

الفصولين. قال في النهج: ولا فرق يظهر بين المشتري والبائع.

بَابُ خِيَارِ الشَّرْطِ

وجه تقديمه مع بيان تقسيمه مبين في الدرر. ثم الخيارات بلغت سبعة

الزرع، وقدمنا الكلام عليها وعلى نظائرها أول كتاب الشركة. قوله: (قال في النهج) (الخ) أصله لصاحب البحر.

وحاصل البحث أنه ينبغي على قياس هذا: أنه لو باع ثمرة بدون الشجر ولم يرض البائع بإعادة الشجر أن يتخير المشتري أيضاً، إن شاء أبطل البيع أو قطعها، لأن في القطع إتلاف المال وفيه ضرر عليه، لكن تقدم تصريح المتن كغيره من المتون بقوله ويقطعها المشتري في الحال. وأيضاً فما نقله عن جامع الفصولين مخالف أيضاً لتصريح المصنف كغيره في بيع الشجر وحده أو الأرض وحدها بقوله: ويؤمر البائع بقطعهما: أي الزرع والثمر، وتسليم المبيع وإن لم يظهر صلاحه كما نبهنا عليه هناك، فافهم. والله سبحانه أعلم.

بَابُ خِيَارِ الشَّرْطِ (١)

من إضافة الشيء إلى سببه، لأن الشرط سبب للخيار. بحر. فإن الأصل في العقد اللزوم من الطرفين ولا يثبت لأحدهما اختيار الإمضاء أو الفسخ ولو في مجلس العقد عندنا إلا باشتراك ذلك. قوله: (مبين في الدرر) حيث قال بعد ما ترجم بباب

(١) جماهير العلماء وأعيان الفقهاء قائلون بمشروعية الشرط وجوازه في الجملة، ولم نقف على مخالف لهم في هذا إلا ابن حزم وحده. وأما الثوري وعبد الله بن شبرمة فادعى ابن رشد أنهما مثل ابن حزم، ولكن النقل عنهما مضطرب، فبيننا نرى ابن حزم يقول في موضع «وقال ابن شبرمة وسفيان الثوري: لا يجوز البيع إذا شرط فيه الخيار للبائع أو لهما، وقال سفيان: البيع فاسد بذلك، فإن شرط الخيار للمشتري عشرة أيام أو أكثر جاز» نراه يقول في موضع آخر: «وتفريق سفيان وابن شبرمة من كون الخيار للبائع أو لهما فلم يميزه وبين أن يكون للمشتري وحده فأجازه سفيان لا معنى له» فالنص الأول دال على عدم مشروعية خيار الشرط للبائع وحده أو مع المشتري، وأما المشتري وحده ففيه احتمالان: الاحتمال الأول: أنهما متفقان على جوازه له وإن اختلفا من حيث المدة التي تضرب له.

والاحتمال الثاني: أن يكون سفيان هو القائل بالجواز وحده بدليل إفراده بالذكر آخرًا. والنص الثاني وإن احتمل هذين التأويلين إلا أنه في الثاني أظهر بخلاف النص الأول فهو في الأول منهما أظهر، فهذان نصان متعكسان في حد ذاتهما وإن كانا من حيث السياق لا يمتثلان إلا المعنى الأول وإلا لما جعلهما ابن حزم من جملة أخصامه.

ويقول النووي: «فرع: في مذاهب العلماء في شرط الخيار وهو جائز بالإجماع، واختلفوا في ضبطه، فمذهبنا أنه يجوز ثلاثة أيام فما دونها، وبه قال أبو حنيفة وعبد الله بن شبرمة». وهذا النقل يؤخذ منه أن ابن شبرمة موافق للجمهور.

وإذا فقد ظهر اضطراب النقل عن هذين الإمامين، فلم يميز لدينا أن نقرنهما مع ابن حزم ونجعلهم جميعاً على رأي واحد.

= يمكن تلخيص المهم من أدلة ابن حزم من عرض كلامه الذي صال فيه على الفقهاء جميعاً بلسان لاذع وطمع جارح فيما يأتي الدليل الأول: البيع مع اشتراط الخيار باطل لبطلان هذا الشرط؛ لأنه ليس في كتاب الله ولا في سنة رسوله ﷺ، وكل شرط شأنه كذلك فهو باطل بنص قوله عليه الصلاة والسلام: «ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن اشترط مائة شرط، وإن كان مائة شرط، كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل كتاب الله أحق، وشرط الله أوثق» والحديث وإن لم يتعرض إلا لكتاب الله إلا أن سنة رسوله مثله؛ لأن الله أمر بطاعته في كتابه فمن أطاعه فكأنما أطاع الله، ويلاحظ هنا أن ابن حزم ينكر أشد إنكار الأدلة التي ساقها الجمهور تأييداً لمشروعية اشتراط الخيار.

الدليل الثاني: ما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «لا يفترق بيعان إلا عن تراض» وهذا حديث مرسل كما يعترف ابن حزم نفسه، ولكنه يقول: إن القوم يفتخرون باتباع المرسل والاحتجاج به، ومع ذلك فقد خالفوا هذا الحديث لأن اشتراط الخيار لا يكون معه الرضا بالبيع، وكل من قال بجواز اشتراطه جوز للمعاقد أن يفارق صاحبه مع بقاء الخيار فيكون الاقتراق لا عن تراض.

الدليل الثالث: يزعم ابن حزم أنه لا يكون هناك بيع إلا ويعقبه انتقال ملك ولا بد، فيقال لهؤلاء القوم: هل يتقل الملك في زمن الخيار أم لا يتقل؟ فإن قالوا: لا. فهو عين قولنا: إن هذا البيع غير صحيح؛ لأنه لا معنى لصحته إلا استتباع آثاره، وإن قالوا: نعم، فلم الخيار وقد تم البيع وانتقل الملك؟ وإن قالوا: يتعقد في حق من ليس له الخيار، ولا يتعقد في حق من له الخيار. قيل لهم: هذا تحليط؛ لأنه لا يكون هناك بيع إلا وهناك بائع ومبتاع، وقد اقتصرتم على أحدهما.

الدليل الرابع: قياس البيع على النكاح بجامع أن كلا منهما عقد معاوضة لازم، والنكاح لا يجوز فيه اشتراط الخيار، وهذا أمر مجمع عليه، فكل ذلك يجب أن يكون البيع، وهذا دليل يورده ابن حزم على الجمهور إلزاماً لأنه غير قائل بالقياس.

هذا هو أهم ما يؤخذ من أدلة ابن حزم على إبطاله البيع الذي اشترط فيه الخيار، وله غير هذه الأدلة. آثرنا تركه إما لوضوح بطلانه، وإما لأنه يؤخذ عليه لا له.

وهناك أدلة غير هذه أيضاً تذكرها كتب الخلاف ناسبة لها إلى من قال بعدم جواز اشتراط الخيار في البيع. نذكرها تمييزاً للبحث وإيفاء لحقه. نلخصها فيما يلي:

أولاً: البيع مع اشتراط الخيار غرر، وقد نهى الرسول عليه الصلاة والسلام عن بيع الغرر، أما وجه الغرر فيه فلا أنه لا يدري أيتم البيع أم ينقض؟ ولا متى يتم؟ وهذه جهالة فاحشة لا تحتملها عقود المعاوضات المالية؛ ولأن البيع مع اشتراط الخيار في قوة المعلق كأنه قال: بعتك هذا الشيء إن اخترت إمضاء البيع، وتعليق البيع يبطله؛ لأنه لا يدري متى يتعقد؟ ولا أينعقد أم لا؟ وهذه مخاطرة بالأموال تشبه القمار. ثانياً: شرط الخيار مخالف لمقتضى العقد؛ لأن مقتضاه اللزوم، وشرط الخيار يجعله غير لازم، وكل شرط يخالف مقتضى العقد فهو باطل!!!.

هذه هي أدلة المانعين لاشتراط الخيار في البيع فأما أدلة المجوزين، وهم جماهير العلماء فإنهم استدلوا بأدلة من السنة والمعقول:

أما أدلتهم من السنة: فتتضمن في أربعة أحاديث:

الحديث الأول: ما رواه عبد الرزاق في مصنفه من حديث أبان بن أبي عباس عن أنس رضي الله عنه أن رجلاً اشترى من رجل بعبيراً، واشترط عليه الخيار أربعة أيام، فأبطل رسول الله ﷺ البيع، وقال: «الخيار ثلاثة أيام» وهذا حديث صريح في جواز اشتراط الخيار في البيع، وأنه إلى ثلاثة أيام. الحديث الثاني: ما روي عن ابن عمر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «الخيار ثلاثة أيام» أخرجه الدارقطني في سننه من طريق أحمد بن عبد الله بن ميسرة.

الحديث الثالث: ما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «المتبايعان بالخيار كل واحد منهما بالخيار =

= على صاحبه ما لم يفترقا إلا بِنَيْعِ الْخِيَارِ البخاري (٢١٠٧) (٢١١١) ومسلم ١١٦٣/٣ (٤٣/١٥٣) ووجه الاستدلال به على المطلوب هو أن الرسول عليه الصلاة والسلام استثنى من لزوم البيع حال الافتراق البيع الذي عقد على الخيار، وهذا هو البيع مع اشتراط الخيار.

الحديث الرابع: وهو أعظم ما عول عليه القوم في هذا المقام فما روي أن حبان بن متقذ بن عمرو الأنصاري كان يغبين في البياعات فقال له النبي ﷺ: «إذا بايعت فقل: لا خلافة ولي الخيار ثلاثة أيام». وهذه الرواية أصرح روايات هذا الحديث الذي روي بألفاظ كثيرة من حيث يريد الفقهاء أن يستدلوا بها على مشروعية خيار الشرط، ولذا أثرتنا ذكرها دون غيرها. وجه الاستدلال بهذا الحديث على المطلوب هو أمره عليه الصلاة والسلام لحبان أن يشترط الخيار لنفسه ليدفع عنها الغبن الذي يلخصه من جراء اتخاذه في البياعات إذا ما تبين له ذلك فيما بعد بفسخه البيع واسترداده الثمن إن كان دفعه.

وأما المعقول: فهو أن الحاجة قد تدعو إلى هذا النوع من البيوع أعني البيع مع شرط الخيار، إما لأن العاقد غير خبير بالسوق أو بالسلمة فيحتاج إلى شرط الخيار لنفسه أو لغيره ممن يرى فيه الكفاءة ويتق في ذمته ونصحها ليدفع عن نفسه مغبة الغبن والخديعة، وإما لأنه يريد أن يختبر المبيع حتى يرى ما إذا كان يحقق الغرض الذي ابتاعه من أجله؟ وإما لأنه يريد أن يعرضه على صديق أو قريب يمهه أن يكون راضياً عن السلمة، وهذا من الأغراض الوجيهة التي لا يمكن للعاقد أن يقطع برأي حاكم فيها حين المقدم، ويحتاج أن يتروى فيها ويتثبت غاية التثبت حتى يكون الرضا قائماً على أساس قوي وركن متين من العلم الصحيح فيشترط الخيار حتى إذا لم يعجبه فسخ البيع، وتخلص من لزمه له.

وفي مثل هذا يقول صاحب المبسوط: «إذا كانت بعض العقود تجوز للحاجة كالإجارة فجواز خيار الشرط أولى»، ولعل وجه قول صاحب المبسوط هذا هو أن الإجارة كالبيع بل هي في حقيقة الأمر نوع منه؛ لأنها بيع المنفعة وإن اختلفت بأحكام خاصة والمبيع في البيع يشترط فيه أن يكون مقدور التسليم. والمنفعة في الإجارة ليست كذلك؛ لأنها معدومة في الحال فهي غير مقدورة التسليم، وحتى هي في المستقبل لا توجد إلا شيئاً فشيئاً، ولكنها مع هذا جوزت للحاجة الداعية إليها، لأنه ليس كل واحد قادراً على تملك العين، فلو لم تجز لتعطلت منافع الناس وشتق عليهم هذا الأمر، فإذا كان بعض العقود التي هي الأصل يجوز للحاجة، فأولى أن يجوز شرط الخيار للحاجة؛ لأن وصف للعقد يمنع من لزمه والوصف كالفرع، وأنه يتسامح في الفروع ما لا يتسامح في الأصول هذا وقد أغرب بعض العلماء على ما لهم من نجدة واحترام فقال بأن شرط الخيار أمر مجمع على جوازه حتى جعله النووي أقوى ما يستدل به في هذا المقام.

أولاً أدلة المانعين: يرد على ابن أحمز من حيث الدليل الأول القائل: شرط الخيار شرط ليس في كتاب الله، وكل شرط كذلك فهو باطل، بأن المراد ليس في كتاب الله ما يخالفه بدليل قوله فيما بعد: «قضاء الله أحق وشرط الله أوثق»، فإن أبيت ذلك وحملت الكلام على ظاهره، فلا نسلم لك أن هذا الشرط ليس في كتاب الله. كيف وهو في سنة رسول الله ﷺ، وسنة رسوله ككتابه باعترافك أنت؟ فإن زعمت أنها لا تثبت مشروعية خيار الشرط لضعف بعضها، ولعدم دلالة البعض الآخر قلنا لك: إذا قد انتقل النزاع بيننا وبينك إلى الأحاديث هل تدل أو لا تدل؟ فإن رأيت أنت أنها لا تدل فنحن نرى أنها تدل، فدع هذا الدليل بمعزل وخض معنا في هذه الأحاديث، سلطنا لك أن هذه الأحاديث لا تدل على مشروعية خيار الشرط، فماذا تريد بقولك: شرط الخيار شرط ليس في كتاب الله؟ أتعني ليس فيه بخصوصه أم ليس فيه بعمومه؟ من عينت الأول. قلنا لك: نعم. فكان ماذا؟ أتزعم وكل شرط ليس في كتاب الله بخصوصه فهو باطل؛ فمن أين لك هذا؟ والحديث نفسه لا يدل على ما ذكرت فهذه دعوى عريضة تحتاج إلى البرهان، ولن نجد إليه سبيلاً وإن عينت الثاني. قلنا لك: لا. لأنه في كتاب الله بهذا المعنى يقول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أوفوا بالعقود﴾ والبيع مع اشتراط الخيار عقد يجب الوفاء به ولكن في حدود الشرط أي أنه يجب على من لا خيار له من العاقدين أن يوفى على العاقد الآخر حقه الذي اكتسبه بشرط الخيار؛ لأن هذا الشرط يعتبر كذلك عقداً؛ إذ لا بد فيه من تراضي الطرفين عليه كالعقود، ويقول الرسول ﷺ: «المسلمون =

= على شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً، وشرط الخيار لم يحل حراماً، ولم يحرم حلالاً، فيكون واجب الوفاء، ولا يكون كذلك إلا إذا كان صحيحاً معتبراً شرعاً.

ومن حيث الدليل الثاني: «لا يفترق بيعان إلا عن تراض» قولك فيه النهي عن بقاء الخيار بعد التفريق مسلم، والمراد به خيار المجلس؛ فإن زعمت أن الحديث عام قلنا: هو مخصوص بأحاديث خيار الشرط جمعاً بين الأدلة، ومن حيث الدليل الثالث القائل: لا يكون بيع إلا ويكون معه نقل ملك ولا بد الخ. نقول له: نختار أن الملك لا ينتقل ولا يلزمه عدم صحة البيع كما تزعم، بل يكون العقد صحيحاً، ويتأخر الملك لوجود المانع، وهو خيار الشرط، ومن المعلوم أن المانع لا يطل المقضي ولا يسلبه سببته دليل أنه إذا زال عمل المقضي عمله. أو نختار أنه ينتقل وقولك: لا فائدة إذاً من الخيار غير صحيح. بل هنا الفائدة محققة؛ لأن الملك وإن انتقل به عندنا فإنه ينتقل لا على سبيل اللزوم بل على الجواز، فتكون فائدة الخيار حيث هي جواز فسخ البيع إن لم يوافق رغبة العاقد، وهي فائدة جلييلة، والذي لبس الأمر عليك ظنك أن الملك إذا انتقل انتقل على اللزوم، وفي هذا تنازعك. ومن حيث الدليل الرابع قياس البيع على النكاح فهو قياس مع الفارق من جملة وجوه ١. النكاح لا يحتمل الإقالة بخلاف البيع. ٢. لا يقدم المرء على النكاح في الغالب إلا بعد استشارة ومعرفة بمن ستعاشره بخلاف البيع. ٣. النكاح مبناه على المكارمة، وأما البيع فمبناه على المكايسة. ٤. ثبوت الخيار في النكاح يجعل المرأة أو الرجل بمنزلة السلعة التي هي محل للأخذ والرد وتبادل الأيدي، وهذا يحط من كرامة الإنسان وشرفه، وكل فارق من هذه الفروق يكفي لدفع قياس البيع على النكاح فما بالك لو اجتمعت كلها وتضافرت جميعها؟! هذا ما يرد على أدلة ابن حزم، ويرد على أدلة كتب الخلاف التي تتسها للمانعين أيضاً.

من حيث الدليل الأول القائل بأن البيع مع شرط الخيار فيه غرر، وقد نهي عن بيع الغرر. بأن الذي نهي عن بيع الغرر هو الذي أجاز البيع مع شرط الخيار، فلو فرض فيه غرر لكان غير داخل في النهي عن بيع الغرر بل مستثنى منه جمعاً بين الأدلة على أن الغرر الذي فيه ليس إلا من جهة عدم العلم بإمضاء العقد أو فسخه، وهذا غرر يسير لا يوجب نزاعاً أو ضرراً؛ لأنه مضروب له مدة معلومة بتراضيهما، فكل واحد منهما يبيني أمره على أسوأ الفروض، على أن خيار المجلس فيه نفس هذا الغرر، ومع هذا فلم يمنع من صحة البيع.

وليس عقد البيع في خيار الشرط معلقاً، وإنما المعلق هو الحكم بتأخيره إلى أن يبيز العاقد، وهذا هو نفس مقتضى اللفظ؛ لأن قول البائع أو المشتري: بعث أو اشتريت على أي بالخيار إنما هو لتعليق ما بعد على ما قبلها كقولك: أتيتك على أن تأتيني المعلق إتيان المخاطب على إتيان المتكلم، وهذا بخلاف أتيتك إن أتيتني، فإنه بالعكس فبطل قياس الأول على الثاني، وحيث صار التعليق في الحكم أصبح الغرر فيه من جهة عدم العلم بإمضاء العقد أو فسخه، وقد سبق دفعه.

ومن حيث الدليل الثاني القائل مقتضى البيع اللزوم، وشرط الخيار يخالف له. بأن النص قد ورد بجواز اشتراط الخيار في البيع، وهو مقدم على مقتضى الضرورة، ولنا أن نقول: إن زعمتم أيها المانعون أن اللزوم مقتضى عقد البيع مطلقاً منعنا ذلك، وقلنا: هذا محل النزاع بيننا وبينكم، وإن زعمتم أنه مقتضاه إذا لم يقيد بشرط الخيار فكذا إذا قيد به منعنا هذا القياس؛ لأن اللزوم كان مقتضى العقد عند عدم التقييد بالشرط لدلالة العقد حيثند على تمام الرضا، وهذا بخلاف العقد مع التقييد بشرط الخيار لا يدل على تمام الرضا، وعلى هذا فيكون العقد الدال على تمام الرضا هو مقتضى اللزوم، وهو غير موجود في العقد مع اشتراط الخيار.

ثانياً أدلة المجوزين: والآن وقد فرغنا من مناقشة أدلة المانعين لخيار الشرط فلنأخذ في مناقشة أدلة المجوزين له، وهم جماهير العلماء كما سبقت الإشارة إليه فيرد عليهم من حيث الحديث الأول والثاني بأنهما ضعيفان لا ينهضان حجة على المطلوب، فالأول منهما من رواية أبان بن أبي عباس وهو مجمع على عدم الاحتجاج بحديثه، والثاني منهما في طريقه أحمد بن عبد الله بن مسيرة، وقد ضعفه الدارقطني. =

= وقال ابن حبان: لا يجل الاحتجاج به، ولذا فأغلب العلماء على عدم الاعتداد بهما في أدلة خيار الشرط.

ومن حيث الحديث الثالث: «المتبايعان بالخيار كل واحد منهما على صاحبه ما لم يفترقا إلا بيع الخيار» فهو إنما يدل للجهور لو كان قوله ﷺ: «إلا بيع الخيار» مستثنى من لزوم البيع في حال التفرق كما ذهب إلى هذا فريق منهم. أما إذا كان مستثنى من ثبوت الخيار للمتبايعين مدة عدم افتراقهما عن مجلس العقد فهو بعيد كل البعد عن الاحتجاج به لهذا المذهب؛ إذ يكون معنى الحديث على هذا أن الخيار الثابت بالعقد ينتهي بأحد الشئيين إما بالتفرق عن مجلس البيع، وإما باختيار البيع في أثناء قيام المجلس المذكور، والحديث كما يحتمل الوجه الذي ذكره يحتمل هذا الوجه أيضاً، وكان يكفي هذا في عدم صلاحية الحديث للاحتجاج به على مشروعية خيار الشرط، فكيف والتأويل الذي ذكرناه هو الموافق لأحاديث أخر في معناه نذكر منها هذا الحديث: «المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا أو يقول أحدهما لصاحبه: اختر» وربما قال: «أو يكون بيع الخيار» فقد بينت هذه الرواية أن المراد بقوله: «بيع الخيار» هو أن يقول أحدهما لصاحبه: اختر لا سيما، وجميع روايات هذا الحديث الصميمة قد وردت من طريق ابن عمر رضي الله عنه ومن حيث الحديث الرابع وهو قوله عليه الصلاة والسلام لحبان بن منقذ «إذا بايعت ققل لا خلافة، ولي الخيار ثلاثة أيام» ورد هذا الحديث من طرق نكتفي منها بذكر أربع روايات تجمع شئتها:

١. عن ابن عمر رضي الله عنه قال: ذكر رجل لرسول الله ﷺ أنه يئخد في البيوع فقال: «من بايعت ققل: لا خلافة» متفق عليه.

٢. وعنه أيضاً. أن منقذاً سفع في رأسه في الجاهلية مأمومة فخبلت لسانه، فكان إذا بايع يئخد في البيع، فقال له رسول الله ﷺ: «بايع وقل: لا خلافة ثم أنت بالخيار ثلاثاً» رواه الحميدي في مسنده من طريق سفيان عن محمد بن إسحاق عن نافع.

٣. ما روي أن رسول الله ﷺ قال لحبان بن منقذ أو لأبيه منقذ بن عمرو الأنصاري على اختلاف في ذلك: «إذا بايعت ققل: لا خلافة، ولك الخيار ثلاثاً».

٤. ما روي أن حبان بن منقذ بن عمرو الأنصاري رضي الله عنه كان يغيب في البياعات فقال له النبي ﷺ: «إذا بايعت ققل: لا خلافة، ولي الخيار ثلاثة أيام» وهي الرواية التي اقتصرنا عليها فيما مضى أما الروايتان الأولى والثانية فتايتان في كتب الحديث، وأما الثالثة فتوجد في بعض كتب المالكية كالمقدمات لابن رشد والبداية لابن رشد الحفيد، وأما الرابعة فتوجد في كتب الحنفية.

أما الرواية الأولى من الروايات الأربع، وهي أصح روايات هذا الحديث فليس فيها ذكر للخيار ولا لمدته صراحة. ولكن يفهم منها بطريق الفحوى والسياق ثبوت الخيار لدفع الغبن عند اشتراط عدم الخلافة في البيع، وإلا لم يكن لهذا الشرط فائدة، وهي لهذا بعيدة كل البعد عن أن يمتج بها لثبوت خيار الشرط في البيع الذي لا سبب له غير الشرط، ولهذا يقول الكمال في فتح القدير: «والمعجب من قال: الأصل في جواز شرط الخيار ثم ذكر هذا الحديث ثم قال: وهو لا يمس المطلوب».

وأما الرواية الثانية فهي وإن ذكر فيها الخيار وموته فقد ذكرنا لا على سبيل الشرط، وإنما لبيان مدة الخيار الذي استفيد من قوله عليه الصلاة والسلام: «إذا بايعت ققل: لا خلافة» فتكون من هذا الخيار خيار الغبن مقدرة شرعاً بثلاثة أيام، وبهذا تكون هذه الرواية بمنأى عن إثبات شرط الخيار كالأولى؛ لأنها بيان لها.

وأما الرواية الثالثة: فيحتمل أن يكون ذلك الخيار ثلاثاً جملة مستأنفة ذكرت لبيان مدة خيار الغبن شرعاً، فتكون كالرواية الثانية من حيث المعنى، وهذا هو المتبادر، ويحتمل أن يكون عطفاً على «لا خلافة» فيكون مأموراً بهذين القولين أعني أنه يجب عليه ليكون له حق فسخ البيع أن يشترط عدم الخلافة، وأنه بالخيار ثلاثة أيام، وهذه الرواية تدل على المطلوب من هذا الوجه بتعسف.

ولكن لما كان التأويل الأول هو الموافق للرواية الثانية الصريحة فيه وجب أن يكون هو المتعين. لا سيما = والحديث بجميع رواياته قيل في واقعة واحدة.

عشر: الثلاثة المبوّب لها، وخيار تعيين،

خيار الشرط والتعيين: وقدمهما على باقي الخيارات لأنهما يمنعان ابتداء الحكم، ثم ذكر خيار الرؤية لأنه يمنع تمام الحكم، وآخر خيار العيب لأنه يمنع لزوم الحكم.

وخيار الشرط أنواع: فاسد وفاقاً، كما إذا قال: اشتريت على أني بالخيار، أو على أني بالخيار أياماً أو أبداً. وجائز وفاقاً، وهو أن يقول: على أني بالخيار ثلاثة أيام فما دونها. ومختلف فيه، وهو أن يقول: على أني بالخيار شهراً أو شهرين، فإنه فاسد عند أبي حنيفة وزفر والشافعي، جائز عند أبي يوسف ومحمد اهـ.

وفي البحر: فرع: لا يصح تعليق خيار الشرط بالشرط، فلو باعه حماراً على أنه إن لم يجاوز هذا النهر فرده يقبله وإلا لا لم يصح، وكذا إذا قال ما لم يجاوز به إلى الغد، كذا في القنية اهـ. قوله: (الثلاثة المبوّب لها) أي التي ذكر لكل واحد منها باب، وهي خيار الشرط، وخيار الرؤية، وخيار العيب. قوله: (وخيار تعيين) هو أن يشتري

= وأما الرواية الرابعة: فصرحة في اشتراط الخيار ومدته، ولكن هذه الرواية لم تذكر في كتب الحديث، ولذلك يقول الشوكاني: «قال ابن الصلاح: وأما رواية الاشتراط فمفكرة لا أصل لها» ويمثل هذا قال النووي في المجموع ناسباً هذه الرواية إلى الوسيط وبعض كتب الفقه وإذ ظهر أمر هذه الرواية من الضعف والتهافت أصبحنا في حل من إمرارها وعدم التعويل عليها، ثم هي على فرض التسليم بصحتها جدلاً لا تدل على جواز شرط الخيار في البيع إلا إذا تقدمه شرط عدم الخلابة أيضاً؛ لأنه مأمور بالقولين معاً، وبناء عليه إذا ظهر له غبن رد وإلا فلا. مع أن شرط الخيار الذي قال بجوازه الجمهور لا يشترط فيه تقدم شرط عدم الخلابة، وله مع ذلك الرد ولو لم يكن هناك غبن. نعم قد يمكن أن يقال، إن شرط عدم الخلابة إنما هو تصريح بحكمة مشروعية اشتراط الخيار، ومن المعلوم المقرر أن الحكمة لا يلزم طردها في جميع أفراد موضوعها، وإذا فصّح شرط الخيار بدون لا خلابة مثلاً، وله أن يرد المبيع ولو لم يكن هناك غبن؛ لما بينا أن الحكمة لا يلزم طردها ولكن مثل هذا اعتساف للكلام وخروج به عن مواضعه فضلاً عن أنه مبني على رواية ضعيفة لا أصل لها.

ولكن من أين أخذ الفقهاء هذه الرواية وأمرها ما ذكرنا؟ لعلهم أخذوها من الرواية الثالثة من الروايات الأربع التي ذكرنا مؤولين لها التأويل الثاني الذي شرحناه إذ هو موافق لهذه الرواية في المعنى.

هذا وأما الكلام على سند هذا الحديث بجميع رواياته التي صرح فيها بالخيار ومدته، وأنه من رواية رجل مدلس. أو أن هذا الحديث خاص بذلك الرجل الذي قيل في شأنه فتى أن له موضعاً هو به أليق؛ وهو خيار الغبن وستكلم عنه في موضع آخر إن شاء الله تعالى.

وأما المعقول: هذا ما يرد على الجمهور من حيث الأحاديث التي أيدوا بها مذهبهم، وأما المعقول الذي ذكروه لتبرير جواز شرط الخيار، وهو أن الحاجة قد تدعو إليه كما سبق بيانه فيكفي في دفعه أنه شرط يخالف مقتضى العقد كما يدعون، وما هذا شأنه يجب رده لا اعتباره، وقياسه على الإجارة لا يصح؛ لأنه قد ورد النص بجوازها، فإن قيل: وقد ورد النص بجواز شرط الخيار. قلنا: أين هو وقد رأيتم مبلغ ما ذكرتم؟

على أن هذا يطرح المعقول جانباً ويعمل الكلام دائراً حول النصوص فحسب! انظر المحلى ٣٧٣/٨، المجموع ٢٢٥/٩، المبسوط ٤١/١٣، فتح القدير ١١١/٥، نيل الأوطار ١٥٥/٥، الخيار للدكتور مندور.

وغبن، ونقد، وكمية، واستحقاق، وتغيرير فعلي، وكشف حال، وخيانة مرابحة، وتولية، وفوات وصف مرغوب فيه، وتفريق صفقة بهلاك بعض مبيع، وإجازة

أحد الشئتين أو الثلاثة على أن يعين أيأ شاء، وهو المذكور في هذا الباب في قول المصنف: «باع عبيدين على أنه بالخيار في أحدهما الخ». قوله: (وغبن) وهو ما يأتي في المرابحة في قوله: «ولا رد بغبن فاحش في ظاهر الرواية» ويفتي بالرد إن غره: أي غرّ البائع المشتري، أو بالعكس، أو غره الدلال، وإلا فلا. قوله: (ونقد) هو ما يأتي قريباً في قوله: «فإن اشترى على أنه إن لم ينقد الثمن الخ». قوله: (وكمية) هو ما مر أول البيوع فيما لو اشترى بما في هذه الخابية الخ. وقدمنا بيانه. قوله: (واستحقاق) هو ما سيذكره في باب خيار العيب في قوله: «استحق بعض المبيع» فإن كان استحقاقه قبل القبض للكل خير في الكل، وإن بعده خير في القيمي لا في غيره. قوله: (وتغيرير فعلي) أما القولي فهو ما مر في قوله: «وغبن» والفعلية كالتصيرية، وهي أن يشدّ البائع ضرع الشاة ليجتمع لبنها فيظن المشتري أنها غزيرة اللبن. والخيار الوارد فيها أنه إذا حلبها: إن رضيها أمسكها، وإن سخطها ردّها وصاعاً من تمر، وبه أخذ الأئمة الثلاثة وأبو يوسف، وعندهما: يرجع بالنقصان فقط إن شاء، وسيأتي تمام الكلام على ذلك إن شاء الله تعالى في خيار العيب عند قوله: «اشترى جارية لها لبن». قوله: (وكشف حال) هو ما مر أول البيوع فيما إذا اشترى بوزن هذا الحجر ذهباً أو بإناء أو حجر لا يعرف قدره، فقد ذكر الشارح هناك أن للمشتري الخيار فيهما، وقدمنا عن البحر هناك أن هذا الخيار خيار كشف الحال، ومنه ما ذكره بعده في بيع صبرة كل صاع بكذا، ومر الكلام عليه. قوله: (وخيانة مرابحة وتولية) هو ما سيأتي في المرابحة في قوله: «فإن ظهر خيانة في مرابحة بإقرار أو برهان على ذلك أو نكوله عن اليمين أخذه المشتري بكل ثمنه أو رده لفوات الرضا وله الحط قدر الخانية في التولية لتتحقق التولية. قال ح: وينبغي أن تكون الوضعية كذلك. قوله: (وفوات وصف مرغوب فيه) هو ما يذكره في هذا الباب في قوله: «اشترى عبداً بشرط خبزه أو كتبه الخ».

مَطْلَبٌ فِي هَلَاكِ بَعْضِ الْمَبِيعِ قَبْلَ قَبْضِهِ

قوله: (وتفريق صفقة بهلاك بعض مبيع) أي هلاكه قبل القبض، وقيد بالبعض لأن هلاك الكل قبل قبضه فيه تفصيل قدمناه قبيل هذا الباب.

وحاصله كما في جامع الفصولين: أنه إن كان بأفة سماوية أو بفعل البائع أو بفعل المبيع يبطل البيع وإن بفعل أجنبي يتخير المشتري، إن شاء فسخ البيع، وإن شاء أجاز وضمن المستهلك اهـ. وذكره في البزازية أيضاً. ثم قال: وإن هلك البعض قبل قبضه سقط من الثمن قدر النقص سواء كان نقصان قدر أو وصف، وخير المشتري بين الفسخ

عقد الفضولي، وظهور المبيع مستأجراً أو مرهوناً. أشباه. من أحكام الفسوخ. قال: ويفسخ بإقالة وتحالف، فبلغت تسعة عشر شيئاً، وأغلبها ذكره المصنف يعرفه من مارس الكتاب.

(صح شرطه للمتبايعين) معاً (ولأحدهما)

والإمضاء؛ وإن بفعل أجنبي فالجواب فيه كالجواب في جميع المبيع؛ وإن بأفة سماوية؛ إن نقصان قدر طرح عن المشتري حصة الفائت من الثمن وله الخيار في الباقي، وإن نقصان وصف لا يسقط شيء من الثمن، لكنه يخير بين الأخذ بكل الثمن أو الترك. والوصف ما يدخل تحت البيع بلا ذكر كالأشجار والبناء في الأرض والأطراف في الحيوان والجودة في الكيلي والوزني؛ وإن بفعل المعقود عليه فالجواب كذلك. وتام الكلام فيها فراجع. قوله: (وظهور المبيع مستأجراً أو مرهوناً) أي ولو اشترى داراً مثلاً فظهر أنها مرهونة أو مستأجرة يخير بين الفسخ وعدمه، وظاهره أنه لو كان عالماً بذلك لا يخير؛ وهو قول أبي يوسف. وقالوا: يتخير ولو عالماً، وهو ظاهر الرواية كما في جامع الفصولين. وفي حاشيته للرملي: وهو الصحيح، وعليه الفتوى كما في اللؤلؤية اهـ. وكذا يخير المرتهن والمستأجر بين الفسخ وعدمه، وهو الأصح كما في جامع الفصولين؛ لكن في حاشيته للرملي عن الزيلعي أن المرتهن ليس له الفسخ في أصح الروايتين. وفي العمادية أن المستأجر له ذلك في ظاهر الرواية. وذكر شيخ الإسلام أن الفتوى على عدمه، وسيأتي في فصل الفضولي أن من الموقوف بيع المرهون والمستأجر والأرض في مزارعة الغير على إجازة مرتهن ومستأجر ومزارع اهـ. فإن أجاز المستأجر أو المرتهن فلا خيار للمشتري، وإن لم يجز فالخيار للمشتري في الانتظار والفسخ، وسيأتي تمامه في فصل الفضولي. قوله: (أشباه) قال فيها: وكلها يباشرها العاقدان إلا التحالف فإنه لا يفسخ به، وإنما يفسخه القاضي، وكلها تحتاج إلى الفسخ، ولا يفسخ شيء منها بنفسه اهـ ح. قوله: (ويفسخ بإقالة وتحالف) لا يخفى أن الكلام في الخيار لا في مجرد الفسخ، لكن قد يجاب بأنه لو أقال أحدهما الآخر فالآخر بالخيار بين القبول وعدمه، وكذا يخير كل منهما بين الحلف وعدمه، فلو اختار عدم الحلف يلزمه دعوى صاحبه. وصورة التحالف أن يختلفا في قدر ثمن أو مبيع أو فيهما ويعجزا عن البينة ولم يرض واحد منهما بدعوى الآخر تحالفاً وفسخ القاضي البيع بطلب أحدهما، والمسألة مبسطة في باب دعوى الرجلين من كتاب الدعوى. قوله: (صح شرطه) أي شرط الخيار المذكور، وصرح بفاعل صح إشارة إلى أن ضمير صح الواقع في عبارة الكنز وغيره عائد إلى المضاف إليه في الترجمة. قال في البحر: والظاهر أن الضمير يعود إلى الخيار. وفي الوقاية والنقاية: صح خيار الشرط فأبرزه، والأولى ما

ولو وصياً (ولغيرهما) ولو بعد العقد لا قبله. تاترخانية (في مبيع) كله (أو بعضه)

في الإصطلاح: صح شرط الخيار، لأن الموصوف بالصحة شرط الخيار لا نفس الخيار اهـ. فالضمير على الأول في كلام البحر عائد إلى المضاف، وعلى الأخير إلى المضاف إليه، وبه جزم في النهر فقال: الضمير في صح يعود إلى المضاف إليه بقريئة صح، ولقد أفصح المصنف عنه في الخلع حيث قال: وصح شرط الخيار لها في الخلع لا له، ومن غفل عن هذا قال ما قال اهـ. قلت: فيه نظر، فإن الشرط الواقع في الترجمة عام بقريئة الإضافة، ولقولهم إنه من إضافة الحكم إلى سببه: أي الخيار الواقع بسبب الشرط، فلا يصح عود الضمير إلى الشرط المذكور، لأن الموصوف بالصحة شرط خاص وهو شرط الخيار الذي أفصح عنه في الخلع، وأين العام من الخاص؟ وما في الإصلاح لا يصلح دليلاً على عوده إلى الشرط، بل هو تركيب آخر صحيح في نفسه. والأحسن ما استظهره في البحر من عوده إلى الخيار، لكن بقيد وصفه بالمشروطة، فإنه في الأصل من إضافة الموصوف إلى صفته: أي الخيار المشروط، وهذا لا يتنافى كون الشرط سبباً للحكم، كما أفاده الحموي.

وقد يقال: إن خيار الشرط مركب إضافي صار علماً في اصطلاح الفقهاء على ما ثبت لأحد المتعاقدين من الاختيار بين الإمضاء والفسخ، وكذا خيار الرؤية وخيار التعيين وخيار العيب، كما صار الفاعل والمفعول به ونحو ذلك من التراجم علماً في اصطلاح النحويين على شيء خاص عندهم، وعلى هذا يعود الضمير في صح إلى هذا المركب الإضافي، وهو ما أفصح عنه في الوقاية والنقاية كما مر، فكان ينبغي للمصنف متابعتهما لخلوه من التكليف والتعسف. قوله: (ولو وصياً) وكذا لو وكيلًا. قال في البحر: ولو أمره ببيع مطلق فعقد بخيار له أو للأمر أو لأجنبي صححاه، ولو أمره ببيع بخيار للأمر فشرطه لنفسه لا يجوز ولو أمره بشراء بخيار للأمر فاشتراه بدون الخيار نفذ الشراء عليه دون الأمر للمخالفة، بخلاف ما إذا أمره ببيع بخيار فباع باتاً حيث يبطل أصلاً اهـ ملخصاً ط. وسيذكر الشارح الفرق بين الفرعين الأخيرين. قوله: (ولغيرهما) ويثبت الخيار لهما مع ذلك الغير أيضاً، كما سيأتي في قول المصنف: «ولو شرط المشتري الخيار لغيره صح الخ». قوله: (ولو بعد العقد) ربما يتوهم اختصاصه بقوله: «ولغيرهما» مع أنه جار في الأقسام الثلاثة، فلو قدمه وقال صح شرطه، ولو بعد العقد لكان أولى اهـ ح. فلو قال أحدهم بعد البيع ولو بأيام جعلتك بالخيار ثلاثة أيام صح إجماعاً^(١). بحر. قوله: (لا قبله) فلو قال جعلتك بالخيار في البيع الذي نعهده ثم اشترى مطلقاً لم يثبت. بحر عن التاترخانية قوله: (أو بعضه) لا فرق في ذلك بين كون الخيار

(١) اختلفوا في مدة الخيار على معنى كم يجوز للمتبايعين أو لأحدهما من الوقت قال جماعة من العلماء منهم الحسن بن حي: إن هذا الخيار لا يتقدر بمدة فلو شرط الخيار ولم يذكر مدة أو شرطه أبداً صح =

= البيع والشرط وكان له أن يفسخ البيع أي وقت شاء ما لم يتصرف فيه تصرفاً دالاً على الرضا بالبيع، فإن تصرف تصرفاً كهذا فقد لزم البيع وانقطع الخيار. وهذا المذهب هو رواية عن أحمد بن حنبل رضي الله عنه. ولعل حجة من ذهب إلى هذا الرأي هي قوله عليه الصلاة والسلام: «المسلمون على شروطهم» إذ هو عام في كل شرط، ومنه شرط الخيار في البيع على أي حال كان مقيداً بمدة أو غير مقيد، فيجب الوفاء به لهذا الحديث، ولا يجب الوفاء بشيء شرعاً إلا إذا كان صحيحاً شرعاً؛ إذ الباطل مهدر ولا كرامة له في الشرع. وهذا مذهب غير صحيح، ولذا لم يذهب إليه إلا قلة من العلماء، وقوله عليه الصلاة والسلام: «المسلمون على شروطهم» عام مخصوص بحديث نبي النبي ﷺ عن بيع الغرر؛ لأن البيع مع شرط الخيار غرر؛ لأنه لا يدرى أيتم البيع أم لا يتم؟ اغتفر هذا الغرر إذا ضرب لهذا الخيار مدة معلومة لعدم إفضائه إلى النزاع والشحناء، وهذا بخلاف ما إذا لم تضرب له مدة أو ضرب له الأبد، فإن النزاع والخصام والمضارة التي نهي عن الغرر من أجلها تكون هنا جميعاً متوفرة ولا ريب.

هذا وجهير العلماء بعد ذلك على أنه لا بد من تقييد شرط الخيار بمدة، وأن هذه المدة يشترط فيها أن تكون معلومة إما بالنص عليها كما هو رأي العلماء غير المالكية، وإما بالنص أو بالعرف. على معنى أن تقلد بالعرف إن لم ينص عليها المتعاقدان كما هو مذهب المالكية.

إلا أنهم اختلفوا في هذه المدة كم هي؟

فذهب الشافعية وأبو حنيفة وزفر والليث بن سعد في جهابرة كثيرة من العلماء إلى أن هذه المدة لا يجوز بحال أن تجاوز ثلاثة أيام، وتجوز الثلاثة فما دونها.

وذهب الحنابلة وأبو يوسف ومحمد بن الحسن وابن أبي ليلى وابن المنذر من الشافعية إلى أن الشرط في هذه المدة أن تكون معلومة فحسب طالت بعد ذلك أم قصرت، جاوزت الثلاث أم لم تجاوزها، وهذا أيضاً مذهب داود الظاهري.

وذهب المالكية إلى أن هذه المدة يختلف تقديرها باختلاف المبيع من حيث الحاجة الداعية إلى شرط الخيار فيه من اختيار أو استشارة، ومن حيث إسراع الفساد إليه أو عدم الإسراع، فإن المدة تختلف تبعاً لذلك كما يفهم هذا المتبع لفروع المالكية في كتبهم، فيجوز الخيار في الدور والعقار إلى الشهر ونحوه، وفي العبد والجارية إلى الجمعة ونحوها، وفي الثياب والعروض إلى الثلاثة ونحوها، وفي الدابة يقصد ركوبها في البلد اليوم ونحوه، وخارج البلد البريد ونحوه أو يقصد اختبار حالها من قوة وضعف أو قدرة على الأكل والحمل أو استشارة أتساري الثمن أم لا تساويه؟ الثلاثة ونحوها، وأقصى مدة تضرب لشرط الخيار لا تزيد عن الشهرين بحال عند المالكية.

أما الشافعية وأبو حنيفة ومن ذهب مذهبهما فاستدلوا أولاً: بحديث حبان بن منقذ «إذا بايعت قفل لا خلافة، ولي الخيار ثلاثة أيام» البخاري (٢١١٧) ومسلم (٣/١١٦٥) (١٥٣٣/٤٨) وظاهر أن الحديث إذا كان حجة لاشتراط الخيار في البيع فهو كذلك حجة على أن مدته لا تزيد على الثلاث يقول صاحب الميسر ما معناه: إن المقدر شرعاً إما أن يكون لمنع الزيادة أو لمنع النقصان أو لمنع أحدهما، ومنع النقصان هنا بمنع بالاتفاق، فيكون لمنع الزيادة، وإلا يلزم خلو الحديث عن الفائدة.

ولكن هذا الحديث لا يصلح حجة لجواز شرط الخيار، فكذلك لا يصلح لتقدير مدته لبناء الثاني على الأول.

ثانياً: استدلت لهم كذلك بحديث: «الخيار ثلاثة أيام» وإسناده لا يقوم به حجة.

ثالثاً: بما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: «ما أجد لكم أوسع مما جعل رسول الله ﷺ لحبان. جعل له الخيار ثلاثة أيام إن رضي أخذ وإن سخط ترك» ولكن الذي جعله الرسول ﷺ لحبان هو مدة خيار الغبن عند شرط عدم الخلافة في البيع لا مدة خيار الشرط. على أن هذا لم يثبت عن عمر من طريق يصح، ولو صح عنه ما ذكر، فقد ثبت عن غيره من الصحابة ما يخالف قوله.

رابعاً: قالوا بقياس هذا الخيار على خيار التصرية المؤقت بالثلاث. قلنا: بالتأقيت في التصرية بالثلاث =

= ثبت لمعنى، وهو أن التصرية لا تعلم غالباً قبل الثلاث كما أن العلم بها لا يحتاج لأكثر من الثلاث في الغالب، وخيار الشرط قد لا يحتاج فيه إلى الثلاث في بعض صور المبيع، وقد يحتاج فيه إلى أكثر منها في بعض آخر، فلم يظهر للتأنيث بالثلاث معنى فيه فافترق المقيس والمقيس عليه.

وأما الحنابلة والصاحبان ومن تابعهم فاستدلوا أولاً: بقوله ﷺ: «المسلمون على شروطهم» وشرط الخيار إذا كان معلوم المدة ينتهي عنه الغرر الذي من شأنه أن يوقع الضغينة والشحناء، فيكون داخلاً في عموم هذا الحديث، وليس داخلاً في عموم نبيه ﷺ عن بيع الغرر حت يستثنى من هذا الحديث الذي معنا، وقد اعترض على هذا الحديث بأنه ضعيف، ودفع هذا الاعتراض بأنه روي من جملة طرق وإن لم تبلغ درجة الصحة فهي تجعل للحديث أصلاً وتسمو به إلى درجة الحجية.

ثانياً: قالوا: فحديث ابن عمر رضي الله عنهما «أنه أجاز الخيار إلى شهرين» يدل على أنه يجوز شرط الخيار أكثر من ثلاث. قلنا: لا ندري إذا كان ابن عمر أسند هذا إلى النبي ﷺ أو هو رأي ارتآه. على أن الخيار فيه مطلق لا نعلم أي خيار هو؟. أخيار شرط أم غيره؟ ثم هو مع تسليم أنه حديث مرفوع وأن المراد بالخيار فيه خيار الشرط لا يدل إلا على جزء الدعوى، وهو جواز الزيادة على الثلاث إلى الشهرين، والمدعى أي مدة طالت أم قصرت ما دامت معلومة، فكيف والحديث غريب كما قاله صاحب نصب الرأية ٨/٤.

ثالثاً: قاسوا خيار الشرط على الأجل؛ لأن كلا منهما حق يعتمد الشرط، والأجل شرطه أن يكون معلوماً، ومتروك أمر مدته إلى ما يتفق عليه العاقدان، فمدة خيار الشرط هكذا يجب أن تكون، ومعنى أن كلامه من الأجل وخيار الشرط حق يعتمد الشرط أنه لولا الشرط لما كان لهما وجود. ولا أثر فلو خلا العقد عنهما لكان حالاً لازماً، وقريب من هذا قول بعض الكتاتيب في بيان وجه القياس: مدة ملحقة بالعقد شرطاً؛ لأنه يترتب على تلك المدة الملحقة بالعقد على جهة الشرط حق فسخ البيع وحق تأخير الثمن، وقول بعض آخر: خيار الشرط كالأجل كلاهما شرع على خلاف مقتضى العقد تحت ضغط الحاجة، وقد تدعو الحاجة في خيار الشرط أن تزيد مدته على الثلاث كما أن الأجل يطول ويقصر تبعاً للحاجة؛ لأن معنى كون الشيء على خلاف المقتضى. إن المقتضى لا يستلزمه عند الإطلاق بل يستلزم ضده، وهذا هو معنى قولنا: من يعتمد الشرط. غاية ما هناك أنه، عبر بدلا الشرط بالحاجة، وهما أيضاً قريبان؛ لأن الحاجة هي الداعية إلى الشرط، وقد دفع هذا القياس صاحب فتح القدير، فقال: نحن نسلم قياس خيار الشرط على الأجل ولا يضربنا؛ فإن الذي شرع الأجل على خلاف القياس شرعه مطلقاً، فعملنا بإطلاقه، ولكنه حين شرع الخيار شرعه مقيداً في حدود الثلاث، فعملنا بتقييده، حتى أنه لو كان شرع الأجل مقيداً بوقت معين لكننا كذلك نقول والمعنى أن ما شرع على خلاف القياس يعمل فيه بمقتضى النص الوارد فيه والنص في الأجل مطلق، وفي شرط الخيار مقيد، فعملنا فيهما معاً بالنص والقياس، ومن هنا يظهر أن الكمال اعتمد في رده هذا القياس على الحديث حديث حبان بن منقذ، وقد علمت مبلغ صلاحته في الاستدلال على محل النزاع.

رابعاً: وكذلك قاسوا خيار الشرط على خيار الرؤية وخيار العيب، فكما يجوز الفسخ بهما ولو بعد الثلاث كذلك يجب ألا يتقيد خيار الشرط بالثلاث، وقد دفع صاحب المسبوط هذا القياس. بأنه لا غرر فيهما بخلاف خيار الشرط، ولعل وجه قوله هذا أن البيع فيهما بت غير معلق حكمه على الشرط، وخيار الشرط ليس كذلك، ولكن ما دمتا قد اشترطنا في خيار الشرط أن تكون مدته معلومة، فالغرر الذي فيه غرر يسير محتمل حيثئذ.

نعم يرد على هذا القياس الذي قال به الصاحبان أنه قياس مذهبي؛ لأن خيار الرؤية الذي ذهب إليه لا يعترف به الشافعية ولا الحنابلة أيضاً، وأما خيار العيب قلنا أن نختار أن الفسخ به فور الاطلاع على العيب كما هو رأي الشافعية، فإن أراد الصاحبان بجواز الفسخ به بعد الثلاث من حين البيع على معنى أن العيب لو ظهر بعد مضي الثلاث من البيع فله الفسخ باتفاق، فجوابنا على ذلك أن البيع في خيار العيب بت ولازم في الظاهر، والخيار إنما يثبت بعد الاطلاع على العيب، فقبل ظهور العيب لا خيار حتى يقاس عليه خيار الشرط.

=

وأما المالكية: فاستدلوا لمذهبهم.

كثله أو ربعه ولو فاسداً؛ ولو اختلفا في اشتراطه

للباع أو للمشتري، ولا بين أن يفصل الثمن أو لا، لأن نصف الواحد لا يتفاوت. ط
عن النهر. قوله: (كثله أو ربعه) مثله ما إذا كان المبيع متعدداً وشرط الخيار في معين
منه مع تفصيل الثمن كما يأتي قبيل خيار التعيين ا هـ ح. قوله: (ولو فاسداً) أي ولو كان

= بأن خيار الشرط شرع للحاجة لدفع الغبن والخديعة أو لاختيار المبيع ومشاورة أولي النهى فيه هل يحقق
طلبة النفس؟ وهل هو صالح للاستعمال فيما يرد له أم هو غير صالح؟ وهذه الحاجة تختلف باختلاف
المبيع فليُنظر اعتبار المدة من حيث تقديرها بالحاجة الداعية إلى اشتراط الخيار في البيع، وما لا ريب فيه
أن الثلاث لا تدفع هذه الحاجة؛ لأن من السلع ما يحتاج اختياره إلى أكثر منها.

وعندهم أن النص على الثلاث في الحديث. ليس لتحديد مدة خيار الشرط بها، وإنما هو للشبيه على هذا
المعنى الذي قالوه؛ إذ كانت حاجة هذا الرجل - حبان بن منقذ - تندفع بالثلاث في الغالب؛ لأنه إنما كان
يتاجر في العروض البسيطة، وعلى هذا فيكون هذا الحديث عندهم من باب الخاص أريد به العام.

كيف ولو وقفنا مع ظاهر الحديث واعتبرنا الثلاث في كل شرط خيار لا يجوز للعاقدين أن يجاوزاها بحال لم
يكن فيه كبير فائدة، ولم يحصل الفرض الذي من أجله شرع شرط الخيار في بعض الحالات؛ لأن الثلاث
لا تكفي في جميع السلع.

وقد دفع هذا صاحب فتح القدير فقال: «إنه لا يتمين الزيادة على الثلاث طريفاً لدفع الحاجة؛ لأن شرط
الخيار إن كان الداعي إليه عدم رؤية المبيع فيمكن أن يذهب قبل العقد ليرى المعقود عليه، فإن لم يمكن
الذهاب فخيار الرؤية ثابت له ولو بعد سنة أو أكثر، وإن كان الخيار للتروي في أمر المبيع هل يساوي
الثمن أم لا؟ وهل هو متمتع به على الكمال أم لا؟ فهذا لا يتوقف على الزيادة على الثلاث إذ يمكن إن لم
يكن أهلاً لذلك أن يراجع أهل الخبرة والمعرفة في الثلاث».

ويكفي في دفع هذا الدفع أنه غير مطابق للواقع ومصادم للحقيقة السافرة، فإن بعض السلع لا تكفي الثلاث
للتروي فيها لا سيما في هذا العصر الذي تقدمت فيه الصناعات واستحدثت المخترعات ذات الأجهزة
الدقيقة المعقدة التركيب. هذا فضلاً عن أنه دفع مذهبي؛ لأن المالكية لا يقولون بخيار الرؤية كما يقول
الحنفية. أعني على النحو الذي ذهب إليه الحنفية؛ لأن خيار الرؤية عند المالكية بالشرط، وقد لا يمكن
منه العاقد بخلافه عند الحنفية فهو من مواجب العقد على الغائب.

نعم يرد على المالكية أن الحاجة كما تختلف باختلاف المبيع كذلك تختلف باختلاف العاقد باعتبار الذكاء
والحنكة وممارسة البياعات، فرب شخص خبير بسلمة يكفيه اليوم بل الساعة ليوقف على أمرها، ورب
شخص آخر غير خبير بها لا تكفيه الأيام للوقوف عليها مع أنه قد لا يمكنه أن يستعين بذوي الخبرة لفقد
أو بعلدهم أو لا يجب أن يطلع غيره على السلمة المتباعدة. فقصر اختلاف الحاجة باعتبار اختلاف المبيع
وحده غير سليد.

على أن الحاجة بعد هذا تختلف باعتبار الزمان والمكان تبعاً لتقدم المدينة والعمران، فما كان يحتاج كشفه
واختياره إلى زمن كبير في العصور الغابرة قد لا يحتاج إلى مثل هذا الزمن في العصر الحاضر، وقد يكون
الأمر بالعكس، فندار في عصر مالك رحمه الله لا تكون كعمارة ضخمة من عمارات أمريكا ناطحات
السحاب.

ولكن المالكية مع هذا كله جعلوا زمانهم الغابر مقياس سائر الأزمنة فقالوا: لا تزيد المدة على الشهرين
بحال، وحدودها في كل مبيع مبيع، فكانوا أول من خالف أصلهم، وهو ربط المدة باعتبار العرف
والحاجة.

الخيار للدكتور مندور، المحلى ٢٧٣/٨، الشرح الكبير ٦٦/٤، الخرشي ١٠٩/٥، فتح القدير ١١٣/٥.

فالقول لنا فيه على المذهب (ثلاثة أيام أو أقل) وفسد عند إطلاق أو تأييد (لا

العقد الذي شرط فيه الخيار فاسداً وكان الأعد في التركيب أن يقول صح شرطه ولو بعد العقد ولو فاسداً كما لا يخفى ح. وفائدة اشتراطه في الفاسد مع أن لكل منهما الفسخ بدونه ما قيل إنه يثبت لمن اشترط ولو بعد القبض، ولا يتوقف على القضاء به أو الرضا اهـ.

قلت: وفيه نظر، لأنه إن كان الضمير في قوله: «ولا يتوقف الخ» عائد إلى الخيار فهو لا يتوقف على ذلك مطلقاً، أو إلى فسخ البيع الفاسد فكذلك؛ نعم تظهر الفائدة في أنه لو كان الخيار للبائع أو لهما وقبضه المشتري بإذن البائع لا يدخل في ملك المشتري مع أنه لو لا الخيار ملكه بالقبض، فافهم. قوله: (فالقول لنا فيه) لأنه خلاف الأصل كما في البحر وهو مكرر مع ما يأتي متناً اهـ ح. قوله: (على المذهب) وعند محمد: القول لمدعيه والبيئة للأخرح عن البحر. قوله: (ثلاثة أيام) لكن إن اشترى شيئاً مما يتسارع إليه الفساد، ففي القياس: لا يجبر المشتري على شيء، وفي الاستحسان: يقال له إما أن تفسخ البيع أو تأخذ المبيع، ولا شيء عليك من الثمن حتى تميز البيع أو يفسد المبيع عندك دفعا للضرر من الجانبين. بحر عن الخانية.

تنبيه: اعلم أن الخيار في العقود كلها لا يجوز أكثر من ثلاثة أيام إلا في الكفالة في قول الإمام. زاد في البزازية: وللمحتال، وكذا في الوقف، لأن جوازه على قول الثاني وهو غير مقيد عنده بالثلاث. در منتقى. وتماه في النهر. قوله: (وفسد عند إطلاق) أي عند العقد. أما لو باع بلا خيار ثم لقيه بعد مدة فقال له أنت بالخيار فله الخيار ما دام في المجلس بمنزلة قوله لك الإقالة كما في البحر عن الولوالجية وغيرها، وحمل عليه قول الفتح: لو قال له أنت بالخيار فله خيار المجلس فقط. قال في النهر: ولم أر من فرق بينهما، ويظهر لي أن المفسد في الثاني أن الإطلاق وقت العقد مقارن فقوي عمله وفي الأول بعد التمام فضعف وقد أمكن تصحيحه بإمكان الخيار له في المجلس اهـ.

تنبيه: قدمنا عن الدرر أنه لو قال علي أتى بالخيار أياماً فهو فاسد. واعترض في الشرنبلالية بأن قولهم لو حلف لا يكلمه أياماً يكون على ثلاثة، ومقتضاه أن يكون هنا كذلك تصحيحاً لكلام العاقل عن الإلغاء، وإلا فما الفرق.

قلت: قد يجاب بأن أياماً في الحلف يصح أن يراد منه الثلاثة والعشرة مثلاً، لكن اقتصر على الثلاثة لأنها المتيقن، وذلك لا ينافي صحة إرادة ما فوقها، حتى لو نوى الأكثر حنث، بخلافه هنا فإن الثلاثة لازمة بالنص البتة، ولفظ أياماً صالح لما فوقها وما فوقها مفسد للعقد فلا ينفعنا حمله على الثلاثة لأنه لا يقطع الاحتمال. قوله:

أكثر) فيفسد، فلكل فسخه خلافاً لهما. (غير أنه يجوز إن أجاز) من له الخيار (في الثلاثة) فيقلب صحيحاً على الظاهر.

(فلكل فسخه) شمل من له الخيار منهما والآخر، وهذا على القول بفساده ظاهر، وكذا على القول الآتي بأنه موقوف. قال في الفتح: وذكر الكرخي نصاً عن أبي حنيفة: أن البيع موقوف على إجازة المشتري وأثبت للبائع حق الفسخ قبل الإجازة، لأن لكل من المتعاقدين حق الفسخ في البيع الموقوف اهـ. قوله: (خلافاً لهما) فعندهما: يجوز إذا سمي مدة معلومة. فتح. قوله: (غير أنه يجوز إن أجاز في الثلاثة) وكذا لو أعتق العبد أو مات العبد المشتري أو أحدث به ما يوجب لزوم البيع ينقلب البيع جائزاً عند أبي حنيفة، وتماه في البحر عن الخانية. قوله: (في الثلاثة) ولو في ليلة الرابع. قهستاني. قوله: (فيتقلب صحيحاً الخ) لأنه قد زال المفسد قبل تقرر، وذلك أن المفسد ليس هو شرط الخيار بل وصله بالرباع، فإذا أسقطه تحقق زوال المعنى المفسد قبل مجيئه فيبقى العقد صحيحاً.

ثم اختلفوا في حكم هذا العقد في الابتداء، فعند مشايخ العراق حكمه الفساد ظاهراً، إذ الظاهر دوامهما على الشرط، فإذا أسقطه تبين خلاف الظاهر فينقلب صحيحاً. وقال مشايخ خراسان والإمام السرخسي وفخر الإسلام وغيرهما من مشايخ ما وراء النهر: هو موقوف، وبالإسقاط قبل الرابع ينقلب صحيحاً، وإذا مضى جزء من الرابع فسد العقد الآن وهو الأوجه، كذا في الظهيرية والذخيرة. فتح ملخصاً، وتماه فيه، ولكن الأول ظاهر الرواية. بحر ومنح. وفي الحدادي: فائدة الخلاف تظهر في أن الفاسد يملك إذا اتصل به القبض، والموقوف لا يملك إلا أن يجيزه المالك، ونظر فيه بأن الفاسد أيضاً لا يملك إلا بإذن البائع كما في المجمع. والأولى أن يقال: إنها تظهر في حرمة المباشرة وعدمها، فتحرم على الأول لا على الثاني. نهر.

قلت: وفي التنظير نظر، فإن المالك في الفاسد يحصل بقبض المبيع بإذن البائع، فالمتوقف فيه على إذن البائع هو القبض لا نفس المالك. وأما الموقوف كبيع الفضولي فإن المالك يتوقف فيه على إجازة المالك البيع فتبقى ثمرة الخلاف ظاهرة، لكن ما قدمناه قريباً عن الخانية من أنه لو أعتق العبد ينقلب جائزاً يشمل ما قبل القبض مع أن قوله ينقلب جائزاً إنما يناسب القول بأنه فاسد لا موقوف، فيفيد حصول المالك قبل القبض، ويؤيده ما مر من أن حكمه عند مشايخ العراق الفساد ظاهراً، فيدل على أنه لا فساد في نفس الأمر؛ ولذا قال في الفتح: إن حقيقة القولين أنه لا فساد قبل الرابع بل هو موقوف، ولا يتحقق الخلاف لا بإثبات الفساد على وجه يرتفع شرعاً بإسقاط الخيار

(وصح) شرطه أيضاً (في) لازم يحتمل الفسخ كمزارعة ومعاملة و (إجارة وقسمة وصلح عن مال) ولو بغير عينه (وكتابة وخلع) ورهن (وعتق على مال) لو شرط لزوجته وراهن وقن (ونحوها) ككفالة وحوالة وإبراء وتسليم شفعة بعد

قبل مجيء الرابع، كما هو ظاهر الهداية. قوله: (في لازم) أخرج به الوصية، فلا محل للخيار فيها لأن للموصي الرجوع فيها ما دام حياً، وللموصي له القبول وعدمه. أفاده ط. ومثلها العارية والوديعة. قوله: (يحتمل الفسخ) أخرج ما لا يحتمله ككنكاح وطلاق وخلع وصلح عن قود.

واستشكل في جامع الفصولين النكاح بفسخه بالردة وملك أحدهما الآخر فإنه فسخ بعد التمام، أما فسخه بعدم الكفاءة والعتق والبلوغ فهو قبل التمام.

قلت: قد يجاب بأن المزداد بما يحتمل الفسخ ما يحتمله بتراضي المتعاقدين قصداً وفسخ النكاح بالردة والملك ثبت تبعاً. قوله: (كمزارعة ومعاملة) أي مساقاة وهذان ذكرهما في البحر بحثاً فقال: وينبغي صحته في المزارعة والمعاملة لأنها إجارة مع أنه جزم بذلك في الأشباه. قال الحموي: يحتمل أنه ظفر بالمنقول بعد ذلك، فإن تصنيف البحر سابق. قوله: (وإجارة) فلو فسخ في اليوم الثالث هل يجب عليه أجر يومين؟ أفنى صط أنه لا يجب، لأنه لم يتمكن من الانتفاع بحكم الخيار، لأنه لو انتفع يبطل خياره. جامع الفصولين. قوله: (وقسمة) لأنها بيع من وجه. قوله: (وصلح على مال) احترز به عن صلح عن قود، لأنه لا يحتمل الفسخ كما مر. قوله: (ورهن) كان ينبغي تقديمه على الخلع أو تأخيره عن العتق، لأن قول المتن: «على مال» راجع للخلع أيضاً، ولا يصح رجوعه للرهن كما لا يخفى وكان ينبغي أن يذكر الطلاق على مال أيضاً لأنه معاوضة من جانب المرأة كالخلع، وكما أن العتق على مال معاوضة من جانب العبد ارح. قوله: (لزوجة وراهن وقن) لأن العقد في جانبهم لازم يحتمل الفسخ، بخلاف الزوج والسيد فإن العقد من جانبهما وإن كان لازماً لكنه لا يحتمل الفسخ لأنه يمين، وبخلاف المرتين فإن العقد من جانبه غير لازم أصلاً، وحيثذا فيجب ذكرهم في المقابل ارح: أي فيما لا يصح فيه الخيار. ويمكن أن يقال: إن الخلع والعتق على مال داخلان في قوله الآتي: «ويمين» تأمل. وقوله: «لازم» يحتمل الفسخ: أي قبل تمامه بالقبول، أما بعد القبول من الزوجة والراهن والقن فلا يحتمله. قوله: (ككفالة) أي بنفس أو مال وشرط الخيار للمكفول له أو للكفيل. بحر. وقد منا أن الخيار في الكفالة والحوالة يصح أكثر من ثلاثة أيام. قوله: (وحوالة) إذا شرط للمحتال أو المحال عليه لأنه يشترط رضاه ط. قوله: (وإبراء) بأن قال أبرأتك على أنني بالخيار، ذكره فخر

الطلبين، ووقف عند الثاني أشباه وإقالة. بزازية. فهي ستة عشر، لا في نكاح، وطلاق، ويمين، ونذر، وصرف، وسلم، وإقرار إلا الإقرار بعقد يقبله. أشباه، ووكالة، ووصية. نهر. فهي تسعة، وقد كنت غيرت ما نظمه في النهر فقلت:

الإسلام من بحث الهزل. بحر. قال ط: لكن نقل الشريف الحموي عن العمادية: لو أبرأه من الدين على أنه بالخيار فالخيار باطل، ولعل في المسألة خلافاً.

قلت: وبالثاني جزم الشارح في أول كتاب الهبة وعزاه إلى الخلاصة. قوله: (ووقف) فيه أنه لا يحتمل الفسخ. تأمل. قوله: (عند الثاني) لأنه عنده لازم. وعند حمد: وإن كان كذلك، لكنه اشترط أن لا يكون فيه خيار شرط ولو معلوماً، وقدمنا في الوقف أن الخلاف في غير المسجد، فلو فيه صح الوقف وبطل الخيار. قوله: (فهي ستة عشر) أي مع البيع. قوله: (لا في نكاح الخ) لأنها لا تحتمل الفسخ. قوله: (وطلاق) أي بلا مال لما عرفت، وينبغي أن يكون الخلع بلا مال مثله ادهح. قوله: (وإقرار الخ) عبارته مع المتن في كتاب الإقرار: أقر بشيء على أنه بالخيار ثلاثة أيام لزمه بلا خيار، لأن الإقرار إخبار فلا يقبل الخيار، وإن صدقه المقر له في الخيار إلا إذا أقر بعقد بيع وقع بالخيار له فيصح باعتبار العقد إذا صدقه أو برهن الخ. قوله: (ووكالة ووصية) فلا خيار فيهما لعدم اللزوم من الطرفين ولزوم الوكالة في بعض الصور نادر. أفاده ط. وهذان زادهما في النهر بحثاً أخذاً بما مر في قوله: «في لازم». قوله: (فهي تسعة) يزداد عاشر وهو الهبة، لما سيذكره المصنف في بابها من أن من حكمها عدم صحة خيار الشرط فيها الخ.

مَطْلَبٌ: الْمَوَاضِعُ الَّتِي يَصِحُّ فِيهَا خِيَارُ الشَّرْطِ وَالَّتِي لَا يَصِحُّ

قوله: (وقد كنت غيرت ما نظمه في النهر) فإن نظم النهر كان هكذا: [الرجز]

وَالصُّلْحُ وَالخُلْعُ مَعَ الْحَوَالَةِ وَالْوَقْفُ وَالْقِسْمَةُ وَالْإِقَالَةُ
وليس في هذا التغيير كبير فائدة مع أنهما لم يستوفيا الأقسام كما قاله ح: أي لأنهما أسقطا من القسم الأول المزارعة والمعاملة والكتابة، ومن الثاني الوصية، لكن الظاهر أن إسقاط الكتابة ذهول؛ وأما ما عداها فلكونه بحثاً كما علمته مما مر.

قلت: وقد كنت نظمت، جميع مسائل القسمين مشيراً إلى البحث منها مع زيادة

الهبة في القسم الثاني فقلت: [الطويل]

يَصِحُّ خِيَارُ الشَّرْطِ فِي تَرْكِ شَفَعَةٍ وَيَبِيعُ وَإِبْرَاءُ وَوَقْفُ كَفَالَةٍ
وَفِي قِسْمَةِ خُلْعٍ وَعَثْقِي إِقَالَةٍ وَصُلْحٍ عَنِ الْأُمُورِ ثُمَّ الْحَوَالَةِ
مُكَاتَبَةٍ زَهْنٍ كَذَلِكَ إِجَارَةٍ وَزَيْدٍ مُسَاقَاةٍ مُزَارَعَةٍ لَهُ

[الرجز]

يَأْتِي خِيَارُ الشَّرْطِ فِي الإِجَارَةِ وَالْبَيْعِ وَالْإِبْرَاءِ وَالْكَفَالَةِ
وَالرَّهْنِ وَالْعَتَقِ وَتَرْكِ الشُّفْعَةِ وَالصُّلْحِ وَالْخُلْعِ كَذَا وَالْقِسْمَةِ
وَالْوَقْفِ وَالْحَوَالَةِ الإِقَالَةَ لَاصِّرْفِ وَالْإِقْرَارِ وَالْوَكَالَةَ
وَلَا التُّكَاحَ وَالطَّلَاقَ وَالسَّلْمَ نَذْرٍ وَأَيْمَانٍ فَهَذَا يُغْتَنَمُ
(فإن اشترى) شخص شيئاً (على أنه) أي المشتري (إن لم ينقد ثمنه إلى
ثلاثة أيام فلا بيع صح) استحساناً خلافاً لزفر، فلو لم ينقد في الثلاث فسد فنقد
عتقه بعدها لو في يده، فليحفظ (و) إن اشترى كذلك (إلى أربعة) أيام

وَمَا صَحَّ فِي نَذْرِ نِكَاحِ أَلْيَةٍ وَفِي سَلْمِ صَرْفِ طَلَاقٍ وَكَأَنَّهُ
وَإِقْرَارِ إِيْتَابٍ وَزَيْدٍ وَصِيَّةٍ كَمَا مَرَّ بَحْثًا فَأَعْتَنِمُ ذِي الْمَقَالَةِ
قوله: (والخلع) بالرفع خبره كذا، ولا يصح جعل كذا خبراً عن القسمة لأنه
مجور بالمعطف على ما قبله؛ نعم يصح جعله متعلقاً بمحذوف حالاً من الخلع.

مَطْلَبُ: خِيَارُ النَّقْدِ

قوله: (على أنه أي المشتري الخ) وكذا لو نقد المشتري الثمن على أن البائع إن
ردَّ الثمن إلى ثلاثة فلا بيع بينهما صح أيضاً، والخيار في مسألة المتن للمشتري لأنه
المتمكن من إمضاء البيع وعدمه، وفي الثانية للبائع؛ حتى لو أعتقه صح ولو أعتقه
المشتري لا يصح. نهر.

تنبیه: ذكر في البحر هنا بيع الوفاء تبعاً للخانية قائلًا لأنه من أفراد مسألة خيار
النقد أيضاً، وذكر فيه ثمانية أقوال، وذكره الشارح آخر البيوع قبيل كتاب الكفالة،
وسياتي الكلام عليه هناك إن شاء الله تعالى. قوله: (فلو لم ينقد في الثلاث فسد) هذا
لو بقي المبيع على حاله. قال في النهر: ثم لو باعه المشتري ولم ينقد الثمن في
الثلاث جاز البيع وكان عليه الثمن، وكذا لو قتلها في الثلاث أو مات أو قتلها أجنبي
خطأ وغرم القيمة؛ ولو وطئها وهي بكر أو ثيب أو جنى عليها أو حدث بها عيب لا
يفعل أحد ثم مضت الأيام ولم ينقد خير البائع، إن شاء أخذها مع النقصان ولا شيء له
من الثمن، وإن شاء تركها وأخذ الثمن، كذا في الخانية اهـ. قوله: (فنقد عتقه الخ) أي
وعليه قيمته. بحر عن الخانية. وهذا تفريع على قوله فسد. قال في النهر: واعلم أن
ظاهر قوله: «فلا بيع» يفيد أنه إن لم ينقد في الثلاث يفسخ. قال في الخانية:
والصحيح أنه يفسد ولا يفسخ، حتى لو أعتقه بعد الثلاث نفذ عتقه إن كان في يده اهـ.
وأما عتقه قبل مضي الثلاث فينفذ بالأولى، كما لو باعه كما مر لأنه بمعنى خيار
الشرط. قوله: (وإن اشترى كذلك) أي على أنه إن لم ينقد الثمن إلى أربعة أيام. قوله:

(لا) يصح، خلافاً لمحمد (فإن نقد في الثلاثة جاز) اتفاقاً، لأن خيار النقد ملحق بخيار الشرط، فلو ترك التفريع لكان أولى (ولا يخرج مبيع عن ملك البائع مع خياره) فقط اتفاقاً (فيهلك على المشتري بقيمته) أي بدله ليعم المثلي (إذا قبضه بإذن البائع)

(لا يصح) والخلاف السابق في أنه فاسد أو موقوف ثابت هنا. نهر عن الذخيرة. قوله: (خلافاً لمحمد) فإنه جوزّه إلى ما سميّه. قوله: (فلو ترك التفريع) أي في قوله: «فإن اشترى» فإن الإلحاق يقتضي المغايرة والتفريع يقتضي أنه من فروعه. قال في الدرر: لم يذكره بالفاء كما ذكره في الوقاية إشارة إلى أنه ليس من صور خيار الشرط حقيقة ليتفرع عليه بل أورده عقيباً لأنه في حكمه معنى اهـ.

قال محشيه خادمي أفندي: أقول الواقع في الزيلعي كونها من صورته، وقد قال صدر الشريعة في وجه إدخال الفاء: إنه فرع مسألة خيار الشرط، لأنه إنما شرع ليدفع بالفسخ الضرر عن نفسه سواء كان الضرر تأخير أداء الثمن أو غيره، على أن قوله لأنه في حكمه يصلح أن يكون علة مصححة لدخول الفاء. قوله: (ولا يخرج مبيع عن ملك البائع مع خياره) لأنه يمنع الحكم، وفي قوله: «عن ملك البائع» إيماء إلى أن البائع هو المالك، فلو كان فضولياً كان اشتراط الخيار له مبطلاً للبيع، لأن الخيار له بدون الشرط^(١) كما في فروق الكرابيسي. ولا يرد الوكيل بالبيع إذا باع بشرط الخيار له لأنه كالمالك حكماً. نهر. قوله: (فقط) قيد به وإن كان الحكم كذلك إذا كان الخيار لهما، لأن المصنف سيذكره صريحاً، وإلا لزم التكرار، فافهم. قوله: (فيهلك) بكسر اللام ط. قوله: (على المشتري بقيمته) لأن البيع يفسخ بالهلاك لأنه كان موقوفاً، ولا نفاذ بدون بقاء المحل فبقي مقبوضاً بيده على سوم الشراء وفيه القيمة، كذا في الهداية. ولا فرق في مسألة المصنف بين هلاكه في مدة الخيار مع بقاءه أو بعد ما فسخ البائع البيع كما في جامع الفصولين. وأما إذا هلك في يده بعد المدة بلا فسخ فيها فإنه يهلك بالثمن لسقوط الخيار؛ ولو ادعى هلاكه في يد المشتري ووجوب القيمة وادعى المشتري إياقه من يده فالقول له بيمينه، لأن الظاهر حياته ويتم البيع، ولو ادعى البائع الإباق والمشتري الموت فالقول للبائع بيمينه، كذا في السراج. بحر. قوله: (إذا قبضه بإذن البائع) وكذا بلا إذنه بالأولى ط. وأما إذا هلك في يد البائع انفسخ البيع ولا شيء

(١) في ط (قوله الآن الخيار له بدون الشرط) فيه أنه يكون حيثئذ اشتراطاً لشيء من مقتضيات العقد وهو لا يقتضي البطلان وأجاب شيخنا بما حاصله: أنه لما كان الخيار ثابتاً له بدون الشرط تعين صرف ما ثبت بالشرط إلى نفس العقد، لا للحكم الذي هو المحل الأصلي للخيار لشغله بالخيار الأول صوتاً لكلام العاقل عن الإلغاء والعقد لا يقبل التعليق بالشرط.

يوم قبضه كالمقبوض على سوم الشراء (فإنه بعد بيان الثمن

عليهما كما في المطلق عنه، وإن تعيب في يد البائع فهو على خياره، لأن ما انتقض بغير فعله لا يكون مضموناً عليه ولكن المشتري يتخير، إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء فسح كما في البيع المطلق، وإذا كان العيب بفعل البائع ينتقص المبيع فيه بقدره، لأن ما يحدث بفعله يكون مضموناً عليه ويسقط به حصته من الثمن. بحر عن الزيلعي. ويأتي حكم تعيبه في يد المشتري. قوله: (يوم قبضه) ظرف لقيمته ح. قوله: (فإنه بعد بيان الثمن مضمون بالقيمة) أطلقه فشمّل بيان الثمن من البائع أو المساوم، وخصه الطرسوسي في أنفع الوسائل بالثاني.

ورده في البحر بأنه خطأ لما في الخانية: طلب منه ثوبا ليشتريه فأعطاه ثلاثة أثواب وقال هذا بعشرة وهذا بعشرين وهذا بثلاثين فأحملها فأى ثوب ترضى بعته منك فحمل فهلكت عند المشتري. قال الإمام ابن الفضل: إن هلكت جملة أو متعاقباً ولا يدري الأول وما بعده ضمن ثلث الكل، وإن عرف الأول لزمه ذلك الثوب والثوبان أمانة، وإن هلك اثنان ولا يعلم أيهما الأول ضمن نصف كل منهما ورد الثالث لأنه أمانة، وإن نقص الثالث ثلثه أو ربعه لا يضمن النقصان، وإن هلك واحد فقط لزمه ثمنه ويرد الثوبين اهـ ملخصاً.

قال في البحر: فهذا صريح في أن بيان الثمن من جهة البائع يكفي للضمان اهـ. وأجاب العلامة المقدسي بأن مراد الطرسوسي أنه لا بد من تسمية الثمن من الجانبين حقيقة أو حكماً، أما الأول فظاهر، وأما الثاني فبأن يسمى أحدهما ويصدر من الآخر ما يدل على الرضا به. ثم قال: ومن نظر عبارة الطرسوسي وجدها تنادي بما ذكرناه اهـ.

مَطْلَبٌ فِي الْمَقْبُوضِ عَلَى سَوْمِ الشَّرَاءِ

قلت: وبيان ذلك أن المساوم إنما يلزمه الضمان إذا رضي بأخذه بالثمن المسمى على وجه الشراء، فإذا سمى الثمن البائع وتسلم المساوم الثوب على وجه الشراء يكون راضياً بذلك، كما أنه إذا سمى هو الثمن وسلم البائع يكون راضياً بذلك، فكأن التسمية صدرت منهما معاً، بخلاف ما إذا أخذه على وجه النظر لأنه لا يكون ذلك رضا بالشراء بالثمن المسمى. قال في القنية: سم: عن أبي حنيفة قال له هذا الثوب لك بعشرة دراهم فقال هاته حتى أنظر فيه أو قال حتى أريه غيري، فأخذه على هذا وضاع لا شيء عليه؛ ولو قال هاته، فإن رضيته أخذته فضاع فهو على ذلك الثمن اهـ.

قلت: ففي هذا وجدت التسمية من البائع فقط، لكن لما قبضه المساوم على وجه الشراء في الصورة الأخيرة صار راضياً بتسمية البائع فكأنها وجدت منهما؛ أما في الصورة الأولى والثانية فلم يوجد القبض على وجه الشراء، بل على وجه النظر منه أو

مضمون بالقيمة) بالغة ما بلغت. نهر؛

من غيره فكأنه أمانة عنده فلم يضمه. ثم قال في القنية ط: أخذ منه ثوباً وقال إن رضيته اشترتته فضاخ فلا شيء عليه؛ وإن قال إن رضيته أخذته بعشرة فعليه قيمته؛ ولو قال صاحب الثوب هو بعشرة فقال المساوم هاته حتى أنظر إليه وقبضه على ذلك وضاخ لا يلزمه شيء.

قلت: ووجهه أنه في الأول لم يذكر الثمن من أحد الطرفين فلم يصح كونه مقبوضاً على وجه الشراء وإن صرح المساوم بالشراء، وفي الثاني لما صرح بالثمن على وجه الشراء صار مضموناً، وفي الثالث وإن صرح البائع بالثمن لكن المساوم قبضه على وجه النظر لا على وجه الشراء فلم يكن مضموناً، وبهذا ظهر الفرق بين المقبوض على سوم الشراء والمقبوض على سوم النظر فافهم، واغتنم تحقيق هذا المحل. قوله: (مضمون بالقيمة) أي إذا هلك، أما إذا استهلكه فمضمون بالثمن كما حققه الطرسوسي، وإن رده في البحر بأنه غير صحيح؛ لما في الخانية: إذا أخذ ثوباً على وجه المساومة بعد بيان الثمن فهلك في يده كان عليه قيمته، وكذا لو استهلكه وارث المشتري بعد موت المشتري اه. قال: والوارث كالمورث، فقد أجاب في النهر بقوله: لا نسلم إنه غير صحيح، إذ الطرسوسي لم يذكره تفقهاً بل نقلاً عن المشايخ، صرح به في المنتقى. وعلله في المحيط بأنه صار راضياً بالمبيع حملاً لفعله على الصلاح والسداد، وعزاه في الخزانة أيضاً إلى المنتقى غير أنه قال: في القياس تجب القيمة اه. كلام النهر.

قلت: وما نقله في البحر عن الخانية لا دلالة فيه على ما يدعيه بل فيه ما ينافيه، لأن قوله: وكذا لو استهلكه وارث المشتري، يفيد أنه لو استهلكه المشتري نفسه كان الواجب الثمن لا القيمة. ووجهه أيضاً ظاهر لما علمته من تعليل المحيط. والفرق بينه وبين استهلاك الوارث أن العاقد هو المشتري، فإذا استهلكه كان راضياً بإمضاء عقد الشراء بالثمن المذكور، بخلاف ما إذا استهلكه وارثه، لأن الوارث غير العاقد، بل العقد انفسخ بموته فبقي أمانة في يد الوارث فيلزمه القيمة دون الثمن؛ فقوله في البحر: والوارث كالمورث غير مسلم. ثم رأيت الطرسوسي نقل عن المنتقى ما يفيد ذلك وهو قوله: ولو قال البائع رجعت عما قلت أو مات أحدهما قبل أن يقول المشتري رضيت انتقض جهة البيع، فإن استهلكه المشتري بعد ذلك فعليه قيمته، كما في حقيقة البيع لو انتقض يبقى المبيع في يده مضموناً، فكذا هنا اه. فهذا صريح بانفساخ العقد بموته، فكيف يلزم الوارث الثمن باستهلاكه، فافهم واغتنم. قوله: (بالغة ما بلغت) ردّ على الطرسوسي حيث قال: وظاهر كلام الأصحاب أنها تجب بالغة ما بلغت، ولكن ينبغي أن

ولو شرط المشتري عدم ضمانه. بزازية. ولو في يد الوكيل ضمنه من ماله بلا رجوع إلا بأمره بالسوم. خانية. أما على سوم النظر فغير مضمون مطلقاً، وعلى سوم الرهن بالأقل من قيمته ومن الدين،

يقال: لا يزداد بها على المسمى كما في الإجارة الفاسدة. قال في النهر: وفيه نظر، بل ينبغي أن تجب بالغة ما بلغت، وقد صرحوا بذلك في البيع الفاسد، فكذا هنا. قوله: (ولو شرط المشتري) أي مريد الشراء وهو المساوم. قوله: (ولو في يد الوكيل النخ) قال في البحر عن الخانية: الوكيل بالشراء إذا أخذ الثوب على سوم الشراء فأراه الموكل فلم يرض به ورده عليه فهلك عند الوكيل، قال الإمام ابن الفضل: ضمن الوكيل قيمته ولا يرجع بها على الموكل إلا أن يأمره بالأخذ على سوم الشراء، فحيثئذ إذا ضمن الوكيل رجوع على الموكل اهـ.

مَطْلَبٌ: الْمَقْبُوضُ عَلَى سَوْمِ النَّظْرِ

قوله: (أما على سوم النظر) بأن يقول هاته حتى أنظر إليه أو حتى أريه غيري، ولا يقول فإن رضيته أخذته. وقوله: «مطلقاً» أي سواء ذكر الثمن أو لا اهـ عن النهر. ولا يخفى أن عدم ضمانه إذا هلك. أما لو استهلكه القابض فإنه يضمن قيمته. وقدمنا وجه الفرق بينه وبين المقبوض على سوم الشراء، وفي حكمه المقبوض على سوم الشراء إذا لم يبين الثمن أو مات أحد العاقدين قبل الرضا أو رجع عما قال، كما قدمناه آنفاً عن المنتقى. وقدمنا أول المسألة ما لو قبض ثلاثة أثواب وسمى ثمن كل واحد بعينه ليشتري أحدها فهلك واحد منها فإنه يضمنه دون الآخرين، وتقدم تفصيله. وهل هذا خاص بما إذا كانت ثلاثة لتكون مما فيه خيار التعيين الآتي بيانه أو أعم؟ والظاهر الثاني^(١) لو كانت أكثر، فلا شك أن واحداً منها مقبوض على سوم الشراء وإن كان فاسداً، والباقي^(٢) على سوم النظر فهو أمانة، بخلاف الأول، فتأمل. قوله: (وعلى سوم الرهن بالأقل من قيمته ومن الدين) أي إذا سمي قدر الدين، فلا يتأفي ما سيذكره المصنف في كتاب الرهن من قوله: «المقبوض على سوم الرهن إذا لم يبين المقدار ليس بمضمون على الأصح» اهـ. وفي البزازية: الرهن بالدين الموعود مقبوض على سوم الرهن مضمون بالموعود، بأن وعده أن يقرضه ألفاً فأعطاه رهناً وهلك قبل

(١) في ط (قوله والظاهر الثاني) قال شيخنا: يلزمه بيان الفرق بين هذه المسألة وبين المقبوض على سوم الشراء بدون بيان الثمن فإنه حكم فيها بعدم الضمان مع أنه مقبوض على سوم الشراء الفاسد كهذه، إذ الظاهر أن علة عدم الضمان فيها هي فساد الشراء وهو موجود هنا.

(٢) في ط (قوله وإن كان فاسداً والباقي النخ) أي لأن خيار التعيين لا يصح في الزائد على الثلاثة لثبوته على خلاف القياس فيها فيتقيد بالثلاث لجمعه بالأوصاف الثلاثة، وهي الأعلى والأوسط والأدون وماذا يكون أصل القياس لاندفاع الحاجة بالثلاث.

وعلى سوم القرض بقرض ساومه به، وعلى سوم النكاح لأمة بقيمتها. نهر
(ويخرج عن ملكه) أي البائع (مع خيار المشتري) فقط (فيهلك بيده بالثمن)

الإقراض يعطيه الألف الموعود جبراً، فإن هلك هذا في يد المرتهن أو العدل ينظر إلى قيمته يوم القبض والدين^(١). وعن الثاني أقرضني وخذ هذا ولم يسم القرض فأخذ الرهن ولم يقرضه حتى ضاع يلزمه قيمة الرهن اهـ. وما عن الثاني مقابل الأصح المذكور. قوله: (وعلى سوم القرض الخ) في البحر عن جامع الفصولين: وما قبض على سوم القرض مضمون بما ساوم كمقبوض على حقيقته بمنزلة مقبوض على سوم البيع، إلا أن في البيع يضمن القيمة وهنا يهلك الرهن بما ساومه من القرض اهـ. وقوله يهلك الرهن بما ساومه من القرض: أي إذا كانت قيمته مثل الرهن لا أقل، فلا ينافي ما تقدم من أنه يضمن بالأقل، وبه ظهر أن ما في قوله وما قبض نكرة موصوفة بمعنى الرهن، فتكون هذه عين المسألة التي قبلها كما يعلم مما نقلناه عن البزازية في تصوير المسألة السابقة، فافهم. قوله: (وعلى سوم النكاح الخ) يعني لو قبض أمة غيره ليتزوجها بإذن مولاها فهلكت في يده ضمن قيمتها. جامع الفصولين. قال محشي الخير الرملي: أقول تقدم أن ما بعث مهراً بعد الخطبة وهو قائم أو هالك يسترد، فهو صريح أيضاً في أن ما قبض على سوم النكاح من المهر مضمون ولو لم يسم المهر اهـ.

تنبية: ظاهر كلامهم وجوب قيمة الأمة ولو لم يكن المهر مسمى، ويحتاج إلى وجه الفرق بينه وبين المقبوض على سوم الشراء أو سوم الرهن، فإنه لا يضمن إلا بعد بيان الثمن أو بيان القرض. وقد أطال الكلام فيه السيد الحموي في حاشية الأشباه من النكاح ولم يأت بطائل. قوله: (ويخرج عن ملكه أي البائع) فلو أعتقه لم يصح عتقه؛ ولو كان حلف إن بعته فهو حرّ لم يعتق لخروجه عن ملكه. بحر. قوله: (مع خيار المشتري فقط) شمل ما إذا كان الخيار لهما وأسقط البائع خياره بأن أجاز البيع كما في البحر. قال ح: ومثله ما إذا جعل المشتري الخيار لأجنبي. قوله: (فيهلك بيده بالثمن) لأن الهلاك لا يعري عن مقدمة عيب يمنع الردّ فيهلك وقد انبرم البيع فيلزم الثمن، بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع لأن تعييبه في هذه الحالة لا يمنع الرد فيهلك والعقد موقوف فيبطل. نهر. وإذا بطل العقد يضمن القيمة.

مَطْلَبٌ فِي الْفَرْقِ بَيْنَ الْقِيَمَةِ وَالْثَمَنِ

والفرق بين الثمن والقيمة أن الثمن ما تراضى عليه المتعاقدان، سواء زاد على القيمة أو نقص، والقيمة ما قوم به الشيء بمنزلة المعيار من غير زيادة ولا نقصان.

(١) في ط (قوله والدين) معطوف «وقيمته» أي ينظر إلى قيمته والدين فيضمن بالأقل منهما.

كتعيبه) فيها بعيب لا يرتفع كقطع يد فيلزمه قيمته في المسألة الأولى، وللبائع فسخ المبيع وأخذ نقصان القيمي لا المثلي لشبهة الربا حدادي، وثمنه في الثانية؛ ولو يرتفع كمرض، فإن زال في المدة فهو على خياره،

قوله: (كتعيبه فيها) أي في يد المشتري، وهذا تشبيه بالهلاك في صورتين: أعني في صورة ما إذا كان الخيار للبائع أو للمشتري، فإن التعيب المذكور كالهلاك يوجب القيمة في الأولى والثمن في الثانية. منع. وشمل ما إذا عيبه المشتري أو أجنبي أو تعيب بأفة سماوية أو بفعل المبيع، وكذا بفعل البائع^(١) عند محمد فلا يسقط به خيار المشتري، فإن أجاز البيع ضمن البائع النقصان. وعندهما يلزم البيع. بحر: أي ويرجع بالأرش على البائع كما ذكره بعد.

تنبيه: ذكر حكم الهلاك والنقصان عند المشتري، ولم يذكر حكم الزيادة عنده. وحاصله: أنها متصلة أو منفصلة ومتولدة من الأصل كالولد والسمن والجمال والبرء من المرض، أو غير متولدة كالصبي والعقر والكسب والبناء فيمتنع الفسخ إلا في المنفصلة الغير المتولدة. بحر عن التاترخانية. قوله: (لا يرتفع) يأتي محترزة. قوله: (فيلزمه قيمته) أي لو هلك، ولو قال فللبائع في المسألة الأولى فسخ البيع الخ لكان أولى، لأن المطلوب بيان ما يلزم بالتعيب في المسألتين، أما ما يلزم بالهلاك فيهما فهو مصرح به في المتن. قوله: (لشبهة الربا) لأن الجودة في المال الربوي غير معتبرة، لكن قال في الخلاصة من الغصب: إذا غصب قلب فضة وهو بالضم السوار، وإن شاء المالك أخذه مكسوراً، وإن شاء تركه وأخذ قيمته من الذهب. قال في العناية: إذ لو أوجبنا مثل القيمة من جنسه أدى إلى الربا، أو مثل وزنه أبطلنا حق المالك في الجودة والصنعة اهـ. وذكر الزيلعي هناك فيما لو نقص المغصوب الربوي: يخير المالك بين أن يمسك العين ولا يرجع على الغاصب بشيء، وبين أن يسلمها ويضمن مثلها أو قيمتها، لأن تضمين النقصان متعذر لأنه يؤدي إلى الربا اهـ. وبه علم أن الخيار للمالك بين إمساك العين بلا رجوع بالنقصان وبين دفعها تضمين مثلها: أي مثل وزنها، لأنه رضي بإبطال حقه في الجودة وبين تضمين قيمتها: أي من خلاف الجنس. وفي مسألتنا إذا كان الخيار للبائع في بيع الربوي وعيبه المشتري واختار البائع الفسخ ليس له أخذ نقصان العيب لأنه يؤدي إلى الربا، وينبغي أن يكون له الخيارات المذكورة. تأمل. قوله: (في الثانية) أي ما كان الخيار فيها للمشتري. قوله: (ولو يرتفع) مقابل قوله: «بعيب لا يرتفع». قوله: (فهو على خياره) أي فله الفسخ في مدة الخيار ورد المبيع

(١) في ط (قوله وكذا بفعل البائع الخ) عبارة ط: هكذا أو بفعل المبيع أو البائع عندهما وقال محمد: لا يسقط خيار المشتري بتعيب البائع وهي الصواب.

وإلا لزمه العقد لتعذر الرد. ابن كمال (ولا يملكه المشتري خلافاً لهما) لثلا يصير سائبة. قلنا السائبة هي التي لا ملك فيها لأحد ولا تعلق ملك، والثاني موجود هنا، ويلزمكم اجتماع البدلين والعود على موضوعه بالنقض بشراء قريبه

على بائعه. قوله: (وإلا) أي وإن لم يزل المرض في المدة لزم العقد، لأنه لا يمكنه رده في المدة معيماً لتضرر البائع، ولو زال بعد مضيّ المدة لزم العقد بمضيها. قوله: (ابن كمال) ومثله في البحر والجمهورية. قوله: (ولا يملكه المشتري) أي فيما إذا كان الخيار له فقط، لكن في الخانية يصح إعتاقه ويكون إمضاء. وفي السراج: تجب النفقة عليه بالإجماع، ولو تصرف فيه في مدة الخيار جاز تصرفه ويكون إجازة منه. وفي جامع الفصولين: لو رهن بالثمن رهنًا جاز الرهن به مع أنه ذكر فيه أيضاً أنه لو أبرأه البائع عن الثمن لم يميز إيراؤه عند أبي يوسف اهـ. فينبغي أن لا يصح الرهن أيضاً. والجواب أن الإبراء يعتمد الدين ولا دين له عليه، لأن الثمن باق على ملك المشتري، بخلاف الرهن بدليل صحته بالدين الموعود به، لكن في المعراج أن عدم صحة الرهن^(١) بالثمن قياس، والاستحسان صحته لأنه إبراء بعد وجود السبب وهو البيع، وتمامه في البحر. وفيه عن الخلاصة أن زوائد المبيع موقوفة، إن تم البيع كانت للمشتري، وإن فسخ كانت للبائع. قوله: (خلافاً لهما) حيث قالوا: إنه يملكه. قوله: (لثلا يصير سائبة) أي شيئاً لا مالك له بعد دخوله في الملك، وهذا دليل لقولهما إنه يملكه بعد خروجه من ملك البائع: أي أنه لو لم يملكه لزم أن يخرج عن ملك البائع لا إلى مالك فيكون كالسائبة ولا عهد لنا به في الشرع: يعني في المعاوضات لثلا يرد نحو التركة المستغرقة بالدين فإنها تخرج عن ملك الميت ولا تدخل في ملك الورثة ولا الغرماء، وتمامه في النهر والفتح. قوله: (قلنا) أي من طرف الإمام، وهو جواب بمنع كونه كالسائبة. قوله: (والثاني موجود هنا) وهو علقه الملك: أي للبائع، إذ قد يرد عليه فيعود إليه حقيقة ملكه، وللمشتري أيضاً إذ قد يسقط خياره فيكون له ط. قوله: (ويلزمكم الخ) استدلال للإمام بطريق النقض الإجمالي للدليل الخضم باستلزامه الفساد من وجهين:

الأول ما في النهر أنه لو دخل في ملك المشتري مع كون الثمن لم يخرج من ملكه لزم اجتماع البدلين في حكم ملك أحد المتعاقدين حكماً للمعاوضة ولا أصل له في الشرع. يعني في باب المعاوضة فإنها تقتضي المساواة بينهما في تبادل ملكيهما، فلا يرد ما لو غصب المدبر وأبق من يده فإنه يضمن قيمته ولا يخرج به عن ملك المالك، فيجتمع العوضان في ملك لأنه ضمان جنابة لا معاوضة.

(١) في ط (قوله أن عدم صحة الرهن الخ) عبارة المعراج كما في البحر «أن عدم صحته قياس الخ» فالضمير البارز راجع للإبراء كما لا يخفى.

(ولا يخرج شيء منهما) أي من مبيع وثمن من ملك بائع ومشتري عن مالكة اتفاقاً (إذا كان الخيار لهما) وأيهما فسخ في المدة انفسخ البيع، وأيهما أجاز بطل خياره فقط (و) هذا الخلاف (تظهر ثمرته في) عشر مسائل جمعها العيني في قوله: اسحق عزك فخم.

الألف من الأمة لو اشتراها بخيار وهي زوجته بقي النكاح.
والسين من الاستبراء، فحيضها في المدة لا يعتبر استبراء.
والحاء من المحرم، فلا يعتق محرمة.

والثاني ما في الفتح من أن خيار المشتري شرع نظراً له ليرتوي فيقف على المصلحة، فلو أثبتنا الملك بمجرد البيع مع خياره ألحقناه نقيض مقصوده، إذ ربما كان المبيع من يعتق عليه فيعتق بلا اختياره فيعود شرع الخيار على موضوعه بالنقض إذا كان مفوّتاً للنظر، وذلك لا يجوز. قوله: (ولا يخرج شيء منهما الخ) فإن تصرف البائع جاز وكان فسخاً، وكذا إن تصرف المشتري في الثمن إن كان عيناً وتصرف كل منهما فيما اشتراه باطل، وأيهما هلك قبل التسليم بطل البيع، فإن هلك بعده بطل أيضاً ولزم قيمته. منح. قوله: (عن مالكة) لا حاجة إليه ط. قوله: (وأيهما أجاز بطل خياره فقط) أي وصار العقد باتاً من جانبه والآخر على خياره، وإن لم يوجد منهما إجازة ولا فسخ حتى مضت المدة لزم البيع، ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر بطل البيع بينهما، سواء سبق الفسخ أو الإجازة أو كانا معاً: ولا عبرة للإجازة بكل حال اءمنح.

وحاصله: أنه إذا أجاز أحدهما فالآخر على خياره، فإن أجاز أيضاً تم العقد، وإن فسخ بطل، وإن سكتا حتى مضت المدة لزم العقد. قوله: (وهذا الخلاف) أي المذكور بين الإمام وصاحبيه في مسألة خيار المشتري، وهو أن المبيع لا يدخل في ملك المشتري عنده ويدخل عندهما، والتفريع في المسائل الآتية على قوله. قوله: (بقي النكاح) لأنه لم يملكها عنده، وإذا سقط الخيار بطل: أي النكاح للتنافي: أي بين ثبوت المتعة بملك اليمين وبالعقد. وعندهما انفسخ النكاح لدخولها في ملك الزوج، فإذا فسخ المشتري البيع رجعت إلى مولاهما بلا نكاح عليها عندهما. وعنده تستمر زوجته كما في الفتح. قال في البحر: وعلى هذا لو اشترى زوجته فاسداً وقبضها يفسد النكاح، ثم إذا فسخ البيع للفساد لا يرتفع فساد النكاح. قوله: (لا يعتبر استبراء) أي عنده، وعندهما يعتبر؛ ولو ردت بحكم الخيار إلى البائع لا يجب الاستبراء عنده، وعندهما يجب إذا ردت بعد القبض. بحر. وهي المسألة الآتية في رمز الفاء. قوله: (فلا يعتق محرمة) أي إذا اشترى قريبه المحرم لا يعتق عليه في مدة الخيار عنده حتى تنقضي

والقاف من القربان لمنكوحته المشتراة، فله ردها إلا إذا نقصها به .
والعين من الوديعة عند بائعه، فتهلك على البائع لارتفاع القبض بالرد

المدة ولم يفسخ . وعندهما يعتق لأنه ملكه . قوله : (فله ردها) لأنه حيث لم يملكها عنده كان وطؤه لها في مدة الخيار بالنكاح لا بملك اليمين فلا يمتنع الرد، لأنه لم يكن دليل الرضا بالبيع، بخلاف وطء غير منكوحته كما سيأتي . وعندهما يمتنع، لأن الوطاء حصل في الملك وقد بطل النكاح فكان دليل الرضا . قوله : (إلا إذا نقصها) أي الوطاء ولو ثيباً فيمتنع الرد . نهر وفتح . ومقتضاه أن دواعي الوطاء ليست كالوطء لعدم التنقيص بها فلا يجري فيها الخلاف^(١) المذكور، بخلافها في غير المنكوحه، فإن دواعيه مثله فتكون دليل الرضا بالبيع فيمتنع الرد اتفاقاً كما سيأتي . وعلى هذا فيشكل ما في شرح منلا مسكين^(٢) . ومن أنه يمتنع الرد عند الإمام لو قبلها أو مسها أو مسته بشهوة؛ وكذا لو وطئها غير الزوج في يده اهـ . ووجه الأخير ظاهر، لأن وطء غيره موجب للعقر وهو زيادة منفصلة متولدة من المبيع بعد القبض . فتمنع الرد كما مر ويأتي .

تنبيه : قال في البحر : ولم أر حكم حلّ وطء المبيعة بخيار، أما إذا كان الخيار للبائع فينبغي حله له لا للمشتري وإن كان للمشتري ينبغي أن يحلّ لهما، ونقله في المعراج عن الشافعي اهـ . ولا يخفى أن هذا في غير منكوحته .

ثم اعلم أن هذه المسألة غير مكررة مع الأولى المرموز لها بالألف وإن كان موضوعهما بشراء الأمة المنكوحه لأن المقصود من الأولى أن شراءها لا يطل نكاحها، ومن هذه أن وطء زوجها لا يمنعه من ردها كما نبه عليه ط . وهو ظاهر . قوله : (من الوديعة عند بائعه الخ) أي إذا قبض المشتري المبيع بإذن البائع ثم أودعه عند البائع فهلك في يده في تلك المدة هلك من مال البائع عنده لارتفاع القبض بالرد لعدم

(١) في ط (قوله فلا يجري فيها الخلاف) صوابه التفصيل، لأن بخلاف جار وإن لم تنقص كالوطء الغير المنقوص .

(٢) في ط (قوله وعلى هذا فيشكل ما في شرح منلا مسكين الخ) عبارة الشارح المذكورة ولو اشترى منكوحته فوطئها له ردها عند أبي حنيفة خلافاً لهما . هذا لو ثيباً فلو بكرأ يمتنع الرد عنده أيضاً، وكذا لو قبلها أو مسها أو مسته بشهوة، وكذا لو وطئها غيره في يده .

فقد فهم العلامة المحشي أن قوله «وكذا لو قبلها الخ» تابع لقوله : «يمتنع الرد» فاستشكل، وليس كذلك، بل هو معطوف على قوله : «فوطئها» الذي هو محل الخلاف، وعليه فلا إشكال أفاده شيخنا، نعم يبقى الإشكال في عهد صورة وطء الغير من محال الخلاف مع أنه ليس فيها إلا إيجاب العقر وهو زيادة منفصلة غير متولدة، والمعجب من العلامة المحشي كيف استظهر وجه امتناع الرد فيها مع تصريحه في التنبيه السابق عند قول المصنف «فهلك بيده بالثمن» . بعدم الرد في الزيادة المذكورة، وقيده أبو السعود في حاشيته على منلا مسكين بما إذا عيبتها الوطاء، وحيثئذ يتمنع الرد قولاً واحداً أيضاً، فلا يتبقى عنده في مسائل الخلاف .

لعدم الملك .

والزاي من الزوجة المشتراة، لو ولدت في المدة في يد البائع لم تصر أم ولد؛ ولو في يد المشتري لزم العقد، لأن الولادة عيب . درر وابن كمال .
وفي البحر عن الخانية: إذا ولدت بطل خياره، وإن كان الولد ميتاً ولم تنقصها الولادة لا يبطل خياره، وأقره المصنف .
والكاف من الكسب للعبد في المدة، فهو للبائع بعد الفسخ .
والفاء من الفسخ لبيع الأمة، فلا استبراء على البائع .
والحاء من الخمر، فلو شراه ذمي من مثله بالخيار فأسلم أحدهما فهو للبائع . عيني . وتبعه المصنف، لكن عبارة ابن الكمال: وأسلم المشتري .

الملك . وعندهما من مال المشتري لصحة الإيداع باعتبار قيام الملك . وتمامه في البحر . قوله: (لعدم الملك) علة للعلة . قوله: (لو ولدت) أي بالنكاح . بحر . قوله: (لم تصر أم ولد) أي للمشتري لعدم الملك خلافاً لهما . بحر . قوله: (لزم العقد الخ) أي اتفاقاً، وتصير أم ولد للمشتري إذا ادعاه . بحر عن ابن كمال، لأن تعيب المبيع في مدة الخيار بعد قبضه له مبطل لخياره . قوله: (إذا ولدت الخ) أي في يد المشتري فيوافق ما قبله ط . قوله: (ولم تنقصها الولادة) مقتضاه أن الولادة قد لا تكون نقصاناً، وهو خلاف الإطلاق السابق، ويؤيد السابق ما في البزازية: اشتراها وقبضها ثم ظهر ولادتها عند البائع لأمن البائع وهو لا يعلم؛ في رواية المضاربة عيب مطلقاً، لأن التكسر الحاصل بالولادة لا يزول أبداً وعليه الفتوى . وفي رواية إن نقصتها الولادة عيب، وفي البهائم ليست بعيب إلا أن توجب نقصاناً، وعليه الفتوى اهـ . وسيذكر الشارح في خيار العيب عن البزازية خلاف ما نقلناه عنها، وهو تحريف كما سنوضحه هناك . قوله: (فهو للبائع بعد الفسخ) لأنه عنده لم يحدث على ملك المشتري، وعندهما للمشتري لحدوثه على ملكه . بحر . قال ط: وأما إذا لم يفسخ فالزوائد تبع للمبيع كما سلف . قوله: (فلا استبراء على البائع) لأنه إنما يجب بتجديد الملك ولم يوجد حيث لم تدخل في ملك غيره فكأنه لم يزل ملك البائع . ابن كمال . قوله: (لكن عبارة ابن الكمال وأسلم المشتري) وكذا في الفتح وغيره فيكون هو المراد من لفظ أحدهما . في عبارة العيني: لأنه لو أسلم البائع لا تظهر فيه ثمرة الخلاف لبقاء الخيار إجماعاً كما في الزيلعي، حيث قال: لو اشترى ذمي من ذمي خمرأ على أنه: أي المشتري بالخيار، ثم أسلم المشتري في مدة الخيار بطل الخيار عندهما، لأنه ملكها فلا يملك تملكها بالرد وهو مسلم . وعنده يبطل البيع لأنه لم يملكها فلا يملكها بإسقاط الخيار وهو مسلم . ولو أسلم البائع والخيار للمشتري بقي على خياره بالإجماع؛ ولو ردها المشتري

والميم من المأذون، لو أبرأه البائع من الثمن صح استحساناً وبقي خياره، لأنه يلي عدم التملك، كل ذلك عنده خلافاً لهما.

قلت: وزيد على ذلك مسائل منها:

التاء للتعليق كإن ملكته فهو حرّ فشراه بخيار لم يعتق.

والتاء، واستدامة السكنى بإجارة أو إعارة ليس باختيار.

والصاد، وصيد شراه بخيار فأحرم بطل البيع.

عادت إلى ملك البائع، لأن العقد من جانب البائع بات، فإن أجازته صار له، وإن فسخ صار الخمر للبائع والمسلم من أهل أن يتملك الخمر حكماً كما في الإرث، ولو كان الخيار للبائع فأسلم هو بطل البيع، لأن البيع لم يخرج عن ملكه والمسلم لا يقدر أن يملك الخمر؛ ولو أسلم المشتري لا يبطل العقد والبائع على خياره، لأن العقد من جهة المشتري بات؛ فإن أجاز العقد صار له، لأن المسلم من أهل أن يملك الخمر حكماً، وإن فسخه كان للبائع، وهذا كله فيما إذا أسلم أحدهما بعد القبض والخيار لأحدهما، فلو قبل القبض بطل البيع في الصور كلها سواء كان البيع باتاً أو بخيار لأحدهما أو لهما، لأن للقبض شبهةً بالعقد من حيث إنه يفيد ملك التصرف فلا يملكه بعد الإسلام اهـ ملخصاً. قوله: (من المأذون الخ) أي إذا اشترى عبد مأذون شيئاً بالخيار وأبرأه بئعه عن ثمنه في مدة الخيار بقي خياره، لأنه لما لم يملكه كان رده في المدة امتناعاً عن التملك وللمأذون ولاية ذلك، فإنه إذا وهب له شيء فله ولاية أن لا يقبله. درر. وعندهما: يبطل خياره، لأنه لما ملكه كان الرد منه تملكاً بغير عوض وهو ليس من أهله، وهذا يقتضي صحة الإبراء، وقد منا أنه لا يصح عند أبي يوسف قياساً، ويصح عند محمد استحساناً. بحر. قوله: (كل ذلك) أي المذكور من أحكام المسائل العشر. قوله: (لم يعتق) لأنه عنده لم يملكه فلم يوجد الشرط. وعندهما وجد فيعتق لأنه ملكه؛ وأما لو قال إن اشتريت بدل قوله إن ملكت فإنه يعتق اتفاقاً لوجود الشرط وهو الشراء، فيكون كالمنشئ للعتق بعده فيسقط الخيار. فتح وبحر. قوله: (واستدامة السكنى الخ) صورتها: اشترى داراً على أنه بالخيار وهو ساكنها بإجارة أو إعارة فاستدام سكنها. قال خواهر زاده: استدامتها اختيار عندهما لملك العين، وعنده ليس باختيار. فتح. ومثله خيار العيب وخيار الشرط في القسمة؛ ولو ابتداء السكنى بطل خياره. وتامه في البحر. قوله: (فأحرم) أي وهو في يده بطل البيع عنده ويرده إلى البائع، وعندهما: يلزم المشتري ولو كان الخيار للبائع ينتقض بالإجماع، ولو كان للمشتري فأحرم المشتري له أن يرده. بحر. وعبرة الفتح: ولو كان للمشتري فأحرم البائع

والدال والزوائد الحادثة في المدة بعد الفسخ للبائع.

والراء، والعصير في بيع مسلمين لو تخمر في المدة فسد خلافاً لهما، فينبغي أن يرمز لها لفظ تتصدر ويضم الرمز للرمز، ولم أره لأحد فليحفظ (أجاز من له الخيار) ولو أجنبياً

للمشتري أن يرده، وهي الصواب. قوله: (بعد الفسخ) متعلق بما تعلق به. قوله: (للبيع) أي تثبت للبائع بعد الفسخ لأنها لم تحدث على ملك المشتري. وعندها للمشتري لأنها حدثت على ملكه كما في الفتح. ثم لا يخفى أن الزوائد تعم المتصلة والمنفصلة متولدة أو غيرها. وليس بصحيح هنا لما قدمناه عن التاترخانية من أن حدوثها عند المشتري يمنع الفسخ بالخيار، إلا إذا كانت منفصلة غير متولدة كالكسب، فهذه يتأتى فيها إجراء الخلاف لإمكان الفسخ فيها، أما في بقية الصور الثلاث فلا، بل هي للمشتري قطعاً لحدوثها على ملكه حيث امتنع بها الفسخ ولزمه البيع.

ثم رأيت في جامع الفصولين: ذكر مسائل الزيادة كما قدمنا من امتناع الفسخ في الكل إلا في صورة المنفصلة الغير المتولدة وأن الخلاف فيها فقط، وحيثذ فإطلاق الزوائد هنا ليس مما ينبغي، بل المراد به الصورة المذكورة وهي مسألة الكسب التي رمز لها بالكاف. فكان على الشارح إسقاط هذه لتكرارها مع إيهامها خلاف المراد كما ظنه من قال: إن الزوائد تعم المتصلة والمنفصلة فيستغني بها عن الكاف المشار بها إلى الكسب اه فافهم قوله: (فسد) أي البيع عنده لعجزه عن تملكه بإسقاط خياره، ويتم عندهما لعجزه عن رده بنفسه. فتح قوله: (خلافاً لهما) راجع للمسائل الخمس المزيدة، فافهم قوله: (ويضم الرمز للرمز) كذا في بعض النسخ: أي يضم الرمز المزيد بلفظ تتصدر للرمز السابق، وفي بعض النسخ «ويضم لرمز الرمز» بجر الأول باللام والثاني بالإضافية، وهذه النسخة أطف وعلينا فقي يضم ضمير يعود للرمز المزيد، ويكون المراد بالرمز المجرور باللام الرمز السابق عن العيني، وبالرمز المجرور بالإضافة شرح الكنز للعيني، فإن اسمه الرمز. وفي ط: فيصير المعنى اسحق عرك: أي احقه بتواضعك وعظم الله تعالى في قلبك، فامتثل أمره ونهيه، وعظم الناس بإنزالهم منزلتهم تصير صدرأ: أي مقدماً ومقرباً عند الله تعالى وعند الناس قوله: (ولم أره لأحد) أي لم ير الرمز بتصدر، وإلا فالمسائل في المنح والبحرط قوله: (أجاز من له الخيار) أي أجاز بالقول أو بالفعل كالإعتاق والوطء ونحوهما كما يأتي.

وفي جامع الفصولين: إذا قال أجزت شراءه أو شئت أخذه أو رضيت أخذه بطل خياره؛ ولو قال هويت أخذه أو أحببت أو أردت أو أعجبني أو وافقني لا يبطل لو

(صح ولو مع جهل صاحبه) إجماعاً إلا أن يكون الخيار لهما وفسخ أحدهما فليس للأخر الإجازة، لأن المفسوخ لا تلحقه الإجازة (فإن فسخ) بالقول (لا) يصح (إلا إذا علم) الآخر في المدة، فلو لم يعلم لزم العقد، والحيلة أن يستوثق بكفيل مخافة الغيبة أو يرفع الأمر للحاكم لينصب من يرد عليه. عيني. قيدنا بالقول لصحته بالفعل بلا علمه اتفاقاً كما أفاده بقوله

اختار الرد أو القبول بقلبه فهو باطل لتعلق الأحكام بالظاهر لا بالباطن قوله: (ولو مع جهل صاحبه) أي العاقد معه، أما لو كان للمشتريين ففسخ أحدهما بعيبه الآخر لم يجز كما في جامع الفصولين قوله: (لهما) أي لكل من المتعاقدين قوله: (فليس للأخر الإجازة) أي إلا إذا قبل الأول إجازته، يدل عليه ما في جامع الفصولين: باعه بخيار ففسخه في المدة انفسخ، فإن قال بعده أجزت وقبل المشتري جاز استحساناً، ولو كان الخيار للمشتري فأجاز ثم فسخ وقبل البائع جاز وينفسخ اهـ. فيكون الأول بيعاً آخر كما سيذكره الشارح، والثاني إقالة قوله: (لأن المفسوخ لا تلحقه الإجازة) فيه إشكال سيذكره الشارح مع جوابه قوله: (لا يصح إلا إذا علم الآخر) هذا عندهما. وقال أبو يوسف: يصح، وهو قول الأئمة الثلاثة. قال الكرخي: وخيار الرؤية على هذا الخلاف، وفي العيب: لا يصح فسخه بدون علمه إجماعاً؛ ولو أجاز البيع بعد فسخه قيل أن يعلم المشتري جاز وبطل فسخه. ذكره الإسبيجابي: يعني عندهما. وفيه يظهر أثر الخلاف فيما إذا باعه بشرط أنه إذا غاب فسخ فسد البيع عندهما خلافاً لأبي يوسف، ورجح قوله في الفتح. نهر قوله: (فلو لم يعلم) أي في مدة الخيار، سواء علم بعدها أو لم يعلم أصلاً قوله: (أن يستوثق بكفيل) الذي في العيني: أن يأخذ منه وكيلاً: يعني إذا بدا له الفسخ رده عليه اهـ. ومثله في البحر وغيره ح قوله: (أو يرفع الأمر للحاكم لينصب الخ) في العمادية: وهذا أحد قولين، وقيل لا ينصب لأنه ترك النظر لنفسه بعدم أخذ الوكيل فلا ينظر القاضي إليه. وتمامه في النهر قوله: (لصحته بالفعل بلا علمه) مثال الفسخ بالفعل أن يتصرف البائع في مدة الخيار تصرف الملاك؛ كما إذا أعتق المبيع أو باعه أو كان جارية فوطئها أو قبلها، أو أن يكون الثمن عيناً فتصرف فيه المشتري تصرف الملاك فيما إذا كان الخيار للمشتري، صرح به الأكمل في العناية وغيره من المشايخ. منح. والمراد بقوله أن يتصرف البائع الخ: أن يكون الخيار له وتصرف كذلك فيكون فسخاً حكماً لأنه دليل استبقاء المبيع على ملكه. وأما لو كان الخيار للمشتري وفعل ما ذكر فإنه يتم البيع كما يأتي قوله: (كما أفاده الخ) أي أفاد الفعل الذي يصح به الفسخ: يعني أن أمثلة الفسخ بالفعل تستفاد من قوله المذكور، وإن لم يكن المذكور من أمثلة الفسخ بل من أمثلة التمام والإجازة. قال في الفتح: وجميع ما

(وتم العقد بموته) ولا يخلفه الوارث كخيار رؤية

قدمنا أنه إجازة إذا صدر من المشتري من الأفعال فهو فسخ إذا صدر من البائع اهـ. وقد أفاد الشارح ذلك بقوله الآتي «ولو فعل البائع ذلك كان فسخاً» والمراد به الإعتاق وما بعده، وحينئذ فليس في كلامه غلط بل هو من رموزه التي تحفى على المعترضين، فافهم قوله: (وتم العقد الخ) أي تحصل الإجازة بواحد مما ذكر، وهو كلام موهم، فإن في بعضها يكون إجازة سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري وهو الموت ومضي المدة، وفي بعضها: إذا كان للمشتري وهو الإعتاق وتوابعه، فلو للبائع كان فسخاً.. أفاده في البحر قوله: (بموته) أي موت من له الخيار بائعاً كان أو مشترياً، لأن موت غيره لا يتم به العقد بل الخيار باق لمن شرط له، فإن أمضى العقد مضى وإن فسخه انفسخ كما في الفتح. نهر. وفي جامع الفصولين: لو الخيار لهما فمات أحدهما لزم البيع من جهته والآخر على خياره. وفيه أيضاً: وكيل البيع أو الوصي باع بخيار أو المالك باع بخيار لغيره فمات الوكيل أو الوصي أو الموكل أو الصبي أو من باع بنفسه أو من شرط له الخيار، قال محمد: يتم البيع في كل ذلك، لأن لكل منهم حقاً في الخيار والجنون كالموت اهـ. وكذا الإغماء. وتامه في النهر قوله: (ولا يخلفه الوارث) لأنه ليس إلا مشيئة وإرادة، ولا يتصور انتقاله والإرث فيما يقبل الانتقال^(١). هداية قوله: (كخيار رؤية) نص على ذلك في الغرر والوقاية والنقاية ومختصرها والملتقى والإصلاح والبحر

(١) اتفق الفقهاء على أن خيار العيب وخيار التعيين يورثان، ويختلفون في توريث خيار الشرط وخيار الرؤية. فالشافعية والمالكية قالوا: يورثان، والحنفية والحنابلة قالوا: لا يورثان.

أما الاتفاقية فدليلهم عليها هو أن الخيار في العيب والتعيين حق متعلق بالمبيع في عينه، فانقل بالموت إلى الوارث تبعاً لانتقال العين إليه، وهذا نظير حق حبس المبيع إلى أن يحصر المشتري الثمن ينتقل إلى ورثة البائع بموته.

وأما الاختلافية. فاستدل من قال بالإرث بالسنة والمعقول.

أما السنة فقوله ﷺ: «من ترك مالا أو حقاً فلورثته، ومن ترك كلاً أو عيالاً فإلي» وكل من خياري الشرط والرؤية حق للمورث، فينتقل الميراث بموته بمقتضى الحديث.

وأما المعقول فقلوا بقياس هذين الخيارين على خياري العيب والتعيين بجامع أن كلاً من هذه الخيارات حق له تعلق بالعين، فينتقل إلى الوارث بانتقالها.

واستدل من قال بعدم الإرث.

أولاً: بأن حق الفسخ بهذين الخيارين لا يجوز الاعتياض عنه، فلم يورث كحق الرجوع في الهبة قبل القبض إذا مات الواهب لا يرثه عنه وارثه؛ لكونه لا يجوز الاعتياض عنه، وهذا بخلاف خيار العيب لمن هو له أن يعترضه بالمصالحة.

وثانياً: بأن هذين الخيارين ليسا وصفين بالمبيع حتى يورثان بإرثه، وإنما هما مشيئة وإرادة فهما وصفان قائمان بشخص من هما له، فلا يورثان عنه؛ لأن الإرث يعتمد إمكان النقل، والأوصاف الشخصية لا تقبل الانتقال بحال بل تفتى بفناء صاحبها.

هذه هي أدلة الطرفين. يرد على أدلة الطرف الأول أن الحديث الذي استدلوا به لم يصح منه سوى: =

وتغيرير ونقد

والنهر، وكذا في الهداية والفتح من باب خيار الرؤية، ولم أر من ذكر فيه خلافاً، وعليه فما في فرائض شرح البيري عن شرح المجمع لابن الضياء من أن الصحيح أن خيار الرؤية يورث فهو غريب، ولعل أصل العبارة لا يورث. تأمل قوله: (وتغيرير ونقد) لم يذكرهما في الدرر، بل ذكر المصنف الأول منهما في المنح بحثاً، وذكر الثاني في النهر بحثاً أيضاً. ووجه ذلك أن الحقوق المجردة لا تورث، وكأن الوجه لما قوي عند الشارح جزم به. وقد رأيت مسألة التقد في شرح البيري عن خزانة الأكملة نص على أنه لو مات قبل نقد الثمن بطل البيع وليس لوارثه نقده. وأما مسألة التغيرير فقد وقع فيها اضطراب، فنقل الشارح في آخر باب المرابحة على المقدسي أنه أفتى بمثل ما بحثه

= «من ترك مالا» أما لفظ - أو حقاً - فلم يرد من طريق صحيح حتى ينهض حجة على دعواهم. وأن القياس على خيار العيب والتعيين قياس مع الفارق؛ لأن الموروث في خيار العيب والتعيين ليس سوى العين والخيار ثبت لازماً لها. بيان ذلك - أولاً: بالنسبة لخيار العيب الموروث العين بجميع أجزائها ومن جملتها الجزء الذي فوته العيب إلا أنه لما تعدد تسلم ثبت له الخيار ضرورة دفعا للضرر عنه كما لو ابتاع شخص شيئاً ففات بعضه قبل قبضه. وثانياً: بالنسبة لخيار التعيين أصل المملوك للمورث هو أحد الشيتين المخير بينهما، فينتقل إلى الوارث كذلك، ولازمه هو اختلاط ملك الوارث بملك البائع، فوجب عليه تمييز ملكه عن ملك البائع كما لو ورث مالا مشتركاً فخيره فيه شريكه حيث يجب عليه التمييز. وهذا بخلاف خيار الشرط والرؤية ليس من ضرورة إرث العين ثبوتها، فلو ورثنا ورثنا أصالة واستقلالاً وقد بينا أنهما وصفان غير قابلين للتقل.

ويرد على أدلة الطرف الثاني. من حيث القياس على الهبة قبل القبض بجامع عدم الاعتياض بأننا نسلم القياس، ونقول بإرث حق فسخ الهبة قبل القبض؛ لأنه حق متعلق بالعين كما هو مذهب الشافعية، فلا يصلح والحال ما ذكر دليلاً على دعوى عدم الإرث.

والحق أن حق فسخ الهبة قبل قبضها مما يدخل إرثه ضمن دائرة النزاع، فلا يصلح دليلاً للطرفين. ومن حيث قولهم: كل من خيار الشرط والرؤية وصف شخصي، فلا يورث لعدم تصور النقل فيه بأن هذا مسلم لو كان هذا الوصف لا تعلق له بالمال، أما إذا كان له تعلق بالمال فهذا ما لا نسلمه؛ لأن تعلقه به وصف له، والمال يورث بأوصافه، غاية ما هناك الوصف القائم بالعاقدة وهو إرادة الفسخ أو الإمضاء يزول بموته، ولكن الوارث يقوم مقامه في هذا، لأنه خليفته.

والذي نراه راجحاً هو مذهب من قال بالإرث؛ لأن هناك كثيراً من الحقوق التي قد أجمع على إرثها لتعلقها بالمال كحق حبس المرتهن للعين المرهونة، وحق حبس المبيع للبائع إذا لم يقبض الثمن؛ ولأن الوارث إنما يخلف المورث فيما كان مملوكاً له، وملكه في خيار الرؤية والشرط كان غير تام فيخلفه عليه كذلك؛ لأن من غير المعقول أن يكون الملك غير تام للمورث بينما هو تام للوارث مع أن سلطانه على ما خلفه مستخفمه.

هذا وأما خيار المجلس فكل من الشافعية والحنابلة فيه على أصله، فالحنابلة لا يورثونه، والشافعية يورثونه، وهناك قول ضعيف في المذهب بعدم إرثه، لأنه يبطل بالضرر، فيبطل بالموت عن باب أولى، لأن الموت عبارة عن مفارقة الحياة وهي أبلغ من مفارقة الأبدان، وهذا قياس غريب؛ لأن الضرر بالأبدان أبطله لدلالة على الرضا، وهل الموت كذلك؟.

الخيار للدكتور مندور معني المحتاج ٤٠١/٢.

لأن الأوصاف لا تورث، وأما خيار العيب والتعيين وفوات الوصف المرغوب فيه

المصنف هنا، ذكر أن المصنف ذكر في شرح منظومته الفقهية أن خيار التغيرير يورث كخيار العيب، وأن ابن المصنف أيده، وسنذكر إن شاء الله تعالى ما فيه هناك. نعم بحث الخير الرملي أيضاً في حاشية البحر أنه يورث قياساً على خيار فوات الوصف المرغوب فيه كشرء عبد على أنه خباز وقال: إنه به أشبه لأنه اشتراه بناء على قول البائع، فكان شارطاً له اقتضاء وصفاً مرغوباً فبان بخلافه. وقد اختلف تفقه الشيخ علي المقدسي والشيخ محمد الغزي في هذه المسألة لأنهما لم يرياها منقولة، ومال الشيخ علي لما قلته فقال: والذي أميل إليه أنه مثل خيار العيب: يعني فيورث اهـ. وبه علم أن ما نقله الشارح عن المقدسي مخالف لما نقله عنه الرملي، لكن سيأتي في المراجعة أنه لو ظهر له خيانة في المراجعة له رده، ولو هلك المبيع قبل رده أو حدث به ما يمنع من الرد لزمه جميع الثمن وسقط خياره، وعللوه هناك بأنه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الرؤية والشرط، بخلاف خيار العيب لأن المستحق فيه جزء فائت فيسقط ما يقابله. وأخذ منه في البحر هناك أن خيار ظهور الخيانة لا يورث كما سنذكره هناك. ولا يخفى أن التغيرير أشبه بظهور الخيانة في المراجعة، فكان إلحاقه به أولى من إلحاقه بالوصف المرغوب، لأن الوصف المرغوب بمنزلة جزء من المبيع فيقابلة جزء من الثمن حيث كان الوصف مشروطاً، فإذا فات يسقط ما يقابله كخيار العيب، وليس في التغيرير شيء من ذلك بل هو مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن مثل خيار الخيانة في المراجعة، وبه يعلم أن الأرجح أنه لا يورث كما جزم به الشارح، والله سبحانه أعلم قوله: (لأن الأوصاف لا تورث) هذا التعليل إنما يناسب التعبير بأن خيار الشرط ونحوه لا يورث، كما وقع في الدرر والوقاية، والشارح إنما عبر بأنه لا يخلفه الوارث لأنه أضبط، لأن ما لا يورث قد يخلفه الوارث فيه كخيار العيب، فكان الأولى التعليل بأن الأوصاف لا تنتقل كما مر عن الهداية: أي فإن خيار الشرط مجرد مشيئة وإرادة، وذلك وصف لصاحب الخيار، فلا يمكن انتقاله إلى الوارث لا بطريق الإرث ولا بطريق الخلافة، ومثله خيار الرؤية والتغيرير. ولا يخفى أن هذا لا يتأتى في خيار النقد، لأن نقد الثمن^(١) فعل لا وصف، وهذا يرجح أنه كخيار العيب. تأمل.

تتمة: في شرح البيري عن شرح المجمع لابن الضياء: وأجمعوا أن خيار القبول لا يورث، وكذا خيار الإجازة في بيع الفضولي اهـ. والمراد بخيار القبول خيار المجلس، وهو أن يقبل في مجلس العقد بعد إيجاب الموجب قوله: (وفوات الوصف المرغوب فيه) هذا غير موجود في الدرر؛ نعم ذكره في البحر والنهر. ووجهه ظاهر لأنه في

(١) في ط (قوله لأن نقد الثمن الخ) فيه أن الكلام في الخيار المتعلق به وهو وصف بلا ريب فلا ينتقل.

فيخلفه الوارث فيها لا أنه يرث خياره. درر فليحفظ (ومضي المدة) وإن لم يعلم لمرض أو إغماء (والإعتاق) ولو لبعضه (وتوابعه) وكذا كل تصرف لا ينفذ أو لا يحل إلا في الملك كإجارة ولو بلا تسليم في الأصح، ونظر إلى فرج داخل

معنى العيب قوله: (فيخلفه الوارث فيها للخ) لأن المورث استحق المبيع سليماً من العيب، فكذا الوارث، وكذا خيار التعيين يثبت للوارث ابتداء لاختلاط ملكه بملك غيره لا أن يورث الخيار. هداية. ويدل على أن ذلك ليس بطريق الإرث ما في الدرر من أن الوارث يثبت له الخيار فيما تعيب في يد البائع بعد موت المورث وإن لم يثبت للمورث اهـ. وفي غاية البيان: والدليل على أن هذا الخيار للوارث غير ما كان للمورث أن المشتري كان له أن يختار أحدهما أو يردهما، وليس للوارث أن يردهما، وخيار المشتري كان مؤقتاً وللورثة يثبت غير موقت اهـ قوله: (ومضي المدة) أي مدة الخيار قبل الفسخ أي سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري، لأنه لم يثبت الخيار إلا فيها فلا بقاء له بعدها. بحر قوله: (وإن لم يعلم) أي بمضيها قوله: (لمرض أو إغماء) مشى على ما هو التحقيق من أن الإغماء والجنون لا يسقطان الخيار، إنما المسقط له مضي المدة من غير اختيار، ولذا لو أفاق فيها وفسخ جاز. بحر قوله: (والإعتاق) ولو بشرط وجد في المدة. بحر (ولو لبعضه) أي لبعض العبد المبيع. قال في النهر: وقد أغفلوه هنا قوله: (وتوابعه) كالكتابة والتدبير قوله: (إلا في الملك) أي ملك المباشر للفعل بطريق الأصالة قوله: (كإجارة) تمثيل لقوله لا ينفذ إلا في الملك. قال في البحر: وأشار بالإعتاق إلى كل تصرف لا يفعل إلا في الملك، كما إذا باعه أو وهبه وسلمه، أو رهن أو أجر وإن لم يسلم على الأصح، أو أبراه من الثمن أو اشترى به شيئاً أو ساومه به، أو حجج العبد أو سقاه دواء أو حلق رأسه، أو سقى زرع الأرض أو حصده، أو عرض المبيع للبيع، أو أسكن في الدار ولو بلا أجر، أو رمّ منها شيئاً، أو بنى بناء أو طينه أو هدمه، أو حلب البقرة أو شق أوداج الدابة أو بزغها لا لو قص حوافرها أو أخذ من عرفها، أو استخدم الخادم مرة، أو ليس الثوب مرة، أو ركب الدابة مرة، أو أمر الأمة بإرضاع ولده لأنه استخدام، والاستخدام ثانياً إجازة إلا إذا كان في نوع آخر اهـ ملخصاً. وبقي ما لو زاد المبيع، في يد المشتري، وقدمنا حكمه عند قوله «كتيبه» قوله: (ونظر إلى فرج الخ) تمثيل لقوله: أو لا يحل إلا في الملك. وأورد أن مقتضى الضابط تعميم النظر إلى كل ما لا يحل.

قلت: وفيه نظر، لأن الضابط في تصرف لا يحل الخ لا في فعل، ومطلق النظر وإن كان فعلاً لكنه ليس بتصرف، إلا إذا كان إلى الفرغ الداخل فإنه تصرف حكماً بمنزلة الوطاء بدليل ثبوت حرمة المصاهرة به، فافهم.

بشهوة، والقول لمنكر الشهوة. فتح. ومفاده أنه لو اشتراها بالخيار على أنها بكر فوطئها ليعلم أهي بكر أم لا كان إجازة. ولو وجدها ثيباً ولم يلبث فله الرد بهذا العيب. نهر. وسيجيء في بابه؛ ولو فعل البائع ذلك كان فسحاً (وطلب الشفعة)

قال في البحر: واعلم أن دواعي الوطء كالوطء، فإذا اشترى غير زوجته بالخيار فقبلها بشهوة أو لمسها بها أو نظر إلى فرجها بها سقط خياره، وحدّثا انتشار آتته أو زيادته، وقيل بالقلب وإن لم ينتشر، فلو بلا شهوة لم يسقط في الكل اهـ. وقيد بغير زوجته، إذ لو شرى زوجته ووطئها لم يسقط خياره لعدم دلالة على الرضا، إلا إذا نقصها كما قدمه الشارح. قوله: (بشهوة) فلو بغيرها لم يسقط، لأن ذلك يحل في غير الملك في الجملة، لأن الطبيب والقابلة يحل لهما النظر. فتح. قوله: (والقول لمنكر الشهوة) عبارة الفتح: ولو أنكر الشهوة في هذه: أي في الدواعي كان القول قوله، لأنه ينكر سقوط خياره؛ وكذا إذا فعلت الجارية ذلك سقط خياره في قول أبي حنيفة، وقال عمده: لا يكون فعلها البتة إجازة للبيع والمباضعة ولو مكرهاً اختياراً، وإنما يلزم سقوط الخيار في غير المباضعة إذا أقرّ بشهوتها اهـ. وبه علم أنه في المباضعة منها أو منه لا يصدق في عدم الشهوة، ولذا قال في البحر: لو ادعى عدم الشهوة في التقبيل في الفم لم يقبل: أي لأن التقبيل على الفم لا يخلو عن الشهوة عادة، فالمباضعة بالأولى. قوله: (ومفاده) أي مفاد ما ذكر من الضابط. قال في النهر بعد قوله كان إجازة: لأن هذا الفعل وإن احتيج إليه للامتحان إلا أنه لا يحل في غير الملك بحال. قوله: (ولو وجدها ثيباً الخ) أي لو اشتراها على أنها بكر فوطئها فوجدها ثيباً يردها بهذا العيب: أي عيب الثيوبية لفوات الوصف المرغوب وهو البكارة، أما لو لم يشترطها فلا رد أصلاً، كما سيأتي في خيار العيب.

ثم اعلم أن التفصيل بين اللبث وعدمه خلاف ما يفيد الضابط، إذ لا شك أن الوطء لا يحل في غير الملك سواء كانت ثيباً أو بكراً، فلا فرق فيه بين اللبث وعدمه، وعبارة النهر لا غبار عليها حيث قال: وقد قالوا بأنه لو وجدها ثيباً الخ، فإن قوله وقد قالوا: استدراك على ما ذكره من المفاد: أي ما قالوه من التفصيل خلاف هذا المفاد، وما استدرك به ذكره في القنية. ثم رمز بعده وقال: والوطء يمنع الرد، وهو المذهب اهـ. وبه علم أن مفاد الضابط هو المذهب فلا وجه للاستدراك عليه، على أن هذا الضابط إنما هو في خيار الشرط، وهذه المسألة من مسائل خيار العيب. قوله: (وسيجيء في بابه) أي في باب خيار العيب. والذي سيجيء حكاية أقوال في المسألة، وقد علمت ما هو المذهب، وعليه مشى المصنف هناك، فافهم. قوله: (ولو فعل البائع ذلك) أي التصرف الذي لا ينفذ أو لا يحل إلا في الملك وكان الخيار له ط. قوله: (وطلب الشفعة بها) صورته: أن يشتري داراً بشرط الخيار له ثم تباع دار بجوارها فيطلب

وإن لم يأخذها. معراج (بها) أي بدار فيها خيار الشرط، بخلاف خيار رؤية وعيب. معراج (من المشتري إذا كان الخيار له) لأنه دليل الإجازة.

(ولو شرط المشتري) أو البائع كما يفيد كلام الدرر، وبه جزم البهنسي (الخيار لغيره) عاقداً كان أو غيره بهنسي (صح) استحساناً وثبت الخيار لهما (فإن)

الشفعة بسبب الدار التي اشتراها سقط خياره فيها وتم البيع. قوله: (بخلاف خيار رؤية وعيب) فإنه إذا اشترى داراً ولم يرها فبيعت دار بجنبها فأخذها بالشفعة فله أن يرد الدار بخيار الرؤية. درر. وكذا بخيار العيب. قوله: (من المشتري) متعلق بطلب أو به وبالإعتاق. قوله: (إذا كان الخيار له) ظاهره أنه لو كان للبائع^(١) يبقى خياره بعد طلب الشفعة لأن ملكه باق بخياره، بخلاف المشتري لأنه لا ملك له مع خياره فطلبه الشفعة دليل التملك، لأنهم عللوا المسألة بأنه لا يكون إلا بالملك، فكان دليل الإجازة فتضمن سقوط الخيار اهـ. فافهم. قوله: (أو البائع الخ) هو مذكور في غاية البيان عن الجامع الصغير. وعبارته: اعلم أن أحد العاقدين إذا اشترط الخيار لغيره كان البيع جائزاً بهذا الشرط اهـ. وصرح به من لا مسكين عن السراجية والكافي وقال: إن التقييد بالمشتري اتفاقي، ونقله الحموي عن المفتاح ويأتي قريباً عن البحر. قوله: (الخيار) أي خيار الشرط، لأن خيار العيب والرؤية لا يثبت لغير العاقدين. بحر عن المعراج. قوله: (عاقداً كان أو غيره) تعميم للغير، لكن قال ح: الأولى أن يراد بالغير الأجنبي، لأن مسألة ما إذا جعل المشتري الخيار للبائع أو العكس قد ذكرت أول الباب في قوله: ولأحدهما أيضاً فيما إذا جعل المشتري الخيار للبائع لا يكون الخيار لهما بل للبائع فقط، وفي العكس يكون الخيار للمشتري فقط، فكيف يصح قوله فإن أجاز أحدهما الخ؟ ولذلك قال في البحر: ولو قال المصنف ولو شرط أحد المتعاقدين الخيار لأجنبي صح لكان أولى، ليشمل ما إذا كان الشارط البائع أو المشتري، وليخرج اشتراط أحدهما للآخر، فإن قوله: «الغير» صادق بالبائع وليس بمراد، ولذا قال في المعراج: والمراد من الغير هنا غير العاقدين ليتأتى فيه خلاف زفر اهـ.

قلت: ومثله في الفتح، وبه زال تردد صاحب النهج حيث قال: ولم أر ما لو اشترطه المشتري للبائع هل يكون نائبه عنه أيضاً؟ محل تردد، فتدبره اهـ. قوله: (صح استحساناً)

(١) في ط (قوله ظاهره أنه لو كان للبائع الخ) فيه أن الشفعة إنما شرعت لدفع ضرر الملاك بجار السوء على الدوام، فطلب الشفعة من البائع يكون دليل الاستبقاء، وإذا لولا إرادة استدامة ملكه ما طلب الشفعة. ولا يقال: إنه أراد بطلب الشفعة دفع الضرر في مدة الخيار لأنها لقصورها لم يتحقق فيها الضرر، خصوصاً وقد قالوا في تعليقهم لدفع ضرر الملاك على الدوام. وما يفيد أن طلب البائع الشفعة فسخ قولهم كما كان إجازة إذا فعله المشتري يكون فسخاً إذا فعله البائع.

أجاز أحدهما) من النائب والمستنيب (أو نقض صح) إن وافقه الآخر (وإن أجاز أحدهما وعكس الآخر فالأسبق أولى) لعدم المزاحم (ولو كانا معاً فالفسخ أحق) في الأصح. زيلعي، لأن المجاز يفسخ والمفسوخ لا يجاز. واعترض بأنه يجاز لما في المبسوط (لو) تفاسخا ثم (تراضيا على) فسخ الفسخ وعلى (إعادة العقد بينهما جاز) إذ فسخ الفسخ إجازة. وأجيب بمنع كونه إجازة بل بيع ابتداء.

(باع عبدين على أنه بالخيار في أحدهما، إن فصل ثمن كل) واحد منهما (وعين) الذي فيه الخيار (صح البيع) للعلم بالمبيع والثن (وإلا) يعين ولا يفصل، أو عين فقط

والقياس أن لا يصح، وهو قول زفر. قوله: (إن وافقه الآخر) قيد به لأنه محل الصحة على الإطلاق، وهو مفاد التفصيل الذي بعده. قوله: (لعدم المزاحم) لأن الأسبق ثبت حكمه قبل المتأخر فلم يعارضه، وإن كان المتأخر أقوى فالفسخ. قوله: (ولو كانا معاً) بأن خرج الكلامان معاً كما في السراج، وهذا قد يتعسر. والظاهر أنه يكفي عدم العلم بالسابق منهما. نهر. قوله: (في الأصح) صححه قاضيخان معزياً للمبسوط، وفي رواية ترجيح تصرف العاقدين لقوته، لأن النائب يستفيد الولاية منه، وقيل هو قول محمد، وما في الكتاب قول أبي يوسف. بحر. قوله: (والمفسوخ لا يجاز) أي فصار الفسخ أقوى لكونه لا ينقض بالإجازة، فلذا كان أحق. قوله: (بل بيع ابتداء) وعليه فقوله: «وإعادة العقد» بمعنى عقده ثانياً بالإيجاب والقبول، أو بالتعاطي. أفاده ط. قوله: (باع عبدين الخ) أراد بهما القيميين احترازاً عن قيمي أو مثليين، إذ في القيمي الواحد إذا شرط الخيار في نصفه يصح مطلقاً، وفي المثليين كذلك لعدم التفاوت. بحر عن الزيلعي. وفي النهر: الظاهر أن القيميين ليسا بقيد، إذ لو كانا مثليين أو أحدهما مثلياً والآخر قيمياً وفصل وعين فالحكم كذلك فيما ينبغي اهـ.

قلت: هذا لا يرد ما قبله من كونه قيد احترازياً، إذ المراد الاحتراز عما عدا القيميين لصحته مع التفصيل والتعيين وبدونهما، ولذا قال: يصح مطلقاً، لأنه في القيميين لا يصح بدونهما، فعلم أنه مع التفصيل والتعيين يصح في القيميين وغيرهما، فتدبر؛ نعم ينبغي تقييد المثليين بما إذا كانا من جنس واحد، إذ لو تفاوتتا كبر وشعير صارا كالقيمين في اشتراط التفصيل والتعيين، ليقع العلم بالمبيع والثن. تأمل. قوله: (على أنه بالخيار) أي ثلاثة أيام كما في الهداية. قوله: (إن فصل الخ) كقوله بعثك هذين العبدین كل واحد بخمسائة على أنني بالخيار في هذا ثلاثة أيام. قوله: (وإلا يعين ولا يفصل) كقوله بعثك هذين بألف على أنني بالخيار في أحدهما. قوله: (أو عين فقط) أي

أو فصل فقط (لا) يصح لجهالة المبيع والثلث أو أحدهما (وكذا لو كان الخيار للمشتري) تتأتى أيضاً الأنواع الأربع.

فرع: وكله ببيع بشرط الخيار فباع بلا شرط لم يجوز، ولو وكله بالشراء والحالة هذه نفذ على الوكيل، والفرق أن الشراء متى لم ينفذ على الأمر ينفذ على المأمور، بخلاف البيع. فتح. وسيجيء في الفضولي والوكالة، فليحفظ (وصح خيار التعيين) في القيميات

عين من فيه الخيار فقط: أي ولم يفصل الثلث كقوله بعثك هذين بألف على أي بالخيار في هذا. قوله: (أو فصل فقط) كقوله بعثك هذين بألف كل واحد بخمسمائة على أي بالخيار. قوله: (لجهالة المبيع والثلث) أي فيما إذا لم يعين ولم يفصل، لأن الذي فيه الخيار لا ينعقد البيع فيه في حق الحكم فكأنه خارج عن البيع، والبيع إنما هو في الآخر، وهو مجهول لجهالة من فيه الخيار، ثم ثمن المبيع مجهول لأن الثلث لا يتقسم في مثله على المبيع بالأجزاء، كذا في الفتح. قوله: (أو أحدهما) أي الثلث فيما إذا عين ولم يفصل أو المبيع فيما إذا فصل ولم يعين. قوله: (الأنواع الأربع) أي الصور ط. قوله: (لم يجوز) لأنه أمره ببيع لا يزيل الملك بدون رضاه وقد خالف ط.

مَطْلَبٌ فِي خِيَارِ التَّعْيِينِ^(١)

قوله: (وصح خيار التعيين) أي بأن يقع البيع على واحد لا بعينه، بخلاف

(١) الحنفية والمالكية على القول بجوازه وصحة البيع معه، والشافعية والحنابلة والظاهرية على القول بعدم جوازه. وبطلان البيع معه، ويمثل قولهم قال زفر من الحنفية.

احتج الشافعية ومن وافقهم بالكتاب والسنة والمعقول. أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾، والرضا لا يتعلق إلا بما هو معلوم، والمعقود عليه في خيار التعيين مجهول، فيكون من الباطل المنهي عنه بنص الآية الكريمة.

وأما السنة. فما روي عنه ﷺ «أنه نهى عن بيع الغرر»، ولا غرر أعظم من جهالة المعقود عليه.

وأما المعقول. فمن وجهين. الوجه الأول. أن من شروط المعقود عليه المتفق عليها أن يكون معلوماً دعماً للتنازع وحرزاً من الوقوع في الغرر، والمعقود عليه هنا مجهول؛ لأنه واحد غير معين من جملة أشياء، فيكون العقد عليه باطلاً لعدم توفر هذا الشرط المتفق عليه فيه. والوجه الثاني. أنكم قلتم: أيها المجيزون لشرط خيار التعيين في البيع لو كان التعيين من أربعة فأكثر؛ فالبيع فاسد لفساد الشرط. فأبي فارق بين الثلاثة والأربعة حيث صححت العقد في الأولى ولم تصححوه في الثانية؟ ليس المفسد في كليهما هو جهالة المعقود؟.

واحتج الحنفية ومن وافقهم. بمثل ما احتجوا به في خيار النقد فقالوا: إن خيار الشرط شرع للحاجة إلى دفع الغبن ليختار ما هو الأوفى والأرقق به، وهذه الحاجة في مثل هذا النوع من البيوع متحققة؛ لأنه قد يحتاج إلى اختيار من يثق به يشتري له، وقد يكون ممن لا يشنون الأسواق إما لعلو مكانته، وإما لضعفه عن مزاوله البيع فيها، وقد لا يمكنه البائع من الحمل إليه إلا بالشراء على سبيل اللزوم لمصلحة له في ذلك، فيكون خيار التعيين مشروعاً لكونه في معنى خيار الشرط.

المسألة السابقة فليست من خيار التعيين لوقوع البيع فيها على العبدین. وأما قول الهداية هنا: ومن اشترى ثوبين فالمراد أحد ثوبين، كما نبه عليه في العناية وغيرها. وفي الفتح: المراد أن يشتري أحد ثوبين أو ثلاثة غير معين على أن يأخذ أيهما شاء على أنه بالخيار ثلاثة أيام^(١) فيما يعينه بعد تعيينه المبيع، أما إذا قال بعثك عبداً من هذين بمائة ولم يذكر قوله على أنك بالخيار في أيهما شئت لا يجوز اتفاقاً، كقوله بعثك عبداً من عبيدي، وإن اشترى أحد أربعة لا يجوز اهـ.

وقد استفيد من هذه العبارة أمور: الأول أن خيار التعيين إنما يكون البيع فيه على واحد من اثنين أو ثلاثة لا بعينه وهو ما قلناه. الثاني أنه لا يكون في واحد من أربعة كما يأتي. الثالث أنه لا بد أن يقول بعد قوله بعثك أحد هذين العبدین على أنك بالخيار في أيهما شئت، أو على أن تأخذ أيهما شئت ليكون نصاً في خيار التعيين. وقال في البحر: لأنه لو لم يذكر هذه الزيادة يكون فاسداً لجهالة المبيع، فإن قبضهما وماتا عنده ضمن نصف قيمة كل واحد منهما، وإن مات أحدهما قبل الآخر لزمه قيمة الآخر^(٢) كذا في المحيط اهـ. الرابع أنه لا بد أيضاً من ذكر خيار الشرط، بأن يقول على أنك بالخيار ثلاثة أيام: أي إذا عين واحداً منهما بحكم خيار التعيين يكون له فيه خيار الشرط، وهذا الرابع فيه خلاف يأتي.

= هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن عرف الناس في بيعاتهم ومعاملاتهم قد جرى على اعتبار هذا البيع صحيحاً وأنه لازم للمشتري في حدود هذا الشرط، ولم يحصل قط أن اشتكى الناس منه أو تنازعوا فيه. والراجح هو مذهب من أجاز شرط خيار التعيين لما ذكر، ولأنه عقد فيكون واجب الوفاء قال تعالى: ﴿وأوفوا بالعقود﴾؛ ولأن كل بيع حلال حتى يقوم الدليل على عدم جوازه. قال تعالى: ﴿وأحل الله البيع﴾ وقول الأولين: إنه من قبيل الغرر المنهي عنه لا يصح لأن الغرر ما نهي عنه إلا لإفضائه إلى المشاحة والمنازعة والغرر هنا يسير لا يفضي إلى ذلك يكون من له الخيار في التعيين أحد العاقدين وهو المشتري.

ثم إنه يكفي في الرضا أن يكون واقعاً على جملة الأشياء التي هو أحدها فيكون متعلق الرضا في الجملة وأما قياس الثلاثة على الأربعة في البطلان فباطل؛ لأن الثلاثة تندفع بها الحاجة الداعية إلى شرع هذا الخيار الذي ثبت على خلاف القياس لجهالة المعقود عليه وما ثبت على خلاف القياس للضرورة يقتصر فيه على موضع الضرورة، وإنما كانت الثلاث تندفع بها الحاجة لاشتمالها على الجيد والريء، والوسط بينهما، وهذا بخلاف الأربعة فهي زائدة عن الحاجة فكان العقد على واحد منها بخيار المشتري فاسداً كما هو القياس.

(١) في ط (قوله على أنه بالخيار ثلاثة أيام الخ) ظاهر أنه لو عين بعد ثلاثة أيام من وقت العقد يكون له خيار الشرط ثلاثة من وقت التعيين أيضاً، لكن سيأتي للمحشي عند قول المصنف «ولا يشترط فيه خيار الشرط» ما يفيد أن ابتداء مدة خيار الشرط من وقت البيع، فإنه قال: ولو مضت الثلاثة قبل رد شيء وتعيينه بطل خيار الشرط ولزم البيع في واحد، وحيث يقدّر مضاف قبل ثلاث هو تمام، ويكون المعنى على أنه بالخيار تمام ثلاثة أيام.

(٢) في ط (قوله لزمه قيمة الآخر) صوابه «قيمة الأول» لما مر ويأتي من أنه إذا أهلك أحدهما تعين مبيعاً.

لا في المثليات بعدم تفاوتها ولو للبائع في الأصح. كافي. لأنه قد يرث قيمياً ويقبضه وكيله ولا يعرفه فيبيعه بهذا الشرط فمست الحاجة إليه. نهر (فيما دون الأربعة) لاندفاع الحاجة بالثلاثة لوجود جيد ورديء ووسط ومدته كخيار الشرط،

قوله: (لا في المثليات) أي التي من جنس واحد. بحر. قوله: (ولو للبائع) صورته أن يقول المشتري اشتريت منك أحد هذين الثوبين على أن تعطيني أحدهما. نهر. فله أن يلزم المشتري أيهما شاء، إلا إذا تعيب أحدهما فليس له أن يلزمه المعيب إلا برضاه، فإذا ألزمه إياه ولم يرض به ليس له أن يلزمه الآخر بعد ذلك، ولو هلك أحدهما في يده كان له أن يلزمه الباقي، وأما إذا كان الخيار للمشتري فالمبيع لازم في أحدهما، إلا أن يكون معه خيار شرط والمبيع مضمون بالثمن وغيره أمانة، فإذا هلك أحدهما تعين هو مبيعاً والآخر أمانة، ولو هلكا معاً ضمن نصف كل، ولو اختلفا في الهالك أولاً فالقول للمشتري بيمينه وبينه البائع أولى، ولو تعيباً معه فالخيار بحاله، ولو متعاقباً تعين الأول مبيعاً، ولو باعهما المشتري ثم اختار أحدهما صح بيعه فيه. وتماهه في البحر. قوله: (لأنه قد يرث الخ) جواب من صاحب البحر عما أورده في الفتح من أن جواز خيار التعيين للحاجة إلى اختيار ما هو الأوفق والأرفق. فيختص بالمشتري، لأن المبيع كان مع البائع قبل البيع، وهو أدري بما لاءمه منه اه. واعترض الحموي الجواب بأن ما ذكره من صورة الإرث صورة نادرة والأحكام لا تناط بنادر.

قلت: وقد يجاب أيضاً بأن الإنسان ما دام المبيع في ملكه لا يتأمل فيما يلائمه، وإنما يحتاج إلى التأمل بعد البيع، وأيضاً كثيراً ما يحتاج إلى رأي غيره، فافهم. قوله: (ومدته كخيار الشرط) أي ثلاثة أيام، ظاهر كلام البحر أن هذا مبني على القول بأنه يشترط معه خيار الشرط، فقد ذكر في البحر أن شمس الأئمة صحح الاشتراط وفخر الإسلام صحح عدمه، ورجحه في الفتح، لكن ذكر قاضيخان أن الاشتراط قول الأكثر؛ ثم قال البحر: وإذا لم يذكر خيار الشرط على هذا القول فلا بد من تأقيت خيار التعيين بالثلاث عنده، وبأي مدة معلومة كانت عندهما، كذا في الهداية اه. لكن قوله على هذا القول ليس في الهداية، والمتبادر من كلام الهداية أن اشتراط التوقيت مبني على ما صححه فخر الإسلام، ويأتي عن الفتح ما يدل عليه.

ثم اعلم أن اشتراط التوقيت نازع فيه الزيلعي فقال: إذا لم يذكر خيار الشرط فلا معنى لتوقيت خيار التعيين، بخلاف خيار الشرط، فإن التوقيت فيه يفيد لزوم العقد عند مضي المدة، وفي خيار التعيين لا يمكن ذلك لأنه لازم في أحدهما قبل مضي الوقت، ولا يمكن تعينه بمضي الوقت بدون تعينه فلا فائدة لشرط ذلك. والذي يغلب على الظن أن التوقيت لا يشترط فيه اه. وأجاب في الحواشي السعدية بأن له فائدة هي أن

ولا يشترط معه خيار شرط في الأصح. فتح (ولو اشترى) شيئاً على أنهما (بالخيار فرضي أحدهما) بالبيع صريحاً أو دلالة (لا يرده الآخر) بل بطل خياره خلافاً لهما (وكذا) الخلاف في خيار (الرؤية والعيب) فليس لأحدهما الرد بعد الرؤية: أي بعد رؤية الآخر أو رضاه بالعيب خلافاً لهما، لضرر البائع بعيب الشركة (كما يلزم البيع لو اشترى رجل عبداً من رجلين صفقة) واحدة (على أن الخيار لهما) للبائعين (فرضي أحدهما دون الآخر) فليس لأحدهما الانفراد بإجازة أو

يجبر على التعيين بعد مضي الأيام الثلاثة، وأقره في النهر، وهو معنى قوله في الشرنبلالية: بل له فائدة هي دفع ضرر البائع لما يلحقه من مطل المشتري التعيين إذا لم يشترط فيفوت على البائع نفعه وتصرفه فيما يملكه اهـ. وأبدى في البحر فائدة أخرى وهي أنه يمكن ارتفاع العقد فيهما: أي في الثوبين مثلاً بمضي المدة من غير تعيين، بخلاف مضيها في خيار الشرط فإنه إجازة ليكون لكل خيار ما يناسبه اهـ.

قلت: لكنه يستند إلى نقل في ذلك، ولو كان كذلك لما خفي على الزيلعي. قوله: (ولا يشترط معه خيار شرط في الأصح) غير أنهما إن تراضيا على خيار الشرط فيه ثبت حكمه، وهو جواز رد كل من الثوبين إلى ثلاثة أيام، ولو بعد تعيين الثوب الذي فيه البيع؛ ولو رد أحدهما كان بحكم خيار التعيين، وثبت البيع في الآخر بخيار الشرط؛ ولو مضت الثلاثة قبل رد شيء وتعيينه بطل خيار الشرط وانبرم البيع في أحدهما، وعليه أن يعين؛ ولو مات المشتري قبل الثلاثة ثم بيع أحدهما وعلى الوارث التعيين، لأن خيار الشرط لا يورث، والتعيين ينتقل إلى الوارث ليميز ملكه عن ملك غيره على ما ذكرنا، وإن لم يتراضيا على خيار الشرط معه لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاثة عند أبي حنيفة. فتح وتماه فيه. وقوله وإن لم يتراضيا الخ: معطوف على قوله: إن تراضيا. وظاهره أن اشتراط توقيت خيار التعيين مبني على القول بأنه لا يشترط أن يكون مع خيار التعيين خيار الشرط، لا على القول بالاشتراط، خلافاً لما يفيد كلام البحر الماز وهو ظاهر، لأن خيار الشرط موقت فلا حاجة إلى توقيت التعيين أيضاً. قوله: (فرضي أحدهما) قال في البحر: ذكر الرضا: إذ لو رد أحدهما لا يبيزه الآخر، ولم أره صريحاً، ولكن قولهم لو رده أحدهما لرده معيياً يدل عليه اهـ. قوله: (أو دلالة) كبيع وإعتاق. قوله: (بعد رؤية الآخر) أي ورضاه به، لأن مجرد الرؤية لا يوجب تمام البيع ط. قوله: (لضرر البائع الخ) علة لعدم الرد في المسائل الثلاث، ووجه كون الشركة عيباً أنه صار لا يقدر على الانتفاع به إلا بطريق المهياة. وتماه في الفتح. قوله: (صفقة واحدة) قيد به، إذ لو كان العقد صفقتين فلكل الرد والإجازة مخالفاً للآخر لرضا المشتري بعيب الشركة كما لا يخفى ط. قوله: (للبائعين) بدل من قوله: «لهما». قوله: (فليس لأحدهما الانفراد بإجازة) أي بعد ما رد الآخر، وقوله أو

رداً خلافاً لهما. مجمع (اشترى عبداً بشرط خبزه أو كتبه) أي حرفته كذلك (فظهر بخلافه) بأن لم يوجد معه أدنى ما ينطلق عليه اسم الكتابة أو الخبز (أخذه بكل الثمن) إن شاء (أو تركه) لفوات الوصف المرغوب فيه؛ ولو ادعى المشتري أنه ليس كذلك لم يجبر على القبض حتى يعلم ذلك، وكذا سائر الحرف. اختيار. ولو امتنع الرد بسبب ما قوم كاتباً وغير كاتب ورجع بالتفاوت في الأصح (بخلاف

ردا: أي ليس لأحدهما الانفراد، ردأ بعد ما أجازته الآخر اهـ. ثم لا يخفى أن التفريع غير ظاهر، فكان الأولى أن يقول: ولو رد أحدهما في المسألتين لا يبيزه الآخر فليس لأحدهما الخ. وهذا ذكره في البحر بقوله: لو باعنا ليس لأحدهما الانفراد إجازة أو رد، لما في الخانية: اشترى عبداً من رجلين صفقة واحدة على أن البائعين بالخيار، فرضي أحدهما بالبيع ولم يرض الآخر لزمهما البيع في قول أبي حنيفة اهـ. وأنت خير بأن ما في الخانية لا يدل على قوله أو ردأ، فالظاهر أنه بحث منه كما بحث مثله في المسألة السابقة. قوله: (مجمع) لم أره فيه؛ نعم قال في شرحه لابن ملك: قيد بالمشتريين لأن البائع لو اتنين والمشتري واحداً وفي البيع خيار شرط أو عيب فرد المشتري نصيب أحدهما دون الآخر بحكم الخيار جاز اتفاقاً، كذا في جامع المحبوبي اهـ. ومثله في شرح المنظومة وعر الأذكار. ولا يخفى أن هذه المسألة غير ما في المتن لأن هذه في رد المشتري وتلك في رضا أحد البائعين، وهذه وفاقية وتلك خلافية، كما مر عن الخانية. قوله: (بشرط خبزه) أي صريحاً أو دلالة كما يأتي بيانه، وسيأتي آخر الباب بيان الوصف الذي يصح شرطه وما لا يصح. قوله: (أي حرفته كذلك) لأنه لو فعل هذا الفعل أحياناً لا يسمى خبازاً. بحر عن المعراج. قوله: (بأن لم يوجد الخ) أي ليس المراد النهاية في الجودة، بل أدنى الاسم بأن يفعل من ذلك ما يسمى به الفاعل خبازاً أو كاتباً، لأن كل واحد لا يعجز في العادة عن أن يكتب على وجه تبين حروفه، وأن يجز مقدار ما يدفع الهلاك عن نفسه، وبذلك لا يسمى خبازاً ولا كاتباً. بحر عن الذخيرة. وبه ظهر أن المناسب إبدال قول الشارح اسم الكاتب والخباز؛ ولذا قال في الفتح: أعني الاسم المشعر بالحرفة. قوله: (أخذه بكل الثمن) لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن ما لم تكن مقصودة. در متقى. وقصد الوصف بإفراده بذكر الثمن كما مر فيما لو باع المذروع كل ذراع بكذا. قوله: (لم يجبر على القبض) لأن الاختلاف وقع في وصف عارض، والأصل فيه العدم، والقول قول من يدعي الأصل، والقول للبائع في أنها بكر لأنها صفة أصلية والوجود فيها أصل. وتماه في البحر. قوله: (ورجع بالتفاوت) فإن كان بقدر العشر رجع بعشر الثمن. بحر عن الذخيرة. قال ط: أي يعتبر التفاوت من الثمن، فإن هذا البيع صحيح لا نظر فيه للقيمة. قوله: (في الأصح) وهو ظاهر الرواية، وفي رواية: لا رجوع بشيء بحر.

شرائه شاة على أنها حامل أو تحلب كذا رطلاً) أو يخبز كذا صاعاً أو يكتب كذا قدرأ فسد لأنه شرط فاسد لا وصف، حتى لو شرط أنها حلوب أو لبون جاز لأنه وصف (القول للمنكر) لو اختلفا (في) شرط (الخيار) على الظاهر (كما في دعوى الأجل والمضتي) والإجازة والزيادة (اشترى جارية بالخيار فرد غيرها) بدلها

قوله: (شاة على أنها حامل) قيد بالشاة لأن اشتراط الحمل في الأمة فيه تفصيل سيذكره الشارح في الفروع الآتية. قوله: (قدرأ) بفتح القاف: أي يكتب مقدار كذا من الورق أو من الأسطر مثلاً. قوله: (فسد) أي البيع. قوله: (لأنه شرط فاسد) لأنه شرط زيادة مجهولة لعدم العلم بها. فتح: أي لأن ما في البطن والضرع لا تعلم حقيقته. قوله: (جاز) أي على رواية الطحاوي، ويفسد على رواية الكرخي. شرنبلالية. وجزم بالأول في الفتح والدرر. قوله: (لأنه وصف) الأولى أن يزيد «مرغوب» لأنه ليس كل وصف يصح اشتراطه كما سيذكره في الضابط آخر الباب.

مَطْلَبٌ فِيمَا لَوْ اِخْتَلَفَا فِي الْخِيَارِ أَوْ فِي مُضِيِّهِ أَوْ فِي الْأَجْلِ

أو في الإجازة أو في تعيين المبيع

قوله: (والقول للمنكر الخ) لأن الخيار لا يثبت إلا بالشرط فكان من العوارض، فيكون القول لمن ينفيه كما في دعوى الأجل. درر. قوله: (والمضتي) أي إذا اختلفا في مضتي المدة فالقول لمنكره لأنهما تصادقا على ثبوت الخيار، ثم ادعى أحدهما السقوط بمضتي المدة فالقول للمنكر. درر. قوله: (والإجازة) أي إجازة البيع ممن له الخيار، كما إذا ادعى البائع على المشتري بالخيار أنه أجاز البيع وأنكر المشتري فالقول له، لأن البائع يدعي سقوط الخيار ووجوب الثمن وهو ينكر ط. قوله: (والزيادة) أي إذا اختلفا في قدر الأجل فالقول لمن يدعي أخصر الوقتين، لأن الآخر يدعي زيادة شرط عليه وهو ينكر. درر. وتقدم أول البيوع عند قوله: «وصح بضمن حالّ وموجل» أنه لو اختلفا في الأجل: أي في أصله فالقول لنا فيه إلا في السلم، وسيأتي في باب خيار العيب ما لو اختلفا بعد التقابض في عدد المبيع أو عدد المقبوض فالقول للمشتري، لأن القول للمقبض مطلقاً قدرأ أو صفة أو تعييناً، فلو جاء ليرده بخيار شرط أو رؤية فقال البائع ليس هو المبيع فالقول للمشتري في تعيينه، ولو بخيار عيب فللبائع الخ. وسيأتي الكلام عليه هناك، وكذا في آخر خيار الرؤية. وبقي ما إذا اختلفا في تعيين المبيع الذي فيه خيار الشرط عند إجازة من له الخيار العقد، وقد ذكره في البحر في آخر باب خيار الرؤية عن الظهيرية ثم قال: والحاصل أن السلعة لو مقبوضة فالقول للمشتري سواء كان الخيار له أو للبائع، وإلا فلو الخيار للمشتري فالقول للبائع وعكسه فالقول للمشتري.

(قائلاً بأنها المشتراة فقال البائع ليست هي) ولا بينة له (فالقول للمشتري) بيمينه (وجاز للبائع وطؤها) درر. وانعقد بيعاً بالتعاطي. فتح. وكذا الرد في الوديعة، فليحفظ.

(ولو قال البائع للمشتري عند رده كان يحسن ذلك لكنه نسي عندك فالقول للمشتري) لأن الأصل عدم الخبز والكتابة، فكان الظاهر شاهداً له (ولو اشتراه من غير اشتراط كتبه وخبزه وكان يحسن ذلك فنسيه في يد البائع رد إليه) لتغير المبيع قبل قبضه زيلعي. قال: ولو اختار أخذه بكل الثمن، لما مر

مَطْلَبٌ: اشترى جاريةً على أنها بكرٌ ثم اختلفا

تنبيه: واشترى جارية على أنها بكر ثم اختلفا قبل القبض أو بعده فقال البائع بكر للحال والمشتري ثيب، فإن القاضي يريها النساء، فإن قلن بكر لزم المشتري بلا يمين البائع لأن شهادتهن تأيدت هنا بأن الأصل البكارة، وإن قلن ثيب لم يثبت حق الفسخ لأنه حق قوي وشهادتهن ضعيفة لم تتأيد بمؤيد، لكن يثبت حق الخصومة لتوجه اليمين على البائع، فيحلف بالله لقد سلمتها بحكم البيع وهي بكر، فإن نكل ردّت عليه وإلا لزم المشتري. وعنهما في رواية: أنها ترد بشهادتهن قبل القبض بلا يمين البائع، ولو قال سلمتها إليك وهي بكر وزالت في يدك فالقول قوله، لأن الأصل البكارة، ولا يريها القاضي النساء لأن البائع مقرّ بزوال البكارة. فتح ملخصاً؛ سنذكر لهذا مزيد تحقيق وبيان في خيار العيب عند قول الشارح: «واعلم أن العيوب أنواع» وهذا إذا علم أنها ثيب بغير الوطء، فلو به فلا يردها بل يرجع بالنقصان، كما سيأتي هناك عند قول المصنف: «اشترى جارية الخ». قوله: (قائلاً بأنها) ضمن قائلاً معنى ادعى فعدها بالياء. قوله: (وجاز للبائع وطؤها) لأن المشتري لما ردها رضي بتمليكها من البائع بذلك الثمن فكان للبائع أن يملكها. درر. وعلى هذا القياس القصار إذا رد الثوب الآخر على رب الثوب، وكذا الإسكافي. تاترخانية.

قلت: وهذا إذا لم يعلم أن الثوب المردود ثوب غير القصار. قوله: (وانعقد بيعاً بالتعاطي) أفاد ذلك وجوب الاستبراء على البائع ط. قوله: (ولو قال البائع للمشتري عند رده) هذه المسألة مؤخرة عن موضعها اهرح. قوله: (لكنه نسي عندك) أي وقد ينسى في تلك المدة. بحر. وهذا القيد هو محل التوهم، إذ لو قصرت المدة فكذلك بالأولى. قوله: (لتغير المبيع قبل قبضه) هذا التعليل يناسب ما لو نسي بعد العقد، أما لو قبله فالعلة كون الوصف مشروطاً دلالة.

قال في البحر: واعلم أن اشتراط الوصف المرغوب فيه: إما أن يكون صريحاً،

أن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن.

فروع: باع داره بما فيها من الجذوع والأبواب والخشب والنخل، فإذا ليس فيها شيء من ذلك لا خيار للمشتري.

شري داراً على أن بناءها بالآجر فإذا هو بلبن، أو أرضاً على أن شجرها كلها مثمر فإذا واحدة منها لا تثمر، أو ثوباً على أنه مصبوغ بعصفر فإذا هو

أو دلالة، لما في البدائع في خيار العيب والجهل بالطبخ والخبز في الجارية ليس بعيب لكونه حرفة كالخياطة، إلا أن يكون ذلك شرطاً في العقد، وإن لم يكن مشروطاً وكانت تحسن الطبخ والخبز في يد البائع ثم نسيت في يده فاشترها له ردها، لأن الظاهر أنه إنما اشتراها رغبة في تلك الصفة فصارت مشروطة دلالة، وهو كالمشروط نصاً اهـ. والظاهر أن هذا إذا كان المشتري عالماً بتلك الصفة، لكن يشكل على هذا ما في الحاوي الزاهدي: لو قال أشتري منك هذه البقرة على أنها ذات لبن وقال البائع أنا أبيعها كذلك، ثم باشر العقد مرسلًا من غير شرط ثم وجدها بخلاف ذلك ليس له الرد اهـ. فإن هذا صريح في أنه لا بد من ذكر الشرط في صلب العقد ولا تكفي الدلالة، ولعله قول آخر. تأمل. قوله: (أن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن) لا يتأنيه ما تقدم من الرجوع بالتفاوت عند التقويم، لأن ذلك فيما إذا امتنع الرد اهـ ح: أي لدفع ضرر المشتري فهو ضروري. قوله: (لا خيار للمشتري) أي خيار فوات الوصف المرغوب، لأن قوله: «بما فيها» لم يذكر على وجه الشرط، وهذا لا يتأني ثبوت خيار الرؤية وثبوت خيار التغيرير. تأمل. ثم رأيت بعض المحشين نقل عن المحيط أن وجه عدم الخيار أنه لم يشترط هذه الأشياء في البيع ولم يجعلها صفة للمبيع بل أخبر عن وجودها فيه، وانعدام ما ليس بمشروط في البيع ولا صفة للمبيع لا يوجب الخيار؛ أما قوله بأجذاعها وأبوابها فله الخيار لأنه جعلها صفة للدار فالبيع يتناول الموصوف بصفته فإذا لم يجده بتلك الصفة فله الخيار اهـ.

وأفاد أنه لو ذكر على وجه الشرط بثبت له الخيار الآخر أيضاً، لما في جامع الفصولين: باع أرضاً على أن فيه نخيلاً أو داراً على أن فيه بيوتاً ولم يكن فإنه يجوز العقد ويخير المشتري أخذه بكل الثمن أو ترك. والأصل فيه أن ما يدخل في العقد بلا شرط إذا شرط وعدم فإن العقد يجوز، وما لا يدخل بلا شرط إذا شرط ولم يوجد لم يجوز اهـ. فافهم. قوله: (شري داراً الخ) قال في الفتح: واعلم أنه إذا شرط في المبيع ما يجوز اشتراطه ووجده بخلافه، فتارة يكون البيع فاسداً وتارة يستمر على الصحة ويثبت للمشتري الخيار، وتارة يستمر صحيحاً ولا خيار للمشتري، وهو ما إذا وجده خيراً مما شرطه. وضابطه إن كان المبيع من جنس المسمى ففيه الخيار والثياب أجناس: أعني

بزعفران فسد، ولو على أنها بغلة مثلاً فإذا هو بغل جاز وخير، وبعبكسه جاز بلا خيار، لكونه على صفة خير من المشروط. مجتبي، فليحفظ الضابط.

الهروي والإسكندري والكتان والقطن، والذكر مع الأنثى في بني آدم جنسان، وفي سائر الحيوانات جنس واحد، والضابط فحش التفاوت في الأغراض وعدمه اه: أي ضابط اختلاف الجنس وعدمه فحش التفاوت في المقاصد وعدمه. قوله: (فسد) أي لفحش التفاوت فيكون اختلف الجنس، وعند اختلاف الجنس لا يعتبر كونه خيراً مما شرطه كالمصبوغ بزعفران، ولذا ذكر في الفتح من أمثلة الفاسد: لو اشترى داراً على أن لا بناء ولا نخل فيها فإذا فيها بناء أو نخل، أو على أنه عبد فإذا هو جارية، فافهم. نعم علل في البزازية الفساد في اشتراط أن لا بناء فيها بأنه يحتاج إلى التقصص، ويشكل مسألة الشجرة التي لا تثمر فإنه لا يظهر اختلاف الجنس فيها، فالظاهر ما في البزازية: باع أرضاً على أن فيها كذا شجراً مثمراً بثمرها فوجد فيها نخلة لا تثمر فسد، لأن الثمرة لها قسط من الثمن بالذكر وسقط حصة المعدوم ولا يعلم كم الباقي من الثمن، فأشبهه شراء شاة مذبوحة فإذا فخذها مقطوعة اه. تأمل. قوله: (جاز وخير) أي لاتحاد الجنس لكون الذكر والأنثى في غير الآدمي جنساً واحداً، وإنما خير لكون الأنثى في الحيوانات خيراً من الذكر، فقد فات الوصف المرغوب فيخير. قال في الفتح: وكذا على أنه ناقه فكان جملاً، أو لحم معز فكان لحم ضأن، أو على عكسه فله الخيار اه: أي لأن ذلك جنس واحد ولذا لم يفرق بينهما في الزكاة. قوله: (وبعبكسه) بأن اشترى على أنه بغل فإذا هو بغلة، وكذا على أنه حمار أو بعير فإذا هو أتان أو ناقه، أو جارية على أنها رتقاء أو حبلية أو ثيب فإذا هو بخلافه جاز، ولا خيار له لأنه صفة أفضل من المشروطة، وينبغي في مسألة البعير والناقة أن يكون في العرب وأهل البوادي الذين يطلبون الدر والنسل، أما أهل المدن والمكارية فالبعير أفضل. فتح. وذكر في باب البيع الفاسد أن صاحب الهداية ذكر أنه لو باع عبداً على أنه خباز فإذا هو كاتب خير، مع أن صناعة الكتابة أشرف عند الناس، وكان صاحب الهداية من المشايخ الذين لا يفرقون بين كون الصفة التي ظهرت أشرف أو لا. وذهب آخرون إلى أن الخيار فيما إذا كان الموجود أنقص، وصحح الأول لفوات غرض المشتري، بخلاف ما إذا اشترى عبداً على أنه كافر فإذا هو مسلم فلا خيار له، لأن الاستخدام لا يتفاوت بين مسلم وكافر، بخلاف تعيين الخبز أو الكتابة، فإنه يفيد أن حاجته هذا الوصف اه ملخصاً. ومفاده تصحيح ثبوت الخيار وإن ظهر الوصف أفضل من المشروط، إلا إذا لم يحصل التفاوت بين الوصفين في الغرض المقصود للمشتري كالعبد المسلم والكافر. قوله: (فليحفظ الضابط) هو ما قدمناه أولاً عن الفتح.

البيع لا يبطل بالشرط في اثنين وثلاثين موضعاً مذكورة في الأشباه

مَطْلَبٌ: أَلْبَيْعُ لَا يَبْطُلُ بِالشَّرْطِ فِي اثْنَيْنِ وَثَلَاثِينَ مَوْضِعاً

قوله: (البيع لا يبطل بالشرط في اثنين وثلاثين موضعاً) هي شرط رهن معلوم بإشارة أو تسمية، فإن أعطاه الرهن في المجلس جاز استحساناً. وشرط كفيل حاضر أو غائب وحضر قبل الافتراق وكفل؛ فلو غائباً وكفل حين علم فسد. وشرط إحالة المشتري للبائع على غيره بالثمن استحساناً، وفسد على أن يحيل البائع بالثمن على المشتري. وشرط إسهاد على البيع. وشرط خيار الشرط إلى ثلاثة أيام. وشرط نقد، على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما. وشرط تأجيل الثمن إلى أجل معلوم. وشرط البراءة من العيوب ويبرأ البائع من كل عيب. وشرط قطع الثمار المبيعة: أي على المشتري فإنه يقتضيه العقد تفريراً لملك البائع عن ملكه. وشرط تركها على النخيل بعد إدراكها على المفتي به. وشرط وصف مرغوب فيه كما مر. وشرط تسليم المبيع حتى يسلم الثمن وشرط رده بعيب وجد فيه. وشرط كون الطريق لغير المشتري. وشرط عدم خروج المبيع عن ملكه في غير الآدمي؛ أما لو اشترى عبداً على أن لا يبيعه أو لا يخرجه عن ملكه فسد. وشرط إطعام المشتري المبيع إلا إذا عين ما يطعم الآدمي كأن شرط أن يطعم العبد المبيع خبيصاً فيفسد. وشرط حمل الجارية على التفصيل الذي ذكره الشارح بعد. وشرط كونها مغنية لأنه عيب شرعاً فيكون براءة من العيب، فإن لم يجدها مغنية فلا خيار له لأنه وجدها سالمة من العيب، وإن شرط المشتري ذلك على وجه الرغبة فسد البيع لشرطه ما هو محرم؛ ونظيره ما في البزازية: لو شراه على أنه فحل فإذا هو خصي له الرد؛ ولو عكس قال الإمام: الخصاء في العبد عيب، فإذا بان فحلاً صار كأنه شرط العيب فبان سليماً، وقال الثاني: الخصي أفضل لرغبة الناس فيه فيخير اه. وجزم في الفتح بقول الثاني، ومقتضاه جريان ذلك في الأمة المغنية. وشرط كون البقرة حلواً. وشرط كون الفرس هملاً بكسر الهاء: أي سهل السير بسرعة. وشرط كون الجارية ما ولدت، فلو ظهر أنها كانت ولدت له الرد؛ قلت: وظاهره أنه لا يرد بدون هذا الشرط مع أنه ذكر في البزازية أنه لو قبضها ثم ظهر ولادتها عند البائع لا من البائع وهو لم يعلم فهو عيب مطلقاً، لأن التكسر الحاصل بالولادة لا يزول أبداً، وعليه الفتوى. وفي رواية: إن نقصتها الولادة عيب، وفي البهائم ليس بعيب إلا إن نقصها، وعليه الفتوى. وشرط إيفاء الثمن في بلد آخر وهذا لو كان الثمن مؤجلاً إلى شهر مثلاً فالبيع جائز والشرط باطل، إلا أن يكون له مؤنة فيتعين، أما لو غير مؤجل فالبيع فاسد لأنه يصير أجلاً مجهولاً وشرط الحمل إلى منزل المشتري فيما له حمل لو بالفارسية، أما في العربية فإنه يفرق فيها بين الإيفاء والحمل والعقد يقتضي

شرط أنها مغنية، إن للتبّري لا يفسد وإن للرجبة فسد. بدائع. ولو شرط حبليها: إن الشرط من المشتري فسد، وإن من البائع جاز لأن حبليها عيب فذكره للبراءة منه، حتى لو كان في بلد يرغبون في شراء الإماء للأولاد فسد. خانية. ولو شرط أنها ذات لبن جاز على الأكثر.

قلت: والضابط للأوصاف أن كل وصف لا غرر فيه، فاشترطه جائز لا ما فيه غرر، إلا أن لا يرغب فيه. وفي الخانية في فصل الشروط المفسدة: متى عاين ما يعرف بالعيان انتفى الغرر.

الأول لا الثاني فيفسد البيع. وشرط حذو النعل. وشرط خرز الخلف. وشرط جعل رقعة على ثوب اشتراه من خلقاني. وشرط كون الثوب سداسياً فإذا وجده خماسياً أخذه بكل الثمن أو ترك لأنه اختلاف نوع لا جنس فلا يفسد. وشرط كون السوق ملتوتاً بمن سمن. وشرط كون الصابون متخذاً من كذا جرة من الزيت ففيهما لو كان ينظر إلى المبيع وقبضه ثم ظهر أنه متخذ من أقل مما ذكر من السمن أو الزيت جاز البيع بلا خيار، لأن هذا مما يعرف بالعيان فإذا عاينه انتفى الغرر، ومثله ما لو اشترى قميصاً على أنه متخذ من عشرة أذرع وهو ينظر إليه فظهر من تسعة جاز بلا خيار؛ قلت: ويشكل عليه مسألة السداسي، على أن كونه مما يعرف بالعيان غير ظاهر إلا إذا فحش التفاوت. وشرط بيع العبد إلا إذا قال من فلان بأن قال بعثك العبد على أن تبيعه من فلان فإنه يفسد لأن له طلباً. وشرط جعلها بيعة والمشتري ذمي بأن اشترى داراً من مسلم على أن يتخذها بيعة جاز البيع وبطل الشرط، وكذا بيع العصير على أن يتخذ خمرأ، وإنما جاز لأن هذا الشرط لا يخرجها عن ملك المشتري ولا مطالب له، بخلاف اشتراط أن يجعلها المسلم مسجداً فإنه يخرج عن ملكه إلى الله تعالى، وكذا بشرط أن يجعلها ساقية أو مقبرة للمسلمين أو أن يتصدق بالطعام على الفقراء فإنه يفسد. وشرط رضا الجيران بأن اشترى داراً على أنه إن رضي الجيران أخذها، قال الصفار: لا يجوز، وقال أبو الليث: إن سمي الجيران وقال إلى ثلاثة أيام جاز. اهـ ط ملخصاً مع بعض زيادة. قوله: (شرط أنها مغنية) هذه والتي بعدها تقدمتا في مسائل الأشباه. قوله: (ولو شرط حبليها) أي الأمة، بخلاف الشاة فإنه مفسد كما قدمه المصنف، لأن الولد زيادة مرغوبة وإنها موهومة لا يدري وجودها فلا يجوز خانية. قوله: (على الأكثر) أي على قول أكثر الفقهاء. قوله: (لا ما فيه غرر) كبيع الشاة على أنها حامل. قوله: (إلا أن لا يرغب فيه) لأن اشتراطه يكون بمعنى البراءة من وجوده كما في حبل الأمة. قوله: (ما يعرف بالعيان) كمسألة السوق والصابون كما مر في مسائل الأشباه. قوله: (انتفى الغرر) فليس له أن يردّه إذا ظهر، بخلاف ما اشترط، والله سبحانه أعلم.