

مشروع
تقنين الشريعة الإسلامية

على مذهب

الإمام أحمد بن حنبل رضى الله عنه

إعداد

اللجنة التحضيرية لتقنين الشريعة الإسلامية

بإشراف

مجمع البحوث الإسلامية

الطبعة التمهيدية

١٣٩٢ هـ - ١٩٧٢ م

مشروع
تقنين الشريعة الإسلامية

على مذهب

الإمام أحمد بن حنبل رضي الله عنه

إعداد

اللجنة التحضيرية لتقنين الشريعة الإسلامية

بإشراف

مجمع البحوث الإسلامية

الطبعة التمهيدية

١٣٩٤ هـ - ١٩٧٤ م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة

الأمانة العامة لمجمع البحوث الإسلامية

بقلم

فضيلة الدكتور محمد عبد الرحمن بصرار

الأمين العام للمجمع

يسر الأمانة العامة لمجمع البحوث الإسلامية أن تقدم هذه الطبعة التمهيدية من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل - رضى الله عنه - .

ومجمع البحوث الإسلامية إذ يقدم هذه الطبعة كخطوة على الطريق في سبيل الوصول الى ابراز الشريعة الإسلامية في صورتها الأصلية ، سهلة التناول ، صالحة للتطبيق في هذا العصر ، يجد فيها المسؤولون عن التشريع والقضاء في البلاد الإسلامية المختلفة غنية عن اللجوء الى التشريعات والقوانين الوضعية ، وهم بصدد ارساء دعائم مجتمعهم ، على أسس من الحق والأصالة والعقيدة الصحيحة

يود أن يعرب عن تقديره لما تنطوى عليه هذه المهمة من دقة وجلال ، سواء من الناحية العلمية البحتة ، أو من الجانب الاجتماعي والتاريخي الذى تمر به الشعوب الإسلامية في هذا العصر

لذلك فانه إذ يقدم هذه الطبعة التمهيدية كمشروع تحضيرى ، يؤكد أن الذين قاموا باعدادها هم نخبة من كبار علماء الشريعة

الاسلامية بالأزهر ، وكبار رجال القانون ، ذوى الحرص الشديد على أن تأخذ الشريعة الاسلامية مكانتها الجديرة بها فى حياتنا التشريعية والقانونية ، وأنهم قد بذلوا من الجهد ومايزالون يبذلون الكثير المحمود ، من أجل الخروج بهذا المشروع الى حياتنا العامة ، ليكون دليلاً عملياً على صلاحية الشريعة الاسلامية للتطبيق فى كل زمان ومكان ، ووثيقة يستعين بها المشرعون والمسؤولون فى البلاد الاسلامية على تنفيذ ما جاء فى دساتيرهم من أن تكون الشريعة الاسلامية مصدراً رئيسياً للقانون .

كما يؤكد أن البحث مايزال جارياً للوصول بهذا المشروع الى درجة الكمال أو مايقرب منه ، ولذا فان المجمع يتقبل بكل ترحيب مايبديه المتخصصون من اسهام بالرأى ، على أية صورة من صور هذا الاسهام ، وأن ذلك كله سوف يكون موضع الدرس المستفيض والبحث الدقيق ، والعناية الكاملة من أعضاء اللجنة العامة لتقنين الشريعة الاسلامية ، التى تقرر تأليفها من بين أعضاء مجمع البحوث الاسلامية ، ومن ينضم اليهم ، ممن ترى الاستعانة بخبرتهم .

ولقد كان مما يثير العجب ، ويدعو للدهشة ، ويحز فى نفس كل مسلم غيور ، أن تلجأ الأمة الاسلامية ، وتستعين فى أحكامها بقانون وضعى من وضع البشر ، ولو أن واضعه كان ينتمى الى أمتنا الاسلامية لهان الأمر ، لأنه لا محالة كان يلجأ الى دستورها الاسلامى ليستنبط منه مواد ذلك القانون ، ولكن الحقيقة أن واضعه لا ينتمى للأمة الاسلامية ، ولا يدين بدينها .

وقد يظن البعض أو يعتقد أن الشريعة الاسلامية لا تفى بحاجيات العصر الذى ظهرت فيه معاملات جديدة لم تكن موجودة فى العصر الاسلامى الأول . والواقع أن هؤلاء فى ظنهم مخطئون وعن

تاريخ أمتهم الإسلامية غافلون ، فلو تتبعوا تاريخ هذه الأمة على
مر العصور والأزمان من عصر الإسلام الأول الى أن تغفل الإسلام
في بلاد الفرس والروم ، وبعض بلاد أوربا لتبين لهم كيف كانت
تحكم هذه البلاد بهذا الدين الإسلامي الحنيف .

لقد خاضت الشريعة الإسلامية ميدان التجربة بنجاح مئات
السنين في ظروف متفاوتة متباينة وتجارب شديدة وخرجت ظافرة
بعد أن تفوقت في مختلف الأجواء والعصور والتقلبات . فمن المؤكد
الذي لا مرء فيه أن نظام الإسلام قد عالج بنجاح تام مصالح الدولة
الإسلامية في أوج توسعاتها مئات السنين ، وأقامت الشريعة صرح
نظام ومؤسسات تجارية وبحرية ومصرفية ، ومصالح ثقافية
وعمرانية واجتماعية متينة البنيان ولا يكون ذلك بطبيعة الحال
- الا لمتانة اصولها وأحكام أسسها ، فان الشريعة الإسلامية التي
ظهرت في مجتمع بدائي منحصر في صحراء الجزيرة ، قد واجهت بكل
كفاية وثبات احتياجات سكان الامبراطوريتين الفارسية والرومانية
الشرقية ، وأثبتت علوها وتفوقها على نظمهم القديمة ، عندما زادت بها
المعاملات رقيا والحضارة تقدما وازدهارا ثم ان هذه الشريعة حكمت
التجارة البحرية المزدهرة بين الشرق وجمهوريات ايطاليا عبر البحار ،
ووضعت أسس القانونين التجارى والبحرى الحديث ، واستوفت
احتياجات الحضارة الزراعية ، والصناعية، والتجارية ، في بلاد الإسلام
المختلفة . ولا نجد في أنواع المعاملات الحديثة والاحتياجات المعاصرة
ما يمكن أن يند عن اصول الشرع ، الا أن يكون مستهجنا في ذاته غير
موافق للمثل الفاضلة وغير مرغوب في اقراره ، فعند ذلك يجدر
علاجه بدواء الشرع وتخليص المجتمع من شره ووباله .

ونظرة سريعة الى الأسس التي تقوم عليها النظم التشريعية
الأخرى ، نجد أنها لا تدعو الى القدر الكافي لتدعيم الثقة بها . فمثلا

النظم الرأسمالية تقوم على أساس من النظريات الفردية ، التي جعلت أساس الحياة هو المنفعة الفردية وسعى كل انسان الى بلوغ منفعته، وفي ظل هذه النظريات انقطعت صلة التعامل بالضمير، وصار الاستغلال مشروعا للقوى مكفولاله وأدى ذلك الى تحكم رأس المال في الضعفاء . أما النظم الجماعية المتطرفة - فقد أدت الى تسخير الفرد لصالح الجماعة تسخيرا تاما وأسقطت من حساباتها الكفاية والكيان الفردى ، والنوازع الشخصية ، وجعلت الانسان ترسا في آلة كبيرة يفنى فيها ، وأدى ذلك الى تبيد الثقة والطمأنينة كلية من جو التعامل وصبغه بصبغة القلق والخوف وعدم الاستقرار .

لهذا لم يكن بدعا أن يوافق مجلس المجمع فى جلسته رقم ٢٧ فى ١٩٦٧/٣/٨ على أن من مهمة المجمع العمل على ايجاد مشروع قانون شامل للأحوال المدنية والجنايئة وغيرها اذا ما تقرر فى الدستور اتخاذ الشريعة الاسلامية أساسا للتقنين .

ثم أوصى المؤتمر الرابع للمجمع المنعقد فى ١٩٦٨/٩/٢٧ بما يأتى .

« يوصى المؤتمر بجمع البحوث الاسلامية بتأليف لجنة من رجال الفقه الاسلامى والقانون الوضعى ، لتضطلع بوضع الدراسات ومشروعات القوانين التى تيسر على المسئولين فى البلاد الاسلامية الأخذ بأحكام الشريعة الاسلامية فى قوانين بلادها كقوانين العقوبات والقانون التجارى ، والقانون البحرى وغيرها » .

كما وافق مجلس المجمع بجلسته رقم ٦٢ فى ١٩٧٠/١/٧ على الخطة المرحلية لأعمال لجان المجمع ومن بينها « تقنين الشريعة الاسلامية » الوارد فى خطة لجنة البحوث الفقهية كما اقترحتها بجلستها رقم ٢٠ بتاريخ ١١ اكتوبر ١٩٦٩ .

وقد عقدت لجنة البحوث الفقهية عدة اجتماعات وضعت فيها خطة العمل في مشروع التقنين .

وقد استقر الرأي على السير في هذا المشروع على النحو التالي:

١ - تقنين المذاهب الفقهية التي يعمل بها في البلاد الاسلامية ويبدأ في المرحلة الحالية بتقنين المذاهب الأربعة : الحنفية - الشافعية - المالكية - الحنابلة . ويقنن كل مذهب على حدة وتصاغ أحكامه في مواد على أن يصاغ من كل مذهب الرأي الراجح فيه وعلى أن تلحق كل مادة بمذكرة تفسيرية تذكر فيها الآراء الأخرى ، كما يذكر فيها الرأي الذي يرى أنه الأنسب للتطبيق في العصر الحاضر .

٢ - بعد الفراغ من تقنين كل مذهب على حدة ، يبدأ العمل في وضع قانون مختار من بين المذاهب جميعا ، وبذلك يمكن للمجمع أن يقدم لكل بيئة من البيئات الاسلامية التي ترتبط بمذهب معين قانونا اسلاميا بصور ذلك المذهب في امانة كما يمكنه أن يقدم قانونا اسلاميا مختارا من بين المذاهب المعمول بها يفي باحتياجات البيئات التي تطلبه .

وجهات النظر حول منهج السير في تقنين الشريعة الاسلامية :

♦ تستخلص وجهات النظر التي تدور حول هذا الموضوع وأسانيد كل منها والاعتراضات التي وجهتها إليها ، ومن محاضر ومناقشات اللجان الأساسية والفرعية على الوجه التالي :

١ - وجهة نظر ترى أن يكفي بمراجعة القانون الوضعي لاقرار مالا يكون مختلفا مع الشريعة الاسلامية ، وتعديل ما يكون مخالفا ، وازافة مالا يكون مدرجا بهذا القانون وله حكم في الشريعة .

♦ وتستند وجهة النظر هذه الى ما يأتي :

(أ) أن هذا النهج يحقق السرعة المطلوبة .

(ب) أن كثيراً من القوانين الوضعية مقتبس من الشريعة الإسلامية وتتنحصر أوجه الخلاف في مواضع محددة .

وتعارض وجهة النظر هذه بما يأتي :

(أ) ان مصطلحات القانون الوضعي تختلف في معانيها عن مصطلحات الشريعة الإسلامية وان اتفقت معها في ألفاظها في بعض الأحيان .

(ب) ان القانون الوضعي - كأي قانون آخر - صادر عن عرف خاص ، وبيئة خاصة ، وفلسفة خاصة ، تختلف كثيراً أو قليلاً عن الروح الإسلامية - ومن ثم فإن اقرار ما يبدو منه في ظاهره متفقاً مع الشريعة الإسلامية يجر حتما اقراراً للروح الغربية التي صدر عنها القانون الوضعي .

والى ذلك كانت اشارة فضيلة الشيخ يس سويلم في جلسة لجنة البحوث الفقهية التاسعة عشرة بقوله « نريد تقديم قانون روحه وجسمه اسلامي » .

مثال ذلك أن مراجعة بعض مواد القانون الجنائي قد تسفر - حسب هذا المنهج عن اتفاقها مع ما يقتضيه مبدأ التعزير في الاسلام من سعة ومرونة - لكنه اذا نظر الى أن هذا القانون الوضعي يعبر عن قيم أخلاقية معينة سادت في المجتمع الغربي في عصر من العصور وأن مبدأ التعزير في الاسلام ينبغي أن يكون مرتبطاً بالقيم الأخلاقية الخاصة بالمجتمع الاسلامي ونظرة الاسلام الى الثواب والعقاب فانه يصبح من الواجب تجنب القانون الجنائي الوضعي ، والاتجاه الى صياغته من واقع الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي، على هدى قيم الاسلام ومثله العليا . . .

(ج) ان هذا الاتجاه يختلف مع ما قرره مؤتمر المجمع ومجلسه

ولجنة البحوث الفقهية حيث تقرر « تقنين الشريعة الاسلامية »
لامراجعة القانون الوضعى *

٢ - وجهة نظر ترى : أن تقنين الشريعة الاسلامية أساسا
على أن ترتب - من مبدأ الأمر - وفقا لترتيب القانون الوضعى
وأبوابه *

وتستند وجهة النظر هذه الى أن هذا الاتجاه هو الذى
يحقق سهولة تطبيق الشريعة فى العصر الحديث ، وسرعة انجاز
المطلوب *

وتعارض وجهة النظر هذه بما عورضت به وجهة النظر الأولى
من اختلاف المصطلحات بين الجانبين ومن صدور كل منهما عن
فلسفة خاصة *

مثال ذلك : أن القانون الوضعى وقد جمع أنواع العقود
المختلفة تحت باب واحد كان متأثرا بنظريته فى العقد واطلاق
ارادة المتعاقدين بينما الشريعة الاسلامية لا تذهب هذا المذهب *

على أن الذين يسوقون هذه المعارضة لا يستبعدون امكان
التقريب بين الترتيب الذى يؤخذ به هنا والترتيب الذى يؤخذ به
هناك وذلك فى مرحلة ثانية من مراحل العمل ، بعد أن تصاغ المواد
من الشريعة الاسلامية مباشرة فتتوفر لها الروح الاسلامية
المخالصة *

٣ - وجهة نظر ترى أن تقنين الشريعة الاسلامية من مبدأ
الأمر فى قانون موحد مختار من المذاهب الفقهية الاسلامية *

وتعارضها وجهة نظر أخرى ترى : أن تقنين أولا المذاهب
الفقهية الاسلامية المختلفة، كل منها على حدة، ثم ينظر-ثانيا-فى وضع
القانون الموحد المختار *

وتستند وجهة النظر الأولى الى :

(أ) أن ذلك يحقق السرعة المطلوبة .

(ب) انه يحقق الوحدة الاسلامية المرجوة وابتعد بالمسلمين عن اثاره الخلافات المذهبية .

(ج) أن المذاهب الفقهية الاسلامية تكاد تكون مقننة في متونها القديمة ولا يحتاج اظهارها في صورة مواد قانونية الا الى فصل عباراتها بعضها عن بعض ، ووضع أرقام لكل منها على انها مادة مستقلة .

وتستند وجهة النظر الثانية الى :

(أ) أن السرعة يمكن تعويضها بمزيد من الجهد وموالة العمل .

(ب) أن اختلاف المذاهب واقع لا يمكن تجاهله ، كما لا يمكن تجاوزه والوحدة الاسلامية لا تتأثر بوجود هذه المذاهب المستندة الى الكتاب والسنة بمقدار ماتأثر بالتعصب الأعمى لبعضها .

(ج) ان وضع القانون الموحد المختار لابد أن يسبق - عمليا - بتحضير مواده من المذاهب المختلفة ، ليجرى بعد ذلك الترجيح بينها والاختيار منها ومن هنا كان من اللازم تحضير هذه المواد من المذاهب أولا : فكانت الدعوة الى اغفال تقنين المذاهب دعوة الى اهدار جهد يتم بالضرورة وكانت الدعوة الى تقنينها قبل البدء في وضع القانون الموحد المختار دعوة الى الاحتفاظ بهذا الجهد وتنظيمه ، وتقديمه للبلاد التي تطلبه أو تقديمه للعاملين في وضع القانون الموحد المختار كمادة للبحث .

(د) أن عبارات المتون بعيدة الى حد كبير عن الوفاء بأغراض التقنين ولا يصح القول انها تتحول الى مواد قانونية لمجرد فصلها وترقيمها وذلك للأسباب الآتية :

١ - أن عبارات المتون غامضة أو مختصرة الى حد ، صارت به سببا في اختلاف الشراح وأصحاب الحواشي فلا تصلح أن تكون مادة قانونية قبل توضيحها ، وتجلية غموضها .

٢ - أن المتون قد تجمع بين الآراء الراجح منها وغير الراجح والتقنين يأخذ بما يتبين رجحانه .

٣ - أن المتون قد تجرى على أقوال رجع الشارح خلفها والتقنين يأخذ بقول الشارح في بعض الأحيان بل قد يأخذ بما جاء في الحواشي والتقارير .

٤ - ان أحكام المتون غالبها جزئي والتقنين جعلها قواعد كلية يمكن تطبيقها على كثير من الجزئيات .

٥ - أن المتون تشتمل على أحكام تعبدية لا تعرض عادة على التقاضي فلا يصح ذكرها في مواد القانون .

٦ - أن المتون كغيرها من أساليب الكلام الانساني ، تخضع لحكم البيئة والزمن، فمن ثم كان النظر اليها على انها وصلت الى حد الكمال وصارت تستحق الخلود لايتفق مع طبيعتها وكان لابد من أسلوب صياغة جديد لكل زمن جديد : تراعى فيه احتياجاته من حيث الايجاز والاطناب والاجمال والتفصيل والشرح والتمثيل والتقديم والتأخير ، وغير ذلك من أساليب الكلام وأبوابه .

٧ - عملية التقنين لا تقتصر على صياغة المواد وانما تتعداها الى وضع ما تقتضيه من شرح أو مذكرة تفسيرية .

وأخيرا : فلقد سار العمل في لجان التقنين وفقا لوجهة النظر التي ذهبت الى تقنين المذاهب الفقهية كل على حدة بعيدا عن التأثير بروح القانون الوضعي ونظرياته كمرحلة أولى تتلوها مراحل التقريب والاختيار .

والمجمع في المرحلة الراهنة بصدد استكمال خطوات هذا
المشروع ، ووضع القانون الموحد من بين أحكام المذاهب ، وقد
ألفت اللجنة المسؤولة عن ذلك وبأشرت مهمتها ، ونرجو أن تفرغ
منه في وقت يناسب أهمية هذا العمل ، كما يناسب الحاجة الملحة
إلى إصداره في أقرب فرصة .

والله الموفق

محمد الرحمن بيهار

مشروع تقنين أحكام المعاملات

على مذهب الإمام أحمد بن حنبل رضي الله عنه

الخبراء والباحثون الذين أعدوا المشروع

فضيلة الشيخ عبد العظيم محمد بركة

فضيلة الشيخ ابراهيم مخلوف

السيد المستشار زكي الصاوي صالح

فضيلة الشيخ عبد الفتاح محمد بركة

مشروع تفنين لفقهاء الحنبلي (١)

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على أشرف
المرسلين ، سيدنا محمد القائل : (من يرد الله به خيراً يفقهه
في الدين) وعلى آله وصحبه أجمعين .

وبعد . . .

فهذه اصطلاحات لا بد من معرفتها لكل قارئ في مراجع
الفقه الحنبلي .

الرواية : الحكم المروي عن الإمام في مسألة .

(١) المراجع (١) كشف القناع ، (ب) منتهى الأرادات كتابان مطبوعان
في كتاب واحد . الكشف في الصلب والمنتهى بلهامش . الطبعة الأولى المطبعة
العامرية الشرقية سنة ١٣١٩ هـ .

(ح) المغني . (٥) الشرح الكبير كتابان مطبوعان في كتاب واحد ، المغني
في أعلى الصفحة ، والشرح الكبير في أدناها . مفصولاً بينهما بخط ، مطبعة
المنار الطبعة الثانية سنة ١٣٤٧ هـ .

الوجه : الحكم المنقول في مسألة لبعض الأصحاب المجتهدين
ممن رأى الامام . فمن بعدهم جارياً على قواعد الإمام ، وربما
كان مخالفاً لقواعده إذا عضده الدليل .

الاحتمال : في معنى الوجه ، إلا أن الوجه مجزوم بالفتيا به ،
والاحتمال يبين أن ذلك صالح لكونه وجهاً .

التخريج : نقل حكم إحدى المسألتين المتشابهتين إلى
الأخرى ، ما لم يفرق بينهما أو يقرب الزمن ، وهو في معنى
الاحتمال .

كتاب البيع تعريفه وأركانه

مادة (١) : البيع مبادلة مال ولو في الذمة ، أو منفعة مباحة مطلقاً . بمثل أحدهما على التأيد غير ربا وقرض .

إيضاح (١)

المبادلة جعل شيء في مقابلة آخر ، والمال ما فيه منفعة مباحة بغير حاجة أو ضرورة ، فليس من المال ما لا تقع فيه مطلقاً ، كبعض الحشرات ، وما فيه نفع محرم كالخمر وما فيه منفعة مباحة للحاجة كالكلب ، وما فيه منفعة مباحة للضرورة كالهيئة في حال المحصنة ، وكالخمر لدفع لقمة غص بها . سواء كان ذلك المال نقداً أو غيره . معيناً أو موصوفاً في الذمة . والمنفعة المباحة على الإطلاق ما لا تختص بإحتمال مجال دون أخرى كمنفعة عمر الدار ، وكنفعة بقعة تحفر بئراً ، وخرج بقيد التأيد الإجارة

(١) كشف القناع صفحة ٢ الجزء الثاني :

لأنها مؤقتة بحسب الأصل ، وخرج الربا والقرض لأن الربا محرم
والقرض وإن قصد فيه المبادلة لسكن المقصود الأعظم فيه الأرفاق .

مادة (٢) : أركان البيع ثلاثة : عاقد . ومعقود عليه ،
وصيغة . وهى : إما قولية أو فعلية .

إيضاح (١)

والعاقد بائع ومشتري ، والمعقود عليه الثمن والمثمن ، والصيغة :
قولية أو فعلية :

فالصيغة الفعلية : هى كل ما يحصل من العاقدين مما يدل على البيع
والشراء عادة ، سواء كان فيه قول من أحدهما وعمل من الآخر .
أو لم يكن فيه قول أصلاً .

مثال ذلك : أن يقول : المشتري للبائع أعطنى بهذا الدرهم خبزاً
فيعطيه للبائع ما يرضيه بدون قول ، أو يقول : خذ هذه السلعة بكذا
فياخذها المشتري ويسكت ، أو يضع المشتري الثمن المعلوم للمبيع عادة
ويأخذه من غير لفظ من أحدهما ، ولو لم يكن المالك حاضراً للعرف .
ويعتبر لصحة بيع المعاوضة أن يكون القبض عقب الطلب ، أو أن

(١) كشف القناع صفحة ٤ ، الشرح الكبير صفحة ٣ .

يكون الإقباض عقب الطلب ، فتأخير القبض أو الإقباض على الطلب
مبطل للبيع .

مادة (٣) : (١) الصيغة القولية تتكون من إيجاب ،
وقبول بعد الإيجاب .

(ب) يصح تقدم القبول على الإيجاب بلفظ أمر ، أو بلفظ
ماض مجرد عن استفهام ، أو تمن أو ترج (١) .

إيضاح

(١) الصيغة القولية : تتكون من إيجاب وقبول ، والإيجاب :
هو ما يصدر من البائع من كل لفظ يؤدي معنى البيع ، كبعثك ،
وملكتك ، واشركتك فيه ، أو أعطيتك بكذا .

والقبول : ما يصدر من المشتري بأى لفظ دال على الرضا بالبيع
بعد الإيجاب . نحو ابتعت ؛ أو قبلت ، أو رضيت ، أو تملكيت ،
أو اشتريت ، أو أخذت .

(ب) يصح تقدم القبول على الإيجاب : بلفظ أمر ، كبعثي كذا

(١) كشاف القناع صفحة ٣ ، الشرح الكبير صفحة ٣ .

بكذا ، أو أعطنى ، أو بلفظ ماض مجرد عن استفهام ، أو تمن ، أو ترج ،
نحو اشتريت منك كذا بكذا .

أما أبتنى ، أوليتك . أو لعلك بعتنى ؟ فلا يصح ، كما لا يصح
بلفظ مضارع مطلقاً ، نحو أتبعنى أو تبىعنى كذا .

وصحة تقدم القبول على الإيجاب : هو الراجح فى المذهب ، ويروى
عن الإمام عدم الصحة ، لأن القبول مبنى على الإيجاب ، فإن لم يتقدم
الإيجاب فقد أتى بالقبول فى غير محله ، فوجوده كعدمه ، ولأن القبول
بلفظ الأمر لو تأخر عن الإيجاب لم يصح به البيع ، فلم يصح
إذا تقدم .

مادة (٤) : يجب أن يحصل القبول فور الإيجاب

إلا فى حالتين :

الأولى : أن يكون العاقدان فى مجلس العقد ولم يتشاغلا

عن العقد بما يقطعه عرفاً .

الثانية : إذا كان المشتري غائباً عن مجلس العقد وكانه البائع

أو راسله بالبيع فقبل المشتري حين بلغه الإيجاب^(١) .

(١) كشف القناع صفحة ٤ ، الشرح الكبير صفحة ٤ .

إيضاح

يجب أن يحصل القبول فور الإيجاب ، لأن تراخيه عنه يدل على الإعراض عن الإيجاب ، أشبه ما لو صرحا بالرد ، وقد استئنفت المادة من ذلك حالتين : يصح البيع فيهما مع تراخي القبول عن الإيجاب .
الحالة الأولى : أن يكون العاقدان في المجلس ولم يتشاغلا عن العقد بما يقطعه عرفاً . وإنما صح البيع في هذه الحالة ، لأن حالة المجلس كحالة العقد ، بدليل أنه يكفي بالقبض فيه لما يعتبر فيه القبض .
الحالة الثانية : إذا كان المشتري غائباً عن المجلس وكاتبه البائع أو راسله بالبيع . فقبل المشتري حين بلغه الإيجاب ، وإنما صح البيع في هذه الحالة أيضاً مع تراخي القبول ، لأن التراخي مع غيبة المشتري لا يدل على إعراضه عن الإيجاب بخلاف ما لو كان حاضراً .

مادة (٥) : يشترط لانعقاد البيع أن يتطابق الإيجاب والقبول : في قدر الثمن ، ونوعه ، وصفته ، والحلول ، والأجل (١) .

(١) كشف الفناع صفحة ٣ .

إيضاح

يشترط لانعقاد البيع أن يتطابق الإيجاب والقبول : في قدر الثمن ، ونوعه ، وصفته ، والحلول ، والأجل ، فإن اختلف للقبول عن الإيجاب في أحدهذه الأمور ، لم ينعقد البيع . إذ يعتبر ذلك رداً للإيجاب لا قبولاً له .

فإذا قال البائع : بعتك هذا بعشرة مثلاً ، فقال المشتري قبلت شراءه بثمانية ، أو قال البائع بعتك بعشرة دراهم ، فقال المشتري قبلت بدينارين ، أو قال بعتك بعشرة دراهم حالة ، فقال قبلت بعشرة مؤجلة ، لا ينعقد البيع ، في هذه الصور ، لأن القبول مخالف للإيجاب ، فيعتبر رداً له .

مادة (٦) : يعتبر لانعقاد البيع إرادة حقيقته : بأن يكون كل من البائع والمشتري راغباً فيما بذل له ^(١) .

إيضاح

يعتبر لانعقاد البيع إرادة حقيقته : فلا ينعقد بيع هازل ، ولا يبيع تلجئة وأمانة ، والهازل غير الجاد . ويصح التلجئة

(١) كشف القناع ص ٥

والأمانة : هو ما يظهره العاقدان للاحتياج إليه ، لدفع ظالم عن البائع ،
حيث تواطأ على أنه يبيع تلجئة ، لا يبيع رغبة ، وهو غير منعقد : لأن
القصد منه ، النقية لا الرغبة ، فإن لم يسبق العقد توطؤ انعقد البيع ،
ولو كان البيع خوفاً من ظالم ، أو خشية الضياع ، أو النهب ، أو الغصب ،
ماداماً لم يتواطأ .

مادة (٧) : إذا ادعى البائع أن البيع وقع تلجئة ، أو هزلاً
وكانت هناك قرينة دالة على ذلك ، قبل قوله مع يمينه ، وإن
لم توجد قرينة ، لم تقبل دعواه إلا ببينة^(١) .

(١) كشف القناع ص ٦٠٥ .

شروط صحّة البيع

مادة (٨) : الشرط الأول :

(رضا المتعاقدين ، إلا أن يكون البائع مكرهاً من
الحاكم بحق) .

إيضاح

من شروط صحّة البيع ، رضا المتعاقدين به ، بأن يأتيه به اختياراً ،
لقوله تعالى :

« إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » ولحديث النبي
— صلى الله عليه وسلم — « إنما البيع عن تراض » رواه ابن حبان . فإن
كانا أو أحدها مكرها لم يصح لعدم الشرط . لا أن يكون الإكراه
بحق كالذي يكرهه الحاكم على بيع ماله لوفاء دينه . فيصح البيع :

(١) كشف القناع ص ٦ الشرح الكبير ص ٥٥ .

ويعتبر مكرها من استولى على ملكه بلا حق فطلبه فجحده
المستولى عليه ، أو منعه إياه ، حتى يبيعه له ، فباعه على هذا الوجه .
فمثل هذا : يعتبر مكرها بغير حق ، فلا يصح بيعه لأنه ملجأ إليه .
أما لو باع ماله خوفاً من ظالم ، أو خوفاً من ضياعه ، أو نهبه ،
أو سرقة ، أو غصبه ، من غير تواطؤ مع المشتري طى أنه يبيع تلجئة
وأمانة فالبيع صحيح . لأنه صدر من أهله في محله من غير إكراه
على نحو ما سلف في شرح المادة السادسة .

مادة (٩) الشرط الثاني :

(١) أن يكون كل من البائع والمشتري أهلاً للتصرف ،
أى عاقلاً ، بالغاً حراً رشيداً .

(ب) يصح التصرف في الكثير من الصبي المميز والسفيه
بإذن الولي . والرقيق بإذن سيده ، وفي القليل بلا إذن .
كما يصح في القليل من الصبي غير المميز بغير إذن ^(١) .

(١) كشف القناع ص ٦ ، ٧ . الشرح الكبير ص ٦ .

إيضاح

(أ) الشرط الثاني من شروط صحة البيع : أن يكون كل من العاقدين . أهلاً للتصرف . فلا يصح من المجنون ونحوه كالسكران والمغنى عليه التصرف بحال ما . لا بإذن ولا بغير إذن ، في قليل أو كثير ، وتتحقق الأهلية بأن يكون العاقد عاقلاً بالغاً حراً رشيداً .
(ب) يصح تصرف كل من الصبي المميز والسفيه بإذن وإيها ولو في الكثير لقوله تعالى :

« وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم » ومعناه اختبروهم لتعلموا رشدهم ، وإنما يتحقق ذلك بتفويض التصرف إليهم في البيع والشراء ، ليعلم هل رشد أولاً ، ولأنه عاقل مميز محجور عليه فيصح تصرفه بإذن وليه . ولأن معرفة رشده شرط لدفع ماله إليه وصحة تصرفه ، وفارق غير المميز : فإنه لا تحصل له المصاحبة بتصرفه . لعدم تمييزه ومعرفة ، ولا حاجة إلى اختباره لأنه قد علم حاله .

ولا يصح من المميز والسفيه قبول هبة ، ووصية . بلا إذن ولي ، وصححه بعض الفقهاء .

ويحرم إذن ولي لها بالتصرف في مالها بلا مصلحة ، لأنه إضاعة للمال .

وفي رواية أنه لا يصح تصرف المميز حتى يبلغ ، لأنه غير مكلف فأشبهه غير المميز . وكذا لا يصح من السفيه لأن الحجر عليه لتبذيره

وسوء تصرفه ، فإذا أذن له فقد أذن فيما لا مصلحة فيه فلم يصح .
ويصح التصرف من الرقيق ، والصغير غير المميز ، والسفيه ،
في القليل بغير إذن ، كرغيف ونحوه . لأن الحجر عليهم لحوف ضياع
المال وهو مفقود في اليسير .

مادة (١٠) : الشرط الثالث :

« أن يكون كل من المبيع والثمن مالا . أو نفعاً مباحاً
مطلقاً^(١) . »

إيضاح

الشرط الثالث من شروط صحة البيع : أن يكون كل من المبيع
والثمن مالا ، أو نفعاً مباحاً مطلقاً . فجلد الميتة المدبوغ مثلاً لا يباع هو ،
ولا نفعه . حيث لا ينتفع به إلا في الياسات ، فنفعته غير مطلقة .
ويصح بيع دود القز وبذره قبل أن يدب ، وديدان لصيد سمك ،
وعلق لمص دم ، في أصح الوجهين . وذهب بعض الأصحاب إلى عدم
الصحة لشبهها بما لا نفع فيه . حيث لا ينتفع بها إلا نادراً . كما يصح

(١) كشف القناع ص ٧ ، الشرح الكبير ص ٨ ، ١٥ .

بيع طير لقصد صوته : كبلبل ، وقرى ، ويناء . كما يصح بيع نحل ،
وهر ، وسباع بهائم ، وجوارح طير يصلحان لصيد سواء كانت معلمة
أو تقبل التعليم : كما يصح بيع قرد لحفظ اللعب ، كما يصح بيع مريض
ولو ما يوس منه . ولبن امرأة .

هذا على الرواية الراجحة . وروى عن الإمام عدم الصحة .

ولا يصح بيع كلب مطلقاً ، ولو مباح الاقتناء . ويحرم اقتناء
الكلاب الا كلب لحراسة زرع ، أو ماشية ، أو صيد وفيه احتمال لإباحة
اقتنائه لحفظ البيوت . إلا أن المنع أصح .

ولا يجوز بيع الأدهان النجسة ، وروى عن الإمام جواز بيعها
لكافر يعلم نجاستها ، لأنه يعتقد حلها ويستبيع أكلها . والصحيح الأول
كما لا يباع له الحجر والخزير مع اعتقاده حلها . وفي جواز الاستصباح
بها روايتان . ويقاس على جواز الاستصباح بها كل انتفاع لا يفضى
إلى التنجس فإنه يجوز .

مادة (١١) : الشرط الرابع :

« أن يكون المبيع ملكاً للبائع أو مأذوناً له بالتصرف فيه
من الشارع أو المالك حين العقد ، وكذلك الثمن بالنسبة للمشتري
إلا أن يكون أحدهما موصوفاً في الذمة ^(١) .

(١) كشف القناع ص ١١ .

إيضاح

الشروط الرابع من شروط صحة البيع : أن يكون المبيع ملكاً للبائع أو مأذوناً له بالتصرف فيه من الشارع ، أو من المالك حين العقد . وكذلك الثمن يكون ملكاً للمشتري أو مأذوناً له بالتصرف فيه .

والمراد بالملك ، الملك التام . أما المملوك ملكاً ناقصاً : كالموقوف على معين وكالمبيع زمن الخيارين فلا يصح التصرف فيه لعدم الملك التام .

والمأذون له من الشارع : كولى الصغير أو السفينة وكناطر الوقف ، والمأذون له من المالك كالوكيل .

ويصح بيع غير المملوك إذا لم يكن معيناً أى لم يكن حاضراً بل كان موصوفاً بالصفات التى يختلف بها الثمن اختلافاً كبيراً .

وإذا كان كل من المبيع والثمن موصوفاً فى الذمة أى غير معين فلا بد لصحة البيع من قبض أحد العوضين فى المجلس . حتى لا يكون بيع دين بدين وهو باطل .

مادة (١٢) « العبرة بكون أحد العوضين مملوكاً أو مأذوناً

فى التصرف فيه بالواقع والحقيقة لا بما فى ظن المتصرف (١) .

(١) كشف القناع ص ١١ .

إيضاح

العبرة بكون أحد العوضين مملوكاً أو مأذوناً في التصرف فيه .
بالواقع والحقيقة . لا بما في ظن المتصرف : فلو باع ماورثه غير عالم
بانتقاله إليه ، أو باع ما وكل فيه ، وهو لا يعلم بالوكالة صح بيعه . لأن
العبرة في المعاملات بما في الحقيقة ونفس الأمر . لا بما في ظن
المتصرف .



مادة (١٣) : « تصرف الفضولي باطل ، ولو أجز بعد .
إلا إذا اشترى في ذمته ونوى الشراء لشخص لم يسمه فيصح
البيع ^(١) . »

إيضاح

الفضولي هو المتصرف للغير بغير إذنه . وتصرفه باطل . إلا فيما
استثنته المادة فيصح ، ويجب عليه حينئذ عرض المبيع على من اشترى له .
فإن أجاز الأخير الشراء ملكه من حين العقد . وله منفعه ونماؤه ،
وإن لم يجزه لزم الشراء الفضولي .

(١) كشاف القناع ص ١١ ، ١٢ ، الترحم الكبير ص ١٦ .

أما إذا لم يكن الشراء في الذمة ، بل فعد الثمن ، أو ذكر اسم المشتري ، لم يصح شراؤه .

وبطلان تصرف الفضولي هو على الرواية الراجحة ، ويقابلها رواية أخرى بالصحة ويقف على إجازة المالك . فإن أجازته نفذ ولزم وإلا بطل .

مادة (١٤) : (١) لا يصح بيع الأرض التي فتحت عنوة ولم تقسم بين الغانمين . إلا إذا باعها الإمام ، أو باعها غيره وحكم بصحة البيع من يرى صحته .

(ب) تستثنى المساكن من حكم الفقرة السابقة .

إيضاح

(١) لا يصح بيع أرض موقوفة مما فتحت عنوة ولم تقسم بين الغانمين ولا شراؤها في ظاهر المذهب . كارض الشام ونحوها . لأن عمر - رضی الله عنه - وقفها وأقرها بأيدي أهلها بالحراج . لتكون مادة للمسلمين الذين يقاتلون في سبيل الله إلى يوم القيامة ، فلا تباع لعدم ملكيتها . وإذا بيعت هذه الأرض فحكم بصحة البيع حاكم صح . لأنه مختلف فيه فصح بحكم الحاكم كسائر المختلفات .

(١) كشاف القناع ص ١٢ ، ١٣ ، الشرح الكبير ص ١٨ منتهى الارادات

ص ٧ .

وإن باع الإمام شيئاً لمصلحة رآها مثل أن يكون في الأرض ما يحتاج إلى عمارته ولا يعمرها إلا من يشتريها صح أيضاً ، لأن فعل الإمام كحكم الحاكم وهذا هو الرأي الثاني في المذهب .

ولا يصح بيع رباع مكة : وهي المنازل ودار الإقامة . ولا الحرم كله وكذا بقاع المناسك إذ هي كالمساجد . وإنما لم يصح بيع رباع مكة ، لأنها فنحت عنوة . ولا تصح إجازة ذلك للحديث « مكة لا تباع رباعها ولا تكرى بيوتها » .

(ب) يستثنى المساكن المقامة على الأرض التي فنحت عنوة من حكم الفقرة السابقة ، فإنه يصح بيعها . الموجودة حال الفتح ، أو الحادثة بعده وآلتها منها ، أو من غيرها . لفعل الصحابة رضوان الله عليهم .

مادة (١٥) : (١) لا يصح بيع المباحات قبل حيازتها ، وما حصل منها في ملك إنسان فهو أحق به . ولا يملكه إلا بالحوز . وإن دخل غيره أرضه ولو بغير إذنه وأخذ ملكه بأخذه وحوزه .

(ب) يحرم الدخول إلى ملك الغير بغير إذنه إن حوطت الأرض ، أو تضرر صاحبها بالدخول .

(ح) يحرم على رب الأرض منع مستأذن إن لم يحصل

منه ضرر .

إيضاح

المباحات كالماء الذى له مادة لا تنقطع ، والمعدن الجارى ، والسكالا والشوك والطار الذى عشش بشجر والسمك الذى نضب عنه الماء بأرض .
والحكم فيها مفصلا ، نقلا عن الشرح الكبير مع بعض تصرف .

الأنهار النابعة فى غير ملك : كالأنهار الكبار ، لا تملك بحال .
ولا يجوز بيعها . ولكل أحد الأخذ منها ، وتملك ما أخذ . وإذا احتفر شخص من النهر ساقية كان أحق بها من غيره . أما ما ينبع فى ملكه كالبر والعين فى الأرض المملوكة فالماء الذى فيها غير مملوك فى ظاهر المذهب ، لأنه يجرى من تحت الأرض . فأشبه الماء الجارى فى النهر إلى ملكه .

وقد روى عن الإمام أحمد أنه يملك . لأنه نماء الملك ، وفى معنى الماء ، المعادن الجارية فى الأملاك ، كالقار والنفط ، وكذا الشوك النبات فى أرضه ، كل ذلك يأخذ حكم الماء فيخرج على الروايتين :

(١) كشف القناع ص ١٤ ، الشرح الكبير ص ٢١ ، ٢٢ . ٤

والصحيح أن الماء لا يملك فكذلك هذا . وجواز بيع ذلك مبنى على جواز ملكه . فعلى القول بأنه يملك جاز بيعه . وإن قلنا أنه لا يملك فصاحب الأرض أحق به لكونه في ملكه .

وإن دخل غيره بغير إذنه فأخذ ملكه ، لأنه مباح في الأصل ، فأشبه ما لو عثش في أرضه طائر ، أو دخل إليها صيد ، أو نصب ماء عن صمك . فدخل إليها داخل فأخذه .

(ب) يحرم الدخول إلى ملك الغير بغير إذنه إن حوطت الأرض أو تضررت الأرض بالدخول .

(ج) ويحرم على رب الأرض منع مستاذن إن لم يحصل منه

ضرر .

تنبيه : الخلاف في بيع ما تقدم إنما هو قبل حيازته ، فاما ما يحوزه من الماء في إنائه ، أو ما يأخذه من الكلاء في حبله ، أو يحوزه في رحله أو يأخذه من المعادن فإنه يملك بغير خلاف بين أهل العلم . ومن الحوز اتخذ أحواض تجتمع فيها مياه الأمطار ، وحصول الصيد في الشبك والسمك في بركة معدة له .

مادة (١٦) : الشرط الخامس :

القدرة على تسليم المعين من المبيع والثمن .

(١) كشاف القناع صفحة ١٥ ، الشرح الكبير ص ٢٤ .

إيضاح

الشرط الخامس من شروط البيع : القدرة على تسليم المعين من المبيع والثمن حال العقد ، لأن ما لا يقدر على تسليمه شبيه بالمعدوم ، والمعدوم لا يصح بيعه ، فكذا ما أشبهه فلا يصح بيع شارد ولو لقادر على تحصيله ، ولا تمك في لجة ماء ، لكن إذا كان مرثياً بما يسهل أخذه منه صح ، ولا يصح بيع طير في الهواء سواء ألف الرجوع أو لا ، ولا طائر يصعب أخذه لكن إذا كان يمكن أخذه منه ولو طال زمن أخذه فيصح . كما لا يصح بيع منصوب إلا لغاصبه ، لأنه في حوزة الغاصب فعلا . ويصح بيع المنصوب لقادر على أخذه من الغاصب ، وللمشتري الفسخ إن عجز عن تحصيله من الغاصب . ولا يصح بيع دين لغير المدين لعدم القدرة على تسليمه .

* * *

مادة (١٧) : الشرط السادس :

(١) كون المبيع معلوماً للعاقدين ، برؤيته حال العقد ، أو وصفه ولو قبل العقد ، أو اسمه ، أو ذوقه ، أو شمه فيما يعرف بذلك .

(ب) يكتفى بالرؤية السابقة على العقد بزمن لا يتغير فيه المبيع غالباً .

إيضاح

الشرط السادس من شروط صحة البيع كون المبيع معلوماً للعاقدين برؤيته حال العقد أو وصفه ولو قبل العقد أو لمسه ، أو ذوقه أو شممه فيما يعرف بذلك .

فلا يصح بيع مجهول لم يعلم بطريق من طرق العلم المذكورة في المادة : كحمل في بطن ولبن في ضرع وبيض في طير ونوى في تمر ويكتفى برؤية بعض المبيع إن دلت رؤية البعض على بقية : كثوب مطوى وظاهر صبرة متساوية الأجزاء ، وظاهر ما في ظروف . ويصح بيع الأعمى وشراؤه لما يعرف بغير الرؤية .

ويتحقق العلم بالمبيع بالوصف إذا كان المبيع مما تنضبط صفاته ، بأن يكون مكيلاً ، أو موزوناً ، أو مذكروماً ، أو معدوداً من الحيوانات وأن يذكر في العقد كل وصف يختلف به الثمن اختلافاً ظاهراً كالجنس ، والنوع ، والقدر ، واللون ، والحداثة ، أو القدم ، والجودة أو الرداءة .

(١) كشاف القناع ص ١٦ ، ٢٠ ، الشرح الكبير ص ٢٥ ج ٤ .

ولا تختص صحة البيع بالوصف بالمبيع الغائب ، بل يصح البيع بالوصف ولو كان المبيع حاضراً ولكنه مستور ، كالزيت ، والحلوى والسكرية والأدوية ، وأنواع أثواب القماش إذا وصف من البائع أو بين على سائر جميع صفاته التي يختلف الثمن باختلافها ، وذلك كبيع علبه زيت كتب عليها الوزن والجنس والنوع ودرجة الجودة .

ولا يصح بيع ما لم يمين كشاة من قطع ، أو شجرة من بستان ، ولو تساوت قيمة الجميع فيصح بيع ما شوهد من حيوان : كقطع يشاهد كله ، أو ثياب وإن جهل عدده .

كل ما تقدم في هذه المادة شرحاً ونصاً هو الرواية المشهورة عن الإمام أحمد ، في بيع الغائب الذي لم يوصف ولم تتقدم رؤيته . وروى عنه صحة بيعه وعلى ذلك يكون لمن لم ير المبيع من العاقدين الخيار ، فإذا باع ما لم يره فله الخيار عند الرواية ، وإن لم يره المشتري فليس كل منهما الخيار بين الفسخ والامضاء .

* * *

مادة (١٨) : (١) إذا وجد المشتري المبيع على غير ما رآه ، أو وصف له ، فله الفسخ على التراخي . ولا يسقط خياره ما لم يوجد منه ما يدل على رضاه .

(١) كشاف القناع ص ١٦ .

(ب) إذا اختلف المتبايعان في نقص صفة المبيع ، أو تغيره ،
فالقول قول المشتري يمينه .

إيضاح

(١) إذا وجد المشتري المبيع الذي رآه قبل العقد بزمن لا يتغير فيه ظاهراً ، أو وصف له ، كما في المادة السابقة . وجمده متغيراً فله الفسخ . لأن ذلك بمنزلة العيب ، وهو على التراخي فلا يسقط إلا بما يدل على الرضا من سوم ونحوه ، فإن لم يفسخ وأسقط حقه في الرد فلا أرش له ، لأن الصفة لا يمتاض عنها .

(ب) إذا اختلف المتبايعان في نقص الصفة في المبيع ، أو تغيره عما رآه عليه ، فالقول قول المشتري يمينه ، لأن الأصل براءته من الثمن .

* * *

مادة (١٩) : استثناء المجهول من المعلوم يصيره مجهولاً (١) .

إيضاح

لا يصح بيع حديقة مع استثناء شجرة مهمة منها ونحو ذلك .
فإن كان المستثنى معلوماً : كبيع ثمر حديقة إلا ثمر هذه الشجرة ،

(١) كشف القناع ص ٢٢ ، الشرح الكبير ص ٢٩ ، ٢١ .

وكبيع الحيوان المأكول حيا مع استثناء رأسه وجلده وأطرافه فيصح
 للعالم . ولأن النبي - صلى الله عليه وسلم - « نهى عن الثنيا إلا أن تعلم » .
 ثم إن أبي المشتري ذبحه فان لم يكن البائع اشترط ذلك على
 المشتري لم يجبر على الذبح ، بل يلزمه القيمة . وإن اشترط عليه الذبح
 لزمه الذبح .

هذا ولا يصح بيع الجلد ، والرأس ، والأطراف من الحيوان
 لأنها متصلة به ولا يلزم من صحة استثنائها ، صحة بيعها . لأن الاستثناء
 استبقاء وهو يخالف ابتداء العقد .

مادة (٢٠) : يصح بيع ما مأكوله في جوفه ، والحب المشتد
 في سنبله ، في سائرهما .^(١)

إيضاح

مثال ذلك بيع الجوز والوز والباقلاء والحب المشتد في سنبله
 كالبز لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - « نهى عن بيع الثمار حتى يبدو
 صلاحها وعن بيع السنبل حتى يبيض ويامن العاهة » .
 ففهومه إباحة بيعه إذا بدى صلاحه وبيض سنبله ، ولأنه مستور

(١) كشف ص ٢٤ ، الشرح الكبير ص ٣٢، ٣٣ . ج ٤

بمائل من اصل خلقته فجاز بيعه كالرمان والبيض ، ولأن الحاجة تدعو إلى بيعه كذلك لكونه يفسد إذا أخرج من قشره . ويلحق بالمبيع ما حوى الثمرة ، وكذا يصح بيع الحيوان المذبوح في ساعته .

* * *

مادة (٢١) لا يجوز بيع ما المقصود منه مستور في الأرض حتى يقلع ويشاهد .^(١)

إيضاح

لا يجوز بيع ما المقصود منه مستور في الأرض حتى يقلع ويشاهد : مثال ذلك الجزر والقلقاس ، والفول السوداني ، لأنه مبيع مجهول لم ير ولم يوصف فأشبهه بيع الحمل . ولأن النبي - صلى الله عليه وسلم - « نهي عن بيع الغرر » .

فإن كان المبيع مما تقصد فروعه ، وأصوله ، ومعظم المقصود منه الفروع : كالصل المبيع أخضر والفجل ، أو كان المقصود فروعه كالحس . فالأولى جواز بيعه . ويدخل المستور تبعاً ، ولا تضر جهالته كالحمل في البطن ، واللبن في الضرع مع الحيوان .

أما إذا كان معظم المقصود منه مستوراً : كإبطاطة لم يصح لأن الحكم للأغلب فإن تساويا لم يجز لأن الأصل اعتبار الشرط .

* * *

(١) المغني ص ٨ ٢ ، كشاف القناع ص ١٩ .

مادة (٢٢) : لا يصح بيع عَسْبِ الفحل .^(١)

إيضاح

بيع عسب الفحل لا يصح لحديث سعيد بن المسيب عن أبي هريرة مرفوعاً أن النبي « نهى عن بيع المضامين والملاقيح » قال أبو عبيد : الملاقيح : ما في البطون وهي الأجنة ، والمضامين : ما في اصلاب الفحول .

ويطلق عسب الفحل على معان ثلاثة : الماء ، والضراب ، والأجرة على الضراب .

وقد نهى النبي عن عسب الفحل بمعانيه الثلاثة .

فعلى أنه الماء يكون النهى عن بيعه ، وعلى أنه الضراب يكون النهى عن إجارته ، وعلى أنه الأجرة يكون النهى عن أخذها لا إعطائها وعلى كل فالعقد فاسد سواء أكان بيعاً أم أجارة ، لما روى ابن عمر أن النبي - صلى الله عليه وسلم - « نهى عن بيع عسب الفحل » (رواه البخاري) وعن جابر نهى الرسول « عن بيع ضراب الجمل » (رواه مسلم) .

قال ابن عقيل : ويحتمل عندي جواز الإجارة . لأنه عقد على منافع الفحل ونزوه ، وهذه منفعة مقصودة ، والماء تابع ، والغالب حصوله عقب نزوه ، فيكون كالمقد على الظئر ليحصل اللبن في بطن الصبي .

* * *

(١) المنقح ٢٧٧ .

بَيْعِ الْجَزَافِ

مادة (٢٣) : يصح بيع الصبرة جزافاً بمشاهدة ظاهرها إذا كانت متساوية الأجزاء ، سواء علم البائع والمشتري قدرها أو جهلاه . . فإن علمه أحدهما دون الآخر صح مع الحرمة على من كتم وللآخر الخيار .

إيضاح

الصبرة : الكومة من الطعام وغيره ، وبيعها جزافاً — أى غير مقدرة بكيل أو وزن — صحيح إن تساوت أجزاءها . لأنها معلومة برؤية ، ولا يضر عدم مشاهدة باطنها . فان ذلك يشق . وكذا يصح بيع جزء معلوم منها ، كالنصف والثالث لأن ما جاز بيعه جملة جاز بيع بعضه كالحبوان .

فإن كانت مختلفة كصبرة البقال لم يصح ، لأن البقال يجمع ما يبيع به من البر والشعير المختلف الأوصاف . ويحتمل أن يصح لأنه يشتري منها جزءاً مشاعاً فيستحق من جيدها وورديتها بقسطه .

وإذا علم أحد العاقدين مقدار الصبرة وكنمه صح العقد ، لأن المبيع معلوم بالمشاهدة وحرم عليه نقول النبي - صلى الله عليه وسلم -

« من عرف مبلغ شيء فلا يبعه جزافاً حتى يبينه » والنهي يقتضى التحريم . ولأنه لم يسدل إلى البيع جزافاً مع علمه مقدارها إلا للتفجير والغش .

وروى عن الإمام صحة البيع مع الكراهة .

ولمشتري الصبرة جزافاً مع علم بائع وحده مقدارها الرد ، وكذا البائع مع علم مشتر وحده ثم إذا وجد مشتري الصبرة جزافاً باطنها رديشاً ، أو به بلل ، أو كان على ربوة ولم يكن يعلم بذلك فله الخيار لأنه عيب .

وكذا يثبت الخيار للبائع إن وجد تحتها حفرة أو وجد باطنها خير من ظاهرها إن لم يعلم الحال مسائل :

١ — إذا قال البائع : بتك هذه الصبرة كل أردب بدرهم صح ، وإن لم يعلم مقدار ذلك حال العقد .

لأن المبيع معلوم بالمشاهدة والتمن معلوم بإشارته إلى ما يعرف بمبلغه بجهة لا تتعلق بالمتعاقدين وهي أن تكال الصبرة وبحسب التمن على قدر ما بها من أرادب .

٢ — إذا قال : بتك من هذه الصبرة أردباً أو عشرة أرادب وما يعلمان أنها أكثر من ذلك صح إن تساوت أجزاءها ، لأن المبيع مقدر معلوم من جملة يصح بيعها أشبه ما لو باع نصفها .

٣ — إذا قال : بتك من هذه الصبرة كل أردب بدرهم لم يصح لأن من للبعض وكل للعدد فيكون ذلك العدد منها مجهولاً . ويحتمل أن يصح .

٤ - لو فرق الصبرة ارادب و باع واحداً منها مبهما صح البيع
إن تساوت أجزاءها وإن لم تتساو الأجزاء لم يصح البيع إلا إذا
عين المبيع (١) .

* * *

مادة (٢٤) : الشرط السابع :

معرفة المتعاقدين للثمن حال العقد برؤية أو وصف . (٢)

إيضاح

الشرط السابع من شروط صحة البيع : معرفة المتعاقدين للثمن
حال العقد ، برؤية أو وصف . ويقوم مقام الرؤية كل ما يؤدي إلى
معرفة الثمن ، من شم أو ذوق ، وما تقدم في معرفة المبيع من أحكام
الرؤية أو الوصف يقال هنا في معرفة الثمن .

فإن جهل البائع والمشتري أو أحدهما الثمن لم يصح البيع : كأن
يقول البائع بعتك هذه السلعة برقمها أى المكتوب عليها ، أو بما باع
به فلان ولم يعلماه (أى الرقم) ، أو ما باع به فلان ، أو لم يعلمه أحدهما
لم يصح البيع للجهالة . ومثله لو قال : بعتك هذا بالذهب وفضة ،

(١) كشف القناع ص ٢١ ، الشرح ص ٣٥ . ج ٤

(٢) كشف القناع ص ٢٤ ، الشرح الكبير ص ٣٣ .

أو بما يتطوع به السعير ، أو بعنك هذا بعشرة نقداً أو عشرين نسيئة
لم يصح البيع في هذه الصور لعدم علم المتعاقدين أو اتفاقهما ، فإذا
اتفقا على أحد الثمنين الحال أو النسيئة قبل التفرق صح البيع .

(٢٥) : إذا اتفق المتعاقدان فيما بينهما على ثمن ، أو عقداً
سراً بثمان ، ثم عقداً علانية بثمان أكثر من الأول ، فالثمن هو
الأول في صورتين . (١)

إيضاح

لو أسر المتعاقدان ثمناً بأن اتفقا سراً ان الثمن مائة مثلاً بلا عقد .
ثم عقداً بثمان آخر ، فالثمن هو الأول الذي أسراه بلا عقد : وهو
المائة لأن المشتري إنما دخل عليه فقط فلم يلزمه الزائد .
وإن عقداً سراً بثمان : كعشرة ، وعقداً علانية بثمان آخر
أكثر منه كائني عشر ، أخذ المشتري بالثمن الأول دون الزائد كالتى
قبلها وأولى . لأنه إذا أخذ بالأول . فيما إذا اتفقا عليه بلا عقد ،
فأولى أن يؤخذ به فيما إذا عقداً . وفي للتنقيح الأظهر أن الثمن هو
الثاني إن كان في مدة خيار وإلا فالأول . انتهى . وقال في المنهى : أنه

(١) كشف الغناع ص ٢٤ .

الأصح . واستدل له في شرحه بما يأتي ، إن الزيادة في مدة الخيارين في الثمن أو المثلث ملحقة به . ويجاب عنه بأن الزيادة هناك مرادة ، وهنا غير مرادة باطناً ، وإنما أظهرت تجملاً .

* * *

تفريق الصفقة

مادة (٢٦) : « الجمع بين ما يجوز بيعه وما لا يجوز بيعه صفقة واحدة بثمن واحد له حالات ثلاث » .

الأولى :

(أ) إذا باع معلوماً ومجهولاً يتعذر علمه ولم يتميز ثمن

المعلوم بطل البيع فيهما .

(ب) إذا باع معلوماً ومجهولاً لا يتعذر علمه صح البيع

في المعلوم فقط بقسطه من الثمن .

(ج) إذا باع معلوماً ومجهولاً وتميز ثمن المعلوم صح البيع

في المعلوم فقط بثمنه .

الثانية :

أن يكون المبيعان مما ينقسم الثمن عليهما بالأجزاء ويبيعهما من يملك بعضهما فقط . ففي هذه يصح البيع في ملكه بقسطه من الثمن ويفسد فيما لا يملكه .

الثالثة :

أن يكون المبيعان معلومين ولا ينقسم الثمن عليهما بالأجزاء والبيع باطل في الجميع .

إيضاح

إذا جمع في عقد البيع بين ما يجوز بيعه وما لا يجوز صفقة واحدة بثمن واحد فله حالات ثلاث .

الحالة الأولى :

(١) إذا باع معلوماً ومجهولاً يتعذر علمه ولم يميز ثمن المعلوم بطل البيع فيهما . كان يقول البائع بعنك هذه الفرس وما في بطن الأخرى بمائة . وإنما بطل البيع في الكل لأن المجهول لا يصح بيعه لجهالته والمعلوم مجهول الثمن ولا سبيل إلى معرفته لأن معرفته تكون بتقسيط الثمن عليهما . والمجهول لا يمكن تقويمه فيتعذر التقسيط .

(ب) إذا باع معلوماً ومجهولاً . لا يتنذر عليه صح البيع في المعلوم فقط بقسطه من الثمن كأن يقول البائع بعتك هذه الدار المشاهدة وما فيها من أثاث مع عدم رؤيته فإنه في هذه الحالة يمكن مشاهدة الأثاث وتقويمه وتقسيم حيلة الثمن على قيمة الدار وقيمة الأثاث لذلك صح البيع في الدار حيث أنها معلومة والثمن يمكن معرفته بالتقسيم . وبطل البيع في الأثاث لجهالته وقت العقد .

(ح) إذا باع معلوماً ومجهولاً وتميز ثمن المعلوم صح البيع في المعلوم فقط بثمنه ، كأن يقول البائع للمشتري بعتك هذه الفرس وما في بطن الأخرى ، الفرس بشمانين وما في بطن الأخرى بعشرين فيصح البيع ، في الفرس بالثمانين حيث أن المبيع معلوم والثمن معلوم وبطل البيع فيما في بطن الأخرى لجهالته .

الحالة الثانية :

أن يكون المبيعان مما ينقسم الثمن عليهما بالأجزاء ويبيعهما من يملك بعضهما فقط . وفي هذه الحالة يصح البيع في ملكه بقسطه من الثمن ويفسد فيما لا يملكه . كأن يبيع داراً مشتركة بينه وبين غيره بغير إذن شريكه أو يبيع أردبين من صبرة واحدة يملك واحداً منها فقط دون إذن مالك الآخر . وإنما صح البيع في ملكه لأن كل واحد منهما له حكم لو كان منفرداً . فإذا جمع بينهما ثبت لكل واحد حقه . ولأن ما يجوز له يبيعه قد صدر فيه البيع من أهله في محله بشرطه فصح كما لو انفرد ، والثمن يمكن معرفته بالتقسيم لأن التقويم يمكن .

وهناك وجه بعدم الصحة لهما لأن الصفقة جمعت حلالا وحراما
فغلب التحريم .

الحالة الثالثة :

أن يكون المبيعان معلومين ولا ينقسم الثمن عليهما بالأجزاء .
والبيع باطل في الجميع كأن يبيع خلا وخمرا أو فرسه وفرس غيره
أو جملا حاضرا وآخر شارداً وإنما بطل البيع في الجميع لأن الصفقة
جمعت حلالا وحراما فغلب التحريم . ولأن الثمن مجهول لأنه يتبين
بالتقسيم بالثمن على القيمة وذلك مجهول في الحال فلم يصح البيع به .
ولأنه لو صرح به فقال بعثك هذا بقسطه من الثمن لم يصح .

وهناك رواية بصحة البيع فيما يصح بيعه بقسطه من الثمن دون
ما لا يصح لأنه متى سمى ثمناً في مبيع يسقط بعضه لا يوجب ذلك جهالة
تمنع الصحة كما لو وجد بعض المبيع معيباً فأخذ أرشه . وقد رجح هذه
الرواية كثير من علماء الترجيح . كصاحب كشاف القناع ومنتهى
الإيرادات .

وتقسيم الثمن وتجزئته إن كان المبيعان مما ينقسم الثمن عليهما
بالأجزاء كدار يملك بعضها كثلث أو ربع مثلاً أو كان المبيعان متساويين
كأردبين من صبره واحدة يملك واحداً منها فالتقسيم سهل فيقسم الثمن
على عدد الأجزاء ويأخذ البائع من الثمن بقدر ما له من الأجزاء .
وإن لم يكن المبيعان كذلك بأن كانا مختلفين قيمة كفرسين يملك

إحداهما بمائة فيقوم كل منهما على حدة وتنسب قيمة ما صح البيع فيه إلى مجموع القيمتين ويأخذ من الثمن بقدر هذه النسبة .
وإن كان أحد المبيعين غير مال كخمر وخنزير قوم إلى فرض أنه مال فتقدر الحمر خلا وخنزير شاة .

* * *

مادة (٢٧) : إذا تفرقت الصفقة ولم يكن المشتري عالماً بالحال فله الخيار بين الفسخ أو الإمضاء لتبعض الصفقة عليه مع أخذ أرش النقص إن كان المبيع مما ينتقصه التفريق .

إيضاح

مثال ذلك مصراعا باب ونحوه باعهما من يملك أحدهما فيصح البيع في ملكه بقسطه من الثمن لأن كلا من المالكين له حكم لو انفرد . فإذا جمع بينهما ثبت لكل واحد حكمه . وللمشتري الخيار بين الرد أو الإمساك إن لم يعلم بالحال لتبعض الصفقة عليه وله الأرش إن أمسك فيما ينتقصه التفريق . فلو كانت قيمة كل من المصراعين منفرداً جنهين ومجتمعين ثمانية واشتراها بالثمانية ولم يعلم فله إمساك ملك البائع بالقسط من الثمن وهو أربعة وله أرش نقص التفريق جنهين فيأخذه بجنهين فقط .

* * *

(١) المغنى ص ٢٩١ ، الشرح الكبير ص ٣٨ .

(٢) المرجع السابق .

مادة (٢٨) : الأرش قسط ما بين قيمة المبيع صحيحا ومعيبا

من ثمنه .

إيضاح

لو قوم المبيع صحيحا بخمسة عشر ثم قوم بعد تعييبه بانثى عشر ، فقد نقص خمس قيمته . فيرجع بخمس الثمن قل أو كثر ؛ لأن المبيع مضمون على المشتري بثمنه فإذا فاته جزء منه سقط عنه ما يقابله من الثمن لأننا لو ضمنناه نقص القيمة لأدى إلى اجتماع العوض والم عوض في نحو ما لو اشترى شيئاً بعشرة وقيمته عشرون ووجد به عيباً ينقصه النصف فأخذها ولا سبيل إليه .

* * *

مادة (٢٩) : (١) التولية ، والشركة ، والمرابحة والمواضعة :

١ - التولية : هي البيع برأس المال المعلوم لهما .

٢ - الشركة : هي بيع بعض المبيع بقسطه من الثمن

المعلوم لهما .

٣ - المرابحة : هي بيع الشيء بثمنه المعلوم وربح معلوم .

٤ - المواضعة : هي بيع الشيء بثمنه مع حط جزء منه .

الحكم

(ب) إذا أخبر البائع المشتري بزيادة في الثمن حط الزائد في بيع التولية والشركة والمواضعة ، وحط الزائد وقسطه من الربح في المراجعة ، ولا خيار للمشتري .

إيضاح

التولية ، والشركة والمراجعة ، والمواضعة ، أنواع من البيع . اختصت بهذه الأسماء كاختصاص السلم . ولا بد في جميعها من معرفة البائع والمشتري رأس المال (أى الثمن الذى اشترى به البائع) . لأن معرفة الثمن شرط في صحة البيع ، ولا يعرف الثمن فيها إلا بمعرفة رأس المال ، فإن فات لم يصح .

وتصح هذه الأنواع بالفاظها ، ولفظ البيع ، وبما يؤدي ذلك المعنى ، (وهى صور البيع بتخيير الثمن) وبيع المساومة أسهل منها نصاً . قال فى الحاوى الكبير : لضيق المراجعة على البائع . لأنه يحتاج أن يعلم المشتري بكل شئ من النقد ، والوزن ، وتأخير الثمن ، ومن اشتراه ويلزمه المؤنة والرقم والقضارة والسمسرة والحمل ولا يفر فيه ، ولا يحل له أن يزيد على ذلك شيئاً إلا يبينه له ليعلم المشتري بكل ما يعلمه البائع ، وليس كذلك المساومة انتهى ، وفى الأنصاف قلت : أما بيع المراجعة .

في هذه الأزمان فهو أولى للمشتري وأسهل . انتهى ولا مخالفة بينهما ، لأن كلام الحاوي في الضيق على البائع كما بينه ، وكلام صاحب الأنصاف في سهولة الأمر على المشتري بترك المما كسة .

١ — فالتولية : البيع برأس المال فقط : فيقول البائع ولينتك ، أو بمتك برأس ماله . أو بما اشتريته به ، أو برقه المعلوم عند البائع والمشتري وهو الثمن المكتوب عليه فإن جهلاً أو أحدهما الثمن لم تصح .

٢ — والشركة : يبيع بعض المبيع بقسطه من الثمن المعلوم لهما : نحو أشركتك في نصفه أو ثلثه ونحوه كقوله : هو شركة بيننا ويكون في هذه الحالة مناصفة .

٣ — والمراجعة : هي بيع الشيء بثمنه المعلوم وربح معلوم . فيقول : رأس مالي فيه مائة بعنتك بها وربح عشرة . لأن الثمن والربح معلومان ، ويكون الثمن مائة وعشرة . وكذا قول البائع على أن أربح في كل عشرة درهما .

٤ — والمواضعة : هي بيع الشيء بثمنه مع حط جزء منه بأن يقول : رأس مالي فيه مائة . بعنتك بها ، ووضع عشرة . أو وضعة درهم من كل عشرة .

الحكم

(ب) إذا أخبر البائع المشتري بزيادة في الثمن في صور البيع السابقة . فالذهب أن للمشتري حط الزيادة عما أخبر به البائع . في بيع التولية ، والشركة ، فإذا أخبره أن ثمنه مائة ، ثم بان أنه تسعون فقط حط

عشرة من ثمنه . وله إنقاص الزائد في المواضعة ، فإذا أخبره أن ثمنه مائة وقد باعه على أن يضع منها عشرة فبانت تسعون تنقص العشرة من الثمن فيصير الثمن بعد الإنقاص ثمانين .

أما في المراجعة . فلهشتري حط الزائد من الثمن وحط قسط هذه الزيادة من الربح . فإن أخبره بأن ثمن المبيع مائة درهم وأنه يربح في كل عشرة درهما . فاشتراه بمائة وعشرة ثم ظهر أن ثمنه تسعون حط العشرة الزائدة وحط درهما قسط الزيادة من الربح فيستقر الثمن بتسعة وتسعين ويلزم البيع بالباقي .

ولا خيار للمشتري لأن الثمن إذا بان أقل مما أخبر به وسقط عنه الزائد فقد زيد خيراً ، فلم يكن له خيار . كما لو وكل من يشتري له معيناً بمائة فاشتراه له بتسعين .

وكذا الحكم فيما إذا اشترى البائع المبيع بثمن مؤجل وكتب ذلك عن المشتري ، فإذا علم المشتري أخذه بثمنه مؤجلاً ولا خيار له . وفي رواية أنه متى ظهر أن الثمن أقل مما أخبر به ، كان للمشتري الخيار . (وهي رواية حنبل) كما لو أخبر بأنه كاتب أو صانع فاشتراه بثمن فبان بخلافه .

مادة (٣٠) : إذا ادعى البائع غلطاً فيما أخبر به من ثمن المبيع فلا تقبل دعواه إلا ببينة . فإن أقامها كان للمشتري أن

يخلفه بأنه لم يكن يعلم حقيقة الثمن حينما أخبر به ، فإن فعل
كان المشتري بالخيار بين فسخ العقد أو إمضائه بالثمن الزائد ،
وإن نكل قضي عليه بالنكول وليس له إلا ما وقع
عليه العقد .

إيضاح

لا تقبل دعوى بائع أنه أخطأ في إخباره برأس المال بلائنته . كأن
قال : اشتريته بمشرة ثم قال غلطت بل اشتريته بخمسة عشر ، لأنه
مدع لغلطه على غيره أشبه المضارب إذا أقر بربح ثم قال غلطت .
وفي رواية أن القول قوله مع يمينه ، فيحلف أنه لم يكن يعلم وقت
البيع أن ثمنها أكثر مما أخبر به ، لأن المشتري لمادخل مع البائع في
المراجعة فقد ائتمنه ، والقول قول الأمين .
فإن نكل البائع عن اليمين قضي عليه بالنكول وليس له إلا ما وقع
عليه العقد .

فإن قلنا يقبل قول البائع بيمينه وحلف ، أو قامت له بينة بما ادهاه
فلمشتري أن يخلفه أن وقت ما باعها لم يكن يعلم أن شرائها أكثر . فإنه
لو باعها بدون ثمنها طاماً لزمه البيع بما عقد عليه ، لسكونه تعاطى سيده
طاماً ، فلزمه كمشتري المعيب طاماً بعيبه . وإذا كان المبيع يلزمه بالعلم فادعى

عليه لزمته العيين . فإن نكل قضي عليه بالنكول . وإن حلف خير
المشترى بين قبوله بالثمن والزيادة التي غلط فيها وحظها من الربح وبين
فسخ العقد .

مادة (٣١) : يجب على البائع بتخيير الثمن ، في التولية ،
وغيرها أن يبين كل أمر يتأثر به ثمن المبيع بالزيادة . فإن كتم
شيئاً من ذلك عن المشتري ثبت له الخيار ^(١) .

إيضاح

إذا أخفى البائع عن المشتري ، في بيع التخبير بالثمن أمراً يتأثر به
الثمن فللمشتري الخيار بين الرد والإمساك كتدليس ، كأن اشترى البائع
المبيع تولية ، أو شركة ، أو مراجعة ، أو مواضعة ، بمن ترد شهادته له
كأحد عمودي نسبه ، أو زوجته ، أو اشتراه لرغبة تخصه كدار بجوار
منزله ، أو اشتراه لموسم مضى : كالذى يباع على العبد إذا اشتراه قرابة
وبقي عنده وكذا إن نقص المبيع بمرض ، أو ولادة ، أو عيب ،

(١) كشف القناع ص ٦٩ ، ٧٤ ، منتهى الارادات ص ٤٣ ، ٤٦ .

الشرح ١٠٣ ، ١٠٤ .

أو تلف ، أو أخذ مشتر صوفاً أو لبناً ونحوه حين بيع أخير بالحال .
وإن اشترى بدنانير فأخبر بدراهم وعكسه ، أو بنقد وأخبر بمرض
ونحوه فله مشتر الخيار .

مادة (٣٢) : (١) ما يجب على البائع الإخبار به ويلحق بالعقد

١ - ما يزداد في ثمن أو مئتمن أو أجل أو خيار قبل لزوم

العقد (١)

٢ - هبة مشتر لو كيل باعه شيئاً .

٣ - ما يحطه من ثمن أو مئتمن أو أجل أو خيار قبل

لزوم العقد .

٤ - هبة بائع لو كيل اشترى منه شيئاً .

٥ - أرش العيب أو الجنابة على المبيع .

٦ - ما يزيد في ثمن المبيع بسبب عمل فيه .

٧ - أجره مكان المبيع ووزنه وسمساره .

(١) كشاف القناع ص ٧٢ ، ٧٤ - منهي الأرادات ص ٤٦ .

(ب) مالا يلحق بالعقد

١ - ما زيد أو حط بعد لزومه .

٢ - فداء المبيع الجاني .

٣ - الأدوية والمؤنة والكسوة .

٤ - نماء المبيع واستخدامه .

إيضاح

(١) يجب على البائع في بيع التخيير بالثمن الإخبار بالأمور الآتية :

وتلحق بالعقد .

١ - ما يزداد في ثمن أو منمن أو أجل زمن الخياريين ، أو يزداد

في خيار شرط ملحق بالعقد ويخبر به كأصله .

٢ - هية مشتر لو كبل بآءه شيئاً من جنس الثمن ، أو غيره كزيادة

في الثمن فتكون لبائع زمن الخياريين ويخبر بها .

٣ - ما يحط من ثمن أو منمن أو أجل أو خيار زمن الخياريين

يلحق بالعقد . فيخبر به كأصله تنزيلاً لحال الخيار منزلة حال العقد ،

وأن حط الثمن كله فبينة .

٤ - هبة بائع لو كبل اشترى منه . ككنقص من الثمن فتكون لمشتري ويخبر بها .

٥ - إذا أخذ مشتر أرشا لعيب ، أو جنابة أخبر به إذا باع مراوحة ونحوها ، لأن الأرش في مقابلة جزء من المبيع .

٦ - ما يزيد في ثمن المبيع بسبب عمل فيه كان اشترى ثوبا بعشرة وعمل فيه بنفسه أو غيره ما يساوى عشرة فصبغه أو قصره ولو بأجرة أخبر به على وجهه . فإن ضمه إلى الثمن وأخبر به كان كذبا وتفرير المشتري ولا يجوز قوله تحصل على بعشرين لأنه تلبيس .

٧ - أجرة مكان المبيع أو كيله أو وزنه أو ممساره ونحوه يخبر بها على وجهها ولا يضمها إلى الثمن فيخبر به ، ولا يقول تحصل على بكذا .

(ب) ما لا يلحق بالعقد :

١ - ما زيد أو حط بعد لزومه ولا يخبر به .

٢ - إذا جنى مبيع نفدى فلا يلحق فداؤه بالثمن ، لأنه لم يزد به المبيع ذاتا ولا قيمة ، وإنما هو مزيل لنقصه بالجنابة .

٣ - الأدوية ، والمؤنة ، والكسوة لا تلحق بالثمن ، وأن أخبر بالحال فحسن .

٤ - نماء المبيع ، واستخدامه ، ولا يلزم الإخبار به .

* * *

(١) منتهى الارادات ص ٤٥ ، ٤٦ .

موانع صحّة البيع

مادة (٣٣) : يحرم البيع ويقع فاسداً في حالتين :

١ - إذا كان العاقدان أو أحدهما ممن تلزمه الجمعة ووقع

العقد بعد الشروع في النداء الذي عند المنبر حتى تنقضى الصلاة

٢ - إذا كان العاقدان أو أحدهما ممن تلزمه الصلاة

المكتوبة ووقع العقد بعد أن تضايق وقتها، بحيث لم يبق

منه إلا ما يسعها إلى أن ينتهى وقتها .

(ب) يباح البيع ، ويصح في الحالتين السابقتين : إذا دعت

إليه حاجة أو ضرورة .

إيضاح

يحرم البيع ويقع فاسداً في الحالتين السابقتين لقوله تعالى : يا أيها

الذين آمنوا إذ نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله وذروا

البيع ، والنهى يقتضى الفساد . ويقاس على هذا الوقت ، وقت لزوم

السمى إلى الجمعة لمن منزله بعيد بحيث أنه يدركها .

(١) كشاف القناع ص ٣٠ ، الشرح الكبير ص ٤٠ .

كما لا يصح البيع إذا تضايق وقت الصلاة المكتوبة . بحيث لم يبق من الوقت إلا ما يسعها قياسا عليه . وكذا سائر الصناعات فإنها تحرم في هذه الأوقات التي حرم فيها البيع أما من لا تجب الجمعة عليه من النساء والمسافرين ، ومن لا تجب عليه الصلاة كحائض ونفساء فلا يثبت في حقهما هذا الحكم . فيصح منه البيع والشراء :

وإن كان أحد العاقدين هو الذي تجب عليه الجمعة أو الصلاة دون الآخر حرم على من تجب عليه وكره للآخر : مع عدم صحة البيع كما تقدم لمسا فيه من الإعانة على الإثم .

ويحتمل: أنه يحرم لقوله تعالى « ولا تعاونوا على الإثم والعدوان » الآية . وأما غير البيع من العقود كالنكاح والإجارة فيصح في أصح الوجهين . لأن النهي يختص بالبيع وغيره لا يساويه في الشغل عن السعى لندرة وقوعه فلا يقاس على البيع .

وليه وجه آخر: أنه يحرم ولا يصح لأنه عقد معاوضة أشبه البيع ومحل ما ذكر من حرمة البيع وعدم صحته ما لم تكن هناك حاجة أو ضرورة . وإلا حل وصح كضطر إلى طعام أو شراب وجده يباع أو كعريان وجد سترة تباع وكذا كفن ميت ومؤنة تجهيزه إذا خيف عليه الفساد لو أخر إلى ما بعد الصلاة . ونحو ذلك مما دعت للضرورة إليه . فيصح البيع والشراء بلا حرمة .

يسرى حكم المادة السابقة (٣٣) على الحالة الآتية :

مادة (٣٤) : إذا وقع العقد على عين يقصد بشرائها استعمالها

في معصية إذا علم البائع من المشتري ذلك ولو بقريئة . (١)

إيضاح

يحرم ولا يصح البيع إذا وقع العقد على عين يقصد بشرائها استعمالها في معصية إذا علم البائع من المشتري ذلك القصد ولو بقريئة . لقوله تعالى : « ولا تعاونوا على الإثم والعدوان » والنهي يقتضى التحريم : مثال ذلك بيع العنب لمن يتخذه خمرأ ، أو بيع السلاح في الفتنة ، أو لأهل حرب ، أو قطاع طريق وكذا ما يشرب عليه أو به مسكر . وكجوز وبنديق لقمار وأمة لغناء إذا علم البائع ذلك القصد من المشتري ولو بقريئة تدل على ذلك العلم .

أما إذا لم يعلم البائع قصد المشتري أو كان الأمر محتملاً كمن لا يعلم حاله ، أو من يعمل الخلد والحمر معا . ولم يلفظ بما يدل على إرادة الحمر فالبيع جائز . فإن باعها لمن يتخذها خمرأ فقط فالبيع باطل .

ويحتمل أنه يصح مع التحريم لأن النهي ليس لذات العقد فلم يمنع الصحة كما لو دلس العيب . ورد هذا بأنه عقد على عين لمعصية الله فلم يصح . وأما التدليس فهو المحرم دون العقد . ولأن التحريم لحق الله فأفسد العقد كبيع الربا .

(١) كشف القناع ص ٣١ ، الشرح الكبير ص ٤١ .

يسرى حكم المادة السابقة (٣٣) على الحالة الآتية :
 مادة (٣٥) : إذا باع المسلم على بيع المسلم أو اشترى على
 شرائه في زمن أحد خيارى المجلس والشرط . (١)

إيضاح

يحرم ولا يصح بيع المسلم على بيع المسلم ، كأن يقول لمن اشترى
 سلعة بعشرة أنا اعطيك مثلها أو خيراً منها بتسعة . أو يمرض عليه
 سلعة يرغبه فيها ليفسخ البيع ويعقد معه فاعقد الثانى باطل ومحرم .
 وكذا الشراء على شراء المسلم كأن يقول لمن باع سلعة بتسعة عندي فيها
 عشرة ليفسخ البيع الأول ويعقد معه وهو باطل ومحرم قياساً على البيع
 للنهى فى حديث ابن عمر يرفعه « لا يبيع الرجل على بيع أخيه » متفق
 عليه والنهى يقتضى الفساد . ولما فيه من الإضرار بالمسلم والإفساد عليه
 والشراء فى معنى البيع .

وفيه وجه أن البيع صحيح وأن المحرم هو عرض السلعة على
 المشتري أو قوله الذى فسخ البيع من أجله . وذلك سابق على البيع
 ولأن النهى لحق الأدمى فأشبهه ببيع النجش .

وأما السوم على سوم المسلم مع الرضا المصرح بالبيع فهو حرام

(١) كشاف القناع ص ٣٢ ، الشرح الكبير ص ٤٢ .

والعقد المرتب عليه صحيح . لأن النهي في الحديث إنما هو عن السوم دون البيع . فعن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال : « لا يسم الرجل على سوم أخيه » رواه مسلم فإذا رضى - البائع - صريحاً بالثمن الذى بذله المشتري إلا أنه لم يعقد البيع حرم على آخر الزيادة فى الثمن عما رضى به البائع من المشتري الأول . وهذا هو السوم على السوم المحرم . وأما المزايدة فى المناداة فجازة بإجماع المسلمين .

مادة (٣٦) :

بيع الحاضر للبادى باطل وحرام بخمسة شروط

الأول : أن يحضر البادى لبيع سلعته .

الثانى : أن يريد بيعها بسعر يومها .

الثالث : أن يكون جاهلاً بسعر البلد الذى قدم إليه .

الرابع : أن يقصده حاضر عارف بالسعر .

الخامس : أن يكون بالناس حاجة إلى السلعة . (١)

(١) كشف القناع ص ٣٣ ، المفق ٢٧٩ .

إيضاح

للبادى : هو المقيم في البادية والمراد به هنا من يدخل البلد من غير أهلها ولو غير بدوى . والمراد ببيع الحاضر للبادى أن يكون له مسماراً . وإنما بطل البيع وحرم لقول آنس - ورضي الله عنه - : « نهينا أن يبيع حاضر لباد وإن كان أخاه لأبيه وأمه » ، الحكمة فيه أنه لو ترك للقادم يبيع سلعته اشتراها الناس منه برخص . فإذا تولى الحاضر أى من هو من أهل البلد لم يبيعها إلا بغلاء فيحصل الضرر للناس ، وقد نصت المادة على أن البطلان إنما يتحقق بخمسة شروط : فإذا فقد شرط من هذه الشروط الخمسة صح البيع ولم يحرم لانقضاء علة النهى . إذ لو قدم البادى لا يبيع سلعته ، أو يبيعها لا بسعر يومها ، أو كان عالماً بالسعر ، أو لم تكن بالناس حاجة إليها لم يتحقق الضرر ، وإذا لم يقصده الحاضر بل يقصده البادى وطلب منه يبيعها فليس للحاضر دخل في الضرر .

ولا يكره للحاضر أن يشير على البادى بلا مباشرة للبيع ، ويجب على من عرف السعر أن يخبر من استخبره عنه لوجوب النصيحة .

وبطلان بيع الحاضر للبادى هو الراجع لحديث آنس السابق ولما رواه جابر عن النبي ﷺ « لا يبيع حاضر لباد يدعو الناس يرزق الله بعضهم من بعض » (رواه مسلم) وروى أن الإمام أحمد سئل عن بيع الحاضر للبادى قال لا بأس به . فقبل له فالخبر الذى جاء بالنهى قال كان ذلك مرة . فظاهر هذا أن النهى اختص بأول الإسلام لما كان عليهم من الضيق فى ذلك .

والمذهب الأول لعموم النهى ، وما ثبت في حقهم يثبت في حقنا ما لم
يقم على اختصاصهم به دليل .

وأما الشراء للبادى فيصح بلا حرمة ، لعدم تحقق علة المنع .

بَيْعُ الْعَيْنَةِ

مادة (٣٧) :

(أ) من باع شيئاً بثمن مؤجل ، أو حال لم يقبض حرم
وبطل شراؤه له من مشتريه بنقد من جنس الأول أقل منه
إلا إن تغيرت صفته بما ينقص قيمته .

(ب) من باع شيئاً بنقد مقبوض ، حرم وبطل شراؤه
له من مشتريه بنقد أكثر من الأول من جنسه غير مقبوض
إلا إن تغيرت صفته بما يزيد قيمته .

(ح) يحرم ويفسد في الصورتين السابقتين العقد الأول :

إن كان وسيلة إلى الثانى وإلا فلا .

(د) يحل البيع ويصح من يشتري شيئاً نسيئته بأكثر من قيمته ، ويصح البيع إذا باعه لغير بائعه بثمن حاضر أقل مما اشتراه به ؛ حيث أن المشتري الثاني غير البائع الأول. (١)

إيضاح

(١) الصورة الأولى: يطلق عليها الفقهاء اسم العينة وفيها عقدان ، والعقد الثاني هو المقصود بالحكم من حرمة وبطلان . وأما الأول فإن قصد به الثاني فهو باطل أيضاً . وإلا فهو صحيح . والبيع الثاني باطل ومحرم ، لأنه يتخذ وسيلة إلى الربا . ولما روى عن ابن عمر قال سمعت رسول الله - ﷺ - يقول : « إذا تبايعتم بالعينة وأخذتم أذناب البقر . ورضيتم بالزرع وتركتم الجهاد سلط الله عليكم ذلاً لا ينزعه حتى ترجعوا إلى دينكم » وبالمادة قيود لا يتحقق الحكم السابق بالبطلان إلا إذا تحققت كلها . وأما إذا فقد واحد منها فلا حرمة ولا بطلان فإذا لم يكن المشتري له هو البائع بل أبوه أو ابنه أو زوجته ولا حيلة جاز الشراء وصح . وكذا لو اشتراه البائع من غير مشتريه بل اشتراه من وارث المشتري أو ممن انتقل إليه من المشتري ببيع ونحوه . أو اشتراه بائع بمنزل الثمن الأول . أو بنقد آخر غير الذي باعه به ، أو اشتراه

(١) كشف القناع ص ٣٤ ، الشرح الكبير ص ٤٥ .

بعرض ، أو باعه بعرض ثم اشتراه بنقد ، وكذا إذا ما قبض ثمنه ، أو تغيرت صفته بما ينقصه كبهيمة تعيبت فيصح في كل هذه الصور لإنتفاء علة النهي . إذ التوسل إلى الربا في هذه الأحوال مستبعد عرفاً .

(ب) أما هذه الصورة : فهي عكس مسألة العينة والمذهب على أنها مثلها في الحكم أعنى البطلان والحرمة .

قال صاحب الشرح الكبير : قال شيخنا : ويحتمل أن يكون له شراؤها بخمس الثمن الأول باكثر منه نسيئة إذا لم يكن ذلك عن موطاة ولا حيلة . بل دفع اتفاقاً من غير قصد لأن الأصل حل البيع ، وإنما حرم في مسألة العينة للأثر الوارد فيه وليس هذا في مضاه ، لأن التوسل بذلك أكثر فلا يلحق به مادونه .

(ج) أما الصورة الثالثة : إنما حرم وبطل فيها العقد الأول مثل الثاني حيث كان وسيله إلى المحرم . فإن لم يقصد به الثاني كان البيع صحيحاً .

(د) أما الصورة الرابعة : فقد أجاز الفقهاء لمن احتاج لنقد أن يشتري ما يساوي مائة بمائة وخمسين ليبيعه ويتوسع بثمنه وصححوا البيع . وهذه المسألة : تسمى التورق من الورق وهو الفضة . كما أجازوا أن يبيعه بثمن نقداً أقل مما اشتراه به نسيئة إذا كان البيع لغير بائعه الأول .

مادة (٣٨) إذا كان المبيع ربوياً والتمن نسبيته فيبطل ويحرم
 أن يشتري البائع ما يتفق مع المبيع في علة الربا من ذات
 المشتري بالتمن الذي في ذمته. (١)

إيضاح

مثال ذلك أن يبيعه مكبلاً من بر أو شعير بمائة مؤجلة ثم يشتري
 منه بهذا التمن مكبلاً ، سواء كان من الجنس كبر بتمن البر ، أو من غير
 الجنس كشعير بتمن البر ، أو يشتري موزوناً أو يبيعه موزوناً كحديد
 ونحاس ويشتري منه بالتمن موزوناً من جنس المبيع أو من غيره . وإنما
 بطل البيع في هذا حسماً لمادة ربا النسبة لأن بيع ذلك ذريعة لبيع
 الربوي بالربوي نسبيته ، ويكون التمن المعوض بينهما كالمعلوم لأنه
 لا أثر له .

فإن اشترى الربوي بتمن آخر وسلمه للبائع ثم أخذه منه وفاءً
 عن التمن الربوي الأول جاز . أو لم يسلمه إليه بل اشتراه في ذمته
 وقاصه جاز :

وقد نقل صاحب الشرح الكبير عن شيخه في أصل المسألة : الجواز
 حيث قال : والذي يقوى عندي جواز ذلك إذا لم يفعله حيلة ولا قصد
 ذلك في ابتداء العقد . وذلك لأنه اشترى الطعام بالدرهم التي في الذمة

(١) كشاف القناع ص ٣٥ ، الشرح الكبير ص ٤٦ .

بعد لزوم العقد الأول فصح . كما لو كان المبيع الأول ثياباً أو حيواناً ،
ولأن الأصل حل البيع . وإنما حرم في مسألة العينة للآثر الوارد فيها
وليس هذا في معناه .

مادة (٣٩) : التسمير حرام ، ويكره الشراء به ، وإن هدد
من خالفه حرم البيع وبطل . (١)

إيضاح

التسمير : منع الناس البيع بزيادة على ثمن يقدره الإمام أو نائبه ،
وهو حرام لحديث أنس قال : غلا السعر على عهد رسول الله ﷺ -
فقالوا : يا رسول الله ، غلا السعر فسررنا فقال : « إن الله هو المسعر
القابض الباسط الرزاق إني لأرجو أن أتق الله وليس أحد يطلبني
بمظلمة من دم ولا مال » (رواه أبو داود) .

ووجه الاستدلال من وجهين الأول : أن الرسول لم يسعر وقد
سالوه ذلك ولو جاز لأجابهم إليه .

الثاني : أنه علل بكونه مظلمة ، والظلم حرام ، ولأنه ماله فلم يجوز
منعه من بيعه بما تراضى عليه المتبايعان .

(١) كشف القناع ص ٣٥ ، المغنى ص ٢٨١ .

وقال بعض الأصحاب : التسمير سبب الفلاء لأن الجالبين إذا بلغهم ذلك لم يقدموا بسلمهم بلداً يكرهون على بيعها فيه بغير ما يريدون .
ومن عنده البضاعة يمتنع عن بيعها ويكتمها ويطلبها أهل الحاجة إليها فلا يجدها إلا قليلا ، فيرفعون في ثمنها ليصلوا إليها فتغلو الأسعار ، ويحصل الضرر بالجانبين ، جانب الملاك في منعهم من بيع أملاكهم ، وجانب المشتري في منعه إلى الوصول إلى غرضه فيكون حراماً .

ويحرم قول الامام لبائع غير محتكر : بيع كالتاس لأنه إلزام له بما لا يلزمه ، وأوجب للشيخ تقي الدين إلزام السوق المعاوضة بئمن المثل لأنها مصلحة عامة لحق الله تعالى فهي أولى من تكيل الحرية ، وكره الإمام أحمد البيع والشراء من مكان إلزم للناس بهما فيه لا للشراء ممن اشتري منه .

مادة (٤٠) :

(١) الاحتكار حرام ، بثلاثة شروط :

الأول : أن يكون الطعام المحتكر مُشْتَرَى .

الثاني : أن يكون قوتا .

الثالث : أن يضيق على الناس بشرائه .

(ب) يجبر المحتكر على بيع ما احتكره كما يبيع الناس
فإن أبي وخيف التلف بحبسه عن الناس فرقه الإمام على
المحتاجين ، ويردون مثله عند زوال الحاجة .

إيضاح

إحتكار الطعام هو حبسه ليقبل ويغلو وبالناس حاجة إليه ،
وهو محرم ، لما روى الأثرم عن أبي أمامة قال : « نهى رسول الله
- صلى الله عليه وسلم - أن يحتكر الطعام » وروى أيضاً بإسناده عن
سعيد بن المسيب أن رسول الله قال : « من احتكر فهو خاطيء »
وقال : « الجالب مزروق والمحتكر ملعون » .

وتنص المادة على أن الاحتكار محرم ، إذا كان الطعام المحتكر
مشتري . فلو جلب شيئاً ، أو أدخل من غلته شيئاً فادخره لم يكن
محتكراً . ولأن الجالب لا يضيق على أحد ، ولا يضر بهم ، بل ينفع .
فإن الناس إذا علموا أن عنده طعاماً معداً للبيع كان ذلك أطيب لقلوبهم
من عدمه ، وأن يكون المشتري قوتاً لأدمى . أما الأدام كالحلوى
والزيت والعسل ، وأعلاف البهائم فليس فيها احتكار محرم . وقد سئل
أبو عبد الله عن أى شيء الاحتكار قال : « إذا كان من قوت الناس »
وكان سعيد بن المسيب يحتكر الزيت وهو راوى حديث الاحتكار .
قال أبو داود : وكان يحتكر النوى والحبط والبذر ، ولأن هذه
الأشياء لا تتم الحاجة إليها ، أشبهت الثياب والحيوان .

ولا يكون الاحتكار حراماً إذا لم يضيق على الناس بشرائه ،
 بأن اشتراه في حال الاتساع والرخص ، ولا يحصل الضيق إلا بأمريين :
 أحدهما : أن يكون في بلد يضيق بأهله الاحتكار : كالحرمين ،
 والثغور ، قاله أحمد : فظاهر هذا ، أن البلاد الواسعة الكبيرة كبنغداد
 والبصرة ومصر ونحوها لا يحرم فيها الاحتكار ، لأن ذلك لا يؤثر
 فيها غالباً .

الثاني : أن يكون في حال الضيق ، بأن تدخل البلد قافلة فيتبادر
 ذوو الأموال ليشترونها ، ويضيقون على الناس .
 ويجبر المحتكر على بيع ما احتكره كما يبيع الناس دفعا للضرر ،
 فإن أبي أن يبيع ما احتكره من الطعام وخيف التلف بحبسه عن الناس
 فرقه الإمام على المحتاجين إليه ، ويردون مثله عند زوال الحاجة .

الشروط في البيع

مادة (٤١) : الشرط في البيع إلزام أحد المتعاقدين الآخر
 بسبب العقد ما له فيه منفعة ، والمعتبر من الشروط ما كان
 في صلب العقد وهو قسمان : صحيح ، وفاسد . (١)

(١) كشف القناع ص ٣٦ ، منتهى الإرادات ص ٢٢ .

إيضاح

يعتبر لترتب الحكم على الشرط مقارنته للعقد .

وفي الكشف قال صاحب الفروع : ويتوجه كنيكاح ، ويأتى ان زمن الخيارين كحال العقد ، وعلى ما نقل فى الكشف . يعتبر من الشروط ما اتفق المتعاقدان عليه قبل العقد ، حيث أن الحكم فى النكاح هو اعتبار الشرط المتفق عليه قبل العقد ، كما يعتبر الشرط زمن الخيارين (خيار المجلس وخيار الشرط) .

ولا يعتبر اتفاقا الشرط بعد لزوم العقد .

مادة (٤٢) : الصحيح من الشروط ثلاثة أنواع :

الأول : ما كان من مقتضى العقد ، وهذا لا أثر له .

الثانى : (١) ما شرطه أحد المتعاقدين مما فيه مصلحة

مقصودة مباحة ممكنة ، وهذا الشرط يجب الوفاء به .

(ب) إذا لم يف بالشرط ، فلامشترط الخيار ، بين الفسخ

أو الإمضاء مع أخذ أرش فقد الصفة .

الثالث : ما شرطه البائع من نفع مباح معلوم في مبيع ،
وما شرطه المشتري من نفع البائع في المبيع ، وهذا يجب
الوفاء به . (١)

إيضاح

النوع الأول من الشروط الصحيحة ما يتطلبه العقد بحكم الشرع
ولا أثر لهذا النوع فوجوده كعدمه ، لأنه بيان وتأكيـد لمقتضى العقد
كالتقايض وحلول الثمن ، وتصرف كل منهما فيما يصير إليه ، من ثمن
أو هــمـن . وكرد المبيع ببيع قديم . فاشتراط مثل هذا لم يأت لمشرطه
بجديد . بل هو أمر يستلزمه العقد بدون حاجة إلى اشتراطه .

النوع الثاني من أنواع الشروط الصحيحة ، ما شرطه أحد
المتعاقدين على الآخر من صفة مقصودة كاشتراط صفة في الثمن ، كتأجيله
أكله أو بعضه : أو اشتراط رهن مـيـن ولو كان الرهن المبيع . واشتراطه
ضميناً معيناً . فلو قال بعتك هذا على أن ترهنيه على ثمنه ، فقال
اشتريت ورهنت صح الشراء والرهن .

أو اشتراط المشتري صفة في المبيع ككون الدابة هملاجة أو لبوناً ، لأن
اللبن أمر مقصود يتحقق من الحيوان ويأخذ قسطاً من الثمن نصح
اشتراطه كالهملجة في الدابة . وإنما لم يجز بيع اللبـن منفرداً للجهالة .
والجهالة فيما كان تبعاً لا تمنع الصحة . ولذلك لو اشتراها من غير شرط

(١) كشاف الفتاوى ص ٣٦ — ٣٨ متبـهـي الارادات ص ٢٢ ، ٢٤

صح بيعه معها ، وكذا لو شرط أن يكون الفهد صيوداً ، أو الأرض خراجها كذا في السنة ، أو الطائر مصوتاً ، أو أنه يأتي من مسافة معلومة ، لأن فيه قصداً صحيحاً وهو عادة له ، وخلقة فيه ، فأشبهه المملوكة في الدابة والصيد في الفهد .

فهذه الشروط صحيحة يجب الوفاء بها ، لقول الرسول - ﷺ -: « المؤمنون عند شروطهم » فإن لم يف المشروط عليه بما التزمه فللمشترط الخيار بين الفسخ والرجوع بالثمن ، أو الإمضاء مع أخذ أرش فقد الصفقة فيما إذا كان الشرط صفة في المبيع لها قيمة . فإن تعذر رد المبيع كأن تلف تعين الأرش .

ولا بد أن يكون الشرط مما يمكن الوفاء به كالصور المقدمة ، أما إذا اشترط ما لا يمكن الوفاء به بطل الشرط كأن يشترط المشتري على البائع أن يوقظه الطائر المبيع للصلاة ، أو يشترط أن تحلب الدابة كل يوم قدرأ معيناً ، فهذا الشرط باطل لأنه لا يمكن الوفاء به والبيع صحيح .

ولا بد أيضاً أن يكون الشرط غير محرم شرعاً ، فلو اشترط أن يكون الكبش مناطحاً أو الديك مناقراً بطل الشرط لأنه ممنوع وحرام .

أما إذا شرط صفة فبانت أعلى مما شرط فلا فسخ . كان اشترطها حائلاً فبانت حاملاً فهو زيادة لا يستحق بها المشتري الفسخ ولا يستحق البائع زيادة في الثمن .

ويحتمل أن للمشتري الفسخ ، لأنه قد يريد لها لسفر ، أو حمل شيء لا تتمكن منه مع الحمل .

الثالث من أنواع الشروط الصحيحة : شرط بائع نفعاً مباحاً معلوماً في مبيع ، وهذا الشرط يجب الوفاء به أيضاً ، كأن يشترط البائع على المشتري سكنى الدار شهراً ، أو أن يحمله البعير إلى موضع معلوم ، لحديث جابر - رضى الله عنه - : « أنه باع النبي - صلى الله عليه وسلم - جملًا واشترط ظهره إلى المدينة » .

وكذا شرط مشتر : نفع بائع في مبيع ، كاشتراطه عليه حمل الحطب المبيع ، أو تكسيه ، أو خياطة ثوب ، أو تفصيله . وإنما يصح الشرط إذا كان النفع معلوماً ، فلو شرط المشتري الحمل إلى منزله ، والبائع لا يعرفه لم يصح الشرط ، لاجهول بالنفع . وظاهره صحة البيع ، وعليه : فيثبت له الخيار وكذا لو شرط البائع على المشتري نفع غير مبيع ، أو شرط مشتر نفع بائع في غير مبيع .

مادة (٤٣) :

(١) : للبائع استيفاء النفع بنفسه أو بغيره ، ما لم يكن أكثر منه ضرراً . وإذا أراد المشتري إعطاء البائع ما يقوم مقام المبيع في المنفعة ، أو عوض النفع ، لم يلزمه قبوله .

(ب) : يجوز للبائع أن يقيم مقامه من يعمل العمل المشروط عليه ، وإن أراد البائع بذل عوض النفع ، أو أراد المشتري أخذه ، لم يجبر الممتنع منهما ، وإن تعذر العمل بسبب تلف المبيع ، أو موت البائع رجع المشتري بعوض النفع ، أما إذا تعذر بسبب مرض البائع أقيم مقامه من يعمل العمل ، والأجرة عليه (١) .

إيضاح

(١) : للبائع استيفاء النفع المستثنى بنفسه أو بغيره ، وله إجارة ما استثناه وإعارته ، كالعين المؤجرة ، فإن لمستأجرها إيجارتها وإعارتها لمثله ، لالمن هو أكثر منه ضرراً .

وفي الكشاف : قال في الاختيارات : « وإذا شرط نفع المبيع لغيره مدة معلومة : فتنقض كلام أصحابنا جوازه » ، فإنهم احتجوا بحديث أم سلمة : « أنها أعتقت سفينة ، وشرطت عليه أن يخدم النبي ما عاش » ، واستثناء خدمة عبده كاستثناءها في البيع .

(١) كشاف القناع ص ٣٨ ، ٣٩ منتهى الإبرادات ص ٢٤ ، ٢٥ .

وإن أراد المشتري إعطاء البائع ما يقوم مقام المبيع في المنفعة المستثناة ، أو أراد أن يعوضه عنها لم يلزمه قبوله . وله استيفاء المنفعة من عين المبيع ، لتعلق حقه به . وإن تراضيا على ذلك جاز لأن الحق لهما .

(ب) : إن أقام البائع مقامه من يعمل العمل المشترط عليه فله ذلك ، لأنه بمنزلة الأجير المشترك ، وإن أراد البائع بذل عوض النفع عن ذلك العمل المشترط عليه لم يلزم المشتري قبوله ، وله طلبه منه لأن البائع ألزم نفسه له به . وإن أراد المشتري أخذ العوض عن ذلك العمل ، وأبى البائع لم يلزمه بذله ، لأنها معاوضة ، فلا يجبر عليها من أبأها منهما . وإن تراضيا على ذلك جاز .

وإن تعذر العمل لتلف المبيع المشروط عمل فيه ، كتلف حطب اشترط تكثيره . أو تعذر بسبب موت البائع ، رجع المشتري بعوض النفع المشروط في البيع .
أما إذا تعذر العمل على البائع بسبب مرضه ، أقيم مقامه من يعمل العمل والأجرة عليه .

مادة (٤٤) :

- (١) : نفقة المستثنى نفعه على المنتفع به ، لا على المالك .
- (ب) : إذا تعذر استيفاء النفع المستثنى بسبب إتلاف

المشترى للبيع ، أو تفريطه ، فعليه عوض النفع للبائع .
(ح) : إذا باع المشتري العين المستثنى نفعها ، صح البيع
وتكون في يد المشتري الثاني مستثناة النفع ، ولا خيار له
إذا كان عالمًا بذلك (١) .

إيضاح

(أ) : نفقة المبيع المستثنى نفعه مدة معلومة على البائع ، لأنه مالك
المنفعة . كالعين الموصى بنفعها ، لا كالمؤجرة والمعارة .

(ب) : إذا تلفت العين المستثنى نفعها ، قبل أن يستوفى البائع النفع
للسروط له ، وكان التلف بفعل المشتري ، أو تفريطه ، لزم المشتري أجره
مثل النفع المستثنى ، لتفويت المنفعة المستحقة لغيره — أما إن تلفت العين
بغير فعل المشتري أو تفريطه ، فلا عوض عليه . لأن البائع لم يملكها
من جهته ، فلم يلزمه عوضها .

(ح) : إذا باع المشتري العين المستثنى نفعها ، صح البيع ، وتكون
في يد المشتري مستثناة النفع ، كالدار المؤجرة إذا بيعت ، ولا خيار

(١) كشف القناع ص ٣٨ ، ٣٩ ، منتهى الإيرادات ص ٢٤ ، ٢٥ .

المشترى إن كان عالماً بذلك ، لأنه دخل على بصيرة . كما لو اشترى معيباً وهو يعلم العيب ، وإن لم يعلم فله الخيار .

مادة (٤٥) : لا يصح البيع : إذا جمع فيه بين شرطين ، ولو صحيحين إلا أن يكونا من مقتضاه ، أو من مصلحته (١) .

إيضاح

إذا جمع في بيع بين شرطين ولو صحيحين ، كحمل حطب وتكسيره أو خياطة ثوب وتفصيله ، لم يصح البيع ، لحديث عبد الله بن عمر عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال : « لا يحمل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ، ولا يبيع ما ليس عندك » . (رواه أبو داود والترمذى) وقال حسن صحيح .

أما الشرط الواحد فلا بأس به ، وحديث جابر يدل على إباحة الشرط الواحد ، حين باع جملة ، واشترط ظهره إلى المدينة .

أما إذا كان الشرطان المجموعان من مقتضى العقد ، كاشتراطه حلول الثمن ، وتصرف كل منهما فيما يصير إليه ، فإنه صحيح بلا خلاف . ومثله : ما إذا كان الشرطان من مصلحة العقد ، كاشتراط رهن وضمين معينين

(١) كشف القناع ص ٣٨ ، ٣٩ ، منتهى الإيرادات ص ٢٤ ، ٢٥ .

بالتن ، أو يبيعه بشرط الخيار والتأجيل ، فهذا لا يؤثر وإن كثر .
وهناك وجه : بان الذى يبطل العقد ، الجمع بين شرطين فاسدين ،
كأن يقول : إذا بعته فإنا أحق بها بالتن ، وأن تخدمنى سنة . بخلاف
الشروط الصحيحة ، فإنها لا تبطل العقد ، سواء كانت من مصلحة
العقد أولا .

مادة (٤٦) : الفاسد من الشروط ثلاثة أنواع :

الأول : شرط أحد العاقدين على صاحبه عقداً آخر . وهو
مبطل للعقد من أصله .

الثانى : (١) : شرط أحدهما ما ينافى مقتضى العقد ، أو رهنا
فاسداً ، أو خياراً ، أو أجلاً مجهولين ، أو تأخيراً تسليم مبيع
بلا ارتفاع بائع ، فهذا الشرط باطل ، والبيع صحيح .

(ب) : لمن فات غرضه بفساد الشرط الفسخ ، أو الإمضاء
مع أخذ ما نقص من الثمن ، إن كان بائعاً ، أو ما زاد ، إن كان
مشترياً .

(ح) : يستثنى : شرط بائع على مشتر عقق المبيع ، فإنه صحيح ، ويجبر عليه المشتري .

الثالث : (أ) ، اشتراط أحدهما شرطاً يعلق البيع ، أو الشراء عليه ، والبيع لا ينعقد في هذا النوع .

(ب) : يستثنى من ذلك :

١ - التعليق على مشيئة الله - تعالى - .

٢ - بيع العربون . (١)

إيضاح

النوع الأول من الشروط الفاسدة : أن يشترط احد العاقدين على صاحبه عقداً آخر . كسلف أو بيع أو إجارة أو غير ذلك ، واشتراط مثل هذا الشرط يبطل البيع . لنهى النبي - صلى الله عليه وسلم - عن ذلك ، في قوله : « لا يحل بيع وسلف ، ولا شرطان في بيع » ، لأنه : (نهى عن بيعتين في بيعة) . والنهى يقتضى الفساد . قال أحمد : وكذا كل ما كان في معنى ذلك : كأن يقول : بعنك داري بكذا ، على أن تزوجني ابنتك ، أو على أن أزوجك ابنتي ، قال

(١) كشف الغطاء ص ٤٠٠، ٣٩ ، منهي ص ٢٥٠، ٢٤ .

ابن مسعود : « صفتان في صفقة ربا » ، ولأنه شرط عقد في آخر فلم يصح كالشغار .

النوع الثاني من الشروط الفاسدة :

(١) : اشترط ما ينافي مقتضى العقد ، كان يشترط المشتري على البائع الأضرار عليه ، أو أنه متى نفق المبيع ، وإلا رده ، أو أن يشترط البائع على المشتري ألا يتصرف في البيع بهبة أو عتق ، أو إن أعتقه فالولاء له ، ونحو ذلك .

فهذه الشروط باطلة ، والبيع صحيح ، لحديث عائشة في قصة بريرة وفيه : « خذيها واشترطي لم الولاء فإنما الولاء لمن أعتق » وفيه « ما كان من شرط ليس في كتاب الله - تعالى - فهو باطل ، وإن كان مائة شرط » . (متفق عليه) : فأبطل الشرط ، ولم يبطل العقد .

هذا هو الراجح في المذهب ، وهناك رواية بفساد البيع ، لأن الشرط فاسد ، فأفسد البيع . كما لو اشترط فيه عقداً آخر .

وكذلك يصح البيع ، ويفسد الشرط إذا اشترط البائع على المشتري رهناً فاسداً ، كخمر مثلاً ، أو ضمناً ، أو كفيلاً غير معينين ، أو أجلاً ، أو خياراً مجهولين ، أو شرط مشتر على بائع تأخير تسليم مبيع بلا انتفاع بائع . أما تأخير تسليم المبيع مع انتفاع البائع مدة معلومة فهو شرط صحيح كما تقدم .

(ب) : لمن فات غرضه بفساد الشرط من بائع أو مشتر : الخيار بين الفسخ ، سواء علم بفساد الشرط أولاً ، لأنه لم يسلم له ما دخل

عليه من الشرط ، وبين الإمساك مع أخذ ما نقص من الثمن ، إن كان بائنا . لأنه إنما باع بنقص لما يحصل له من الغرض الذى اشترطه . فإذا لم يحصل غرضه رجع بالنقص ، وإن كان مشتريا رجع بما زاد ، لأنه إنما سمح بزيادة الثمن من أجل شرطه ، فإذا لم يحصل غرضه : ينبغى أن يرجع بما سمح به ، كما لو وجده معيبا .

ويحتمل أن للمشرط الخيار بين الفسخ أو الإمضاء ، دون الرجوع بشئ .

(ج) : ماتقدم فيما إذا كان الشرط غير عتق المبيع ، أما شرط عتق المبيع فصحيح ، ويجبر المشتري عليه إن أباه وذلك لأنه قرينة التزامها المشتري ، فأجبر عليه كالنذر ، فإن أصر متمنا اعتقه حاكم .

الثالث : من الشروط الفاسدة أن يشترط أحد العاقدين شرطا يعلق البيع عليه ، كأن يقول البائع : بعثك دارى إن رضى فلان بكذا . أو يقول المشتري اشتريت دارك ، إن جئتنى أو إن رضى فلان بكذا ، فلا يصح البيع ، لأن مقتضى البيع نقل الملك حال العقد ، والشرط يمنعه فلا ينعقد البيع .

(ب) : يستثنى من ذلك ما إذا علق البيع على مشيئة الله تعالى فإن البيع صحيح ، لأن القصد منه التبرك ، لا التردد ، غالبا . وكذلك بيع العربون وسيأتي .

بيع العربون

مادة (٤٧) :

(أ) : بيع العربون صحيح .

(ب) : العربون يحسب من الثمن ، إن تم العقد ، وإلا فيكون

من حق البائع (١) .

إيضاح

(١) بيع العربون : هو دفع بعض الثمن في بيع عقده ، ويقول
مشتري البائع : أن أخذت المبيع احتسبت بما دفعت من الثمن ، وإلا فهو لك .
أو يقول : إن جئتك بالباقي من الثمن وإلا فهو لك ، وإن لم يعين وقتاً .

وبيع العربون صحيح ، وقد استثنى من قاعدة تعليق البيع للأثر
الوارد . فقد روى عن نافع بن الحارث : أنه اشترى لعمر داو السجن
من صفوان بن أمية ، فإن رضى عمر وإلا فله كذا وكذا . قال الأثرم :
قلت لأحمد : تذهب إليه ؟ قال : « أي شيء أقول هذا عمر » وقد ضعف
أحمد حديث ابن ماجه من أنه صلى الله عليه وسلم « نهى عن بيع العربون » .

(ب) : إذا أعطى المشتري البائع مثلاً درهما ، وقال له إن أخذت
المبيع فالدرهم من الثمن ، وإلا فهو لك ، صح البيع ، فإن تم العقد ، احتسب
الدرهم من الثمن ، وإن لم يتم كان للبائع .

(١) كشف القناع ص ٤١ منتهى الإيرادات ص ٢٧ الشرح الكبير ص ٨٠

أما إذا دفع المشتري للبائع درهما قبل العقد ، وقال له : لا تبع هذه السلعة لغيري ، فإن لم أشتريها فالدرهم لك . فإن اشتراها منه وحسب الدرهم من الثمن ، صح لحلو العقد عن شرط ، وإلا رجع بالدرهم ، لأن رب السلعة لو أخذ الدرهم لأخذه بغير عوض . ولا يجوز جعله عوضاً عن انتظاره ، لأن الانتظار بالبيع لا يجوز المعاوضة عنه ، ولو جازت لوجب أن يكون معلوم القدر . وهذا هو المذهب .

وهناك رأى : بأن بيع العربون لا يصح ، قاله أبو الخطاب ، واحتج بما رواه ابن ماجه ، من أنه صلى الله عليه وسلم (نهى عن بيع العربون) . ولأنه شرط للبائع شيئاً بغير عوض ، فلم يصح ، كما لو شرطه لأجنبي ، ولأنه بمنزلة الخيار المجهول فإن اشترط أن له رد المبيع ، من غير ذكر مدة فلم يصح ، كما لو قال : إلى الخيار متى شئت رددت السلعة ومعها درهم .

تعليق الفسخ

مادة (٤٨) : إذا علق أحد المتعاقدين فسخ البيع على شرط

صح البيع والشرط (١) .

(١) كشف القناع ص ٤٢ ، منتهى الإيرادات ص ٢٧ ، الشرح الكبير

إيضاح

إذا علق أحد المتعاقدين فسخ البيع على شرط : كأن يقول للبائع للمشتري : بعتك داري بكذا ، على أن تنقذني الثمن إلى ثلاثة أيام ، أو إلى مدة معلومة ، أو ترهينه على ثمنه ، وإلا فلا بيع بيننا . صح البيع والشرط بالقبول ، لأن تعليق الفسخ رفع للعقد ، بأمر يحدث في مدة خيار ، أشبه شرط خيار ، فجاز . وهو قول عمر . وينفسخ البيع إن لم ينقده المشتري الثمن في المدة ، أو يرهنه المبيع بثمنه .

أما لو قال : بعتك على أن تنقذني الثمن إلى ثلاث فإن لم تفعل فلي الفسخ أو يقول المشتري اشتريت على أن تسلمني المبيع إلى ثلاثة ، فإن لم تفعل فلي الفسخ ، كان للمشتري الخيار .

مادة (٤٩) : إذا علق أحد المتعاقدين الفسخ على رد البائع الثمن في وقت محدد ، وكان ذلك حيلة للربح في القرض ، بطل العقد والشرط^(١) .

(١) كشف الغناع صفحة ٤٢ ، المنتهى صفحة ٢٧ ، الشرح الكبير
صفحة ٥٩ .

إيضاح

إذا كان تعليق الفسخ على رد البائع الثمن، في وقت محدد حيلة للربح في القرض بطل العقد والشرط . كأن باع شيئاً ، وقبض ثمنه ، وشرط المشتري عليه إن رد إليه الثمن بعد عام مثلاً فلا يبيع بينهما ، وكان ذلك حيلة منهما للربح فيما دفع للبائع ، بطل العقد سداً للذرائع .

أما إذا لم يكن ذلك حيلة ، صح البيع والشرط ، بأن يكون المبيع لا ينتفع به إلا بآء تلافه .

* * *

زيادة المبيع أو نقصانه عما قدر به

مادة (٥٠) : إذا ظهر في مبيع مذروع زيادة عما قدر به

صح البيع ، والزائد للبائع مشاعاً . وكل من البائع والمشتري الفسخ دفعا لضرر الشركة ، إلا إذا بذل البائع الزائد مجانا ، فلا فسخ للمشتري ، وإن اتفقا على إرضائه بعوض جاز (١) .

(١) كشاف القناع صفحة ٤٣ ، منتهى الإرادات صفحة ٢٨ .
المرح الكبير صفحة ٦٠ - ٦١ .

إيضاح

من باع شيئاً يذرع ، كأرض ، وثوب ، على أنه عشرة أذرع ، فبان أكثر عما قدر به ، صح البيع . لأن ذلك نقص على المشتري ، فلم يمنع صحة البيع كالعيب . والزائد للبائع لأنه لم يبعه ، ويكون مشاعاً لأنه لم يبينه .

ولسكل من البائع والمشتري الفسخ دفماً لضرر الشركة ، إلا إذا أعطى البائع الزائد للمشتري بلا عوض ، فلا فسخ للمشتري لأن البائع زاده خيراً . وإن اتفقا على إمضاء البيع في السكل بعوض جاز ، لأن الحق لهما ، لا يعدوها .

وفي رواية أن البيع باطل ، لأنه لا يمكن إجبار البائع على تسليم الزيادة ، وإنما باع عشرة ، ولا إجبار للمشتري على أخذ البعض ، وإنما اشترى السكل ، وعليه ضرر في الشركة أيضاً .

مادة (٥١) :

(١) : إذا ظهر في مبيع مذروع نقص ، صح البيع ، والنقص على البائع ، وللمشتري الفسخ ، وللبائع الخيار ، إذا أخذه المشتري بقسطه من الثمن .

(ب) : يجوز للمتعاقدین أن یتراضیا علی تعویض المشتري
عن نقص المبيع (١) .

إيضاح

(١) : إن بان مبيع مذروع أقل عما قدر به ، صح البيع ، لأن ذلك
نقص حصل علی البائع ، فلم يمنع صحة البيع ، كما تقدم ، ويكون النقص
علی البائع ، لأنه التزمه بالعقد .

وللمشتري الفسخ لنقص المبيع ، وله الإيضاء بقسطه من الثمن ، إن
رضى البائع ، لأن الثمن يتقسط علی كل جزء من أجزاء المبيع ، فإذا
فات جزء استحق ما يقابله من الثمن ، فان لم يرض البائع فللمشتري
الفسخ ، دفعاً لذلك الضرر .

فإن اراد المشتري أخذه بقسطه من الثمن خير البائع إن شاء أمضى ،
وإن شاء فسخ . دفعاً لضرره ، ولا خيار للبائع إن أخذه المشتري بجميع
الثمن لزوال ضرره .

وفي رواية : أن البيع باطل ، لما تقدم في صورة الزيادة .

(١) كشف القناع صفحة ٤٣ ، منتهى الارادات صفحة ٢٨ .
الشرح الكبير صفحة ٦٠ ، ٦١ .

(ب) : إذا تراضى المتعاقدان على تعويض المشتري عن نقص المبيع
جاز لهما ذلك ، لأنه حقهما .

مادة (٥٢) : إذا ظهر نقص أو زيادة في مبيع يكال ، أو يوزن
صح البيع ، والزائد للبائع مشاعاً ، والنقص عليه . ويأخذه
المشتري بقسطه من الثمن ، ولا خيار لأحدهما .^(١)

إيضاح

إذا كان المبيع مما يكال ، أو يوزن ، فبان أقل أو أكثر عما قدر به
كصبرة بيعت على أنها عشرة ، فبان تسعة أو أحد عشر . صح البيع
لصدوره من أهله في محله ، والزائد للبائع مشاعاً لعدم تعيينه ، والنقص
عليه ، ويأخذه المشتري بقسطه من الثمن ، ولا خيار لأحدهما ، لأنه لا ضرر
على المشتري في رد الزائد ، ولا في أخذ الناقص بقسطه . لأن نقصان القدر
ليس بعيب في الباقي .

وفي رواية: أن للمشتري الخيار ، إذا وجد المبيع ناقصاً ، قياساً على
غير المكيل والموزون ، كنقصان الصفقة .

(١) كشاف القناع صفحة ٤٣ ، منتهى الإرادات صفحة ٢٨ .

الشرح الكبير صفحة ٦٠ ، ٦١ .

أنواع الخيار في البيع

مادة (٥٣): الأول خيار المجلس :

يثبت خيار المجلس في البيع ، وما في معناه ، ما دام العاقدان في مجلس العقد ، ولم يتفرقا اختيارا ، بأبدانهما بما يعد تفرقا عرفا ، ما لم يتبايعا على ألا خيار لهما^(١) .

إيضاح

الخيار : طلب خير الأمرين ، من الإمضاء أو الفسخ ، وهو باعتبار سببه ثمانية أقسام : سبق الكلام على نوعين منها: الأول خيار الحلف في الصفقة في المادة ١٨ ، والثاني خيار في البيع بتخيير الثمن ، في المادة ٣١ ، الأول منها - خيار المجلس ، والمراد بالمجلس مكان التبايع ، وهو حق لسكلا العاقدين لبيع ، أو ما في معنى البيع ، كالصلح على مال ، والإجارة على عين ، أو نفع في القمة ، والهبة بعوض معلوم ، وقسمة للتراضى ، وما قبضه شرط لصحته ، كصرف وسلم وربوى بربوى ، لأن ذلك كله في معنى البيع .

(١) كشف القناع ص ٤٤ ، ٤٦ ، الشرح الكبير ص ٦١ ، ٦٤
منتهى الارادات ص ٢٩ .

أما العقود التي ليست في معنى البيع ، كالمساقاة والمزارعة والوكالة والشركة ونحوها من العقود الجائزة ، فالاختيار فيها ، للاستغناء بجوازها والتمكن من فسخها بأصل وضعها وكذلك الحوالة ، لاستقلال أحد المتعاقدين بها . والمسابقة ، لأنها جمالة ، ونحو ذلك ، كالوقف والضمان والرهن .

ويثبت حق الخيار لكل من العاقدين ماداما في المحاس ، وإن طالت مدة مكثهما فيه ، ولو شهراً ولم يتفرقا بأبدانها ، والمعتبر في التفريق العرف . ما لم يكن تفرقهما عن إكراه لهما ، فيبقى خيارهما . وإن أكره أحدهما ، سقط خيار صاحبه ، لتفرقه بأختياره ، وبقي خيار المكره . وكذا يبقى خيارها ، إذا تفرقا اضطرارا كخوف عدو ، أو ظالم أو سيل أو سبع أو نحو ذلك .

فإذا فارق أحدهما صاحبه ، اختياراً لزم البيع ، سواء قصد بالمفارقة لزوم البيع أو حاجة أخرى . وإن كانت الفرقة خشية فسخ البيع حراماً . لحديث : « البائع والمبتاع بالخيار ، حتى يتفرقا ، إلا أن يكون صفقة خيار ، ولا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقبله » رواه النسائي والأثرم والترمذي .

أما إذا اتفقا في العقد على ألا خيار لهما فلا خيار . لما تقدم في الحديث ، من قوله - صلى الله عليه وسلم - « إلا أن يكون صفقة خيار » ، والمراد بصفقة الخيار : أن يكون العقد على اختيار البيع ولزومه .

مادة (٥٤) :

(أ) : إذا أسقط المتعاقدان الخيار في المجلس ، أو مات أحدهما فيه سقط خيارهما .

(ب) : لا يسقط خيار المجلس ، إذا أصيب أحدهما فيه بالجنون .

(ج) : إذا أسقط أحد المتعاقدين خياره ، سقط حقه ، دون حق صاحبه .

إيضاح

(أ) : إذا أسقط المتبايعان الخيار بعد العقد ، وقبل التفرق ، بأن قال كل منهما في المجلس : اخترت إمضاء العقد ، أو التزامه ، فقد سقط الخيار ، لأنه حق لهما : أسقطاه باختيارهما . وكذا الحكم : إذا مات أحدهما في المجلس ، لأن الموت أعظم الفرقتين .

(ب) : إذا جن أحد المتعاقدين ، فهو على خياره ، إذا أفاق . وليس ذلك لوليه ، لأن الرغبة في المبيع أو عدمها لاتعلم إلا من جهته .

(١) كشف القناع ص ٤٦ ، ٤٧ ، منتهى الإيرادات ص ٢٠ .
الشرح الكبير صفحة ٦٥ .

(ح) : إذا أسقط أحد المتعاقدين خياره ، أو قال لصاحبه أخترأت ، سقط خياره ، وبقى خيار صاحبه ، لأنه خيار في البيع ، فلم يبطل حق من لم يسقطه .

مادة (٥٥) : يستثنى من البيع الذى يثبت فيه الخيار ما يأتى :

- ١ - عقد الكتابة .
- ٢ - إذا تولى طرفى العقد واحد .
- ٣ - إذا اشترى من يعتق عليه .
- ٤ - إذا اشترى من اعترف بحريته قبل العقد^(١) .

إيضاح

الأصل ثبوت خيار المجلس فى كل عقد بعوض ، إلا أنه قد استثنى من ذلك بعض العقود ، لاعتبارات خاصة ، بها فلم يثبت فيها الخيار وهى :

- ١ - عقد الكتابة ، لأنه وسيلة للعنق ، والإسلام يتشوف للحرية .
- ٢ - إذا تولى طرفى العقد واحد ، كأن كان وكيلًا عن البائع والمشتري ، أو اصلا عن نفسه ، ووكيلًا عن غيره ، فلا خيار فى هذا العقد لانفراد العاقد به

(١) كشف القناع ص ٤٤ ، ٤٥ منتهى الإيرادات ص ٢٩

٣ — إذا اشترى من يمتق عليه ، كما لو اشترى ذارحم محرم لعنته بمجرد انتقال الملك إليه بالمقد ، أشبه مالومات قبل التفرق . ولأن شراء من يمتق عليه افتداء له ، كشراء الأسير وليس شراء حقيقة .

٤ — أن يشتري من اعترف بجرمته قبل العقد ، وإن رجع في اعترافه . لأنه صار حراً باعترافه السابق .

مادة (٥٦) : الثاني خيار الشرط :

[١] : لكل من العاقدين لبيع أو ما في معناه مما يثبت فيه خيار المجلس شرط الخيار لهما أو لأحدهما في صلب العقد أو بعده ، زمن الخيار مدة معلومة ، وإن طالت ، ولو كان المبيع مما يفسد قبل مضيتها .

[ب] : يصح أن يكون الخيار في بعض المبيع المتعدد إن كان متعيناً^(١) .

(١) كشف القناع صفحة ٤٧ ، منتهى الإيرادات صفحة ٣٠ ، ٣١ ، للشرح الكبير ٦٦ ، ٦٧

إيضاح

(١) القسم الثاني من أقسام الخيار : خيار الشرط :

وهو أن يشترط للعاقدان - أصليان أو وكيلان - أن لهما الخيار مدة معلومة ، ويشترط أحدهما الخيار لنفسه ، على أن يكون ذلك في العقد أو بعده في زمن أحد الخيارين . لأنه بمنزلة حال العقد . لقوله عليه السلام : « المسلمون على شروطهم » ، ولأنه حق مقدر يعتمد الشرط ، فيرجع في تقديره إلى شرطه . فإذا انقضت مدة الخيارين دون أن يشترطاه سقطت حقهما فيه ، للزوم البيع .

ويثبت خيار الشرط في البيع ، ومافى معناه على ما سبق في خيار المجلس ، ولا بد أن تكون المدة معلومة ، فإن كانت مجهولة ، كأن قال لي الخيار أبدا ، أو مدة نزول المطر ، أو بمتك ولى الخيار متى شئت أو لم يعين مدة ، صح البيع ويلغو الشرط للجهالة ، لأنها مدة ملحقة بالعقد ، فلا تجوز مع الجهالة . ولأن اشتراط الخيار أبدا يقتضى المنع من التصرف إلى الأبد ، وذلك يناهى مقتضى العقد ، فلا يصح .

وفي رواية عن أحمد : أنه يجوز أن تكون المدة مجهولة ، وهما على خيارها أبدا ، أو يقطعاه .

ويجوز أن تكون المدة طويلة ، حتى ولو كان المبيع مما يفسد قبل مضيا : كطعام رطب ونحوه . وفي هذه الحالة : يجب أن يبيعه أحدهما بإذن الآخر ، أو يبيعه حاكم إن تشاحا ، ويحفظ عنه إلى انقضاء المدة كرهن ما يسرع إليه الفساد على مؤجل .

(ب) إذا كان المبيع متعددا فيصح شرط الخيار في بعضه دون الآخر . إذا كان ما شرط فيه الخيار ، معيناً كأن باع فرسين وشرط الخيار في احدهما بعينه لأنه كبيع ما فيه شفعة ومالا شفعة فيه . ومتى فسخ في بعض المبيع رجع المشتري بقسطه من الثمن إذا كان قد أقبضه . فإن لم يكن قد أقبضه سقط عنه بقسطه ودفع الباقي .

* * *

مادة (٥٧) :

[أ] : يجوز للمتبايعين شرط الخيار لأجنبي ، ولا يسقط ذلك حقهما فيه .

[ب] : إذا كان العاقدان وكيلين فلا يجوز لهما شرط الخيار لأجنبي ، ولا لهما دون موكليهما . (١)

إيضاح

(١) : إذا كان العاقدان هما البائع والمشتري صح أن يشترط الخيار لأجنبي معهما ، ويكون الخيار لكل من المشتري والأجنبي مدة الخيار

(١) كشف القناع صفحة ٤٩ ، منتهى الإيرادات صفحة ٣٢ ، الشرح الكبير صفحة ٦٩ .

والأجنبي حينئذ يكون كالوكيل ، فلا يصح جعل الخيار له دون الأصل .
 فلو قال أحد المتبايعين بعت أو اشتريت على أن يكون الخيار لزيد دوني
 لم يصح ، لأن الخيار شرع لتحصيل الحظ لسلك واحد من المتعاقدين .
 ولا يصح جعله لمن لاحظ له فيه ، ولو كان المبيع عبداً ، فشرط الخيار
 له صح الشرط . سواء كان المشترط هو البائع أو المشتري أو كل منهما .
 ويكون الخيار للمشرط أصالة ، والمبيع توكيلاً ، كما تقدم في الأجنبي .
 (ب) : إذا كان أحد العاقدين وكيلاً . أو كانا وكيلين فلا يجوز لمن
 يتولى العقد بالوكالة منهما أن يشترط الخيار لأجنبي بل إذا اشترط
 الوكيل الخيار ، فهو لموكله لأن حقوق العقد متعلقة بالموكل . وإن شرط
 الوكيل لنفسه ثبت الخيار للوكيل وموكله . لأن حقوق العقد متعلقة بالموكل ،
 وثبت لوكيله لقيامه مقامه في البيع ، وذلك من متعلقاته . وإن شرط
 الوكيل الخيار لأجنبي فلا يصح الشرط ، لأن الوكيل ليس له أن يوكل
 في مثل ذلك . كذلك لو شرطه الوكيل لنفسه دون موكله ، لم يصح .

* * *

مادة (٥٨) : لا يثبت خيار الشرط في العقود الآتية :

- ١ - ما كان قبضه شرطاً لصحة بيعه .
- ٢ - إجارة بتبديء من حين العقد^(١) .

(١) كشف القناع صفحة ٤٨ ، منتهى الإيرادات صفحة ٢٩ ، الشرح
 الكبير صفحة ٦٧ .

إيضاح

يستثنى من العقود التي يحدث فيها خيار الشرط :

١ - ما كان قبضه شرطاً لصحة بيعه ، كصرف وسلم ، وبيع مكيل بمكيل وموزون بموزون ، لأن موضوع هذه العقود على ألا يبقى بين المتعاقدين علقه بعد التفريق ، بدليل اشتراط القبض . وثبوت خيار الشرط فيها يبقى بينهما علقه .

٢ - عقد الإجارة على عين ، إذا كانت مدة الإجارة تلي العقد ، كأن أجر الدار شهراً من الآن ، فلا يصح شرط الخيار ، لأنه يفضى إلى فوات بعض المنافع العقود عليها ، أو إلى استيفائها في مدة الخيار وكلاهما غير جائز . أما إذا كانت مدة الإجارة لا تلي العقد وكانت مدة الخيار تنتهي قبل ابتداء مدة الإجارة جاز ، الشرط .



مادة (٥٩) : شرط الخيار حيلة للربح في قرض مبطل للبيع^(١) .

إيضاح

إذا كان اشتراط الخيار حيلة للوصول إلى الربح في القرض ، كأن أقرضه مالا ، واشترى منه شيئاً بضمن في ذمته ، وجعل لنفسه الخيار مدة

(١) كشف القناع صفحة ٤٧ ، منتهى الإيرادات صفحة ٣١ ، الشرح

الكبير صفحة ٧٠ .

وهو يريد بذلك أن يحتال على الانتفاع بالمبيع مدة الخيار ، فلا يصح البيع . لأنه ذريعة للربا المحرم ، إذ أن نماء المبيع المنفصل بالمشتري كما سيأتي .

أما إذا لم يكن القصد بشرط الخيار الحيلة ، بل كان الغرض المحافظة على ماله خشية أن يذهب به ، وكان المبيع مما لا ينتفع به دون إتلافه ، أو كان بين البائع مدة الخيار جاز .

مادة (٦٠) :

(١) : يصح أن تكون مدة الخيار متساوية أو متفاوتة بالنسبة للمتعاقدين .

(ب) : بتدبير مدة الخيار من حين اشتراطه ، وتنتهي بأول غايته .

(ج) : لمن له الخيار الفسخ في مدته من غير حضور صاحبه أو رضاه ، فإذا انتهت المدة ولم يفسخ لزم البيع^(١) .

(١) كشاف القناع صفحة ٤٨ ، ٤٩ الشرح الكبير صفحة ٦٧ ، ٦٩ منتهى ص ٣١ .

إيضاح

(أ) : يصح أن تكون مدة الخيار المعلومة متساوية ، بالنسبة لسلك من المتعاقدين ، أو متفاوتة : كأن يشترط أحدهما لنفسه شهراً ، ولصاحبه أسبوعاً ، لأن الخيار حق لهما ، فكيفما تراضيا به جاز .

(ب) : تبندى مدة الخيار ، من العقد إن شرطاه فيه ، أو من حين اشتراطه في زمن الخيار ، وتنتهى بدخول أول غايتها . فإن قال لى الخيار إلى الغد لم يدخل الغد ، لأن لفظ (إلى) لاتهاء الغاية . وما بعدها يخالف ما قبلها ، وأن شرطاه إلى الظهر أو العصر ، سقط بدخول أول وقتها ، أو إلى رمضان سقط بدخول أول يوم فيه .

(ج) : مادامت مدة الخيار باقية ، فلن له حق الخيار الفسخ دون إذن صاحبه ، أو رضاه . لأن الفسخ حل عقد جعل إليه فجاز مع غيبة صاحبه وسخطه كالطلاق .

وفى رواية أبي طالب : إنما يملك البائع الفسخ برد الثمن وجزم به الشيخ كالشفيع . قال فى الإنصاف وهذا هو الصواب الذى لا يعدل عنه خصوصاً فى زماننا هذا ، وقد كثرت الحيل ، أما قبل رده فلا يمكن للبائع من الفسخ :

فاذا مضت المدة ولم يفسخ من له حق الفسخ بطل الخيار ، ولزم البيع ، لأن اللزوم هو مقتضى البيع تخلف هذا اللزوم باشتراط الخيار ، فاذا انقضت مدته لزم العقد بمقتضاه لحلوله عن المعارض .

مادة (٦١) : في زمن الخيار ينتقل ملك كل من المبيع
والثمن بالعقد ، وعلى من انتقل إليه مؤنة ما ملكه وزكاته ،
وله نمائوه المنفصل (١) .

إيضاح

ينتقل ملك المبيع في زمن الخيار إلى المشتري ، سواء كان الخيار
لها أو لأحدهما ، لقوله عليه السلام : « من باع عبداً وله مال فإله لبائعه
إلا أن يشترط المبتاع » (رواه مسلم) ، فجعل المال للمبتاع باشرطه
وهو عام في كل بيع ، فشمّل بيع الخيار . لأن البيع تملك بدليل صحته
بقوله ، ملكتك فيثبت به الملك في بيع الخيار كسائر البيع . يحققه
أن التملك يدل على نقل الملك إلى المشتري ، ويقضيه لفظه ، ودعوى
القصور فيه ممنوعة ، وجواز فسخه لا يوجب قصوره ، ولا يمنع نقل
الملك فيه ، كالمعيب وامتناع التصرف في زمن الخيار لأجل حق الغير ،
لا يمنع ثبوت الملك كالمرهون .

وفي رواية عن أحمد : أن الملك لا ينتقل حتى ينقضى زمن الخيار .
ويترتب على نقل الملك إلزام مشتري بمؤنة المبيع ، وإخراج زكاته

(١) كشف القناع صفحة ٥٠ ، ٥١ ، منتهى الإرادات صفحة ٣٢
الشرح الكبير صفحة ٧٠ ، ٧١ .

إذا كان المبيع نصاباً، ومدة الخيار حولا امضى البيع، او فسخه، بمضى الحول وهو في ملكه، والمشتري ما حصل في المبيع من كسب، أو أجرة، أو نماء منفصل، ولو من عينه، كثمرة وولد ولبن ولو لم يقبضه، ويكون النماء أمانة عند البائع أمضيا البيع أو فسخه. لأن كل ذلك يقترب على ثبوت الملك.

أما النماء المتصل: كالسمن وتعلم الصنعة والحمل الموجود وقت العقد إذا ولد زمن الخيار كل ذلك تابع للمبيع، يرد معه عند الفسخ. لأن تفريق المبيع ضرر على البائع.

والثمن إذا كان معيناً أو موصوفاً، وقبض كالمبيع. في كل ما تقدم في الأحكام، لأنه أحد العوضين فيثبت له ما ثبت للآخر.

مادة (٦٢): يسقط خيار الشرط في الأحوال الآتية:

- ١ - إذا تلف المبيع بعد القبض.
- ٢ - إذا تلف المبيع قبل القبض وكان من ضمان المشتري.
- ٣ - إذا أتلّف المشتري المبيع قبضه أو لم يقبضه.
- ٤ - إذا تصرف أحد العاقدين بإذن الآخر^(١).

(١) كشف القناع صفحة ٥٠ - ٥٣، منتهى الارادات صفحة ٣٤

إيضاح

المراد بسقوط خيار الشرط هنا : سقوطه بالنسبة للمتعاقدين معا ، سواء كانا أصليين أو وكيلين .

١ - إذا تلف المبيع بعد القبض سقط خيار المتعاقدين ، لأن الناظر لا يتأتى عليه الفسخ سواء كان الخيار لهما أو لأحدهما .

٢ - وكذلك يثبت الخيار . إذا تلف المبيع قبل القبض ، وكان مما يضمنه المشتري لما مضى من أن الناظر لا يتأتى عليه الفسخ . أما إذا كان المبيع يضمنه المشتري فسيأتي حكمه مفصلا ، عند التصرف في المبيع .

٣ - إذا أتلف المشتري المبيع سقط الخيار ، سواء كان إتلاف المشتري له قبل القبض أو بعده ، لاستقرار الثمن بذلك الإتلاف في ذمته .

٤ - إذا أذن أحد المتعاقدين للآخر في التصرف سقط ، الخيار ، لأنه دليل الرضى بالبيع ، وكان إذنه إمضاء للبيع ، لأن الحق لهما لا يمدوهما .

* * *

مادة (٦٣) : يسقط خيار أحد المتعاقدين دون الآخر

في الأحوال الآتية :

١ - موت أحد العاقدين مسقط لخياره ، فلا يورث عنه إلا إذا طالب به قبل موته .

٢ - إذا انصرف أحد العاقدين دون إذن الآخر .^(١)

إيضاح

(١) : من مات من العاقدين سقط خياره وحده ، ولم يورث خياره ، لأنه حق فسخ لا يجوز الأعتياض عنه ، فلم يورث كخيار الرجوع في الهبة ، إلا إذا طالب مستحقه قبل موته ، فينتقل الحق فيه إلى ورثته ، كشفعة وحد قذف .

قال أحمد : الموت يبطل ثلاثة أشياء : الشفعة ، والحد ، وإذامات المقدوف ، والخيار إذامات الذي اشترط ، لم تكن للورثة هذه الثلاثة أشياء . إنما هي بالطلب فإذا لم يطلب ، فليس يجب ، إلا أن يشهد أنى على حق من كذا وكذا ، وأنى قد طلبت . فإذا مات بعده كان لو ارثته الطلب به ، ولا يشترط ذلك فى إرث خيار آخر غير خيار الشرط . أما إذا جن أحدهما أو أغمى عليه زمن الخيار ، ففيها روايتان :

(١) كشف الفناع صفحة ٥٣ ، ٥٤ . منتهى الارادات ص ٣٤ .

أحدهما : انه يبقى على خياره ، حتى يفيق ، كما تقدم في خيار المجلس .
والأخرى أن الخيار لوليه ، ويرد عليها : أن الرغبة في المبيع لا تعلم
إلا من قبل العاقد ، ويرد عليها أيضاً : أن المسمى عليه لا ولاية عليه .

٢ — إذ انصرف أحد العاقدين دون إذن الآخر ، سقط خيار
المنصرف ، وإن لم ينفذ تصرفه ، لأن تصرفه دليل رضاه ، سواء كان
الخيار للعاقدين أو لأحدهما وحده ، ولم يسقط خيار صاحبه ، لأنه
لم يوجد فيه ما يدل على الرضا . هذا ما لم يكن التصرف لتجربة
ونحوها ، فإن كان لتجربة المبيع كركوب الدابة ليعلم سيرها ، أو حلب
الشاة ليعرف درها ، فلا يسقط الخيار بذلك ، لأنه المقصود بالبيع .

التصرف في المبيع أو الثمن زمن خيار الشرط

مادة (٦٤) :

(١) إذا كان الخيار للمتعاقدين ، فيحرم ولا ينفذ تصرف
أحدهما ، فيما صار إليه زمن الخيار ، إلا بالعتق .

(ب) يصح تصرف من له الخيار وحده فيما صار إليه دون
تصرف صاحبه .

(ج) لا يصح تصرف أحد المتبايعين زمن الخيار فيما
انتقل ملكه عنه ، ولو بالعتق سواء كان الخيار لهما أو لأحدهما^(١)

إيضاح

(١) إذا كان الخيار للمتعاقدين ، فيحرم ولا ينفذ تصرف البائع
في الثمن الذي صار إليه ، وكذا تصرف المشتري في المبيع زمن الخيار .
لأن المبيع ليس ملكاً للبائع فيتصرف فيه ولم تنقطع علقته عنه فيتصرف
فيه المشتري ، ومثله في ذلك الثمن .

هذا إذا كان التصرف بغير إذن من الآخر ، فان كان بإذنه نفذ .
ويستثنى من ذلك التصرف بالعتق في زمن الخيار . كأن أعتق المشتري
المبيع ، أو كان الثمن عبداً أعتقه البائع نفذ التصرف بالعتق لقوته وسريانه .

(ب) إذا كان الخيار لأحد العاقدين دون الآخر وتصرف من له
الخيار فيما صار إليه من ثمن أو مضمن نفذ تصرفه ، لأن الخيار له .
ولا ينفذ تصرف صاحبه فيما صار إليه ، لأن علقته الثاني لم تنقطع عنه .

(ج) لا يصح تصرف البائع في المبيع زمن الخيار ولو بالعتق ، لأن

(١) كشاف القناع صفحة ٥٢ ، ٥٣ ، منتهى الاوادات صفحة ٣٣ .

الملك انتقل عنه فلا يكون تصرفه استرجاعا كمن وجد ماله عند من أفلس . وكذلك لا يصح تصرف المشتري في الثمن زمن الخيار ولو بالعتق لما تقدم في المبيع ، إلا إذا أذن المشتري للبائع في التصرف في البيع ، وأذن البائع للمشتري في التصرف في الثمن فيصح ، ويكون إذن أحدهما للآخر توكيلا له في التصرف ، لأن الوكالة تنفذ بكل ما أدى معناها .

مادة (٦٥) : ليس للبائع مطالبة المشتري بثمن في ذمته مدة خيار المجلس ، أو الشرط . كما لا يملك كل من البائع والمشتري قبض المبيع أو الثمن المعينين زمن الخيار . إلا بإذن صريح ممن له الخيار .^(١)

إيضاح

إذا كان البيع بيع خيار للعاقدين أو لأحدهما ، فليس للبائع مطالبة المشتري بثمن في الذمة مدة الخيار ، سواء كان خيار مجلس أو خيار شرط . وكذلك لا يملك البائع قبض الثمن ، ولا يملك المشتري قبض المبيع المعين مدة الخيار ، إلا بإذن صريح من الآخر . لأن من له الخيار لم تنقطع علقته عن المبيع .

(١) كشاف القناع صفحة ٧٨ ، ٧٩ ، منتهى الارادات صفحة ٤٩ .

الثالث خيار الغبن

مادة (٦٦) : للمغبون من العاقدين غبنا يخرج عن العادة
الخيار على التراخي بين رد ، أو إمساك بلا أرش ، وذلك
في صور ثلاث :

- ١ - إذا تلقى حاضر قادمًا فباعه أو اشترى منه بغبن .
- ٢ - إذا زائد في السلعة من لا يريد شراءها ليغير
المشترى .
- ٣ - إذا كان المغبون جاهلاً بقيمة المبيع ولا يحسن
الما كسة^(١) .

إيضاح

الثالث : من أقسام الخيار خيار الغبن ، من غبنه إذا خدعه . لأن مبناه
على أن يمدح احد المتعاقدين الآخر ، ولأن غبن منهما الخيار ، بين
الرد أو الإمساك بلا أرش . لأن الشرع لم يجعله له ولم يفوت الغبن
عليه جزء من مبيع يأخذ الأرش في مقابله .

وقد روى عن ابن رجب (في شرح الأربمين النووي) أنه يحط
ماغبن فيه من العمن ويرجع به إن كان دفعه .

(١) كشف القناع صفحة ٥٥ ، ٥٦ ، الشرح الكبير من ٧٨ ، ٧٩
منتهى الارادات صفحة ٢٤ ، ٣٥ .

ويثبت خيار الغبن على التراضي ، لثبوته لدفع ضرر متحقق فلم يسقط بالتأخير بلارضا كالتصاص . وذلك إذا كان الغبن يخرج عن العادة ، لأنه لم يرد للشرع بتحديد فرجع فيه إلى العرف ، فان لم يخرج عن العادة فلا خيار ، لأنه يتسامح فيه . ويثبت خيار الغبن للمعاقدن أصيلين أو وكيلين قبل إعلام موكلهما في ثلاث صور .

الصورة الأولى :

لقادم من سفر تلقاه حاضر فباعه ، أو اشترى منه شيئاً قبل العلم بالسعر وغبنه ولو بلا قصد . لأنه شرع لإزالة ضررهم بالغبن ، ولا أثر للقصد فيه ، لقول الرسول صلى الله عليه وسلم « لا تلقوا الجلب فن تلقاه فاشترى منه فإذا أتى السوق فهو بالخيار » وصح البيع مع النهى لأن النهى لا يعود لمعنى في البيع .

بل يعود إلى ضرب من الخديعة يمكن استدراكها بالخيار . أشبه المصراة وهو المذهب . لأن الخيار لا يكون إلا في عقد صحيح .

وروى عن أحمد (أن البيع باطل لظاهر النهى)

الصورة الثانية :

أن يزايد في السلعة من لا يريد شراءها ليغر المشتري ولو كانت المزايدة بلا اتفاق مع البائع لما سبق في الصورة الأولى فظاهر هذا أنه لا بد أن يكون المزايد عالماً بالقيمة والمشتري جاهلاً بها فلو كان عالماً واغتر بذلك فلا خيار له لعجلته وعدم تأمله . وهذا النوع يسمى النجش

وهو حرام لما روى عن ابن عمر أن - النبي صلى الله عليه وسلم نهى
عن النجش. ومنه أن يقول البائع: أعطيت في السلعة كذا أو اشتريتها بكذا
وهو كاذب. لتغريه بالمشتري، فإن اشترى مع النجش فالشراء صحيح، لأن
النهي عاد إلى النجش لا إلى العاقد فلم يؤثر في البيع.

وروى عن أحمد أن البيع باطل لأن النهى يقتضى الفساد.

الصورة الثالثة .

إذا اشترى المسترسل وهو الجاهل بقيمة السلعة . ولا يحسن
المماكسة فله الخيار إذا غبن لجهله بالبيع وتقبل دعوى جهله بالقيمة
ييمينه . لأنه الأصل إن لم تكذبه قرينة .

وقال ابن نصر الله . الأظهر احتياجه إلى بينة لأنه ليس مما تعذر
إقامة البينة به .

أما من له خبرة بسمو المبيع ويدخل على بصيرة بالغبن . ومن
غبن لاستعجاله في البيع ولو توقف ولم يتعجل لم يغبن فلا خيار لهما
لعدم التغرير .

ومن قال عند العقد لاخلابة - أى لاختيامة - فله الخيار إذا
غبن نصاً. لما روى أن رجلاً ذكر للنبي - صلى الله عليه وسلم - أنه يخذع
في البيوع فقال له : « إذا تبايعت فقل : لاخلابة » . متفق عليه .
وتلحق الإجارة بالبيع في خيار الغبن لأنها بيع منفعة . وسيأتي
تفصيل لذلك في باب الإجارة .

مادة (٦٧) :

- (أ) إذا تعيب المبيع عند المشتري المغبون لم يسقط الخيار.
فإن رده رد معه أرش العيب الحادث عنده .
- (ب) إذا تلف المبيع عند المشتري المغبون لم يسقط الخيار
وعليه قيمته أو مثله للبائع .^(١)

إيضاح

- (أ) لا يمنع الفسخ لعين حدوث عيب بالمبيع عند المشتري . وعليه
أرش العيب إذا رده كالمعيب قديماً إذا تعيب عنده ورده .
- (ب) وكذلك لا يمنع الفسخ أيضاً تلف المبيع عند المشتري وعليه
قيمته لبائعه أن كان متقوماً أو مثله إن كان مثالياً . لأنه فوته عليه .

الرابع خيار التذليس

مادة (٦٨) :

- (أ) إذا غيرت صفة المبيع بما يزيد ثمنه ولو من غير قصد

(١) منتهى الارادات صفحة ٣٥ .

دون علم المشتري ثبت الخيار له بين رد أو إمساك بلا أرش .
 (ب) خيار التدليس على التراخي إلا إذا كان بتصرية
 فيثبت في ثلاثة أيام من حين علمه بها . فإذا ردت المصراة
 رد معها صاع من تمر أو قيمته أو اللبن إن كان بحاله .^(١)

إيضاح

القسم الرابع من أقسام الخيار خيار للتدليس من الدلس بالتحريك
 وهو الظلمة . كأن البائع بذعه يجعل المشتري في ظلمة بما يزيد في الثمن .
 وهو حرام والعقد صحيح لحديث أبي هريرة مرفوعاً : « لا تصروا
 الإبل والغنم فن ابتاعها فهو بخير النظرين بعد أن يحملها ، إن شاء أمسك
 وإن شاء ردها وصاعاً من تمر » متفق عليه .

وغير التصرية من التدليس يباحق بها كتحسين وجه الصبرة
 وتصنع النساج وجه الثوب .

فإذا فعل بالمبيع شيء من ذلك ولو من غير قصد التدليس كان
 للمشتري الخيار على التراخي إن لم يكن عالماً به وقت العقد . فإذا كان
 عالماً فلا خيار له . لأنه دخل على بصيرة ، وإنما لم يؤثر عدم القصد
 في إثبات الخيار لأن عدم القصد لا أثر له في إزالة ضرر المشتري .

فإذا كان التدليس بما لا يزيد في الثمن فلا خيار لأنه لا ضرر في ذلك

(١) كشف القناع صفحة ٥٦ ، ٥٧ منتهى الإيرادات صفحة ٣٦ .

الشرح الكبير صفحة ٨١ .

فإذا اختار المشتري الإمساك فلا أرش له لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يجعل له في المصراة أرشا . بل خيره بين الإمساك والرد مع صاع من تمر . ولأن المدلس ليس بمعيب فلم يستحق له أرش .

فإن تعذر الرد لتلف المبيع فعليه الثمن ولا أرش له . أما تعيب المبيع عند المشتري قبل العلم بالتدليس فله رده ورد أرش العيب الذي حدث عنده وأخذ الثمن . وإن شاء أمسك ولا شيء له .
فإن تصرف في المبيع بعد علمه بالتدليس بطل الرد .

(ب) خيار التدليس على التراخي إلا إذا كان بتصرية المبيع . وهي جمع اللبن في الضرع . فإذا كان التدليس بها ثبت الخيار للمشتري مدة ثلاثة أيام منذ علم بالتصرية . وخير بين إمساكها بلا أرش وبين ردها مع صاع تمر إذا حلبها . لقوله عليه الصلاة والسلام : « من اشترى مصراة فهو فيها بالخيار ثلاثة أيام إن شاء أمسكها وإن شاء ردها ورد معها صاعا من تمر » رواه مسلم .

فإذا مضت الثلاثة أيام ولم يردّها بطل الخيار لانتهاه غايته ولزوم البيع . وكذا لو صار لبنها عادة . لأن الخيار مثبت لدفع الضرر وقد زال وهذا الصاع الذي يرد معها هو عوض اللبن الموجود حال العقد . ولو زادت قيمته على اللبن لعموم الحديث . ولا يلزم أن يكون الصاع تمرا بل يكفي أن يكون من غالب قوت البلد . واختاره الشيخ تقي الدين . فإن لم يجد فعليه قيمته موضع العقد . وإن كان اللبن باقياً بعد الحلب

بمحاله لم يتغير بمحوضه ولا بغيرها رده المشتري ولزم البائع قبوله . لأن اللبب هو الأصل والتمر بدل عنه . فإذا رد الأصل اجزأ كسائر الأصول مع مبدلاتها . أما إذا تغير اللبب فلا يلزم البائع بقبوله . فإن رضى بالتصريف فأمسكها ثم وجد بها عيباً آخر وردها به لزمه رد اللبب إن تقي أو عوضه كما تقدم .

مادة (٦٩) : الخامس خيار العيب

(أ) من اشترى معيباً لا يعلم عيبه فله الخيار على التراخي بين الرد والإمساك مع أخذ أرش نقص العيب .
(ب) إذا اختار المشتري الرد أخذ الثمن كاملاً ، ولو كان البائع قد وهبه له أو أبرأه منه وله نماؤه المنفصل وعليه مؤنة رده .

(ج) يجوز المتبايعين التراضى على إمساك المبيع العيب بموض .^(١)

(١) كشف القناع صفحة ٥٩ ، منهى الارادات صفحة ٣٨ .

إيضاح

الخامس : من أقسام الخيار خيار العيب ، والعيب : نقیصة یتقضى العرف سلامة المبیع عنها غالباً ، فن اشترى معیباً لم یعلم عیبه حال العقد ثم علمه فله الخيار بین رد المبیع استدرأکاً لمسا فاته ، وإزالة لما یلحقه من ضرر فی بقائه فی ملکة ناقصاً عن حقه . وعلیه مؤنة رده إلى البائع لحديث : « علی الید ما أخذت حتى تؤدیة » ویاخذ ثمنه كاملاً . لأن المشتري بالفسخ استحق استرجاع جمیع الثمن حتى لو كان البائع قد وهب المشتري ثمن المبیع ، أو أبرأه منه كله أو بعضه فللمشتري الرجوع بكل الثمن ، كزوج طلق قبل دخول بعد أن أبرأه زوجته من الصداق ، أو وهبته له فإنه یرجع بثمنه .

كما أن للمشتري إمساك المبیع مع أخذ أرش العيب ، ولو لم یتعذر الرد . رضی البائع بدفع الأرش أو سخط ، لأن المتبايعین تراضیا علی أن المعوض فی مقابلة المعوض ، فشكل جزء من المعوض یقابله جزء من المعوض ومع العيب فات جزء منه فیرجع ید له وهو الأرش ، سواء كان البائع عالماً بالعيب قبل العقد وكتمه علی المشتري أو لا .

وخيار العيب علی التراجیح ، لأنه لدفع ضرر ، فلا یبطل بالتأخیر كخيار القصاص .

وفی رواية أنه علی الفور ، ففی علم بالعيب وأخر الرد مع إمكانه بطل خياره ، لأنه یدل علی الرضى كالتصرف .

ولا يفنقر الرد بالعيب إلى حضور بائع ولا رضاه ، وللمشتري كسب المبيع قبل الرد وله نماؤه المنفصل ، كالثمرة واللبن ، والولد إذا كان ابتداء الحمل به في ملك المشتري لحديث : « الخراج بالضمان » والمبيع مضمون على المشتري فمأؤه له . أما النماء المتصل كالسمن والحمل إذا كان موجوداً وقت العقد أو بعده . وردت قبل ولادته فيرد مع المبيع . وإن رضى المشتري إسقاط حقه في رد المبيع مقابل عوض يبذله له البائع أو غيره قليلاً كان العوض أو كثيراً جاز ذلك . وليس هذا أرشاً .

مادة (٧٠) : يسرى حكم المادة السابقة ٦٩ في حالة ما إذا حدث العيب بالمبيع بعد العقد وقبل القبض وكان من ضمان البائع .^(١)

إيضاح

إذا حدث عيب بالمبيع بعد العقد . وقبل القبض فيما هو من ضمان البائع ، بأن كان المبيع مكيفاً أو موزوناً أو مذكوراً أو معدوداً ثبت للمشتري الخيار ، كما لو كان العيب قديماً .

(١) كشف القناع ص ١٥٩ ، منتهى الإرادات ص ٢٨

مادة (٧١) :

(أ) إذا كان البائع يجهل عيب المبيع ثم حدث به عيب آخر عند المشتري خير بين إمساكه وأخذ أرش العيب القديم ، وبين رده ومعه أرش العيب الحادث عنده .

(ب) إذا كان البائع عالماً بالعيب وكتمه ، ثم تعيب المبيع عند المشتري فله رده دون أرش العيب الحادث ، واسترجاع جميع الثمن وكذا لو تلف .^(١)

إيضاح

(١) إذا كان المبيع معيباً وكان البائع يجهل العيب ثم حدث به عيب آخر عند المشتري خير بين إمساك المبيع وأخذ أرش العيب الأول ، كما لو لم يتعيب عنده ، وبين الرد مع دفع أرش العيب الحادث عنده ويأخذ الثمن كاملاً ، لما روى الحلال بإسناده عن ابن سيرين أن عثمان قال : في رجل اشترى ثوباً ولبسه ثم اطلع على عيب «فردده وما نقص» فأجاز الرد مع التقصان وعليه اعتمد الإمام .

والأرش هنا ما بين قيمته بالعيب الأول وقيمه بالعيبين .

(١) كشف القناع صفحة ٦٢ ، ٦٣ ، منتهى الارادات صفحة ٤٠ .

(ب) إذا كان البائع عالماً بالعيب وكتمه على المشتري ، فلمشتري حينئذ رد المبيع بلا أورش للعيب الحادث عنده ، ويأخذ الثمن كاملاً من البائع ، لأن البائع قد ورط المشتري وغره .

كما أن للمشتري أخذ جميع الثمن إذا تلف المبيع المعيب عنده ، وكان البائع عالماً بالعيب وكتمه . سواء كان للتعيب أو التلف بفعل الله كالمرض ، أو بفعل المشتري ما هو مأذون فيه شرعاً ، أو بفعل أجنبي وسواء كان التلف مذهباً لكل المبيع أو بعضه .

فإن زال العيب الحادث بعد رده إلى البائع لم يرجع المشتري عليه بما دفعه ، لأنه استقر عليه بالفسخ . بخلاف ما إذا أخذ المشتري أورش العيب من البائع ثم زال سريعاً ، فإنه يرد الأرش لزوال نقص المبيع الذي وجب لأجله الأرش .

وفي رواية أن المبيع إذا تلف عند المشتري فعليه عوضه ، ولو كان البائع قد أخفى العيب عليه لقوله عليه السلام : « الخراج بالضمان » . فقد جعل الشارع الضمان عليه لوجوب الخراج له فلو كان ضمانه على البائع لكان الخراج له لوجود علمه ، ولأن وجوب الضمان على البائع لا يثبت إلا بنص أو إجماع ، ولا نعلم لهذا أصلاً .

مادة (٧٢) :

(أ) إذا أفضى أخذ أرش العيب إلى ربا فليس للمشتري إلا الإمساك مجاناً أو الرد .

(ب) إذا حدث بالمبيع المعيب الربوي عيب عند المشتري فسخ القاضى البيع ، ورد البائع الثمن ودفع المشتري قيمة المبيع بعيه القديم .

(ج) إذا تلف المبيع الربوي المعيب عند المشتري قبل علمه بالعيب ، أو بعده وعدم رضاه به فله فسخ العقد ، ورد بدل المعيب التالف مع استرجاع الثمن .^(١)

إيضاح

(أ) إذا أدى أخذ الأرش بالعيب إلى ربا ، كأن اشترى حلي فضة بزنة دراهم أو قفيزا مما يجري فيه الربا بثله ثم وجده معيباً فله الرد أو الإمساك مجاناً ، لأن أخذ الأرش يؤدي إلى ربا الفضل .

(ب) إذا حدث بالمبيع المعيب الربوي عيب عند المشتري فسخ الحاكم البيع إن لم يرض مشتريه بما سلكه معيباً لتعذر الفسخ من كل من البائع والمشتري ،

(١) كشف القناع صفحة ٦٠ ، منتهى الإرادات صفحة ٣٩ .

لأن الفسخ من أحدها إنما هو استدراك ظلالة. لسكون الحق له وكل منهما هنا الحق له وعليه ، لأن البائع باع معيباً والمشتري حدث عنده العيب ، فكل إذا فسخ يفر مما عليه فلم يبق طريق إلى التوصل للحق إلا بفسخ الحاكم فيرد البائع الثمن ويطلب البائع مشترياً بقيمة المبيع معيباً بعيبه الأول ، لأن العيب لا يهمل بلا رضاء ، ولا أخذ أرش ولم يرض مشترياً بما ساءه مجاناً ، ولا يمكنه أخذ أرش العيب الأول ، ولا رده مع أخذ أرش ما حدث عنده ، لإفضاء كل منهما إلى الربا ، فإن اختار المشتري إمساكاً مجاناً فلا فسخ .

(ج) إذا تبين المشتري عيباً في المبيع المعيب الربوي بعد تلفه عنده فسخ العقد لأنه وسيلة إلى استدراك ظلالته ، ورد البائع الثمن ، وتبقى قيمة المبيع إن كان متقوماً ، أو مثله إن كان مثلياً في ذمة المشتري لاستقرار الضمان عليه ، وليس له أخذ الأرش لثلا يفضى إلى الربا . كما تقدم .

مادة (٧٣) : لا يسقط خيار العيب في الأحوال الآتية :

١ - إذا اشترط البائع براءته من كل عيب يظهر بالمبيع ، أو قال إن ظهر المبيع معيباً بكذا فأنا بريء -

٢ - إذا أبرأ المشتري البائع قبل العقد من كل عيب ،
أو من عيب معين . (١)

إيضاح

١ - إذا اشترط البائع على المشتري البراءة من كل عيب يظهر بالمبيع أو من عيب كذا إن كان في المبيع لم يبرأ بائع بذلك . ولم يسقط خيار المشتري لما روى أحمد : أن ابن عمر (باع زيد بن ثابت عبداً بشرط البراءة بثمانمائة درهم فأصاب زيد به عيباً وأراد رده على ابن عمر فلم يقبله فترافعا إلى عثمان فقال عثمان لابن عمر : تخلف انك لم تعلم بهذا قال لا : فرده عليه فباعه ابن عمر بألف درهم) وهذه قضية اشتهرت ولم تنكر فكانت كالإجماع . ولأن خيار العيب يثبت بعد البيع فلا يسقط بإسقاطه قبله كالشفعة ، أما إن سمى البائع العيب للمشتري سقط خياره لدخوله على بصيرة ويرى البائع .

٢ - لا يسقط الخيار إذا أبرأ المشتري البائع قبل العقد من كل عيب يظهر في المبيع أو من عيب معين إذا ظهر لما تقدم من أن الخيار إنما يثبت بعد البيع . أما إذا أبرأ المشتري البائع من كل عيب ، أو من عيب معين بعد العقد برىء البائع وسقط خيار المشتري لإسقاطه بعد ثبوته له كالشفعة .

(١) كشاف القناع ص ٤٣ ، منتهى الارادات ص ٢٨ .

مادة (٧٤) :

- (١) إذا تصرف المشتري في المبيع المغيب ، أو بعضه بما ينقل ملكه ، أو يشغله بملكه ، أو يذهب عينه قبل علمه بالغيب تعين الأرش ، ويقبل قول المشتري في قيمته .
- (ب) إذا تصرف المشتري في المبيع المغيب قبل علمه بالغيب ثم رد عليه فله رده أو إمساكه مع الأرش .
- (ح) إذا باع المشتري المبيع المغيب قبل علمه بالغيب إلى من اشتراه منه رده الثاني على المشتري الأول وكان لهذارده على البائع عند اختلاف الثمن .
- (د) إذا تصرف المشتري في المبيع المغيب كله أو بعضه . بعد علمه بعيبه مما يدل على رضاه به سقط خياره .^(١)

إيضاح

(١) إذا تصرف المشتري في المبيع المغيب قبل أن يعلم عيبه بما ينقل ملكه ، كبيع أو هبة أو وئف أو بما يذهب عينه كأكله أو تلفه تعين

(١) كشف القناع ص ٦٣ ، ٦٤ ، منتهى الإرادات ص ٤١ ، ٤٢

الأرش وسقط الرد لنعذره ، ويقبل قول المشتري في قيمته حينئذ ، ويكون الأرش ملكاً له لأنه في مقابلة الجزء الفائت من المبيع وكذا إذا باع بعضه فليس له إلا الأرش لتضرر البائع برد الباقي إليه . وكذا إذا تصرف بما يشغل المبيع بملكه كأن نسج الصوف أو صبغه فليس له الرد لما فيه من سوء المشاركة ، ويقبل قول المشتري أن تصرفه في المبيع حدث قبل علمه بالعيب وفي القدر المعيب .

(ب) إذا تصرف المشتري في المبيع المعيب قبل علمه بالعيب بما ينقل الملك ثم رد عليه فله رده على بائعه أو أخذ أرشه ولا يكون التصرف مانعاً من ذلك لعوده للملك بالرد عليه .

(ح) إذا باع المشتري المبيع المعيب قبل علمه بالعيب إلى من اشتراه منه وهو بائعه الأول ، كان للمشتري الثاني رده على المشتري الأول ، وكان لهذا رده على البائع الأول لوجود مقتضى الرد وهو العيب . وقائده تظهر عند اختلاف الثمنين إذا اختار الرد أو الأرش لما تقدم من أن الأرش قسط ما بين قيمته صحيحاً ومعيباً من ثمنه ويفهم منه أنه لا رد عند اتفاق الثمنين .

(د) إذا تصرف المشتري في المبيع المعيب كله أو بعضه بعد علمه بالعيب بما يدل على الرضى ، كسوم وإيجار واستعمال لغير تجربة ولم يختار الإمساك مع الأرش قبل تصرفه سقط خياره ، لأنه رضى بالمبيع ناقصاً فسقط حقه من الأرش :

وفي رواية أن له الأرش كما لو اختار إمساكه قبل تصرفه . قال
في الرعاية الكبرى والفروع وهو أظهر ، لأنه وإن دل على الرضا
فمع الأرش كما سماه .

مادة (٧٥) :

(أ) من اشترى ما مأكوله في جوفه وكسره فوجده
فاسداً ولا قيمة لمكسوره رجع بكل الثمن إن كان الفساد
في الكل أو بقسط الفاسد إن كان الفساد في البعض .

(ب) وإذا كان لمكسوره قيمة خير بين الإمساك مع
الأرش ، أو الرد مع ما نقص بكسره . فإن تلف المبيع تعين
الأرش للمشتري .^(١)

إيضاح

(أ) إذا بيع ما مأكوله في جوفه ، كبيض دجاج وبطيخ لا قيمة
لمكسوره فكسره المشتري فوجده فاسداً رجع بالثمن كله لأننا تبينا

(١) كشف القناع ص ٦٤ ، ٦٥ ، منتهى الارادات ص ٤٠ ، ٤١ .

فساد العقد من أصله لكونه وقع على ما لا تنفع فيه ، كبيع الحشرات
وليس على المشتري رد المبيع الفاسد إلى البائع لأنه لا فائدة فيه .
فاذا كان الفساد في بعضه رجع بقسطه من الثمن فان كان الفساد
النصف رجع بنصفه الثمن وهكذا .

(ب) إذا بيع ما مأكوله في جوفه وكان لمكسوره قيمة ، كبيض
نعام وجوز هند ، وكسره المشتري فوجده فاسدا ، خير بين الإمساك
مع أخذ الأرش والرد مع ما تقص بكسره عنده ولو كان الكسر بقدر
الاستعلام ، لأنه عيب حدث عنده ، فإن كسره المشتري بطريقة لا تبقى
على قيمته تعين الأرش وسقط الرد ، لتعذره بإتلاف المبيع .

مادة (٧٦) :

(أ) إذا اشترى اثنان شيئاً فوجده معيباً ورضى أحدهما
بالعيب فلآخر الفسخ في نصيبه .
(ب) إذا ورث اثنان خيار عيب وأسقط أحدهما حقه
سقط حق الآخر .

(ج) إذا اشترى واحد شيئاً من شخصين فوجده معيباً
فله رده عليهما، أو رد نصيب أحدهما وإمساك نصيب الآخر (١)

(٢) كشف القناع ص ٦٥، ٦٦، منتهى الإرادات ص ٤١ . الشرح ٩٦ ج ٤

إيضاح

(أ) إذا اشترى اثنان شيئاً فوجداه معيباً ورضى أحدهما بالعيب فللآخر رد نصيبه لأن نصيبه جميع ماملكه بالعقد فجاز له رده بالعيب كخيار الشرط ، ولأنه إذا قال بائع يخاطب اثنين : بعتكما هذا بكذا وقال أحدهما : قبلت ، جاز ذلك وصح العقد في نصف المبيع بنصف الثمن ، على ما مر من أن عقد الواحد مع اثنين بمنزلة عقدين فكأنه خاطب كل واحد منهما على حدة .

(ب) أما إذا يبع شيء لواحد فوجده معيباً . ثم مات المشتري وورثه اثنان أو أكثر وأسقط أحد الورثة حقه في الرد سقط حق الجميع ، لأن المبيع خرج عن ملك البائع دفعة واحدة ، فإذا رد واحد من الورثة نصيبه رده مشتركا مخصصاً فلم يكن له ذلك بخلاف الصورة التي قبلها فإن العقد تعدد بتعدد العاقد .

(ج) إذا اشترى واحد شيئاً من شخصين فوجده معيباً فله رده عليهما ، أو رد نصيب أحدهما إليه وإمساك نصيب الآخر ، لأن عقد الواحد مع اثنين عقدان ، فكأن كل واحد منهما باع نصيبه منرداً . فإذا كان أحدهما غائباً والآخر حاضراً رد المشتري على الحاضر منهما حصته بقسطها من الثمن ويبقى نصيب الغائب في يده حتى يقدم فيرده عليه . ويصح الفسخ في غيبته .

وكذا الحكم فيما إذا كان أحد البائعين باع العين بوكالة الآخر سواء كان الحاضر الوكيل أو الموكل، لأن حقوق العقد متعلقة بالموكل دون الوكيل.

مادة (٧٧) :

(أ) من اشترى معيين أو معيباً في وعاءين صفقة واحدة

فليس له إلا ردهما معاً، أو إمساكهما معاً مع الأرش.

(ب) إذا تلف أحد المعيين فله رد الباقي بقسطه من الثمن

والقول قول المشتري في قيمة التالف.

(ج) إذا وجد أحد المبيعين معيباً فله رده بقسطه وليس

له رد السليم ما لم يكن التفريق منقصاً للقيمة وحينئذ فليس له

إلا ردهما معاً أو إمساكهما معاً. (١)

إيضاح

(أ) من اشترى مبيعين من واحد صفقة، أو اشترى معيباً

في وعاءين لم يملك رد أحد المبيعين، أو ما في أحد الوعاءين لأنه

تفريق للصفقة مع إمكان عدمه. أشبه رد بعض المعيب. فإذا اختار

إمساكهما فله الأرش.

(١) كشف القناع ص ٦٦، منتهى الإيرادات ص ٤١ الشرح ص ٩٧.

(ب) إذا تلف أحد المعبين فله رد الباقي بقسطه من الثمن لتعذر رد التالف ، ولأنه لا ضرر فيه على البائع كرد الجميع . ويقبل قول المشتري في قيمة التالف يمينه لاحتمال صدق البائع . ويوزع الثمن عليهما لأنه منكر لما يدعيه البائع من زيادة قيمته .

(ح) إذا وجد أحد البيعين أو ما في أحد الوعاين معيباً دون الآخر فللمشتري رد المعيب بقسطه من الثمن ، لأنه رد للبائع المعيب بدون ضرر على البائع كما سبق . وليس للمشتري رد السليم لعدم عيبه إلا إذا كان التفريق ينقص قيمة السليم . كصراعي باب وزوجي خف فليس له إلا ردها معاً أو إمساكهما معاً لتلافي الضرر .

مادة (٧٨) : إذا اختلف المتعاقدان فيمن حدث العيب عنده فإن كان لا يحتمل إلا قول أحدهما فالقول قوله بلا يمين . وإن احتمل قول كل منهما ، فالقول قول المشتري . (١)

إيضاح

إذا اختلف المتعاقدان عند من حدث العيب وكان لا يحتمل إلا قول أحدهما كالأصبع الزائدة والشجرة المندملة التي لا يمكن حدوث مثلها عند المشتري فالقول قول مشتر بلا يمين لعدم الحاجة إليه . وكالجرح

(١) كشف القناع ص ٦٧، ٦٦ منتهى الارادات ص ٤٢، ٤٣ الشرح ص ٩٨ .

الطرى الذى لا يمتثل كونه قديماً فالقول قول البائع بلا يمين أيضاً لأنه لا يمتثل إلا قوله .

أما إذا كان العيب مما يمتثل حدوثه عند كل منهما ، كخرق الثوب ونحوها ، فالقول قول مشتر يمينه حيث لا بينة لواحد منهما لأن الأصل عدم القبض فى الجزء الفائت فكان القول قول من ينفيه يمينه لاحتمال صدق البائع ، فيحلف المشتري بالله أنه اشتراه وبه هذا العيب ، أو أن العيب ما حدث عنده . وللمشتري رد المبيع الذى اختلف فى حدوث العيب به .

هذا إذا لم يخرج المبيع عن المشتري إلى يد غيره بحيث لا يشاهده فإن خرج عن يده بحيث لا يشاهده فليس له رد ولا حلف ، لأنه إذا غاب عنه احتمال حدوثه عند من انتقل إليه ، فلم يجوز له الحلف على البت فلم يجوز له الرد .

وفى رواية : القول قول البائع مع يمينه ، لأن الأصل سلامة المبيع وصحة العقد : ولأن المشتري يدعى عليه استحقاق فسخ البيع والبائع ينكره والقول قول المنكر يمينه .

* * *

مادة (٧٩) :

(١) إذا رد المشتري السلعة لعيب فأنكر البائع أنها

سلعته ، فالقول قول البائع مع يمينه .

(ب) إذا رد البائع الثمن وكان عيناً فأنكره المشتري
فالقول قول المشتري مع يمينه .

(ج) من قبض شيئاً كان في ذمة غيره من ثمن أو مئمن
فوجده معيباً فرده وأنكر المقبوض منه ، فالقول قول
القابض يمينه .^(١)

إيضاح

(١) إذا رد المشتري المبيع لعيب فأنكر البائع أنه المبيع ، فالقول
قول البائع يمينه لأنه ينكر كون هذا سلعته ، وينكر استحقاق
الفسخ ، والقول قول المنكر يمينه .

(ب) إذا رد البائع الثمن وكان عيناً ، فأنكر المشتري أنه العين
المردودة فالقول قول المشتري ، لما تقدم في الصورة السابقة .

(ح) يقبل قول القابض يمينه من بائع وغيره لما في الذمة من
ثمن مبيع وقرض وسلم وأجرة وقيمة متلف إذا أراد رده بعيب
وأنكره المقبوض منه ، لأن الأصل بقاء شغل الذمة . هذا إذا لم يخرج
المقبوض من يد القابض فإن خرج من يده وغاب عنه فلا يملك رده
كما تقدم .

* * *

(١) كشاف القناع ص ٦٧ ، منتهى الإرادات ص ٤٢ ، ٤٣ .

مادة (٨٠) :

(أ) إذا كان البائع وكيلًا فللمشتري رد المبيع المغيب على الوكيل دون الموكل .

(ب) إذا كان العيب مما يمكن حدوثه بعد العقد فأقربه الوكيل وأنكره الموكل التزم الوكيل بإقراره ولم يملك رد المبيع على الأصيل .

(ج) إذا أنكر الوكيل العيب ونكل عن اليمين الموجهة إليه من المشتري ورد عليه بنكوله لم يملك رد المبيع على الأصيل . (١)

إيضاح

(أ) إذا كان البائع وكيلًا فللمشتري رد المبيع إذا ظهر معيباً على الوكيل لا على الموكل لأن حقوق العقد متعلقة بالوكيل .
وفي رواية : أن له رده على الموكل لأن المبيع يرد بالعيب على من كان له .

(ب) إذا كان العيب مما يمكن حدوثه بعد العقد ، فأقربه الوكيل

(١) كشف القناع ص ٦٦ ، الشرح الكبير ٩٨ .

وأنكره الموكل لم يقبل إقراره على موكله لأنه لم يوكله في الإقرار بالعيب فكما لو أقر على أجنبي .

وفي رواية يقبل إقراره على موكله بالعيب لأنه امر يستحق به الرد فقبل إقراره به على موكله كخيار الشرط . وقال صاحب الشرح الكبير قال شيخنا : الأول هو الأصح ، لأنه إقرار على الغير فلم يقبل كالأجنبي . وفارق خيار الشرط من حيث أن الموكل يعرف صفة سلته ولا يعرف صفة العقد لغيبه عنه .

(ح) إذا أنكر الوكيل العيب فتوجهت إليه اليمين فنكل فرده المشتري عليه بشكوله لم يملك الوكيل رده على موكله ، لأنه غير معترف به .

في رواية . له رده على الموكل ، لأنه رجع إليه بغير رضاه أشبه ما لو قامت به بينة .

هذا إذا قلنا إن القول قول البائع .

والمذهب أن القول قول المشتري كما تقدم في المادة السابقة ، فيحلف المشتري ويرده على الموكل .

* * *

مادة (٨١) :

(١) إذا اختلف المتبايعان أو ورثتهما في قدر الثمن ،

أو في جنسه ، ولا بينة لأحدهما ثبت لهما الخيار بعد أن يتحالفا
(ب) إذا رضى أحد العاقدين بعد أن تحالفا بقول الآخر
لزم العقد ، وكذا إذا نكل أحدهما .

إيضاح

القسم السادس :

(١) من أقسام الخيار خيار يثبت لاختلاف المتبايعين أو وورثتهما
واختلاف احد المتبايعين وورثة الآخر في قدر الثمن ، بأن قال البائع
أو وارثه الثمن مائة فقال : المشتري أو وارثه بل تسعون ولم يكن
لأحدهما بينة ، أو كان لكل منهما بينة بما ادعاه وتساقطنا لتعارضهما ،
وكذا إذا اختلفا في جنس الثمن ، بأن قال أحدهما أنه عقد بنقد وقال
الآخر بل بعرض ، أو قال أحدهما أنه عقد بذهب وقال الآخر بل بفضة
فإذا اختلفا في القدر أو في الجنس على هذا النحو تحالفا . لأن كلا منهما
مدع ومدعى عليه صورة وكذا حكما لبيع بينهما ، فإن كان الخلاف بين
المتبايعين ، حاف البائع أولا ما بعته بكذا وإنما بعته بكذا ، ثم حلف
مشتريا ما اشتريته بكذا وإنما اشتريته بكذا ، لأن كلا منهما مدع
ومنكر فلم توجه اليمين إلى أحدهما وحده .

فإذا تحالفا كان لكل منهما الخيار . ولا يفسح العقد بنفس التحالفا

لأنه عقد صحيح فلا يفسخ باختلافهما وتعارضهما في الحجة . كما لو أقاما
بينه . بل لا بد من تصريح أحدهما بالفسخ .

أما إذا كان الخلاف بين أحد العاقدين وورثة الآخر . أو بين
ورثتهما قبل أن يتحالف العاقدان وأراد الورثة التحالف . فإن كان
الوارث حضر العقد وعلمه حلف على البت . لأنه الأصل في الأيمان .
أما إن كان الوارث لا يعلم قدر الثمن سواء حضر العقد أولا : حلف
على نفي العلم لأنه على فعل الغير . فإن فعلا ذلك كان لكل منهما
الفسخ .

(ب) إذا رضى أحد العاقدين بعد التحالف بقول صاحبه : أقر
العقد ، لأن من رضى بقول صاحبه : فقد حصل له ما ادعاه فلم يملك
خيارا ، وكذا إذا رضى ورثتهما أو رضى بعض الورثة ولم يرض
الباقون . لأن إسقاط أحد الورثة لخياره إسقاط لخيار الباقيين كما مر
في خيار العيب .

وإن نكل أحد العاقدين عن اليمين سقط خياره ولزم العقد بقول
صاحبه ، وكذا إذا نكل أحد الورثة . لأن الورثة يقومون مقامهما
في أخذ مالهما وإرت حقوقهما . فكذلك فيما يلزمهما أو يصير لهما .
ولأنها عين في المال فقام الوارث فيها مقام المورث كاليمين في الدعوى .

اختلاف بين العاقدین لایوجب خياراً

مادة (٨٢) :

١ - إذا اختلف المتبايعان في قدر المبيع ، أو في عينه فالقول قول البائع يمينه .

٢ - إذا اختلف المتبايعان في صفة الثمن المسمى في العقد أخذ نقد البلد ، فإن تعدد النقد أخذ غالبه رواجاً ، فإذا استوت النقود في الرواج أخذ الوسط .^(١)

إيضاح

(١) إذا اختلف المتبايعان في قدر المبيع ، فقال المشتري مثلاً : بعني هذين القعزين بثمن واحد ، فقال البائع : بل بعك أحدهما وحده ، فالقول قول البائع . لأنه منكر للمبيع في الثناني والأصل عدمه والبائع يتعدد بتعدد المبيع ، فالمدعى شراء عينين يدعى عقدين أنكر البائع أحدهما بخلاف الاختلاف في الثمن .

وكذا إذا اختلفا في عين المبيع فقال المشتري بعني هذه الدابة ،

(١) كشف القناع ص ١٦ ، ٧٦ ، ٧٨ منتهى الارادات ص ٤٦ ، ٤٨ .

بل بتمك هذه فالتول قول البائع أيضاً يمينه ، لأنه غارم . وورثة كل
منهما بمنزله فيما تقدم .

(ب) إذا اختلف المتبايعان في صفة ثمن اتفقا على تسميته
في العقد أخذ نقد البلد التي وقع فيها العقد إن لم يكن بها إلا نقد
واحد وادعاء أحدهما ، فيقضى له به عملاً بالقرينة ، فإن كان في البلد
نقود اختلفت رواجاً أخذ غالبها رواجاً ، لأن الظاهر وقوع العقد به
لغلبته ، فإذا استوت النقود في الرواج أخذ الوسط تسوية بين حقيهما ،
لأن العدول عنه . يدل على أحدهما وعلى مدعى نقد البلد أو غالبه رواجاً
أو الوسط اليمين .

* * *

مادة (٨٣) :

١ - إذا فسخ العقد بعد قبض الثمن ، واختلف المتبايعان
في قدره ، فالقول قول البائع يمينه .

٢ - إذا تلف المبيع واختلف المتبايعان في قدر الثمن قبل
قبضه ، تحالفاً وفسخ العقد . ويلزم المشتري قيمة المبيع أو مثله
والقول قوله في قدره وقيمه وصفته .^(١)

(١) كشف القناع ص ٧٦ - ٧٨ ، منتهى الإرادات ٤٦ - ٤٨ .

الشرح الكبير ص ١١١

إيضاح

١ - إذا اختلف للتبايعان في قدر الثمن بعد قبضه وفسخ العقد بإقالة أو رد بعيب أو نحوه ، فالقول قول البائع يمينه ، لأن البائع منكر لما يدعيه المشتري بعد انفساخ العقد ، فأشبهه مالو اختلفا في القبض .

٢ - إذا تلف المبيع وتحالف المتبايعان لاختلافهما في قدر الثمن وفسخ العقد رجماً إلى قيمة المبيع إن كان متقوماً ، أو إلى مثله إن كان مثلياً لتعذر رد العين . فيأخذ المشتري من البائع الثمن إن كان قد أقبضه له ، ويأخذ البائع من المشتري القيمة أو المثل لأنه فوت عليه المبيع . فإن ساوى الثمن للقيمة تقاصاً وتساقطاً ، لأنه لا فائدة في أخذه ثم رده . فإن كان أحدهما أقل وهما من جنس واحد سقط الأثقل . ومثله من الأكثر ويبقى الزائد يطالب به صاحبه ، ويقبل قول المشتري في قيمة السلعة الثالثة بعد التناسخ وفي صفتها وقدرها لأنه غارم ..

* * *

مادة (٨٤) : إذا كان الثمن عيناً وتنازع البائعان في أيهما يسلم ما تحت يده قبل الآخر ، نصب الحاكم من يقبض منهما ويسلم المبيع ثم يسلم الثمن .

إيضاح

إذا كان الثمن عيناً أى معيناً من نقد أو عرض وقال البائع لأسلم المبيع حتى أقبض ثمنه وقال المشتري لأسلم الثمن حتى أقبض المبيع نصب الحاكم بينهما عدلاً يقبض منهما ، ثم يسلم إليهما قطعاً للنزاع لأنهما استويا في تعلق حقهما بين الثمن والمثمن . ويقوم . العدل بتسليم المبيع أولاً ، ثم الثمن لجرى العادة بذلك ولأن قبض المبيع من تمام البيع في بعض الصور واستحقاق الثمن مرتب على تمام البيع .

وعن أحمد ما يدل على أن البائع يجبر على تسليم المبيع أولاً (١) .

* * *

مادة (٨٥) :

(أ) إذا كان الثمن ديناً أجبر البائع على تسليم المبيع .

(ب) إذا كان الثمن حالاً أجبر المشتري على دفعه إن كان

معه ، فإن لم يكن معه وكان بالبلد أو خارجه دون مسافة

قصر حجر الحاكم على المشتري في التصرف حتى يحضر الثمن ،

(١) كشف القناع ص ٧٧ ، منتهى الارادات ص ٤٨ ، الشرح الكبير

أما إذا كان الثمن يبلى على مسافة قصر أو ظهر عسر المشتري
فللبائع الفسخ في الحال .

إيضاح

(أ) إذا كان الثمن ديناً فليس للبائع الامتناع عن تسليم المبيع
سواء كان الدين حالاً أو مؤجلاً ، لأن حق المشتري تعلق بعين المبيع
وحق البائع تعلق بالذمة فوجب تقديم ما تعلق بالعين كحق المرتهن
على سائر الغرماء ، فان كان الدين مؤجلاً فلا يطالب به حتى
يحل أجله .

(ب) إذا كان الثمن حالاً أجبر المشتري على دفعه إن كان معه ،
لأنه غنى ومطله ظلم . وإن لم يكن معه وكان في البلد أو خارجها دون
مسافة قصر حجر الحاكم على المشتري في التصرف في المبيع وفي بقية
ماله حتى يحضر الثمن كله ويسلمه للبائع وذلك لئلا يتصرف في ماله
تصرفاً يضر البائع .

أما إذا كان الثمن يبلى على مسافة قصر فصاعداً أو ظهر عسر
المشتري فللبائع الفسخ في الحال لأن في التأخير ضرراً عليه .

* * *

(١) كشف القناع صفحة ٧٨ ، منتهى صفحة ٤٩ .

مادة (٨٦) :

- (أ) للبائع فسخ العقد إذا أعسر المشتري ولو يبيع الثمن
(ب) إذا ماطل المشتري الموسر في دفع الثمن ، حجر عليه
الحاكم وليس للبائع الفسخ .
(ج) للمشتري الفسخ إذا تعذر على البائع تسليم المبيع (١) .

إيضاح

١ — إذا أعسر المشتري ولو يبيع الثمن فللبائع الفسخ في الحال ، لأن في التأخير ضرراً عليه ، وله الرجوع في عين ماله بعد الفسخ ، كما إذا باع لمفلس جاهل بالحجر عليه ومعنى أن له الفسخ في الحال أنه لا يلزمه انتظار ثلاثة أيام لأن الفسخ يكون فوراً . بل هو على التراخي كخيار العيب لأنه استدراك ظلالة .

(ب) إذا كان المشتري موسراً مماطلا فليس للبائع الفسخ ، لأن ضرره يزول بحجر الحاكم عليه ووفائه من ماله .

وفي رواية أن له الفسخ إذا كان المشتري مماطلا دفعاً لضرر المحاصة ، قال في الأنصاف وهو الصواب . خصوصاً في زماننا هذا .

(ج) إذا عجز البائع عن تسليم المبيع فللمشتري الفسخ .

(١) كشف القناع صفحة ٧٨ ، منتهى الارادات صفحة ٤٩ .

كل موضع قلنا له الفسخ فانه ينفسخ بلا حكم حاكم ، وكل موضع قلنا يحجر عليه فذلك إلى الحاكم لأنه يحتاج لنظر واجتهاد ..

* * *

مادة (٨٧) : إذا كان المشتري معسراً وهرب قبل دفع الثمن فللبائع الفسخ . فإن كان موسراً قضى الحاكم الثمن من ماله إن وجد ، وإلا باع المبيع وقضى الثمن مع حفظ ما يتبقى منه . فإن لم تكف حصيلة المبيع كان المشتري مدينماً بالباقي^(١) .

إيضاح

إذا هرب المشتري قبل دفع الثمن وهو معسر بالثمن أو بعضه فللبائع الفسخ في الحال ، كما لو لم يهرب . أما إذا كان موسراً وهرب قبل دفع الثمن قضاه الحاكم من ماله إن وجد ، وإلا باع المبيع وقضى ثمنه وحفظ الباقي . لأن للحاكم ولاية مال الغائب فان لم يكف الثمن فالباقي في ذمة المشتري الهارب .

* * *

(١) كشف صفحة ٧٨ .

مادة (١٨٨) : إذا أحضر المشتري بعض الثمن فلا يملك أخذ ما يقابله من المبيع إن نقص بتجزئة (١).

إيضاح

إذا أحضر المشتري بعض الثمن فليس له أخذ ما يقابله من المبيع إذا كان المبيع ينقص بتجزئة ، كمصراعى باب . هذا إذا قلنا إن للبائع حبس المبيع على ثمنه لئلا يتصرف فيه ولا يقدر على باقي الثمن فيتضرر البائع بنقص ما بقي بيده من المبيع . وإن قلنا بأن البائع ليس له حبس المبيع على ثمنه فلا يشتري أخذ المبيع :

* * *

التصرف في المبيع قبل القبض

وما يحصل به قبضه والاقالة

مادة (١٨٩) : ما يحصل به قبض المبيع .

يحصل قبض ما يبيع بكيل أو وزن أو عد أو ذرع بذلك

(١) انتهى صفحة ٤٩ .

مع حضور المستحق أو نائبه ، ويحصل قبض ما ينقل بنقله
وما يتناول بتناوله وفي غير ما سبق بتخلية بين المبيع وبين
المشترى بلا حائل (١) .

إيضاح

يحصل قبض ما يبيع بكيل أو وزن أعد أو ذرع بذلك ، بشرط
حضور مستحق أو نائبه لقيامه مقامه ، ولا يشترط نقله لما روى
عنه مرفوعاً (إذا بعت فسل و إذا ابتعت فاكتل) رواه أحمد .

ويحصل قبض ما ينقل كصبرة يبت جزافاً بنقل وفي حيوان
بمشيته ، وفيما يتناول كدنانير ودرهم وكتب يتناول باليد . وفي غير
المذكور كأرض وبناء وشجر بتخلية بائع بينه وبين مشتر بلا حائل .
بان يفتح له باب الدار أو يسلمه مفتاحها ولو كان بالدار متاع للبائع
لأن القبض مطلق في الشرع فيرجع فيه إلى العرف كالحرز والتفرق ،
والعرف في ذلك ما سبق .

• • •

(١) كشف القناع صفحة ٨٣، ٨٤، منتهى الإيرادات صفحة ٥٢ ، ٥٣ .

مادة (٩٠) :

إذا ادعى القابض نقصان ما اكتاله أو اتزنه أو عدده أو ذرعه، أو ادعى أنهما غلطا فيه ، أو ادعى البائع زيادة في المقبوض لم يقبل قولهما (١).

إيضاح

إذا ادعى القابض بعد القبض نقصان ما اكتاله أو اتزنه أو عدده أو ذرعه أو ادعى أنهما غلطا فيه ، أو ادعى البائع زيادة في المقبوض لم يقبل ادعاء كل منهما لأن الظاهر خلافه .

...

مادة (٩١) :

(١) أجره الكيال والعداد والوزان والذراع والنقاد على البازل ، وأجره نقل المبيع على المشتري ، وأجره الدلال على حسب ما اشترطا وإلا فعلى البائع .

(ب) لا يضمن ناقد حاذق أمين خطأ ، ولو كان بأجرة (٢) .

(١) كشف القناع ٨٣ ، ٨٤ ، منتهى الارادات صفحة ٥٢ ، ٥٣ .

(٢) كشف القناع صفحة ٨٣ ، ٨٤ ، منتهى الارادات ٥٢ ، ٥٣ .

إيضاح

- (أ) مؤنة توفية المبيع والتمن من أجرة كيل أو وزن أو عد أو ذرع أو نقد ونحو ذلك كتصفية ما يحتاج إليها على باذله من بائع أو مشتر. لأن توفيته واجبة عليه ، فوجب عليه مؤنة ذلك كما أن على بائع الثمرة سقيها . والمراد بالنقد الذي تجب أجرته على البازل نقاد التمن قبل قبض البائع له ، لأن عليه تسليم التمن صحيحاً .
- أما أجرة القدر بعد قبض البائع للتمن فهي عليه لأنه ملكه بقبضه فعليه أن يتبين أنه معيب فيرده . ولا غرض للمشتري في ذلك . وأجرة نقل منقول على مشتر لأن التسليم قد تم . وأجرة دلال على بائع إلا مع شرط .
- (ب) لا يضمن ناقد حاذق أمين خطأ ، متبرعاً كان أو بأجرة . فان لم يكن حاذقاً أميناً ضمن .

* * *

مادة (٩٢) :

- (أ) إذا كان المبيع مما ينقل وكان مشاعاً فلا يصح قبضه إلا بإذن الشريك ، فإن أبي الشريك الإذن للبائع في تسليم المبيع طلب من المشتري توكيل الشريك في قبضه . فإن أبي

المشتري أن يوكله أو أبي الشريك أن يتوكل نصب الحاكم
من يقبض .

(ب) إذا سلم البائع المبيع المشاع دون إذن الشريك ،
فالبائع غاصب فإن كان المشتري عالماً بذلك فالضمان عليه
وإلا فعلى البائع (١).

إيضاح

إذا كان المبيع مما ينقل وكان مشاعاً كنصف فرس مثلاً فيشترط
في القبض إذن الشريك . لأنه لا يمكن قبض البعض إلا بقبض الكل .
فيسلم البائع الكل بأذن شريكه إلى المشتري ويكون سهمه في يد القابض
أمانة ، فإن أبي الشريك الإذن للبائع في تسليم الكل للمشتري ، قيل
للمشتري وكل الشريك في القبض ليصل إلى مقصوده من قبض المبيع ،
فإن أبي المشتري أن يوكله ، أو أبي الشريك أن يتوكل نصب حاكم
من يقبض المبيع .

(ب) إذا سلم البائع المبيع بمضه بلا إذن الشريك ، فالبائع
فأصب لنصيب شريكه لتعديه عليه بتسليمه بلا إذن . فإن تلف ضمنه
المشتري إن كان عالماً أن له فيه شريكاً لم يأذن ، وإن لم يكن يعلم ذلك ،
أو لا يعلم وجوب الإذن فقرار الضمان على بائع لتفريده المشتري .

(١) كشف القناع صفحة ٨٤ ، ٨٥ ، منتهى الارادات صفحة ٥٤ .

مادة (٩٣) : إتلاف المشتري للمبيع ولو من غير عمد
قبض له (١).

إيضاح

إذا أتلف المشتري المبيع ولو من غير قصد اعتبر ذلك قبضاً له ولو
كان المبيع من ضمان البائع . وذلك لأن إتلاف المشتري للمبيع يستقر
به الثمن عليه .

مادة (٩٤) : إذا كان المبيع لا يدخل في ضمان المشتري
إلا بالقبض فلا يعتبر غصبه إياه قبضاً له ، وكذلك غصب
البائع الثمن غير المعين (٢).

إيضاح

إذا كان المبيع لا يدخل في ضمان المشتري إلا بالقبض ، كان
كان مكيلاً أو موزوناً أو نحوهما وغصبه المشتري فلا يعتبر غصبه
إياه قبضاً . وكذلك إذا كان الثمن غير معين وغصبه البائع فلا يعتبر أيضاً

(١) كشف القناع صفحة ٨١ .

(٢) كشف القناع صفحة ٨١ ، ٨٤ ، منتهى الارادات صفحة ٥٣ .

قبضاً له ، إلا مع المقاصة بان أنلفه أو تلف في يده وكان موافقاً لما له
على المشتري نوعاً وقدرأ فيتسايطان ، وكذا إن رضى مشتر بجملة
عوضاً عما عليه من الثمن .

* * *

مادة (٩٥) يصح للمدين أن يوكل في استيفاء دينه مما تحت
يده للمدين إذا كان من جنس دينه (١) .

إيضاح

يصح للمدين أن يوكل دائنه في استيفاء دينه مما تحت يده للمدين ،
إذا كان الدين من جنس ما تحت يده للمدين ، كأن يكون لمدين ودیعة
عند رب الدين من جنسه فيوكله في أخذ حقه منها ، أو يدفع لرب الدين
شيئاً ويقول له به واستوف حقه من ثمنه ، لأنه يصح أن يوكله
في البيع من نفسه فصح أن يوكله في القبض منها ، إلا إذا كان الدين
الذي للوكيل من غير جنس المال الذي تحت يد الوكيل للموكل .
بان كان الدين دنائير والودیعة دراهم فلا يأخذ منها عوض الدنانير
لأنه معاوضة يحتاج إلى عقد ولم يوجد .

* * *

(١) كشف القناع صفحة ٨١ و ٨٤ منتهى الارادات صفحة ٥٣ .

مادة (٩٦) : يصح لمن عليه الحق أن يفوض صاحبه في قبضه ثم إن وجد المستحق المقبوض زائدا زيادة لا يتغابن بها لزمه الأخبار بذلك ولا يجب عليه الرد بلا طلب (١).

إيضاح

يصح لمن عليه الحق أن يفوض صاحب الحق في قبضه بان يقول من عليه حق لربه اكنه من هذه الصبرة . فان وجد القابض المقبوض زائدا قدر لا يتغابن به عادة لزمه الإخبار بذلك ولا يجب عليه رد لزيد بلا طلب ، بخلاف ما إذا كانت الزيادة يتغابن بها فإنه لا يلزمه الإخبار . كما يصح أن ينبى صاحب الحق من عليه الحق في القبض ، كأن يدفع له الإثناء ويقول له كاه .

* * *

(مادة ٩٧) :

(١) إذا قبض المشتري المكمل ونحوه جزافا وصدق البائع في قدر المبيع برئت ذمة البائع ، وليس للقابض بعد ادعاء النقص .

(١) كشاف القناع صفحة ٨١ ، ٨٤ ، منتهى صفحة ٥٣ .

(ب) إذا قبض المشتري المكييل ونحوه جزافاً مع سكوته ثقة بقول البائع ، ثم وجده ناقصاً ، فالقول قول القابض يمينه في قدره إن كان المبيع أو بعضه مفقوداً ، أو اختلفا في بقاءه على حاله ، فإن كان باقياً كله واتفقا على بقاءه على حاله ، أو ثبت ذلك بينة ، اعتبر بالمكييل ، أو الوزن أو العد (١) .

إيضاح

(١) إذا قبض المشتري المكييل ونحوه جزافاً وصدق القابض للبائع ، في قدر المبيع ، برىء البائع من عهده ، فنلفه على قابض . ولا تقبل دعوى نقصه بعد تصديقه .

(ب) إذا قبض المشتري جزافاً ما اشتراه بكيل ونحوه ، ثقة بقول باذل أنه قدر حقه بأن لم يحضر كيلاه ، أو وزنه ، ثم اختبره فوجده ناقصاً قبل قوله يمينه مع قدر نقصه لأنه منكر ، والقول قول المنكر يمينه . هذا إذا كان المقبوض قد تلف كله أو بعضه . أو اختلفا في بقاءه على حاله .

أما إذا اتفقا على بقاءه على حاله ، أو ثبت بينته أنه باق كله على حاله أعيد كيلاه ، أو وزنه مادام قد اتفقا على بقاءه على حاله .

(١) كشاف القناع صفحة ٧٩ ، ٨٠ ، منهي الارادات صفحة ٥٣ .

التصرف في المبيع

مادة (٩٨) :

(أ) ينتقل الملك بالعقد الصحيح ، ويلزم البيع بعقد لا خيار فيه .

(ب) المقبوض بعقد فاسد لا يملك بالقبض ، ولا ينفذ تصرف القابض فيه ، ويضمنه ، ويلزمه رد نمائه المنفصل والمتصل ، وأجرة مثله مدة بقاءه في يده . وإن نقص ضمن نقصه ، وإن تلف فعليه قيمته يوم تلفه إن كان من متقوما ، وإلا فبمثله (١) .

إيضاح

(أ) ينتقل الملك بالعقد الصحيح ، ويلزم البيع بعقد لا خيار فيه ، ولكل من المتبايعين حق التصرف فيما صار إليه من ثمن أو مئمن ، إلا فيما يشترط فيه القبض مما يحتاج لحق توفية ، فلا يصح التصرف فيه قبل قبضه كما سيأتي .

(ب) المقبوض بعقد فاسد لا يملك به ، ولا ينفذ تصرفه فيه يبيع ،

(١) كشاف القناع ٤٣ ، ٨١ ، ٨٢ ، منهي الإيرادات صفحة ٥١ ، الشرح

ولا غيره ، إلا بالعتق فينفذ لقوته وسريانه وتشوف الشارح إليه .
ويضمن المشتري المقبوض ببيع فاسد كالغصب ، ويلزمه رد النماء المتصل
والمنفصل وأجرة مثله مدة بقائه في يده انتفع به أولا . وإن نقص
ضمن نقصه وإن تلف أو أتلف فعليه ضمانه بقيمة يولد وقبضه فيه إن
كان متقوما ، وإلا فبمثله .

وإذا تصرف المشتري في البيع الفاسد ببيع أو نحوه لم يصح ، لأنه
باع ملك غيره بغير إذن ، وعلى من اشترى منه رد المبيع إلى البائع الأول ،
لأنه مالكة . ولبائعه أخذه حيث وجده ، ويرجع المشتري الثاني بالثمن
على الذي باعه ، ويرجع الأول على بائعه . فان تلف في يد الثاني فللبائع
مطالبته من شاء منهما . لأن الأول ضامن والثاني قبضه من يد ضامنه
بغير إذن صاحبه فكان ضامنا .

مادة (٩٩) :

(١) لا يصح تصرف المشتري في المبيع قبل القبض

فيما يأتي :

١ - المبيع بكيل ، أو عد ، أو وزن ، أو ذرع .

٢ - المبيع بوصف أو رؤية متقدمة على العقد .

٣ - ما قبضه شرط لصحة عقده .

(ب) للمشتري التصرف قبل القبض فيما نص عليه في الفقرة السابقة بما يأتي .

١ - التصرف في المبيع بالعقد .

٢ - جعله مهراً .

٣ - اخلع عليه .

٤ - الوصية به . (١)

إيضاح

(١) من اشترى شيئاً بكيل ، أو وزن ، أو عد أو ذرع ، أو اشتراه بوصف ، أو رؤية متقدمة على العقد ، أو اشترى ما قبضه شرط لصحة العقد ، كصرف وسلم وربوى وربوى لم يصح تصرفه في شيء مما تقدم قبل قبضه ، ولولبائعه ، ولا الاعتياض عنه ، ولا أجارته ولا هبته ولو بلا عوض ، ولا رهنه ولو قبض ثمنه ، ولا الحوالة عليه ، ولا الحوالة به ، لحديث : « من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه » متفق عليه . وهو يشمل بيعه لبائعه وغيره . وكان الطعام مستملاً يومئذ غالباً فيما يكال ويوزن ، وقيس عليهما المعدود والمذروع لاحتياجهما لحق توفيه ، ولأنه من ضمان بائع .

(١) كشف القناع ص ٧٩ ، ٨٣ ، منتهى الارادات ٤٩ ، ٥٠ .

أما إذا بيع مكيل ونحوه جزافاً كصبرة متعينة ، وثوب ، جاز
التصرف فيه قبل قبضه نصاً ، لقول ابن عمر : « مضت السنة أن ما أدركته
الصفقة حياً مجموعاً فهو من مال المشتري » ولأن التعيين كالقبض .
(ب) للمشتري التصرف قبل القبض فيما تقدم في الفقرة السابقة
بما يأتي :

- ١ — التصرف في المبيع بالعتق .
- ٢ — جعله مهراً .
- ٣ — الخلع عليه لاغتفار الغرر فيه .
- ٤ — الوصية به ، لأنها ملحقة بالإرث .

مادة (١٠٠) :

(أ) يسرى حكم المادة السابقة على كل عوض ملك بعقد ،
سواء كان العقد يفسخ بهلاك العوض ، أو لا يفسخ .
(ب) إذا كان العقد لا يفسخ بهلاك العوض ، وكان
التلف بآفة فضاء العوض على البازل ، وإن كان بغيرها
فعلى المتلف (١) .

(١) كشف القناع ٨٣ ، منتهى الارادات ٥١ . ٥٢ .

إيضاح

(أ) يسرى حكم المادة السابقة ، في جواز التصرف ومنعه على كل عوض ملك بعقد ، فسخ العقد بهلاكه قبل قبضه ، كأجرة معينة في إجارة ، وعوض معين في صلح بمعنى بيع ونحوهما .

وكذا إذا كان العقد لا يفسخ بهلاك العوض قبل القبض كعوض خلع ، وعتق ومهر ومصالح به عن دم عمد ، وأرش جنائية ، وقيمة متلف ونحوه كعوض طلاق .

(ب) إذا تلف العوض الذي لا يفسخ العقد بهلاكه ، فإن كان التلف بأفة سماوية وجب على البازل ، وإن كان بفعل آدمي ، وجب على المتلف مثله إن كان مثليا وقيمته إن كان متقوما لبقاء العقد وتعذر تسليمه .

أما من تعين ملكه الذي آل إليه بلا عقد معاوضة ، كإرث ووصية وغنيمة ووديعة ومال شركة وعارية ، فله التصرف فيه قبل قبضه . وذلك لعدم ضمانه بعقد معاوضة ، فأسكه عليه تام ، لا يتوهم غرر الفسخ فيه .

مادة (١٠١) :

يضمن المشتري المبيع بعد قبضه مطلقا ، ويضمنه قبل قبضه ، إلا في الأحوال الآتية :

١ - إذا كان عدم القبض بسبب امتناع البائع عن تسليم المبيع .

٢ - المبيع بكيل أو عد أو وزن أو ذرع ، إلا إذا امتنع المشتري عن قبضه .

٣ - المبيع بوصف أو رؤية متقدمة .

٤ - الثمر المبيع على الشجر قبل جنيه .

إيضاح

المبيع من ضمان المشتري بعد القبض مطلقا ، وكذا قبل القبض في المعين ، لقول ابن عمر مضت السنة : « إن ما ادركته الصفقة حيا مجموعا فهو من مال المبتاع » إلا في الأحوال الآتية :
فهو من ضمان البائع .

١ — إذا كان عدم القبض بسبب امتناع البائع عن تسليم المبيع ولو لقبض ثمنه فعليه ضمانه ، لأنه كفاصب .

٢ — إذا كان المبيع مما يحتاج لحق توفيه ، بان كان مكبلا أو موزونا أو مذروعا أو معدودا ، إلا إذا امتنع المشتري عن قبضه .

٣ — المبيع بوصف أو رؤية سابقة على العقد ، لأنه يتعلق به حق توفية أشبه مالو اشترى بنحو كبل .

٤ — الثمر المبيع على الشجر قبل جذاذه .

* * *

مادة (١٠٢) :

تلف المبيع أو الثمن

(١) إذا تلف كل المبيع الذى يضمه البائع بأفة سماوية انفسخ العقد ، وإن كان التلف فى بعض المبيع فالمشترى بالخيار بين إمساك الباقي بقسطه من الثمن ، وبين الرد ، واسترداد ما دفع .

(ب) إذا كان التلف فى كل المبيع أو بعضه بفعل البائع ، أو أجنبي كان المشتري بالخيار ، بين فسخ العقد واسترداد الثمن ، وبين الإمساك والرجوع على المتلف بالبدل .

(ح) يسرى حكم المواد الخاصة بقبض المبيع وتلفه
والتصرف فيه على الثمن إذا كان معيناً (١).

إيضاح

(أ) إذا كان المبيع من ضمان البائع وتلف كله بأفة مماوية انفسخ
البيع ، لأن النبي — صلى الله عليه وسلم — : « نهى عن ربح ما لم يضمن »
والمراد به ربح ما يبع قبل قبضه .

وإذا كان التلف في بعض المبيع خیر المشتري بين أخذ الباقي
بقسطه من الثمن وبين رده واخذ الثمن كله .

(ب) أما إذا كان تلف المبيع كله أو بعضه بفعل البائع أو أجنبي ،
خیر المشتري بين الفسخ والرجوع بالثمن على البائع . لأنه مضمون عليه إلى
قبضه ، ويطالب البائع متلفه بالبدل ، وبين الإمضاء ومطالبة المتلف بثله إن
مثلياً ، وقيمه إن كان متقوماً .

وإنما لم يفسخ العقد بتلف المبيع بفعل آدمي بخلاف ما لو تلف
بفعل الله ، لأنه لا مقتضى للضمان سوى حكم العقد ، بخلاف إتلاف
الآدمي ، فإنه يقتضى الضمان بالبدل إن أضرى العقد ، وحكم العقد يقتضى
الضمان بالثمن إن فسخ فكانت الخيرة للمشتري بينهما .

(ح) إذا كان الثمن معيناً فهو كالثمن في كل ما سبق من أحكام

(١) كشف القناع ص ٨٠ ، منتهى الأرادات ١٠٥٠ ، الشرح الكبير ص ١١٦ ، ١١٧

التلف وجواز القبض بغير إذن المشتري مثال ذلك أن يكون الثمن شعيراً
مثلاً والمبيع حصاناً . فأكل الحصان الثمن قبل قبضه .

فإن لم يكن بيد أحد ، انفسخ البيع ، لأن الثمن هلك قبل قبضه
لأمر لا ينسب لأدمى فهو كتلفه بفعل - الله تعالى - . وإن كان بيد آدمى
فهو من ضمان من هو في يده ، لأنه كما تلافه فان كان ، بيد بائع فكقبضه
واستقر البيع ، وإن كان بيد مشتر أو أجنبي خير البائع بين الفسخ
واسترجاعه ، وبين الإمضاء ومطالبة من كان بيده بمثله .

أما إذا كان الثمن في الذمة وتلف قبل قبضه أخذ بدله ، لاستقراره
في ذمته فلا يفسخ العقد بتلفه ولو مكبلاً ونحوه ، لأن المعقود عليه
في الذمة لا عين التالف .

* * *

مادة (١٠٣) إذا كان الثمن مما يحتاج لحق توفية وتصرف
المشتري في المبيع قبل إقباض الثمن للبائع ، ثم تلف الثمن بآفة
انفسخ العقد الأول دون الثاني ، وألزم المشتري الأول بقيمة
المبيع ، وأخذ المشتري الثاني ما وقع عليه العقد . (١)

(١) كشف القناع صفحة ٨٠ ، ٨١ - منتهى الإيرادات ٥١

إيضاح

من اشترى شيئاً ، كشاة مثلاً وتصرف فيه قبل إقباض الثمن للبائع وكان الثمن مكيفاً أو نحوه (أى مما يحتاج لحق توفيه) وتلف بأفة انفسخ العقد الأول فقط دون الثانى الذى وقع على الشاة ، لأنه كمل قبل فسخ العقد الأول ، لأن الفسخ رذع للعقد من حين الفسخ لا من أصله ، وغرم المشتري الأول قيمة المبيع لتعذر الرد ، وأخذ من المشتري الثانى ما وقع عليه العقد .

مادة (١٠٤) إذا خلط المبيع بكيف أو نحوه قبل قبضه بما لا يتميز منه ، لم يفسخ البيع ، وهما شريكان بقدر ملكتهما والمشتري الخيار لضرر الشركة . (١)

إيضاح

إذا اختلط المبيع بكيف أو نحوه بغيره قبل قبضه ولم يتميز منه ، كبر اختلط بير أو نحو ذلك ، لم يفسخ البيع لبقاء عين المبيع ، والمشتري ومالك ما اختلط به المبيع شريكان فى المختلط بقدر ملكتهما فيه ، وللمشتري الخيار لضرر الشركة .

(١) كشف القناع صفحة ٨١ .

الإقالة

مادة (١٠٥):

- (أ) الإقالة رفع العقد وإزالته ولا خيار فيها ولا شفعة .
(ب) تترتب آثار الإقالة من حينها لا من أصل العقد المتقابل منه .

(ح) تصح الإقالة بلفظها وبكل ما أدى معناها^(١) .

ايضاح

(أ) الإقالة فسخ للعقد : وهى عبارة عن الرفع والإزالة يقال : أقال الله عثرتك : أى أزالها ، ورد الأمر إلى ما كان عليه قبل العقد ، ورجوع كل من العاقدين إلى ما كان له ، وهى مشروعة عند الندم لحديث أبى هريرة مرفوعا: «من أقال مسلما أقال الله عثرته يوم القيامة» ولا خيار فى الإقالة ، لأنها فسخ ، والفسخ لا يفسخ ، ولا شفعة فى الإقالة ، لأن المقتضى لها هو البيع ولم يوجد .

(ب) الفسخ بالإقالة رفع للعقد من حين الفسخ ، لا من أصله . فما حصل من نماء كسب ونماء منفصل فللمشترى لحديث : «الخراج

(١) كشاف القناع ٨٥، ٨٦ منتهى الإرادات ٥٤، ٥٥ الشرح الكبير ص ١٢١ ج ٤

بالضمان . ويبقى المبيع بعد التقايل أمانة بيد المشتري ، ومؤنة رده
على البائع ، لرضاء بيقائه أمانة بيد المشتري بعد التقايل ، فلا يلزمه
مؤنة رده .

(ح) تصح الإقالة بلفظها ، بأن يقول : أفلتت ، ولفظ مصالحة ،
وبلفظ بيع ، وما يدل على معاطاة ، لأن المقصود المعنى فكل ما يتوصل
به إليه أجزأ .

مادة (١٠٦) :

(أ) تصح الإقالة قبل قبض مطلقاً ، وبعد نداء الجمعة
وتصح من المضارب والشريك ولو بلا إذن رب المال ،
أو الشريك ، ومن المفاس بعد الحجر عليه .

(ب) لا يلزم اصحة الإقالة أن تتوافر فيها شروط البيع .

(ج) لا تصح الإقالة مع تلف المبيع ، ولا بزيادة على
الثمن أو نقصه ، ولا بغير جنسه ، ولا مع موت أحد العاقدين
أو غيبته (١) .

(١) كشاف القناع ، ٨٥ ، ٨٦ ، منهي ٥٤ ، ٥٥ ، الشرح ١٢١ .

إيضاح

(أ) تصح الإقالة قبل قبض مبيع مطلقا حتى فيما يحتاج لحق توفية ، لأنها فسخ ، والفسخ لا يعتبر فيه القبض . وتصح بعد نداء الجمعة ، كسائر الفسوخ . وتصح من مضارب وشريك ولو بلا إذن رب المال أو الشريك لظهور المصلحة فيها ، لا من وكل في شراء أو في بيع ، لأنه لا يملك الإقالة بغير إذن الموكل لأنه لم يوكله في الفسخ . كما تصح من مفلس بعد حجر عليه لمصلحة .

(ب) لا يلزم لصحة الإقالة أن تتوافر فيها شروط البيع ، فيصح التقابل في آبق وشارد كما لو فسخ فيهما بخيار شرط .

(ج) لا تصح الإقالة مع تلف مبيع مطاقا لقوات محل الفسخ ، وتصح مع تلف ثمن ، ولا تصح مع زيادة على ثمن معقوده أو مع نقصه ، أو بغير جنسه ، لأن مقتضى الإقالة رد الأمر إلى ما كان عليه ورجوع كل منهما إلى ما كان له ، كما لا تصح مع موت أحد العاقدين أو غيبته .

باب الربا

مادة (١٠٧) : الربا حرام ويبطل به البيع (١) .

(١) كشف القناع ص ٨٧ ، ١٠٣ ، منتهى ص ٥٤ ، ٥٥ ، الشرح ٢١١ .

إيضاح

الربا : لغة الزيادة وشرعا تفاضل في بيع المكيلات بمجنسها والموزونات بمجنسها ، ونساء في بيع المكيلات بالمكيلات والموزونات بالموزونات ولو من غير جنسها .

وهو محرم اجماعا لقوله تعالى : « وأحل الله البيع وحرم الربا » . كما أنه من الكبائر لعهده صلى الله عليه وسلم في السبع الموبقات في الحديث المتفق عليه .

ويحرم الربا بين المسلمين ، وبين المسلم والحربي ، في دار الإسلام ودار الحرب ، ولو لم يكن بينهما أمان ، لعموم قوله تعالى : « وحرم الربا » وغيره من الأدلة ، إلا بين السيد ورقيقه ولو مدبرا أو مكاتباً ، أو أم ولد لأن المال للسيد .

مادة (١٠٨) يكون الربا في كل مكيل أو موزون ، إلا الماء وما أخرجته الصناعة عن الوزن عدا الذهب والفضة .

إيضاح

لا يجري الربا إلا في المكيل أو الموزون ، أما ما عداها كالمعدود أو المزروع فلا ربا فيه ، لما روى عبادة بن الصامت أن النبي - ﷺ - قال :

(١) كشف القناع ٨٨ ، منتهى الارادات ٥٦ ، الشرح الكبير ١٢٢ .

«الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثل بمثل يداً بيداً فإذا اختلفت هذه الأشياء فبيعوا كيف شئتم يداً بيداً» رواه أحمد ومسلم . وعن أبي سعيد مرفوعاً نحوه متفق عليه .

وقد اختلف في العلة التي من أجلها حرم الربا في هذه الأصناف الستة ، والأشهر عن أماننا ومختار عامة الأصحاب أن علة الربا في النقدين كونهما موزونى جنس ، وفي الأعيان الباقية كونها مكيلات جنس ، فيجوز الربا في كل مكيل أو موزون يبيع بجنسه ولو كان المكيل أو الموزون يسيراً لا يتأتى كيله كنمرة بتمرة ، أو ثمرة بشمريتين لعدم العلم بتساويهما في الكيل ، وكذا إذا كان الموزون يسيراً لا يتأتى وزنه كإدوان الأرز من الذهب والفضة ، وسواء كان المكيل أو الموزون مطعوماً أو لا ، كالبر والشعير والحديد ونحو ذلك مما يكال أو يوزن .

أما غير المكيل والموزون كتياب بحيوان ونحوها فيجوز التفاضل فيهما والنساء ، سواء يبيع كل منهما بجنسه أو غير جنسه : «لأمر النبي صلى الله عليه وسلم عبد الله بن عمر أن يأخذ على قلائص الصدقة فكان يأخذ البعير بالبعيرين أى إلى إبل الصدقة» رواه أحمد والدارقطنى وصححه . وإذا جاز في الجنس الواحد ، ففي الجنسين أولى .

ويستثنى من المكيلات والموزونات شيئان لا يجزى فيهما الربا مع تحقق علته .

الأول : الماء ، لعدم تموله عادة لإباحته في الأصل .

الثانى : ما أخرجته الصناعة عن الوزن كمصنوعات الحديد والرصاص ونحوها ، كالإبر والسكاكين والثياب والأكسية من حرير وقطن وغيرها كصوف وشعر ووبر فيجوز بيع سكين بسكينتين ، وإبرة بإبرتين ، لأنها ليست بمكيل ولا موزون وإن كان أصلها مكيلا أو موزونا .

وفى رواية عن الإمام أنه لا يجوز بيع سكينه بسكينتين .

هذا : إذا كان المصنوع الذى أخرجته الصناعة عن أصل الوزن من غير الذهب والفضة ، فإن كان منهما حرم الربا مطلقا ، لما روى الأثرم عن عطاء من يسار أن معاوية : « باع سقاية من ذهب أو ورق بأكثر من وزنها » فقال أبو الدرداء : « سمعت رسول الله ينهى عن مثل هذا إلا مثلا بمثل » .

وجوز الشيخ بيع مصنوع مباح الاستعمال كخاتم ونحوه من ذهب أو فضة بيع بجنسه بقيمته حالا ، جعللا للزائد ، عن الوزن فى مقابلة الصنعة ، فهو كالأجرة ، وكذا جوز بيع خاتم بجنسه بقيمته نساء ، ما لم يقصد كونها نمنا له ، فإن قصد ذلك لم يحجز النساء .

أما إن قال لصائغ اصنع لى خاتماً وزنه درهم ، وأعطيك مثد وزنه وأجرتك درهم ، فليس ذلك بيع درهم بدرهمين .

وقال أصحابنا للصائغ أخذ الدرهمين ، أحدهما فى مقابلة فضة الخاتم ، والثانى : أجرة له فى نظير عمله .

مادة (١٠٩):

الربا نوعان :

(أ) ربا الفضل : ويكون في بيع المكيل أو الموزون
بجنسه مع زيادة أحد العوضين .

(ب) ربا النساء : ويكون في بيع المكيل بالمكيل
أو الموزون بالموزون بجنسه أو بغير جنسه مع عدم التقابض
إلا إذا كان أحد العوضين تقدماً . (١)

إيضاح

الربا نوعان : الأول — ربا الفضل : والفضل الزيادة ، وللقصود
به شرعا زيادة في أحد العوضين المتفقين في الميعار الشرعى والجنس .
فاذا بيع مكيل بمكيل من جنسه أو موزون بموزون من جنسه ،
حرم التفاضل . لقوله صلى الله عليه وسلم : « الذهب بالذهب والفضة بالفضة ... الخ
متلا بمنزل فن زاد أو استزاد فهو ربا » رواه مسلم .

النوع الثانى : ربا النساء : والنساء بالمد هو التأخير ، يقال :
نسأت الشيء وأنسأته أخرته ، والمراد به شرعا : تأخير القبض في بيع

(١) كشف القناع ص ٨٧ ، ٩٧ منتهى الإرادات ص ٥٦ ، ٦١ ، ٦٢
الشرح الكبير ص ١٢٣

المكيل بالمكيل أو الموزون بالموزون أو بغير جنسه ، فمن باع مدبر بمدبر ، أو باع برأ بشعير حرم تأخير القبض .

ويستفاد مما سبق أنه إذا اتفق العوضان في الجنس والميعار الشرعى فيشترط لصحة البيع المائثلة في القدر حتى يخلو البيع من ربا الفضل والقبض قبل التفريق حتى يخلو من ربا النساء .

أما إذا اتفق العوضان في الميعار الشرعى واختلفا في الجنس كبر بشعير أو حرير بنحاس حرم تأخير القبض فقط ، وجاز التفاضل .
تقوله عليه الصلاة والسلام: « إذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف بدأ بيد » فان تفرق العاقدان قبل القبض بطل البيع . هذا إذا لم يكن أحد العوضين نقداً ، أما إذا كان أحد العوضين نقداً فلا يحرم النساء ولا يبطل العقد بتأخير القبض ، ولو كان الثانى موزوناً كبيع حديد أو نحاس بدنانير أو دراهم . قال المبدع : بغير خلاف لأن الشارع أرخص في السلم ، والأصل في رأس ماله النقدان فلو حرم للنساء فيه لانسد باب السلم في الموزونات غالباً .

ولو كان في صرف فلوس (١) نافقة (٢) بنقد ، جاز للنساء ، واختاره الشيخ وغيره كابن عقيل وذكره الشيخ رواية . قال في الرعاية . إن قلنا هي عرض جاز ، وإلا فلا ، خلافاً لما في التنقيح

(١) الفلوس : العملة للمتخذة من غير الذهب والفضة .

(٢) النافقة : المتداولة .

من أنه يشترط الحلول والتقابض في صرف نقد بفلوس نافقة ، والذي
 قاله في التنقيح قدمه في المبدع وذكر في الأنصاف أنه الصحيح من
 المذهب وعليه أكثر الأصحاب .

مادة (١١٠) العبرة بالتساوي في القدر دون القيمة^(١) .

إيضاح

المعتبر في تماثل العوضين تساويهما في القدر ، كدرهم بدرهم ،
 أو أردب بأردب ، ولا يضر تفاوت العوضين في القيمة ، بأن يكون
 أحدهما رديئاً والآخر جيداً ، فحيد الربوي ورديئه وصحيحه ومكسوره
 وتبره ومضروبه سواء في جواز البيع مماثلاً يداً بيد وتحريمه متفاضلاً
 أو مع تأخير القبض ، فلا تعتبر المساواة في القيمة ، فيصح بيع حب جيد
 بحب خفيف من جنسه أن تساويا كيلاً ، لما روى عن أبي سعيد قال
 جاء بلال إلى النبي صلى الله عليه وسلم بتمر برني فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : (من أين هذا
 يا بلال ؟ قال : كان عندنا تمر رديء فبعت صاعين بصاع ليطعم النبي فقال
 له النبي صلى الله عليه وسلم : أو عين الربا عين الربا لا تفعل إن أردت أن تشتري فبع
 التمر ببيع آخر ثم اشتريه) .

(١) كشف القناع صفحة ٨٧ ، ٩٧ ، منتهى الارادات صفحة ٥٦ ، ٦١

٦٢ ، الشرح الكبير صفحة ١٢٣ .

مادة (١١١): الجهل بالتساوى كالعلم بالتفاضل . في الحرمة

وإبطال البيع^(١).

إيضاح

إذا جهل التساوى بين الربويين ، في السكيل أو الوزن ، كأن يكون أحد العوضين مسوساً والآخر سليماً أو يكون أحدها رطباً والآخر يابساً ، أو لحم نزع عظمه بآخر لم ينزع عظمه ، أو يباع غناب بزيب أو لبن بجبن ، أو حنطة مبلولة أو رطبة يبابسة ، أو المقلب بالنىء لم يجز البيع في كل ذلك للجهل بالتساوى بين العوضين والجهل بالتفاضل كالعلم بالتفاضل .

ومن هذا بيع القرع بالأصل كالزبد باللبن ، أو الدقيق بالحب وكذلك بيع ما مسته النار بنوعه الذى لم تمسه النار ، كعجين شعير بجيزه لذهاب النار ببعض رطوبة أحدها فيجهل التساوى بينهما .

ومن هذا أيضاً بيع الحب المشتد في سنبله بحب من جنسه ، لأن الحب إذا بيع بجنسه لا يعلم مقداره بالسكيل والجهل بالتساوى كالعلم بالتفاضل ، ويسمى هذا البيع بيع المحاقلة وروى عن أنس قوله : « نهى النبي ﷺ عن المحاقلة » رواه البخارى . والنهى يقتضى التحريم والفساد . أما إذا علم تساوى العوضين كدقيق بر بآخر من جنسه استويا

(١) كشف القناع ص ٨٨ - ٩١ ، ٩٣ منتهى الارادات ص ٥٧ ، ٥٩

الشرح الكبير ص ١٣٢ ج ٤

نعومة . وخبز بخبز من جنسه استويا نشافاً ورطوبة صح البيع ،
ولا حرمة للتساوى والقبض .

مادة (١١٢) :

إذا اختلف العوضان في المعيار الشرعى صح البيع مع
التفاضل وعدم القبض^(١) .

إيضاح

إذا اختلفت علة الربا : كما لو باع مكبلاً بموزون جاز التفاضل ،
والنفرق قبل القبض ، كأن يكون أحد العوضين مكبلاً كبير والآخر
موزوناً كذهب أو فضة ، أو لحم بدقيق أو نحو ذلك ، لأنهما لم يجتمعا
في أحد وصفي علة ربا الفضل أشبه الثياب بالحيوان .

مادة (١١٣) :

(١) لا يجوز بيع المكبيل بجنسه وزناً ، ولا يبيع الموزون
بجنسه كيلاً ، إلا إذا علم تساويهما في المعيار الشرعى .

(١) كشف القناع ص ٩٨

(ب) إذا اختلف الجنس ، صح البيع وزناً أو كيلاً ،
أو جزافاً بشرط القبض .

(ج) يجوز بيع صبرة من مكيل بصبرة من جنسه إن علم
العاقدان كيلهما وتساويا فيه ، أو لم يعلماه وتبايعاهما مثلاً بمثل
فكانتا سواء^(١) .

إيضاح

(١) لا يجوز أن يباع ما أصله الكيل كالحبوب والمائعات بشيء
من جنسه وزناً ، ولا أن يباع ما أصله الوزن بشيء من جنسه كيلاً ، إلا إذا
علم تساويهما في معياره الشرعي ، لحديث أبي هريرة مرفوعاً (الذهب
بالذهب والفضة بالفضة وزناً بمثل فم زاد أو استزاد فهو ربا)
رواه مسلم ، وروى ابوداود عن حديث عبادة ، مرفوعاً « البر بالبر مدين
بمدين والملح بالملح مدين بمدين والشعير بالشعير مدين بمدين والتمر
بالتمر مدين بمدين فم زاد أو ازداد فقد أربأ » فاعتبر الشارع المساواة
في الموزونات بالوزن وفي المكيلات بالكيل فم خالف ذلك خرج عن
جنس المشروع المأمور به ، إذ المساواة المعتبرة فيما يحرم فيه التفاضل ،
هي المساواة في معياره الشرعي .

(ب) إذا بيع المكيل بغير جنسه كبر بشعير أو بع الموزون بغير

(١) كشف ص ٨٨ — ٨٩ منتهى الارادات ص ٥٦ .

جنسه ، كحديد بنحاس مثلاً جاز بيع بعضه بعض كيلاً أو وزناً
أو جزافاً أو متفاضلاً ، بشرط القبض لقوله عليه السلام : « فإذا
اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم يدأ بيد » .

(ح) إذا بيعت صبرة من مسكيل بصبرة أخرى من جنسها وكان
المتعاقدان يعلمان كيلهما وتساويهما فيه ، أولاً يعلماه وتبايعاهما مثلاً
بمثل فسكيلنا فإن تساويهما في الكيل صح للبيع في الصورتين .
أما إذا كان المتعاقدان مجهلان كيلهما ، أو كيل أحدهما ويعلمان
كيل الأخرى ، فلا يصح للجهل بالتساوى ، وقد سبق أنه مبطل للبيع
كالعلم بالتفاضل .



مادة (١١٤) : يجوز بيع الرطب على رؤوس النخل خرصاً
بمثله من التمر كيلاً ، بالشروط الآتية :
١ - أن يكون الرطب أقل من خمسة أوسق .
٢ - أن يكون المشتري للرطب محتاجاً إليه ، وليس
معه نقود .

٣ - أن يكون البيع حالاً مع التقابض^(١) .

(١) كشاف النفع ص ٩٣ منتهى الارادات ص ٥٩ الشرح الكبير ص ١٥٢، ١٥٣

إيضاح

الأصل أن يبيع الرطب على رؤوس النخل بالتمر لا يصح ، للجهل بالتساوي ، وقد استثنى من ذلك العرايا التي رخص فيها الرسول ﷺ حاجة الناس . وهي : بيع الرطب في رؤوس النخل خرساً بمنزله من التمر كيلا إذا يبس ، لا أقل ولا أكثر ، لأن الشارع أقام الحرص مقام الكيل ولا يعدل عنه كما لا يعدل عن الكيل فيما يشترط فيه الكيل ولا يجوز بيعها بخرصها رطباً ولا بزيادة عن خرسها أو أنقص منه لترخيصه عليه للصلاة والسلام في الحديث في العرايا أن تباع بخرصها كيلا . لأن الأصل اعتبار الكيل من الجانبين سقط في أحدهما وأقيم الحرص مقامه للحاجة فيبقى الآخر على مقتضى الأصل . ويشترط لصحة بيع العرايا ما يأتي :

١ - أن يكون مقدار الرطب أقل من خمسة أوسق : والوسق ستون صاعاً .

فإن كانت خمسة أوسق أو أكثر لم يصح البيع . لفول أبي هريرة : أن النبي ﷺ « رخص في العرايا أن تباع بخرصها فيما دون خمسة أوسق أو خمسة أوسق » متفق عليه . شك داود بن الحسين أحد رواة فلا يجوز في الخمسة لوقوع الشك فيه .

٢ - أن يكون المشتري للرطب محتاجاً لأكله وليس معه نقود يمكنه الشراء به ، لأن ما جاز للحاجة لا يجوز عند عدمها ، كالزكاة للمساكين .

٣ — أن يكون البيع حالا وأن يتم التقابض بين الطرفين
في مجلس بيعها ، والقبض في نخل بتخلية البائع بين المشتري وبينه ،
والقبض في تمر بكيله .

* * *

مادة (١١٥) : يحرم ويبطل بيع الربوى بجنسه ومع أحدهما
أو معهما شيء آخر من غير جنسهما^(١) .

إيضاح

يحرم ولا يصح بيع الربوى بجنسه ، إذا كان مع أحد العوضين ،
أو معهما من غير جنسهما ، كمد عجوة ودرهم ، بمد عجوة ودرهم أو مد عجوة
ودرهم بمدين من عجوة أو بدرهمين . وكبيع محلي بالذهب بذهب ، أو محلي
بالفضة بفضة . وتسمى هذه الصورة مسألة مد عجوة ودرهم ، لأنها مثلت
بذلك ، ونص على عدم جوازها لحديث فضالة بن عبيد « أتى النبي ﷺ
بقلادة فيها ذهب وخرز ابتاعها رجل بتسعة دنانير أو سبعة دنانير فقال
النبي ﷺ لا . حتى تميز بينهما قال : فرده حتى ميز بينهما » رواه
أبو داود ، ولمسلم « أنه عليه الصلاة والسلام أمر بالذهب الذي في القلادة

(١) كشاف القناع صفحة ٩٤ ، منتهى الارادات صفحة ٦٠ ، ٦١ الشرح
صفحة ١٥٦ ، ١٥٧ .

فترع وحده ثم قال : الذهب بالذهب وزناً بوزن ، وما أخذ البطلان
سد ذريعة الربا ، لأنه قد يتخذ ذريعة على الربا الصريح ، كبيع مائة
في كيس بمائتين جعلاً للمائة الثانية في مقابلة الكيس وقد لا يساوي
درهما . أو أن الصفقة إذا اشتملت على شيئين مختلفي القيمة قسط الثمن
على قيمتهما ، فهو من باب التوزيع على الجهل وهو يؤدي إما إلى يقين
التفاضل ، أو إلى الجهل بالتساوي ، وكلاهما يبطل العقد في باب الربا .

وروى عن الإمام أحمد — أنه يجوز البيع ، بشرط أن يكون
المفرد أكثر من الذي معه غير ، أو يكون مع كل واحد منهما من
غير جنسه . قال حرب قلت لأحمد : دفعت ديناراً كوفياً ودرهما
وأخذت ديناراً شامياً وزنهما سواء . قال : إلا أن ينقص الدينار فيعطيه
بحسابه فضة ، وكذلك روى عن محمد بن أبي حرب الجرجاني قال
أبو داود : سمعت أحمد يسأل عن الدراهم المسيبية بعضها صفر وبعضها
فضة بالدراهم فقال لا أقول فيه شيء .

مادة (١١٦) :

(١) إذا كان الربوي غير مقصود في البيع ، ولا يمكن
بيعه منفرداً اعتبر كالمدوم ، فيصح بيع ما حواه بجنس
الربوي أو بغيره .

(ب) يصح بيع الربوى بجنسه إذا خلط بما لا يقصد بيعه ،
ولا يؤثر في وزنه أو كيله ، أو كان لمصلحته^(١) .

إيضاح

(١) إذا كان الربوى لا يقصد عادة في البيع ولا يباع منفرداً :
كذهب بموه به سقف دار اعتبر كالمعدوم ، فيجوز بيع الدار المموة
سقفها بالذهب بذهب ، أو بدار مثلها لأن الذهب في السقف غير
مقصود ولا يقابل بشيء من الثمن .

(ب) إذا خلط الربوى بنيره وكان هذا الغير لا يقصد ولا يؤثر
في وزن الربوى أو كيله لكونه يسيراً ، كالملاح فيما يعمل فيه كخبز
وجبن وحببات الشعير من الخنطة ولو كان في أحد الموضوعين دون الآخر
صح البيع . لأن ذلك غير مقصود وكرغيف برغيف مثله ورطل من
جبن برطل من جبن .

وكذلك يصح البيع إذا كان غير المقصود الذي خلط الربوى به
كثيراً إلا أنه لمصلحة الربوى كالماء في خل التمر والزبيب فيجوز بيع هذه
الأصناف بمثلها مثلاً بمثل يداً بيد ولا أثر لما فيها من الماء ، لأنه غير
مقصود في البيع ولمصلحة الربوى المقصود .

(١) كشف القناع ص ٩٥ . منتهى الارادات ص ٦١ ،

أما إن كان غير المقصود كثيراً وليس من مصلحة ما أضيف إليه كاللبن المشوب بالماء إذا بيع بمثله ، لم يجز للعلم بالتفاضل .

* * *

مادة (١١٧) : لا يجوز بيع الدين إلا للمدين به ، ويشترط أن يكون الثمن عيناً حاضرة^(١) .

إيضاح

لا يجوز بيع الدين إلا للمدين به ويشترط لصحة ذلك ألا يكون الثمن مؤجلاً . بل يجب أن يكون عيناً حاضرة لئله عليه السلام « عن بيع الكالئ بالكالئ » رواه أبو داود في الغريب وفسره الدين بالدين .

ولبيع الدين بالدين صور كلها باطلة . إلا هذه الصورة التي نصت عليها المادة . ومن الصور الباطلة ، بيع الدين لغير من هو عليه مطلقاً ، أى سواء كان الثمن حاضراً أو مؤجلاً وذلك لعدم القدرة على التسليم ، ومنها بيع مافي الذمة حالاً لمن هو عليه بمن مؤجل ، ومنها جعل رأس مال السلم ديناً بأن يكون له دين عند آخر فيقول : جمعت مافي ذمتك رأس مال سلم على كذا ، ومنها أن يكون اسكل واحد من الاتنين دين على صاحبه من غير جنسه ، كالذهب والفضة وتصارفهما ولم يحضرا شيئاً

(١) كشف القناع صفحة ٩٨ الشرح الكبير ص ١٦٥ ، ١٧٢

فإنه لا يجوز ، سواء كانا حالين أو مؤجلين ، لأنه يبيع دين بدين ،
فإن أحضر أحد الدينين أو كان أحد العوضين ديناً والآخر أمانة ،
أو منصوباً عند صاحبه جاز . ولم يكن يبيع دين بدين بل بعين .

الصرف

مادة (١١٨) :

(أ) الصرف : يبيع نقد بنقد من جنسه أو غيره .

(ب) يشترط لصحته :

أولاً : أن يتم التقابض قبل تفرق العاقدين تفرقاً يبطل

خيار المجلس ، سواء اتفق العوضان في الجنس أو اختلفا فيه .

ثانياً : المماثلة بين العوضين إذا اتفقا في الجنس .

(ج) إذا افرق المتصارفان قبل قبض بعض الصرف صح

في المقبوض فقط (١) .

(١) كشاف القناع صفحة ٩٩ ، ١٠٠ ، للمنتهى ص ٦٣

إيضاح

(أ) الصرف : بيع نقد بنقد اتحاد الجنس أو اختلاف ، سميت بذلك لصريفها وهو تصويتها ، مأخوذ من الصريف وهو : تصويت النقد في الميزان وقيل لانصراف المتصارفين عن مقتضى البياعات من عدم جواز التفرق قبل القبض . والصرف جائز .

(ب) ويشترط لصحة الصرف شرطان :

أولهما — أن يتم التقابض في المجلس قبل تفرق العاقدان لقوله عليه الصلاة والسلام « يبعوا الذهب بالفضة كيف شئتم يداً بيد » والمعتبر في التفرق تفرق العاقدين أصليين أو وكيلين تفرقاً يبطل خيار المجلس . فلا يضر طول المجلس ولا أن يتماشيا مصطحبين ، أو إلى منزل أحدها أو إلى الصراف فيتقابضا عنده ، وكذا إذا تفرقا اضطراراً . أما إذا تفرقا باختيارها ، بالمجلس قبل القبض بطل العقد ، لأن ذلك يبطل خيار المجلس . أو مات أحدها .

للشرط الثاني لصحة الصرف :

أن يتماثلا العوضان إذا كانا من جنس واحد ، لأن تفاضلها يؤدي إلى الربا .

(ج) إذا اتمق المتصارفان قبل قبض بعض الثمن بان قبضا بعضه فقط ، صح فيما قبض ، وبطل فيما لم يقبض لفوات شرطه .

مادة (١١٩) :

(١) لكل من المتصارفين أن يوكل غيره

في القبض ، بشرط بقاء الموكل في المجلس حتى تمام القبض .
(ب) إذا شرط المتصارفان الخيار صح العقد وبطل الشرط (١) .

إيضاح

(١) يجوز للمتصارفين ولأحدهما أن يوكل من يقبض له بشرط أن يتم التقابض ، من الوكيلين أو من أحد المتصارفين ووكيل الآخر قبل تفرق الموكلين ، أو تفرق الموكل والعاقد الثاني الذي لم يوكل ، لأن قبض الوكيل كقبض الموكل ، فإذا تفرق الوكيلان ، أو الموكل والعاقد الثاني قبل القبض بطل الصرف ، سواء افرق الوكيلان أولاً ، لتمتع العقد بالقبض .

(ب) إذا شرط المتصارفان الخيار في الصرف صح العقد وبطل الشرط ، كسائر الشروط الفاسدة . لأنه شرط يناهض مقتضى العقد .

التصارف على معين

مادة (١٢٠) :

إذا كان التصارف على معينين ، ثم ظهر أن أحد العوضين مفضوب كله بطل العقد (٢) .

(١) كشف ص ٩٩ ، ١٠٠ ، منتهى الارادات ص ٦٣ .

(٢) كشف القناع ص ٩٩ ، ١٠٣ ، ومنتهى الارادات ص ٦٨ .

إيضاح

إذا تصارف المتعاقدان على معينين من جنسين، كهذا الدينار، بهذه الدراهم ولو بوزن متقدم على العقد، أو بإخبار صاحبه بأن وزن نقده كذا، ثم ظهر أن أحد العوضين منصوب كله بطل العقد لأنه باع مالا يملكه، ولأن العقد وقع على عينه فلم يجز له المطالبة يده.

وتعين الدينانير والدراهم في جميع عقود المعاوضات بتعينها بالإشارة إليها. فلا يصح إبدالها إذا وقع العقد على عينها، ويصح تصرفه فيها قبل قبضها. إن لم تحتاج لحق توفية.

أما إذا ظهر أن الغصب في بعض الصرف، بأن صارفه دينارين بعشرين درهما، فوجد أحد الدينارين منصوبا بطل العقد في المنصوب فقط بما قابله، وصح في غير المنصوب بما قابله.

مادة (١٢١):

إذا ظهر أن المتصارف عليه المعين معيب كله بغير جنسه بطل العقد وإذا كان العيب في البعض بطل فيه (١).

(١) كشف القناع ص ٩٩، ١٠٠

إيضاح

إذا ظهر المتصارف عليه المعين معيب كاه ، وكان العيب من غير جنسه ، كنهاس في الدراهم ولو يسيراً بطل العقد ، لأنه باعه غير ما سمي له فلم يصح ، كبعثك هذا البغل فظهر أنه فرس .

أما إذا كان العيب في البعض من غير الجنس بأن صارفه دينارين بعشرين درهما ، فوجد أحد الدينارين معيباً ، بطل في المعيب فقط بما قابله وصح في السليم بما قابله .

مادة (١٢٢) :

(أ) إذا كان العوضان المعينان من جنسين ، وظهر بأحدهما عيب من جنسه صح العقد . ولأخذ المعيب الخيار ، بين الفسخ أو الإمساك مع الأرش من غير جنس السليم ، وبشرط القبض إن كان الأرش من جنس المعيب .

(ب) إذا كان العوضان المعينان من جنس واحد ، وظهر

بأحدهما عيب من جنسه صح العقد . وكان لآخذ الميب
الإمساك بلا أرش أو الرد^(١) .

إيضاح

(١) إذا كان العوضان الميعنان من جنسين ، وظهر بأحدهما عيب
من جنس الميب كالسواد في الفضة والحشونة فيها ، وكونها تتشقق عند
الضرب ، أو كانت سكتها مخالفة لسكة السلطان ، فاعقد صحيح . لأن
العيب لا يبطل البيع سواء ظهر العيب قبل التفريق أو بعده ، ولمن صار
إليه الميب الخياريين الرد والإمساك مع الأرش ، فإن رده بطل
العقد ، وليس له المطالبة بالبدل ، لأن العقد وقع على عينه . وإذا
أخذ غيره أخذ ما لم يشتره ، وإن أمسك الميب فله أرشه من غير
جنس السليم لثلاثين يفسى إلى مسألة مد عجوة ودرهم :

ثم إذا كان الأرش من النقدين فلا بد من قبض الأرش بالمجلس ، حتى
لا يتفرقا قبل تمام العقد ، أما إذا كان الأرش من غير جنس النقدين
كبر وشعير فله أخذه بعد المجلس لأن هذه لا يشترط فيها القبض إذا
يعت بنقده ، وكذا سائر الربويات إذا بيعت بغير جنسها ، فلو باع برأ
بشعير فوجد بأحدهما عيباً فأخذ أرشه درهما ونحوه مما ليس بكيل
جاز ، ولو بعد التفريق من المجلس لما تقدم . أما لو أخذ أرشه مكبلاً ،
فلا بد من قبضه قبل التفريق :

(ب) إذا كان العوضان من جنس واحد وظهر بأحدهما عيب من

(١) كشف القناع ص ٩٩ ، ١٠٠ منتهى الإرادات ص ٦٤ ، الشرح
الكبير ص ١٦٨ ج ٤

جنسه صح العقد، وخير بين الإمساك بلا أرش، أو الرد، لما يترتب على الأرش من حصول الزيادة في أحد العوضين وفوات المائلة المشتركة في الجنس الواحد .

التصارف في الذمة

مادة (١٢٣) :

يشترط لصحة التصارف في الذمة أن يتم التقابض قبل التفرق، وأن يكون العوضان معلومين^(١) .

إيضاح

إذا كان العوضان المتصارف عليهما أو أحدهما في الذمة صح الصرف بالشروط الآتية :

١ — ان يتم التقابض قبل التفرق من مجلس العقد، ولو لم يكن العوضان معهما وقت العقد واقتراضها أو مشيا معا إلى محل آخر وتقابضا .

(١) كشف ص ١٠٠ ، منتهى الإرادات ص ٦٤ . الشرح ص ١٧٢ .

أما حديث « لا تبعوا غائباً منها بناجز » فمعناه . لا يباع عاجل بأجل ، أو مقبوض بغير مقبوض ، والقبض فى المجلس كالتقبض حال العقد .

٢ — أن يكون العوضان معلومين ، إما بصفة يتميزان بها ، أو يكون بالبلد نقد معلوم أو غالب فينصرف الإطلاق إليه ، فلو قال بعتك ديناراً مصرى بعشرين درهماً من نقد لم يصح . إلا إذا لم يكن بالبلد إلا نوع واحد فتصرف الصفة إليه .

مادة (١٢٤) :

(١) إذا كان العوضان فى الذمة ومن جنسين مختلفين ووجد بأحدهما عيب من جنسه فالعقد صحيح .

فإن كان المتصارف قد علم بالعيب قبل التفرق ، فهو باختيار بين المطالبة بسليم بدله ، أو إمساكه مع الأرش .

أما إذا علم بالعيب بعد التفرق فله الإمساك مع الأرش أو المطالبة ببده قبل التفرق من مجلس الرد ، وإلا بطل العقد .

(ب) إذا كان العوضان في الذمة ، وكانا من جنسين ، فوجد أحد العاقدين بما قبضه عيباً من غير جنسه ، فله المطالبة بسليم بدله ما دام في المجلس ، فإن تفرقا قبل أخذ البدل بطل العقد (١)

إيضاح

(١) إذا تصارف العاقدان على جنسين في الذمة كدينار بعشرة دراهم ، وتقابضا ، ثم ظهر عيب في أحدهما ، فإما أن يكون العيب من جنس العوض أولا ، فإن كان العيب من جنس العوض . فإما أن يعلم بالعيب قبل التفرق أولا فإن علم بالعيب قبل التفرق فالعقد صحيح ، وله أخذ سليم بدله قبل التفرق ، لأن العقد وقع على مطلق ، والإطلاق يقتضى السلامة من العيب . كما أن له أيضا أخذ أرش العيب قبل التفرق من غير جنس العوض السليم ، لثلا يفضى إلى مسألة مد عجوة ودرهم .

أما إذا علم بالعيب قبل التفرق فالعقد صحيح أيضا ، كمن اشترى

(١) كشف القناع صفحة ١٠٠ ، ١٠١ . انتهى الارادات ص ٦٤ ، الشرح

الكبير ص ١٢٧ .

سلعة فوجدتها معيبة ، وله إمساك مع أرش عيبه ، أو رده وأخذ بدله في مجلس الرد ، لأن قبض بدله يقوم مقامه ، فإن تفرقا قبل أخذ بدله في مجلس الرد بطل العقد ، لقوله عليه السلام « لا تتبعوا غائباً منها بناجز » وكذا الحكم لو ظهر العيب في بعض العوض .

(ب) إذا كان العوضان في الذمة وكانا من جنسين ، فوجد أحد العاقدين بما قبضه عيباً من غير جنسه ، كالتحاس في الفضة فالعقد صحيح ، وله رده قبل الثفرق وأخذ بدله سليماً .

أما إذا علم بالعيب قبل التفرق ، أو تفرقا قبل أخذ البديل فسد العقد ، لأن قبضه كأن لم يحصل قبض ، وكأنهما تفرقا قبل التقابض فلم يتحقق شرط الصحة .

مادة (١٢٥) ينصح التصارف إذا كان أحد العوضين معيناً والآخر في الذمة ، فإن وجد بهما أو بأحدهما عيب ، فلكل حكمه طبقاً للأحكام المنصوص عليها في المواد رقم :
(١١٦ - ١١٧ - ١١٨ - ١١٩ - ١٢٠) (١)

(١) كشف القناع ص ١٠١ ، المنتهى ص ٦٥ .

إيضاح

إذا كان أحد العوضين في الذمة ، والآخر معينا كصارتك هذا الدينار بعشرة دراهم مصرية ، أو هذه الفضة بدينار مصرى صح الصرف . ثم إن ظهر بهما أو بأحدهما عيب ، فسل كل عوض حكم نفسه ، فيطبق على ما في الذمة إن وجد معينا ماسبق من أحكام تخصه . وكذلك المعين على ماسبق تفصيله في المواد المشار إليها في المادة .

* * *

مادة (١٢٦) :

إذا تلف أحد العوضين بعد القبض ، ثم ظهر أنه كان معيبا فسخ العقد ، ورد الموجود ويلزم من حصل التلف بيده بقيمة التالف ، أو عوضها إن اتفقا عليه ، وذلك في حالتين .

١ - إذا علم بالعيب بعد التفرق مطلقا .

٢ - إذا علم بالعيب قبل التفرق وكان العوضان من

جنس واحد .

أما إذا علم بالعيب قبل التفرق وكان العوضان من جنسين صح أخذ الأرش^(١) .

(١) كشف القناع ص ١٠١ ، منتهى ص ٦٥ .

إيضاح

إذا تلف العوضان في صرف بعد قبضه ، ثم ظهر بعد تلفه أنه كان معيبا فسخ العقد في حالتين :

الأولى : إذا علم بالعيب بعد التفريق من مجلس العقد سواء كان العوضان من جنس واحد أو من جنسين .

الثانية : إذا علم بالعيب قبل التفريق من مجلس العقد وكان العوضان من جنس واحد .

فإذا فسخ العقد رد العوض الموجود لباذله ، وألزم من حصل التلف ييده بقيمة التالف ، أو عوض القيمة إن انفقا عليه .

أما إذا علم بالعيب قبل التفريق وكان العوضان من جنسين مختلفين ، فلن تلف في يده أخذ أورش العيب ، أو الفسخ والالتزام بقيمته معيبا .

* * *

مادة (١٢٧) :

(١) يجوز لكل من المتصارفين بلا تواطؤ الشراء من

الآخر من جنس ما صرف منه .

(ب) من عليه دينار فقضاه دراهم متفرقة صح إن كانت

كل نقدة بحسابها .

(ح) يجوز اقتضاء تقدم نقد آخر بسعر اليوم إن كان أحد النقدين حاضراً وقبض قبل التفرق ، أو كان أمانة ، أو غصباً عند المقتضى ^(١) .

إيضاح

(أ) لكل من المتصارفين أن يشتري من صارفه من جنس ما اخذ منه بلا مواطأة بينهما على ذلك ، كأن صرف منه ديناراً بدرهم ثم صرف منه الدرهم بدينار . سأروى أبو هريرة وأبو سعيد أن النبي ﷺ استعمل رجلاً على خبير فجاءه بثمر خبيث فقال : « أكل ثمر خبير كهذا ؟ قال : لا إنا لناخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة فقال النبي ﷺ : لا تفعل بع التمر بالدرهم ثم اشتر بالدرهم جيداً » متفق عليه .

ولم يأمره أن يبيعه إلى غير من اشترى منه ولو كان ذلك محرماً لبينه له .

(ب) من عليه دينار فقضاء دراهم متفرقة صح ذلك إذا كانت كل نقدة بحسابها من الدينار بأن يقول له هذا الدرهم عن عشر الدينار ، وهذان الدرهمان عن خمسة مثلاً .

(١) كشف القناع ص ١٠٢ . المنتهى ص ٦٥ ، ٦٦ .

أما إذا لم تكن كل نقدة بحسابها بأن أعطاه الدراهم مع السكوت
ثم حاسبه بعد ذلك وصارفه بها لم يصح ، لأنه بيع دين بدين .

(ح) يصح اقتضاء نقد بنقد آخر لحديث ابن عمر « كنا نبيع
الأبصرة بالبيع بالدنانير ونأخذ عنها الدراهم وبالدرهم وناخذ عنها
الدنانير فسألنا رسول الله ﷺ فقال لا بأس أن تأخذوها بسعر يومها
ما لم تنفرقا وبينكما شيء » رواه أبو داود وابن ماجه .

ويشترط لصحة ذلك : أن يكون أحد النقدين حاضراً فان لم يكن
أحدهما حاضراً لم يصح ، لأنه بيع دين بدين ، كما يشترط ان يتم
التقابض قبل التفرق ، أو ان يكون أحد النقدين امانة أو غصباً
عند المقتضى والنقد الآخر مستقر في الذمة ، كما يشترط ان يكون
الاقتضاء بسعر يومه لما تقدم من حديث ابن عمر ، ولا يشترط حلول
مافى الذمة ، فلو كان مؤجلاً وقضاه بسعر يوم القضاء جاز ، لأنه
رضى بتعجيل مافى الذمة بغير عوض .

مادة (١٢٨) :

إذا علم المتصارفان وزن العوضين جاز أن يتبايعا بغير
وزن ، وكذلك إذا أخبر أحدهما الآخر بوزن ما معه فصدقه
فإن وجد أحدهما ما قبضه ناقصاً بطل العقد ، وإن وجد

زائداً صح وكان الزائد مشاعاً مضموناً لصاحبه ، إلا إذا كان العقد على معين فيبطل ^(١) .

إيضاح

إذا علم المتصارفان وزن العوضين ، أو أخبر أحدهما الآخر بوزن مامعه فصدقه جاز في الصورتين ان يتبايعا بغير وزن ، فاذا باع ديناراً بدينار وافترقا فوجد أحدهما ما قبضه ناقصاً بطل الصرف ، لأنهما يتبايعا ذهباً بذهب متفاضلاً ، فان وجد أحدهما بما قبضه زيادة على الدينار فان كان قال : بعتك هذا الدينار بهذا فالعقد باطل ، لوجود التفاضل ووقوعه على معين . وإن كان قال بعتك ديناراً بدينار ، ثم تقابضا كان الزائد في يد القابض مشاعاً مضموناً للمالك لأنه قبضه على انه عوض ، وإنما لم يفسد العقد لأنه باع ديناراً بمثله ، وإنما وقع القبض للزيادة على المعقود عليه فان أراد دفع عوض الزائد جاز ، سواء كان من جنسه او غير جنسه ، لأنها معاوضة مبتدأة ، وإن اراد احدهما القسح فله ذلك لأنه باخذ الزائد وجد المبيع مختلطاً بغيره معيباً بعيب الشركة ، ودافعه لا يلزمه اخذ عوضه .

هذا إذا لم يكونا في المجلس فان كانا في المجلس فإرد الزائد أو يدفع بدله .

* * *

(١) كشاف القناع ص ١٠٢ ، منتهى ص ٦٦ . الشرح الكبير ص ١٧٤

تحريم الحيل

مادة (١٢٩) :

تحرم الحيل التي تحل حراماً ، أو تحرم حلالاً^(١) .

إيضاح

الحيلة المحرمة : هي ان يظهر عقداً ظاهراً الإباحة يريد به محرماً مخادعة وتوصلاً إلى فعل ما حرم الله تعالى ، أو إلى إسقاط واجب لله تعالى ، أو لآدمي كهيئة ماله مثلاً قرب الحول لإسقاط الزكاة ، أو لإسقاط نفقة واجبة .

والحيل التي يتوصل بها إلى تحليل حرام ، أو تحريم حلال محرمة ، لا تجوز في شيء من الدين لأن الله تعالى إنما حرم المحرمات لمفسداتها ، والضرر الحاصل منها ولا يزول ذلك مع بقاء معناها .

أما حديث خبير المشهور الذي أمر فيه ببيع التمر الرديء والشراء بتمنه جيداً ، فانما أمرهم بذلك لأنهم كانوا يبيعون الصاعين من الرديء بالصاع من الجيد فعلمهم صلى الله عليه وسلم الحيلة المانعة من الربا لأن العقد هنا بالذات تحصيل أحد النوعين دون الزيادة ، فان تصورت حرمت الحيلة جمعاً بين الأخبار . فعلم ان كل ما قصد التوصل إليه من حيث ذاته لا من حيث كونه حراماً جاز ، وإلا حرم .

(١) كشاف القناع ص ١٠٤ ، ١٠٥ ، الشرح الكبير ص ١٧٩ ، ١٨٠

ومن الحيل لو اقرض شيئا وباع إلى المقرض سلعة بأكثر من قيمتها ، أو اشترى منه شيئا بأقل من قيمته توسلا إلى أخذ العوض عن القرض . ، ومنها أن يستأجر أرض بستان بأمثال أجرتها ثم يساقبه على عمر شجر بجزء من الف للمالك والباقي للعامل ولا يأخذ المالك منه شيئا ، ولا يريدان ذلك . وإنما قصدهما بيع الثمرة قبل وجودها أو بدو صلاحها بما سميها والعامل لا يقصد سوى ذلك ، أو ربما لا ينتفع بالأرض التي سمي الأجرة في مقابلتها ، ومثل ذلك من الحيل .

بيع الأصول والثمار

مادة (١٣٠) :

أولا : بيع الأصول

يدخل في بيع الدار أو نحوها أرضها بمعدنها الجامد ، وبنائوها وفنائوها وما اتصل بها لمصلحتها ، وما فيها من شجر وعرائش ، دون ما دفن فيها من كنز وحجر أو منفصل عنها^(١)

إيضاح

الأصول جمع أصل وهو ما يتفرغ عنه غيره ، والمراد به هنا

(١) كشف القناع من ١٠٥ ، ١٠٧ ، منتهى الإرادات ص ٦٨ ، ٧٠ .

الأرض والدور والبساتين ونحوها والثمار جمع ثمر وواحد الثمر ثمرة .
إذا بيعت دار أو نحوها تناول البيع أرضها إذا كانت الأرض
يصح بيعها ، فإن لم يجوز بيعها كسواد العراق لم يتناولها البيع ، ويدخل
في أرضها ما بها من معدن جامد لأنها كأجزائها ، أما المعدن الجاري
أو الماء الذي ينبع في بئر وعين فلا يدخل في البيع لأنه يجري من تحت
الأرض إلى ملكة أشبه ما يجري من الماء في نهر إلى ملكة ، ولأنه
لا يملك إلا بالحيازة وقد تقدم تفصيل لذلك في شروط البيع . كما يتناول
البيع بناء الدار وسقفها ودرجها وفناءها ، وما فيها من شجر وعريش
(وهو ما يحمل عليه الكروم) وتناول البيع أيضاً ما اتصل بالدار
لمصلحتها . كسلايم مسمرة . ورفوف وأبواب منصوبة ، وخوابي
مدفونة للانتفاع بها ونحو ذلك لأنه متصل لمصلحتها أشبه الحيطان .
ولا يتناول البيع ما كان مودعا في الدار من كنز أو أحجار
مدفونة ، ولا ما انفصل عنها كجبل ، ودلو ورفوف غير مسمرة لعدم
الاتصال بها .

مادة (١٣١) :

إذا ظهر بالأرض المبيعة معدن جامد ، أو جار لم يعلمه
البائع حين البيع ، لزم المشتري إخباره به ، وكان للبائع حق
الفسخ ^(١) .

(١) كشف القناع ص ١٠٦ ، المغني ص ٢٠٠ .

إيضاح

إذا ظهر بالأرض المبيعة معدن جامد ، أو جار لم يعلم به البائع حين البيع ، فيلزم المشتري إعلامه به ، كما لو اشترى متاعا فوجده خيرا مما اشتراه ، ولأنه زيادة لم يعلم بها ، فاشبهه مالو باعه ثوبا على أنه عشرة فبان احد عشر ، وللبائع الخيار بين الإمضاء أو الفسخ .

مادة (١٣٢) :

يدخل في بيع القرية دورها وحصنها الدائر حولها وما تخلل بانيانها من شجر . أما المزارع فلا يشملها البيع إلا بنص أو قرينة^(١) .

إيضاح

إذا بيعت قرية تناول البيع البيوت والحصن الدائر حولها ، لأن ذلك مسمى القرية والشجر المغروس بين بانيانها سواء كان في البيوت او بينها .

ولا يتناول البيع مزارعها إلا بقرينة كمساومة عليها ، أو ذكر

(١) كشف القناع صفحة ١٠٧ ، منتهى صفحة ٧٠ .

حدودها ، أو بذل ثمن لا يصلح إلا للقرية وفي أرضها التي تزرع أو نحو ذلك من القرائن .

مادة (١٣٣) :

- (أ) يدخل في بيع الأرض ما عليها من مبان وغراس .
(ب) ويدخل في بيع البستان أرضه وغراسه وسوره ^(١) .

إيضاح

- (أ) إذا بيعت أرض تناول البيع الأرض والغراس والبناء ولو لم يقل بمقوقها ، لأنهما من حقوق الأرض ويتبعانها من كل وجه ، لأنهما يتخذان للبقاء فيها وليس لانتهاه مدة معلومة . بخلاف الزرع والتمر .
(ب) إذا بيع بستان تناول البيع الأرض والفراش والبناء ، لأنه إسم للأرض والشجر والحائط بدليل أن الأرض المكشوفة لا تسمى بستانا .

ولا يدخل في الأرض والبستان شجر مقطوع ومقلوع — لأن اللفظ لا يتناوله والتبعية انقطعت بانفصالها .

(١) كشف القناع صفحة ١٠٧ ، منتهى صفحة ٦٩ ، ٧٠ .

مادة (١٣٤) :

- (أ) إذا كان بالأرض المبيعة زرع لا يحصد إلا مرة واحدة
بقي للبائع إلى أول وقت أخذه ، مالم يشترطه المشتري لنفسه .
(ب) إذا كان بالأرض المبيعة زرع يجذ مرة بعد أخرى ،
أو تتكرر ثمرة فأصله للمشتري ، والجذة والجنية الظاهرة
للبياع ، مالم يشترطه المشتري لنفسه ، وعليه قطعها في الحال^(١) .

إيضاح

- (١) إذا كان بالأرض المبيعة زرع لا يحصد إلا مرة واحدة سواء
نبت هذا الزرع أولاً : كبر وشعير وعدس ونحوها ، فهو للبائع . فلم
يدخل في البيع ، لأنه مودع في الأرض يراد للنقل ، فأشبهه الثمرة
المؤبرة ، ويبقى للبائع إلى الحصاد بلا أجره عليه ، وياخذه أول وقت
أخذه ، وإن كان بقاؤه أنفع له ، وعليه إزالة ما يبقى من عروقه
المضرة بالأرض ، كما أن عليه تسوية الحفر ، هذا مالم يشترطه المشتري
لنفسه فإن اشترطه فهو له ، لأنه بالشرط يدخل تبعاً للأرض .
وإن ظن مشتر الأرض دخول زرع البائع أو ثمر على شجر
وادعى الجهل به ومثله يجبهه فله الفسخ ، لأنه يفوت عليه منفعة

(١) كشاف القناع صفحة ١٠٧ ، ١٠٨ ، منتهى صفحة ٦٨ ، ٧٠ .

الأرض والشجر عاما . وإن اختار الإمساك فلا أرض له .
 (ب) إذا كان بالأرض المبيعة زرع يجذ مرة بعد أخرى كأننعاع
 والكرات ، أو تتكرر ثمرته كالقثاء والبادنجان أو تنكرر
 زهره كبنفسج وزرجس فالأصول من جميع ذلك للمشتري ، لأنها
 تراد للبقاء أشبه الشجرة والجذوة الظاهرة . واللقطة والزهر الظاهر
 للبائع ، لأنه يبقى مع بقاء أصله أشبه ثمر الشجر المؤبر ، وعلى البائع
 قطع ما يستحقه منه في الحال . لأن ذلك ليس له حد ينتهي إليه وربما
 ظهر غير ما كان ظاهراً ، فلا يمكن تمييز حق كل منهما
 هذا إذا لم يشترطه المشتري لنفسه ، فإن اشترطه كان له عملاً بالشرط .

* * *

مادة (١٣٥) :

(١) إذا بيعت الأرض المبذورة فإن كان البذر مما يحصد
 نباته مرة واحدة ، فهو للبائع . كالنبات ، وإن جهل المشتري أن
 بها بذرا حين العقد ، فله الخيار بين الفسخ أو الإمضاء بلا أرش .
 أما إذا كان البذر مما يجذ نباته مرة بعد أخرى ،
 أو تتكرر ثمرته أو يبقى أصله فهو للمشتري .
 (ب) يصح بيع الأرض مع ما فيها من بذر .

إيضاح

(١) إذا كان بالأرض المبيعة بذر فإن كان البذر مما يحصد نباته مرة واحدة كالبر والشعير فهو للبائع كالنبات . هذا إذا كان المشتري عالماً بوجود البذر في الأرض ، أما إذا كان جاهلاً بوجوده ، فهو بالخيار بين الفسخ لفوات منفعة الأرض عليه ، وبين الإمضاء بلا أرش . لأنه لا نقص بالأرض .

أما إذا كان البذور مما يجذ ثمرة مرة بعد أخرى كبذر قثاء وباذنجان ، أو كان البذر مما يبقى أصله كشجر أو كان مما يجذ نباته مرة بعد أخرى ، كبرسيم فهو للمشتري تبعاً للأرض ، لأنه يتبعها لو كان ظاهراً ، فأولى إذا كان مستوراً ، أو لأنه يترك فيها للبقاء ، فإذا كان ما يبقى أصله لا يقصد منه البقاء كالشئل فهو للبائع .

(ب) يصح بيع الأرض بما فيها من بذر ، ويدخل البذر تبعاً ، فلا تضر جهالته كاللبن في الضرع فإن ذكر البائع قدر البذر أو صفته كان أولى لغيرورته معلوماً بالوصف ، فإذا بيعت الأرض مع البذر فلا شيء للبائع .

* * *

مادة (١٣٦) :

(١) إذا بيع نخل تشقق طلعه ، أو شجر بدا ثمرة ، أو

ظهر من نوره ، أو خرج من أكامه ، فئاتشق أو ظهر فهو
للبيع ، متروكا إلى الجذاذ ، ومايع قبل ذلك فهو للمشترى ،
والقول قول البائع في بدو ذلك وتشققه .

(ب) لكل من البائع والمشترى أن يشترط لنفسه
مالصاحبه ، كله أو بعضه .

إيضاح

(١) إذا بيع نخل تشقق ظلمه ولو لم يلقح ، أو بيع شجر بدا
ثمرة كغيب وتين ، أو ظهر من نوره كمشمش وتفاح ، أو خرج
أكامه كورد وقطن ، فئاتشق من الطلع أو ظهر من الثمر فهو للبيع
متروكا إلى الجذاذ ، لحديث « من ابتاع نخلا بعد أن تؤبر فثمرتها
للذى باعها إلا أن يشترط المبتاع » متفق عليه . وعلم منه أن مايع قبل
ذلك فهو للمشترى لأنه جعل التأبير حداً لملك البائع للثمرة . ونص
على التأبير والحكم منوط بالنشقق لملازمته له غالباً . ويترك إلى الجذاذ
لأن تخلية المبيع بحسب العرف والعادة كدار فيها أطمعة أو متاع

(١) كشاف القناع صفحة ١٠٩، ١١٠ ، منهي الارادات ص ٧١، ٧٣ ،
الشرح الكبير صفحة ١٩١ .

لم يجب نقله إلا حسب العادة في ذلك وهو أن ينقله نهاراً شيئاً بعد شيء .
ولا يلزمه النقل ليلاً ولا جمع دواب البلد لنقله كذلك هنا تفرغ النخل
من الثمرة في أوان تفرغها وهو أوان جذاذها . هذا إذا لم يشترط
المشتري على البائع قطعه في الحال فان شرط قطعه . وكذلك إذا تضرر
النخل ببقائه فان تضرر قطع لأن الضرر لا يزال بالضرر وقيس
ما تشقق من الطلع ما بدا من الثمار لأن بدوه . بمثابة تشقق الطلع
والقول قول البائع في بدو الثمر قبل العقد لتكون باقية له لأن الأصل
عدم انتقالها عنه . وعليه اليمين .

(ب) يصح لسكك من البائع والمشتري أن يشترط لنفسه ما صاحبه
كله أو بمضه . فلو شرط المشتري أن يكون له ما تشقق من الطلع
أو بدا من الثمر جاز . وكذلك إذا شرط البائع لنفسه الطلع الذي
لم يتشقق أو الثمر الذي لم يظهر جاز لما مر في الحديث .

* * *

مادة (١٣٧) :

(أ) تشقق بعض الطلع أو بدو بعض الثمر في الواحدة
تشقق وبدو لجميع طلعتها وثمرها .

(ب) إذا تشقق طلع بعض النخل دون الآخر ، أو ظهر
ثمر بعض الشجر دون الآخر فلاكل حكمه .

(ج) لكل من مالك الأصل ومالك الثمر السقى لمصلحة
ما يملك ولو تضرر الآخر (١) .

إيضاح

١ - إذا تشق بعض طلع الشجرة الواحدة أو ظهر بعض ثمرها
اعتبر ذلك تشقق وبدو لجميع ثمرها وكان كله للبائع إلحاقاً لما لم يتشقق
أو لم يظهر منه بما تشقق أو ظهر .

ونص الإمام أحمد أن ما أبر للبائع ، وما لم يؤبر للمشتري .
والحكم بأن الثمرة كلها للبائع يخالف مفهوم الحديث السابق . وقد
أجاب صاحب الكشاف بقوله لا مخالفة لأن قول الإمام ما أبر صادق
بما إذا أبر جميع النخلة أو بعضها . وكذلك الحديث «من باع نخلاً مؤبراً»
فقوله مؤبراً صادق بتأبير جميع ثمرة كل واحدة من النخل وتأبير
بعض كل نخلة منه .

(ب) إذا تشقق طلع بعض النخل المبيع دون الآخر ، أو ظهر ثمر
بعض الشجر دون الآخر ، فما ظهر أو تشقق للبائع . وما لم يتشقق فهو
للمشتري ، سواء كان من نوع ما تشقق أو غيره لعموم ما سبق .

(ح) لكل من مالك الأصل وهو المشتري ، ومالك الثمر وهو
البائع سقى ماله ، إن كان في سقيه مصلحة . ولو تضرر الآخر بالسقى ،

(١) كشاف القناع صفحة ١١١ ، منتهى الإرادات صفحة ٧٢ .

فلا يمنعان ولا يمنع أحدهما منه لأنهما دخلا في العقد على ذلك . فليس لأحدهما السقي لغير مصلحته لأن سقيه يتضمن التصرف في ملك غيره . والأصل المنع وإنما إباحته لمصلحة وأيهما أراد السقي فنكاليف السقي تلزمه ، ولا يلزم سقي ما للآخر ولا مشاركته لأنه لم يملكه من قبله .

* * *

مادة (١٣٨) :

لا يدخل في بيع الشجرة مكان غرسها ، وللمشتري الدخول لمصلحتها^(١) .

إيضاح

من اشترى شجرة فاكثر من بستان فله تبقيتها في أرض البائع إن لم يشترط عليه قطعها ، كتمر على شجر بيع بعد بدو صلاحه . ولا يدخل منبتها من الأرض تبع لها لأن اللفظ قاصر عنه والفرس اصل فلا يكون تبعاً . ويثبت للمشتري حق الاجتياز إليها لدلالة الحال عاينه .

وله الدخول لمصلحتها من نحو سقي وتأبير ، فاذا انقلعت الشجرة او بادت لم يملك إعادة غيرها مكانها لأنه لم يملك منبتها كما تقدم وانقطع حقه من الانتفاع بذلك .

* * *

(١) كشف القناع صفحة ٥٠٧ ، ١٠٨ .

ثانياً : بيع الثمار

مادة (١٣٩) :

لا يصح بيع الثمر قبل بدو صلاحه ، ولا بيع الذرع قبل اشتداد حبه ، إلا في الأحوال الآتية .

(أ) إذا كان المشتري هو مالك الأصل أو الأرض .

(ب) إذا بيع الثمر أو الحب المذكور مع أصله .

(ج) إذا بيع بشرط القطع في الحال إن كان له نفع حين

القطع ، ولم يكن مشاعاً^(١) .

إيضاح

لا يصح بيع الثمرة قبل بدو صلاحها ، لحديث ابن عمر قال (نهى رسول الله ﷺ عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها نهى البائع والمبتاع) متفق عليه .

كما لا يصح بيع الزرع قبل اشتداد حبه ، لحديث ابن عمر « أن النبي ﷺ نهى عن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة » رواه مسلم . وعن أنس مرفوعاً « أنه نهى عن بيع الحب حتى يشتد » رواه أحمد والحاكم وقال : على شرط مسلم .

(١) كشف القناع ص ١١١ ، ١١٢ .

ويستثنى من عدم صحة بيع الثمر قبل بدو صلاحه ، ويسع الزرع قبل اشتداد حبه في الأحوال الآتية . فيجوز بيعهما فيها :

١ - إذا بيع الثمر قبل بدو صلاحه أو الزرع قبل اشتداد حبه لمالك الأصل ، (أى بيع الثمرة لمالك الشجر أو بيع الزرع لمالك الأرض) فيجوز البيع ويصح ، لأنه إذا بيع لمالك الأصل فقد حصل التسليم التام للمشتري لكونه مالك الأصل والقرار . وهناك وجه بعدم الصحة في هذه الحالة .

٢ - أن يباع ما ذكر مع أصله بأن يبيع الثمرة مع الشجر ، أو يبيع الزرع مع الأرض . فيصح : لأنه إذا بيع مع الأصل دخل تبعاً في البيع فلم يضر احتمال الغرر فيه ، كما احتملت الجهالة في بيع اللبن في الضرع مع الشاة والنوى في الثمر مع الثمر .

٣ - أن يباع ما ذكر بشرط القطع في الحال فيصح قال : في المعنى بالإجماع ، لأن المنع كان خوفاً من تلف الثمرة وحدث العاهة عليها بدليل ما روى أنس أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى تزهى قال ؟ رأيت إذا منع الله الثمرة بما ياخذ أحدكم مال أخيه ، هذا إذا كان ما ذكر منتفعاً به حين القطع فإن لم ينتفع بها كثمرة الجوز وزرع الترمس لم يصح لعدم النفع بالمبيع .

كما يجب ألا يكون مشاعاً بأن يشتري نصف الثمرة قبل بدو صلاحها ، أو نصف الزرع قبل اشتداد حبه مشاعاً فلا يصح شرط للقطع ، لأنه لا يمكنه قطع ما يملكه إلا بقطع مالا يملكه وليس له ذلك .

* * *

مادة (١٤٠) :

- (أ) يصح بيع الجنبة الظاهرة والجذبة الظاهرة فقط مما يجنى أو يجذ مرة بعد أخرى ، بشرط الجنى أو الجذ في الحال .
- (ب) يضح بيع الأصول التي تتكرر ثمرتها ، ويدخل الثمر تبعاً له (١) :

إيضاح

(أ) يصح بيع الجنبة الظاهرة فقط مما يجنى مرة بعد أخرى ، والزرع الذي يجذ مرة بعد أخرى بشرط القطع في الحال ، لأن الظاهر منه معلوم لاجتهال فيه ولا غرر ، بخلاف ما في الأرض فإنه مستور معيب ولأن الزائد على اللقطة لم يخلق فلم يجز بيعه كما لو باعه قبل ظهوره ، إلا أن يبيعه مع أصله فيصح لأنه بيع للأصل أشبه الحمل مع أمه .

(ب) يصح بيع الأصول التي تتكرر ثمرتها كالقناص والخيار صغاراً كانت الأصول أو كباراً مثمرة كانت أو غير مثمرة بدو صلاح ثمرها أو لم يبد ، لأن العقد على الأصول ، وأما الثمرة فتابعة كالحمل مع أمه .

(١) كشف القناع ص ١١٢ ، ١١٣ .

وحصاد الزرع ولقاط اللقطة وجنى الثمرة التي اشترت على المشتري، لأن ذلك من مؤنة نقل ما اشتراه كنقل الطعام المبيع، بخلاف أجره الكيال ونحوه، فانها على البائع لأنها من مؤنة تسليم المبيع إلى المشتري، وهي على البائع وهنا حصل التسليم بالنخلة دون القطع بدليل جواز التصرف فيه، فان شرط ذلك على البائع صح الشرط. كشرطه حمل الحطب، أو تكسيه.

مادة (١٤١) :

(١) إذا اشترى الثمر قبل بدو صلاحه أو الحب قبل اشتداده بشرط القطع، ثم أبقاه المشتري حتى اشتد أو بدا صلاحه، بطل البيع.

(ب) إذا حدثت ثمرة جديدة مع ثمرة انتقل ملك أصلها أو مع ثمرة اشترت بعد بدو صلاحها، ولم تتميز الثمرة الجديدة فإن علم قدرها فالآخر شريك به. وإن لم يعلم قدرها، اصطلاحاً والبيع صحيح^(١).

(١) كشف القناع صفحة ١١٤ منتهى الإيرادات ص ٧٤.

إيضاح

(١) إذا بيعت الثمرة قبل بدو صلاحها ، كالتقاء ونحوها بشرط القطع في الحال ثم أخرج القطع حتى بدا صلاح الثمر أو اشتداد الحب أو طالت الجذوة أو كبرت اللقطة . بطل البيع فيما ذكر بمجرد الزيادة . لأن صحة ذلك يجعل ذريعة إلى الحرام ، ووسائل الحرام حرام كبيع العينة . وإذا بطل البيع فالأصل والزيادة الطارئة بعده للبائع ، كأن العقد لم يوجد ، لكن يعني عن الزيادة اليسيرة عرفاً أكثره يوماً أو يومين فلا يبطل البيع بذلك لمشقة التحرز منه .

(ب) من باع شجراً عليه ثمرة ظاهرة ولم يشترطها المشتري فهي للبائع كامر ، ثم حدثت مع هذه الثمرة الظاهرة ثمرة أخرى فهي للمشتري فإن لم تميز الحادثة . فإن علم قدرها بالنسبة للأولى كالثالث مثلا فصاحبها شريك للبائع يقدرها ، فإن لم يعلم قدرها اصطلاحاً على الثمرة ولم يبطل البيع . وكذا إذا اختلطت ثمرة مشتراة بعد بدو صلاحها بثمره حدثت بهد البيع . وإنما لم يبطل البيع لعدم تعذر تسليم المبيع ، لأن اختلاطه بغيره يشبه ما لو اشترى صبرة وأختلطت بغيرها ولم يعرف قدر كل منهما .

بخلاف ما تقدم من شراء ثمرة قبل بدو صلاحها بشرط قطعها ، فتركها حتى بدا صلاحها فإن البيع يبطل ، كما تقدم لاختلاط البيع

بغيره بارتكاب النهي وكونه يتخذ حيله على شراء الثمرة قبل بدو صلاحها .

باب السالم والتصرف في الدين وما يتعلق به

تعريف السلم

مادة (١٤٢) :

السلم : هو أن يسلم عيناً حاضرة ، في عوض موصوف في الذمة إلى أجل (١) .

المقصود بالعين الحاضرة — وأس مال السلم — وبالعوض الموصوف في الذمة ، المسلم فيه .

ومثال السلم : أن يسلم شخص لآخر بمجلس العقد ثلاثين جنياً على أن يسلمه المسلم إليه ثلاثة قناطير من القطن مضبوطة الصفة بعد أربعة أشهر مثلاً .

وقد شرع السلم . لأن أرباب الزرع والثمار ، والتجارات يحتاجون

(١) الشرح الكبير ج ٤ صفحة ٢١٢ .

إلى النفقة على أنفسهم وعليها لتكمل وقد تموزهم النفقة — فجز لهم
السلم ليرتفقوا ويرتفق المسلم بالاسترخاى والسلم جائز بالكتاب
والسنة وبالاجماع .

أما الكتاب فقوله سبحانه « يا أيها الذين آمنوا إذا تدايتم بدين
إلى أجل مسمى فاكتبوه » قال ابن عباس : — أشهد أن السلف
المضون إلى أجل مسمى قد أحله الله فى كتابه وأذن فيه ثم قرأ هذه
الآية — رواه سعيد .

وأن اللفظ يشمله بعمومه .

وأما السنة فروى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قدم
المدينة وهم يساقون فى الثمار السنتين والثلاث فقال : « من أسلف
فى شىء فليسلف فى كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم »
متفق عليه .

وأما الإجماع فقد قال ابن المنذر : « أجمع كل من نحفظ عنه من أهل
العلم على أن السلم جائز » .

أركان السلم

مادة (١٤٣) : أركان السلم خمسة :

٢ — مسلم إليه .

١ — مسلم .

- ٣ - رأس مال السلم .
 ٤ - مسلم فيه .
 ٥ - صيغة (١) .

إيضاح

المراد بالسلم (المشترى) والمسلم إليه (البائع) ورأس مال السلم (الثمن) والمسلم فيه (المبيع) .
 والصيغة - وهي ما ينعقد به السلم - ويصح السلم بلفظ البيع لأنه نوع منه وبلغظ السلم والسلف لأنهما حقيقة فيه وبكل ما يصح به البيع .

شروط صحة السلم

يشترط لصحة السلم زيادة عما شرط لصحة البيع سبعة شروط .

مادة (١٤٤) :

(١) الشرط الأول : أن يكون المسلم فيه مما يمكن ضبط

(١) كشف القناع ج ٢ صفحة ١١٧ .

صفاته بأن يكون مكيلاً أو موزوناً أو مذكوراً أو معدوداً
من الحيوان دون الحوامل منه .

(ب) ما يجمع أخلاطاً مقصودة غير متميزة لا يصح
السلم فيه .

(ح) كل مالين حرم النساء فيهما لا يجوز أن يسلم
أحدهما في الآخر^(١) .

إيضاح

١ — اشترط للسلم ما اشترط في البيع لأن السلم نوع منه ، إلا أن
السلم لا يجوز إلا في المعدوم ، بخلاف البيع فإنه يجوز في الموجود
وفي المعدوم بالصفة كما تقدم ، والمراد بالمعدوم هنا الموصوف في الذمة
وإن كان جنسه موجوداً .

والمكيل كالحبوب ونحوها كأدهان وألبان .
والموزون من الأخباز واللحوم النيئة والقطن والحديد وغيرها
والمذكور (ما يقاس بالذراع) من الثياب والخيوط .
أما المعدود من الحيوان ، فالمشهور في المذهب صحة السلم فيه
نص عليه أحمد في رواية الأثرم .

(١) كشف القناع ج ٢ صفحة ١١٨ ، ١١٩ . الشرح الكبير ج ٤
صفحة ٣١٣ ، ٣١٧ .

ولأن أبا رافع قال «استسلف النبي - صلى الله عليه وسلم - من رجل بكراهة رواه مسلم وعن عبد الله بن عمرو بن العاص قال «أمرني رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أن ابتاع البعير بالبعيرين وبالأبصرة إلى حجة الصدقة» رواه أبو داود ولأنه يثبت في الذمة صداقاً فيثبت في السلم كالثياب ولا يصح في الحوامل من الحيوان - لأن الصفة لا تأتي عليه ولأن الولد مجهول غير متحقق .

وفيه وجه آخر أنه يصح ، لأن الحمل لا حكم له مع الأم بدليل صحة بيع الحامل .

أما غير هذه الأنواع الأربعة فلا يصح السلم فيها وذلك كالفواكه المعدودة من رمان وسفرجل وخوخ ونحوها وكذا البيض ، لاختلافها بالصغر والكبر .

ولا يصح السلم في البقول لأنها تختلف ولا يمكن ضبطها بالحزم ولا الجلود لأنها تختلف ولا يمكن ذرعها .

وقيل : يصح السلم فيها حيث أمكن ضبطها صححه في التصحيح فيضبط نحو رمان بوزن .

ولا يصح السلم فيما لا ينضبط كالجواهر من در وياقوت وعقيق وشبهها - لأن أمانها تختلف اختلافاً متبايناً بالصغر والكبر وحسن التدوير وزيادة ضوءها وصفاتها .

(ب) لا يصح السلم فيما أخلاطه مقصودة غير متميزة كالفالية والند والمعاجين لأن الصفة لا تأتي عليها .

وكذا ما خلطه غير مقصود ولا مصلحة فيه كاللبن المشوب بالماء — لأن غشه يمنع العلم بقدر المقصود منه فيكون مجهولاً .

(ح) عدم الجواز راجع لقوات التقابض بمجلس العقد — فلا يصح أن يسلم برا في شعير لأنهما مكيلان ولاخبراً في جبن لأنهما موزونان .

• • •

مادة (١٤٥) :

(١) الشرط الثاني من شروط السلم — أن يوصف المسلم فيه بما يختلف به الثمن اختلافاً ظاهراً .

(ب) إن جاء المسلم إليه بدون ما ووصف له أو نوع آخر فللمسلم أخذه ولا يلزمه^(١) .

إيضاح

(١) نصت المادة على أنه يشترط وصف المسلم فيه بما يختلف به الثمن اختلافاً ظاهراً . بأن يذكر جنسه ونوعه . وقدره ولونه وبلده وحدائته وقدمه وجودته ورداءته .

(١) الشرح الكبير ٣١٨ . كشاف القناع صفحة ١٨٣ ، ١٢٤ .

لأن المسلم فيه عوض في الذمة فلا بد من العام به كالثن ولأن العلم شرط في البيع وطريقه الرؤيا أو الوصف والرؤيا متعذرة هنا فتعين الوصف .

ولا يجب استقصاء كل الصفات . لأنه يتعذر وقد ينتهي الحال فيها إلى أمر يتعذر تسليم المسلم فيه — فيجب الاكتفاء بالأوصاف الظاهرة التي يختلف بها الثمن اختلافاً ظاهراً .

ولا يصح اشتراط الأجود لتعذر الوصول إليه إلا نادراً إذ ما من جيد إلا ويحتمل أجود منه — ولا الأردأ لأنه لا ينحصر فيصف البر بربعة أوصاف: نوعه فيقول بعلى (وهو ما يشرب بعروقه من غير سقى وبلده — فيقول بحيرى أو حورانى .

وقدره من الصغر والكبر — وحدائته أو قدمه .

ولا يسام إلا مصفى من بئنه وعقده .

ولا بد في الحيوان من ذكر النوع والسن والذكورية والأنوثة واللون إن كان النوع الواحد يختلف .

ويصف غزل القطن والكتان بالبلد واللون والغلظ والرقعة والنعومة والخشونة .

ويصف القطن بذلك ويجعل مكان الغلظ والرقعة الطول والقصر .

(ب) إذا جاء المسلم إليه بالمسلم فيه دون ما وصف أو نوعاً آخر فالمسلم أخذه لأنه رضى بدون حقه .

ولا يلزمه لأن فيه إسقاط حقه .

وإن جاء المسلم إليه بجنس آخر بأن أسلم في برّ فجاءه بأرز لم يحجز له أخذه لحديث « من أسلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره » رواه أبو داود .

وإن جاءه بأجود من نوعه وقال خذه وزدني درهماً لم يحجز . لأن الجودة صفة فلا يجوز إفرادها بالعقد وإن جاء بزيادة في القدر وطلب درهماً للزائد جاز .

* * *

مادة (١٤٦) :

(أ) الشرط الثالث : أن يذكر قدر المسلم فيه بالكيل في المكييل والوزن في الموزون والذرع في المذروع ، والعد في المعدود الذي يصح فيه السلم .

(ب) لا بد أن يكون المكيال والصنجة والذراع معلومة عند العامة (١) .

(١) كشاف القناع ج ٢ صفحة ١٢٤ ، ١٢٥ .

إيضاح

(١) اشترط أن يذكر قدر المسلم فيه بالكيل في المكيل — لما روى عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال «من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم» متفق عليه .

ولأن المسلم فيه عوض غائب يثبت في الذمة فاشترط معرفة قدره كالتمن .

وإذا أسلم في مكيل وزنا وفي موزون كيلا لم يصح ، لأن قدره بغير ما هو مقدر به كما لو أسلم في المدرع وزنا أو بالعكس .

وفي رواية عن الإمام أحمد يصح نقلها المروزي — لأن الفرض معرفة قدره وإمكان تسليمه من غير تنازع فبأي قدر قدره جاز — اختياره الموفق وجمع وجزم بها في الوجيز والمنور ومنتخب الأزجي . ولا يصح في المدرع إلا بالذرع .

(ب) اشترط أن يكون المكيال ونحوه معلوما عند العامة لأنه إذا كان مجهولا تعذر الاستيفاء به عند التلف وذلك مغل بالحكمة التي اشترط معرفة القدر لأجلها ، ولو شرط مكيالا أو ميزانا بعينه أو صنجة بعينها لم يصح السلم ، لأنه قد يهلك فتعذر معرفة المسلم فيه — وهو عذر —

ولو عين مكيال رجل صح السلم ولم يتعين .

* * *

مادة (١٤٧) :

(أ) الشرط الرابع : أن يشترط المسلم إليه أجلا معلوما له

وقع في الثمن عادة .

(ب) إذا اختلف الطرفان في قدر الأجل أو مضيه

أو مكان التسليم فقول المسلم إليه يمينه وفي أداء المسلم فيه
فقول المسلم بيمينه .

(ج) إذا جاء المسلم إليه بالمسلم فيه قبل محله ولا ضرر

في قبضه لزمه قبضه وإلا فلا .

(د) إذا أسلم في جنس واحد إلى أجلين صح - إن

بين قسط كل أجل وثمنه .

إيضاح

(١) اشترط الأجل المعلوم لقوله عليه السلام « من أسلف في شيء

فليسلف في كيل معلوم أو وزن معلوم إلى أجل معلوم » .

فأمر بالأجل كما أمر بالكيل والوزن .

والأصل في الأمر الوجوب .

(١) الشرح الكبير ٣٣٠ ، ٣٣١ . كشف القناع ص ١٢٥ ، ١٢٧

واشترط أن يكون له وقع في الثمن — لأن الأجل إنما اعتبر ليتحقق الرفق الذي من أجله شرع السلم — ولا يحصل ذلك بالمدة التي لا وقع لها في الثمن .

والمدة التي لها وقع في الثمن شهر — قال الزركشى : — وكثير من الأصحاب يمثل بالشهر والشهرين — فمن ثم قال بعضهم : أقله شهر وقال في الكافي : نصف شهر وفي المنفى والشرح الكبير ما قارب الشهر — وإذا قال إلى شهر وأطلق — انصرف إلى الهلالى — لقوله تعالى « يستلونك عن الأهلة قل هي مواقيت للناس والحج » وقوله تعالى « إن عدة الشهور عند الله اثنا عشر شهراً في كتاب الله يوم خلق السموات والأرض منها أربعة حرم » .

ويصح السلم إلى شهر رومى كשבاط أو عيد يعرفانه كالنيروز — وإن كان الأجل إلى عيد الفطر أو النحر أو عرفة أو عاشوراء صح لأنه أجل معلوم .

ولا يجوز السلم إلى الحصاد والدياس — لأن ذلك يختلف ويبعد ويقرب .

وفي رواية أخرى يجوز — قال أحمد : أرجو أن لا يكون به باس ووجه ذلك أنه أجل تعلق بوقت من الزمن يعرف في العادة لا يتفاوت تفاوتاً كثيراً .

(ب) قبلنا قول المسلم إليه في عدم مضي الأجل لأن الأصل بقاء الأجل ، وفي مكان التسليم لأن الأصل براءة ذمة المسلم إليه من مؤنة نقله إلى الموضع الذي يدعيه المسلم .

وقبلنا قول المسلم في عدم أداء المسلم فيه لأنه منكر للقبض والأصل عدمه .

(ح) المراد بالمحل بكسر الحاء وقت حلول الأجل .

إذا أحضر المسلم إليه المسلم فيه على الصفة المشروطة لم يخل من أحوال ثلاثة .

١ — أن يحضره في محله — فيلزم المسلم قبوله كالمبيع المعين سواء تضرر بقبضه أولا — لأن على المسلم إليه ضرراً في بقاءه في يده . فإن امتنع قيل له : إما أن تقبض حنك وإما أن تبريء منه .

٢ — أن يحضره بعد محل الوجوب — فهو كما لو أحضر المبيع بعد تفرقهما من المجلس — فيلزمه قبضه ولو تضرر :

٣ — أن يحضره قبل محل الوجوب — فإذا كان في قبضه ضرر — إما لكونه مما يتغير كالفاكهة والأطعمة — أو كان قديمه دون حديثه كالجوب — أو لا يؤمن تلفه ويحتاج إلى نفقة كالحيوان لم يلزم المسلم قبوله لأن له غرضاً في تأخيره وإن كان مما لا ضرر في قبضه ولا يتغير كالحديد والزيوت فعليه قبضه لحصول غرضه مع زيادة تمجيل المنفعة .

(٤) إذا أسلم في جنس واحد إلى أجلين كبر بعضه إلى رجب وبعضه إلى شعبان جاز . لأن كل بيع جاز إلى أجل جاز إلى أجلين وآجال .

واشترط أن يبين قسط كل أجل وثمنه — لأن الأجل الأبعد له زيادة وقع عن الأقرب — فما يقابله قل مما يقابل الآخر فاعتبر معرفة قسطه وثمنه .

وإذا سلم في جنسين كبر وشعير إلى أجل واحد صح السلم قياساً على البيع .

مادة (١٤٨) :

(١) الشرط الخامس : أن يكون المسلم فيه عام الوجود في محله .

(ب) عند تعذر المسلم فيه كله أو بعضه في محله . كان المسلم بالخيار بين الانتظار والفسخ .

(ح) عند الفسخ يرجع المسلم برأس مال ما فسخ فيه أو عوضه^(١) .

(١) كشف القناع صفحة ١٢٨ ، ١٢٩ .

إيضاح

(أ) اشترط أن يكون المسلم فيه عام الوجود في محله غالباً ولو جوب تسليمه إذاً — سواء كان المسلم فيه موجوداً حال العقد أو معدوماً .
فإن كان لا يوجد في وقت حلوله أو لا يوجد فيه إلا نادراً كالسلم في الرطب والغناب إلى غير وقتها لم يصح السلم لأنه لا يمكن تسليمه غالباً عند وجوبه — أشبهه بيع الشارد بل أولى .
وإن أسلم في ثمرة نخلة بعينها — أو بستان بعينه لم يصح السلم — لأنه لا يؤمن انقطاعه .

ولما روى عنه صلى الله عليه وسلم « أنه أسلف إليه يهودى في ثمر حائط بنى فلان فقال النبي صلى الله عليه وسلم : أما في حائط بنى فلان فلا ولكن كبل مسمى إلى أجل مسمى » رواه ابن ماجه وغيره .
قال ابن المنذر المنع منه كالإجماع لاحتمال الجائحة .

(ب) إذا أسلم إلى وقت يوجد فيه عاماً وتعذر حصول المسلم فيه أو بعضه . إما لغيبه المسلم إليه وقت وجوده أو لعجزه عن التسليم حتى عدم المسلم فيه أو لم تحمل الثمار تلك السنة ونحو ذلك . خير المسلم بين صبر إلى أن يوجد المسلم فيه وبين فسخ في السكل المتعذر أو البعض .
(ج) يرجع المسلم برأس مال مافسخ فيه كلاً كان أو بعضاً إن كان رأس المال موجوداً أو عوضه إن كان معدوماً وعوضه مثل مثلى وقبلة متقوم .

* * *

مادة (١٤٩) :

(أ) الشرط السادس : أن يقبض المسلم إليه رأس مال السلم في مجلس العقد — وإذا قبض بعض رأس المال صح السلم فيما قبض بقسطه .

(ب) إذا اختلف الطرفان في قبض الثمن فقول المسلم إليه يمينه وإذا اتفقا على قبض ثم اختلفا هل كان في المجلس أو بعده فالقول قول من يدعى القبض في المجلس يمينه (١) .

إيضاح

(١) اشتراط القبض قبل التفرق — استنبطه الشافعي رضي الله عنه من قوله صلى الله عليه وسلم « من أسلف فليسلف » .
أى فليعط — قال لأنه لا يقع إسم السلف فيه حتى يعطيه مأسلفه قبل أن يفارق من أسلفه .

وحذرا من أن يصير بيع دين بدين فيدخل تحت النهي فإذا قبض المسلم إليه البعض ثم افترقا قبل قبض الباقي صح فيما قبض بقسطه وبطل فيما لم يقبض لتفريق الصفقة ويشترط كون رأس مال السلم معلوم

(١) كشف القناع ١٢٩ .

الصفة والقدر كالمسلم فيه لأنه قد يتأخر تسليم العقود عليه — ولا يؤمن
انفساخه فوجب معرفة رأس ماله ليرد بدله كالفرض .

(ب) قبل قول المسلم إليه لأنه منكر والأصل عدم القبض وقول
من يدعى القبض في المجلس لأنه يدعى صحة العقد أما الآخر فانه
يدعى فساد .

والظاهر في العقود الصحة .

فان أقام كل واحد بينة بما ادعاه قبلت بينة مدعى القبض في المجلس
لأنها مثبتة (وتلك نافية) ومعها زيادة علم .

* * *

مادة (١٥٠) :

(١) الشرط السابع : أن يسلم في الذمة .

(ب) لا يشترط للمسلم ذكر مكان الإيفاء إلا أن يكون

مجلس العقد لا يمكن الوفاء فيه (١) .

إيضاح

(١) إذا أسلم في عين حاضرة لم يصح السلم لأن المعين الحاضر
ربما تلف قبل أو ان تسليمه — ولأنه يمكن بيعه في الحال فلا حاجة
للسلم فيه .

(١) كشف القناع ١٢٩ .

(ب) لم يشترط ذكر مكان الإيفاء لأنه صلى الله عليه وسلم لم يذكره في الحديث — ولأن السلم عقد معاوضة أشبه ييوغ الأعيان .

ولزم التسليم في مكانه إن صلح ذلك المكان للتسليم مع المشاحة لأن العقد يقتضى التسليم في مكانه .

أما إذا كان المكان غير صالح للتسليم كبريئة أو بحر أو دار حرب فيشترط في هذه الحالة تعيين مكان الوفاء .

وللمسلم أخذ المسلم فيه في غير مكان العقد إن رضى لأن الحق لا يمدوها .

* * *

مادة (١٥١) :

لا يصح بيع المسلم فيه قبل قبضه — ولا أخذ غيره مكانه ولا الحوالة به ولا عليه ولا أخذ رهن أو كفيل به (١) .

إيضاح

لا يجوز بيع المسلم فيه قبل قبضه لنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع الطعام قبل قبضه .

ولأنه بيع لم يدخل في ضمانه فلم يجز بيعه قبل قبضه كالمكيل — ولم يصح أخذ غير المسلم فيه مكانه لقوله عليه الصلاة والسلام « من أسلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره » .

(١) الشرح الكبير ٣٤٨ .

ولأن أخذ العوض عن بيع فلم يجز كبيعة — سواء كان المسلم فيه موجوداً أو معدوماً — وسواء كان العوض مثله في القيمة أو أقل أو أكثر ولم تصح الحوالة به لأنها معاوضة بالمسلم فيه قبل قبضه فلم تجز كالبيع ولا الحوالة عليه — لأنها لا تصح إلا على دين مستقر — والسلم عرضه للفسخ ولا يصح أخذ الرهن به — لأن الرهن إنما يجوز بشئ يمكن استيفاؤه من ثمن الرهن — والمسلم فيه لا يمكن استيفاؤه من ثمن الرهن ولا من ذمة الضامن .

ولأنه لا يبا من هلاك الرهن في يده بعدوان فيصير مستوفيا لحقه من غير المسلم فيه — وقد قال النبي ﷺ « من أسلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره » (رواه أبو داود .

ولأنه يقيم ما في ذمة الضامن مقام ما في ذمة المضمون عنه فيكون في حكم أخذ العوض والبدل منه وذلك لا يجوز وروى حنبل جوازه لقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين — إلى قوله مقبوضة » .

وقد روى عن ابن عباس وابن عمر أن المراد به السلم ولأن اللفظ عام فيدخل فيه السلم .

ولأنه أحد نوعي البيع — فجاز أخذ الرهن بما في الذمة منه كبيع الأعيان .

مادة (١٥٢) :

تجوز الإقالة في السلم أو في بعضه بشرط قبض رأس مال
السلم أو عوضه في مجلس الإقالة^(١) .

إيضاح

الإقالة في السلم جائزة لأنها فسخ . قال ابن المنذر : أجمع كل من
نحفظ عنه من أهل العلم على أن الإقالة في جميع ما أسلم فيه جائزة .
ولأن الإقالة فسخ للعقد وقع من أصله — وليست يعبأ .
أما الإقالة في بعض السلم — فقد روى حنبل عن أحمد قال :
لا بأس — روى ذلك عن ابن عباس وعطاء وطاووس والشافعي
وأبي حنيفة وغيرهم .

لأن كل معروف جاز في الجميع جاز في البعض كالإبراء .
وروى أن الإقالة في البعض لا تجوز .
لأن السلم في الغالب يزداد فيه الثمن من أجل التأجيل فإذا أقاله في البعض
بقي البعض بالباقي من الثمن وبمنفعة الجزء الذي حصلت الإقالة فيه .
وإذا أقاله رد الثمن إن كان باقياً وإلّا رد مثله إن كان مثلياً أو قيمته
إن لم يكن مثلياً .
ويشترط رده في المجلس كما يشترط في السلم .

(١) الشرح الكبير ٣٤٣ ، ٣٤٤ .

وإذا انفسخ العقد باقالة أو غيرها لم يجز أن يأخذ عن الثمن عوضاً من غير جنسه . متى أراد أن يعطيه عوضاً عن الثمن لقوله عليه السلام : « من أسلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره » .

مادة (١٥٣) :

إذا قبض أحد الشريكين بعض الدين المشترك بينهما . كان الشريك بالخيار بين أن يطالب المدين أو القابض بحصته من المقبوض . إلا إذا كان القابض . قد استأذن في القبض أو تلف المقبوض فيتعين الرجوع على المدين^(١) .

إيضاح

إذا قبض أحد الشريكين فأكثر بعض دين مشترك لهما بسبب إرت أو إتلاف مشترك أو بيع مشترك فشريكة مخير بين أخذ من مدين لبقاء اشتغال ذمته أو من قابض الاستواء في الملك وعدم تمييز حصة أحدها عن حصة الآخر — فليس أحدهما أولى من الآخر — ما لم يستأذنه الشريك في القبض . فان أذن له بالقبض من غير توكيل في نصيبه فقبضه لنفسه

لم يحاصه — كما لو قال قبض لك . وما لم يتلاف مقبوض فيتعين
مدين والتالف من حصة القابض . لأنه قبضه لنفسه . . ولا يضمن
لشريكه شيئاً لعدم تعديبه . لأنه قدر حقه .

مادة (١٥٤) :

من تجدد له على غريمه مثل ماله عليه من دين تساقطاً
أو بقدر الأقل — ولو بغير رضاها — ما لم يكونا أو أحدهما
دين سلم فلا مقاصة ولو تراضيا أو تعلق بأحدهما حق الغير^(١) .

إيضاح

من تجدد له دين على غريمه مثل ماله عليه من دين جنساً وقدرأ
وصفة حالين — أو مؤجلين اجلاً واحداً تساقطاً إن استويا أو سقط
من الأكثر بقدر الأقل إن تفاوتتا قدراً — ولو بغير رضاها .
لأنه لا فائدة من أخذ الدين من أحدهما ثم رده إليه .
إلا إذا كان الدينان أو أحدهما دين سلم فلا مقاصة ولو تراضيا .
لأنه تهرف في دين السلم قبل قبضه وهو غير صحيح .

(١) المنتهى ص ٨٦ .

أو تعلق باحد الدينين حق — بأن يبيع الرهن لتوفيه دينه من
مدين غير المرتن .

أو باع المفلس بعض ماله لبعض شرمايه بشمن فى الذمة من جنس
دينه فلا مقاصة .

لتعلق حق المرتن أو الغرماء بذلك الثمن .

تصويب الخطأ

(تقنين الفقه الحنبلي)

المصواب	الخطأ	السطر	الصفحة
وما فيه	وما فيه	٨	٢١
الإطلاق	الإلاق	١١	٢١
العاقد	والعاقد	٦	٢٢
استثنت	استننت	٣	٢٥
لانعقاد	لامقاد	١٤	٢٦
إلا أن يكون	لا أن يكون	١٠	٢٨
دفع	فع د	١	٣٥
موقوفة	وقرفة	١٠	٣٥
والسكلاً	والسكلا	٤	٣٧
الرؤية	الروية	١٢	٤١
رآه	رءآه	٤	٤٢
لم يعدل	لم يسدل	٢	٤٧
ولم يعلمه	أو لم يعلمه	١٣	٤٨
المرتب	المرتب	١	٦٨
أنس	آنس	١٥٦٤	٦٩
والحكمة	، الحكمة	٥	٦٩

الصواب	الخطأ	السطر	الصفحة
فأنا	فنا	٣	٨٦
لى	الى	١١	٩١
أصيلين	أصليين	٣	١١٠
إذا تصرف	إذا انصرف	٣	١١١
إذا تصرف	إذا انصرف	٤	١١٢
الغن	الغن	١٦	١١٥
ان بقى	ان قى	٤	١٢١
ولا يفتقر	ولا يفتقر	١	١٢٣
أحدها	حدها	١٠	١٤٢
التفاسخ	التناسخ	١٣	١٤٤
أوعد	أعد	٥	١٥٠
النقد	القد	٧	١٥٢
قبضه	وقبضه	٤	١٥٩
فى ذمته	فى ذسته	٩	١٦٦
كبر اختلط بير	كبر اختلط بير	١٣	١٦٧
مثلا بمثل	مثل بمثل	٢	١٧٢
عطاء بن يسار	عطاءهن يسار	٩	١٧٣
كيف شتم	كيف	٨	١٧٥
يع	بع	١٧	١٧٩

الصواب	الخطأ	السطر	الصفحة
للعلم	للسلم	٢	١٨٥
بالدين بالدين	الدين بالدين	٩	١٨٥
أصيلين	أصيلين	٩	١٨٧
باختيارها ، أو مات	باختيارها بالمجلس	١٢	١٨٧
أحدها بالمجلس			
خيار المجلس	خيار المجلس أو مات أحدها	١٣	١٨٧
والنقد	والقد	١٠	١٩٩
والغراس	والغراش	١٠	٢٠٥
لصيورته	لعيورته	١٤	٢٠٨
ما أبر	ما أبر	٧	٢١١
حبه الأحوال	حبه في الأجوال	٢	٢١٤
في التمر مع التمر	في التمر مع التمر	١١	٢١٤
بقدرها	يقدرها	١٢	٢١٧
لتسكل	لتسكل	١	٢١٩
مع الأم	مع لأم	٧	٢٢٢
عليها	علتها	٢	٢٢٣
العلم	العام	١	٢٢٤
وإذا أسلم	وإذا سلم	٧	٢٣٠
قبضه	قبضه	١٤	٢٣٨

الفهرس

رقم
الصفحة

١	المقدمة
١٧	الخبراء والباحثون الذين أهدوا المشروع

كتاب البيع

٢١	تعريفه
٢٢	أركانه
٢٨	شروط صحة البيع
٢٨	الشرط الأول
٢٩	د الثاني
٣١	د الثالث
٣٢	د الرابع
٣٤	تصرف الفضولي
٣٥	بيع الأرض المفتوحة عنوة
٣٦	بيع المباحات
٣٨	الشرط الخامس

رقم
الصفحة

٢٩	الشرط السادس
٤٨	د السابع
٥٠	تفريق الصفقة
٥٠	أنواع من البيوع
٦٤	موانع صحة البيع
٧٧	الشروط في البيع

أنواع الخيار

٩٧	الأول: خيار المجلس
١٠١	الثاني: خيار الشرط
١١٥	الثالث: خيار الغبن
١١٨	الرابع: خيار التبدليس
١٢١	الخامس: خيار العيب
١٢٩	السادس: خيار الإختلاف في الثمن
١٤٩	ما يحصل به قبض المبيع
١٥٨	التصرف في المبيع
١٦٨	الأقالة

باب الربا

الربا نوعان ١٧٠

باب الصرف

الصرف ١٨٦

التصارف على معين ١٨٨

التصارف في الذمة ١٩٢

أحكام ١٩٦

تحريم الحيل ٢٠١

بيع الأصول والثمار

بيع الأصول ٢٠٢

بيع الثمار ٢١٢

باب السلم

تعريفه ٢١٨

أركانه ٢١٩

شروط صحته ٢٢٠

الشرط الأول ٢٢٠

رقم
الصفحة

٢٢٣	الشرط الثاني ...
٢٢٥	د الثالث ..
٢٢٧	د الرابع ...
٢٣٠	د الخامس .
٢٣٢	د السادس
٢٣٣	د السابع
٢٣٤	التصرف في المسلم فيه قبل قبضه
٢٣٦	الأقالة في السلم
٢٣٧	قبض أحد الشريكين بمضى الدين المشترك
٢٣٨	المقاصة

رقم الايداع بدار الكتب ٣٦٧٢/١٩٧٢