليكون الطلاق رجعياً.

ومنها: جميع العقود الجائزة، كالجعالة، والشركة، والوكالة، والمضاربة، والعارية، والوديعة، والوصية قبل الموت. ونحو ذلك. فلا يثبت فيها خيار المجلس.

التنبيه الثالث: مراده بقوله: ﴿مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا بِأَبْدَانِهِمَا﴾.

التفرق العرفى. قاله الأصحاب. وقد ضبط ذلك بعرف كل مكان بحسبه. فلو كان فى فضاء واسع أو مسجد كبير أو سوق. فقيل: يحصل التفرق بأن يمشى أحدهما مستديراً صاحبه خطوات، جزم به ابن عقيل، وقدمه المصنف، والشارح، وجزم به فى المستوعب، وشرح ابن رزين، والحاويين.

وقيل: بل يبعد عنه بحيث لا يسمع كلامه عادة، جزم به فى الكافى (٥)، والنظم.

(١) ذكر صاحب المغنى (أن الشفعة لا خيار فيها لأن من لا يعتبر رضاه لا خيار له وإذا لم يثبت فى أحد طرفيه لم يثبت فى الآخر) المغنى (٤/١٢٢).

(٢) قال فى الشرح (والأخذ بالشفعة عقد لازم يستقل به أحد المتعاقدين فلا خيار فيها لأن من لا يعتبر رضاه لا خيار له ومن لا يثبت فى أحد طرفيه لا يثبت فى الآخر كسائر العقود) الشرح (٤/٦٣).

(٣) ذكر هذا فى المغنى إجمالاً فقال: (ويحتمل ان يثبت الخيار للشفيع لأنها معاوضة يقصد فيها العوض فأشبهت سائر البيوع) المغنى (٤/١٢٢).

(٤) ذكر أيضاً فى الشرح نفس الاحتمال حيث قال: (ويحتمل أن يثبت أيضاً للشفيع لأنه يقصد فيه العوض فأشبهه سائر عقود المعاوضات). (٤/٦٣).

(٥) ذكرها صاحب الكافى فقال: (والتفرق أن يمشى أحدهما عن صاحبه بحيث إذا كلمه الكلام المعتاد فى المجلس لا يسمعه) الكافى (٢/٢٦).

كتاب البيع..... ٣٥٧

وإن كانا فى سفينة كبيرة: صعد أحدهما على أعلاها، ونزل الآخر إلى أسفلها.
وإن كانت صغيرة: خرج أحدهما منها ومشى.

وإن كانا فى دار كبيرة: فتحصل المفارقة بخروجه من بيت إلى بيت، أو إلى مجلس أو صفة ونحو ذلك، بحيث يعد مفارقا. وإن كانت صغيرة، فإن صعد أحدهما السطح أو خرج منها فقد فارقه.

ولو أقاما فى مجلس وبنى بينهما حاجز من حائط أو غيره: لم يعد تفرقا. جزم به فى المستوعب، والمغنى^(١)، والشرح^(٢)، وصاحب الحاوى وغيرهم.

التنبيه الرابع: ظاهر كلام المصنف: أن الفرقة تحصل بالإكراه. وفيه طريقان.

أحدهما: طريقة الأكثر - منهم المصنف فى الكافى^(٣) - قال الزركشى: وهو أجود، وهى أن الخلاف جار فى جميع مسائل الإكراه. فقيل: يحصل بالعرف مطلقاً. وهو ظاهر كلام المصنف، وجماعة. وقدمه الزركشى.

وقيل: لا يحصل به مطلقا. اختاره القاضى. وجزم به فى الفصول، والمستوعب والحاويين. وصححه فى الرعاية الكبرى. وقدمه فى التلخيص.

فعليه يبقى الخيار فى مجلس زال عنهما الإكراه فيه حتى يفارقه. وأطلقهما فى الفائق.

والوجه الثالث: إن أمكنه ولم يتكلم بطل خياره، وإلا فلا. وهو احتمال فى التلخيص.

الطريق الثانى: إن حصل الإكراه لهما جميعاً: انقطع خيارهما قولاً واحداً، وإن حصل لأحدهما: فالخلاف فيه. وهى طريقة المصنف فى المغنى^(٤)، والشارح، وابن رزين فى شرحه. وذكر فى الأولى احتمالاً.

(١) ذكر فى المغنى (ولو أقاما فى المجلس وسدلا بينهما سترًا أو بنيا بينهما حاجزا أو ناما أو قاما فمضيا جميعا لم يتفرقا فالخيار بحاله وإن طالت المدة لعدم التفرق) المغنى (٨/٤).

(٢) ذكره أيضا فى الشرح بتمامه فقال: (لم يتفرقا فالخيار بحاله وإن طالت المدة لعدم التفرق) الشرح (٦٣/٤).

(٣) قال صاحب الكافى فى أحد الوجهين: (يبطل الخيار لأنه لا يعتبر الرضى من أحد الجانبين فكذلك منهما. ثم قال وللمكراهة الخيار فى أحد الوجهين)، الكافى (٢٦/٢).

(٤) ذكره صاحب المغنى (قال فإن فارق أحدهما الآخر مكراها احتمل بطلان الخيار لوجود غايتها وهو التفرق ولأنه لا يعتبر رضاه فى مفارقة صاحبه له فكذلك فى مفارقتة لصاحبه، وإن أكرها جميعا انقطع خيارهما) المغنى (٩/٤).

٣٥٨..... كتاب البيع

وقال فى الفروع: ولكل من البائعين الخيار ما لم يتفرقا بأبدانهما عرفا، ولو كرها. وفى بقاء خيار المكره وجهان. انتهى.

فائدة: ذكر ابن عقيل من صور الإكراه: لو رأيا سبعا أو ظالما خافاه فهربا منه، أو حملهما سيل أو ريح وفرقت بينهما. وقدم فى الرعاية الكبرى: أن الخيار لا يبطل فى هذه الصور. وجزم بما قال ابن عقيل، وابن رزين فى شرحه. ونص عليه.

فوائد

الأولى: لو مات أحدهما فى خيار المجلس انقطع الخيار. نص عليه (١). جزم به فى التلخيص، والفروع، والنظم، والفائق، وغيرهم.

وقيل: لا يبطل. ويحتمله كلام الخرقي. وأطلقهما الزركشى.

وقال فى الرعاية: بطل الخيار، إن قلنا: لا يورث، وإن قلنا يورث: لم يبطل. انتهى.

ويأتى: هل يورث خيار المجلس أم لا؟ عند إرث خيار الشرط.

وأما خيار صاحبه: ففى بطلانه وجهان. وأطلقهما فى الفروع، والرعاية الكبرى

فى موضعين.

أحدهما: لا يبطل.

قلت: وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب.

قال فى الرعاية الكبرى: لا يبطل إن قلنا يورث، وإلا بطل.

والوجه الثانى: يبطل.

الثانية: لو جن قبل المفارقة والاختيار، فهو على خياره إذا أفاق. على الصحيح

من المذهب. وجزم به فى المستوعب. والتلخيص، والحاويين، وغيرهم. وقدمه فى الفروع والرعاية.

وقيل: وليه أيضا يليه فى حال جنونه. قاله فى الرعاية.

وقال الشارح: إن جن أو أغمى عليه قام أبوه أو وصيه أو الحاكم مقامه.

وقيل: من أغمى عليه قام الحاكم مقامه.

(١) ذكره صاحب المغنى (لأنه قد تعذر منه الخيار والخيار لا يورث وما بقى منهما فبطل خياره أيضا لأنه يبطل بالتفرق والتفرق بالموت أعظم) المغنى (٣٦٨/٤) قال فى الكافى. (لأنه حق فسخ لا يجوز الاعتياض عنه فلم يورث) الكافى (٣١/٢).

كتاب البيع..... ٣٥٩
 الثالثة: لو خرس^(١) أحدهما قامت إشارته مقام نطقه، فإن لم تفهم إشارته قام
 وليه مقامه.

الرابعة: خيار الشرط كخيار المجلس فيما إذا جن أو أغمى عليه أو خرس.
 الخامسة: لو ألحق بالعقد خياراً - بعد لزومه - لم يلحق على الصحيح من
 المذهب، وعليه الأصحاب.

وقال في الفائق: ويتخرج لحوقه من الزيادة وبعده، وهو المختار. انتهى. وهو
 رواية في الرعاية وغيرها.

ويأتى ذلك فى كلام المصنف بعد المواضع. ويأتى نظيرها فى الرهن والصداق.
 السادسة: تحرم الفرقة خشية الاستقالة. على الصحيح من المذهب.
 قال فى الفروع: وتحرم على الأصح. قال فى الفائق: لا تحل فى أصح الروايتين.
 قال فى الرعاية الكبرى: وإن مشى أحدهما، أو فر ليلزم العقد قبل استقالة الآخر
 وفسخه ورضاه - حرم وبطل خيار الآخر فى الأشهر فيهما. واختاره أبو بكر
 والمصنف. وجزم به فى مسبوك الذهب.

وعنه: لا يحرم. قدمه فى المستوعب، والحاوين. وأطلقهما فى المذهب، والقواعد.
 تنبيه: مفهوم قوله: ﴿وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُتَبَايِعِينَ الْخِيَارُ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا بِأَبْدَانِهِمَا﴾.
 أنهما إذا تفرقا بأبدانهما يلزم البيع، ويبطل خيارهما. وهو صحيح. وهو
 المذهب^(٢). وعليه الأصحاب، إلا أن القاضى قال فى موضع: ما يفتقر إلى القبض لا
 يلزم إلا بقبضه، ويأتى ذلك فى آخر الباب.

قوله: ﴿إِلَّا أَنْ يَتَبَايَعَا عَلَى أَنْ لَا خِيَارَ بَيْنَهُمَا، أَوْ يُسْقِطَ الْخِيَارَ بَعْدَهُ فَيُسْقِطُ
 فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ﴾.

وأطلقهما فى الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والكافى^(٣)،

(١) قال فى الشرح: (فإن لم تفهم إشارته قام أبوه أو وصيه أو الحاكم مقامه) الشرح (٦٤/٤)، الكافى
 (٣١/٢)، قاله المغنى (٩/٤).

(٢) قال فى الشرح: (ويدل على لزوم البيع بالتفرق قول النبى ﷺ (وإن تفرقا بعد أن تباعا ولم يترك
 أحدهما البيع فقد وجب البيع)، الشرح (٦٣/٤)، المغنى (٧/٤)، الكافى (٢٦٢/٢)، المحرر (٢٦١/١).

(٣) ذكر صاحب الكافى الروايتين: إحداهما هما على خيارهما لعموم الخبر. ثانيهما: لا خيار لهما).
 الكافى (٢٦٢/٢).

٣٦٠..... كتاب البيع

والتلخيص، والبلغة، والحاويين.

إحدهما: يسقط الخيار فيهما. وهو المذهب.

قال في الرعاية الكبرى: يسقط على الأقيس. قال في الفائق: يسقط في أصح الروايتين. وحزم به في الوجيز والمنور، ونهاية ابن رزين. وقدمه في الهادى، والمحزر^(١)، والفروع، وغيرهم. واختاره ابن أبى موسى، والقاضى فى كتابه الروايتين، والشيرازى، والمصنف، والشارح، وابن رزين وغيرهم.

والرواية الثانية: لا يسقط فيهما. وهو ظاهر كلام الخرقي. ونصره القاضى، وأصحابه. وقدمه فى الخلاصة.

وعنه: رواية ثالثة: لا يسقط فى الأولى. ويسقط فى الثانية. وأطلقهن فى تجريد العناية.

فعلى القول بالسقوط: لو أسقط أحدهما الخيار، أو قال: لا خيار بيننا. سقط خياره وحده. وبقي خيار صاحبه.

وعلى المذهب: لا يبطل العقد إذا شرط فيه أن لا خيار بينهما. على الصحيح من المذهب^(٢).

قال الزركشى: وهو الأظهر. وهو ظاهر كلام الخرقي. وقيل: يبطل العقد.

فائدة: لو قال لصاحبه «اختر» سقط خياره، على الصحيح من المذهب، وعليه الأصحاب.

وعنه: لا يسقط. وهو احتمال فى المعنى^(٣)، والشرح^(٤)، وغيرهما.

وأما الساكت: فلا يسقط خياره، قولاً واحداً.

فائدة: قوله: **فِي خِيَارِ الشَّرْطِ: ﴿فَيُثْبِتُ فِيهَا وَإِنْ طَالَتْ﴾**.

هذا بلا نزاع^(٥). وهو من مفردات المذهب. فلو باعه ما لا يبقى إلى ثلاثة أيام

(١) ذكر فى المحرر الوجيهين - (سقط وعنه لا يسقط).

(٢) ذكر فى الشرح (أن العقد لا يبطل لأنه أحد الخيارين فى البيع فجاز إخلاؤه عنه كخيار الشرط) الشرح الكبير (٦٥/٤)، ذكره أيضاً صاحب المعنى (١١/٤).

(٣) قال فى المعنى: (ويحتمل ألا يبطل خياره لأنه خيره فلم يختز فلم يؤثر فيه كما لو جعل الخيار لزوجه فلم تختز شيئاً) المعنى (١١/٤).

(٤) ذكره صاحب الشرح بنفس التعليل فى المعنى. الشرح الكبير (٦٥/٤).

(٥) قال فى الشرح: (لأنه حق يعتمد الشرط فرجع فى تقديره الى مشرطه كالأجل) الشرح (٦٦/٤)، المعنى (٩٥/٤)، الكافى (٢٧/٢)، المحرر (٢٦٢/١).

كتاب البيع..... ٣٦١
 كطعام رطب بشرط الخيار ثلاثا. فقال القاضي: يصح الخيار ويباع ويحفظ ثمنه إلى
 المدة.

قلت: لو قيل بعدم الصحة لكان متجها، وهو أولى.

ثم رأيت الزركشى نقل عن الشيخ تقي الدين أنه قال: يتوجه عدم الصحة من
 وجه في الإجارة، أى من وجه عدم صحة اشتراط عدم الخيار فى الإجارة تلى العقد.
 قال: ومنه إن تلف المبيع يبطل الخيار. انتهى.

قوله: ﴿وَلَا يَجُوزُ مَجْهُولًا فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ﴾.

وهو المذهب (١). وعليه الأصحاب. وعنه: يجوز.

وهما على خيارهما إلا أن يقطعه أو تنتهى مدته [وقدمه ابن رزين فى شرحه]
 وأطلقهما فى الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب.

تنبية: ظاهر كلام المصنف هنا: أنه لو شرطه إلى الحصاد والجداذ: أنه لا يجوز لأنه
 مجهول. وهو إحدى الروايتين، والمذهب منهما. وهو ظاهر كلامه فى الوجيز
 و [ظاهر ما] قدمه فى الفروع. وصححه فى التصحيح.

والرواية الثانية: يجوز هنا وإن منعناه فى الجهول، لأنه معروف فى العادة ولا
 يتفاوت كثيرا. واختاره ابن عبدوس فى تذكرته. وقدمه فى الفائق.

قلت: وهو الصواب.

وأطلقهما فى هذا الكتاب فى باب السلم، والمحرم (٢)، والخلاصة.

فائدتان

إحدهما: إذا شرط الخيار مدة، على أن يثبت يوما ولا يثبت يوما. فقيل: يصح
 مطلقا. وقدمه فى الرعاية الكبرى.

وقيل: يصح مطلقا، وهو احتمال فى المعنى (٣).

(١) قال فى الشرح: وكان بشرط الخيار أبدا أو متى شاء أو قال أحدهما ولما لم يذكر مدته أو
 شرطاه إلى مدة مجهولة كقدم زيد أو نزول المطر لم يصح فى الصحيح من المذهب. الشرح
 (٦٦/٤)، المعنى (١٠٦/٤)، قال فى المحرم: (وان اشترط الخيار ولم يؤقته لم يصح)، المحرم (٢٦٣/١)،
 الكافى (٢٨/٢).

(٢) قال فى المحرم: (وان اشترط الخيار ولم يؤقته لم يصح وعنه يصح) المحرم (٢٦٣/١).

(٣) قال فى المعنى: (وان شرط الخيار شهرا أو يوما يثبت فيه ويوما لا يثبت قال ابن عقيل يصح فى اليوم
 الأول لإمكانه ويطلق فيما بعده لأنه شرط واحد تناول الخيار فى أيام فإذا فسد فى بعضه فسد جميعه).
 المعنى (١١١/٤).

٣٦٢..... كتاب البيع

وقيل: يصح في اليوم الأول. اختاره ابن عقيل. وجزم به المذهب. وقدمه في الفائق. وأطلقهن في الفروع.

الثانية: لو شرط خيار الشرط حيلة ليربح فيما أقرضه: لم يجز. نص عليه، وعليه الأصحاب.

قلت: وأكثر الناس يستعملونه في هذه الأزمنة ويتداولونه فيما بينهم. فلا حول ولا قوة إلا بالله.

قوله: ﴿وَلَا يَثْبُتُ إِلَّا فِي الْبَيْعِ. وَالصُّلْحُ بِمَعْنَاهُ﴾.

بلا نزاع (١).

تنبيهات

الأول: مفهوم قوله: ﴿وَيَثْبُتُ فِي الْإِجَارَةِ فِي الذِّمَّةِ، أَوْ عَلَى مُدَّةٍ لَا تَلِي الْعَقْدَ﴾.

أنها لو وليت العقد لا يثبت فيها خيار. وهو صحيح. وهو المذهب، وعليه جماهير الأصحاب.

قال في التلخيص: وهو أقيس. وصححه في النظم وغيره. وقدمه في الفروع، وغيره.

وقيل يثبت. قاله القاضى في كتاب الإجارة في الجامع الصغير.

قال في الفائق اختاره شيخنا. وهو المختار. انتهى. وأطلقهما في المحرر (٢)، والرعايتين، والحاويين.

الثاني: قوله «ويثبت في الإجارة في الذمة» هكذا قال الأصحاب.

وقال في الرعاية الكبرى: قلت: إن لم يجب الشروع فيه عقيب العقد.

الثالث: ظاهر كلام المصنف: أن خيار الشرط لا يثبت إلا فيما ذكره. وهو البيع. والصلح. معناه والإجارة. وجزم به في الوجيز. وهو المذهب إلا في القسمة فإنه يثبت فيها على الصحيح من المذهب. قدمه في الفروع. وقطع به القاضى في التعليق.

(١) ذكره صاحب المغنى بعد ما قسم العقود إلى ستة أقسام من حيث اللزوم والجواز. المغنى (١١٩/٤)، والشرح (٦٢/٤)، المحرر (٢٧٢/١).

(٢) ذكرها في المحرر وذكر الوجيهين حيث قال: ففيه وجهان أحدهما يثبت وهو المذهب. المحرر (٢٧٢/١).

وقدمه المجرد في شرحه.

وقال ابن عقيل: يثبت إن كان فيها رد عوض، وإلا فلا.

وقال القاضي في المجرد: ولا يدخل القسمة خيار إن قلنا هي إفراز. كما قال في خيار المجلس.

وقدم في الرعاية الكبرى: أنه يثبت في الحوالة. انتهى. وجزم به في المستوعب.

وقيل: يثبت في الضمان والكفالة. اختاره ابن حامد، وابن الجوزي.

وفي طريقة بعض الأصحاب: يثبت خيار الشرط فيما يثبت فيه خيار المجلس. وجزم به في المذهب. فقال: خيار الشرط يثبت فيما يثبت فيه خيار المجلس.

وقال الشيخ تقي الدين: يجوز خيار الشرط في كل العقود.

قوله: ﴿وَإِنْ شَرَطَاهُ إِلَى الْغَدِ لَمْ يَدْخُلْ فِي الْمُدَّةِ﴾.

وهو المذهب^(١). وعليه الأصحاب. وعنه: يدخل.

قال في مسبوك الذهب، وإن قال: بعثك ولي الخيار إلى الغد. فله أن يفسخ إلى أن يبقى من الغد أدنى جزء، وأطلقهما في الهداية، والمذهب، والمستوعب.

قوله: ﴿وَإِنْ شَرَطَاهُ مُدَّةً، فَأَبْتَدَأُهَا مِنْ حِينَ الْعَقْدِ﴾.

هذا المذهب^(٢). وعليه أكثر الأصحاب. وجزم به في الوجيز، وغيره. وقدمه في الفروع، وغيره. وصححه المصنف، والشارح، وغيرهما. ويحتمل أن يكون من حين التفرق. وهو وجه. وجزم به في نهاية ابن رزين ونظمها [وجزم به ابن رزين في شرحه] وأطلقهما في الهداية، والمذهب، والرعاية الكبرى، والحاويين.

فلو قلنا من حين العقد فصرحا باشتراطه من حين التفرق، أو بالعكس: ففي صحة ذلك وجهان. أظهرهما: بطلانه في القسم الأول. وصحته في الثاني. قاله في التلخيص، والرعاية ن وغيرهما.

وقال في الرعاية قلت: إن علم وقت التفرق، فهو أول خيار الشرط، وإن جهل

(١) قال في الكافي: (ولا يدخل الغد لأن إلى للغاية وموضوعها لفراغ الشيء وانتهاؤه) الكافي (٢٨/٢)،

المحرر (٢٦٣/١)، الشرح الكبير (٦٦/٤)، المغني (١٠٤/٤).

(٢) قال في المغني: (لأنها مدة ملحقه بالعقد فكان ابتداءها منه كالأجل ولأن الاشتراط سبب ثبوت الخيار

فيجب أن يعقبه حكمه كالمالك في البيع)، المغني (١٠٢/٤)، الشرح (٦٨/٤)، الكافي (٢٨/٢) على

أحد الوجهين في المحرر (٢٦٢/١).

.....٣٦٤ كتاب البيع

فى العقد. ولا يصح شرط عكسها إلا أن يصح.

قوله: ﴿وَإِنْ شَرَطَ الْخِيَارَ لغيرِهِ جَازًا. وَكَانَ تَوَكِيلًا لَهُ فِيهِ. وَإِنْ شَرَطَ الْخِيَارَ لِأَحَدِهِمَا دُونَ صَاحِبِهِ جَازًا﴾.

يجوز أن يشترط الخيار لهما ولأحدهما ولغيرهما. لكن إذا شرطه لغيره، فتارة يقول: له الخيار دونى، وتارة يقول: الخيار لى وله، وتارة يجعل الخيار له، ويطلق.

فإن قال: له الخيار دونى. فالصحيح من المذهب: أنه لا يصح. وعليه أكثر الأصحاب. وجزم به فى الكافى^(١)، والتلخيص، والمحزر^(٢)، والنظم، والرعايتين، والحاويين، والمنور، ومنتخب الأزجى، والفائق، وتجريد العناية، وغيرهم. وقدمه فى الفروع وغيره. واختاره القاضى وغيره. وظاهر كلام الإمام أحمد: صحته، واختاره المصنف، والشارح.

فعلى هذا: هل يختص الحكم بالوكيل، أو يكون له وللموكل، ويلغى قوله: «دونى»؟ تردد شيخنا فى حواشيه.

قال فى الفروع قلت: ظاهر كلام المصنف، والشارح: أنه يكون للوكيل وللموكل. فإنهما قالا - بعد ذكر المسائل كلها - فعلى هذا: يكون الفسخ لكل واحد من المشتري ووكيله الذى شرط له الخيار.

وإن قال: الخيار لى وله. صح قولوا واحدا.

وإن جعل الخيار له وأطلق: صح على الصحيح من المذهب. اختاره المصنف، والشارح. وجزم به فى الحاوى الكبير.

قال فى الفائق: وقال الشيخ، وغيره: صحيح. وهو ظاهر ما جزم به فى المنور، وتجريد العناية. وقدمه فى الرعايتين، والحاوى الصغير. وصححه فى تصحيح المحزر^(٣).

وقيل: لا يصح. اختاره القاضى فى المحرد. وجزم به فى الكافى^(٤). وأطلقهما فى

(١) ذكره فى الكافى قائلا: (أو قال هو لفلان دونى لم يصح لأن الخيار جعل لتحصيل الحظ للمتعاقدين بنظرهما فلا يكون لمن لا حظ له) الكافى (٢٧/٢).

(٢) قال فى المحزر: (وإن قال لزيد دونى لم يصح)، المحزر (٢٦٤/١).

(٣) المحزر (٢٦٤/١).

(٤) الكافى (٢٧/٢).

كتاب البيع..... ٣٦٥

المحرر (١)، والخلاصة، والنظم، والفروع، والفائق.

قوله: ﴿وَكَانَ تَوْكِيلًا لَهُ فِيهِ﴾.

حيث صححناه يكون خيار الفسخ له ولموكله. فلا ينفرد به الوكيل. وقطع به الأكثر.

قال في الفروع: ويكون توكيلا لأحدهما في الفسخ. وقيل: للموكل إن شرطه لنفسه، وجعله وكيلا. انتهى.

وهي عبارة مشككة. والخلاف هنا لا يأتي فيما يظهر. فإننا حيث جعلناه توكيلا، لا بد أن يكون في شيء يسوغ له فعله. وقوله «ويكون توكيلا لأحدهما في الفسخ» لعله أراد: كلا منهما - يعني: في المسألتين الأخيرتين - وهو مشكل أيضا.

ولشيخنا على هذا كلام كثير في حواشيه لم يثبت فيه على شيء.

فائدة: أما خيار المجلس: فيختص الوكيل، لأنه الحاضر. فإن حضر الموكل في المجلس، وحجر على الوكيل في الخيار: رجعت حقيقة الخيار إلى الموكل في أظهر الاحتمالين. قاله في التلخيص. وحزم به في الفروع في باب الوكالة.

ويأتي هناك شيء يتعلق بهذا.

قوله: ﴿وَلَمَنْ لَهُ الْخِيَارُ فَالْفَسْخُ مِنْ غَيْرِ حُضُورِ صَاحِبِهِ وَلَا رِضَاهُ﴾.

هذا المذهب (٢). وعليه جماهير الأصحاب. وأطلقوا.

[وقال المجد في شرحه: هو ظاهر كلام الأصحاب].

ونقل أبو طالب له الفسخ برد الثمن. وحزم به الشيخ تقي الدين رحمه الله، كالشفيع.

قلت: وهذا الصواب الذي لا يعدل عنه، وخصوصا في زمننا هذا. وقد كثرت الخيل.

ويحتمل أن يحمل كلام من أطلق على ذلك. وخرج أبو الخطاب، ومن تبعه من عزل الوكيل: أنه لا يفسخ في غيبته حتى يبلغه في المدة.

قال في القاعدة الثالثة والستين: وفيه نظر. فإن من له الخيار يتصرف في الفسخ.

(١) قال صاحب المحرر: (وإن شرطه لزيد وأطلق فعلى وجهين)، المحرر (١/٢٦٤).

(٢) قال في الشرح: (لأنه رفع عقد لا يفتقر إلى رضی صاحبه فلم يفتقر إلى حضوره كالطلاق) الشرح

(٦٩/٤)، الكافي (٢/٢٩)، المغني (٤/١١١).

٣٦٦ كتاب البيع

قوله: ﴿وَإِنْ مَضَتْ الْمُدَّةُ وَلَمْ يَفْسَخَاهُ بَطَلَ خِيَارُهُمَا﴾.

يعنى ولزم البيع. وهذا المذهب (١). وعليه جماهير الأصحاب. وقطع به كثير منهم. وقيل: لا يلزم بمضى المدة. اختاره القاضى. لأن مدة الخيار ضربت لحق له لا لحق عليه. فلم يلزم الحكم بمضى المدة كمضى الأجل فى حق المولى. فعلى هذا: ينبغى أن يقال: إذا مضت المدة يؤمر بالفسخ. وإن لم يفعل، فسخ عليه الحاكم. كما قلنا فى المولى على ما يأتى.

قوله: ﴿وَيَنْتَقِلُ الْمَلِكُ إِلَى الْمُشْتَرَى بِنَفْسِ الْعَقْدِ فِي أَظْهَرِ الرَّوَايَتَيْنِ﴾.

وكذا قال فى الهداية، والمستوعب، والتلخيص، وغيرهم. وهذا المذهب (٢) بلا ريب. وعليه الأصحاب.

قال فى القواعد الفقهية: وهى المذهب الذى عليه الأصحاب.

قال المصنف، والشارح، وصاحب الفروع، وغيرهم: هذا ظاهر المذهب.

قال فى المحرر (٣): هذا أشهر الروايتين. قال فى الفائق: هذا أصح الروايتين.

قال فى الرعاية الكبرى: وإذا ثبت الملك فى المبيع للمشتري ثبت فى الثمن للبائع. انتهى.

والرواية الثانية: لا ينتقل الملك عن البائع حتى ينقضى الخيار. فعليها يكون الملك للبائع.

وقال فى القواعد الفقهية: ومن الأصحاب من حكى أن الملك يخرج عن البائع ولا يدخل إلى المشتري. قال: وهو ضعيف.

فائدة: حكم انتقال الملك فى خيار المجلس حكم انتقاله فى خيار الشرط. خلافاً ومذهباً.

(١) قال فى الشرح: (لأنها مدة ملحقة بالعقد فبطلت بانقضائها كالأجل ولأن الحكم ببقائها يفضى إلى بقاء الخيار فى غير المدة التى شرطها فيها والشرط يثبت الخيار فلا يجوز أن يثبت ما لم يتناوله ولأنه حكم مؤقت ففات فبوات وقته كسائر المؤقتات) الشرح (٦٩/٤)، المغنى (١١٢/٤)، المحرر (٢٦٢/١)، الكافى (٢٩/٢).

(٢) قال فى الشرح: (ولا فرق بين كون الخيار لهما أو لأحدهما أيهما كان ولقوله ﷺ «من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع» متفق عليه يحلله للمبتاع بمجرد اشتراطه وهو عام فى كل بيع ولأنه بيع صحيح فنقل الملك عقبه كالذى لا خيار فيه) الشرح (٧٠/٤)، الكافى (٢٩/٢)، المحرر (٢٦٥/١)، المغنى (٢٦/٤).

(٣) قال فى المحرر: (ويثبت الملك للمشتري فى مدة الخيار فى أشهر الروايتين). المحرر (٢٦٥/١).

كتاب البيع..... ٣٦٧
 تنبيه: لهذا الخلاف فوائد كثيرة. ذكرها العلامة ابن رجب رحمه الله فى قواعد،
 وغيره.

منها: لو اشترى من يعتق عليه، أو زوجته، فعلى المذهب: يعتق وينفسخ نكاحها.
 وعلى الثانية: لا يثبت ذلك.

ومنها: لو حلف لا يبيع، فباع بشرط الخيار: خرج على الخلاف. قدمه فى
 القواعد. وقال: ذكره القاضى.

وأنكر المجد ذلك، وقال: يحنث على الروائتين.

قلت: وهو الصواب.

وأما الأخذ بالشفعة: فلا يثبت فى مدة الخيار، على كلتا الروائتين، عند أكثر
 الأصحاب. ونص عليه فى رواية حنبل.

فمنهم من علل بأن الملك لم يستقر بعد. ومنهم من علل بأن الأخذ بالشفعة
 يسقط حق البائع من الخيار. فلذلك لم يجز المطالبة به فى مدته. وهو تعليل القاضى
 فى خلافه.

فعلى هذا: لو كان الخيار للمشتري وحده تثبت الشفعة.

وذكر أبو الخطاب احتمالين بثبوت الشفعة مطلقاً، إذا قلنا بانتقال الملك إلى
 المشتري.

قال فى الفروع: تفريراً على المذهب.

قال أبو الخطاب وغيره: ويأخذ بالشفعة. ويأتى ذلك فى آخر الشفعة فى أول
 الفصل الأخير من كلام المصنف.

ومنها: لو باع أحد الشريكين شقصةً بشرط الخيار، فباع الشفيع حصته فى مدة
 الخيار. فعلى المذهب: يستحق المشتري الأول انتزاع شقص الشفيع من يد مشتريه.
 لأنه شريك الشفيع حالة بيعه.

وعلى الثانية: يستحقه البائع الأول، لأن الملك باق له.

ومنها: لو باع عبداً بشرط الخيار، وأهلاً هلالاً الفطر وهو فى مدة الخيار. فعلى
 المذهب: الفطرة على المشتري. وعلى الثانية: على البائع.

ومنها: لو باع نصاباً من الماشية بشرط الخيار حولاً. فعلى المذهب: زكاته

٣٦٨ كتاب البيع

على المشتري. وعلى الثانية: على البائع.

ومنها: الكسب والنماء المنفصل في مدته. فعلى المذهب: هو للمشتري على الصحيح من المذهب^(١)، أمضيا العقد أو فسخاه.

وعنه: إن فسخ أحدهما فالنماء المنفصل للبائع. وعنه: وكسبه.

وعلى الثاني للبائع. وقيل: هما للمشتري إن ضمنه.

وستأتي هذه المسألة في كلام المصنف.

ومنها: مؤنة البيع من الحيوان والعبيد. فعلى المذهب: على المشتري. وعلى الثانية: على البائع.

ومنها: لو تلف المبيع في مدة الخيار. فإن كان بعد القبض أو لم يكن فيها: فمن مال المشتري على المذهب^(٢). ومن مال البائع على الثانية. على ما يأتي في كلام المصنف.

ومنها: لو تعيب في مدة الخيار. فعلى المذهب: لا يرد بذلك إلا أن يكون غير مضمون على المشتري لانتفاء القبض. وعلى الثانية: له الرد بكل حال.

ومنها: لو باع الملتقط اللقطة بعد الحول، بشرط الخيار. ثم جاء ربها في مدة الخيار. فإن قلنا لم ينتقل الملك. فالرد واجب. وإن قلنا بانتقاله، فوجهان. جزم في الكافي^(٣) بالوجوب.

قلت: ويتوجه عدم الوجوب، وتكون له القيمة أو المثل.

ومنها: لو باع مُحِلُّ صيدا بشرط الخيار، ثم أحرم في مدته. فإن قلنا بانتقال الملك عنه، فليس له الفسخ. لأنه ابتداء ملك على الصيد، وهو ممنوع منه. وإن قلنا: لم ينتقل الملك عنه فله ذلك. ثم إن كان في يده المشاهدة أرسله، وإلا فلا.

(١) قال في الشرح: (ما يحصل من غلات المبيع ونمائه في مدة الخيار فهو للمشتري أمضيا العقد أو فسخاه، لقوله ﷺ: «الخراج بالضمان» وهذا من ضمان المشتري فيجب أن يكون خراجه له ولأن الملك ينتقل بالبائع فيجب أن يكون نماءه للمشتري ويتخرج أن يكون النماء المنفصل للبائع إذا فسخا العقد بناء على قولنا أن الملك لا ينتقل وأما النماء المتصل فهو تابع للمبيع بكل حال كما يتبعه في الرد بالعيب والمقابلة) الشرح (٧١/٤)، الكافي (٢٩/٢)، المحرر (٢٦٥/١)، المغني (٣٥/٤).

(٢) قال في المغني: (و ضمان المبيع على المشتري إذا قبضه فان تلف أو نقص أو حدث به عيب في مدة الخيار فهو من ضمانه لأنه ملكه وغلته له فكان من ضمانه كما بعد انقضاء الخيار ومغوثته عليه): المغني (٣٩/٤)، الشرح (٧١/٤)، الكافي (٣١/٢).

(٣) الكافي (٣١/٢).

كتاب البيع..... ٣٦٩

ومنها: لو باعت الزوجه الصداق قبل الدخول، بشرط الخيار، ثم طلقها الزوج. فإن قلنا بانتقال الملك عنه، ففي لزوم استردادها وجهان.

قلت: الأولى عدم لزوم استردادها.

وإن قلنا لم يزل عنها: استرده وجهًا واحدًا.

ومنها: لو باع أمة بشرط الخيار، ثم فسخ البيع، وجب على البائع الاستبراء على المذهب. وعلى الثانية: لا يلزمه. لبقاء الملك.

ومنها: لو اشترى أمة بشرط الخيار واستبرأها في مدته. فإن قلنا: الملك لم ينتقل إليه، لم يكفه ذلك الاستبراء. وإن قلنا بانتقاله. فقال في الهداية، والمغنى^(١)، وغيرهما: يكفى.

وذكر في الترغيب والمحرر^(٢) وجهين لعدم استقرار الملك.

ومنها: التصرف في مدة الخيار والوطء. ويأتیان في كلام المصنف قريباً.

فائدة: الحمل وقت العقد مبيع. على الصحيح من المذهب. جزم به المصنف والشارح، وغيرهما. وقدمه في الفروع وغيره.

قال في القواعد الفقهية: قال القاضي، وابن عقيل: إن قلنا للحمل حكم، فهو داخل في العقد، ويأخذ قسطاً من العوض. وإن قلنا: لا حكم له لم يأخذ قسطاً. وكان حكمه حكم النماء المنفصل. فلو ردت العين بعيب. فإن قلنا له حكم: رد مع الأصل، وإلا كان حكمه حكم النماء.

قال: وقياس المذهب: يقتضى أن حكمه حكم الأجزاء، لا حكم الولد المنفصل، فيجب رده مع العين. وأن لاحكم له، وهو أصح. انتهى.

وذكر في أول القاعدة الرابعة والثمانين: أن القاضي، وابن عقيل، وغيرهما قالوا: الصحيح من المذهب، أن له حكماً. انتهى.

وعنه: الحمل نماء. فترد الأم بعيب بالثمن كله. قطع به في الوسيلة، واقتصر عليه في الفروع.

فعلى المذهب: هل هو كأحد عينين، أو يبيع للأم لاحكم له؟ فيه روايتان.

(١) جزم به المغنى (لم تحل له حتى يستبرئها)، المغنى (٦٦/٤).

(٢) قال في المحرر: (وبكل حال يكون تصرفه وسومه ووطؤه إمضاء وفي استخدامه روايتان: (إحداهما لم يبطل خياره وهو المذهب) المحرر (٢٦٧/١).

٣٧٠..... كتاب البيع

ذكرهما في المنتخب في الصداق. وقد تقدم كلام ابن رجب.

وقال القاضى فى المجرّد، فى أثناء التفليس: وإن كانت حين البيع حاملا، ثم أفلس المشتري. فله الرجوع فيها وفى ولدها. لأنها إذا كانت حاملا حين البيع فقد باع عينين، وقد رجع فيهما.

قوله: ﴿فَمَا حَصَلَ مِنْ كَسْبٍ أَوْ نَمَاءٍ مُنْفَصِلٍ: فَهُوَ لَهُ، أَمْضِيَا الْعَقْدَ أَوْ فَسَخَاهُ﴾.

هذا مبنى على المذهب (١). وهو أنه ينتقل الملك إلى المشتري. وهذا المذهب. وعليه الأصحاب. وجزم به فى القواعد وغيرها. وقدمه فى الفروع. وعنه: إن فسخ أحدهما فالنماء المنفصل للبائع. وعنه: والكسب. وعلى الرواية الثانية: يكون للبائع.

وقيل: هما للمشتري إن ضمنه. وتقدم ذلك فى الفوائد.

وقال فى القاعدة الثانية والثمانين: لو فسخ البيع فى مدة الخيار، وكان له نماء متصل، فخرج فى المستوعب والتلخيص وجهين كالفسخ بالعيب.

وذكر القاضى فى خلافه، وابن عقيل فى عمده: أن الفسخ بالخيار فسخ للعقد من أصله. لأنه لم يرض فيه بلزوم البيع، بخلاف الفسخ بالعيب ونحوه. فعلى هذا: يرجع بالنماء المنفصل فى الخيار، بخلاف العيب. انتهى.

ويأتى فى خيار العيب: هل الحمل والطلع، أو الحب يصير زرعاً: زيادة متصلة، أو منفصلة؟

قوله: ﴿وَلَيْسَ لَوَاحِدٍ مِنْهُمَا التَّصَرُّفُ فِي الْمَبِيعِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ إِلَّا بِمَا يَحْصُلُ بِهِ تَجْزِئَةُ الْمَبِيعِ. وَإِنْ تَصَرَّفَا بِبَيْعٍ أَوْ هِبَةٍ وَنَحْوِهِمَا لَمْ يَنْفُذْ تَصَرُّفُهُمَا﴾.

اعلم أن تصرف المشتري والبائع فى مدة الخيار محرم عليهما، سواء كان الخيار لهما

(١) قال فى المغنى (وما يحصل من غلات المبيع ونمائه المنفصل فى مدة الخيار فهو للمشتري أمضا العقد أو فسخاه لقوله ﷺ: «الخراج بالضمان»). حديث صحيح وهو من ضمان المشتري فيجب أن يكون خراجه له ولأن الملك ينتقل بالبائع فيجب أن يكون نماءه له كما يعد انقضائه المغنى (٣٥/٤)، الشرح (٧١/٤)، الكافى (٢٩/٢)، المحرر (٢٦٥/١)، العدة (٢٢٩).

كتاب البيع..... ٣٧١

أو لأحدهما. أو لغيرهما. قاله كثير من الأصحاب^(١). وقطع به جماعة.

قال فى الفروع: وفى طريقة بعض الأصحاب: للمشتري التصرف. ويكون رضى منه بلزومه.

وقال فى القواعد: والمنصوص عن الإمام أحمد فى رواية أبى طالب: أن للمشتري التصرف فيه بالاستقلال على القول بأن الملك ينتقل إليه. وهو المذهب.

وعلى الرواية الثانية: يجوز التصرف للبائع وحده. لأنه مالك، وبملك الفسخ. انتهى.

فعلى الأول: إن تصرف المشتري فتارة يكون الخيار له وحده. وتارة يكون غير ذلك. فإن كان الخيار له وحده. فالصحيح من المذهب: نفوذ تصرفه.

قال فى الفروع: نفذ على الأصح. وجزم به فى الكافى^(٢)، والمغنى^(٣)، والمحزر^(٤)، والشرح^(٥)، والنظم، والحاويين، والفائق، والمنور، وغيرهم. وقدمه فى القواعد الفقهية. قال: ذكره أبو بكر، والقاضى، وغيرهما.

قال الزركشى: وقاله أبو الخطاب فى الانتصار.

وعنه: لا ينفذ تصرفه. وهو ظاهر كلام ابن أبى موسى، واحتمال فى التلخيص.

وإن لم يكن الخيار له وحده وتصرف. فالصحيح من المذهب: أنه لا ينفذ. قدمه فى

(١) قال فى الشرح: لأنه ليس بملك للبائع فيتصرف فيه ولا انقطعت عنه غلته فيتصرف فيه المشتري فأما تصرفه بما يحصل به تجربة المبيع كركوب الدابة لينظر سيرها والطحن على الرحى ليعلم قدر طحنها وحلب الشاة ليعلم قدر لبنها فيجوز لأن ذلك هو المقصود بالخيار وهو اختبار المبيع وإذا تصرف أحدهما فى مدة الخيار بالمبيع أو الهبة والوقت أو يستقله كالأجارة وغيرها لم يصح تصرفه لأن البائع تصرف فى غير ملكه والمشتري، الشرح الكبير (٧٢/٤)، الكافى (٢٩/٢)، المغنى (٤٣/٤)، المحزر (٢٦٥/١).

(٢) قال فى الكافى: (وإن كان الخيار للمشتري وحده صح لذلك وإذا أعتق المشتري العبد عتق لأنه عتق من مالك تام الملك جائز التصرف فنفذ كما بعد المدة) الكافى (٢٩/٢).

(٣) ذكره فى المغنى الحديث قال: (إلا أن يكون الخيار للمشتري وحده فينفذ تصرفه ويبطل خياره لأنه لا حق لغيره فيه وثبوت الخيار له لا يمنع تصرفه فيه كالمعيب) المغنى (٤٤/٤).

(٤) ذكره المحزر فقال: (أو يكون له الخيار وحده وبكل حال يكون تصرفه وسومه ووطؤه إمضاء) المحزر (٢٦٧/١).

(٥) قال فى الشرح: (إلا أن يكون الخيار للمشتري وحده فينفذ تصرفه ويبطل خياره لأنه لا حق لغيره فيه وثبوت الخيار له لا يمنع تصرفه فيه كالمعيب) الشرح (٧٢/٤).

٣٧٢..... كتاب البيع

المغنى^(١)، والشرح^(٢)، وصحاحه. وقدمه فى الفروع، والقواعد الفقهية.

وعنه: ينفذ تصرفه. وعنه: تصرفه موقوف. ذكرها ابن أبى موسى فمن بعده وجزم به فى القاعدة الثالثة والخمسين. فقال: تصرف المشتري فى مدة الخيار له وللبيع، المنصوص عن أحمد: أنه موقوف على إمضاء البيع. وكذلك ذكره أبو بكر فى التنبية. وهو ظاهر كلام القاضى فى خلافه. انتهى.

وقال بعض الأصحاب فى طريقته: وإذا قلنا بالملك قلنا بانتقال الثمن إلى البائع. قال فى الفروع: وقاله غيره.

تنبيه: محل هذا الخلاف: إذا كان تصرفه مع غير البائع. فأما إن تصرف مع البائع، فالصحيح: أنه ينفذ. جزم به فى المحرر^(٣)، والحاويين، والفائق، والمنور ومنتخب الأدمى وغيرهم.

وعنه: لا ينفذ. وهو ظاهر كلام المصنف هنا، وكثير من الأصحاب. وقدمه فى الرعاية. وأطلقهما فى الفروع، وقال: بناء على دلالة التصرف على الرضى. وللقاضى فى المجرى احتمالان.

وإن تصرف البائع لم ينفذ تصرفه، سواء كان الخيار له وحده أو لا. وهذا الصحيح من المذهب. وجزم به المصنف هنا، وصاحب الهداية، والمذهب، والخلاصة، والوجيز، وغيرهم. وقدمه فى المستوعب، والرعايتين، والحاويين، والفائق، والفروع، وقال: أطلقه جماعة. وهو من المفردات.

قال فى القاعدة الخامسة والخمسين: وأما نفوذ التصرف: فهو ممنوع على الأقوال كلها. صرح به الأكثرون من الأصحاب. لأنه لم يتقدمه ملك. انتهى.

وقيل: ينفذ، إن قيل: الملك له والخيار له. قال الناظم:

ومن أفردوه بالخيار يكن له التصرف يمضى منه دون تصدد

وقال المصنف، والشارح: ينفذ تصرف البائع، إن قلنا: إن البيع لا يتقل الملك. وكان الخيار لهما أو للبائع. وقطع به فى القواعد الفقهية.

(١) قدمه فى المغنى فقال: إحدى الروايتين لا يصح لأن فى صحته إسقاط حق البائع من الخيار. المغنى (٧٤/٤).

(٢) وأيضاً قدمه فى الشرح فقال: (إحدهما لا يصح لأن فى صحته إسقاط حق البائع من الخيار) الشرح الكبير (٧٢/٤).

(٣) جزم به فى المحرر (إلا أن يتصرف مع البائع) المحرر (٢٦٥/١).

كتاب البيع..... ٣٧٣

وذكر الحلواني في التبصرة: أن تصرفه ينفذ.

تنبيه: ومحل الخلاف في تصرفهما: إذا لم يحصل لأحدهما إذن من الآخر. أو تصرف المالك منهما بإذن الآخر، أو تصرف وكيلهما: صح على الصحيح من المذهب.

قال في الفروع: نفذ في الأصح فيهما. وجزم به في الحاويين. وقدمه في المغنى (١)، والشرح (٢).

وقيل: لا ينفذ. وهو احتمال في المغنى (٣)، والشرح (٤).

فائدة: لو أذن البائع للمشتري في التصرف. فتصرف بعد الإذن وقبل العلم. فهل ينفذ تصرفه؟ يخرج علي الوجه التي في الوكيل على ما يأتي وأولى. وجزم القاضى في خلافه بعدم النفوذ.

تنبيه: ظاهر قوله: «وَلَيْسَ لِوَأَحِدٍ مِنْهُمَا التَّصَرُّفُ فِي الْمَبِيعِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ».

أن للبائع التصرف في الثمن المعين، أو غيره، إذا قبضه. وهو ظاهر كلامه في المحرر (٥)، والشرح (٦)، وشرح ابن منجا، والفروع وغيره، لعدم ذكرهم للمسألة.

والذى قطع به فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والرعايتين، والحاويين، والعناية، وإدراك الغاية، وتجريد العناية، وجمع كثير: أنه يحرم التصرف فى الثمن كالمثمن، سواء قلنا فى المبيع ما قلنا فى الثمن أولا. ولم يحكوا فى ذلك خلافا. لكن ذكر فى الفروع - فى باب التصرف فى المبيع، بعد أن ذكر ما يمنع التصرف فيه، وما لا يمنع - فقال: والثمن الذى ليس فى الذمة كالمثمن، وإلا فله أخذ بدله

(١) قال فى المغنى: (إذا قلنا إن البيع لا ينقل الملك وكان الخيار لهما أو للبائع وحده فتصرف فيه البائع نفذ تصرفه وصح ملكه وله إبطال خيار غيره)، وإن تصرف بإذنها صح لأن ذلك يدل على تراضيهما بإمضاء البيع فينقطع به خيارهما. المغنى (٥٥/٤).

(٢) قال فى الشرح: (وإن تصرف البائع بإذن المشتري أو المشتري بإذن البائع صح التصرف وانقطع خيارهما كما لو تخارا وإنما يصح تصرفهما لأن قطع الخيار حصل بالإذن فى البيع فيقع بعد البيع انقطاع الخيار)، الشرح (٧٣/٤).

(٣) ذكر صاحب المغنى الاحتمال فقال: (ويحتمل ألا يصح لأن البائع لا يحتاج إلى إذن المشتري فى استرجاع المبيع فيصير كتصرفه بغير إذن المشتري) المغنى (٥٦/٤).

(٤) ذكره أيضا فى الشرح فقال: (ويحتمل أن يصح التصرف بإذن المشتري لأن البائع لا يحتاج إلى إذن المشتري فى استرجاع المبيع فيصير كتصرفه بغير إذن المشتري وهو لا يصح)، الشرح (٧٣/٤).

(٥) ذكره فى المحرر (وللبائع الثمن)، المحرر (٢٦٩/١).

(٦) الشرح الكبير (٧٧/٤).

٣٧٤..... كتاب البيع

لاستقراره. انتهى.

فقد تؤخذ هذه المسألة من عموم كلامه هناك.

ويأتى أيضا فيما إذا قال: لا أسلم المبيع حتى أقبض ثمنه. فى «فائدة: هل له المطالبة بالنقد إذا كان الخيار لهما، أو لأحدهما» فهى غير هذه المسألة التى هنا والله أعلم.

قوله: ﴿وَيَكُونُ تَصَرُّفَ الْبَائِعِ فَسْخَاً لِلْبَيْعِ ، وَتَصَرُّفُ الْمُشْتَرَى إِسْقَاطاً لِخِيَارِهِ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ﴾.

وهما روايتان فى المعنى (١)، والشرح (٢)، والفروع وغيرهم. ووجهان عند كثير من الأصحاب. وقدمه فى الرعاية الكبرى. وأطلقهما فى الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب فى غير الوطاء، والمستوعب، والخلاصة، والهادى، والتلخيص، والرعاية الكبرى، والحاوى الكبير، وغيرهم.

واعلم أنه إذا تصرف البائع فيه: لم يكن فسخاً. على الصحيح من المذهب. ونص عليه.

قال فى الفروع: ليس تصرف البائع فسخاً على الأصح.

قال فى القواعد الفقهية: وهى أصح. وجزم به أبو بكر، والقاضى فى خلافه، وصاحب المحرر (٣) فيه. وصححه فى التصحيح. وقدمه فى الفائق. وهو من مفردات المذهب.

(١) قال فى المعنى: (متى تصرف المشتري فى المبيع فى مدة الخيار تصرفا يختص الملك بطل خياره كإعتاق العبد وكتابته وبيعه. وفى رواية لا يبطل خياره)، المعنى (٤/١٤)، ثم ذكر: وإن تصرف البائع فى المبيع بما يقتضى إلى الملك كان فسخا للبيع. وعن أحمد رواية أخرى أنه لا يفسخ البيع لذلك لأن الملك انتقل عنه فلم يكن تصرفه فيه استرجاعا له كمن وجد ماله عند مفلس فتصرف فيه. المعنى (٤/٢٥).

(٢) ذكر الروايتين صاحب الشرح فقال: (إذا تصرف البائع فى المبيع بما يقتضى إلى الملك كان فسخا للبيع لأن تصرفه يدل على رغبته فى المبيع فكان فسخا للبيع كصريح القول - وعن أحمد رواية أخرى لا يفسخ البيع بذلك لأن الملك انتقل عنه فلم يكن تصرفه فيه استرجاعا له كمن وجد متاعا عند مفلس فتصرف فيه وإن تصرف المشتري فى المبيع فى مدة الخيار فهو رضا بالمبيع ويبطل به خياره لأن الخيار يبطل بالتصريح بالرضى وبدللاته ولذلك يبطل خيار المعتقة بتمكينها من نفسها وقال لها رسول الله ﷺ «إن وطلت فلا خيار لك». وفى وجه آخر أن تصرف المشتري لا يبطل خياره ولا يبطل إلا بالتصريح والأول أصح الشرح الكبير (٤/٧٣).

(٣) قال فى المحرر: (ومتى تصرف فيه البائع بعثق أو غيره لم ينفذ ولم يكن فسخا نص عليه) المحرر (١/٢٦٥).

كتاب البيع..... ٣٧٥

وعنه: يكون فسخاً. جزم به القاضى فى المجرى، والحلوانى فى الكفاية، وابن عبدوس فى تذكرته، وصاحب الوجيز وغيرهم. ورجحه ابن عقيل، والمصنف فى المغنى (١). وقدمه فى الشرح (٢)، والنظم، والرعاية الصغرى، والحاوى الصغير.

وقيل: تصرفه بالوطء فسخ. جزم به فى المذهب، ومسبوك الذهب، والكافى (٣).

قال فى القواعد: وممن [صرح أن الوطاء اختيار: القاضى] فى المجرى. وحكاه فى الخلاف عن أبى بكر. قال: ولم أجد فيه.

[وأما تصرف [المشتري ووطؤه، وتقيله، ولمسه بشهوة، وسومه، ونحو ذلك فهو إمضاء وإبطال لخياره. على الصحيح من المذهب. صححه المصنف، والشارح، والناظم، وصاحب التصحيح وغيرهم. وجزم به فى الوجيز، وتذكرة ابن عبدوس، وقدمه فى الفروع، والفائق، والرعاية الصغرى، والحاوى الصغير.

وعنه: لا يكون إمضاء. ولا يبطل خياره بشيء من ذلك. وهو وجه فى الشرح (٤) وغيره.

قال فى التلخيص: وعلى كلا الوجهين - فى تصرف البائع والمشتري - لا يصح تصرفهما، لأن فى طرفه: الفسخ لا بد من تقدمه على العقد. وفى طرف الرضى: يتمتع لتعلق حق الآخر.

قوله: ﴿وَإِنْ اسْتَخْدَمَ الْمَبِيعَ لَمْ يَبْطُلْ خِيَارُهُ فِي أَصْحَابِ الرَّوَاتِبِينَ﴾.

وفى نسخة «الوجهين» وعليهما شرح ابن منجا. وهو المذهب. وصححه فى النظم، وابن منجا فى شرحه، وتصحيح المحرر (٥). وقدمه فى الحاوى الكبير.

والرواية الثانية: يبطل خياره. قال فى الخلاصة، والحاوى الصغير: يبطل خياره على الأصح. وقدمه فى الهداية، والمستوعب، والتلخيص، والرعاية الصغرى. وجزم به فى المنور، والمتخب.

(١) قال فى المغنى: (وإن تصرف البائع فى المبيع بما يفتقر إلى الملك كان فسخاً للبيع لأنه أحد المتعاقدين فتصرفه فى المبيع اختيار له) المغنى (٢٥/٤).

(٢) ذكره صاحب الشرح وقدمه على الوجه الآخر. الشرح الكبير (٧٣/٤).

(٣) قال صاحب الكافى (وطء البائع فسخ للبيع لأنه دليل على الاسترجاع فأشبهه من أسلم على أكثر من أربع فوطئ إحداهن كان اختياراً لها) الكافى (٣٠/٢).

(٤) ذكره صاحب الشرح فى الوجه الآخر: (وإن تصرف المشتري لا يبطل خياره ولا يبطل إلا بالتصريح كما لو ركب الدابة ليختبرها) الشرح (٧٤/٤).

(٥) قال فى المحرر (وفى استخدامه روايتان: إحداهما لم يبطل خياره وهو المذهب) المحرر (٢٦٨/١).

قال فى الوجيز: وإن استخدم المبيع للاستعلام: لم يبطل خياره.
فدل كلامه أنه لو استخدمه لغير الاستعلام يبطل. وعبارة جماعة من الأصحاب كذلك. وأطلقهما فى المذهب، ومسبوك الذهب، والمحمر^(١)، والشرح^(٢)، والرعاية الكبرى، والفروع.

وذكر جماعة قولاً: إن استخدمه للتجربة بطل. وإلا فلا. منهم صاحب الرعاية، والفروع، والفتاوى، وغيرهم. وذكروه قولاً ثالثاً. وهو احتمال فى المغنى^(٣)، والشرح^(٤).

فظاهر كلامهم: أن الخلاف يشمل الاستخدام للتجربة. وهو بعيد.
قال فى الحاويين: وما كان على وجه التجربة للمبيع - كركوب الدابة لينظر سيرها، أو الطحن عليها، ليعلم قدر طحنها. أو استخدام الجارية فى الغسل والطبخ والخبز - لا يبطل الخيار رواية واحدة.

وقال فى الرعاية: وله تجربته واختباره بركوب وطحن وحلب وغيرها. وتقدم كلامه فى الوجيز.

قال فى المنور، ومتمخّب الأزجى: وتصرفه بكل حال رضى إلا لتجربة.
قال الشارح: فأما ما يستعلم به المبيع - كركوب الدابة ليختبر فراحتها، والطحن على الرحى ليعلم قدره ونحو ذلك - فلا يدل على الرضى. ولا يبطل به الخيار. انتهى.
قلت: الصواب أن الاستخدام للاختبار يستوى فيه الأدمى وغيره. ولا تشمله الرواية المطلقة [وقطع بما قلنا فى الكافى^(٥) وغيره].

ومنشأ هذا القول: أن حرباً نقل عن أحمد: أن الجارية إذا غسلت رأسه، أو غمزت رجله، أو طبخت له، أو خبزت: يبطل خياره.

-
- (١) ذكر الإطلاق صاحب المحرر: (وفى استخدامه روايتان) المحرر (١/٢٦٨).
(٢) قال فى الشرح: (وإن استخدم المبيع فيه روايتان لا يبطل خياره، وفى رواية يبطل خياره لأنه انتفاع بالمبيع أشبه لمسها بشهوة) الشرح (٤/٧٤).
(٣) ذكره صاحب المغنى رواية عن أحمد فقال: (أنه يبطل خياره لأنه انتفاع بالمبيع أشبه لمسها بشهوة) المغنى (٤/٢١).
(٤) ذكر صاحب الشرح نفس الرواية عن أحمد ونفس الاحتمال. الشرح الكبير (٤/٧٤).
(٥) قال صاحب الكافى: (ووطء المشتري رضى بالمبيع وإبطال خياره لذلك، وسائر التصرفات المختصة بالملك كالتعلق والكتابة والبيع والوقف والهبة والمباشرة واللمس بشهوة إن وجد من المشتري بطل خياره لأنه يبطل بالتصريح بالرضى فبطل بدلالته كخيار المعتقة) الكافى (٢/٣٠).

كتاب البيع..... ٣٧٧

فقال المصنف، والشارح: يمكن أن يقال: ما قصد به من استخدام أن تجربة المبيع لا يبطل الخيار. كركوب الدابة ليعلم سيرها. ومالا يقصد به ذلك يبطل الخيار. كركوب الدابة لحاجته. انتهى.

قوله: ﴿وَكَذَلِكَ إِنْ قَبَلْتَهُ الْجَارِيَةَ وَلَمْ يَمْنَعَهَا: لَمْ يَبْطُلِ الْخِيَارُ﴾.

هذا المذهب، نص عليه. وسواء كان بشهوة أو غيرها.

وقال أبو الخطاب ومن تبعه: ويحتمل أن يبطل إن لم يمنعها. وقدم هذه الطريقة فى الفروع. وحزم بها فى المغنى^(١)، والشرح^(٢)، والفائق، وغيرهم.

وقيل: محل الخلاف فيما إذا كان لشهوة. أما إذا كان لغير شهوة: لم يبطل قولاً واحداً. وحزم به فى الحاويين وغيرهما. وقال: نص عليه.

وحمل ابن منجا كلام المصنف عليه. وقدمه فى الرعاية الصغرى.

قوله: ﴿وَإِنْ أَعْتَقَهُ الْمُشْتَرَى: نَفَذَ عِتْقُهُ. وَبَطَلَ خِيَارَهُمَا ، وَكَذَلِكَ إِذَا تَلَفَ

المبيع﴾.

إذا أعتق المشتري العبد المبيع: نفذ عتقه. وهذا مبنى على أن المبيع ينتقل إلى

المشتري فى مدة الخيار. وهو المذهب كما تقدم. فيصح عتقه. وهو من المفردات.

ويبطل خيارهما، على الصحيح من المذهب. اختاره الخرقى، وأبو بكر. وقدمه

فى المحرر^(٣)، والشرح^(٤)، والفروع، والفائق، والرعاية.

وعنه: لا يبطل خيار البائع. وله الفسخ والرجوع بالقيمة يوم العتق. وقدمه فى

الكافى^(٥). وأطلقهما فى الهادى، والتلخيص، والمستوعب، والحاوى.

(١) ذكرها فى المغنى وقال: أبو الخطاب يحتمل أن يبطل خياره إذا لم يمنعها لأن إقراره لها على ذلك يجرى بجرى استمتاعه بها) المغنى (٢٢/٤).

(٢) ذكر صاحب الشرح الاحتمال فقال: (ويحتمل ان يبطل اذا لم يمنعها لأن إقراره لها على ذلك يجرى بجرى استمتاعه بها) الشرح (٧٤/٤).

(٣) قال فى المحرر: (وأما المشتري فلا ينفذ تصرفه إلا بالعتق) المحرر (٢٦٥/١).

(٤) ذكره صاحب الشرح فقال: (إذا تصرف احد المتعاقدين بعتق المبيع فى مدة الخيار نفذ عتق من حكمتا له بالملك وظاهر المذهب أن الملك للمشتري فقد عتقه سواء كان الخيار لهما أو لاحدهما لانه عتق من مالك جائز التصرف فنفذ كما بعد المدة) الشرح (٧٤/٤).

(٥) ذكره صاحب الكافى: (وإن أعتق المشتري الجارية أو استولدها أو أتلف المبيع أو تلف فى يده لم يبطل خيار البائع لانه لم يوجد منه رضى بإبطاله وله ان يفسخ ويرجع ببدل المبيع وهو مثله إن كان مثليا، ولا القيمة يوم أتلفه). الكافى (٣١/٢).

٣٧٨ كتاب البيع

فائدة: على القول بأن الملك لا ينتقل عن البائع لو أعتقه: ينفذ عتقه كالمشتري وأما إذا تلف المبيع في مدة الخيار، فلا يخلو: إما أن يكون قبل قبضة أو بعده. فإن كان قبل قبضه - وكان مكيلاً، أو موزوناً، أو معدوداً، أو مذروعاً - انفسخ البيع على ما يأتي آخر الباب. وكان من ضمان البائع، إلا أن يتلفه المشتري. فيكون من ضمانه، ويبطل خياره. وفي خيار البائع الروايتان.

وإن كان المبيع غير ذلك ولم يمنع البائع المشتري من قبضه. فالصحيح من المذهب: أنه من ضمان المشتري على ما يأتي.

وإن كان تلفه بعد قبضه في مدة الخيار: فهو من ضمان المشتري. وهى مسألة المصنف. ويبطل خياره، على الصحيح من المذهب.

قال فى الفروع: يبطل خيار المشتري فى الأشهر. وجزم به المغنى^(١)، والشرح^(٢)، وغيرهما.

وقيل: لا يبطل خياره. وهذه طريقة المصنف، والشارح، وصاحب الفروع، وغيرهم.

وأما خيار البائع: فيبطل، على الصحيح من المذهب. اختاره الخرقى، وأبو بكر، وغيرهما. وقدمه فى المحرر^(٣)، والفائق، والنظم. وجزم به فى المنور، ومنتخب الأدمى. وعنه: لا يبطل خيار البائع، وله الفسخ والرجوع بالقيمة، أو مثله إن كان مثلياً. اختارها القاضى، وابن عقيل. وحكاه فى موضع من الفصول عن الأصحاب. وقدمها فى الكافى^(٤)، والرعايتين، والحاوى الصغير، والخلاصة. وهذا المذهب على ما اصطالحناه فى الخطبة. وأطلقهما فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والمغنى^(٥)، والهادى، والفروع، والحاوى الكبير، والزر كشى.

تنبيه: قوله: ﴿وَالرُّجُوعُ بِالْقِيَمَةِ﴾.

تكون القيمة وقت التلف. على الصحيح من المذهب. وقدمه فى الفروع،

(١) المغنى (٣٩/٤).

(٢) قال فى الشرح: (وأما إن تلف المبيع بعد القبض فى مدة الخيار فهو من ضمان المشتري ويبطل خياره) الشرح (٧٥/٤).

(٣) قال فى المحرر (وللبائع الثمن) المحرر (٢٦٩/١).

(٤) الكافى (٣١/٢).

(٥) قال فى المغنى: (ومتى بطل خيار المشتري بتصرفه فخيار البائع باق بحالة لأن خياره لا يبطل برضا غيره) المغنى (٢٤/٤).

والرعاية. وقيل: وقت القبض.

وأصل الوجهين: انتقال الملك. قاله فى التلخيص، والفروع.

فائدة جلية

لو انفسخ البيع بعد قبضه بعيب، أو خيار، أو انتهت مدة العين المستأجرة. أو أقبضها الصداق وطلقها قبل الدخول. ففي ضمانه على من هو فى يده أو وجه.

أحدها: حكم ضمانه بعد زوال العقد حكم ضمان المالك الأول قبل التسليم. إن كان مضمونا عليه كان مضمونا له. وإلا فلا. وهى طريقة أبى الخطاب، والمصنف فى الكافى (١) فى آخرين.

فعلى هذا: إن كان عوضا فى بيع، أو نكاح، وكان متميزاً: لم يضمن. على الصحيح. وإن كان غير متميز: ضمن. وإن كان فى إجارة: ضمن بكل حال.

الثانى: إن كان انتهاء العقد بسبب يستقل به من هو فى يده - كفسخ المشتري أو شارك فيه الآخر. كالفسخ منهما -: فهو ضامن له. وإن استقل به الآخر كفسخ البائع وطلاق الزوج. فلا ضمان. لأنه حصل فى يد هذا بغير سبب ولا عدوان. وهذا ظاهر ما ذكره فى المغنى فى مسألة الصداق. وعلى هذا يتوجه ضمان العين المستأجرة بعد انتهاء المدة.

الثالث: حكم الضمان بعد الفسخ حكم ما قبله. فإن كان مضمونا فهى مضمون. وإلا فلا يكون البيع بعد فسخه مضموناً. لأنه كان مضمونا على المشتري بحكم العقد، ولا يزول الضمان بالفسخ. صرح بذلك القاضى فى خلافه.

ومقتضى هذا: ضمان الصداق [على المرأة] وهو ظاهر كلام المجد، وأنه لا ضمان فى الإجارة على الراد. وصرح به القاضى وغيره، حتى قال القاضى، وأبو الخطاب: لو عجل أجرتها، ثم انفسخت قبل انتهاء المدة: فله حبسها حتى يستوفى الأجرة، ولا يكون ضامناً.

الرابع: لا ضمان فى الجميع، ويكون المبيع بعد فسخه أمانة محضة. صرح به أبو الخطاب فى انتصاره. واختاره القاضى فى الجرد، وابن عقيل فى الصداق بعد الطلاق.

الخامس: الفرق بين أن ينتهى العقد، أو يطلق الزوج، وبين أن يفسخ العقد. ففي

(١) الكافى (٣١/٢).

٣٨٠ كتاب البيع
الأول: يكون أمانة محضة. لأن حكم الملك ارتفع وعاد ملكا للأول. وفي الفسخ
يكون مضمونا.

ومن صرح بذلك: الأزجى فى نهايته، وصاحب التلخيص. وهو ظاهر كلام ابن
عقيل فى مسائل الرد بالعيب. وصرح بأنه يضمن نقصه فيما قبل الفسخ وبعده
بالقيمة لارتفاع العقد. ذكر ذلك فى القاعدة الثالثة والأربعين.

قوله: ﴿وَحُكْمُ الْوَقْفِ حُكْمُ الْبَيْعِ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ﴾.

وهذا المذهب. صححه فى التصحيح، والكافى (١)، والمغنى (٢)، والشرح (٣)،
والزرکشى وغيرهم. وجزم به فى الوجيز، وغيره. وقدمه فى الفروع وغيره.

وفى الآخر: حكم العتق. صححه فى النظم. وقدمه فى الرعايتين، وإدراك الغاية.
وأطلقهما فى المستوعب، والتلخيص، والحاوین، والفائق.

قوله: ﴿وَإِنْ وَطِئَ الْمُشْتَرِي الْجَارِيَةَ فَأَحْبَلَهَا: صَارَتْ أُمٌ وَلَدِهِ. وَوَلَدُهُ حُرٌّ ثَابِتُ

النَّسَبِ﴾.

هذا مبنى على أن الملك ينتقل إليه فى مدة الخيار. وهو المذهب.

وأما إذا قلنا لا ينتقل إليه. ففيه الخلاف الآتى فى البائع. قاله فى القواعد الفقهية.

وقال المصنف والشارح. وإن قلنا: إن الملك لا ينتقل إليه: لا حدَّ عليه أيضا.

وعليه المهر. وقيمة الولد، وإن علم التحريم، وأن ملكه غير ثابت. فولده رقيق.

قوله: ﴿وَإِنْ وَطِئَهَا الْبَائِعُ فَكَذَلِكَ، إِنْ قُلْنَا الْبَيْعُ يَنْفَسِخُ بِوَطِئِهِ﴾.

وتقدم: هل يكون تصرف البائع فسخا للبيع؟ وأن الصحيح (٤) يكون فسخا.

وقوله: ﴿وَإِنْ قُلْنَا لَا يَنْفَسِخُ، فَعَلَيْهِ الْمَهْرُ وَوَلَدُهُ رَقِيقٌ﴾.

قد تقدم: أن المذهب (٥) لا يفسخ العقد بتصرفه.

(١) ذكر صاحب الكافى الوجهين فقال: (أحدهما هو كالعتق لأنه تصرف يطل الشفعة والصحيح أنه لا

ينفذ لأنه لا يبنى على التغلب ولا يسرى إلى ملك الغير أشبه البيع) الكافى (٢٩/٢).

(٢) المغنى (٥١/٤).

(٣) ذكره صاحب الشرح. وصحح أن حكمه حكم البيع لأن المبيع يتعلق به حتى البائع فقلنا يمنع جواز

التصرف فمنع صحة الوقف كالرهن وبفارق الوقف العتق لأنه مبنى على التغلب والسراية بخلاف

الوقف) الشرح (٧٦/٤).

(٤) ذكر فى الكافى (وطء البائع فسخ للبيع لأنه دليل على الاسترجاع). الكافى (٣٠/٢)، المغنى

(٢٥/٤)، الشرح (٧٦/٤).

(٥) الشرح (٧٦/٤)، الكافى (٣٠/٢)، المغنى (٦٥/٤).

وقوله: ﴿إِلَّا إِذَا قُلْنَا الْمَلِكُ لَهُ﴾.

وتقدم: أن المذهب لا يكون الملك له في مدة الخيار.

قوله: ﴿وَلَا حَدٌّ فِيهِ عَلَى كُلِّ حَالٍ﴾.

هذا اختيار المصنف^(١)، والشارح، والمجد في محرره، والناظم، وصاحب الحاوى، وصححوه في كتاب الحدود. وقدمه في الرعايتين، والفروع هناك. وإليه ميل ابن عقيل. وحكاه بعض الأصحاب رواية عن الإمام أحمد.

قلت: وهو الصواب.

فعلى هذا: يكون ولده حراً ثابت النسب، ولا يلزمه قيمة، ولا مهر عليه. وتصير أم ولد له.

وقال أصحابنا: عليه الحد إذا علم زوال ملكه، وأن البيع لا يفسخ بالوطء. وهو المنصوص. وهو المذهب. وهو من مفرداته [ويأتى ذلك فى حد الزنا أيضا].

قوله: ﴿إِذَا عَلِمَ أَنَّ الْبَيْعَ لَا يَنْفَسَخُ﴾.

هكذا قيده بعض الأصحاب. وقالوا: إن اعتقد أن البيع يفسخ بوطئه فلا حد عليه. لأن تمام الوطاء قد وقع فى ملكه، فتمكنت الشبهة.

وقال أكثر الأصحاب: عليه الحد إذا كان عالماً بالتحريم، وهو المنصوص عن أحمد فى رواية مهنا. وهو اختيار أبى بكر، وابن حامد، والأكثرين. قاله فى القواعد الفقهية.

ومحل وجوب الحد أيضا عند الأصحاب: إذا كان عالماً بتحريم الوطاء. أما إذا كان جاهلاً بتحريمه: فلا حد عليه، كما سيأتى فى شروط الزنا.

فعلى قول الأصحاب: إن علم التحريم فولده رقيق لا يلحقه نسبه، وإن لم يعلم لحقه النسب. وولده حر. وعليه قيمته يوم ولادته. وعليه المهر. ولا تصير أم ولد له.

قوله: ﴿وَمَنْ مَاتَ مِنْهُمَا بَطْلَ خِيَارُهُ، وَلَمْ يُورَثْ﴾.

هذا المذهب^(٢). وعليه جماهير الأصحاب. وجزم به كثير منهم.

(١) قال فى الشرح: (ولا حد مع واحدة من هذه الشبهات فكيف إذا اجتمعت مع أنه يتحمل أن يحصل

الفسخ بالملازمة نفسه قبل الوطاء) الشرح (٧٦/٤)، المغنى (٦٧/٤)، الكافى (٢٩/٢).

(٢) ذكره صاحب الكافى فقال: (وإن مات أحد المتبايعين بطل خياره ولم يثبت لورثته لأنه حق نسخ لا

يُجوز الاعتياض عنه فلم يورث كخيار الرجوع فى الهبة) الكافى (٣١/٢)، المغنى (٦٩/٤)، الشرح

(٧٧/٤)، المحرر (٢٧٦/١).

٢٨٢ كتاب البيع

ويتخرج أن يورث كالأجل وخيار الرد بالعيب. وهو لأبي الخطاب. وذكره في عيون المسائل في مسألة حل الدين بالموت رواية.

تنبيه: مراده من قوله «و لم يورث» إذا لم يطالب الميت. فأما إن طالب في حياته فإنه يورث. نص عليه. وعليه الأصحاب.

فائدة: خيار المجلس لا يورث. على الصحيح من المذهب. نص عليه.

وقيل: كالشرط. وفي خيار صاحبه وجهان. وأطلقهما في الفروع. قال في الرعاية: وخيار المجلس يحتمل وجهين.

أحدهما: يبطل. وهو الصحيح. قدمه في المغنى^(١)، وشرح ابن رزين. والوجه الثاني: لا يبطل. وهو احتمال في المغنى^(٢).

فائدة: حد القذف لا يورث إلا بمطالبة الميت في حياته، كخيار الشرط. على الصحيح من المذهب. ونص عليه. وعليه الأصحاب.

وفي الإنتصار رواية: لا يورث حد قذف ولو طلبه مقذوف، كحد زنا. ويأتى كلام المصنف في باب القذف. ويأتى: هل تورث المطالبة بالشفعة؟ في كلام المصنف في آخر الفصل الخامس من باب الشفعة.

وتقدم: إذا علق عتق عبده على بيعه في الباب قبله في الشروط الفاسدة.

قوله: ﴿الثَّالِثُ: خِيَارُ الْغَنِّ. وَيَثْبُتُ فِي ثَلَاثِ صُورٍ. أَحَدُهَا: إِذَا تَلَّقَى الرُّكْبَانَ، فَاشْتَرَى مِنْهُمْ، أَوْ بَاعَ لَهُمْ. فَلَهُمُ الْخِيَارُ إِذَا هَبَطُوا السُّوقَ وَعَلِمُوا أَنَّهُمْ قَدْ غُبُوا﴾.

أعلمنا المصنف - رحمه الله - هنا أنه إذا تلقى الركبان، واشترى منهم وباع لهم: أن البيع صحيح. وهو المذهب^(٣)، وعليه جماهير الأصحاب. ونص عليه.

(١) ذكر صاحب المغنى (أن خيار الآخر منهما يبطل) المغنى (٤/٦٩).

(٢) ذكر صاحب المغنى الاحتمال فقال: (ويتخرج أن الخيار لا يبطل وينتقل إلى ورثته لأنه حق مالى فينتقل إلى الوارث كالأجل وخيار الرد بالغيب ولأنه حق فسخ للبيع فينتقل إلى الوارث بالعيب والفسخ) المغنى (٤/٧٠).

(٣) ذكره صاحب الشرح بقوله: (لأن له الركبان إذا وصلوا باعوا أمتعتهم والذين يتلقونهم لا يبيعونها سريعا ويتربصون بها السعة فهو في معنى بيع الحاضر للبادى فمنهى النبي ﷺ عن ذلك فروى ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ: «لا تلقوا الركبان ولا يبيع حاضر لباد» الشرح (٤/٧٧)، المحرر (١/٣٢٩)، المغنى (٤/٩٠).

كتاب البيع..... ٢٨٣

وعنه: أنه باطل. اختاره أبو بكر.

فعلى المذهب: يثبت لهم الخيار بشرطه، سواء قصد تلقيهم أو لم يقصده. وهو الصحيح من المذهب. نص عليه، وعليه أكثر الأصحاب.

وقيل: لا خيار لهم إلا إذا قصد تلقيهم. وهو احتمال فى المغنى^(١)، والشرح^(٢).

قوله: ﴿وَعَلِمُوا أَنَّهُمْ قَدْ غَبِنُوا﴾.

هذا المذهب. وعليه الأصحاب. وعنه: لهم الخيار، وإن لم يغبنوا.

قوله: ﴿غَبْنًا يَخْرُجُ عَنِ الْعَادَةِ﴾.

يرجع الغبن إلى العرف والعادة. على الصحيح من المذهب^(٣). نص عليه. وعليه جماهير الأصحاب.

وقيل: يقدر الغبن بالثلث. اختاره أبو بكر، وجزم به فى الإرشاد.

قال فى المستوعب: والمنصوص أن الغبن المثبت للفسخ مالا يتغابن الناس بمثله. وحده أصحابنا بقدر ثلث قيمة المبيع. انتهى.

وقيل: بقدر بالسلس.

وقيل: بقدر بالربع. ذكره ابن رزين فى نهايته.

وظاهر كلام الخرقي: أن الخيار يثبت بمجرد الغبن وإن قل. قاله الشارح، وغيره. وهو ظاهر ما قدمه فى المستوعب.

وقد قال أبو يعلى الصغير فى موضع من كلامه: له الفسخ بغبن يسير، كدرهم فى عشرة بالشرط. ويأتى ذلك بعد تعدد العيوب.

قوله: الثانية: ﴿فِي النَّجْشِ. وَهُوَ أَنْ يَزِيدَ فِي السُّلْعَةِ مَنْ لَا يُرِيدُ شِرَاءَهَا لِيُضْرَّ

المشترى﴾.

(١) قال فى المغنى: (فإن خرج لغير قصد التلقى فلقى ركبا يحتمل ألا يحرم عليه أن يبيع أو يشتري منهم لأنه لم يقصد التلقى فلم يتناوله النهى) المغنى (٢٨٣/٤).

(٢) ذكر صاحب الشرح نفس التعليل السابق فى المغنى الشرح الكبير (٧٨/٤).

(٣) قال صاحب الشرح: (قال ولهم الخيار إذا غبنهم عينا يخرج عن العادة والحديث ولا تلقوا الركبان ولأن النهى عنه لما فيه من خديعتهم وغبنهم). الشرح الكبير (٧٨/٤)، المحرر (٣٢٩/١)، المغنى (٢٨٢/٤).

٣٨٤ كتاب البيع

أفادنا المصنف - رحمه الله - أن يبيع النجش صحيح، وهو المذهب^(١)، وعليه جماهير الأصحاب.

وعنه: يبطل. اختاره أبو بكر. قاله المصنف.

وقال في التنبيه: لا يجوز النجش.

وعنه: يقع لازماً. فلا فسخ من غير رضا. ذكره في الانتصار في البيع الفاسد هل ينقل الملك؟.

فعلى المذهب: يثبت للمشتري الخيار بشرطه، وسواء كان ذلك بمواطأة من البائع أولاً. وهو المذهب. وعليه جماهير الأصحاب.

وقيل: لا خيار له إلا إذا كان بمواطأة من البائع.

فائدتان

إحدهما: لو نجش البائع، فزاد أو واطأ. فهل يبطل البيع، وإن لم يبطله في الأولى؟ فيه وجهان. وأطلقهما في الفروع، والفائق.

أحدهما: لا يبطل البيع، وهو الصحيح. وهو ظاهر كلام أكثر الأصحاب. وهو كالصريح في كلام المصنف، والشارح. وقدمه الزركشى. وقال: هذا المشهور.

والوجه الثاني: يبطل البيع. قاله في الرعايتين. والحاويين.

وعنه: لا يصح بيع النجش، كما لو زاد فيه البائع أو واطأ عليه.

قال في الرعاية الكبرى: أو زاد زيد بإذنه في أصح الوجهين. وقدمه في المحرر^(٢). وجزم به في المنور، وتذكرة ابن عبدوس.

الثانية: لو أخبر أنه اشتراها بكذا وكان زائدا عما اشتراها به: لم يبطل البيع وكان له الخيار. على الصحيح من المذهب.

وقال في الإيضاح: يبطل مع علمه.

(١) ذكره في المغنى فقال: (النجش أن يزيد في السلعة من لا يريد شراءها ليقتردى به المستام فيظن أنه لم يزد فيها هذا قدر إلا وهي تساويه فيغتر بذلك فهذا حرام وخداع وعن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال «لا تلقوا الركبان ولا يبيع بعضكم على بيع بعض ولا تناجشوا ولا يبيع حاضر لباد» متفق عليه فإن اشترى مع النجش فالشراء صحيح والنهي عاد على الناجش لا إلى العقد فلم يؤثر في البيع ولأن النهي في حق الأولى فلم يفسد العقد. المغنى (٢٧٨/٤)، الشرح (٧٩/٤)، المحرر (٣٢٩/١)، العمدة (٢١٨).

(٢) قال في المحرر: (فإن نجش البائع وواطأ عليه بطل البيع) المحرر (٣٢٩/١).

كتاب البيع ٣٨٥

تنبيه: قال فى الفروع: وقولهم فى النجش «ليغر المشتري» لم يحتجوا لتوقف الخيار عليه. وقال: وفيه نظر.

وأطلقوا الخيار فيما إذا أخيراً بأكثر من الثمن.

لكن قال بعضهم: لأنه فى معنى النجش. فيكون القيد مراداً. وشبه ما إذا خرج ولم يقصد التلقى. وسبق أن المنصوص الخيار. انتهى.

قلت: قال فى الرعاية: ويحرم أن يزيد فى سلعة من لا يريد شراءها. وقيل: بل ليغر مشتريها الغر بها.

[وقال ابن منجا فى شرحه: وزاد المصنف أن يكون الذى زاد معروفًا بالخذق ولا بد منه. انتهى. ولم نره لغيره].

وقال الزركشى: وزاد بعض أصحابنا فى تفسيره، فقال «ليغر المشتري» وهو حسن. انتهى.

فائدة: قال الزركشى، وغيره: حكم زيادة المالك فى الثمن - كأن يقول: أعطيت فى هذه السلعة كذا، وهو كاذب - حكم نجشه. انتهى.

قوله: ﴿الثَّالِثَةُ: الْمُسْتَرَسِلُ﴾.

يثبت للمسترسل الخيار إذا غبن على الصحيح من المذهب^(١)، وعليه الأصحاب. وهو من المفردات. وعنه: لا يثبت.

فوائد

الأولى «المسترسل» هو الذى لا يحسن أن يماكس. قاله الإمام أحمد. وفى لفظ عنه «هو الذى لا يماكس».

قال المصنف، والشارح: هو الجاهل بقيمة السلعة، ولا يحسن المبايعه.

قال فى التلخيص، والنظم وغيرهما: هو الذى لا يعرف سعر ما باعه أو اشتراه.

فصرحاً أن «المسترسل» يتناول البائع والمشتري، وأنه الجاهل بالبيع. كما قاله الإمام أحمد.

وقال فى الرعاية الكبرى: هو الجاهل بقيمة المبيع، بائعاً كان أو مشترياً، وقال فى الفروع - فى باب خيار التديس، فى حكم مسألة، كما لم يفرقوا فى الغبن بين

(١) ذكر فى الشرح (لأنه غبن حصل لجهله بالمبيع فأثبت الخيار كالغبن فى تلقى الركبان) الشرح (٧٩/٤)، المغنى (٩١/٤)، المحرر (٣٢٩/١).

٣٨٦ كتاب البيع
 البائع والمشتري - : فتلخص أن المسترسل هو الجاهل بالقيمة، سواء كان بائعا أو
 مشتريا^(١).

قال في المذهب: لو جهل الغبن فيما اشتراه لعجلته. وهو لا يجهل القيمة: ثبت^(٢)
 له الخيار أيضا. وجزم به في النظم.

وقال في الرعاية الكبرى: لو عجل في العقد فغبن فلا خيار له. انتهى.
 وعنه: يثبت أيضا لمسترسل إلى البائع لم يماكسه. اختاره الشيخ تقي الدين وذكره
 في المذهب.

وقال في الانتصار: له الفسخ ما لم يعلم أنه غال، وأنه مغبون فيه. انتهى.

الثانية: قال المجد في شرحه: يثبت خيار الغبن إلى المسترسل في الإجارة كما في
 البيع، إلا أنه إذا فسخ وقد مضى بعض المدة: يرجع عليه بأجرة المثل للمدة، لا
 بقسطه من المسمى. لأنه لو رجع عليه بذلك لم يستدرك [ظلامة الغبن. فارق ما لو
 ظهر على عيب في الإجارة ففسخ. فإنه يرجع عليه بقسطه من المسمى، لأنه
 يستدرك] ظلامته بذلك، لأنه يرجع بقسطه منها معينا. فيرتفع عنه الضرر بذلك.

قال المجد: نقلته من خط القاضي على ظهر الجزء الثلاثين من تعليقه.

الثالثة: الغبن محرم. نص عليه. ذكره أبو يعلى الصغير. وقدمه في الفروع. وجزم
 به في الفنون. وقال: إن أحمد قال أكرهه.

وقال في الرعاية [الكبرى]: يكره تلقى الركبان. وقيل: يحرم. وهو أولى. انتهى.

الرابعة: هل غبن أحدهما في مهر مثله كبيع أو لا فسخ؟ فيه احتمالان في
 التعليق للقاضي، والإنتصار لأبي الخطاب. وفي عيون المسائل منع وتسليم.

ثم فرق، وقال: ولهذا لا يرد الصداق عندهم. وفي وجه لنا: بعيب يسير ويرد
 المبيع بذلك.

قلت: الصواب أنه لا يفسخ. بل يقع العقد لازما.

ويأتي قريب من ذلك في أواخر باب الشروط في النكاح، وباب العيوب في النكاح.

(١) عرف صاحب المغنى المسترسل بأنك (هو الجاهل بقيمة السلعة ولا يحسن المبيعة) المغنى (٩١/٤)
 وكذلك المحرر (وهو الجاهل بقيمة المبيع)، المحرر (٣٢٩/١). قاله أيضا في الشرح (والمسترسل هو
 الجاهل بقيمة السلعة ولا يحسن المبيعة) الشرح (٧٩/٤).

(٢) لم يثبت له صاحب الشرح الخيار (لأنه انبنى على تفريطه وتقصيره) الشرح (٧٩/٤)، وكذلك
 صاحب المغنى لم يثبت له الخيار لنفس السبب المغنى (٩١/٤).

كتاب البيع..... ٣٨٧

الخامسة: يحرم تغيير مشتر، بأن يسومه كثيراً ليندل قريباً منه. ذكره الشيخ تقي الدين. واقتصر عليه في الفروع. وهو الصواب.

قال الشيخ تقي الدين: وإن دلس مستأجر على مؤجر وغيره حتى استأجره بدون القيمة فله أجرة المثل.

وفى مفردات ابن عقيل فى المسألة [الأولى] كقوله، وأنه كالغش والتدليس سواء. ثم سلم أنه لا يحرم.

السادسة: لو قال عند البيع «لا خلابة» فالصحيح من المذهب (١): أن له الخيار إذا خلبه. قدمه فى الفروع. وقال المصنف وغيره: لا خيار له.

قوله: ﴿الرَّابِعُ: خِيَارُ التَّنْدِيلِ بِمَا يَزِيدُ بِهِ الثَّمَنُ. كَتَصْرِيفِ اللَّبَنِ فِي الضَّرْعِ، وَتَحْمِيرِ وَجْهِ الْجَارِيَةِ، وَتَسْوِيدِ شَعْرِهَا وَتَجْعِيدِهِ، وَجَمْعِ مَاءِ الرَّحَى وَإِرْسَالِهِ عِنْدَ عَرْضِهَا﴾.

قال فى الرعاية: وكذا تحسين وجه الصيرة ونحوها. وتصنيع النساج وجه الثوب، وصقال الإسكاف وجه المتاع ونحوه. فهذا يثبت للمشتري خيار الرد بلا نزاع. وظاهره: أنه لو حصل ذلك من غير قصد التدليس لا خيار له. وهو أحد الوجهين. وهو احتمال فى المغنى (٢)، والشرح (٣)، ومالا إليه.

الوجه الثانى: يثبت بذلك أيضاً. اختاره القاضى، واقتصر عليه فى الفائق [وجزم به فى الكافى] (٤) وقدمه فى الرعاية الكبرى، وشرح ابن رزين. وذكر من صور المسألة: تحمير الوجه من الخجل أو التعب. وأطلقهما فى الفروع.

[وقيل: لا يثبت إلا بجمرة الخجل والتعب ونحوهما. وهو أولى من الأول ومال إليه المصنف، والشارح].

(١) ذكره صاحب الشرح فقال: قال أحمد أرى ذلك جائزاً وله الخيار إن كان خلبه وإن لم يكن خلبه فليس له خيار وذلك لان رجلاً ذكر للنبي ﷺ أنه يخذع فى البيع فقال «إذا بايعت فقل لا خلابة» الشرح (٦٩/٤).

(٢) ذكرها صاحب المغنى كما فى الشرح فى النقطة القادمة، المغنى (٢٣٣/٢).

(٣) قال فى الشرح: لأن مفهوم من قوله (والتصريف حرام إذا أريد بها التدليس على المشتري لقوله ﷺ «لا تصروا الإبل» وقوله «من غشنا فليس منا». الشرح (٨٠/٤).

(٤) قال فى الكافى: (فإن حصل ذلك بغير قصد كاجتماع اللين فى الضرع بغير تصريف واحمرار وجه الجارية لخجل فهو كالتدليس لان الخيار يثبت لدفع الضرر عن المشتري، فلم يختلف بالقصد وعدمه كالمهبة) الكافى (٤٨/٢).

٣٨٨ كتاب البيع

فائدة: لو سود كف العبد، أو ثوبه، ليظن أنه كاتب، أو حداد، أو علف الشاة، أو غيرها. ليظن أنها حامل: لم يثبت للمشتري بذلك خيار. على الصحيح من المذهب. وقيل: يثبت.

قوله: ﴿وَيُرَدُّ مَعَ الْمَصْرَاةِ - عِوَضَ اللَّبَنِ - صَاعًا مِنْ تَمْرٍ﴾.

يتعين التمر في الرد بشرطه. ولو زادت قيمته على المصرة، أو نقصت عن قيمة اللبن. على الصحيح من المذهب^(١). وعليه أكثر الأصحاب.

وقيل: يجزئ القمح أيضا. اختاره الشيرازي. لحديث رواه البيهقي.

وقال الشيخ تقي الدين: يعتبر في كل بلد صاع من غالب قوته.

فائدتان

إحدهما: علل أبو بكر وجوب الصاع بأن لبن التصرية اختلط بلبن حدث في ملك المشتري. فلما لم يتميز قطع - عليه أفضل الصلاة والسلام - المشاجرة بينهما بإيجاب صاع.

الثانية: لو اشترى أكثر من مصراة: رد مع كل واحد صاعا. صرح به في الفائق وغيره.

قلت: وهو داخل في عموم كلامهم.

تنبيهه: قوله: ﴿إِن لَّمْ يَجِدْ التَّمْرَ فَيَقِيمْتَهُ فِي مَوْضِعِهِ﴾.

أى في موضع العقد. صرح به الأصحاب، ولو زادت على قيمة المصرة. نص عليه أحمد رحمه الله.

قوله: ﴿إِن كَانَ اللَّبْنُ بِحَالِهِ لَمْ يَتَغَيَّرْ: رَدَّهُ وَأَجْزَأَهُ﴾.

هذا المذهب. جزم به في الوجيز، وغيره. وقدمه في الفروع وغيره. ونصره الشارح، وغيره. واختاره المصنف، وغيره.

قال القاضي: الأشبه أنه يلزم البائع قبوله.

قال في الرعاية الكبرى: لزم البائع قبوله في الأقيس. واقتصر عليه.

(١) ذكره في الشرح لحديث «ورد معها صاعا من طعام» وفي بعضها «ورد معها مثل أو مثلى لبنا تمحا» الشرح (١١/٤)، وكذلك في الكافي (لأنه واجب بإطلاق الشرع فأشبهه الواجب في الفطرة) الكافي (٤٧/٢)، المحرر (٣٢/١).

كتاب البيع ٣٨٩
 ويحتمل أنه لا يجزئه إلا التمر. وهو أحد الوجهين. وصححه فى الخلاصة،
 والبلغة، والنظم. وقدمه فى الهداية، والمستوعب، والتلخيص، والمحزر^(١)،
 والرعاية الصغرى، والحاويين، والفائق، وغيرهم. ويشمله كلام الخرقي. وأطلقهما فى
 المذهب، ومسبوك الذهب، والكافى^(٢)، والزر كشى، وغيرهم

تنبهان

أحدهما: مفهوم قوله «لم يتغير رده» أنه إذا تغير لا يلزم البائع قبوله. وهو صحيح.
 وهو المذهب قدمه فى الفروع، والرعاية. واختاره القاضى [والكافى^(٣) وغيرهم]
 وقيل: يجزئه رده، ويلزم البائع قبوله [اختاره القاضى].

الثانى: لو علم التصرية قبل الحلب، فردها قبل حلبها: لم يلزمه شىء.

قوله: ﴿وَمَتَىٰ عِلْمُ التَّصْرِيَةِ فَلَهُ الرَّدُّ﴾.

فظاهره: أنه سواء كان قبل مضى ثلاثة أيام، أو بعدها ما لم يرض. كسائر
 التدليس. وهذا قول أبى الخطاب.

قال المصنف، والشارح: هذا القياس.

قال ابن رزين فى شرحه: هذا أقيس. قال ابن منجا فى شرحه: هذا المذهب
 وقدمه فى الكافى^(٤)، والنظم، وإدراك الغاية.

قال الزر كشى: ويتخرج من قول أبى الخطاب قول آخر: أن الخيار على الفور
 كالعيوب. لأن فيها قولاً كذلك. انتهى.

وقال القاضى: ليس له ردها إلا بعد ثلاث منذ علم. ويكون على الفور بعدها
 وهذا ظاهر كلام الإمام أحمد. وجزم به فى الوجيز. وصححه فى الخلاصة. وقدمه
 فى المستوعب، وشرح ابن رزين، والحاوى الكبير، والمذهب، ومسبوك الذهب،
 وقال فيهما: إذا لم يتبين التصرية إلا بعد ثلاث فوجهان.

أحدهما: يثبت الرد عند تبين التصرية. والآخر: تكون مدة الخيار ثلاثاً. انتهى.

(١) قال فى المحزر: (ولا يقبل اللبن إذا كان بحاله مكان التمر ولأن صاحب المحزر قال (أو ردها مع صاع
 تمر فإن تعذر التمر فقيمتة موضع العقد المحزر (٣٢٨/١)).

(٢) ذكر صاحب الكافى فيه وجهان: أحدهما: يرده ولا شىء عليه لأنه بحاله لا عيب فيه. الثانى: عليه
 صاع تمر ولا يلزم البائع قبول اللبن لأنه يسرع إليه التغير وكونه فى الضرع أحفظ له فإن تغير اللبن
 فعليه الثمن ولا يلزم البائع قبول اللبن لتغيره). الكافى (٤٧/٢).

(٣) قال فى الكافى: (ولا يلزم البائع قبول اللبن لأنه يسرع إليه التغير) الكافى (٤٧/٢).

(٤) الكافى (٤٧/٢).

٣٩٠ كتاب البيع

قلت: الذى يظهر من تعليقه بكلام القاضى: إذا لم يعلم إلا بعد ثلاث أن خياره يكون على الفور.

وظاهر كلام ابن أبى موسى: أنه متى علم التصرية ثبت له الخيار فى الأيام الثلاثة إلى تمامها. قاله المصنف فى المغنى^(١)، والشارح عنه.

وقال فى الكافى^(٢)، وقال ابن أبى موسى: إذا علم التصرية فله الخيار إلى تمام ثلاثة أيام من حين البيع. وقدمه فى الرعاية الكبرى.

لكن قال الزركشى: ولا عبرة بما أوهمه كلام أبى محمد فى الكافى: أن ابتداء الثلاثة - على قول ابن أبى موسى - من حين البيع. وأطلقهن فى المغنى^(٣)، والشرح^(٤)، وتجريد العناية.

واعلم أن الصحيح من المذهب: أنه متى علم التصرية ينجح ثلاثة أيام منذ علم جزم به فى المجرى، والمنور، وتذكرة ابن عبدوس، ومنتخب الأزجى. وقدمه فى الفروع، والفائق، والرعاية الصغرى، والحاوى الصغير.

قال المصنف، والشارح: والعمل بالخبر أولى.

قال الزركشى: هذا ظاهر الحديث، وعليه المعتمد. ويحتمله كلام ابن أبى موسى. والفرق بين هذا وبين قول القاضى: أن الخيرة - على قول القاضى - تكون بعد الأيام الثلاثة. وتكون على هذا على الفور، وعلى المذهب: تكون الخيرة فى الأيام الثلاثة.

تنبيه: ظاهر قوله «فله الرد» أنه ليس له سواه أو الإمساك مجانا. وهو الصحيح من المذهب.

(١) قال فى المغنى: (أن من اشترى مصراة من بهيمة الأنعام لم يعلم تصريتها ثم علم فله الخيار فى الرد أو إلا الإمساك لما روى أبو هريرة عن النبى ﷺ قال: «لا تصروا لإبل والغنم فمن ابتاعها بعد فإنها ينجح النظرين بعد إن شاء أمسكها وإن شاء ردها وصاعا من غير تمر» متفق عليه. والحديث «من ابتاع حقله فهو بالخيار ثلاثة أيام إن ردها ردها معها مثل لبنها قمحا» رواه أبو داود (٢٣٣/٤).

(٢) ذكرها صاحب الكافى بتمامها واستدل ابن أبى موسى بما روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال من اشترى مصراة فهو فيها بالخيار ثلاثة أيام إن شاء أمسكها وإن شاء ردها ردها معها صاعا من تمر « رواه مسلم. الكافى (٤٧/٢).

(٣) قال فى المغنى: (واختلف أصحابنا فى مدته فقال القاضى: هو مقدر بثلاثة أيام ليس له الرد قيل مضىها ولا إمساكها بعدها فإن أمسكها بعد ذلك لم يكن له الرد) (وقال أبو الخطاب: عندى متى ثبتت التصرية جاز له الرد قبل الثلاثة وبعدها لأنه تدليس يثبت الخيار فملك الرد به إذا تنبه كسائر التدليس) انظر تفصيل الرايين المغنى (٢٣٦/٤).

(٤) ذكر صاحب الشرح هذين الرايين كما فى المغنى فى النقطة السابقة. انظر الشرح (٨٣/٤).

كتاب البيع..... ٣٩١

قال الزركشى: هو المشهور عند الأصحاب. وجزم به فى المحرر (١)، والنظم، والوجيز، وغيرهم. وهو ظاهر كلامه فى المغنى (٢)، والشرح (٣)، وغيرهما. وقدمه فى الفروع، والرعاية الكبرى، والفائق، وغيرهم.

وقيل: يخير بين الإمساك مع الأرش وبين الرد. وجزم به أبو بكر فى التنبية، والمبهبج، والتلخيص والترغيب، والبلغة، والرعاية الصغرى، والحاوى الصغير، وتذكرة ابن عبدوس. ومال إليه صاحب الروضة. ونقله ابن هانئ. وجزم به فى المستوعب، والحاوى الكبير فى التصرية. لأنهما حكياه عن أبى بكر واقتصرأ عليه. وقدماه فى غير التصرية. لكن قالوا: ظاهر كلام غير أبى بكر من أصحابنا: أنه ليس له إلا الرد أو الإمساك لاغير.

قوله: ﴿وَإِنْ صَارَ لَبْنُهَا عَادَةً: لَمْ يَكُنْ لَهُ الرَّدُّ فِي قِيَاسِ قَوْلِهِ: إِذَا اشْتَرَى أُمَّةً مُزَوَّجَةً فَطَلَّقَهَا الزَّوْجُ، لَمْ يَمْلِكِ الرَّدَّ﴾.

واعلم أنه إذا صار لبنها عادة لم يكن له الرد. وجزم به كل من ذكرها. وأما إذا اشترى أمة مزوجة فطلقها الزوج - وهو الأصل المقيس عليه - فالصحيح من المذهب (٤): أنه لا خيار للمشتري. نص عليه.

قال ابن عقيل فى الفصول: بشرط أن يكون طلاقها رجعياً.

قلت: لعله مراد المصنف، والمذهب.

وقال ابن عقيل أيضاً، فى طلاق بائن فيه عدة: احتمالان.

قلت: الذى يظهر: إن كانت العدة بقدر الاستبراء: أنه لا خيار له.

وقال فى الرعاية من عنده: إن اشترى معتدة من طلاق أو موت جاهلاً ذلك فله ردها أو الأرش.

(١) قال فى المحرر: (خير ثلاثة أيام بين إمساكها أو ردها مع تمر المحرر (١/٣٢٨)).

(٢) المغنى قال (ثم علم فله الخيار فى الرد والإمساك للحديث) المغنى (٤/٢٣٣)، المغنى (٤/٢٣٧).

(٣) الشرح الكبير قال: (إن أراد إمساك التذليل مع الأرش لم يكن له ذلك لأن النبى ﷺ لم يجعل له نى المصراة أرشاً بل خيره بين الإمساك والرد مع صاع من تمر، ولأن المدلس ليس بمعيب فلم يستحق له أرشاً)، الشرح (٤/١١).

(٤) ذكره صاحب الشرح (ولأن فى التذليل الرد فيه جعل لدفع الضرر بنقص الثمن ولم يوجد فامتنع الرد ولأن العيب لم يوجد ولم تختلف صفة البيع عن حالة العقد فلم يثبت التذليل ولأن الخيار يثبت لدفع الضرر ولا ضرر) الشرح (٤/٨٤)، المحرر (١/٣٢٨).

٣٩٢ كتاب البيع

تنبيه: قوله «فطلقها الزوج» هكذا أطلق أكثر الأصحاب. وقال فى الرعايتين، والفائق: فلو طلقت قبل علمه زال. نص عليه. فقيد الطلاق بعدم العلم.
قال شيخنا: والأول أظهر.

فائدة

لو اشتراها ولم يعلم بكونها مزوجة: خير بين الرد أو الإمساك مع الأرش، وإن كان عالماً: فلا خيار له، وليس له منع زوجها من وطئها بحال.

قوله: ﴿وَإِنْ كَانَتْ التَّصْرِيَةُ فِي غَيْرِ بَهِيمَةِ الْأَنْعَامِ: فَلَا رَدَّ لَهُ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ﴾.

وأطلقهما فى الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والكافى (١)، والمغنى (٢)، والهادى، والتلخيص، والشرح (٣)، والزر كشى، والحاوى الكبير.

أحدهما: لارد له. وهو ظاهر الوجيز.

قال ابن البنا - تبعاً لشيخه القاضى -: هذا قياس المذهب.

قال ابن رزين فى شرحه: هذا أقيس.

والوجه الثانى: له الرد. وهو صحيح من المذهب. صححه فى التصحيح، والبلغة، والرعايتين، والحاوى الصغير. واختاره ابن عقيل، وابن عبدوس فى تذكرته. وقدمه فى المحرر (٤)، والفروع، وشرح ابن رزين.

قوله: ﴿وَلَا يَلْزَمُهُ بَدَلُ اللَّبَنِ﴾.

(١) قال فى الكافى: (ففيه وجهان): الأول: لأن لبنها لا عوض له ولا يقصد قصد لبن الأنعام. الثانى: له الرد لأن الثمن يختلف بذلك لأن لبن الأمة يحسن ثديها ويرغب فيها ظئراً، ولبن الأتان يراد لولدها؛ فإن حلبها فلا شىء عليه للبنها لأنه لا قيمة له. الكافى (٤٨/٢).

(٢) ذكر الوجهين صاحب المغنى فقال: (أحدهما: يثبت له الخيار لقوله ﷺ: «من اشترى مصراً ومن اشترى محقلاً» ولأنه تصرية بما يختلف الثمن به فأثبت الخيار كتصرية بهيمة الأنعام ولأن لبن الآدمية يراد للرضاع ويرغب فيها ظئراً ويحسن ثديها؛ ولأن الإتان والفرس يرادان لولدها. الثانى: لا يثبت الخيار لأن لبنها لا يعتاض عنه فى العادة ولا يقصد قصد لبن بهيمة الأنعام. والخبر ورد فى بهيمة الأنعام ولا يصح القياس عليه لأن قصد لبن بهيمة الأنعام أكثر، واللفظ العام أريد به الخاص بدليل أنه أمر فى زدها بصاع من تمر ولا يجب فى لبن غيرها) المغنى (٢٣٧/٤).

(٣) ذكر أيضاً صاحب الشرح الوجهين كما فى المغنى. الشرح (٨٤/٤).

(٤) قال فى المحرر: (فإن كانت المصراة أمة أو أتاناً ملك ردها ولا شىء عليه للبن) المحرر (٣٢٨/١).

هذا المذهب^(١). وعليه الأصحاب. وقطع به أكثرهم. وقالوا فى تعليقه: لأنه لا يعتاض عنه فى العادة.

قال فى الفروع: كذا قالوا. وليس بمانع. انتهى.

وقيل: إن جاز بيع لبن الأمة غرمه. ذكره فى الرعاية.

قلت: ويخرج عليه غيره، بل أولى.

قوله: ﴿وَلَا يَجِلُّ لِلْبَائِعِ تَدْلِيْسُ سِلْعَتِهِ. وَلَا كِتْمَانُ عَيْبِهَا﴾.

أما التدليس: فحرام بلا نزاع.

وأما كتمان العيب: فالصحيح من المذهب^(٢) أنه حرام. وعليه أكثر الأصحاب وهو الصواب. وذكره الترمذى عن العلماء، وذكر أبو الخطاب أنه يكره.

قال فى التبصرة: الكراهة نص عليها أحمد. وحزم به فى المذهب. وقدمه فى الرعايتين، والفائق. لكن اختار الأول.

قال فى التلخيص: والمشهور صحة البيع مع الكراهة. انتهى.

قلت: الذى يظهر أن مراد الإمام أحمد رحمه الله بالكراهة: التحريم.

قوله: ﴿فَإِنْ فَعَلَ فَالْبَيْعُ صَحِيْحٌ﴾.

يعنى إذا كتم العيب أو دلسه وباعه. وهذا المذهب^(٣). وعليه جماهير الأصحاب.

وعنه: لا يصح. نقل حنبل: يبيعه مردود. واختاره أبو بكر.

قال فى الحاوى الكبير: وهو ظاهر منصوص الإمام أحمد.

وفى رواية حنبل: إذا دلس البائع العيب وباع، فتلف المبيع فى يد المشتري بغير فعله، فإنه يرجع على البائع بجميع الثمن. وقوله. وقال أبو بكر: إن دلس العيب فالمبيع باطل. قيل له: فما تقول فى المصراة؟ فلم يذكر جوابا.

(١) قال فى الشرح: (فإن قلنا يرد لها لم يلزمه بذل لبنها ولا يرد معها شيئا لأن هذا اللبن لا يباع عادة، ولا يعتاض عنه) الشرح (٨٤/٤) وكذلك فى المحرر (ولا شىء عليه للبن)، المحرر (٣٢٨/١)، الكافى (٤٨/٢)، المغنى (٢٣٧/٤).

(٢) لقوله ﷺ «من غشنا فليس منا» حديث صحيح. ولحديث «المسلم أخو المسلم لا يجل لمسلم باع من أخيه يبيعا إلا منه». الشرح (٨٤/٤)، الكافى (٤٨/٢)، المغنى (٢٣٨/٤).

(٣) قال فى الشرح: (فإن فعل فالبيع صحيح فى قول أكثر أهل العلم وبدليل حديث التصرية فإن النبى ﷺ صححه مع نهييه عنه). الشرح (٨٥/٤)، ذكره أيضا فى الكافى (٤٨/٢)، المغنى (٢٣٨/٤)، ذكره فى المحرر (على أحد الوجهين). المحرر (٣٢٩/١).

٣٩٤ كتاب البيع

قال الشارح، وابن منجا في شرحه: فدل على رجوعه.
قلت: أكثر الأصحاب يحكى: أن هذا اختيار أبي بكر. ولم يذكروا أنه رجع.
فائدة: قال الشيخ تقي الدين: وكذا لو أعلمه بالغيب، ولم يعلمه قدره. فإنه يجوز عقابه بإتلافه والتصدق به إذا دلسه. وقال: أفتى به طائفة من أصحابنا.
قوله: ﴿الْخَامِسُ: خِيَارُ الْعَيْبِ. وَهُوَ النَّقْصُ﴾.

«الغيب» هو ما ينقص قيمة المبيع عادة، على الصحيح من المذهب^(١).
وقال في الترغيب وغيره: هو ما ينقص قيمة المبيع نقيصة يقتضى العرف سلامة المبيع عنها غالباً.

قوله: ﴿وَعُيُوبُ الرَّقِيقِ مِنْ فِعْلِهِ، كَالزَّنَى وَالسَّرِقَةَ وَالْإِبَاقِ وَالْبُولِ فِي الْفَرَاشِ، وَكَذَا شُرْبُهُ الْحَمْرَ وَالنَّبِيدَ، إِذَا كَانَ مُمِيزًا﴾.
نص عليه.

أناط المصنف - رحمه الله - الحكم في ذلك بالتمييز. وهو أحد الوجهين. وهو [ظاهر] ماجزم به في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والهادى، والتلخيص، والبلغة، والمحزر^(٢)، والرعاية الصغرى، والحاويين، والوجيز والمنور، والفائق، وتذكرة ابن عبدوس، وتجريد العناية، وإدراك الغاية، وغيرهم.

وزاد بعضهم فقال: إذا تكرر. قال في الرعاية: وبوله في فراشه مراراً.
والوجه الثاني: يشترط أن يكون ذلك من ابن عشر فصاعداً. وهو المذهب نص عليه. وحمل ابن منجا كلام المصنف عليه. مع أن كلام من تقدم ذكره لا يأباه. جزم به في المغنى^(٣)، والشرح^(٤).

(١) عرفه في الشرح بقوله: (والغيب هو النقص الموجب لنقص المالية في عادات التجار لأن المبيع إنما صار محلاً للعقد باعتبار صفة المالية فما يوجب نقصاً عنها يكون عيباً، والمرجع في ذلك إلى العادة في عرف التجار). الشرح (٨٥/٤)، المغنى (٢٤٣/٢)، الكافي (٥٢/٢).

(٢) ذكره صاحب المحزر بقوله (إلا إذا كان مميزاً). المحزر (٣٢٧/١).
(٣) قال في المغنى: (أما السرقة والإباق والبول في الفراش فهي عيوب في الكبير الذى جاوز العشر، ولأن الصبى العاقل يتحز من هذا عادة كتحرز الكبير، فوجوده منه في تلك الحالة يدل على أن البول لداء فى باطنه، والسرقة والإباق لحبث فى طبعه وحد ذلك بالعشر لأمر النبى ﷺ بتأديب الصبى على ترك الصلاة عندها والتفريق بينهم فى المضاجع لبلوغها، فأما من دون ذلك فنكون هذه الأمور منه لضعف عقله وعدم تثبته) المغنى (٢٤٤/٤).

(٤) ذكره أيضاً صاحب الشرح كما فى المغنى النقطة السابقة (الشرح ٨٥/٤).

كتاب البيع..... ٣٩٥

قال في الكافي (١) : فأما العيوب المنسوبة إلى فعله - ككذا وكذا - فإن كانت من ميمز جاوز العشر فهي عيب. وقدمه في الفروع.

وقال في الرعاية الكبرى: وزنى ممن له عشر سنين، أو أكثر. وقيل: إن دام. زنى ميمز أو سرقة أو إباحه، أو شربه الخمر، أو بوله في فراشه. انتهى.

وقال في الواضح: يشترط أن يكون بالغا.

وقيل: يشترط في البول أن يكون من كبير.

وتكرر شرط الناظم أن يكون من كبير. ولم يذكر التكرار.

قوله: ﴿كَالْمَرَضِ وَذِهَابِ جَارِحَةٍ، أَوْ سِنَّ، أَوْ زِيَادَتِهِمَا وَنَحْوَ ذَلِكَ﴾.

كالخصي. ولو زادت قيمته، ولكن يفوته غرض صحيح مباح، والإصبع الزائدة، والعمى، والعور، والحول، والخص، والسيل - وهو زيادة فى الأجنان - والطرش، والخرس، والصمم [والقرع] والصنان، والبهاق، واليرص، والجذام، والقالج، والكلف، والتحمر، والعفل، والقران، والفتق، والرتق، والاستحاضة، والجنون، والسعال، والبحة، وكثرة الكذب، والتخنيث، وكونه خنثى، والثآليل، والبثور، وآثار القروح، والجروح، والشجاج، والجدري، والحفر - وهو الوسخ يركب أصول الأسنان - والفلوم فيها، وذهاب بعض أسنان الكبير - وهو مراد المصنف - والوشم. وتحريم عام، كأمة مجوسية.

قال فى الفروع: وظاهر كلامهم بخلاف أخته من الرضاع وحماته، ونحوهما، وقرع شديد من كبير، وهو متجه. انتهى (٢).

وكون الثوب غير جديد ما لم يظهر عليه أثر الاستعمال. ذكره فى الواضح. واقتصر عليه فى الفروع.

والزرع، والغرس، والإجارة.

قال فى الرعاية: وشامات، ومحاجم فى غير موضعها، وشَرَط مشين.

ومنها: إهمال الأدب والوقار فى أماكنها. نص عليه، ذكره الخلال.

قلت: لعل المراد فى غير الجلب، والصغير.

ومنها: الاستطالة على الناس. ذكره المصنف، والشارح، وصاحب عيون المسائل

(١) قال فى الكافي (فإن كانت من ميمز جاوز العشر فهي عيب) الكافي (٥٢/٢).

(٢) ذكر هذه العيوب فى الشرح (٥/٤)، والمغنى (٢٤٤/٤)، الكافي (٥٢/٢).

٣٩٦ كتاب البيع

وغيرهم.

ومنها: الحمق من كبير. على الصحيح من المذهب. نص عليه. وعليه الأصحاب. وهو ارتكاب الخطأ على بصيرة.

وقال المصنف، والشارح: وحمق شديد، واعتبر القاضى وغيره العادة.

ومنها: حمل الأمة، دون الدابة. قال فى الرعاية، والحاوى: إن لم يضر اللحم.

وتقدم فى أول باب الشروط فى البيع.

ومنها: عدم ختان عبد كبير مطلقا. على الصحيح من المذهب. وجزم به فى التلخيص، والحاوى، وغيرهما. وقدمه فى الفروع.

وقال المصنف، والشارح، وصاحب الفائق: إن كان العبد الكبير مجلوبا فليس بعيب، وإلا فعيب.

ومنها: عثرة المركوب، وكذمه، وقوة رأسه، وحرنه، وشموسه، وكيه، أو بعينه ضفيرة، أو بأذنه شق قد خيط، أو بخلقه تعاتع، أو غدة، أو عقدة، أو به زور - وهو نتوء الصدر عن البطن - أو بيده أو رجله شقاق، أو بقدمه فرع - وهو نتوء وسط القدم - أو به وخس - وهو ورم حول الحافر - أو كوع، أو ظهور العروق فى الرجلين عن قدميهما، أو كوع - وهو انقلاب أصابع القدمين عليهما - أو بعقبها صكك - وهو تقاربهما، وقيل: أو انتفاخهما - أو بالفرس خسف. وهو كون إحدى عينيه زرقاء والأخرى كحلاء.

ومنها: كونه أعسر. على الصحيح من المذهب.

قال فى الفروع: والمراد ولا يعمل باليمنى عملها المعتاد، وإلا فزيادة خير.

وقال المصنف فى المغنى^(١): كونه أعسر ليس بعيب لعمله بإحدى يديه.

وقال الشيخ تقي الدين: والجار سوء عيب.

قال فى الفروع: وظاهر كلامهم: وبئر ونحوه غير معتاد بالدار. قال: وقاله جماعة فى زماننا.

قال فى الرعاية: واختلاف الأضلاع والأسنان، وطول إحدى يدي الأنتى، وخرم شنوفها.

(١) قال فى المغنى: (والعسر ليس بعيب لأنه ليس ينقص وعمله بإحدى يديه يقوم مقام عمله بالأخرى) المغنى (٤/٢٤٤).

كتاب البيع..... ٣٩٧

ومنها: أكل الطين. ذكره جماعة. لأنه لا يطلبه إلا من به مرض. نقله عنهم ابن عقيل. ذكره في الفروع في باب الأطعمة.

قلت: وهو الصواب. وقطع به في الرعاية وغيرهما.
وقاله في التلخيص، والترغيب وغيرهما.
وكون الدار ينزلها الجند: عيب.

وعبارة القاضى: وجدها منزولة قد نزلها الجند.

قال القاضى، وصاحب الترغيب، والحاوى، ومن تابعهم: لو اشترى قرية فوجد فيها سبعا أو حية عظيمة: فهو عيب ينقص الثمن.

وقال ابن الزاغونى، ومن تبعه: وجدها كان السلطان ينزلها ليس عيبا. ونقص القيمة به عادة إن عين لذلك الثلث وكان مستسلما. فله الفسخ للغين لا للعيب.

وأجاب أبو الخطاب: لا يجوز الفسخ لهذا الأمر المتردد. انتهى.

وليس الفسق من جهة الاعتقاد، أو الفعل، أو التغفيل: بعيب. على الصحيح من المذهب. وقدمه في الفروع.

وفى قوله «أو التغفيل» نظير. لأنه قد تقدم أن شرب الخمر من المميز عيب.

وقيل: هو عيب فى الثلاثة.

قال فى الفائق: ولو ظهر العبد فاسقا مع إسلامه فله الرد. سواء كان فسقه لبدعة أو غيرها. ذكره فى الفصول.

قال: وكذا لو ظهر متوانيا فى الصلاة. والمختار ما ذكره ابن عقيل. انتهى
والثبوت ليس بعيب. على الصحيح من المذهب. وعليه أكثر الأصحاب. منهم:
القاضى وغيره. وقدمه فى المغنى (١)، والشرح (٢)، والحاوى. وجزم به فى الكافى (٣)
وغيره.

وقال ابن عقيل: إن ظهرت ثيبا مع إطلاق العقد فهو عيب. وأطلقهما فى الفروع.

(١) قال فى المغنى: (والثبوت ليس عيبا لأن الغالب على الجوارى الثبوتية فإطلاق لا يقتضى خلافها)
المغنى (٢٤٤/٤).

(٢) قاله فى الشرح أيضا: (والثبوتية ليس بعيب على الغالب والإطلاق لا يقتضى خلافها) الشرح
(٨٦/٤).

(٣) قاله فى الكافى: (والثبوتية وكون الأمة لا تحيض ليس بعيب) الكافى (٥٢/٢).

وليس معرفة الغناء والكفر بعيب. على الصحيح من المذهب. جزم به فى المغنى (١)، والكافى (٢)، والشرح (٣)، والرعاية.

وقال ابن عقيل: الغناء فى الأمة عيب. وكذا الكفر. وأطلقهما فى الفروع.

وقال فى الفائق: وعدم نبات عانة الأمة ليس بعيب. على الصحيح من المذهب. نص عليه. وجزم به فى الكافى (٤)، والمغنى (٥)، والشرح (٦). وقدمه فى الفروع.

وقيل: هو عيب. قال ابن عقيل: هو لمخالفة الجبله فيه.

قلت: وهو الصواب.

وفى الإنتصار: ليس عيباً. مع بقاء القيمة. وليس عجمة اللسان والفأفاء والتمتام والأرت والقراة بعيب. وكذلك الألتغ. جزم به فى الفروع، والرعاية الكبرى فى موضع. وقال فى موضع: اللتغ وعنه الصوت عيب.

فائدة: قال فى الإنتصار، ومفردات أبى يعلى الصغير: لا فسح بعيب يسير، كصداع، وحى يسيرة، وسقوط آيات يسيرة فى المصحف للعادة. كغبن يسير. ولو من ولى.

قال أبو يعلى: ووكيل. وقال فى ولى ووكيل: لو كثر الغبن بطل.

وقال أيضا: يوجب الرجوع عليهما.

وذكر أيضا: الفسخ بعيب يسير. أن المهر مثله فى وجه. وأن له الفسخ بغبن يسير. كدرهم فى عشرة بالشرط.

وتقدم ظاهر كلام الخرقى فى الغبن.

(١) جزم بهما فى المغنى فقال: (لا نسلم أن الغناء عيب لأنه محرم ولو قلنا: أنه محرم فالحرم استعماله لا معرفته والكفر ليس بعيب لأن العيب يكون فيهم المسلم والكافر والأصل فيه الكفر فالإطلاق لا يقتضى خلاف ذلك) المغنى (٢٤٤/٤).

(٢) قال فى الكافى: (ومعرفة الغناء ليس بعيب والكفر ليس بعيب لأن الأصل فى الرقيق الكفر ولا يقصد فيهم النسب) الكافى (٥٢/٢).

(٣) ذكرهما أيضا صاحب الشرح فقال: (ومعرفة الغناء ليس بعيب لأنه ليس يتقص فى عينها ولا قيمتها والكفر ليس بعيب لأن العيب فيهم المسلم والكافر والأصل فيه الكفر فالإطلاق لا يقتضى خلاف ذلك) الشرح (٨٦/٤).

(٤) ذكر صاحب الكافى العيوب ولم يذكر عدم نبات شعر العانة فى الأمة أنه عيب. الكافى (٥٢/٢).

(٥) حصر صاحب المغنى العيوب ولم يذكر فيها أن عدم نبات شعر عانة الأمة عيب. المغنى (٢٤٣/٤).

(٦) حصر أيضا صاحب الشرح العيوب الموجبة للنقص والرد ولم يذكر عدم نبات عانة الأمة أنه عيب. الشرح (٨٥/٤).

كتاب البيع..... ٣٩٩

وفى مفردات أبي الوفاء، وغيره أيضا: لا فسخ بعيب، أو غبن يسير. فإن الكثير يمنع الرشد، ويوجب السفه. فالرجوع على ولي ووكيل.

قال الإمام أحمد: من اشترى مصحفا فوجده ينقص الآية والآيتين، ليس هذا عيبا. لا يخلو المصحف من هذا.

وفى جامع القاضى - بعد هذا النص - قال: الآية كغبن يسير.

قال: وأجود من هذا: أنه لا يسلم عادة من ذلك. كيسير التراب والعقد فى البر.

قوله: ﴿فَمَنْ اشْتَرَىٰ مَعِيًّا لَمْ يَعْلَمْ عَيْبَهُ﴾.

هكذا عبارة غالب الأصحاب. وقال أبو الخطاب فى الإلتصار: فمن اشترى معييا لم يعلم عيبه، أو كان عالما به ولم يرض به.

قوله: ﴿فَلِلَّهِ الْخِيَارُ بَيْنَ الرَّدِّ وَالْإِمْسَاكِ مَعَ الْأَرْضِ﴾.

هذا المذهب (١) مطلقا. أعنى سواء تعذر رده أو لا. وعليه جماهير الأصحاب. وقطع به كثير منهم. وهو من مفردات المذهب.

وعنه: ليس له الأرض إلا إذا تعذر رده. اختاره صاحب الفائق. والشيخ تقي الدين رحمه الله.

قال: وكذلك يقال فى نظائره، كالصفقة إذا تفرقت. قال الزركشى: وهو الأصح.

واختار شيخنا فى حواشى الفروع: أنه إذا دلس العيب خير بين الرد والإمساك مع الأرض. وإن لم يدلس العيب خير بين الرد والإمساك بلا أرض.

وعنه: لارد ولا أرض. لمشتروه به بائع ثمنا، أو أبرأه منه. كمهر فى رواية. وأطلقهما فى القاعدة السابعة والستين.

قال: واختار القاضى فى خلافه: أنه إذا رده لم يرجع عليه بشيء مما أبرأه منه.

ويتخرج التفريق بين الهبة والإبراء. فيرجع فى الهبة دون الإبراء. لو ظهر هذا المبيع معييا بعد أن تعيب عنده. فهل له المطالبة بأرض العيب؟ فيه وجهان:

(١) ذكره صاحب الشرح فقال: (لأنه ظهر أن المبيع على عيب لم يعلم به فكان له الأرض كما لو تعيب عنده ولأنه فات عليه جزء من المبيع فكانت له المطالبة بعوضه) الشرح (٤/٨٧)، المحرر (١/٣٢٤)، الكافى (٢/٤٩)، العدة (٢٢٩).

٤٠٠ كتاب البيع

أحدهما: تخريجه على الخلاف فى رده.
والطريق الآخر: تمتنع المطالبة وجهاً واحداً. وهو اختيار ابن عقيل.
ويأتى فى كتاب الصداق ما يشابه هذا.

فائدتان

إحدهما: لو ظهر بالمأجور عيباً. فقال المصنف، والمجد، والشارح، وغيرهم:
قياس المذهب أن حكمه حكم المبيع. جزم به ناظم المفردات. وهو منها.
والصحيح من المذهب: أنه لا أرش له.
ويأتى ذلك فى الإجارة عند قوله «وإن وجد العين معيبة» بأتم من هذا.
الثانية: إذا اختار الإمساك مع الأرش. فيحتمل أن يأخذه من غير الثمن مع بقاءه.
لأنه فسخ أو إسقاط. وقاله القاضى فى موضع من خلافه.
ويحتمل أن يأخذه من حيث شاء البائع، لأنه معاوضة. وقاله القاضى أيضاً فى
موضع من خلافه.

قلت: وهو ظاهر كلام أكثر الأصحاب. وأطلقهما فى التلخيص، والرعاية
والفروع، والزركى.

قال ابن رجب فى القاعدة التاسعة والخمسين: واختلف الأصحاب - يعنى: فى
أخذ أرش العيب - فمنهم من يقول: هو فسخ العقد فى مقدار العيب، ورجوع
بقسطه من الثمن. ومنهم من يقول: هو عوض عن الجزء الفاتت. ومنهم من قال:
هو إسقاط الجزء من الثمن فى مقابلة الجزء الفاتت الذى تعذر تسليمه.

وكل من هذه الأقوال الثلاثة: قاله القاضى فى موضع من خلافه.

وينبنى على الخلاف - فى أن الأرش فسخ، أو إسقاط الجزء من الثمن، أو
معاوضة: أنه إن كان فسخاً، أو إسقاطاً: لم يرجع إلا بقدره من الثمن، ويستحق
جزءاً من غير الثمن مع بقاءه. بخلاف ما إذا قلنا: إنه معاوضة. انتهى.

وقد صرح المصنف والشارح، وغيرهما: أن الأرش عوض عن الجزء الفاتت فى
المبيع.

وقال فى القاعدة المذكورة أعلاه: إذا قلنا: هو عوض عن الفاتت: فهل هو عوض
عن الجزء نفسه، أو عن قيمته؟ ذهب القاضى فى خلافه: على أنه عوض عن القيمة.

كتاب البيع..... ٤٠١

وذهب ابن عقيل فى فنونه، وابن المنى: إلى أنه عوض عن العين الفائتة.

وينبنى على ذلك: جواز المصالحة عنه بأكثر من قيمته.

فإن قلنا: المضمون العين فله المصالحة عنها بما شاء. وإن قلنا: القيمة لم يجوز أن يصلح عنها بأكثر من جنسها. انتهى.

فائدة: لو أسقط المشتري خيار الرد بعوض بذله له البائع وقبله: جاز على حسب ما يتفقان عليه. وليس من الأرش فى شىء. ذكره القاضى وابن عقيل فى الشفعة. ونص الإمام أحمد رحمه الله على مثله فى خيار المعتقة تحت عبد. قاله فى القاعدة التاسعة والخمسين.

قوله: ﴿وَهُوَ قِسْطُ مَا يَبِينُ قِيَمَةَ الصَّحِيحِ وَالْمُعِيبِ مِنَ الثَّمَنِ﴾.

وهذا المذهب (١). وعليه الأصحاب. وقطعوا به.

وقال فى الرعاية - بعد أن ذكر الأول - وقيل: قدره من الثمن كنسبة ما ينقص العيب من القيمة إلى تمامها لو كان سليما يوم العقد.

قوله: ﴿وَمَا كَسَبَ فَهُوَ لِلْمُشْتَرَى﴾.

هذا المذهب. وعليه الأصحاب. وقطع به كثير. منهم: المصنف فى المغنى (٢)، والشرح (٣). وقالوا: لا نعلم فيه خلافا.

وعنه: للبائع. ونفاها الزركشى.

(١) قال فى الشرح: (فمعنى الأرش أن يقوم المبيع صحيحا ثم يقوم معيبا فيؤخذ قسط ما بينهما منك الثمن) الشرح (٨٧/٤)، المحرر (٣٢٤/١)، الكافى (٤٩/٢)، العدة (٢٢٩).

(٢) قال فى المغنى: وما يحصل من غلات المبيع وغنائه المنفصل فى مدة الخيار فهو للمشتري أمضيا العقد أو فسخاه لقوله ﷺ (الخراج بالضمنان) حديث صحيح. المغنى (٣٥/٤).

(٣) فصل صاحب الشرح فقال: إذا أرادوا المبيع فإذا زاد المبيع زيادة صنعة كالسمن والكبر وتعلم صنعة فإن المشتري يرد به تمامه أما إن كانت الزيادة منفصلة وهو نوعان: أحدهما: أن يكون من غير المبيع كالكسب والأجرة فهو للمشتري فى مقابلة ضمانه لأن المبيع لو هلك كان من مال المشتري وهو قول الرسول ﷺ (الخراج بالضمنان). الشرح (٨٨/٤).

٤٠٢ كتاب البيع
ولا يلتفت إلى ما قال عنه صاحب الكافي (١) في حكاية الخلاف فيه. فقد ذكر
الرواية جماعة.

قوله: ﴿وَكَذَلِكَ نَمَاؤُهُ الْمُنْفَصِلُ﴾.

وهو المذهب (٢). وعليه الأصحاب.

وعنه: لا يردّه إلا مع نمائه. وإن قلنا: لا يرد كسبه.

وقال في القواعد الفقهية: ونقل ابن منصور كلاماً يدل على أن اللبن وحده يرد
عوضه، لحديث المصراة.

فائدة: لو حدث حمل بعد الشراء. فهل هو نماء منفصل أو متصل؟ جزم
المصنف، والشارح هنا: أنه زيادة منفصلة.

وقال القاضي، وابن عقيل في الصداق: هو زيادة متصلة.

ثم اختلفا. فقال القاضي: يجزى الزوج على قبولها إذا بذلتها المرأة. وخالفه ابن
عقيل في الآدميات.

وقال القاضي في التفليس: يبني على أن الحمل: هل له حكم أم لا؟ فإن قلنا: له
حكم. فهو زيادة منفصلة. وإلا فهو زيادة متصلة كالسمن.

وقال في التلخيص: الأظهر أنه يتبع في الرجوع كما يتبع في المبيع. ذكره في
القاعدة الثانية والثمانين.

وأما إذا حملت وولدت بعد الشراء: فهو نماء منفصل بلا نزاع (٣).

(١) الخلاف الذي ذكره صاحب الكافي. قال: (إن نما المبيع المعيب نماء متصلاً كالسمن والكبر والتعلم
والحمل والثمرة قبل الظهور وأراد الرد رده بزيادته لأنها لا تنفرد عن الأصل في الملك فلم يجز رده
دونها وإن كانت منفصلة كالكسب واللبن وما يوهب له والولد المنفصل والثمرة الظاهرة رد الأصل
وأمسك النماء. وعنه: ليس له رده دون نمائه والأول المذهب لما روت عائشة: أن رجلاً ابتاع غلاماً
فاستغله ما شاء الله ثم وجد به عيباً فردّه فقال: يا رسول الله: إنه استغل غلامي فقال رسول الله ﷺ
(الخراج بالضم) رواه أبو داود. إلا أن الولد إن كان لآدمية لم يملك ردها دونها لأن فيه تفرقاً
بيمنهما. وذكر الشريف أن له ردها لأنه موضع حاجة أشبه من ولدت حراً فباعها دونها والأولى أولى
لأن الجمع ممكن بأخذ الأرض أوردتهما معاً الكافي (٤٩/٢).

(٢) لما روت عائشة (أن رجلاً اشترى عبداً فاستغله ما شاء الله ثم وجد به عيباً فردّه فقال: يا رسول الله
إنه استغل غلامي فقال رسول الله ﷺ: «الخراج بالضم») ولا تعلم عن العلماء خلاف). الشرح
(٨٧/٤) المحرر (٣٢٤/١) العمدة (٢٢٩) الكافي (٤٩/٢).

(٣) ذكرها في الشرح فقال: (والزيادة في عين المبيع كالولد للمشترى ولا يرد الأصل بدونها)، الشرح
(٨٨/٤). الكافي (٤٩/٢). ذكره في المحرر على المحرر (٣٢٤/١).

كتاب البيع..... ٤٠٣

وظاهر كلام المصنف هنا: أنه ترد أمه دونه. وهو رواية عن أحمد. اختارها الشريف أبو جعفر، وأبو الخطاب في رموس مسائلهما.

قال الزركشي: قاله القاضي في تعليقه فيها. وأظن - وهو قول في الفروع - كما لو كان حرا. وهو ظاهر كلامه في الوجيز وغيره.

والصحيح من المذهب: أنه إذا ردها لا يردها إلا بولدها؟ فيتعين له الأرض. وحزم به في المحرر^(١)، والنور، وغيرهما. وقدمه في المغنى^(٢)، والشرح^(٣)، والفروع، والرعاية، والفائق، والزركشي، وغيرهم.

فائدة: للأصحاب في الطلع: هل هو نماء منفصل أو متصل؟ طرق.

أحدها: هو زيادة متصلة مطلقا. حزم به القاضي وابن عقيل في الصداق. وكذا في الكافي^(٤). وجعل كل ثمرة على شجرة زيادة متصلة.

الثاني: زيادة منفصلة مطلقا. ذكره القاضي، وابن عقيل في موضع من التفليس، والرد بالغيب. وذكره في المغنى احتمالا. وحكاها في الكافي^(٥) عن ابن حامد.

الثالث: المؤبر زيادة منفصلة، وغيره زيادة متصلة. صرح به القاضي، وابن عقيل أيضا في التفليس والرد بالغيب. وذكره منصوص أحمد رحمه الله.

الرابع: غير المؤبر زيادة متصلة بلا خلاف. وفي المؤبر وجهان. وهي طريقة الترتيب في الصداق.

الخامس: المؤبرة زيادة متصلة وجهًا واحدًا. وفي غير المؤبرة وجهان. واختار ابن حامد: أنها منفصلة. وهي طريقة في الكافي^(٦) في التفليس.

وأما الحب إذا صار زرعًا، والبيضة إذا صارت فرخًا: فأكثر الأصحاب على أنها داخلة في النماء المنفصل. قاله القاضي، وابن عقيل.

(١) قال في المحرر: (وإن كان النماء ولد أمه: تعين الأرض لتعذر التفرقة) المحرر (٣٢٤/١).

(٢) ذكر في المغنى (لأنه مبيع حدث فيه زيادة متصلة فلزمه رده) المغنى (٣٩/٤).

(٣) قال في الشرح: (وإن اشتراها حاملًا فولدت عند المشتري فردها رد ولدها معها لأنه من جملة المبيع والولادة نماء متصل). الشرح (٨٨/٤).

(٤) قال في الكافي: (فإن نما المبيع المعيب نماء متصلًا كالثمرة غير الظاهر وأراد الرد رده بزيادته لأنها لا تنفرد عن الأصل في الملك فلم يجز رده بدلونها) الكافي (٤٩/٢).

(٥) قال في الكافي: (والثمرة الظاهرة زيادة منفصلة فحكم صاحب الكافي على الانفصال والاتصال للثمرة بظهورها وخفائها فإذا كانت ظاهرة كانت منفصلة وإذا كانت غير ظاهرة صارت متصلة)

الكافي (٤٩/٢).

(٦) الكافي (٤١/٢).

٤٠٤ كتاب البيع

وذكر المصنف وجهًا - وصححه - أنه من باب تغير ما يزيل الاسم. لأن الأول استحال. وكذا قال ابن عقيل في موضع آخر.

تنبيه: ظاهر كلام المصنف: أن النماء المنفصل للبائع. وهو صحيح. وهو المذهب. وعليه جماهير الأصحاب. قال الزركشي: هذا قول عامة الأصحاب.

وقال ابن عقيل: النماء المتصل بالمنفصل. فيكون للمشتري قيمتهما.

وقال الشيرازي: النماء المنفصل للمشتري. واختاره الشيخ تقي الدين.

قال في القاعدة الثمانين: ونص عليه في رواية ابن منصور. واختاره ابن عقيل أيضًا.

فعلى هذا: يقوم على البائع.

وقال في الفروع، وفي المغنى، في النماء في مسألة صبغه ونسجه: له أرشه إن رده. انتهى.

والذى في المغنى: فله أرشه لا غير.

قوله: ﴿وَوَطْءُ الثَّيْبِ لَا يَمْنَعُ الرَّدَّ. فَلَهُ رَدُّهَا. وَلَا يُحْسَبُ عَلَيْهِ وَطْؤُهَا﴾.

وهذا المذهب (١). وعليه جماهير الأصحاب. ويجوز له بيعها مرابحة بلا خيار. قاله في الإلتصار وغيره.

وعنه: ووطؤها يمنع ردها. اختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله. ذكره عنه في الفائق.

قال أبو بكر في التنبيه: لا ترد الأمة بعد وطئها، ويأخذ أرش العيب مطلقا.

وعنه: له ردها بمهر مثلها. وأطلقهما في الرعاية، والحاوى.

فائدتان

إحدهما: حدوث العيب بعد العقد وقبل القبض: كالعيب قبل العقد فيما ضمانه على البائع، كالمكيل، والموزون، والمعدود، والمزروع. والثمرة على رعوس النخل ونحوه. على الصحيح من المذهب. قدمه في الفروع وغيره.

(١) قال في الشرح: (إذا اشترى أمة ثيبا فوطئها المشتري قبل علمه بالعيب فله ردها ولا شيء عليه لأنه معنى لا ينقص عينها ولا قيمتها ولا يتضمن الرضا بالعيب فلم يبلغ الرد الاستخدام ووطء الزوج) (على إحدى الروايتين) الشرح (٨٨/٤) المغنى (٢٣٩/٤) المحرر (٣٢٥/١) (على إحدى الروايتين) ذكره في الكافي على إحدى الروايتين أيضا (له ردها إن كانت ثيبا ولا شيء معها لأنه معنى لا ينقص عينها ولا قيمتها ولا يتضمن الرضا بالعيب فأشبهه الاستخدام) الكافي (٥٠/٢).

وقال جماعة: لا أَرش إلا أن يتلفه آدمى فيأخذه منه.
وحدوث العيب قبل القبض من ضمان المشتري مطلقا. على الصحيح من
المذهب^(١). وعليه الأصحاب.

وعنه: عهدة الحيوان ثلاثة أيام. وعنه ستة.
والمذهب: لا عهدة. قال الإمام أحمد: لا يصح فيه حديث.
الثانية: لو اشترى متاعا، فوجده خيرا مما اشترى. فعليه رده على بائعه، كما لو
وجده أردأ كان له رده. نص عليه. قاله في الرعاية، والحاوي، وغيرهما.

قلت: لعل محل ذلك إذا كان البائع جاهلاً به.
قوله: ﴿وَإِنْ وَطِئَ الْبَكْرَ، أَوْ تَغَيَّبَتْ عِنْدَهُ. فَلَهُ الْأَرْضُ﴾.

يعنى: يتعين له الأرش: وهو إحدى الروايات.
قال ابن أبي موسى: وهى الصحيحة عن أحمد.

[وقال ابن منجافى فى شرحه: هذا الصحيح من المذهب] وجزم به فى الوجيز،
والمنور، ومنتخب الأزجى. وقدمه فى المحرر^(٢)، والنظم. واختاره أبو بكر، وابن أبى
موسى، وأبو الخطاب فى خلافه.

وعنه: أنه يخيّر بين الأرش وبين رده وأرش العيب الحادث عنده، ويأخذ الثمن.
نقلها الجماعة عن الإمام أحمد.

قال فى التلخيص، والترغيب، والبلغة: عليها الأصحاب. زاد فى التلخيص: وهى
المشهورة. قال الزركشى: هى أشهرهما.

واختارها أبو الخطاب فى الإنتصار، والقاضى أبو الحسين، والمصنف. وإليها ميل
الشارح. وصححها القاضى فى الروايتين. واختارها الخرقى فيما إذا لم يدلّس العيب.
وجزم به فى الخلاصة. وقدمه فى الهداية، والمستوعب، والرعايتين، والحاويين،
والفائق. وقال: هو المذهب. وأطلقهما فى المذهب، والكافى^(٣)، والشرح^(٤)،

(١) وضمن البيع على المشتري لأنه ملكه وغلته له فكان من ضمانه كما بعد انقضاء مدة الخيار (الشرح
٧١/٤). وكذلك صاحب الكافى (٥٠/٢).

(٢) قال فى المحرر: (وإذا لم يعلم العيب حتى عاب عنده كوطء البكر تعين له الأرش) المحرر (٣٢٥/١).

(٣) ذكر الإطلاق فى الكافى (على وجهين) الكافى (٤٩/٢).

(٤) ذكر الروايتين فى الشرح إحداهما: ليس له الرد وله أَرش العيب القديم. الثانى: له الرد ويرد أَرش
العيب الحادث عنده ويأخذ الثمن وإن شاء أمسكه وله الأرش. الشرح (٨٩/٤).

٤٠٦ كتاب البيع

والفروع، وغيرهم.

وعنه: يلزمه أيضا مهر البكر.

تنبیهان

أحدهما: أرش العيب الحادث عنده: هو ما نقصه مطلقا.

الثاني: على رواية التخيير: يلزم المشتري - إذا رده - أرش العيب الحادث عنده، ولو أمكن زوال العيب. على الصحيح من المذهب.

وعنه: لا يلزمه أرشه إن أمكن زواله قبل رده. وإن زال بعد الرد ففي رجوع مشتر على بائع بما دفعه إليه احتمالان. وأطلقهما في الفروع.

قلت: الذي يظهر عدم الرجوع.

قوله: ﴿قَالَ الْحَرَقِيُّ: إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْبَائِعُ دَلَسَ الْعَيْبَ. فَيُلْزَمُهُ رَدُّ الثَّمَنِ كَامِلًا﴾.

وهو المذهب^(١). أعنى فيما إذا دلس البائع [العيب].

قال الزركشي: هو المذهب المنصوص المعروف.

قال في الفروع، ونصه: له رده بلا أرش إذا دلس البائع العيب.

قال في القواعد الفقهية: هذا المنصوص.

قال الشيخ تقي الدين: يرجع المشتري بالثمن على الأصح.

قال في الكافي^(٢): والمنصوص أنه يرجع بالثمن، ولا شيء عليه.

قلت: نص عليه في رواية حنبل، وابن القاسم. وقدمه في الكافي^(٣)،

والمستوعب، والشرح^(٤)، وشرح ابن رزين، والحاوي.

قال القاضي: ولو تلف المبيع عنده، ثم علم أن البائع دلس العيب: رجع بالثمن

كله. نص عليه في رواية حنبل.

(١) ذكرها بتمامها في الشرح وقال: معنى دلس العيب أى: كتمه عن المشتري أو غطاه عنه. ما يوهم

المشتري عدمه مشتق من الدلسة وهى الظلمة فكان البائع يستر العيب (الشرح (٩١/٤). الحرر

(٣٢٥/١). الكافي (٤٩/٢).

(٢) ذكره في الكافي بنصه (٤٩/٢).

(٣) الكافي (٤٩/٢).

(٤) الشرح (٩١/٤).

كتاب البيع..... ٤٠٧
قال الإمام أحمد - رحمه الله - في رجل اشترى عبداً، فأبقى وأقام البينة: إن كان إياقة موجوداً في يد البائع: يرجع على البائع بجميع الثمن. لأنه غرر بالمشتري. ويتبع البائع عبده حيث كان. انتهى.

قلت: وهذا هو الصواب الذي لا يعدل عنه.

فعلى هذا: قال المصنف، والشارح، وصاحب الفائق: سواء كان التلف من فعل الله، أو من فعل المشتري، أو من فعل أجنبي، أو من [فعل] العبد. وسواء كان مُذهباً للجمله أو لبعضها.

قال في الفائق: قلت: لم ينص أحمد على جهات الإلتلاف. والمنقول: هو في الإباق. انتهى.

قال في القواعد: وهذا التفصيل - بين أن يكون التلف بانتفاعه، أو بفعل الله، كما حمل القاضى عليه رواية ابن منصور - أصح. وهذا ظاهر كلام أبي بكر.

قال المصنف هنا: ويحتمل أن يلزمه عوض العين إذا تلفت، وأرش البكر إذا وطئها. لقوله - عليه أفضل الصلاة والسلام - «الخراج بالضمآن» وكما يجب عوض لبن المصرة.

يعنى بهذا الاحتمال إذا دلس البائع العيب. واختاره المصنف، وأبو الخطاب في الإلتصار. وإليه ميل الشارح.

قال الزركشى: وهذا هو الصواب. وقدمه في المحرر (١). وحكاه رواية. وكذلك صاحب التلخيص. لكنه إنما حكاه في التلف في أن المشتري لا يرجع إلا بالأرش.

قال في القاعدة الثانية والثمانين: وحكى طائفة من المتأخرين رواية بذلك.

فائدة: لو كان كاتباً أو صائغاً، فنسى ذلك عند المشتري. فهو عيب حدث. اختاره المصنف والشارح. وقدمه في الرعاية الصغرى، والحاوى الصغير، والفائق

وعنه: يرده مجاناً. ونص عليه في الكتابة. وقدمه في الرعاية الكبرى، والحاوى الكبير. وجزم به في المستوعب، والتلخيص. وقال: نص عليه.

قوله: ﴿وَإِنْ أَعْتَقَ الْعَبْدَ﴾. أى: يُغَيِّرُ عَالَمَ بَعِيهِ: ﴿رَجَعَ بِأَرَشِهِ﴾.

يعنى يتعين له الأرش، ويكون ملكاً له. وهو المذهب (٢) مطلقاً. وعليه الأصحاب.

(١) حكى في المحرر هذه الرواية (المحرر ١/٣٢٥).

(٢) قال في الشرح: (إذا زال ملك المشتري عن المبيع بعق أو موت قبل علمه بالعيب فله الأرش) الشرح

(٩١/٤) ذكره أيضاً في المغنى (٤/٢٤٩). الكافى (٢/٥٠) المحرر (١/٣٢٥).

٤٠٨ كتاب البيع

قال جماعة من الأصحاب - منهم: صاحب التلخيص، والرعاية، وغيرهما - وإن أعتقه عن واجب - وعييه لا يمنع الإجزاء - فله أرشه.

وعنه: إن أعتقه عن واجب جعل الأرش في الرقاب، وإن كان غير واجب كان له.

وحكى جماعة - منهم المصنف، والشارح، وصاحب الفائق - هذه الرواية مطلقاً. يعنى سواء كان العتق عن واجب أو غيره. فإن الأرش يكون في الرقاب.

قال في الفروع: ويحتمل أن لا أرش.

ويتخرج من خيار الشرط: أن يفسخ، ويغرم القيمة. ذكره كثير من الأصحاب. تنبيه: في قوله «وإن أعتق العبد» إشارة إلى أنه لو عتق عليه للقرابة: لا أرش له. وهو صحيح. وحزم به في الفروع

قلت: لو قيل بوجوب الأرش لكان متجهها، بل فيه قوة.

قوله: ﴿أَوْ تَلَفَ الْمَبِيعُ رَجَعَ بِأَرَشِهِ﴾.

يعنى يتعين له الأرش. وهذا المذهب (١). وعليه أكثر الأصحاب. ويتخرج أن يفسخ ويغرم القيمة.

وخرج القاضى فى خلافة: أنه يملك الفسخ ويرد بدلها من رد المشتري أرش العيب الحادث عنده. وذكر أنه قياس المذهب. وتابعه عليه أبو الخطاب فى انتصاره. وحزم به ابن عقيل فى فصوله من غير خلاف.

وقال ابن رجب، عن المذهب: هو ضعيف. ذكره فى القاعدة التاسعة والخمسين.

قوله: ﴿وَكَذَلِكَ إِنْ بَاعَهُ غَيْرَ عَالِمٍ بَعِيهِ﴾.

يعنى يتعين له الأرش. وهو المذهب. نص عليه. وعليه جماهير الأصحاب. وحزم به فى الوجيز وغيره. وقدمه فى المحرر (٢) والفروع، والشرح (٣)، والحاوى، وغيرهم. واختاره القاضى، والمصنف، والشارح، وغيرهم.

ويتخرج من خيار الشرط: أن يفسخ ويغرم القيمة.

(١) قال فى المحرر: (تعين له أرشه لا غير) المحرر (٣٢٥/١) المغنى (٢٤٩/٤) الكافى (٥٠/٢) الشرح (٩١/٤).

(٢) قاله فى المحرر: (فله الأرش لا غير). المحرر (٣٢٥/١).

(٣) ذكره فى الشرح (٩١/٤).

كتاب البيع..... ٤٠٩

وذكر أبو الخطاب رواية أخرى - فيمن باعه - ليس له شيء إلا أن يرد إليه المبيع. فيكون له حينئذ الرد أو الأرش. وهو ظاهر كلام الخرقي. قاله المصنف، والشارح، والزرکشی، وغيرهم. وكذا إن أخذ المشتري الثاني من المشتري الأول الأرش، فله الأرش من البائع الأول.

فائدة: لو باعه المشتري لباعه: كان له رده على البائع الثاني، ثم للثاني رده عليه. وفائدته: اختلاف الثمنين. وهذا المذهب. وفيه احتمال أن لا رد هنا.

قوله: ﴿وَكَذَلِكَ إِنْ وَهَبَهُ﴾.

أى: غير عالم بالعيب. يعنى يتعين له الأرش. وهو المذهب. جزم به القاضى وغيره. وقدمه فى المحرر^(١)، والفروع.

وعنه: الهبة كالبيع، فيها الروايتان. وأطلقهما فى الشرح^(٢).

ويتخرج من خيار الشرط: أن يفسخ، ويغرم القيمة.

فائدة: حيث زال ملكه عنه، وأخذ الأرش: فإنه يقبل قوله فى قيمته. ذكره فى المنتخب. واقتصر عليه فى الفروع.

قوله: ﴿وَإِنْ فَعَلَهُ عَالِمًا بِعَيْبِهِ فَلَا شَيْءَ لَهُ﴾.

وكذا لو تصرف فيه بما يدل على الرضى، أو عرضه للبيع، أو استغله. وهو المذهب^(٣) فى ذلك كله. وعليه جماهير الأصحاب. وقطع به كثير منهم. وذكره ابن أبى موسى، والقاضى، وغيرهما. واختلف كلام ابن عقيل فيه. وعنه له الأرش فى ذلك كله.

قال فى الرعاية الكبرى، والفروع: وهو أظهر. لأنه - وإن دل على الرضى - فمع الأرش كما ساكه.

قال فى القاعدة العاشرة بعد المائة: هذا قول ابن عقيل. وقال عن القول الأول:

فيه بعد.

(١) قال فى المحرر: (أو وهبه فله الأرش لا غير) المحرر (١/٣٢٥).

(٢) ذكر صاحب الشرح الروايتين إحداهما: أنها كالبيع لأنه لم يأس من إمكان الرد لاحتمال رجوع الموهوب إليه. الثانية: له الأرش وهو أولى لأنه لم يستدرك ظلما منه. أشبه الوئف وإمكان الرد ليس بمانع من أخذ الأرش) الشرح (٤/٩١).

(٣) قال فى الشرح: وإن باعه عالما بعيبه أو وهبه أو وقفه فلا شيء عليه لأن تصرفه فيه مع علمه بالعيب يدل على رضاه به أشبه ما لو صرح بالرضا). الشرح (٤/٩٢). الكافى (٢/٥٠). المغنى (٤/٢٥٠).

قال المصنف: وقياس المذهب: أن له الأرض بكل حال.

قال في التلخيص: وذهب إليه بعض أصحابنا.

قلت: وهو الصواب.

قال في الشرح^(١)، والفائق: ونص عليه في الهبة والبيع.

قوله: ﴿وَإِنْ بَاعَ بَعْضُهُ فَلَهُ أَرْضُ الْبَاقِي﴾.

يعنى يتعين له الأرض في الباقي. وهو المذهب^(٢). وعليه أكثر الأصحاب. وجزم به في الوجيز، وغيره. وقدمه في الفروع، وغيره. وصححه المصنف، والشارح وغيرهما.

قال المصنف والشارح: وذلك إذا كان البيع عينا واحدة أو عينين ينقصهما التفريق] ثم قالوا: وقد ذكر أصحابنا في غير هذا الموضوع فيما إذا كان المبيع عينين ينقصهما التفريق] لا يجوز رد أحدهما وحده.

وإن كان المبيع عينين لا ينقصهما التفريق: فهل له رد العين الباقية في ملكه؟ يتخرج على الروايتين في تفريق الصفقة.

وحمل كلام الخرقى على ما إذا دلس البائع العيب، كما تقدم. انتهى.

وعنه: له رده بقسطه. اختاره الخرقى. وهو قول المصنف.

وقال الخرقى: له رد ملكه منه بقسطه من الثمن أو أرض العيب بقدر ملكه منه.

قال ابن منجا في شرحه: والمنصوص جواز الرد كما قال الخرقى.

وبنى القاضى وابن الزاغونى وغيرهما الروايتين على تفريق الصفقة.

قال القاضى: وسواء كان المبيع عينا واحدة أو عينين.

قال المصنف، والشارح: والتفصيل الذى ذكرنا أولى.

ومثل ابن الزاغونى بالعينين.

فائدة: قول الخرقى «ولو باع المشتري بعضها» قال الزركشى: يحتمل أن يعود

(١) قال في الشرح وقياس المذهب أن (الأرض بكل حال لأن يبعه والتصرف فيه بمنزلة إمساكه ولأن

الأرض عوض الجزء الغائب من المبيع فلم يسقط بيعه). الشرح (٩٢/٤).

(٢) قال في الكافي: (وإن باع بعضه أو وهبه فله أرض الباقي) الكافي (٥٠/٢) قال في الشرح: (لأنه كان

له ذلك والأصل وفي كل ثابت بقاؤه في أرض المبيع ما ذكر) الشرح (٩٤/٤). قال في المحرر (وإن

باع بعضه فله أرض الباقي دون رده). المحرر (٣٢٥/١).

كتاب البيع..... ٤١١
الضمير إلى بعض السلعة المبيعة. وعلى هذا شرح ابن الزاغوني. فيأذن يكون اختيار
الخزقي جواز رد الباقي. وكذا حكى أبو محمد عنه.
وعلى هذا: إن حصل بالتشقيص نقص: رد أرشه، من كلامه السابق، إلا مع
التدليس.

ويحتمل أن يرجع إلى بعض السلعة المدلسة. وعلى هذا: لا يكون في كلامه تعرض
لرد الباقي فيما إذا كان المبيع غير مدلس. انتهى.

قوله: ﴿فِي أَرْضِ الْمَبِيعِ الرَّوَّائِيَّانِ﴾.

يعنى الروائيتين المتقدمين فيما إذا باع الجميع غير عالم بعيه.

وتقدم أن الصحيح من المذهب (١): يتعين له الأرش.

ونص الإمام أحمد هنا: لاشيء له مع تدليسه.

قوله: ﴿وَإِنْ صَبَّغَهُ أَوْ نَسَجَهُ فَلَهُ الْأَرَشُ﴾.

يعنى: يتعين له الأرش. وهذا المذهب.

قال في الكافي (٢): هذا المذهب.

قال في الفائق: يتعين له الأرش في أصح الروائيتين. وجزم به في الوجيز، والمنور،
ومنتخب الأزجى. وقدمه في الهداية، والخلاصة، والمغنى (٣)، والكافي (٤)، والهادى،
والتلخيص، والبلغة، والمحزر (٥)، والشرح (٦)، والرعايتين، والحاويين، والفروع،
وإدراك الغاية، وغيرهم.

(١) قال في المغنى: (وقياس المذهب أن له الأرش لأن له إمساك المبيع والمطالبة بأرشه، وهذا يتنزل منزلة
إمساكه مع العلم بعيه ولأن البائع لم يوفه ما أوجبه العقد فكان له الرجوع بأرشه ولأن الأرش عوض
عن الجزء الفائت بالعيب فلم يسقط بتصرفه فيما سواه) المغنى (٤/٢٥٠) ذكر نفس التعليل صاحب
الشرح (٤/٩٢) وعند صاحب المحزر على الروائيتين المحزر (١/٣٢٥) الكافي (٢/٥٠).
(٢) قال في الكافي: (وإن صبغ الثوب ثم وجده معيبا فله الأرش لا غير وعنه يرد ويكسب شريكا للبائع
بعيب الصبغ والأرل المذهب) المغنى (٢/٥٤).
(٣) قدمه صاحب المغنى (فله أرشه لا غير وهو الأولى) المغنى (٤/٣٢٥).
(٤) قدمه صاحب الكافي كما بينا في نقطة. الكافي (٢/٥٤).
(٥) قال في المحزر: (تعين له الأرش) المحزر (١/٣٢٥).
(٦) قال صاحب الشرح: (فله الأرش ولا رد له في أظهر الروائيتين. لأنه لا يمكن رده إلا برد شيء من ماله
معه فلم يسقط حقه من الأرش بامتناعه من رده كما لو تعيب عنده فطلب البائع أخذه مع أرش العيب
الحادث والأصل لا يسلمه فإنه يستحق أخذ الأرش إذا رده) الشرح (٤/٩٤).

٤١٢ كتاب البيع

وعنه: له الرد. ويكون شريكا بصيغه ونسجه. وأطلقهما في المذهب.

فعلى الرواية الثانية: لا يجبر البائع على بذل عوض الزيادة، ولا يجبر المشتري على قبوله لو بذله البائع. على الصحيح فيهما. قدمه في المغنى (١)، والشرح (٢)، والفروع، وغيرهم في الأولى. وجزم به في المغنى (٣)، والشرح (٤). وقدمه في الفروع في الثانية، وفي الأولى رواية: يجبر. قال الشارح رحمه الله: وهو بعيد. وفي الثانية وجه: يجبر أيضا.

فوائد

إحداها: لو أنعل الدابة وأراد ردها بالعيب نزع النعل. فإن كان النزع يعيها لم ينزع، ولم يكن له قيمة النعل على البائع، على أظهر الاحتمالين. قاله في التلخيص، والرعاية الكبرى.

وهل يكون إهمالا للنعل أو تمليكا، حتى لو سقط كان للبائع أو للمشتري؟ فيه احتمالان. وأطلقهما في التلخيص، والرعاية الكبرى.

قلت: الأولى: أن يكون تركه إهمالا. حتى لو سقط كان للمشتري.

الثانية: لو اشترى حلى فضة بوزنه دراهم، فوجده معييا: جاز له رده. وليس له أخذ الأرش. جزم به في المغنى (٥)، والشرح (٦)، والمحزر (٧)، والرعاية، والحاوي، وغيرهم.

قال في القاعدة التاسعة والخمسين: وهو الصحيح.

قلت: فيعابى بها.

فإن حدث به عيب عند المشتري فعنه يرده، ويرد أرش العيب الحادث عنده، ويأخذ ثمنه. وقدمه في الرعاية الكبرى.

وقال القاضى: ليس له رده لإفضائه إلى التفاضل. ورده المصنف والشارح.

(١) قال في المغنى: (وإن قال البائع أنا أخذه وأعطى قيمة الصبغ لم يلزم المشتري ذلك) المغنى (٣٢٥/٤).

(٢) قال أيضا في الشرح: (أنا أخذه وأعطى قيمة الصبغ لم يلزم المشتري ذلك) الشرح (٩٤/٤).

(٣) المغنى (٢٥٣/٤).

(٤) الشرح (٩٤/٤).

(٥) قاله في المغنى: (لإفضائه إلى التفاضل فيما يجب التماثل فيه) المغنى (٢٤٩/٤).

(٦) ذكر أيضا في الشرح: (لإفضائه إلى التفاضل فيما يجب فيه التماثل) الشرح (٩٦/٤).

(٧) (ذكرها المحزر في النقدين ضمنا) المحزر (٣٢١).

كتاب البيع ٤١٣

قال فى الفائق: وقول القاضى ضعيف.

والرواية الثانية: يفسخ الحاكم البيع، ويرد البائع الثمن. ويطالب بقيمة الحلى. لأنه لا يمكن إهمال العيب، ولا أخذ الأرش. وهذا المذهب. قدمه فى الفروع، والفائق. وأطلقهما فى المغنى (١)، والشرح (٢).

واختار المصنف: أن الحاكم إذا فسخ وجب رد الحلى وأرش نقصه. واختاره فى التلخيص، والفائق.

الثالثة: لو باع قفيزا مما يجرى فيه الربا بمثله، فوجد أحدهما بما أخذه عيب ينقص قيمته دون كياله: لم يملك أخذ أرشه، لتلا يفضى إلى التفاضل.

والحكم فيه كما ذكرنا فى الحلى بالدرهم.

قال فى الفروع: وله الفسخ فى ربوى يجنسه مطلقا للضرورة.

وعنه: له الأرش.

وقيل: من غير جنسه، على «مدَّ عجوة».

وفى المنتخب: يفسخ العقد بينهما. ويأخذ الجيد ربه، ويدفع الردء إليه. انتهى.

وقال فى القواعد: لو اشترى ربويا يجنسه. فبان معيبا، ثم تلف قبل رده: ملك الفسخ، ويرد بدله. ويأخذ الثمن. انتهى.

الرابعة: لو باع شيئا بذهب، ثم أخذ عنه دراهم، ثم رده المشتري بعيب قديم: رجع المشتري بالذهب لا بالدراهم. نص عليه.

ويأتى نظيرها فى آخر باب الإجارة.

قوله: ﴿وَإِنْ اشْتَرَى مَا مَأْكُولُهُ فِي جَوْفِهِ، فَكَسَرَهُ، فَوَجَدَهُ فَاسِدًا. فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَكْسُورًا قِيَمَةٌ - كَبَيْضِ الدَّجَاجِ - رَجَعَ بِالثَّمَنِ كُلِّهِ﴾.

(١) قال فى المغنى: (فإن حدث به عيب عند المشتري فعلى إحدى الروايتين. إحداهما: برده ويرد أرش العيب الحادث عنده ويأخذ ثمنه وعلى الرواية الأخرى يفسخ الحاكم البيع ويرد البائع الثمن ويطالب بقيمة الحلى لأنه لم يمكن إهمال العيب ولا أخذ الأرش) المغنى (٢٤٩/٤).

(٢) ذكر أيضا صاحب الشرح هاتين الروايتين. إحداهما: برده ويرد أرش العيب الحادث عنده ويأخذ ثمنه. الثانية: يفسخ الحاكم البيع ويرد البائع الثمن ويطالب بقيمة الحلى لأنه لم يمكن إهمال العيب ولا أخذ الأرش.

هذا المذهب^(١). وعليه جماهير الأصحاب.

قال المصنف، والشارح، وصاحب الفائق وغيرهم: هذا ظاهر المذهب.

قال الزركشى: هذا المذهب. وحزم به فى الوجيز، وغيره. وقدمه فى الفروع، وغيره.

وعنه: لا شىء للمشتري، إلا مع شرط البائع سلامته. وقدمه ابن رزين فى شرحه.

قوله: ﴿وَإِنْ كَانَ لَهُ مَكْسُورًا قِيمَةً - كَبَيْضِ النَّعَامِ، وَجَوْزِ الْهِنْدِ - وَكَذَا الْبَطِيخِ
الذى فيه نفع ونحوه. فَلَهُ أَرْضُهُ﴾.

يعنى يتعين له الأرض. وهو إحدى الروايات. وقدمه فى الرعايتين، والحاويين.

وعنه: ينجز بين أرضه وبين رده ورد ما نقص وأخذ الثمن. وهذا المذهب.

قال الزركشى: هذا أعدل الأقوال. واختاره الخرقي، والمصنف، وصاحب

التلخيص، والشارح. وحزم به فى الوجيز. وقدمه فى الهداية، والخلاصة، والتلخيص،
والحرر^(٢)، والشرح^(٣)، والنظم، وشرح ابن رزين، وإدراك الغاية وغيرهم.

وقيل: يتعين له الأرض إذا زاد فى الكسر على قدر الاستعلام. وإن لم يزد خبير.

وهو رواية فى الشرح^(٤).

وعنه: ليس له رده، ولا أرض فى ذلك كله. يعنى إلا أن يشترط البائع سلامته.

(١) ذكره فى الشرح على أظهر الروايتين فقال: (يرجع عليه لأن عقد البيع اقتضى السلامه من عيب لم يطلع عليه المشتري فإن بان معيها ثبت له الخيار كالعبد ولأن البائع إنما يستحق ثمن العيب دون الصحيح لأنه لم يملكه صحيحاً فلا معنى لإيجاب كله، وإن كان مما لا قيمة له مكسوراً كبيض الدجاج الفاسد والرمان الأسود والجوز الخرب رجح بالثمن كله هذا يعنى فساد العقد من أصله لكونه وقع على ما لا نفع فيه فهو كبيع الحشرات) الشرح (٩٤/٤). ذكره فى الكافى أيضاً وواقفه (٥٣/٢).

ذكره فى المغنى بتمامه كما فى الشرح (المغنى ٢٥٢/٤) ذكره صاحب الحرر (٣٢٥/١).

(٢) قال فى المغنى: (إن مما لمعيبه قيمة كجوز الهند وبيض النعام والبطيخ الذى فيه نفع ونحوه فإذا كسره نظرت فإن كان كسراً لا يمكن استعمال المبيع بدونها فالمشتري مخير بين رده ورد أرض الكسر وأخذ الثمن وبين أخذ أرض عيبه وهو قسط ما بين صحيحه ومعيبه وهو ظاهر كلام الخرقي / المغنى (٢٥٢/٤) وذكر أيضاً صاحب الكافى ظاهر كلام الخرقي بتمامه (٥٣/٢) وكذلك فى الشرح (٩٥/٤). وأيضاً فى الحرر (٣٢٥/١).

(٣) ذكره فى الشرح فقال: (والمشتري مخير بين رده وأرض الكسر وأخذ الثمن وبين أخذ أرض العيب وهى إحدى الروايتين عن أحمد) الشرح (٩٥/٤).

(٤) ذكر فى الشرح (لو كان لا يمكنه استعمال المبيع بدونها فالمشتري مخير بين رده وأرض الكسر وأخذ الثمن وبين أخذ أرض عيبه فإذا زاد على ذلك تعين له الأرض فقط) الشرح (٩٥/٤).

كتاب البيع..... ٤١٥

وأطلقهن في المذهب. والأولى: وجه فيه، وتخرّج في الهداية.

وقال في الفروع - في الذى لمكسوره قيمة - فعنه: له الأرش. وعنه: له رده. وخيره الخرقى بينهما. انتهى.

فالرواية الثانية، التى ذكرها: لم أرها لغيره.

تنبيه: قوله: «فكسره فوجده فاسداً» اعلم أنه إذا كسر الذى لمكسوره قيمة. فتارة يكسره كسرا لا تبقى له معه قيمة، وتارة يكسره كسرا لا يمكن استعمال المبيع بدونه، وتارة يكسره كسراً يمكن استعماله بدونه.

فإن كسره كسراً لا تبقى له معه قيمة، فهنا يتعين له الأرش. قولاً واحداً.

وإن كسره كسرا يمكن استعماله بدونه، فظاهر كلام المصنف فى قوله: «ورد ما نقصه» أنه يرد أرش الكسر. وهو الصحيح. وهو ظاهر ما جزم به الخرقى. وجزم به فى الوجيز وغيره [والرعاية الصغرى، والحاوين، وغيرهم] وقدمه فى التلخيص، والبلغة، وشرح ابن رزين، [والرعاية الكبرى] والمعنى^(١)، والشرح^(٢)، ونصراه.

وقال القاضى: عندى له الرد بلا أرش عليه لكسره. لأنه حصل بطريق استعمال العيب، والبائع سلطه عليه. وأطلقهما فى الفروع.

وقيل: يخرج على الروائين - فيما إذا تعيب عند المشتري - على ما تقدم ذكره فى التلخيص، والبلغة.

وإن كسره كسراً يمكن استعماله بدونه. فهو على الروائين - فيما إذا تعيب عند المشتري - على ما تقدم.

قال الزركشى: نعم - على قول القاضى فى الذى قبله - إذا رده: هل يلزمه أرش الكسر أم لا يلزمه إلا الزائد على استعمال المبيع؟ محل تردد. انتهى.

قال المصنف، والشارح، وابن رزين: حكمه حكم الذى قبله عند الخرقى، والقاضى. انتهوا.

قلت: يشبه ما قال الزركشى ما قالوا فيما إذا وكله فى بيع شىء. فباعه بدون ثمن المثل، أو بأنقص مما قدره. ولنا: يصح، ويضمن النقص. فإن فى قدره وجهين.

أحدهما: هو ما بين ما باع به وثمان المثل.

(١) ذكره فى المعنى (حيث قال: لأنه نقص لم يمنع الرد فلزم رد أرشه المعنى) (٢٥٢/٤).

(٢) ذكر فى الشرح كما فى المعنى (الشرح) (٩٥/٤).

٤١٦ كتاب البيع

والثاني: هو ما بين ما يتغابن به الناس ومالا يتغابنون. على ما يأتي في الوكالة.
قوله: ﴿وَمَنْ عَلِمَ الْعَيْبَ، ثُمَّ أَخَّرَ الرَّدَّ: لَمْ يَبْطُلْ خِيَارُهُ، إِلَّا أَنْ يُوجَدَ مِنْهُ مَا يَدُلُّ عَلَى الرِّضَى، مِنَ التَّصَرُّفِ وَنَحْوِهِ﴾.

اعلم أن خيار العيب على التراخي، ما لم يوجد منه ما يدل على الرضى. على الصحيح من المذهب^(١). نص عليه. وعليه جماهير الأصحاب. وقطع به كثير منهم.
وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله: يجبر المشتري على رده أو أرشه. لتضرر البائع بالتأخير.

وعنه: أنه على الفور. قطع به القاضى فى الجامع الكبير فى موضع منه.
قال فى التلخيص: وقيل عنه رواية: أنه على الفور. انتهى.
وقيل: السكوت بعد معرفة العيب رضى.

تنبيه: قوله «إلا أن يوجد منه ما يدل على الرضى من التصرف» مبنى على الصحيح من المذهب. وقد تقدم رواية - اختارها جماعة - أنه لو تصرف فيه بما يدل على الرضى: أن له الأرش. عند قوله: «وإن فعله عالما بعيبه فلا شيء له».
وقوله: «من التصرف ونحوه» كاختلاف المبيع ونحو ذلك: لم يمنع الرد. لأنه ملكه. فله أخذه.

قال فى عيون المسائل: أو ركبها لسقيها أو علفها.
وقال المصنف فى المغنى^(٢)، والشارح، وغيرهما: إن استخدم المبيع لا للاختبار: بطل رده بالكثير، وإلا فلا.

قال المصنف: وقد نقل عن الإمام أحمد رحمه الله فى بطلان خيار الشرط بالاستخدام روايتان. فكذا يخرج هنا، واختاره.

وقال: هو قياس المذهب. وقدمه فى المستوعب. وذكر فى التنبيه ما يدل عليه.

(١) ذكره فى الشرح: لأنه خيار لدفع الضرر المتحقق فكان على التراخي كخيار [القصاص] الشرح (٩٥/٤). ذكره فى الكافى على إحدى الروايتين. فذكر أنه على التراخي لأنه خيار لدفع الضرر المتحقق فكان على التراخي كخيار القصاص فعلى هذا هو على خياره ما لم يوجد منه ما يدل على الرضى من التصرف. الكافى (٥١/٢). والمحزر (٣٢٤/١). المغنى (٢٣٨/٤).

(٢) ذكره صاحب المغنى فقال: (وإن استخدم الأمة ليختبرها أو ليس القميص ليعرف قدره لم يسقط خياره وإن استخدمها لغير ذلك استخدما كثيرا بطل رده فإن كانت يسيره لا تختص بالملك لم يبطل الخيار) المغنى (٢٥٠/٤).

كتاب البيع..... ٤١٧

فقال: والاستخدام والركوب لا يمنع أرش العيب، إذا ظهر قبل ذلك أو بعده. والإمام أحمد رحمه الله - في رواية حنبل - إنما نص أنه يمنع الرد. فدل أنه لا يمنع الأرش.

وقيل: ركوب الدابة لردّها رضى. ذكره فى الفائق، وغيره.

فائدتان

إحدهما: قال الشيخ تقى الدين رحمه الله فى شرح المحرر: لو اشترى رجل سلعة. فأصاب بها عيبا، ولم يخرّ الفسخ، ثم قال: إنما أبقيتها لأننى لم أعلم أن لى الخيار: لم يقبل منه. ذكره القاضى أصلا فى المعتقة تحت عبد، إذا قالت: لم أعلم أن لى الخيار.

وخالفه ابن عقيل فى مسألة المعتقة. ورافقه فى مسألة الرد بالعيب. انتهى.

الثانية: خيار الخلف فى الصفة على التزاحى. قاله فى المحرر (١)، والرعاية، والفروع، والفائق، وغيرهم.

وتقدم ذلك مستوفى عند بيع الموصوف، فى كتاب البيع.

وكذا الخيار لإفلاس المشتري. قاله فى المحرر (٢)، والفائق، والرعاية، والحاوى وغيرهم.

وتقدم أن الشيخ تقى الدين رحمه الله قال: يخرّ فى العيب على الرد أو الأرش، إن تضرر البائع. فكذا هنا.

قوله: ﴿وَإِنْ اشْتَرَى اثْنَانِ شَيْئًا، وَشَرَطَا الْخِيَارَ، أَوْ وَجَدَاهُ مَعِيًّا فَرَضِيَ أَحَدَهُمَا. فَلِلْآخَرِ الْفَسْخُ﴾.

هذا المذهب (٣) فيهما. وعليه أكثر الأصحاب. وجزم به فى الوجيز وغيره. وقدمه فى المحرر (٤)، والفروع، والحاوى، وغيرهم. ونصره المصنف، والشارح وغيرهما كما لو ورثا خيار عيب.

(١) ذكره صاحب المحرر (ولا يبطل خيار العيب إذا أخره ومثله خيار الخلف فى الصفة) المحرر (١/٣٢٤).

(٢) قال فى المحرر: (ومثله الخيار لإفلاس المشتري بالثمن) المحرر (١/٣٢٤).

(٣) قدمه صاحب المعنى فى الروايتين قال: ففيه روايتان إحداهما: لمن لم يرض الفسخ. المعنى (٤/٢٤٨) وكذلك صاحب الكافي قدمه فى إحدى الروايتين. الكافي (٢/٥١) وقدمه أيضا صاحب الشرح (٤/٩٦). وأيضا صاحب المحرر (١/٣٢٦).

(٤) قدمه صاحب المحرر بقوله: (وإذا اشترى اثنان شيئا وشرطا الخيار أو بان معييا فلا أحدهما رد نصيبه وحده، وعنه ليس له ذلك فى المعيب) المحرر (١/٣٢٦).

٤١٨ كتاب البيع

وعنه: ليس لهما ذلك فيهما. قاله في الرعاية من عنده في مسألة الشراء. إن قلنا هو كعقدين: فله الرد. وإلا فلا.

وتقدم في أواخر كتاب البيع أنه كعقدين، على الصحيح من المذهب. ويأتي في الشفعة.

تنبه: قال في الفروع، وقياس الأول: للحاضر منهما نقد نصف ثمنه وقبض نصفه. وإن نقده كله: قبض نصفه. وفي رجوعه: الروايتان. ذكره في الوسيلة وغيرها.

وعلى الأول: لو قال: بعثكما. فقال أحدهما: قبلت جاز. وإن سلمنا فكملاقة فعله ملك غيره. وهنا لاقي فعله ملك نفسه. ذكره بعضهم في طريقته.

فائدتان

إحدهما: لو اشترى واحد من اثنين شيئاً، وظهر به عيب: فله رده عليهما، ورد نصيب أحدهما، وإمساك نصيب الآخر. لأنه يرد على البائع جميع ما باعه. ولم يحصل برده تشقيص. لأنه كان مشقفاً قبل البيع.

وقال في الرعاية: ويحتمل المنع. ثم قال من عنده: وإن قلنا هو كعقدين: جاز وإلا فلا.

الثانية: لو ورث اثنان خيار عيب، فرضى أحدهما: سقط حق الآخر في الرد.

قوله: ﴿وَإِنْ اشْتَرَى وَاحِدًا مَعْيَيْنِ صَفْقَةً وَاحِدَةً. فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا رَدُّهُمَا أَوْ إِمْسَاكُهُمَا وَالْمُطَالَبَةُ بِالْأَرْضِ﴾.

وهو الصحيح من المذهب. جزم به في الوجيز، وتذكرة ابن عبدوس، ومنتخب الأزجى. واختاره القاضى. وقدمه فى الشرح^(١)، والنظم، والرعايتين، والحاويين، وشرح ابن منجا.

وعنه: له رد أحدهما بقسطه من الثمن. وأطلقهما فى الفروع.

قوله: ﴿وَإِنْ تَلَفَ أَحَدُهُمَا فَلَهُ رَدُّ الْبَاقِي بِقِسْطِهِ﴾.

هذا إحدى الروايتين. جزم به فى الوجيز، ومنتخب الأزجى. وقدمه فى

(١) قدمه فعلا صاحب الشرح (قال: وإن اشترى واحد معين صفقة واحدة ليس له إلا ردهما أو إمساكهما والمطالبة بالأرض قاله القاضى) الشرح (٩٧/٤).

كتاب البيع ٤١٩

الرعايتين، والحاويين، وشرح ابن منجا. وصححه الناظم.

وعنه: يتعين له الأرش. وأطلقهما في الشرح^(١).

قال ابن منجا في شرحه: وحكى المصنف في المغنى^(٢): أن الرد هنا مبنى على الروايتين في أحدهما.

فعلى هذا: إن قلنا ليس له رد أحدهما، فليس رد الباقي إذا تلف أحدهما. انتهى.

قوله: ﴿وَالْقَوْلُ فِي قِيمَةِ التَّالِفِ قَوْلُهُ، مَعَ يَمِينِهِ﴾.

وهو المذهب. وعليه أكثر الأصحاب. وجزم به في الشرح^(٣)، وشرح ابن منجا، والوجيز، وغيرهم.

قال في الفروع: قبل قول المشتري في قيمته في الأصح، وصححه في النظم وغيره. وقدمه في الرعايتين، والفائق، والحاوي، وغيرهم.

قيل: القول قول البائع في قيمته.

فائدة: الصحيح أن حكم هذه المسألة الآتية بعد ذلك. وعليه الأكثر.

وقال القاضى: ليس له في هذه المسألة رد أحدهما. وله الرد في المسألة الآتية.

قال في الحاوي الكبير: وإن بانا معيين: ردهما أو أمسكهما.

وقيل: هي كالمسألة الأولى. وهي ما إذا كان أحدهما معيياً. الآتية.

قوله: ﴿وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا مَعِيًّا فَلَهُ رَدُّهُ بِقِسْطِهِ﴾.

يعنى إذا أبى أن يأخذ الأرش.

وقوله: «فله رده» يعنى لا يملك إلا رده وحده. بدليل الرواية الثانية الآتية. وهذا

إحدى الروايتين. وجزم به في الوجيز، والمنور، ومنتخب الأزجى.

قال ابن منجا في شرحه: هذا المذهب.

وعنه: لا يجوز إلا ردهما أو إمساكهما. قدمه في الهداية، والخلاصة، والهادى

(١) ذكر الروايتين صاحب الشرح (فقال: فإن تلف أحدهما فله رد الباقي بقسطه من الثمن في إحدى

الروايتين. والثانية ليس له إلا أخذ الأرش مع إمساك الباقي منهما) الشرح (٩٧/٤).

(٢) قال في المغنى: (وإن تلف أحد المبيعين أو تعيب أو وجد الآخر أو بهما عيباً فأراد رده فالحكم على

الروايتين السابقتين المغنى (٢٤٨/٤).

(٣) قال في الشرح: (القول قول المشتري مع يمينه لأنه منكر لما يدعيه البائع من زيادة قيمته ولأنه بمنزلة

الغارم لأن قيمة التالف إذا زادت زاد قدر ما يقدمه فهو بمنزلة المستعير والغاصب) الشرح (٩٧/٤).

٤٢٠ كتاب البيع

والحرر^(١)، والرعايتين، والحاويين، والفائق، والنظم. وجزم به فى الفروق الزيرانية. وأطلقهما فى المذهب، والمعنى^(٢)، والكافى^(٣)، والشرح^(٤).

وعنه: له رد المعيب وحده، أو ردهما معا. قال فى الحرر^(٥): وهو الصحيح. قال فى الفائق: وهو الأصح. واختاره ابن عبدوس فى تذكرته. وأطلقهن فى الفروع. فائدة: مثل ذلك لو اشترى طعاما فى وعاءين. ذكره فى الترغيب وغيره. واقتصر عليه فى الفروع.

تنبيه: محل الخلاف فى ذلك: إذا كان المبيع مما لا ينقصه التفريق [أو مما لا يجرم فيه التفريق] بينهما، كما صرح به المصنف بعد ذلك.

قوله: ﴿وَإِنْ كَانَ الْمَبِيعُ مِمَّا يَنْقُصُهُ التَّفْرِيقُ كَمِصْرَاعَى بَابٍ وَزَوْجَى خُفٍّ، وَجَارِيَةٍ وَوَلَدِيهَا. فَلَيْسَ لَهُ رَدُّ أَحَدِهِمَا﴾.

[وقال فى الرعاية: وقيل: له رد أحدهما].

وهذا المذهب^(٦). وعليه الأصحاب. وقطع به كثير منهم، سواء كانا معيين أو أحدهما.

وقال فى الرعاية، وقيل: له رد أحدهما مع أرش نقص القيمة بالتفريق المباح. وقيل: إن تلف أحدهما فله رد المعيب الباقي مع أرش نقص قيمته بالتفريق. انتهى. تنبيه: قول المصنف «وجارية وولدها» كذا وجد فى نسخ مقروءة على المصنف. وزاد من أذن له فى الإصلاح «أو ممن يجرم التفريق بينهما» قاله ابن منجا فى شرحه. قلت: وفى تمثيل المصنف كفاية. ويقاس عليه ما ذكره. وقد نبه المصنف على

(١) قال فى الحرر: (ومن اشترى شيئين صفقة فبان لأحدهما عيب وأبى الأرش فليس له إلا ردهما) الحرر (٣٢٦/١).

(٢) أطلق صاحب المعنى وذكر الروائين: (إحدهما: ليس له إلا ردهما أو أخذ الأرش وإسآكهما. الثانية له رد المعيب وإسآك الصحيح) المعنى (٢٤٨/٤).

(٣) ذكر الروائين فى الكافى (٥٠/٢).

(٤) ذكر أيضا صاحب الشرح الروائين كما فى المعنى. الشرح (٩٧/٤).

(٥) ذكره صاحب الحرر قال: وعنه له الأمران وهو الصحيح. الحرر (٣٢٦/١).

(٦) ذكر فى الكافى (فإن كان مما ينقص التفريق كمصراعى باب وزوجى خف أو من لا يجرم التفريق بينهما كالأخوين فليس له إلا ردهما أو إسآكهما مع الأرش لأن فى رد أحدهما تفريقا محرما أو إضرارا بالبايع لنقصان قيمة المردود بالتفريق) الكافى (٥١/٢). الشرح (٩٧/٤) المعنى (٢٤٨/٤) الحرر (٣٢٦/١).

ذلك فى كتاب الجهاد.

قوله: ﴿وَإِنْ اِخْتَلَفَا فِي الْعَيْبِ: هَلْ كَانَ عِنْدَ الْبَائِعِ، أَوْ حَدَّثَ عِنْدَ الْمُشْتَرِي؟ فَفِي أَيِّهِمَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ؟ رَوَيْتَانِ﴾.

وأطلقهما فى المذهب، ومسبوك الذهب، والكافى (١)، والمغنى (٢)، والتلخيص، والبلغة، والشرح (٣)، وشرح ابن منجا، والرعاية الكبرى، والفروع، والفائق، والقواعد الفقهية، والزر كشى.

إحداهما: يقبل قول المشتري. صححه فى التصحيح، والنظم. قال فى إدراك الغاية: يقبل قول المشتري فى الأظهر. وقطع به الخرقى، وصاحب الوجيز، وناظم المفردات. وهو منها. وقدمه فى الهداية، والمستوعب، والخلاصة، وشرح ابن رزىن، والرعاية الصغرى، والحاويين.

والرواية الثانية: يقبل قول البائع. وهى أنصهما. واختارها القاضى فى الروايتين، وأبو الخطاب فى الهداية، وابن عبدوس فى تذكرته. وجزم بها فى المنور، ومنتخب الأدمى. وقدمها فى المحرر (٤).

وقال فى القواعد الفقهية: وفرق بعضهم بين أن يكون المبيع عيناً معينة، أو فى الذمة. فإن كان فى الذمة: فالقول قول القابض وجهها واحداً، لأن الأصل اشتغال ذمة البائع. فلم تثبت براءتها.

وقال فى الإيضاح: يتحالفان، كالحلف فى قدر الثمن. على ما يأتى إن شاء الله

(١) قال الكافى فيه روايتان: (إحداهما: القول قول البائع لأن الأصل عدم المبيع. الثانية: القول قول المشتري لأن الأصل عدم القبض للجزء الفائت وعدم استحقاق ما يقابله بالثمن) الكافى (٦١/٢).

(٢) فرق صاحب المغنى بين شيئين: الأول: هو لشيء الذى لا يمتثل إلا قولاً واحداً كالأصبع الزائده والشححة المندملة التى لا يمكن حدوثها فيها والجرح الطرى الذى لا يمتثل كونه قديماً فالقول قول من يدعى ذلك بغير يمين لأننا نعلم صدقه وكذب خصمه فلا حاجة إلى استحلانفه. الثانى: أن يمتثل قول كل واحد منهما كالخرق فى الثوب والرئى ونحوهما ففيه روايتان إحداهما: القول قول المشتري فيحلف بالله أنه اشتراه وبه هذا العيب أو أنه ما حدث عنده ويكون له الخيار لأن الأصل عدم القبض فى الجزء الفائت واستحقاق ما يقابله من الثمن ولزوم العقد فى حقه فكان القول قول من ينفى ذلك كما لو اختلف فى قبض البيع. الثانية: القول قول البائع مع يمينه فيحلف على حسب جوابه ويمينه على البت لا على نفى العلم لأن الأيمان كلها على البت لا على نفى فعل الغير) المغنى (٢٥١/٤).

(٣) ذكره فى الشرح كما فى المغنى الشرح (٩٨/٤).

(٤) قدمها صاحب المحرر بقوله: (وإن اختلفا هل حدث العيب قبل البيع أو بعده واحتملا فالقول قول البائع مع يمينه) المحرر (٣٢٧/١).

٤٢٢ كتاب البيع

تعالى.

فائدة: إذا قلنا: القول قول المشتري: فمع يمينه، ويكون على البت. قاله الأصحاب. وإن قلنا: القول قول البائع: فمع يمينه، وهي على حسب جوابه، وتكون على البت، على الصحيح من المذهب.

وعنه: على نفي العلم. ذكرها ابن أبي موسى.

قوله: ﴿إِلَّا أَنْ لَا يَحْتَمِلُ إِلَّا قَوْلَ أَحَدِهِمَا. فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ بِغَيْرِ يَمِينٍ﴾

وهو المذهب (١). وعليه جماهير الأصحاب. وأكثرهم قطع به.

وقيل: القول قوله مع يمينه. اختاره أبو الخطاب. قاله في المستوعب. وأطلقهما في الرعاية.

تبيه: محل الخلاف في أصل المسألة: إن لم يخرج عن يده. فإن خرج عن يده إلى يد غيره: لم يجوز له رده. نقله مهنا. واقتصر عليه في الفروع.

فوائد

إحداها: لو رد المشتري السلعة بعيب. فأنكر البائع أنها سلعته. فالقول قوله مع يمينه. لأنه منكر كون هذه سلعته، ومنكر استحقاق الفسخ. والقول قول المنكر.

الثانية: لو رد المشتري السلعة بخيار الشرط، فأنكر البائع أنها سلعته. فالقول قول المشتري. لأنهما اتفقا على استحقاق فسخ العقد، والرد بالعيب بخلافه.

وهذان الفرعان نص عليهما الإمام أحمد رحمه الله. وجزم بهما المصنف، والشارح، وصاحب [المحرر (٢)]، و[الفروع وغيرهم.

وقال في الرعاية الكبرى، قبيل باب السلم: وإن رده بعيب، فقال: ليس هذا المبيع الذي قبضته مني: صدق إن حلف؟ واختار فيها هذا إن كان عينه في العقد، وإن كان عينه بعده عما وجب في ذمته بالعقد: صدق المشتري إن حلف. انتهى.

الثالثة: لو باع سلعة بنقد أو غيره معين حال العقد. وقبضه البائع، ثم أحضره وبه عيب، وادعى أنه الذي دفعه إليه المشتري، وأنكر المشتري كونه الذي اشتري به،

(١) ذكره صاحب الشرح فقال: (فإن كان لا يحتمل إلا قول أحدهما كالأصبع الزائده والشجة المندمله التي لا يمكن حدوث مثلها والجرح الطارئ الذي لا يمكن كونه قديما فالقول قول من يدعى ذلك بغير يمين لأننا نعلم صدقه فلا حاجة إلى استحلانته) الشرح (٩٨/٤) المغني (٢٥١/٤) المحرر (٣٢٧/١).

(٢) قال في المحرر: (والقول قوله أي: المشتري في قدره وقيمته وصفته). المحرر (٣٣٢/١).

كتاب البيع..... ٤٢٣
ولا يئنة لواحد منهما: فالقول قول المشتري مع يمينه. لأن الأصل براءة ذمته، وعدم وقوع العقد على هذا العيب.

ولو كان الثمن في الذمة. ثم نقده المشتري، أو قبضه من قرض أو سلم أو غير ذلك مما هو في ذمته، ثم اختلفا كذلك، ولا يئنة: فالقول قول البائع. وهو القابض مع يمينه، على الصحيح من المذهب^(١). لأن القول في الدعاوى قول من الظاهر معه، والظاهر مع البائع. لأنه يثبت له في ذمة المشتري ما انعقد عليه العقد غير معيب، فلم يغفل.

قوله: ﴿فِي بَرَاءَةِ ذِمَّتِهِ﴾.

وجزم به في الفروق الزيرانية. وصححه في الحاوي الكبير في باب القبض في أثناء الفصل الرابع. وصححه في الحاوي الصغير في باب السلم.
وقال في الرعاية الكبرى — قبل القرض بفصل — ولو قال المسلم: هذا الذي أقبضتني وهو معيب. فأنكر أنه هذا: قدم قول القابض.
وقيل: القول قول المشتري، وهو المقبوض منه. لأنه قد أقبض في الظاهر ما عليه. وأطلقهما في الفروع، والرعاية الكبرى، في آخر باب القبض.
تنبيه: هذه طريقة صاحب الفروق، والرعاية، والحاويين، والفروع، وغيرهم في هذه المسألة.

وقال في القواعد في الفائدة السادسة: لو باعه سلعة بنقد معين ثم أتاه به. فقال: هذا الثمن وقد خرج معيًّا. وأنكر المشتري: ففيه طريقان.
أحدهما: إن قلنا النقود تتعين بالتعيين: فالقول قول المشتري. لأنه يدعى عليه استحقاق الرد. والأصل عدمه. وإن قلنا: لا يتعين فوجهان:
أحدهما: القول قول المشتري أيضًا. لأنه أقبض في الظاهر ما عليه.

والثاني: قول القابض. لأن الثمن في ذمته. والأصل اشتغالها به إلا أن يثبت براءتها منه. وهي طريقته في المستوعب.

الطريق الثانية: إن قلنا النقود لا تتعين: فالقول قول البائع وجهًا واحدًا. لأنه قد ثبت اشتغال ذمة المشتري بالثمن. ولم يثبت براءتها منه. وإن قلنا: تتعين فوجهان

(١) قال في المحرر: (فالقول قول البائع) المحرر (٣٣٢/١) الكافي (٥٩/٢) الشرح (١٠٩/٤) المغنى (٢٦٦/٤).

٤٢٤ كتاب البيع

مخرجان من الروايتين. فيما إذا ادعى كل [واحد] من المتبايعين أن العيب حدث عنده في السلعة.

أحدهما: القول قول البائع. لأنه يدعى سلامة العقد، والأصل عدمه. ويدعى عليه الفسخ. والأصل عدمه.

والثاني: قول القابض. لأنه منكر التسليم، والأصل عدمه.

وجزم صاحب المغنى^(١)، والمحرر^(٢)، بأن القول قول البائع، إذا أنكر أن يكون المردود بالعيب هو المبيع. ولم يحكي خلافاً، ولا فصلاً بين أن يكون المبيع في الذمة أو معيناً. نظراً إلى أنه يدعى على استحقاق الرد، والأصل عدمه.

وذكر الأصحاب مثل ذلك في مسائل الصرف.

وفرق السامري في فروقه بين أن يكون المردود بعيب وقع عليه معيناً. فيكون القول قول البائع، وبين أن يكون في الذمة، فيكون القول قول المشتري لما تقدم.

وهذا فيما إذا أنكر المدعى عليه العيب أن ماله كان معيناً.

أما إن اعترف بالعيب، وقد فسخ صاحبه، وأنكر أن يكون هو هذا المعين: فالقول قول من هو في يده. صرح به في التفليس في المغنى، معللاً بأنه قبل استحقاق ما ادعى عليه الآخر. والأصل معه. ويشهد له: أن المبيع في مدة الخيار إذا رده المشتري بالخيار، فأنكر البائع أن يكون هو المبيع، فالقول قول المشتري. حكاه ابن المنذر عن الإمام أحمد. لاتفاقهما على استحقاق الفسخ بالخيار.

وقد يبنى على ذلك: أن المبيع بعد الفسخ بعيب ونحوه: هل هو أمانة في يد المشتري، أو مضمون عليه؟ فيه خلاف.

وقد يكون ما أخذه أمانة عنده.

ومن الأصحاب من علل بأن الأصل براءة ذمة البائع مما يدعى عليه. فهو كما لو أقر بعين ثم أحضرها، فأنكر المقر له أن تكون هي المقر بها. فإن القول قول المقر مع يمينه. انتهى كلامه في القواعد.

الرابعة: لو باع الوكيل شيئاً، ثم ظهر المشتري على عيب. فله رده على الموكل

(١) جزم صاحب المغنى فقال: (فالقول قول البائع مع يمينه لأن البائع منكر كون هذه سلعته ومنكر لاستحقاق الفسخ والقول قول المنكر) المغنى (٢٥١/٤).

(٢) ذكره في المحرر بقوله: (فإن قال البائع ليس المبيع هذا المردود فالقول قوله) المحرر (٣٢٧/١).

كتاب البيع..... ٤٢٥

فإن كان مما يمكن حدوثه، فأقر الوكيل أنه كان موجودا حالة العقد، وأنكر الموكل. فقال أبو الخطاب: يقبل إقراره على موكله بالبيع.

قال المصنف: والأصح أنه لا يقبل. وصححه في الفائق.

وظاهر الشرح (١): الإطلاق.

الخامسة: لو اشترى جارية على أنها بكر. فقال المشتري: هي ثيب: أُرِيتُ النساء الثقات. ويقبل قول واحدة. فإن وطئها المشتري. وقال: ما وجدتها بكرا: خرج فيها الوجهان، بناء على العيب الحادث. قاله المصنف (٢) والشارح.

السادسة: لو باع أمة بعبد، ثم ظهر بالعبد عيب. فله الفسخ، وأخذ الأمة أو قيمتها لعنتق مشتر وليس لبائع الأمة التصرف فيها قبل الاسترجاع بالقول لأن ملك المشتري عليها تام مستقر. فلو أقدم البائع وأعتق الأمة أو وطئها: لم يكن ذلك فسخا، ولم ينفذ عتقه. قاله القاضي.

وذكر في الجرد، وابن عقيل في الفصول احتمالا أن وطئه استرجاع. ورده في القاعدة الخامسة والخمسين.

قوله: ﴿وَمَنْ بَاعَ عَبْدًا يَلْزَمُهُ عَقُوبَةٌ - مِنْ قِصَاصٍ أَوْ غَيْرِهِ - يَعْلَمُ الْمُشْتَرِي ذَلِكَ، فَلَا شَيْءَ لَهُ﴾. بلا نزاع ﴿وَإِنْ عَلِمَ بَعْدَ التَّيِّعِ فَلَهُ الرَّدُّ أَوْ الْأَرْشُ. وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ حَتَّى قَتَلَ فَلَهُ الْأَرْشُ﴾.

يعنى: يتعين له الأرش. وهذا المذهب (٣). وعليه الأصحاب. وهو من مفردات المذهب. وخرج مالك الفسخ، وغرم قيمته. وأخذ ثمنه الذي وزنه. ذكره في الرعاية. فائدة: لو كانت الجناية من العبد موجبة للقطع، قطعت يده عند المشتري: فقد تعيب عنده. لأن استحقاق القطع دون حقيقته. قاله المصنف، والشارح. وهل يمنع ذلك رده بعينه؟ على روايتين. قاله المصنف، والشارح.

(١) ذكر صاحب الشرح الإطلاق (حيث قال أبو الخطاب: يمثل إقراره على موكله بالبيع لأنه أمر يستحق به الرد فقبل إقراره الوكيل بذلك) الشرح (٩٨/٤).

(٢) ذكره في الشرح قال: خرج فيه وجهين بناء على الاختلاف في العيب الحادث. الشرح (٩٨/٤) المغنى (٢٥١/٤).

(٣) ذكره في الشرح قال: فله الأرش لتعذر الرد وهو قسط ما بين قيمته جانبا وغير جان ولا يبطل البيع من أصله ولأنه تلف عند المشتري بالبيع الذي كان فيه فلم يوجب الرجوع بجميع الثمن كما لو كان مريضا فمات بدائه أو مرتدا فيقبل برده ذكره في الشرح (٩٩/٤) ذكره صاحب المغنى (٢٥٤/٤).

٤٢٦ كتاب البيع

قلت: الذى يظهر: أن ذلك ليس بحدوث عيب عند المشتري. لأنه مستحق قبل البيع. غايته: أنه استوفى ما كان مستحقا. فلا يسقط ذلك حق المشتري من الرد.
قوله: ﴿وَالشَّرْكَةُ بَيْعٌ بَعْضُهُ بِقِسْطِهِ مِنَ الثَّمَنِ. وَيَصِحُّ بِقَوْلِهِ: أَشْرَكَكَ فِي نِصْفِهِ، أَوْ بِثُلْثِهِ﴾.

بلا نزاع (١) أعلمه. لكن لو قال «أشركتك» وسكت: صح. على الصحيح من المذهب. وينصرف إلى النصف. وقيل: لا يصح. فعلى المذهب: إن لقيه آخر، فقال: أشركنى — عالما بشركة الأول — فله نصف نصيبه. وهو الربع. وإن لم يكن عالما فالصحيح من المذهب: صحة البيع. وقيل: لا يصح.

فعلى المذهب: يأخذ نصيبه كله، وهو النصف. وهو الصحيح. اختاره القاضى. وقدبه فى الفروع.

قال فى القاعدة السابعة والخمسين: لو باع أحد الشريكين نصف السلعة المشتركة. هل يتنزل البيع على نصف مشاع. وإنما له نصفه وهو الربع، أو على النصف الذى يخصه بملكه. وكذلك فى الوصية؟ فيه وجهان.

واختار القاضى أنه ينزل على النصف الذى يخصه كله، بخلاف ما إذا قال له: أشركتك فى نصفه، وهو لا يملك سوى النصف. فإنه يستحق منه الربع. لأن الشركة تقتضى التساوى فى المالكين، بخلاف البيع.

والمصوص فى رواية ابن منصور: أنه لا يصح بيع النصف حتى يقول «نصيبى» وإن أطلق تنزل على الربع. انتهى.

وقيل: يأخذ نصف ما فى يده وهو الربع.

قلت: وهو الصواب.

وقيل: له نصف ما فى يده ونصف ما فى يد شريكه إن أجاز. وأطلقهن فى المعنى (٢)، والشرح (٣).

(١) ذكر فى الشرح (أنه إذا اشترى شيئا فقال له رجل: أشركنى فى نصفه بنصف الثمن فقال له: أشركتك صح وصار مشتركا بينهما إذا كان الثمن معلوما لهما) الشرح (٤/١٠٠).

(٢) ذكر فى المعنى الإطلاق على ثلاثة أوجه (أحدها: أن يصير له نصف العبد كله ولا يبقى للذى شركه شيء لأنه طلب منه نصف العبد فأجابه إلى ذلك. الثانى: أن ينصرف قوله شركتك فيه إلى نصف نصيبه و نصف نصيب شريكه فيبقى فى نصف نصيبه ويقف فى الزائد على إجازة صاحبه. الثالث: أن لا يكون للثانى إلا الربع بكل حال) المعنى (٤/٢٢٤).

(٣) ذكره فى الشرح على إحدى الروايتين لأن لفظ الشركة يقتضى بعض نصيبه ومساواة المشتري له فلو باع جميع نصيبه لم يكن له شركة لأنه لا يتحقق فيه ما طلب منه. الشرح (٤/١٠١). (وذكر فى الشرح الروايات الثلاث). كما فى المعنى الشرح (٤/١٠١).

كتاب البيع ٤٢٧

وعلى الوجهين الآخرين: لطالب الشركة - وهو الأخير منهما - الخيار، إلا أن يقول بوقفه على الإجازة في الوجه الثاني، ويميزه الآخر.

وإن كانت السلعة لاثنتين، فقال لهما آخر: أشركاني. فأشركاه معا. فله الثلث على الصحيح. صححه المصنف والشارح. وقدمه في الرعايتين، والفائق.

وقيل: له النصف. وقدمه ابن رزين في شرحه. وأطلقهما في الفروع، وإن أشركه كل واحد منهما منفردًا: كان له النصف، ولكل واحد منهما الربع.

وإن قال: أشركاني فيه، فشرکه أحدهما. فعلى الوجه الأول - وهو الصحيح - له السدس. وعلى الثاني: له الربع.

وإن قال أحدهما: أشركناك ابني على تصرف الفضولي. فإن قلنا به وأجازته، فهل يثبت له الملك في ثلثه أو نصفه؟ على الوجهين.

فائدة: لو اشترى قفيزًا وقبض نصفه. فقال له شخص: بعني نصف هذا القفيز، فباعه: انصرف إلى نصف المقبوض.

وإن قال: أشركني في هذا القفيز بنصف الثمن، ففعل: لم تصح الشركة إلا فيما قبض منه. فيكون النصف المقبوض بينهما. ذكره القاضي.

وقال المصنف: والصحيح أن الشركة تنصرف إلى النصف كله. فيكون بائعا لما يصح بيعه وما لا يصح. فيصح في نصف المقبوض في أصح الوجهين. ولا يصح فيما لم يقبض. كما قلنا في تفريق الصفقة.

قلت: وهو الصواب. وظاهر الشرح (١) الإطلاق.

قوله: ﴿وَالْمُرَابَحَةُ: أَنْ يَبِيعَهُ بِرَبْحٍ. فَيَقُولُ: رَأْسُ مَالِي فِيهِ مِائَةٌ. بَعْتُكَ بِهَا وَرَبْحٌ عَشْرَةٌ، أَوْ عَلَى أَنْ أَرَبِحَ فِي كُلِّ عَشْرَةٍ دِرْهَمًا﴾.

المسألة الأولى - وهو قوله: بعته بها وربح عشرة - لا يكره قولاً (٢) واحداً.

والمسألة الثانية - وهى قوله: على أن أربح فى كل عشرة درهما - مكروهة. نص

(١) ذكر الإطلاق صاحب الشرح (فقال: لأن البيع ينصرف إلى ما يجوز له بيعه وهو المقبوض والصحيح إن شاء الله أن الشركة تنصرف له، فيكون بائعا لما يصح بيعه وما لا يصح، فيصح في نصف المقبوض في أصح الوجهين ولا يصح فيما لم يقبض منا في تفريق الصفقة) الشرح (٤/١٠١).

(٢) ذكر صاحب الكافي الراية (بيع المراهمة أن يغير برأس ماله ثم يبيع به ويربح فيقول رأس مالى فيه مائة بعته بها وربح عشرة فهذا جائز غير مكروه لأن الثمن معلوم) الكافي (٤/٥٤٢). العبره (٢٣١) الشرح (٤/١٠٢). المغنى (٤/٢٥٩) المحرر (١/٢٣٠).

عليه في رواية الجماعة. وهو من المفردات.
 نقل الأثر: أنه كره بيعه بزيادة. وهو هذا.
 ونقل أبو الصقر: هو الربا. واقتصر عليه أبو بكر في زاد المسافر.
 ونقل أحمد بن حاشم: كأنه دراهم بدراهم. لا يصح.
 وقيل: لا يكره. وذكره رواية في الحاوي، والفائق. وجزم به في الرعاية الصغرى.
 وقدمه في الرعاية الكبرى، والحاوي الصغير.
 وحيث قلنا: إنه ليس بربا فالبيع صحيح بلا نزاع.
 قوله: ﴿وَالْمَوَاضِعَةُ: أَنْ يَقُولَ: بَعْتُكَ بِهَا وَوَضِيعَةٌ دِرْهَمٌ مِنْ كُلِّ عَشْرَةٍ. فَيَلْزَمُ
 الْمُشْتَرَى تِسْعُونَ دِرْهَمًا﴾.

وهذا الصحيح من المذهب^(١). وعليه أكثر الأصحاب. وجزم به في الوجيز،
 وغيره. وقدمه في الفروع وغيره.
 وقيل: يلزمه تسعون درهما وعشرة أجزاء من أحد عشر جزءا من درهم. كما لو
 قال: ووضيعة درهم لكل عشرة، أو عن كل عشرة. اختاره القاضى. ذكره فى
 التلخيص. وصححه فى الرعاية الكبرى. قال الشارح: وهذا غلط.
 وقيل: يلزمه تسعون درهما وتسعة أعشار درهم. وحكاها الأزجى رواية. قال فى
 الرعاية: وهو سهو. وهو كما قال.

فائدتان

إحدهما: متى بان الثمن أقل: حط الزيادة. ويحط فى المراجعة قسطها، وينقصه
 فى المواضعة. ولا خيار له فيها، على الصحيح من المذهب. نص عليه.
 قال فى الفروع: اختاره الأكثر. وعنه: بلى.
 الثانية: حكم بيع المواضعة - فى الكراهة وعدمها والصحة وعدمها - حكم بيع
 المراجعة على ما تقدم.

قوله: ﴿وَمَتَى اشْتَرَاهُ بِثَمَنِ مُوجَلٍ - وَلَمْ يُبَيِّنْ ذَلِكَ لِلْمُشْتَرَى فِى تَخْيِيرِهِ
 بِالْثَمَنِ، فَلِلْمُشْتَرَى الْخِيَارُ بَيْنَ الْإِمْسَاكِ وَالرَّدِّ﴾.

(١) عرف المواضعة فى الكافى (أن ينجى برأس المال ثم يبيع به ورضه كذا ويقول: ورضه درهم من كل
 عشرة حكمه حكم المراجعة فى تفصيله) الكافى (٢/٥٧). الشرح (٤/١٠٢). المحرر (١/٢٣٠).

كتاب البيع..... ٤٢٩

هذا إحدى الروايات. جزم به في الوجيز، وشرح ابن منجا. وصححه في الفائق. وقدمه في الرعاية.

وعنه: يأخذه مؤجلا. ولا خيار له. نص عليه. وهذا المذهب. وقدمه في الفروع، وقال: واختاره الأكثر. وأطلقهما في المحرر^(١).

فعلى الأول: إذا اختار الإمساك. فإنه يأخذه مؤجلا. على الصحيح. قدمه في الفروع، والرعاية، والمحرر^(٢)، وغيرهم. ويحتمله كلام المصنف هنا.

وعنه: يأخذه حالا أو يفسخ. ويحتمله كلام المصنف أيضا.

فوائد

الأولى: لو علم تأجيل الثمن بعد تلف المبيع: حبس الثمن بقدر الأجل. ويحتمل أن يبطل البيع. قاله في الرعاية.

الثانية: لو ادعى البائع غلطا، وأن الثمن أكثر مما أخيره به: لم يقبل قوله إلا بينة مطلقا. اختاره المصنف، والشارح. وحمل المصنف كلام الخزقي عليه. وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله، وقدمه ابن رزین في شرحه. وهو المذهب على ما اصططحناه في الخطبة.

وعنه: يقبل قوله: مطلقا مع يمينة. اختاره القاضى وأصحابه. وقدمه في الهداية والمستوعب، والخلاصة، والمحرر^(٣) ونظم المفردات، والرعايتين، والحاويين، والفائق. واختاره ابن عبدوس في تذكرته، والمحرر. وجزم به في المنور.

وقال ابن رزین في شرحه: وهو القياس. وللمشترى الخيار.

وعنه: يقبل قوله: إن كان معروفا بالصدق، وإلا فلا.

وعنه: لا يقبل قوله: وإن أقام بنية حتى يصدقه المشتري. وأطلقهن في الفروع، والزركشى. وأطلق الأولى والأخيرتين في الكافي^(٤).

(١) ذكر الإطلاق صاحب المحرر فقال: (وإن بان الثمن مؤجلا فله الأخذ به مؤجلا وهل له الفسخ على روايتين وعنه في المؤجل ليس له إلا الأخذ حالا أو الفسخ). المحرر (٣٣٠/١).

(٢) وقال صاحب المحرر (وإن بان الثمن مؤجلا فله الأخذ به مؤجلا). المحرر (٣٣٠/١).

(٣) ذكره في المحرر فقال: (ولو قال البائع: الثمن أكثر مما أخبرت به وقد غلظت قبل قوله مع يمينة) المحرر (٣٣٠/١).

(٤) ذكر صاحب الكافي الثلاث روايات: الأولى: لا يقبل قوله إلا بينة. لأنه مقر على نفسه فلم يقبل قوله في الغلط إلا بينة كالمضارب يقر بربح. الثانية: إن كان معروفا بالصدق قبل قوله: وإلا فلا لأنه لما دخل معه في المراجعة فقد ائتمنه والقول قول الأمين مع يمينة. الثالثة: لا يقبل قوله: وإن أقام بينه ما لم يصدقه المشتري لإقراره. الكافي (٥٧/٢).

٤٣٠ كتاب البيع

فإن لم يكن للبائع بينة، أو كانت له - وقلنا: لا يقبل - فادعى أن المشتري يعلم أنه غلط، وأنكر المشتري ذلك: فالقول قوله بلا يمين. على الصحيح من المذهب. اختاره القاضى. وقدمه فى الفروع.

وقال المصنف والشارح: الصحيح أن عليه اليمين. لأنه لا يعلم ذلك. وجزم به فى الكافى (١).

قلت: وهو الصواب. وأطلقهما الزركشى.

الثالثة: لو باعها بدون ثمنها علما: لزمه، على الصحيح من المذهب. وخرجها الأزجى على التى قبلها.

قوله: ﴿أَوْ بِأَكْثَرٍ مِنْ ثَمَنِهِ حَيْلَةً﴾.

مثل: أن يشتري من غلام دكانه لحر أو غيره، على وجه الحيلة: لم يجوز بيعه مراجعة حتى يتبين.

وإن لم يكن حيلة، فقال القاضى: إذا باع غلامه دكانه سلعة، ثم اشترى منه بأكثر من ذلك: لم يجوز بيعه مراجعة حتى يتبين أمره. وجزم به فى الكافى (٢)، وظاهر الفائق: إطلاق الخلاف.

قوله: ﴿أَوْ بَاعَ بَعْضَ الصَّفَقَةِ بِقِسْطِهَا مِنَ الثَّمَنِ، وَلَمْ يُبَيِّنْ ذَلِكَ لِلْمُشْتَرِي فِي تَخْيِيرِهِ بِالثَّمَنِ. فَلِلْمُشْتَرِي الْخِيَارُ﴾.

هذا المذهب. سواء كانت السلعة كلها له أو البعض المبيع، إذا كان الجميع صفقة واحدة. وعليه الأصحاب. جزم به فى المحرر (٣)، والوجيز، وغيرهما. وقدمه فى المغنى (٤)، والشرح (٥)، والفروع، وغيرهم.

وعنه: يجوز بيع نصيبه مراجعة مطلقا من اللذين اشترياه واقتسماه. ذكره ابن أبى موسى. وعنه: عكسه.

(١) ذكره صاحب الكافى فى الرواية الثالثة الكافى. (٥٧/٢).

(٢) ذكر هذه الصورة صاحب الكافى قائلا (وإن اشتراه من غلام دكانه أو غيره حيلة لم يجوز بيعه مراجعة وإن لم يكن حيلة جاز له لاتهامه فى حقه) الكافى (٩٠٦/٢).

(٣) قال فى المحرر: (فإن كتبه فللمشتري الخيار) المحرر (١/٣٣١).

(٤) ذكره فى المغنى على أظهر الروايتين. المغنى (٤/٢٦٠).

(٥) قال فى الشرح: (وللمشتري الخيار بين أخذه بالثمن الذى وقع عليه العقد حالا وبين الفسخ فى أحد الروايتين) الشرح (٤/١٠٤).

كتاب البيع..... ٤٣١

تنبه: محل الخلاف: إذا كان المبيع من المتقومات التي لا ينقسم عليها الثمن بالأجزاء كالثياب ونحوها.

فأما إن كان من المتماثلات التي ينقسم عليها الثمن بالأجزاء، كالبر والشعير ونحوهما المتساوي. فإنه يجوز بيع بعضه مراجعة بلا نزاع أعلمه.

قال المصنف، والشارح: لا نعلم فيه خلافاً.

قوله: ﴿وَمَا يُزَادُ فِي الثَّمَنِ أَوْ يُحِطُّ مِنْهُ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ﴾.

يلحق برأس المال، ويخبر به. وهو المذهب، وعليه الأصحاب.

وقيل: إن قلنا الملك في زمن الخيار ينتقل إلى المشتري فلا يلحق برأس المال، كما بعد لزوم على ما يأتي ذكره في الرعاية. ولم يقيد في الفروع بانتقال ولا بعدمه. [وكذا الحكم لو زاد في الثمن في مدة الخيار].

فائدتان

إحدهما: قال بعض الأصحاب في طريقته: مثل ذلك لو زاد أجلاً أو خياراً في مدة الخيار [وقطع به في المحرر (١) وغيره].

الثانية: قال في الرعاية الكبرى: فلو حط كل الثمن، فهل يبطل البيع، أو يصح، أو يكون هبة؟ يحتمل أوجهها.

قلت: الأولى أن يكون ذلك هبة.

قوله: ﴿أَوْ يُؤْخَذُ أَرْضًا لَعِيبٍ: يُلْحَقُ بِرَأْسِ الْمَالِ﴾.

أي يحط منه، ويخبر بالباقي. هذا أحد الوجهين. اختاره أبو الخطاب. جزم به في الهداية، والمذهب، والمستوجب، والخلاصة، والتلخيص، والوجيز، والفائق، والرعايتين، والحاويين، والهادي، والمصنف هنا.

وقال القاضى: يخبر بذلك على وجهه. وقدمه في الكافي (٢)، والمغنى (٣). وقال:

(١) جزم به في المحرر حيث قال (وإذا أُلْحِقَ خياراً أو أجلاً أو زيادةً في الثمن أو الثمن لم يلحق إلا مع الخيار). المحرر (١ / ٣٣١).

(٢) قدمه في الكافي هكذا (قال: فإن نقص المبيع لمرض أو تلف جزء أو تعيب فأخذ أرضه أخيراً بالحال على وجهه) الكافي (٥٥/٢).

(٣) ذكره في المغنى (قال: إن تغير بنقص كمرض أو حنابة أو تلف بعضه أو بولادة أو عيب أو يأخذ المشتري بعضه كالصوف واللين فإنه يخبر بالحال على وجهه لانهلم فيه خلافاً وإن أخذ أرض العيب أو الحنابة يخبر بذلك على وجهه ذكره القاضى) المغنى (٢٦١/٤).

٤٣٢ كتاب البيع

هو أولى. وجزم به في المحرر^(١)، والمنور. وهذا المذهب على ما اصطالحناه. لاتفاق الشيخين. وأطلقهما في الشرح^(٢)، والفروع.

قوله: ﴿أَوْ يُؤْخَذُ أَرْشًا بِجِنَايَةِ عَلَيْهِ: يُلْحَقُ بِرَأْسِ الْمَالِ﴾.

يعنى يحط من رأس المال، ويخير بالباقي. وهذا أحد الوجهين. اختاره أبو الخطاب. قاله في الشرح^(٣). وصححه في المذهب، ومسبوك الذهب. وجزم به في الوجيز، والهادى. وقدمه في الخلاصة.

والوجه الثاني: يجب عليه أن يخبر به على وجهه. اختاره القاضى. قاله الشارح. وقدمه في الكافي^(٤)، وقال: هو أولى. وقدمه في المغنى^(٥)، وانتصر له. وجزم به فى المحرر^(٦)، والمنور.

قلت: وهذا المذهب.

وأطلقهما فى الهداية، والمستوعب، والتلخيص، والرعايتين، والحاويين، والفائق، والفروع، والشرح^(٧).

وقيل: لا يحط ههنا من الثمن قولاً واحداً.

فوائد

الأولى: لو أخذ ثمناء ما اشتراه، أو استخدمه، أو وطئه لم يجب بيانه. على الصحيح من المذهب. وفيه رواية كتنقصه.

الثانية: لو رخصت السلعة عن قدر ما اشتراها به: لم يلزمه الإخبار بذلك على

(١) قال فى المحرر: (فليبين ذلك فى تخيير الثمن فإن كتبه فللمشترى الخيار) المحرر (١/٣٣١).

(٢) قال فى الشرح: (أما ما يؤخذ أرشاً للعيب أو جنايه عليه فذكر القاضى أن يخبر به على وجهه وقال أبو الخطاب: يحط أرش العيب من الثمن ويخير بالباقي) الشرح (٤/١٠٦).

(٣) قال فى الشرح: (وفى أرش الجناية وجهان. أحدهما يحط من الثمن كأرش العيب وهو الأولى) الشرح (٤/١٠٦).

(٤) قال فى الكافي: (يخير بالخال على وجهه) الكافي (٢/٥٥).

(٥) قاله فى المغنى: (لأن الإخبار بالخال على وجهه أبلغ فى الصدق وأقرب إلى البيان ونفى التفرير بالمشترى والتدليس عليه فلزمه ذلك) المغنى (٤/٢٦١).

(٦) قال فى المحرر: (وإذا أخذ أرشاً لجناية عليه فبين ذلك فى تخيير الثمن) المحرر (١/٣٣١).

(٧) ذكر الإطلاع صاحب الشرح فقال: (وفى أرش الجنايه وجهان : أحدهما : يحط من الثمن كأرش العيب وهو الأولى والثانى: لا يحطه كالثمناء. لأنه صادق فيما أخبر به أشبه ما لو أخيره بالخال على وجهه) الشرح الكبير (٤/١٠٦).

كتاب البيع..... ٤٣٣
الصحيح من المذهب. نص عليه. وقدمه فى المغنى^(١)، والشرح^(٢)، والفروع، وغيرهم. وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب.

قال فى الكافى^(٣) : وعليه الأصحاب.

ويحتمل أن يلزمه الإخبار بالحال. ذكره المصنف، والشارح، وغيرهما.
قلت: وهو قوى. فإن المشتري لو علم بذلك لم يرضها بذلك الثمن. فيه نوع تغيير. ثم وجدت فى الكافى قال: الأولى أن يلزمه.

الثالثة: لو اشتراها بثمن لرغبة تخصه، كحاجته إلى إرضاع: لزمه أن يخير بالحال، ويصير كالشراء بثمن غال لأجل الموسم الذى كان حال الشراء. ذكره الفنون واقتصر عليه فى الفروع.

قلت: وهو الصواب فيهما.

قوله: ﴿أَوْ زَيْدٍ فِي الثَّمَنِ أَوْ حَطَّ مِنْهُ، بَعْدَ لُزُومِهِ: لَمْ يُلْحَقْ بِهِ﴾.

وهو المذهب، وعليه الأصحاب. وعنه: يلحق به. واختاره فى الفائق.

وتقدم التنبيه على ذلك آخر خيار المجلس.

فائدة: هبة مشتر لو كيل باعه كزيادة، ومثله عكسه.

قوله: ﴿وَإِنْ اشْتَرَى ثَوْبًا بِعَشْرَةٍ وَقَصَّرَهُ بِعَشْرَةٍ: أَخْبَرَ بِهِ عَلَى وَجْهِهِ. فَإِنْ قَالَ:

تَحَصَّلَ عَلَيَّ بَعِشْرِينَ. فَهَلْ يَجُوزُ ذَلِكَ؟ عَلَى وَجْهِهِ﴾.

وأطلقهما فى الحاويين.

أحدهما: لا يجوز. وهو المذهب^(٤). وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله.

واختاره القاضى. ونصره المصنف، والشارح.

قال فى الرعايتين، والفروع: لا يجوز فى الأصح. وصححه فى التصحيح. وجزم

(١) قال فى المغنى: (فإن رخصت فنص أحمد على أنه لا يلزمه الإخبار بذلك لأنه صادق بدون الإخبار به) المغنى (٢٦٠/٤).

(٢) قال فى الشرح: (لا يخير به ويخير بالثمن الأول فقط). الشرح (١٠٦/٤).

(٣) قال فى الكافى (وما نقص منها بعد لزوم العقد لا يخير به) الكافى (٥٥/٤).

(٤) قال فى الشرح: (إن عمل فيها عملاً مثل أن يقصرها أو يرفوها فمتى أراد بيعها مرايحه أخير بالحال على وجهه سواء عمل بنفسه أو استأجر من عمله، هذا ظاهر كلام أحمد فإنه قال يبين ما اشتراه وما لزمه ولا يجوز أن يقول تحصلت على بكذا) الشرح (١٠٧/٤). ذكر هذا أيضاً فى المغنى (٢٦١/٤).

قاله فى الكافى (٥٥/٢).

٤٣٤ كتاب البيع

به فى المذهب، والخلاصة، والوجيز، وغيرهم.

والوجه الثانى: يجوز. وهو احتمال فى الهداية.

فائدة: مثل ذلك - حكما وخلافا ومذهبا - أجرة كيله، ووزنه، ومتاعه، وحمله
وخياطته.

قال الأزجى: وعلف الدابة. وذكر المصنف: لا.

قال أحمد: إذا بين فلا بأس.

قوله: ﴿وَإِنْ اشْتَرَاهُ بِعَشْرَةٍ ثُمَّ بَاعَهُ بِخَمْسَةِ عَشَرَ، ثُمَّ اشْتَرَاهُ بِعَشْرَةٍ أَخْبَرَ
بِذَلِكَ عَلَى وَجْهِهِ. فَإِنْ قَالَ: اشْتَرَيْتُهُ بِعَشْرَةٍ جَازٌ﴾.

اختاره المصنف^(١)، والشارح. وقدمه فى الفروع.

قلت: وهو الصواب.

وقال أصحابنا: يحط الربح من الثمن الثانى، ويخير أنه اشتراه بخمسة، وهو
المذهب. نص عليه. وعلى الأصحاب، كما قال المصنف.

قلت: وهو ضعيف.

ولعل مراد الإمام أحمد رحمه الله: استحباب ذلك. لا أنه على سبيل اللزوم.

تنبيه: محل الخلاف: إذا بقى شىء بعد حط الربح. أما إذا لم يبق شىء. فإنه يخير
بالحال، قولاً واحداً عندهم.

فائدتان

إحدهما: لو اشترى شخص نصف سلعة بعشرة، واشترى آخر نصفها بعشرين
ثم باعها مساومة بثمان واحد: فهو بينهما نصفان. وهذا المذهب. وقطع به الأكثر.

قال المصنف والشارح: لا نعلم فيه خلافاً.

قال فى الحاوى: رواية واحدة. قال ابن رزین: إجماعاً.

وخرج أبو بكر: أن الثمن يكون على قدر رءوس أموالهما. كشركة الاختلاط.

(١) ذكر فى المغنى (لأنه صادق فيما أخبر به وليس فيه تهمة ولا تغرير بالمشتري فأشبهه ما لو لم يربح فيه)
المغنى (٢٦٢/٤) قال فى الشرح: (المستحب فى هذه المسألة وأمثالها أن يخير بالحال على وجهه لأن
فيه خروجاً من الخلاف وهو أبعد من التغرير بالمشتري فإن أخبر أنه اشتراه بعشر جاز) الشرح
(١٠٧/٤). المحرر (٣٣١/١). الكافى (٥٦/٢).

كتاب البيع..... ٤٣٥

وإن باعها مراجعة، أو مواضعة، أو تولية: فالحكم كذلك على الصحيح من المذهب. ونص عليه.

قال المصنف والشارح: هذا المذهب. وقدمه في المغنى^(١)، والشرح^(٢)، والفروع والرعاية الكبرى.

وعنه: الثمن بينهما على قدر رعوس أموالهما. نقلها أبو بكر. وأنكرها المصنف. لكن قال في الفروع: نقل ابن هانئ وحنبل: على رأس مالها. وصححه في الرعاية الكبرى، والحاويين. وأطلقهما في الكافي^(٣). وقال وقيل: المذهب - رواية واحدة - أنه بينهما نصفان. والقول الآخر: وجه خرجه أبو بكر. انتهى.

وعنه: لكل واحد رأس ماله، والربح نصفان.

الثانية: قال الإمام أحمد: المساومة عندى أسهل من بيع المراجعة.

قال في الحاوي الكبير: وذلك لضيق المراجعة على البائع. لأنه يحتاج أن يعلم المشتري بكل شيء من النقد والوزن وتأخير الثمن، وممن اشتراه. ويلزمه المؤنة والرقم، والقصارة والسمسرة والحمل، ولا يغير فيه. ولا يحل له أن يزيد على ذلك شيئاً إلا بينه له، ليعلم المشتري بكل ما يعلمه البائع. وليس كذلك المساومة. انتهى.

قلت: أما بيع المراجعة في هذه الأزمان: فهو أولى للمشتري وأسهل.

قوله: ﴿وَمَتَى اِخْتَلَفَا فِي قَدْرِ الثَّمَنِ تَحَالَفَا﴾.

هذا المذهب^(٤): ونقله الجماعة عن الإمام أحمد. وعليه الأصحاب. لأن كلا منهما مدع ومنكر صورة. وكذا حكم السماع لبينة كل واحد منهما.

قال في عيون المسائل: ولا تسمع إلا بينة المدعى باتفاقنا. انتهى.

(١) قاله في المغنى وقدمه (وعلل له بأن الثمن عوض البيع وملكهما متساو فيه فكان ملكهما كعوضه متساويا كما لو باعاه مساواة) المغنى (٢٦/٤).

(٢) قاله أيضا في الشرح بنفس التعليل السابق في المغنى. الشرح (١٠٨/٤).

(٣) ذكر صاحب الكافي هذه المسألة بصورة أخرى قال: (وإذا اشترى نصف بعبد بعشرة واشترى آخر نصفه بعشرين ثم باعاه بثمن واحد مساومة فالثمن بينهما نصفان لأنه عوض عنه فيكون بينهما على حسب ملكيهما فيه وإن باعاه مراجعة، ذكر ذلك. في إحدى الروايتين لذلك والأخرى هو بينهما على قدر رعوس أموالهما لأن بيع المراجعة يقتضى كون الثمن في مقابلة كل واحد منهما) الكافي (٥٨/٢).

(٤) ذكره في الشرح فقال: (إذا لم يكن لأحدهما بينة حكم بينهما وإن لم يكن معهما بينة تحالفا). الشرح (١٠٨/٤). الكافي (٥٨/٢) المحرر (٣٣١/١) المغنى (٩ ٢٦٦/٤). العدة والعمدة (٢٣٣). لحديث

ابن مسعود عن النبي ﷺ (إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة ولا بينة لأحدهما تحالفا). المغنى

٤٣٦ كتاب البيع

وعنه: القول قول البائع مع يمينه. ذكرها ابن أبي موسى، وابن المنذر. وذكره في الترغيب: المنصوص، كاختلافهما بعد قبضه وفسخ العقد في المنصوص.

قال الزركشى: هذه الرواية - وإن كانت خفية مذهباً - فهي ظاهرة دليلاً. وذكر دليلها ومال إليها. وعنه: القول قول المشتري.

ونقل أبو داود: قول البائع أو يتزادان. قيل: فإن أقام كل واحد منهما بينة؟ قال: كذلك.

قال الزركشى، وعنه: إن كان قبل القبض تحالفاً، وإن كان بعده: فالقول قول المشتري. حكاه أبو الخطاب في إلتصاره.

قوله: ﴿فَيَبْدَأُ بِيَمِينِ الْبَائِعِ. فَيُحْلِفُ: مَا بَعْتُهُ بِكَذًا، وَإِنَّمَا بَعْتُهُ بِكَذًا. ثُمَّ يَحْلِفُ الْمُسْتَرِي: مَا اشْتَرَيْتُهُ بِكَذًا، وَإِنَّمَا اشْتَرَيْتُهُ بِكَذًا﴾.

اعلم أن كلا من المتبايعين يذكر في يمينه إثباتاً ونفياً ويبدأ بالنفى. على الصحيح من المذهب (١)، كما قال المصنف.

وعنه: يبدأ بالإثبات. وذكرها الزركشى وصاحب الحاوي وغيرهما وجهاً. وذكرها في الرعاية قولاً. فيقول البائع: بعته بكذا لا بكذا. ويقول المشتري: اشتريته بكذا لا بكذا. وأطلقهما في الحاوي الكبير.

قال في الفروع: والأشهر يذكر كل واحد منهما إثباتاً ونفياً. فظاهره: أن خلاف الأشهر: الاكتفاء بأحدهما - أعنى الإثبات أو النفي.

وقد قال في الرعاية الصغرى: حلف البائع: ما باعه إلا بكذا، ثم المشتري: أنه ما اشتراه إلا بكذا.

قوله: ﴿فَإِنْ نَكَلَ أَحَدُهُمَا لَزِمَهُ مَا قَالَ صَاحِبُهُ﴾.

وهو المذهب (٢). وعليه الأصحاب.

(١) ذكره في المغنى لما روى ابن مسعود عن رسول الله ﷺ (إذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة فالقول ما قال البائع أو يتزادان البيع) المغنى (٢٦٦/٤). وفي الشرح قال: لأن كل واحد منهما مدع ومدعى عليه فإن البائع يدعى عقداً وينكره الآخر فشرعت اليمين في حقيهما ولأن البائع أقوى حجة لأنهما إذا تحالفا عاد المبيع إليه فكان أقوى كصاحب اليد. الشرح (١٠٩/٤). والمحزر (٣٣١/١) الكافي (٥٩/٢). العدة (٢٣٣).

(٢) قال في المغنى: (إذا حلف البائع فنكل المشتري عن اليمين قضى عليه وإن نكل البائع حلف المشتري وقضى له) المغنى (٢٦٧/٤). الكافي (٥٩/٢). الشرح (١٠٩/٤). المحزر (٣٣١/١).

كتاب البيع..... ٤٣٧

قال بعض الأصحاب: لو نكل مشتري عن إثبات: قضى عليه.

[قال في التلخيص: فإن نكل المشتري عن الإثبات قضى عليه بتخيير البائع].

قوله: ﴿وَإِنْ تَحَالَفَا فَرَضِي أَحَدُهُمَا بِقَوْلِ صَاحِبِهِ: أَقْرَّ الْعَقْدَ، وَإِلَّا فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْفَسْخُ﴾.

هذا الصحيح (١) من المذهب: وعليه الأصحاب.

وقيل: يقف الفسخ على الحاكم. وهو احتمال لأبي الخطاب. وقطع به ابن الزاغوني.

تنبيه: ظاهر قوله: ﴿وَإِلَّا فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْفَسْخُ﴾ أن البيع لا يفسخ بنفس التحالف. وهو الصحيح من المذهب. وعليه الأصحاب.

وقيل: يفسخ. قال ابن الزاغوني: وهو المنصوص.

وكذا لا يفسخ البيع لو امتنع البائع من إعطائه بما قاله المشتري، وامتنع المشتري من الأخذ بما قاله البائع. على الصحيح من المذهب.

قال الزركشي: هو المعروف عند الشيخين وغيرهما.

وعنه: يفسخ بمجرد إبائهما. وهو ظاهر كلام الخرقي.

قوله: ﴿وَإِنْ كَانَتِ السَّلْعَةُ تَأْلِفَةً رَجَعَا إِلَى قِيَمَةِ مِثْلَيْهَا﴾.

وهو كالصريح أنهما يتحالفان مع تلف السلعة. وقد دخل ذلك في عموم قوله: «ومتى اختلفا في قدر الثمن تحالفا» وهذا المذهب (٢).

قال في التلخيص: أصح الروايتين التحالف.

قال الزركشي: هذا اختيار الأكثرين.

قال ابن منجا في شرحه: هذا أولى. وجزم به في الوجيز، والخرقي، وتذكرة ابن

(١) قال في الشرح: (إن رضی أحدهما بما قال الآخر أجبر الآخر عليه وأقر العقد بينهما وإن لم يرض واحد منهما الفسخ لقوله ﷺ «أَوْ بَرَادَانِ الْبَيْعِ» الشرح (٤/١٠٩). المغنى (٤/٢٦٧). المحرر (١/٣٣١). الكافي (٢/٥٩). العدة و العمدة (٢٣٣).

(٢) قال في المغنى (فمن أحمد روايتان: إحداهما يتحالفان مثل ما لو كانت قائمه لعموم قوله (إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع والمشتري بالخيار). المغنى في إحدى الروايتين (٤/٢٦٨). وكذلك صاحب الشرح في إحدى الروايتين (الشرح ٤/١١٠) وكذلك في الكافي في إحدى الروايتين (الكافي ٢/٥٩) والمحرر جزم به (١/٣٣٢).

٤٣٨ كتاب البيع

عبدوس، والمنور. ونصره فى المغنى^(١). وقدمه فى المحرر^(٢)، والرعايتين، والنظم، والفائق، وإدراك الغاية، والمذهب الأحمد.

وعنه: لا يتحالفان إن كانت تالفه. والقول قول المشتري مع يمينه. اختاره أبو بكر رحمه الله.

قال الزركشى: هى أنصهما. وأطلقهما فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والكافى^(٣)، والمغنى^(٤)، والشرح^(٥)، والحاوى الكبير، والقواعد الفقهية، والفروع.

وقال المصنف والشارح: وينبغى ألا يشرع التحالف ولا الفسخ فيما إذا كانت قيمة السلعة مساوية للثمن الذى ادعاه المشتري. ويكون القول قول المشتري مع يمينه. لأنه لا فائدة فى ذلك. لأن الحاصل به الرجوع إلى ما ادعاه المشتري. وإن كانت القيمة أقل فلا فائدة للبائع فى الفسخ. فيحتمل ألا يشرع اليمين ولا الفسخ. لأن ذلك ضرر عليه من غير فائدة. ويحتمل أن يشرع لتحصيل الفائدة للمشتري. انتهى.

تنبيهان

أحدهما: قوله «رجعا إلى قيمة مثلها» هكذا قال الخرقى وشرحه، وصاحب الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والكافى^(٦)، والمحرر^(٧)، والنظم، والرعايتين، والحاويين، والفروع، والفائق، وغيرهم من الأصحاب.

وقال فى التلخيص: ثم يرد عين المبيع عند التفاسخ، إن كانت باقية، وإلا فمثلها. فإن لم تكن مثلية وإلا فقيمتها.

فاعتبر المثلية. فإن لم تكن مثلية فالقيمة. والجماعة أوجبوا القيمة وأطلقوا.

الثانى: قوله فى الرواية الأولى «رجعا إلى قيمة مثلها. ويكون القول قول المشتري فى قيمة التالف» نقله محمد بن العباس. فى قدره وصفته. وعليه الأصحاب. كما صرح به المصنف بقوله «فإن اختلفا فى صفتها فالقول قول المشتري».

(١) أيد صاحب المغنى الرواية الأولى (المغنى ٤/٢٦٨).

(٢) وكذلك أيضا صاحب المحرر (١/٣٣٢).

(٣) ذكر الروايتين صاحب الكافى (٢/٥٩).

(٤) ذكر الروايتين صاحب المغنى (٤/٢٦٨).

(٥) ذكر الروايتين صاحب الشرح (٤/١١٠).

(٦) قال صاحب الكافى: وإن اختلفا فى قيمتها وجب قيمة مثلها موصوفا بصفاتهما وإن زادت على ما

ادعاه البائع لأن الثمن سقط ووجب القيمة. الكافى (٢/٥٩).

(٧) قال فى المحرر: (وغرم المشتري قيمته). المحرر (١/٣٣٢).

كتاب البيع ٤٣٩

فظاهر كلامه: أنه سواء كان الاختلاف في صفة العين أو العيب.
أما صفة العين: فلا خلاف فيها: أن القول قول المشتري. وإن كانت الصفة عيباً،
كالبرص والخرق في الثوب، فالقول قول المشتري أيضاً. على الصحيح من
المذهب^(١).

قال الزركشى: هو المشهور.

وقيل: القول قول البائع في نفي ذلك.

فعلى المذهب في أصل المسألة: إن رضى المشتري بما قال البائع، وإلا رجع كل
منهما إلى ما خرج منه. فيأخذ المشتري الثمن إن كان قد قبض، ويأخذ البائع القيمة.
فإن تساوى - وكانا من جنس - تقاصا وتساقطاً، على ما يأتى، وإلا سقط الأقل
ومثله من الأكثر.

قال الزركشى: هذا المشهور المعروف.

وقال ابن منجا في شرحه: ظاهر كلام أبى الخطاب: أن القيمة إذا زادت عن
الثمن لا يلزم المشتري الزيادة. لأنه قال: المشتري بالخيار بين دفع الثمن الذى ادعاه
البائع، وبين دفع القيمة. لأن البائع لا يدعى الزيادة.

قال الزركشى: وكلام أبى الخطاب ككلام الخرقى. وليس فيه أن ذلك بعد
الفسخ، بل هذا التخيير مصرح به بأنه بعد التحالف. وليس إذ ذاك فسخ، ولا شك
أن المشتري - والحالة هذه - يخير على المشهور.

والذى قاله ابن منجا بحث لصاحب الهداية - يعنى جده أبا المعالى صاحب
الخلاصة - فإنه حكى [عنه] بعد ذلك أنه قال: وجوب الزيادة أظهر. لأن بالفسخ
سقط اعتبار الثمن.

وبحث ذلك الشيخ تقي الدين رحمه الله أيضاً. فقال: يتوجه ألا تجب قيمته، إلا
إذا كانت أقل من الثمن. أما إن كانت أكثر: فهو قد رضى بالثمن. فلا يعطى زيادة.
لاتفاقهما على عدم استحقاقها.

ومثل هذا فى الصداق ولا فرق، إلا أن هنا انفسخ العقد الذى هو سبب
استحقاق المسمى، بخلاف الصداق. فإن المقتضى لاستحقاقه قائم. انتهى.

(١) قال فى المحرر: (القول قول المشتري فى قدره وقيمته وصفته إلا بعيب كالبرص والخرق، يؤخذ قول
صاحبه فى نفيه وقيل بقول المشتري) المحرر (٣٣٢/١). الكافى (٥٩/٢). الشرح (١١١/٤). المغنى
(٢٦٨/٤).

٤٤٠ كتاب البيع
 قوله: ﴿وَمَتَى فُسِّخَ الْمَظْلُومُ مِنْهُمَا انْفُسَخَ الْعَقْدُ، ظَاهِرًا أَوْ بَاطِنًا. وَإِنْ فُسِّخَ
 الظَّالِمُ لَمْ يَنْفُسَخْ فِي حَقِّهِ بَاطِنًا. وَعَلَيْهِ إِثْمُ الْغَاصِبِ﴾.

قال المصنف في المعنى (١): ويقوى عندي أنه إن فسخ المظلوم منهما: انفسخ
 ظاهراً وباطناً. وإن فسخه الكاذب عالماً بكذبه لم يفسخ بالنسبة إليه.
 فوافق اختياره في المعنى ما جزم به هنا.

ووافق ابن عبدوس في تذكرته. فقال: وينفسخ ظاهراً فقط، لفسخ أحدهما
 ظلماً، ومطلقاً لفسخ المظلوم. وقدمه الناظم. فقال:

وإن فسخ المظلوم يفسخ مطلقاً وينفذ فسخ المعتدى ظاهراً
 ثم ذكر الخلاف.

وقال في الوجيز: وإذا فسخ العقد انفسخ ظاهراً وباطناً مطلقاً. وينفذ فسخ
 المعتدى.

فأدخل الظالم والمظلوم. وقدمه في الفروع. واختاره القاضي.

ثم قال في الفروع، وقيل: مع ظلم البائع وفسخه يفسخ ظاهراً.
 وقيل: وباطناً في حق المظلوم.

وقال في الرعايتين: ومع ظلم البائع وفسخه يفسخ ظاهراً. وقيل: وباطناً. ومع
 ظلم المشتري وفسخه يفسخ ظاهراً وباطناً. فيباح للبائع جميع التصرفات في المبيع.
 وقيل: لا يفسخ باطناً.

ومع فسخ المظلوم منهما يفسخ ظاهراً وباطناً. انتهى.

وقال في الهداية: فإن انفسخ العقد. فقال شيخنا: يفسخ ظاهراً وباطناً. فيباح
 للبائع جميع التصرفات في المبيع.

وعندي: إن كان البائع ظالماً انفسخ في الظاهر دون الباطن. لأنه كان يمكنه إمضاء
 العقد، واستيفاء حقه. فإذا فسخ فقد تعدى. فلا يفسخ العقد، ولا يباح له التصرف.
 لأنه غاصب.

(١) ذكره صاحب المعنى بنصه وضبطه ثم استأنف قائلاً (لأنه لا يجل له الفسخ فلم يثبت حكمه بالنسبة إليه
 ويثبت بالنسبة إلى صاحبه فيباح له التصرف فيما رجع إليه لأنه رجع إليه بحكم الشرع من غير عدوان
 منه فأشبهه ما لو رد عليه المبيع بدعوى العيب ولا عيب فيه) المعنى (٤/٢٦٧).

كتاب البيع..... ٤٤١

وإن كان المشتري هو الظالم: انفسخ العقد ظاهراً وباطناً. لأن البائع لا يمكنه استيفاء حقه بامضاء العقد. فكان له الفسخ، كما لو أفلس المشتري. انتهى.

وتابعه في المستوعب، والكافي^(١)، والتلخيص، والحاوي الكبير، والشرح^(٢).

وقال في الخلاصة: وينفسخ في الباطن. وقيل: إن كان البائع ظالماً لم يفسخ في الباطن.

وقال في المذهب، والبلغة: ومتى وقع الفسخ انفسخ ظاهراً وباطناً في حقهما في أحد الوجهين. وفي الآخر: إن كان البائع ظالماً انفسخ في الظاهر دون الباطن. وهو كما قال في الخلاصة. إلا أنهما أطلقا. وقيد هو.

وقال ابن منجا في شرحه، عن كلام المصنف: وظاهر كلامه: الفرق بين الظالم والمظلوم، سواء كان الظالم البائع أو المشتري.

ولم أجد نقلاً صريحاً يوافق ذلك، ولا دليلاً يقتضيه. بل المنقول في مثل ذلك وذكر كلام القاضي وأبي الخطاب. انتهى.

وهو عجيب منه. فإن المسألة ليس فيها منقول صريح عن الإمام أحمد رحمه الله حتى يخالفه. بل المنقول فيها عن الأصحاب. وهو من أعظمهم.

وقد اختار ما قطع به هنا في المغنى^(٣). فقال: ويقوى عندي ذلك. وحزم به ابن عبدوس في تذكرته. وقدمه في النظم. وذكره قولاً في الفروع، والرعايتين.

وقوله «ولا وجدت دليلاً يقتضيه» غير مسلم. فإن فسح المظلوم ظاهراً وباطناً ظاهر الدليل. وهو ظاهر كلام الإمام أحمد. واختاره القاضي وغيره.

وأما فسح الظالم للعقد: فإنه لا يصح بالنسبة إليه. لأنه لا يحل له الفسخ. فلم يثبت حكمه بالنسبة إليه.

وهذه عادة ابن منجا في شرحه مع المصنف، إذا لم يطلع على منقول. بما قاله المصنف اعترض عليه. وهذا ليس بجيد. فإن الاعتذار عنه أولى من ذلك. والمصنف إمام جليل، له اختيار واطلاع على ما لم يطلع عليه.

(١) ذكره في الكافي باختيار أبو الخطاب أن المشتري إن كان ظالماً ففسخ البائع بنفذه ظاهراً وباطناً لعجزه عن استيفاء حقه ملك الفسخ كما لو أفلس المشتري. الكافي (٥٩/٢).

(٢) ذكره في الشرح كما في الكافي رواية عن أبو الخطاب. الشرح (١١/٤).

(٣) ما قواه صاحب المغنى هو إن فسح الصادق منهما انفسخ ظاهراً وباطناً لذلك، وإن فسح الكاذب عالماً بكذبه لم يفسخ بالنسبة إليه. المغنى (٢٦٧/٤).

٤٤٢ كتاب البيع

إذا علمت ذلك: فالصحيح من المذهب في حكم المسألة: أن العقد يفسخ ظاهراً وباطناً مطلقاً. كما جزم به في الوجيز وغيره. وقدمه في الفروع، والخلاصة واختاره القاضى. وقال: هو ظاهر كلام الإمام أحمد.

واختار أبو الخطاب: إن كان البائع ظالماً انفسخ في حقه ظاهراً لا باطناً. وإن كان المشتري ظالماً انفسخ ظاهراً وباطناً. وقدمه في الرعايتين. وأطلقهما في المذهب، والبلغة. واختيار المصنف قول ثالث. والله أعلم.

قوله: ﴿وَإِنْ اِخْتَلَفَا فِي صِفَةِ الثَّمَنِ تَحَالَفَا، إِلَّا أَنْ يَكُونَ لِلْبَلَدِ نَقْدٌ مَعْلُومٌ. فَيَرْجَعُ إِلَيْهِ﴾.

إذا كان للبلد نقد واحد، واختلفا في صفة الثمن: أخذ به. نص عليه في رواية الأثرم (١). وإن كان في البلد نقود، فقال في الفروع: أخذ بالغالب. وعنه: الوسط. اختاره أبو الخطاب. وعنه: الأقل.

قال القاضى وغيره: ويتحالفان.

وقال في المحرر (٢): وإن اختلفا في صفة الثمن، فظاهر كلامه: أنه يرجع إلى أغلب نقود البلد. فإن تساوت فأوسطها. وقال القاضى: يتحالفان.

وقال في الرعايتين، والحاوى الصغير: أخذ نقد البلد أو غالبه إن تعددت نقوده. نص عليه. فإن استوت فالوسط. ومن قبل قوله: حلف. وقيل: يتحالفان.

زاد في الكبرى وقيل: إن قال: بعثك هذا الثوب بدرهم وأطلق، وهناك نقود مختلفة. فله أقل ذلك.

فظاهره: جواز البيع بثمان مطلق وللبلد نقود مختلفة. وله أدناها. لأنه اليقين.

وقال في الهداية: فإن اختلفا في صفة الثمن. فإن كان فيه نقود رجع إلى أوسطها.

وقال شيخنا: يتحالفان. وكذا. قال في المذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والكافى (٣) والنظم، والحاوى الكبير، وإدراك الغاية، وغيرهم.

(١) ذكر رواية الأثرم صاحب المغنى^ك وعلل بأن الظاهر أنهما لا يعقدان إلا به أى بنقد البلد. المغنى (٧٦٩/٤). وكذلك فى الشرح ذكر رواية الاثرم. الشرح (١١٢/٤). أيضا اختاره فى الكافى (٦٠/٢).

(٢) ذكره فى المحرر بتمامه ونصه المحرر (٣٣٢/١).

(٣) قاله فى الكافى: (وقال القاضى يتحالفان) الكافى (٦٠/٢).

كتاب البيع..... ٤٤٣

قال فى المعنى^(١)، والشرح^(٢) : إن كان فى البلد نقود رجع إلى أوسطها. نص عليه فى رواية الجماعة.

قالا: فىحتمل أنه أراد إذا كان هو الأغلب، والمعاملة به أكثر. لأن الظاهر وقوع المعاملة به. أشبه ما إذا كان فى البلد نقد واحد.

ويحتمل أنه ردهما إليه مع التساوى. لأن فيه تسوية بينهما فى الحق وتوسطا بينهما. وفى العدول إلى غيره ميل على أحدهما. فكان التوسط أولى. وعلى مدعى ذلك الثمن. انتهى.

وقال ابن رزىن فى شرحه: وإن كان للبلد نقود رجع إلى أوسطها، تسوية بينهما. ويحلف مدعيه. فإن كانت متساوية تحالفا. انتهى.

وقال فى الخلاصة: أخذ بنقد البلد. وقيل: يتحالفا.

وقال فى التلخيص: فإن كان فيه نقود. فهل يرجع إلى الوسط، أو يتحالفا؟ على وجهين.

وقال فى الفائق: إذا اختلفا فى صفة الثمن رجع إلى نقد البلد وغالبه. نص عليه. ولو تساوت نقوده. فهل يرجع إلى الوسط، أو يتحالفا؟ على وجهين.

وقال ابن عبدوس فى تذكرته: ويلزم نقد البلد، أو غالبه، أو أحد المتساوية أو وسط المتقاربة بحلفهما فى صفة الثمن.

إذا علمت ذلك: فالمصنف - رحمه الله - هنا قطع بالتحالف إذا كان فى البلد نقود. وهو قول القاضى وغيره. وقدمه ابن منجا فى شرحه.

والصحيح من المذهب: أنهما لا يتحالفا، لكن هل يؤخذ الغالب؟ وهو الصحيح من المذهب. جزم به فى البلغة، والمنور، والفائق. وقدمه فى المحرر^(٣)، والفروع، والرعائيتين، والحاوى الصغير.

قال فى المحرر^(٤) : وهو ظاهر كلامه. وقال فى الرعائيتين، والفائق. نص عليه.

أو يؤخذ الوسط؟ اختاره أبو الخطاب. وجزم به فى التلخيص، وشرح ابن رزىن.

(١) ذكر صاحب المعنى أوسط النقود لأنه يحتمل أنه أراد إذا كان هو الأغلب والمعاملة به أكثر لأن الظاهر وقوع المعاملة به فهو كما لو كان فى البلد نقد واحد. المعنى (٤/٢٦٩).

(٢) ذكره صاحب الشرح وذكر الاحتمالين فقال: وقوع المعاملة به أو للتساوى. الشرح (٤/١١٢).

(٣) قال فى المحرر: (فظاهر كلامه : أنه يرجع إلى أغلب نقود البلد). المحرر (١/٣٣٢).

(٤) ذكره بالنص (فظاهر كلامه) المحرر (١/٣٣٢).

٤٤٤ كتاب البيع

وقدمه فى المذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والكافى^(١)، والهادى والنظم،
والحاوى الكبير، وإدراك الغاية، وغيرهم.

أو يؤخذ الأقل؟ فيه ثلاث روايات.

والثالثة: قول فى الرعاية كما تقدم.

وتقدم كلام المصنف والشارح فى الكلام على رواية الوسط.

ولنا قول رابع بالتحالف، وهو قول القاضى وغيره.

فعلى المذهب: إن تساوت النقود، ولم يكن فيها غالب. فقال فى المحرر^(٢)،
والرعايتين، والفائق، والمنور: أخذ الوسط. لكن قال فى التلخيص، والفائق: هل
يؤخذ الوسط، أو يتحالفان؟ على وجهين، كما تقدم.

وتقدم كلام ابن عبدوس.

والوسط الذى فى الفروع، غير الوسط الذى فى المحرر، والرعايتين. فليعلم ذلك.

قوله: ﴿وَإِنْ اِخْتَلَفَا فِي أَجَلٍ، أَوْ شَرَطٍ. فَالْقَوْلُ قَوْلٌ مِّنْ يَنْفِيهِ﴾.

هذا إحدى الروايتين.

قال فى تجريد العناية: يقدم قول من ينفى أجلا أو شرطا، على الأظهر. وجزم به
فى الوجيز، والمذهب الأحمد، ومنتخب الأدمى، والمنور.

وقال ابن منجا: هذا المذهب. وقدمه فى الهادى.

وعنه: يتحالفان. جزم به فى تذكرة ابن عبدوس. وقدمه فى الهداية، والمستوعب،
والخلاصة، والمغنى^(٣)، والمحرر^(٤)، والرعايتين، والحاويين، وشرح ابن رزين، ونهايته،
ونظمها، وإدراك الغاية. وهو المذهب على ما اصطالحناه. وأطلقهما فى المذهب،
ومسبوك الذهب، والكافى^(٥)، والتلخيص، والبلغة، والشرح^(٦)، والنظم، والفروع، والفائق.

(١) قال فى الكافى: (فإن كان فيه نقود رجع إلى أوسطها). الكافى (٦٠/٢).

(٢) قال المحرر: (فإن تساوت فأوسطها) انظر المحرر (٣٣٢/١).

(٣) قاله صاحب المغنى: على الرواية الأولى قال: ففيه روايتان إحداهما: يتحالفان لأنهما اختلفا فى صفة
العقد فوجب أن يتحالفا قياسا على الاختلاف فى الثمن. المغنى (٢٦٩/٤).

(٤) قدمه فعلا صاحب المحرر حيث قال: (وإن اختلفا فى أجل أو شرط تحالفا). المحرر (٣٣٢/١).

(٥) ذكر صاحب الكافى الإطلاق (فقال: ففيه روايتان إحداهما: القول قول من ينكره مع يمينه لأنه منكر
فأشبه منكر العقد من أصله. الثانية: يتحالفان لأنهما اختلفا فى صفة العقد فأشبه ما لو اختلفا فى قدر
الثمن) الكافى (٦٠/٢).

(٦) ذكر الإطلاق فى الشرح (وقدم القول قول من ينفيه مع يمينه لأن الأصل عدمه فكان القول من يديه
كأصل العقد. الثانية: يتحالفان لأنهما اختلفا فى صفة العقد فوجب أن يتحالفا كما لو اختلفا فى
الثمن) الشرح (١١٢/٤).

كتاب البيع..... ٤٤٥

تنبیه: مثل ذلك - خلافا ومذهبا - إذا اختلفا فى رهن، أو فى قدر الأجل أو الرهن أو المبيع.

قوله: ﴿إِلَّا أَنْ يَكُونَ شَرْطًا فَاسِدًا. فَالْقَوْلُ قَوْلٌ مَنْ يَنْفِيهِ﴾.

فظاهره: أنه سواء كان الشرط الفاسد يبطل العقد أولا.

واعلم أنه إذا كان لا يبطل العقد، فالقول قول من ينفيه على الصحيح من المذهب [وقدمه المصنف هنا، وجزم به] وهو ظاهر كلام أكثر الأصحاب وقدمه ابن رزين وغيره.

وعنه: يتحالفان. ويأتى كلام ابن عبدوس. وأطلقهما فى الفروع.

وإن كان يبطل العقد. فالقول قول من ينفيه. وهذا المذهب (١). وعليه عامة الأصحاب. وقطع به كثير منهم. ونص عليه فى دعوى عبد عدم الإذن، ودعوى أنه كان صغيراً حالة العقد.

وفيمن يدعى الصغر وجه: يقبل قوله. لأنه الأصل [وأطلقهما فى الفروع فى كتاب الإقرار فيما إذا أقر وقال لم أكن بالغاً].

وقطع ابن عبدوس فى تذكرته: أنه لو ادعى الصغر أو السفه حالة البيع: أنهما يتحالفان.

وقال فى الإنتصار، فى مُدَّ عَجْوَةٍ: لو اختلفا فى صحته وفساده: وقبل قول البائع مدعى فساده.

ويأتى نظير ذلك فى الضمان وكتاب الإقرار فيما إذا ضمن أو أقر وادعى أنه كان صغيراً حالة الضمان والإقرار بأتم من هذا.

قوله: ﴿وَإِنْ قَالَ: بَعْتَنِي هَدَيْنِ. فَقَالَ. بَلْ أَحَدَهُمَا﴾. يعنى بضمن واحد: ﴿فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ﴾.

هذا المذهب. نص عليه. وعليه جماهير الأصحاب. وجزم به فى الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والخلاصة، والمغنى (٢)، والهادى، والوجيز، وإدراك

(١) قال فى الشرح: (القول قول من يدعى الصحة مع يمينه لأن ظهور طعاطى المسلمين الصحيح أكثر من تعاطى الفاسد) الشرح (١١٢/٤). الكافى (٦٠/٢). المغنى (٢٦٩/٤).

(٢). قال فى المغنى: (القول قول البائع لأنه منكر ما يدعيه المشتري بعد انفساخ العقد أشبه ما لو اختلفا فى القبض). المغنى (٢٦٨/٤).

٤٤٦ كتاب البيع
 الغاية، والمنور، وغيرهم. وقدمه فى المستوعب، والتلخيص، والبلغة، والمحرم (١)،
 والرعايتين، والحاويين، والفاثق.
 وقيل: يتحالفان. اختاره القاضى. وذكره ابن عقيل رواية، وصححها. وقدمه فى
 التبصرة، وغيرها.

وقال الشارح: هذا أقيس وأولى إن شاء الله تعالى.

قال فى التلخيص: هذا أقيس.

قال القاضى فى المجرى - فى باب المزارعة، وباب الدعاوى والبيئات -: إذا اختلف
 المتبايعان فى قدر المبيع تحالفا. ذكره عنه فى التلخيص.

قوله: ﴿وَإِنْ قَالَ: بَعْتَنِي هَذَا، فَقَالَ: بَلْ هَذَا. حَلَفَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى مَا
 أَنْكَرَهُ. وَلَمْ يَثْبُتْ بَيْعٌ وَاحِدٍ مِنْهُمَا﴾.

هذا إحدى الطريقتين. وهى طريقة المصنف هنا، وفى الهادى، والهداية،
 والشرح (٢)، وإدراك الغاية، والفاثق، والحاوى الكبير.

والطريقة الثانية: أن حكم هذه المسألة: حكم التى قبلها. وهى المنصوصة عن
 أحمد. وهى طريقة صاحب المحرم (٣)، والنظم، وتجريد العناية، وتذكرة ابن عبدوس.
 وقدمها فى الرعايتين، والحاوى الصغير، وأطلق الطريقتين فى الفروع.

فائدتان

إحدهما: إذا قلنا: يتحالفان، وتحالفا. فإن كان ما ادعاه البائع معيباً بيد المشتري،
 فعليه رده إلى البائع. وليس للبائع طلبه إذا بذل له ثمنه، لاعترافه ببيعه. وإن لم يعطه
 ثمنه فله فسخ البيع واسترجاعه. قاله المصنف، والشارح.

وقال فى المنتخب: لايرده المشتري إلى البائع.

وأما إذا كان بيد البائع: فإنه يقر فى يده، ولم يكن للمشتري طلبه. وعلى البائع
 رد الثمن، قولاً واحداً.

وإن أنكر المشتري شراء الأمة: لم يطأها البائع. لأنه معترف ببيعه. نقل جعفر:
 هى ملك لذلك، أى المشتري. قال أبو بكر: لايبطل البيع ببحوده.

ويأتى فى الوكالة خلاف خروجه فى النهاية من الطلاق.

(١) ذكره فى المحرم فقال (أخذ بقول البائع، نص عليه). المحرم (٣٣٢/١).

(٢) قال فى الشرح: لأن كل واحد منهما يدعى عقداً على عين ينكرها المدعى عليه والقول قول
 المنكر. الشرح (١١٣/٤).

(٣) ذكر فى المحرم (أخذ بقول البائع، نص عليه). انظر المحرم (٣٣٢/١)

كتاب البيع..... ٤٤٧

الثانية: لو ادعى البيع ودفع الثمن، فقال: بل زوجتك وقبضت المهر، فقد اتفقا على إباحة الفرج له، وتقبل دعوى النكاح بيمينه.
وذكر أبو بكر قولاً: تقبل دعواه البيع بيمينه.
ويأتى عكسها في أوائل عشرة النساء.

ذكر هذه المسألة المصنف في أوخر «باب ما إذا وصل بإقراره ما يغيره».

وتقدم في كتاب البيع في «فصل، السابع: إذا اختلفا في صفة المبيع».

قوله: ﴿وَإِنْ قَالَ الْبَائِعُ: لَا أُسَلِّمُ الْمَبِيعَ حَتَّى أَقْبِضَ ثَمَنَهُ. وَقَالَ الْمُشْتَرِي: لَا أُسَلِّمُهُ حَتَّى أَقْبِضَ الْمَبِيعَ، وَالثَّمَنُ عَيْنٌ: جُعِلَ بَيْنَهُمَا عَدْلٌ يَقْبِضُ مِنْهُمَا وَيُسَلِّمُ إِلَيْهِمَا﴾.

وهذا المذهب، وعليه جمهور الأصحاب. وحزم به في المحرر^(١)، والرعاية الصغرى، والحاويين، والنظم، والوجيز، والفائق، والقواعد، وغيرهم. وقدمه في المغنى^(٢)، والشرح^(٣)، والرعاية الكبرى، والفروع وغيرهم.
وعنه ما يدل على أن البائع يجبر على تسليم المبيع على الإطلاق.
فعلى المذهب: يسلم المبيع أولاً ثم الثمن، على الصحيح من المذهب. وعليه أكثر الأصحاب.

وقيل: بل يسلم إليهما معا. ونقله ابن منصور عن الإمام أحمد.

وقيل: أيهما يلزمه البداءة؟ يحتمل وجهين. ذكره في الرعاية الكبرى.

فائدة: من قدر منهما على التسليم، وامتنع منه: ضمنه كغاصب.

قوله: ﴿وَإِنْ كَانَ دَيْنًا. يَعْنِي فِي الذِّمَّةِ حَالًا: أُجْبِرَ الْبَائِعُ عَلَى التَّسْلِيمِ. ثُمَّ يُجْبَرُ

الْمُشْتَرِي عَلَى تَسْلِيمِ الثَّمَنِ إِنْ كَانَ حَاضِرًا﴾. يعني في المجلس.

وهذا المذهب^(٤). نص عليه، وعليه أكثر الأصحاب.

(١) ذكره في المحرر (فقال: وإذا تشاحنا في التسليم والثمن عين نصب عدل يقبض فيهما ثم يقبضهما) المحرر (٣٣٢/١).

(٢) قال في المغنى: وجعل بينهما عدل فيقبض منهما ثم يسلم إليهما. المغنى (٢٧٠/٤).

(٣) قال في الشرح: (لأن حق البائع تعلق بعين الثمن كما تعلق حق المشتري بعين المبيع فاستويا وقد وجب لكل واحد منهما على الآخر حق قد استحق قبضه فأجبر كل واحد منهما على إيقاع صاحبه حقه). الشرح (١١٣/٤).

(٤) قال في الشرح: (لأن حق المشتري تعلق بعين المبيع وحق البائع تعلق بالذمة وتقديم ما تعلق بالعين أولى لتأكده، وكذلك تقديم الدين الذي به الرهن على ما في الذمة). الشرح (١١٣/٤). المغنى (٢٧٠/٤). المحرر (٣٣٣/١). الكافي (٦١/٢).

٤٤٨ كتاب البيع

وقيل: له حبسه حتى يقبض ثمنه الحال. كما لو خاف فواته. واختاره المصنف. واختاره في الإنتصار. قاله في الفروع، والقواعد.

فعلى ما اختاره المصنف: لو سلمه البائع إلى المشتري: لم يملك بعد ذلك استرجاعه، ولا منع المشتري من التصرف فيه.

قال في القواعد: وهو خلاف ما قاله القاضي وأصحابه في مسألة الحجر القريب. فائدة: لو كان الخيار لهما، أو لأحدهما: لم يملك البائع المطالبة بالنقد. ذكره القاضي في الإجازات من خلافه. وصرح به الأزجى في نهايته.

ولا يملك المشتري قبض المبيع في مدة الخيار بدون إذن صريح من البائع. نص على ما قاله في القاعدة الثامنة والأربعين.

قوله: ﴿وَإِنْ كَانَ غَائِبًا بَعِيدًا، أَوْ الْمُشْتَرَى مُعْسِرًا. فَلِلْبَائِعِ الْفَسْخُ﴾.

هذا المذهب (١). قطع به الجمهور. منهم: صاحب الفروع.

قيل: له الفسخ مع إعساره فقط، أو يصبر مع الحجر عليه. قاله في الرعاية. قال: ويحتمل أن يباع المبيع. وقيل: وغيره من ماله، في وفاء ثمنه إذا تعذر لإعسار أو بعد.

تنبيه: قد يقال ظاهر قوله «المشتري معسرا» أنه سواء كان معسرا به كله أو ببعضه. وهو أحد الوجهين.

قلت: وهو الصواب.

وقيل: لا بد أن يكون معسرا به كله. قدمه في الرعاية.

فائدة: لو أحضر نصف الثمن، فهل يأخذ المبيع كله أو نصفه؟ أو لا يأخذ شيئا حتى يزن الباقي، أو يفسخ البيع ويرد ما أخذه؟.

قال في الرعاية: يحتمل وجهين.

وقيل: نقد بعض الثمن لا يمنع الفسخ. انتهى.

وقال في الفروع: وإن أحضر نصف ثمنه. فقيل: يأخذ المبيع. وقيل: نصفه. وقيل: لا يستحق مطالبته بثلثين وثلثين مع خيار شرط. انتهى.

(١) قال في المغنى: (وإن كان غائبا عن البلد في مسافة القصر فالبائع مخير بين أن يصبر إلى أن يوجد وبين نسخ العقد لأنه قد تعذر عليه الثمن فهو كالمفلس) المغنى (٤/٢٧٠). المحرر (١/٣٣٣) الشرح (٤/١١٤) الكافي (٢/٦١).

كتاب البيع..... ٤٤٩

قلت: أما أخذ المبيع كله: ففيه ضرر على البائع. وكذا أخذ نصفه، للتشقيص. فالأظهر: أنه لا يأخذ شيئا من المبيع حتى يأتي بجميع الثمن.

قال في الفروع: ومثله المؤجر بالتقد في الحال.

تنبية: مفهوم قوله «والمشترى معسرا» أنه لو كان موسرا مماطلا ليس له الفسخ. [وهو الصحيح في الحال. وهو المذهب (١)، وعليه الأصحاب إلا الشيخ تقي الدين. فإنه قال: له الفسخ].

قلت: وهو الصواب.

قوله: ﴿وَإِنْ كَانَ فِي الْبَلَدِ: حَجَرَ عَلَى الْمُشْتَرَى فِي مَالِهِ كُلِّهِ حَتَّى يُسَلِّمَهُ﴾.

هذا المذهب، وعليه الأصحاب (٢). وقيل: له الفسخ.

قوله: ﴿وَإِنْ كَانَ غَائِبًا عَنِ الْبَلَدِ قَرِيبًا: اِحْتِمَلُ أَنْ يَثْبُتَ لِلْبَائِعِ الْفَسْخُ﴾.

وهو أحد الوجهين. وقدمه في الرعايتين، والحاويين. وجزم به ابن رزين في نهايته. وهو ظاهر ما جزم به في الهادي.

﴿واحتمل أن يحجر على المشتري﴾. من غير فسخ.

وهو الصحيح من المذهب. وقدمه في الفروع. وجزم به ابن عبدوس في تذكرته. وأطلقهما في المغني (٣)، والكافي (٤)، والمحرم (٥)، والشرح (٦)، والفائق، وشرح ابن منجا، والهداية، والخلاصة.

(١) قال في الشرح: (وإن كان موسرا أثبت البائع ذلك عند الحاكم ثم إن وجد الحاكم له ما لا تضاه وإلا باع المبيع وقضى ثمنه منه وما فضل للمشتري) الشرح (١١٤/٤). وذكره في المغني ولكنه قال: ويقوى عنده أن للبائع الفسخ بكل حال لأننا أبخنا له الفسخ مع حضوره إذا كان الثمن معيبا للضرر فهنا مع العجز عن الاستيفاء بكل حال أولى) المغني (٢٧١/٤).

(٢) قال في الشرح: (وإن كان الثمن في بيته أو بلده حجر على المشتري في المبيع وسائر ماله حتى يسلم الثمن لئلا يتصرف في ماله تصرفا يضر بالبائع) الشرح (١١٤/٤). المغني (٢٧٠/٤). الكافي (٦١/٢).

(٣) ذكر في المغني وإن كان دون مسافة القصر فله الخيار في أحد الوجهين لأنه فيه ضررا عليه والثاني لا خيار له لأن ما ورد مسافة القصر بمنزلة الحاضر. المغني (٢٧٠/٤).

(٤) قال في الكافي: (ففيه وجهان جاز له الفسخ لأنه يعذر الثمن للإعسار أشبه المفسس. الثاني: لا يفسخ ولكن يحجر على المشتري لأنه في حكم الحاضر أشبه الذي في البلد والصحيح عندي أنه لا يجب تسليم المبيع ما لم يحجز الثمن ويمكن أخذه لأن في تسليمه بدون ذلك ضررا أو خطرا بفوات الثمن وعليه يلزمه تسليم عوضه قياسا على العوض الآخر) الكافي (٦١/٢).

(٥) قال في المحرم: (أما دون مسافة القصر على وجهين). المحرم (٣٣٣/١).

(٦) قال في الشرح (فللبائع في الفسخ في أحد الوجهين لأن عليه ضررا في تأخير الثمن فكان له الفسخ. والثاني: لا يثبت له خيار الفسخ لأنه كالحاضر فعلى هذا يحجر على المشتري كما لو كان في البلد). الشرح (١١٤/٤).

فائدتان

إحدهما: لو كان الثمن مؤجلاً، فالصحيح من المذهب: أن المبيع لا يجبس عن المشتري. نص عليه. وقدمه في الفروع.
وقيل: يجبسه إلى أجله. جزم به في الرعاية، والوجيز.
قال في الفروع: اختاره الشيخ. يعنى به: المصنف.
الثانية: مثل البائع - فى هذه الأحكام - المؤجر بالنقد فى الحال. قاله فى الوجيز، والفروع، وغيرهما.

تنبيهان

الأول: ظاهر قوله: ﴿وَمَنْ اشْتَرَى مَكِيلًا أَوْ مَوْزُونًا﴾.

أنه سواء كان مطعوماً أو غير مطعوم. وهو صحيح. وهو المذهب. وعليه الأصحاب.

وعنه: محل ذلك: فى المطعوم، سواء كان مكيلًا، أو موزونًا، أو لا.

الثانى: أنط المصنف - رحمه الله - الأحكام بما يكال، ويوزن، لا بما يباع من كيل أو وزن. فدخل فى قوله: «ومن اشترى مكيلًا أو موزونًا» الصيرة. وهو إحدى الروايتين. وهى طريقة الخرقى، والمصنف، والشارح. ونصره القاضى، وأصحابه. وذكره الشيخ تقي الدين ظاهر المذهب [وصححه فى النظم].

والصحيح من المذهب: أن الحكم منوط بذلك إذا بيع بالكيل، أو الوزن لا ما يبيع من ذلك جزافًا. كالصيرة المعينة. وهى طريقة صاحب المحرر^(١)، والرعايتين والنظم، والحاوى الصغير، والفائق وغيرهم، وأصحاب الفروع. وقال: هذا المذهب.

قال فى التلخيص: هذه الرواية أشهر. وهى اختيار أكثر الأصحاب. وهى الرواية التى ذكرها المصنف بقوله: «وعنه: فى الصيرة المتعينة: أنه يجوز بيعها قبل قبضها، وإن تلفت فهى من ضمان المشتري» وأطلقهما فى الحاوى الكبير.

الثالث: فى اقتصار المصنف على المكيل، والموزون: إشعار بأن غيرهما ليس مثلهما فى الحكم ولو كان معدوداً، أو مذروعاً. وقد صرح به فى:

(١) ذكره فى المحرر. المحرر (١/٣٢٢).

قوله: ﴿وَمَا عَدَا الْمَكِيلِ وَالْمُوزُونِ يَجُوزُ التَّصَرُّفُ فِيهِ قَبْلَ قَبْضِهِ﴾.

وهو وجه. قدمه في الشرح^(١)، والفائق، والرعاية الكبرى.

قال ابن منجا في شرحه: هذا المذهب. وظاهر المذهب: أن المعداد كالمكيل والموزون. قاله في الفروع. وقطع به الخرقى، وصاحب التلخيص، والمحرر^(٢)، والنظم، والحاوى الكبير. وقال: لا تختلف الرواية فيه.

والمشهور في المذهب: أن المذروع كالمكيل والموزون. قاله في الفروع. وقطع به في التلخيص، والمحرر^(٣)، والبلغة، والحاوى الكبير، وغيرهم.

قوله: ﴿لَمْ يَجْزُ بَيْعُهُ حَتَّى يَقْبِضَهُ﴾.

هذا المذهب مطلقا. وعليه الأصحاب^(٤).

وعنه: يجوز بيعه لبائعه. اختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله. وجوز التولية فيه. والشركة. وخرجه من بيع دين.

والمذهب خلاف ذلك، وعليه الأصحاب.

تنبیه: ظاهر قوله: «لم يجز بيعه» أنه ملكه بالعقد. ولكن هو ممنوع من بيعه قبل قبضه. وهو صحيح. وهو المذهب. نقله ابن مشيش وغيره. وعليه الأصحاب. وحكاه الشيخ تقي الدين رحمه الله إجماعا.

وذكر في الانتصار رواية: أنه لا يملكه بالعقد. ذكرها في مسألة نقل الملك زمن الخيار.

ونقل ابن منصور: ملك البائع قائم حتى يوفيه المشتري.

فائدتان

إحدهما: يلزم البيع بالعقد مطلقا، على الصحيح من المذهب. وعليه أكثر الأصحاب.

(١) قال في الشرح: (ولنا على جواز بيعه قبل قبضه ما روى ابن عمر قال: كنا نبيع الإبل بالبيع فنأخذ بدل الدراهم الدنانير ونبيع بالدنانير فنأخذ بدلها الدراهم فسالنا النبي ﷺ عن ذلك فقال: ولا بأس إذا تفرقتما وليس بينكما شيء) الشرح (٤/١١٧، ١١٨).

(٢) ذكره في المحرر على وجهين فقال: إن تصرف منه المشتري فهو جائز قبل القبض (المحرر (١/٣٢٢)).

(٣) ذكره في المحرر وعطفه عليه قال (من اشترى شيئا بكيل أو وزن أو عدد أو ذرع) المحرر (١/٣٢٢).

(٤) قال في الشرح: (روى عن عثمان وسعيد بن المسيب والحكم أن كل ما يبيع على الكيل والوزن لا يجوز بيعه قبل قبضه) الشرح (٤/١١٥). قال في الكافي: (ومن اشترى مكيلا أو موزونا لم يجز له بيعه حتى يقبضه لقول النبي ﷺ (من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه). الكافي (٢/١٧). المحرر (١/٣٢٢)).

٤٥٢ كتاب البيع

وقيل فى قفيز من صيرة، ورطل من زبرة: لا يلزم إلا بقبضه.
وقال القاضى فى موضع من كلامه: ما يفتقر إلى القبض: لا يلزم إلا بقبضه. ذكره
الزرکشى.

وقال فى الروضة: يلزم البيع بكيله ووزنه. ولهذا نقول: لكل واحد منهما الفسخ
بغير اختيار الآخر، ما لم يكيلا أو يزنا.

قال فى الفروع: كذا قال. قال: فيتجه إذن فى نقل الملك روايتا الخيار.

وقال فى الروضة: ولا يحيل به قبله.

وقال: غير المكيل والموزون كهما فى رواية.

وتقدم التنبيه على ذلك أول الباب عند قوله «ولكل واحد من المتبايعين الخيار ما لم
يتفرقا بأبدانهما».

الثانية: المبيع برؤية أو صفة متقدمة: من ضمان البائع حتى يقبضه (١) المشتري،
ولا يجوز للمشتري التصرف فيه قبل قبضه، مكیلا أو موزنا أو غيرهما.

تنبيه: ظاهر قوله «لم يجوز بيعه حتى يقبضه» جواز التصرف فيه بغير البيع. وهو
اختيار الشيخ تقي الدين. وتقدم أنه اختار جواز بيعه لبائعه، وجواز التولية فيه
والشركة. وهنا مسائل.

منها: العتق. ويصح رواية واحدة. قال الشيخ تقي الدين: إجماعا.

ومنها: رهنه وهبته بلا عوض بعد قبض ثمنه. وفى جوازهما وجهان. وأطلقهما
فى الفروع. وظاهر ما قطع به المصنف فى باب الرهن: عدم جواز رهنه، حيث قال:
ويجوز رهن المبيع، غير المكيل والموزون قبل قبضه.

قال فى التلخيص: ذكر القاضى وابن عقيل: أنه لا يصح رهنه.

قال فى القاعدة الثامنة والخمسين: قال القاضى فى المجرد، وابن عقيل: لا يجوز
رهنه، ولا هبته، ولا إجارته قبل القبض كالمبيع. ثم ذكر فى الرهن [وهو ظاهر
كلامه فى المرتهن] عن الأصحاب: أنه يصح رهنه قبل قبضه. انتهى.

وقطع فى الحاوى الكبير: أنه لا يصح رهنه ولا هبته. وهو ظاهر كلامه فى

(١) قال فى الشرح: والبيع بصفة أو برؤية متقدمة من ضمان البائع حتى يقبضه المتبايع فعلى هذا لا يجوز
بيعه قبل قبضه لأنه يتعلق به حق توفية فيجوز مجرى المكيل والموزون. الشرح (٤/١١٦). المعنى
(٤/٢١٩) الكافى (٢/١٩).

كتاب البيع..... ٤٥٣

الرعايتين، والحاوى الصغير فى هذا الباب.

واختار القاضى: الجواز فيهما. واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله.
وقال فى التلخيص أيضا: وذكر القاضى وابن عقيل فى موضع آخر: إن كان الثمن قد قبض: صح رهنه. وتقدم كلامهما فيما نقلاه عن الأصحاب.
وللأصحاب وجه آخر بجواز رهنه على غير ثمنه. قاله فى القواعد وغيره.
وقدم فى الرعاية الصغيرى، والحاوى الصغير، والنظم وغيرهم: صحة رهنه، وصححه فى الرعاية الكبرى، والفائق. ذكروا ذلك فى باب الرهن.
ويأتى هناك بآتم من هذا.

ومنها: الإجارة. والصحيح من المذهب: أنها لا تصح مطلقا. اختاره القاضى فى المجرد، وابن عقيل. وقدمه فى الفروع.

وقيل: تصح من بائعه. اختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله.
ومنها: الوصية به والخلع عليه. فجوزه أبو يعلى الصغير. واختاره الشيخ تقى الدين.

وفى طريقة بعض أصحابنا: يصح تزويجه به. واختاره الشيخ تقى الدين.
قال فى القاعدة الثانية والخمسين: ومن الأصحاب من قطع بجواز جعله مهرا، معللا بأن ذلك غرر يسير. فيغتفر فى الصداق. ومنهم: الجمد. انتهى.
وفيه وجه آخر: لا يصح جعله مهرا.

واختار الشيخ تقى الدين رحمه الله أيضا جواز التصرف فيه بغير بيع.

وظاهر كلام الأكثر - وصرح به كثير منهم - عدم الجواز.

قوله: ﴿وَإِنْ تَلَفَ قَبْلَ قَبْضِهِ فَهُوَ مِنْ مَالِ الْبَائِعِ﴾.

اعلم أنه إذا تلف كله (١)، وكان بأفة سماوية: انفسخ العقد. وكان من ضمان بائعه. وكذا إن تلف بعضه. لكن هل يخيّر المشتري فى باقيه، أو يفسخ؟ فيه روايتان: تفريق الصفقة. وقدم تقدم المذهب فيها.

قال الزركشى، ظاهر كلام أبى محمد: أنه يخيّر بين قبول المبيع ناقصاً ولا شىء له.

(١) قاله الكافى: (وما يعتبر له القبض إذا تلف قبل قبضه انفسخ وهو من مال البائع لأنه تلف قبل تمام ملك المشتري عليه فأشبه ما تلف قبل تمام البيع) الكافى (١٩/٢) الشرح (١١٦/٤) المحرر (٣٢٢/١).

٤٥٤ كتاب البيع

وبين الفسخ والرجوع بالثمن.

وظاهر كلام غيره: أن التخيير في الباقي، وأن التالف يسقط ما قابله من الثمن. انتهى.

وأما في العيب بأفة سماوية: فيتعين ما قاله المصنف في تلف البعض بأفة سماوية. قوله: ﴿إِلَّا أَنْ يُتْلَفَ آدَمِيٌّ، فَيُخَيَّرُ الْمُشْتَرِي بَيْنَ فَسْخِ الْعَقْدِ وَبَيْنَ إِمْتِصَائِهِ وَمُطَالَبَةِ مُتْلِفِهِ بِالْقِيَمَةِ﴾.

هذا المذهب (١) مطلقا. نص عليه. وعليه جماهير الأصحاب. وقطع به كثير منهم. قال المصنف، والشارح، وغيرهما: قاله أصحابنا. وقيل: إن أتلفه بائعه انفسخ العقد. وهو احتمال في الكافي (٢). قال الزركشي: قد يقال: إن إطلاق الخرقى يقتضى بطلان العقد مطلقا. وظاهر ما روى إسماعيل بن سعيد: إذا كان التالف من جهة البائع لا يبطل العقد، ولا يخير المشتري. انتهى.

تنبيه: قوله: «ومطالبة متلفه بالقيمة» كذا قال كثير من الأصحاب. قال في الفروع: ومرادهم — إلا المحرر (٣) — بقولهم «بقيمته» «ببدله» وقد نقل الشالنجي: يطالب متلفه في المكيل والموزون بمثله.

فوائد

منها: لو خلطه بما لا يتميز: فهل يفسخ العقد؟ فيه وجهان. وأطلقهما في المحرر (٤)، والحاوي الصغير، والفائق، والزركشي.

أحدهما: يفسخ العقد. وقدمه في الرعايتين. وصححه في النظم. الثاني: لا يفسخ. وقال في الفائق: والمختار ثبوت الخيرة في فسخه.

(١) قال في الشرح: (وإن أتلفه أجنبي لم يبطل العقد على قياس قوله في الحاجة ويثبت للمشتري الخيار بين الفسخ والرجوع بالثمن لأن التالف حصل في يد البائع فهو كحدوث العيب في يده، وبين البقاء على العقد ومطالبة المتلف بالمثل إن كان مثليا وبالقيمة إن لم يكن مثليا) الشرح (١١٦/٤) الكافي (١٩/٢). المحرر (٣٢٢/١).

(٢) قال في الكافي: (وإن أتلفه البائع احتمل أن يبطل العقد لأنه يضمنه إذا تلف في يده بالثمن فكذلك إذا أتلفه) الكافي (١٩/٢).

(٣) ذكره في المحرر (٣٢٢/١).

(٤) قال في المحرر: (وإن اختلط بغيره ولم يتميز: ففي الانفساخ وجهان) المحرر (٣٢٢/١).

كتاب البيع..... ٤٥٥

ولعل الخلاف مبنى على أن الخلط: هل هو اشتراك أو إهلاك؟ على ما يأتي في كلام المصنف في الغصب.

ومنها: لو اشترى شاة بشعير، فأكلته قبل القبض. فإن لم تكن بيد أحد: انفسخ العقد كالسماوى. وإن كانت بيد المشتري، أو البائع، أو أجنبي: فمن ضمان من هى بيده.

ومنها: لو كان المبيع قفيزاً من صبرة، أو رطلا من وبرة، فتلقت إلا قفيزاً أو رطلا: فهو المبيع.

ومنها: لو اشترى عبداً أو شقصاً بمكيل أو موزون أو معدود أو مندرج. فقبض العبد وباعه، أو أخذ الشقص بالشفعة، ثم تلف الطعام قبل قبضه: انفسخ العقد الأول دون الثانى. ولا يبطل الأخذ بالشفعة. ويرجع مشتري الطعام على مشتري العبد أو الشقص بقيمة ذلك، لتعذر رده. وعلى الشفيع مثل الطعام. لأنه عوض الشقص.

تنبيه: يأتى حكم الصرف والسلم قبل قبضهما فى بايهما. ويأتى حكم الثمرة إذا باعها على الشجر: هل يجوز بيعها قبل جذاها؟ ونحوه.

قوله: ﴿وَمَا عَدَا الْمِكِيلِ وَالْمَوْزُونِ يَجُوزُ التَّصَرُّفُ فِيهِ قَبْلَ قَبْضِهِ، وَإِنْ تَلَفَ فَهُوَ مِنْ ضَمَانِ الْمُشْتَرِي﴾.

وهذا بناء منه على ما ذكره فى المكيل والموزون.

وقد تقدم أن المعدود والمدرج كهما، فما عدا هذه الأربعة يجوز التصرف فيه قبل قبضه. وإن تلف فهو من ضمان المشتري. كما قال المصنف. وهذا المذهب. وعليه جماهير الأصحاب.

قال فى الفروع: هذا المذهب، كأخذه بشفعة.

قال فى التلخيص: هذا أشهر الروايات. واختيار أكثر الأصحاب.

قال فى المحرر (١): هذا المشهور.

قال فى الشرح (٢): هذا الأظهر.

قال فى الرعاية، والفائق: هذا الأشهر.

(١) قال فى المحرر: (وإن تلف فمن ضمانه وهو المشهور) المحرر (١/٣٢٢).

(٢) قال فى الشرح: (لا يدخل فى ضمان المشتري إلا قبضه) الشرح (٤/١١٥).

٤٥٦ كتاب البيع

قال الزركشى: هو الأشهر عن الإمام أحمد. والمختار لجمهور الأصحاب.

وصححه ابن عقيل فى الفصول. وهو من مفردات المذهب.

وعنه: يجوز التصرف فيه إن لم يكن مطعوما.

وفى طريقة بعض الأصحاب رواية: يجوز فى العقار فقط.

وذكر أبو الخطاب رواية أخرى: أنه كالمكيل والموزون فى ذلك. فلا يجوز

التصرف فيه مطلقاً ولو ضمنه. اختاره ابن عقيل فى غير الفصول، والشيخ تقي

الدين. وجعلها طريقة الخرقى وغيره، وقال: عليه تدل أصول أحمد. كتصرف

المشترى فى الثمرة، والمستأجر فى العين، مع أنه لا يضمنها، وعكسه كالصيرة المعينة.

كما شرط قبضه لصحته، كسلم وصرف.

وقال فى الإنتصار فى الصرف: إن تميز له الشراء بعينه، ويأمر البائع بقبضه فى

المجلس. وقال فى الترغيب: المتعنان فى الصرف قبل من صور المسألة.

وقيل: لا. لقوله: «إلا هؤلاء».

فوائد

الأولى: ضابطه: المبيع متميز وغيره. فغير المتميز: مبهم تعلق به حق توفية، كقفيز

من صيرة ونحوه. فيفتقر إلى القبض. على الصحيح من المذهب^(١). وعليه الأصحاب.

وفى كلام المصنف ما يقتضى رواية بعدم الافتقار.

قال الزركشى: ولا يتابع عليها.

ومبهم لم يتعلق به حق توفية، كنصف عبد ونحوه. ففى البلغة: هو كالذى قبله.

وفى التلخيص: هو من المتميزات، فيه الخلاف الآتى.

والمتميز قسمان: ما يتعلق به حق توفية كبعثك هذا القطيع كل شاة بدرهم ونحوه.

فهو كالمبهم الذى تعلق به حق توفيه عند الأصحاب. وخرج أنه كالعبد. وهو ظاهر

رواية ابن منصور.

ومالا يتعلق به حق توفية - كالعبد، والدار، والصيرة، ونحوها - من الذميات، ففيه

الروايات المذكورة بعد كلام المصنف.

الثانية: ما جاز له التصرف فيه فهو من ضمانه إذا لم يمنعه البائع. نص عليه. قال

فى الفروع: فظاهره تمكن من قبضه أولاً. وجزم به فى المستوعب وغيره.

(١) ذكره فى الشرح حيث قال: سواء كان متعينا كالصيرة أو غير متعين كقفيز منها. الشرح (١١٥/٤)

المحرر (٣٢٢/١) الكافى (١٨/٢).

كتاب البيع ٤٥٧

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله: لا يكون من ضمانه إلا إذا تمكن من قبضه.
وقال: ظاهر المذهب: أن الفرق بين ما يتمكن من قبضه وغيره، ليس هو الفرق بين المقبوض وغيره.

قال في الفروع: كذا قال. قال: ولم أجد الأصحاب ذكروه. ورد ما قاله الشيخ تقي الدين. واستشهد للرد بكلام بعض الأصحاب.

الثالثة: الثمن الذي ليس في الذمة حكمه حكم الثمن. فأما إن كان في الذمة: فله أخذ بدله، لاستقراره.

قال المصنف في فتاويه - فيمن اشترى شاةً بدينار - فبلعته، إن قلنا: يتعين الدينار بالتعين، وينفسخ العقد بتلفه قبل قبضه: انفسخ هنا. وإن لم نقل بأحدهما لم ينفسخ.
الرابعة: حكم كل معين ملك بعقد معاوضة: ينفسخ بهلاكه قبل قبضه. كالأجرة المعينة، وال عوض في الصلح بمعنى البيع، ونحوهما: حكم العوض في البيع في جواز التصرف ومنعه كما سبق، قطع به الأصحاب.

وجوز الشيخ تقي الدين البيع فيه وغيره، لعدم قصد الربح. انتهى.

وحكم ما لا ينفسخ العقد بتلفه قبل قبضه - كالعوض في الخلع، والعوض في العتق، والمصالح به عن عدم العمد - قيل: حكم البيع. كما تقدم في الذي قبله. اختاره القاضي في الجرد، لكن يجب بتلفه مثله أو قيمته. جزم به في المحرر^(١)، والرعاية الصغرى، والحاوى [الصغير] ولافسخ على الصحيح.

واختار الشيخ تقي الدين رحمه الله: لهما فسخ نكاح، لفوت بعض المقصود، كعيب مبيع. انتهى.

وقيل: له التصرف قبل قبضه فيما لا ينفسخ، فيضمنه. جزم به في المغنى^(٢)، والشرح^(٣)، والحاوى الكبير. وقدمه في الرعاية الكبرى، والفائق. وأطلقهما في الفروع، وفي المستوعب، وفي التلخيص، بل ضمانه كبيع.

(١) ذكره في المحرر (١/٣٢٣).

(٢) ذكره في المغنى فقال (وما لا ينفسخ العقد بهلاكه جاز التصرف فيه قبل قبضه لوجوب الخلع و العتق على مال لأن المقتضى للتصرف الملك وقد وجد لكن ما يتوهم فيه ذلك الضرر انتفى المانع فجاز العقد عليه) المغنى (٤/٢٢١).

(٣) قال في الشرح: (وما لا ينفسخ العقد بهلاكه يجوز التصرف فيه قبل القبض كعوض الخلع و العتق على مال وبدل الصلح لأن المقتضى للتصرف الملك وقد وجد لكن ما يتوهم فيه غرر الانفساخ بهلاك المقود عليه لم يجر فوجب عقد آخر عليه) الشرح (٤/١١٨).

٤٥٨ كتاب البيع

وحكم المهر كذلك عند القاضى. وهو ظاهر كلام جماعة. وجزم به فى الحاوى، والمحرف^(١). وقدمه فى الرعاية الكبرى.

قال أبو الخطاب: إن لم يكن متعينا. ذكره المصنف. وأطلقهما فى المغنى^(٢)، والشرح^(٣)، والفروع، والفائق.

الخامسة: لو تعين ملكه فى موروث، أو وصية أو غنيمة: لم يعتبر قبضه فى صحة تصرفه فيه. ذكره الشيخ تقي الدين رحمه الله بلا خلاف. وجزم به فى التلخيص، والمغنى^(٤)، والمحرف^(٥)، والشرح^(٦)، والحاوى الكبير، والفائق. وقدمه فى الفروع، والرعاية الكبرى وغيرهما. لعدم ضمانه بعقد معاوضة. كمبيع مقبوض، وكوديعة، وكماله فى يد وكيله. ونحو ذلك.

وقيل: وصية كبيع. وقيل: وإرث أيضا كبيع.

وفى الإفصاح عن أحمد: منع بيع الطعام قبل قبضه فى إرث وغيره.

وفى الانتصار: منع تصرفه فى غنيمة قبل قبضها إجماعا. وعارية كوديعة فى جواز التصرف. ويضمنها مستعير.

ويأتى حكم القرض فى أول بابه.

قوله: ﴿وَيَخْصُلُ الْقَبْضُ فِيمَا يَبْعُ بِالْكَيْلِ وَالْوَزْنِ بِكَيْلِهِ أَوْ وَزْنِهِ﴾.

وكذا المعدود، والمذروع بعده، وذرعه لى ما تقدم. نص عليه. وهو المذهب. وعليه جماهير الأصحاب. لكن يشترط فى ذلك كله: حضور المستحق أو نائبه.

وعنه: إن قبض جميع الأشياء بالتخلية مع التمييز. نصره القاضى وغيره.

(١) ذكرها صاحب المحرف هكذا (وكل يمين مكلف بنكاح أو خلع). المحرف (١/٣٢٣).

(٢) ذكر الإطلاق صاحب المغنى كما فى الشرح النقطة القادمة المغنى (٤/٢٢١).

(٣) ذكر الإطلاق صاحب الشرح (ذكر أنه يجوز التصرف فيه قبل القبض كعوض الخلع والعق على مال وقيل: لا يجوز التصرف فيه قبل قبضه ووافق أبو الخطاب فى المعين لأنه يخشى رجوعه بانتقاض سببه بالرد وقبل الدخول أو انفساخه بسبب من جهة المرأة). الشرح (٤/١١٨).

(٤) ذكره صاحب المغنى فقال: (وأما ما ملك بإرث أو وصية أو غنيمة وتعين ملكه فيه فإنه يجوز له التصرف فيه بالبيع وغيره قبل قبضه لأنه غير مضمون بعقد معاوضة فهو كالمبيع المقبوض) المغنى (٤/٢٢).

(٥) ذكره فى المحرف فقال: (وأما ما ملك بإرث أو وصية من مكيل أو غيره فالصرف فيه مثل قبضه جائز).

(٦) قال فى الشرح: (فأما ما ملك بإرث أو وصية أو غنيمة أو تعين ملكه فيه فإنه يجوز له التصرف فيه بالبيع وغيره قبل قبضه لأنه غير مضمون بعقد معاوضة فهو كالمبيع المقبوض) للشرح (٤/١١٩).

كتاب البيع..... ٤٥٩

وقال فى المحرر^(١)، ومن تابعه: وإن تقابضاه جزافاً، لعلمهما بقدره: جاز، إلا فى المكيل. فإنه على روايتين.

ويأتى فى أواخر السلم: هل يكفى بعلم كيله أو وزنه ونحو ذلك عن المكيل والموزون ونحوها أم لا ؟.

فوائد

إحداها: نص الإمام أحمد رحمه الله على كراهة زلزلة الكيل.

الثانية: الصحيح من المذهب: صحة استنابة من عليه الحق للمستحق فى القبض.

قال فى التلخيص: صح فى أظهر الوجهين. وقدمه فى الفروع. وقيل: لا يصح.

الثالثة: نص الإمام أحمد رحمه الله، وقاله القاضى وأصحابه: طرفه كيده. بدليل تنازعهما ما فيه. وقيل: لا.

الرابعة: نص الإمام أحمد رحمه الله أيضاً على صحة قبض وكيلٍ من نفسه لنفسه. وهو المذهب^(٢). وعليه جمهور الأصحاب. قاله فى الفروع.

قال فى التلخيص: هذا المشهور فى المذهب. وعليه جمهور الأصحاب. وقاله فى الترغيب وغيره. وقدمه فى الفروع وغيره. وقيل: لا يصح.

ولو قال له: اكنل من هذه الصيرة قدر حقلك، ففعل: صح. وقيل: لا. ويأتى ذلك فى آخر باب السلم.

قوله: ﴿وَفِي الصُّبْرَةِ وَمَا يُنْقَلُ بِالنَّقْلِ، وَفِيمَا يُتَنَاوَلُ بِالتَّوَالِ﴾.

هذا المذهب، وعليه أكثر الأصحاب.

وعنه: أن قبض جميع الأشياء بالتخلية مع التمييز. ونصره القاضى وغيره، كما تقدم.

فائدة: قال المصنف فى المغنى^(٣) - فى كتاب الهبة -: والقبض فى المشاع بتسليم الكل إليه. فإن أبى الشريك أن يسلم نصيبه قيل للمتهب: وكل الشريك فى قبضه ونقله. فإن أبى نصب الحاكم من يكون فى يده لهما. فينقله ليحصل القبض. لأنه لا ضرر على الشريك فى ذلك. ويتم به عقد شريكه.

(١) ذكره فى المحرر بنصه وتماه (٣٢٢/١).

(٢) قال فى المغنى: (ولنا أنه يجوز أن يشترى لنفسه من مال ولد ويقبض لنفسه من نفسه) المغنى

(٢٢٣/٤) وقال فى المغنى: أيضاً (نص أحمد على نظير ذلك) الشرح (١١٩/٤).

(٣) ذكره فى المغنى بنصه وتماه انظر المغنى (٢٥٣/٦).

٤٦٠ كتاب البيع

وقال فى الرعاىة: ومن اتهب مبهما أو مشاعا، من منقول وغيره، مما ينقسم أو غيره فأذن له شريكه فى القبض: كان سهمه أمانة مع المتهب، أو يوكل المتهب شريكه فى قبض سهمه منه، ويكون أمانة. وإن تنازعا قبض لهما وكيلهما أو أمين الحاكم. انتهى.

وقال فى الفروع - فى باب الهبة - قال فى الجرد: يعتبر لقبض المشاع إذن الشريك. فيكون نصفه مقبوضا تملكها. ونصف الشريك أمانة. وقال فى العيون: بل عارية. انتهى.

وقال فى الرعاىة أيضا - فى باب القبض، والضمان - ومن باع حقه المشاع من عين، وسلم الكل إلى المشتري بلا إذن شريكه، فهو غاصب حق شريكه. فإن علم المشتري عدم إذنه فى قبض حقه، فتلف: ضمن أيهما شاء. والقرار على المشتري. وكذا إن جهل الشركة أو وجوب الإذن ومثله يجمله. لكن القرار على البائع، لأنه غرّه. ويحتمل أن يختص بالمشتري.

قوله: ﴿وَفِيمَا عَدَا ذَلِكَ بِالتَّخْلِيفِ﴾.

كالذى لا ينقل، ولا يحول. وهذا بلا نزاع (١). لكن قال المصنف، والشارح وصاحب الترغيب، والرعاىة، والحاوى، وغيرهم: مع عدم المانع. قلت: ولعله مراد من أطلق.

فائدتان

إحدهما: أجرة توفية الثمن والمثمن على باذله منهما. قاله الأصحاب (٢).

وقال فى النهاية: أجرة نقله بعد قبض البائع له عليه. انتهى.

وأجرة المنقولات على المشتري، سواء قلنا كمقبوض أولا. جزم به فى التلخيص وغيره. قدمه فى الفروع، والرعاىة.

(١) قال فى الشرح: (وما كان لا ينقل ويحول فقبضه التخليية بينه وبين مشتريه لا حائل دونه ولأن القبض ومطلق فى الشرع فيجب فيه الرجوع إلى العرف كالإحراز والتفرق والعادة فى قبض هذه الأشياء). الشرح (١٢٠/٤). قال فى الكافى: (وما لا ينقل قبضه التخليية بين مشتريه وبينه لا حائل دونه) الكافى (١٩/٢). قيل فى المحرر: (وفى العقار بالتخليية) المحرر (٣٢٣/١). المغنى (٢٢٠/٤).

(٢) ذكر الأجرة فى الشرح فقال: (وأجرة الكيال والوزان فى الموزون والمكيل على البائع لأن عليه قبض المبيع للمشتري والقبض لا يحصل إلا بذلك فكان على البائع أما نقل المنقولات وما أشبهها فهو على المشتري لأنه لا يتعلق به حق توفية نص عليه أحمد) الشرح (١٢٠/٤). المحرر (٣٢٣/١) المغنى (٢٢٠/٤).

كتاب البيع..... ٤٦١

وقال المصنف، والشارح وغيرهما: أجرة المنقولات على المشتري، سواء قلنا كمقبوض أو لا.

قال المصنف: لأنه لم يتعلق به حق توفية. نص عليه.

وقال في الرعاية الكبرى: ومؤنة توفية كل واحد من العوضين - من أجرة وزنه وكيله، وذرعه وعده، وغير ذلك - على باذله. ومؤنة قبض ما بيع جزأفا - وهو متميز - على من صار له، إن قلنا: هو في حكم المقبوض، وإلا فلا. وما بيع بصفة أو رؤية متقدمة. فهو كالمكيل والموزون ونحوهما، في حق التوفية وغيرها.

وقيل: أجرة الكيال على البائع. وكذا أجرة الزان، والنقل. وقيل: بل على المشتري. ثم قال من عنده: ويحتمل أن عليه أجرة النقاد. وزنة الزان. انتهى.

[وقال القاضى فى التعليق: وأجرة النقاد. فإن كان قبل أن يقبض البائع الثمن. فهى على المشتري، لأن عليه تسليم الثمن إليه صحيحا، وإن كان قد قبض. فهى على البائع. لأنه قد قبضه منه وملكه. فعليه أن يبين أن شيئا منه معيبا يجب رده.]

الثانية: يتميز الثمن عن المثلث بدخول «باء» البدلية مطلقا. على الصحيح من المذهب. قدمه فى التلخيص، والرعاية. وقال: هو أولى.

قال الأزجى فى نهايته: وهو أظهر.

وقيل: إن اشتملت الصفقة على أحد النقيدين. فهو الثمن، وإلا فهو ما دخلته «باء» البدلية. نحو لو قال: بعثك بهذا. فقال المشتري: اشتريت، أو قال: اشتريت هذا بهذا. فقال البائع: بعثك.

وذكر الأزجى فى نهايته وجها ثالثا، وهو أن الثمن الدراهم والدنانير الموضوعة للثمنية اصطلاحا. فيختص بها فقط. قلت: وهو قريب من الذى قبله.

فوائد

منها: لا يضمن النقاد ما أخطئوا، على الصحيح من المذهب. نص عليه.

زاد فى الرعاية: إذا عرف حذقه وأمانته. والظاهر: أنه مراد من أطلق.

وقيل: يضمنون.

٤٦٢ كتاب البيع

ومنها: إتلاف المشتري للمبيع: قبض مطلقا. على الصحيح^(١) من المذهب.
وقيل: إن كان عمدا فقبض، وإلا فلا.
وغضبه ليس بقبض.

وفى الانتصار: خلاف، إن قبله: هل يصير قابضا أم يفسخ، ويغرم قيمته؟
وكذا متهب بإذنه: هل يصير قابضا فيه، وفي غضب عقار لو استولى عليه وحال
بينه وبين بائعه: صار قابضا؟

ومنها: يصح قبضه من غير رضا البائع. على الصحيح^(٢) من المذهب. وقال فى
الإنتصار: يحرم غير متعين.

ومنها: لو غضب البائع الثمن، أو أخذه بلا إذنه: لم يكن قبضا إلا مع المقاصة.
فائدة: يحرم تعاطيها عقدا فاسدا. فلو فعلا: لم يملك به. ولا ينفذ تصرفه. على
الصحيح من المذهب.

وخرج أبو الخطاب فى إنتصاره: صحة التصرف فيه من الطلاق فى النكاح الفاسد.
واعترضه أحمد الحربى فى تعليقه. وفرق بينهما.

وأبدي ابن عقيل فى عمد الأدلة: احتمالا بنفوذ الإقالة فى البيع الفاسد،
كالطلاق فى النكاح الفاسد. قال: ويقيد ذلك أن حكم الحاكم بعد الإقالة بصحة
العقد لا يؤثر. انتهى.

قال فى الفائق: قال شيخنا - يعنى به الشيخ تقي الدين رحمه الله - : يترجح أنه
يملكه بعقد فاسد.

فعلى المذهب: حكمه حكم المغصوب فى الضمان. على الصحيح من المذهب.
جزم به فى الرعايتين، والحاويين، وغيرهم. وقدمه فى الفروع وغيره.

قال فى القاعدة السادسة والأربعين: هذا المعروف من المذهب.

وقال ابن عقيل وغيره: حكمه حكم المقبوض على وجه السوم. ومنه خرج ابن
الزاغونى لا يضمنه.

(١) قال فى الكافى: (وإن أتلّفه المشتري استقر عليه الثمن لأنه تلف بتصرفه فاستقر الثمن عليه كما لو
قبضه) الكافى (١٩/٢) المحرر (٣٢٢/١). المغنى (٢١٨/٤) الشرح (١١٦/٤).

(٢) قال فى المغنى: (يصح القبض قبل نقد الثمن وبعده باختيار البائع ويغير اختياره لأنه ليس للبائع حبس
المبيع على قبض الثمن ولأن التسليم من مقتضيات العقد فمتى وجد بعده وقع موقعه كقبض الثمن)
المغنى (٢٢٠/٤). الشرح (١٢٠/٤).

كتاب البيع..... ٤٦٣
 ويأتى حكم المقبوض على وجه السوم فى باب الضمان - وإن كان هذا محله -
 لمعنى ما.

وعلى المذهب أيضا: يضمنه بقيمته على الصحيح. نص عليه فى رواية ابن
 منصور، وأبى طالب.

وذكر أبو بكر: يضمنه بالمسمى، لا القيمة. ككنكاح وخلع. وحكاه القاضى فى
 الكتابة. واختاره الشيخ تقى الدين.

وقال فى الفصول: يضمنه بالثمن، والأصح: بقيمته كمغصوب.

وفى الفصول أيضا - فى أجرة المثل فى مضاربة فاسدة - أنه كبيع فاسد، إذا لم
 يستحق فيه المسمى استحق ثمن المثل، وهو القيمة. كذا تجب قيمة المثل لهذه المنفعة.
 انتهى.

وقال فى المغنى^(١) - فى تصرف العبد - وصاحب المستوعب: أو يضمن مثله يوم
 تلفه. وخرج القاضى وغيره فيه وفى عارية: كمغصوب. وقاله فى الوسيلة.

وقيل: له حبس المقبوض بعقد فاسد على قبض ثمنه.

وعلى المذهب: يضمن زيادته على الصحيح.

وقال فى الرعاية الكبرى: وله مطلقا غمؤه المتصل والمنفصل، وأجرته مدة قبضه
 بيد المشتري، وأرش نقصه.

وقيل: هل أجرته وزيادته مضمونة أو أمانة؟ على وجهين. انتهى.

وقال فى الصغرى: وغمؤه وأجرته وأرش نقصه للمالك.

وقيل: عليه أجرة المثل لمنفعة. وضمانه إن تلف بقيمته، وزيادته أمانة. انتهى

وقدم الضمان أيضا فى الزيادة. وصححه فى التصحيح المحرر.

وقال فى الفروع، والمحرر^(٢)، والنظم: وفى ضمان زيادته وجهان.

وقال فى المغنى^(٣)، والترغيب، والرعايتين، والحاويين، وغيرهما: إن سقط الجنين

ميتا فهدر. وقاله القاضى. وعند أبى الوفاء: يضمنه. انتهى.

(١) انظر المغنى (٤/٢٩٨).

(٢) قال فى المحرر: (وعليه أجرة المثل لمنفعته وضمانه إذا تلف بقيمته، وهل يضمن زيادته أو تكون على

وجهين) المحرر (١/٣٣٣).

(٣) ذكره فى المغنى انظر فى دية الحرة المسلمة. المغنى (٩/٥٣٦).

٤٦٤ كتاب البيع
ويضمنه ضاربه بلا نزاع. وحكمه فى الوطاء حكم الغاصب، إلا أنه لا حد عليه،
وولده حر.

قوله: ﴿وَالْإِقَالَةُ: فُسْخٌ﴾.

هذا المذهب بلا ريب. نص عليه. وعليه جماهير الأصحاب. قاله فى القواعد
الفقهية. اختارها الخرقى، والقاضى، والأكثرون.

قال الزركشى: هى اختيار جمهور الأصحاب - القاضى وأكثر أصحابه.

قال فى المعنى^(١)، والشرح^(٢)، والفائق، وغيرهم: ويشرع إقالة النادم. وهى فسخ
فى أصح الروايتين. وقدمه فى الفروع، والرعايتين، والمحرر^(٣)، وغيرهم. وحكاه
القاضى والمصنف وغيرهما عن أبى بكر.

وعنه: إنها بيع. اختارها أبو بكر فى التنبيه.

تنبيه: يبنى على هذا الخلاف فوائد كثيرة. ذكرها ابن رجب فى فوائده وغيره.

منها: إذا تقابلا قبل القبض فيما لا يجوز بيعه قبل قبضه: فيصح على المذهب، ولا
يصح بيعه من بائعه خاصة قبل القبض. وقد تقدمت. واختارها الشيخ تقي الدين.
وقاله أبو الخطاب فى الإنتصار.

ومنها: جوازها فى المكيل والموزون بغير كيل ووزن، على المذهب. ولا يصح على
الثانية. وهى طريقة أبى بكر فى التنبيه، والقاضى، والأكثرين. وجزم بها فى الفروع
وغيره.

وحكى عن أبى بكر: أنه لا بد فيها من كيل أو وزن ثان، على الروايتين جميعاً.
وقطع به المصنف، والشارح عن أبى بكر.

ومنها: إذا تقابلا بزيادة على الثمن، أو بنقص منه، أو بغير جنس الثمن: لم تصح
الإقالة. والملك باق للمشتري، على المذهب.

وعلى الثانية: فيه وجهان. وأطلقهما المصنف هنا. وأطلقهما فى الهداية، والمذهب،

(١) تعريف الإقالة (هى الدفع والإزالة فقال أقالك الله عثرتك أى أزالها قال ﷺ (من أقال نادماً بيعته أقاله

الله عثرته يوم القيامة) والأقالة اختلفت فيها الرواية وهى فسخ على الصحيح ﷺ المعنى (٢٢٥/٩).

(٢) قال صاحب الشرح: (إقالة النادم مستحقة لما روى عن النبى ﷺ (أنه قال - من أقال نادماً بيعته أقاله

الله عثرته يوم القيامة ﷺ رواه ابن ماجه وأبو داود) وهى فسخ فى أصح الروايتين (الشرح (١٢١/٤).

(٣) قال فى المحرر: (والإقالة فسخ فتحتوز قبل القبض). المحرر (٣٣١/١).

كتاب البيع..... ٤٦٥

والحرر^(١)، والرعاية، والحاوى الصغير، والزر كشي، وغيرهم.

أحدهما: لا يصح إلا بمثل الثمن أيضا. صححه المصنف، والشارح، وصاحب
الحاوى الكبير، والمستوعب، والفائق. وهو المذهب عند القاضى فى خلافه. قال فى
القواعد: وهو ظاهر ما نقله ابن منصور.

والوجه الثانى: يصح بزيادة على الثمن ونقص. وصححه القاضى فى الروايتين.
وهو ظاهر ما قدمه فى الفروع. فإنه قال: وعنه: بيع. فينعكس ذلك إلا مثل الثمن
فى وجه. ويكون هذا المذهب على ما اصطلاحناه.

ومنها: تصح الإقالة بلفظ «الإقالة» و«المصالحة» على المذهب. ذكره القاضى، وابن
عقيل.

وعلى الثانية: لاتعقد. صرح به القاضى فى خلافه. وقال: ما يصلح للحل
لا يصلح للعقد، وما يصلح للعقد لا يصلح للحل. فلا تعقد الإقالة بلفظ «البيع» ولا
البيع بلفظ «الإقالة» قاله فى القواعد.

وظاهر كلام كثير من الأصحاب: انعقادها بذلك. وتكون معاطاة. قاله فى الفوائد.
ومنها: عدم اشتراط شروط البيع - من معرفة المقال فيه، والقدرة على تسليمه
وتمييزه عن غيره - على المذهب.

وعلى الثانية: يشترط معرفة ذلك. ذكره فى المغنى فى التفليس.
قال فى القواعد: وفى كلام القاضى ما يقتضى: أن الإقالة لاتصح مع غيبة الآخر،
على الروايتين. ولو قال: أقلنى. ثم غاب، فأقاله: لم يصح. قدمه فى الفروع. وقدم
فى الانتصار: يصح على الفور.

وقال ابن عقيل وغيره: الإقالة لما افتقرت إلى الرضا وقفت على العلم.
ومنها: لو تلفت السلعة. فقييل: لاتصح الإقالة، على الروايتين. وهى طريقة
القاضى فى موضع من خلافه، والمصنف فى المغنى^(٢).

وقييل: إن قيل هى فسخ: صحت، وإلا لم تصح.
وقال القاضى فى موضع من خلافه: هو قياس المذهب.
وفى التلخيص وجهان. وقال: أصلها الروايتان فيما إذا تلف المبيع فى مدة الخيار.

(١) قال فى الحرر: (وعلى أنها بيع فيه وجهان) الحرر (٣٣١/١).

(٢) ذكرها فى المغنى فى الخلاف على أنها فسخ أو بيع. المغنى (٢٢٦/٤).

٤٦٦ كتاب البيع

وأطلقهما في الفروع. وقالوا: وفارق الرد بالعيب. لأنه يعتمد مردودا.

ومنها: صحتها بعد نداء الجمعة، على المذهب.

وعلى الثانية: لاتصح. قاله القاضى، وابن عقيل، ومن تابعهما.

ومنها: نماؤه المنفصل. فعلى الثانية: لا يتبع. وعلى المذهب: قال القاضى: هو للمشتري.

قال ابن رجب: وينبغى تخريجه على الوجهين، كالرد بالعيب، والرجوع للمفلس.

وخرج القاضى وجهاً برده مع أصله. حكاه المجد عنه فى شرحه.

وقال فى المستوعب والرعاية: النماء للبايع، على المذهب. مع ذكرهما أن نماء العيب للمشتري.

ومنها: لو باعه نخلًا حاملاً، ثم تقايلاً وقد أطلع. فعلى المذهب: يتبع الأصل، سواء

كانت مؤبرة أو لا.

وعلى الثانية: إن كانت مؤبرة: فهى للمشتري الأول. وإن لم تكن: فهى للبايع

الأول.

ومنها: خيار المجلس، لا يثبت فيها على المذهب.

وعلى الثانية: قال فى التلخيص: يثبت فيها كسائر العقود. قال: ويحتمل عندى

لا يثبت.

ومنها: هل يرد بالعيب. فعلى الثانية: له الرد.

وعلى المذهب: يحتمل ألا يرد به. ويحتمل أن يرد به. قاله فى القواعد.

ومنها: الإقالة فى المسلم - فيه قبل قبضه. فقيل: يجوز الإقالة فيه على الروايتين

وهى طريقة الأكثرين. ونقل ابن المنذر (١): الإجماع على ذلك.

وقيل: يجوز على المذهب لا الثانية. وهى طريقة القاضى، وابن عقيل فى

روايتيهما. وصاحب الروضة، وابن الزاغونى. ويأتى ذلك أيضا فى باب السلم.

ومنها: لو باعه جزءاً مشاعاً من أرضه. فعلى المذهب: لا يستحق المشتري ولا من

(١) ذكر فى المعنى الإجماع الذى نقله عن ابن المنذر، قال: قال ابن المنذر (وفى إجماعهم أن رسول الله نهى عن بيع الطعام قبل قبضه مع إجماعهم على أن له أن يقبل المسلم جميع المسلم وتجوز فى المسلم فيه قبل قبضه) المعنى (٤/٢٢٥). وذكر أيضا صاحب الشرح إجماع ابن المنذر (الشرح ٤/١٢١). فى المحرر ذكر (أنه فى إقالة المسلم روايتان) المحرر (١/٣٣٤).

كتاب البيع ٤٦٧

حدث له شركة فى الأرض قبل المقابلة شيئاً من الشقص بالشفعة.

وعلى الثانية: يثبت لهم.

وكذا لو باع أحد الشريكين حصته، ثم عفا الآخر عن شفيعته، ثم تقايلا وأراد العافى أن يعود إلى الطلب، فليس له ذلك على المذهب.

وعلى الثانية: له ذلك.

ومنها: لو اشترى شقصا مشفوعا، ثم تقايلاه قبل الطلب.

فعلى الثانية: لا يسقط. وعلى المذهب: لا يسقط أيضا. وهو قول القاضى وأصحابه.

وقيل: يسقط. وهو المنصوص. وهو ظاهر كلام أبى حفص، والقاضى فى خلافه.

ومنها: هل يملك المضارب أو الشريك الإقالة فيما اشترىه؟ فالأكثر على أنهما يملكانها عليهما من المصلحة.

وقال ابن عقيل فى موضع من فصوله: على المذهب: لا يملكها، وعلى الثانية: يملكها.

ويأتى ذلك فى كلام المصنف فى أول الشركة.

ومنها: هل يملك المفلس بعد الحجر المقابلة، لظهور المصلحة؟

فعلى الثانية: لا يملك. وعلى المذهب: الأظهر يملكها. قاله ابن رجب.

ومنها: لو وهب الوالد لولده شيئاً. فباعه، ثم رجع إليه بإقالة.

فعلى المذهب: يمتنع رجوع الأب. وعلى الثانية: فيه وجهان. أطلقهما فى الفوائد.

ويأتى هذا هناك.

وكذا حكم المفلس إذا باع السلعة ثم عادت إليه بإقالة ووجدها بائعها عنده.

ويأتى هذا فى باب الحجر.

ومنها: لو باع أمة، ثم أقاله فيها قبل القبض. فقال أبو بكر، وابن أبى موسى

والشيرازى: يجب استراؤها على الثانية. ولا يجب على المذهب.

وقيل: فيها روايتان من غير بناء.

قال الزركشى: والمنصوص فى رواية ابن القاسم، وابن بختان: وجوب الاستبراء

مطلقاً. ولو قبل القبض. وهو مختار القاضى، وجماعة من الأصحاب، إناطة بالملك،

٤٦٨ كتاب البيع

واحْتِيَاظًا لِلأَبْضَاعِ.

ونص في رواية أخرى: أن الإقالة إن كانت بعد القبض والتصرف: وجب الاستبراء، وإلا لم يجب.

وكذلك حكى الرواية القاضى، وأبو محمد، في الكافي^(١)، والمغنى^(٢).

وكان الإمام أحمد لم ينظر إلى انتقال الملك. إنما نظر للاحتياط.

قال: والعجب من المجد. حيث لم يذكر قيد التفرق مع وجوده. وتصريح الإمام به. لكنه قيد المسألة بقيد لا بأس به. وهو بناؤها على القول بانتقال الملك. أما لو كانت الإقالة في بيع خيار - وقلنا: لم ينتقل - فظاهر كلامه: أن الاستبراء لا يجب. وإن وجد القبض.

ولم يعتبر المجد أيضاً القبض فيما إذا كان المشتري لها امرأة. بل حكى فيه الروايتين وأطلق. وخالف أبا محمد في تصريحه بأن المرأة بعد التفرق كالرجل.

ونص الإمام أحمد رحمه الله الذى فرق فيه بين التفرق وعدمه: وقع فى الرجل. انتهى كلام الزركشى.

وقال فى القواعد - بعد أن حكى الطريقتين الأوليين - ثم قيل: إنه ينبى على انتقال الضمان عن البائع وعدمه. وإليه أشار ابن عقيل.

وقيل: بل يرجع إلى أن تجدد الملك مع تحقق البراءة من الحمل: هل يوجب الاستبراء أم لا؟ قال: وهذا أظهر. انتهى.

ومنها: لو حلف لا يبيع، أو لا يبعن، أو علق فى البيع طلاقاً أو عتقا. ثم قال: فإن قلنا هى بيع: ترتب عليه أحكامه من البر والحنت، وإلا فلا.

قال ابن رجب: وقد يقال: الأئمان تنبى على العرف. وليس فى العرف أن الإقالة بيع.

ومنها: لو باع ذمياً خمراً، وقبضت دون ثمنها. ثم أسلم البائع - وقلنا: يجب له الثمن - فأقال المشتري فيها. فعلى الثانية: لا يصح.

(١) ذكرها فى الكافي فى كتاب العدد فى الاستبراء (وإن باعها سيدها ثم ردت عليه بفسخ أو مقابلة بعد قبض المشتري لها وافتراقهما وجب استبرأؤها لأنه تجديد ملك يحتمل اشتغال الرحم قبله فأشبه ما لو اشتراها. الكافي (٢١٤/٣).

(٢) ذكرها فى المغنى أيضاً باب العدد قال: (ولو باع أمته ثم ردت عليه بفسخ أو إقالة بعد قبضها أو افتراقها لزمه استبرأؤها لأنه تجديد ملك سواء كان المشتري لها امرأة أو غيرها) المغنى (١٦١/٩).

كتاب البيع..... ٤٦٩

وعلى المذهب، قيل: لا يصح أيضا. وقيل: يصح. وأطلقهما فى الفوائد.
ومنها: هل تصح الإقالة بعد موت المتعاقدين؟

ذكر القاضى فى موضع من خلافه: أن خيار الإقالة يبطل بالموت. ولا يصح بعده.
وقال فى موضع آخر: إن قلنا هى بيع: صحت من الورثة. وإن قلنا فسخ
فوجهان.

وبنى فى الفروع صحة الإقالة من الورثة على الخلاف. إن قلنا فسخ لم تصح
منهم، وإلا صحت.

ومنها: لو تقايلا فى بيع فاسد. ثم حكم حاكم بصحة العقد ونفوضه، فهل يؤثر
حكمه؟ إن قلنا الإقالة بيع فحكمه بصحة البيع صحيح.
وإن قلنا فسخ لم ينفذ. لأن العقد ارتفع بالإقالة.

ويحتمل أن ينفذ، وتلغى الإقالة. وهو ما ذكره ابن عقيل فى عمد الأدلة.
ومنها: مؤنة الرد. فقال فى الانتصار: لاتلزم مشتريا. وتبقى بيده أمانة. كوديعة.
وفى التعليق للقاضى: يضمه.

قال فى الفروع، فيتوجه تلزمه المؤنة. وقطع به فى الرعاية فى معيب. وفى ضمانه
النقص خلاف فى المعنى (١).

قال فى الفروع. فإن قيل: الإقالة بيع توجه على مشتر.
فائدة: إذا وقع الفسخ بإقالة، أو خيار شرط، أو عيب، أو غير ذلك. فهل يرتفع
العقد من حينه، أو من أصله؟

قال القاضى فى الإقالة فى النماء المنفصل: إذا قيل إنها فسخ: يكون للمشتري.
فيحكم بأنها فسخ من حينه. وهذا المذهب.

قال فى آخر القاعدة السادسة والثلاثين: وخامسها: أن يفسخ ملك المؤجر
ويعود إلى من انتقل الملك إليه منه. فالمعروف فى المذهب: أن الإجارة لا تنفسخ
بذلك. لأن فسخ العقد رفع له من حينه. لامن أصله. انتهى.

وقال أبو الحسين - فى تعليقه - والفسخ عندنا: رفع للعقد من حينه.

وقال أبو حنيفة: من أصله. انتهى.

(١) على خلاف فى المعنى على أنها بيع أو فسخ راجع المعنى (٤/٢٢٦).

٤٧٠ كتاب البيع

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله: القياس أن الفسخ رفع العقد من حينه كالرد بالعيب، وسائر الفسوخ.

وقال فى الفروع، وفى تعليق القاضى، والمغنى، وغيرهما: الإقالة فسخ للعقد من حينه. وهذا أظهر. انتهى.

والذى رأينا فى المغنى (١): الإقالة فسخ للعقد، ورفع له من أصله. ذكره فى الإقالة فى السلم.

فلعل صاحب الفروع أطلع على مكان غير هذا. أو هو - كما قال شيخنا فى حواشيه - إن الضمير فى قوله من «حينه» يرجع إلى العقد، لا إلى الفسخ.

قلت: وهو بعيد.

وصرح أبو بكر [فى التنبية] بانفساخ النكاح لو نكحها المشتري. ثم ردها بعيب. بناء على أن الفسخ يرفع العقد من أصله. انتهى.

وقال القاضى، وابن عقيل فى خلافيهما: الفسخ بالعيب: رفع للعقد من حينه، والفسخ بالخيار: رفع للعقد من أصله. لأن الخيار يمنع اللزوم بالكلية. ولهذا يمنع من التصرف فى المبيع وثمنه، بخلاف المعيب. انتهى

وتلخص لنا فى المسألة ثلاثة أوجه.

ثالثها: فرق بين الفسخ بالخيار وبين الفسخ بالعيب، وأن المذهب: أنه فسخ للعقد من حينه.

آخر الجزء الرابع



(١) ذكره المغنى فى الإقالة فى السلم (قال: لأن الإقالة فسخ للعقد ورفع له من أصله وليست بيعا) المغنى (٣٤٣/٤).

فهرست الجزء الرابع

٣	باب دخول مكة
٢٣	باب صفة الحج
٥٧	باب القوات والإحصار
٦٦	باب الهدى والأضاحى
١٠٥	كتاب الجهاد
١٣٠	باب ما يلزم الإمام والجيش
١٤٥	باب قسمة الغنيمة
١٧٨	باب حكم الأرضين المغنومة
١٨٥	باب الفىء
١٩٠	باب الأمان
١٩٨	باب الهدنة
٢٠٤	باب عقد الذمة
٢١٩	باب أحكام أهل الذمة
٢٤٨	كتاب البيع
٣٢٧	باب الشروط فى البيع
٣٥٠	باب الخيار فى البيع

