بالتفريق اذا تعذر اخراج احدهما بالتدبير او الاستيلاد او الكتابة لما ذكرنا وله ان يعتق احدهما وان كان فيه تفريق لانه انفع من ابقائه على الرق ولانه ليس بتفريق معنى لان الحر يقدر ان يدور معه حيث دار وكذا له ان يبيع احدهما ممن حلفت بعتقه ان اشتراه او ملكه لما ذكرنا في الاعتاق ولو كان الولد مسلما وامه كافرة بان اسلم ابوه تبعه فيه ومولاهما كافر يؤمر ببيع الولد وحده خير له من ابقائه في ذل الكافر وفي النهاية هذا كله اذا كان المالك مسلما حرا كان او مكاتبا او ماذونا له في التجارة واما اذا كان كافرا فلا يكره التفريق لان ما فيه من الكفر اعظم والكفار غير مخاطبين بالشرائع ولو كان للصغير قريبان مستويان في القرب فان اختلفت جهة قرابتهما له لا يفرق ولا يباع واحد منهما دونهما وذلك مثل الاب والام او اخت لاب واخت لام او ابوين بان ادعاه رجلان معا او عمه وخاله لان لكل واحد منهما شفقة ليس للاخر وله بكل واحد منهما استيناس خلاف الاستيناس بالاخر وان اتحدت جهة قرابتهما كالاخوين او الخالتين او العمتين لاب وام او لاب او لام يكتفي باحدهما معه لان حق الصغير مرعي به فيبيعه او يتركه مع الواحد منهما لانه يستانس به ويقوم بحوائجه وان كان احدهما اقرب من الاخر كما لو كان معه الام او الجدة او عمة او خالة او احد الاخوة والاخوات او كان مع الاخت لاب وام اخت لاب او لام لا يعتد بالابعد لان شفقته مع شفقة الاقرب كالمعدوم وينفذ البيع في الكل لان النهي لغيره وهو ما فيه من ايحاش الصغير او الاضرار باهل البلاد او بالواردين اذا التبس السعر عليهم ونحو ذلك على ما بينا فلا يوجب الفساد وعن ابي يوسف انه يفسد البيع في قرابة الولاد ويجوز في غيره وعنه انه يفسد في الجميع لما روينا انه عليه السلام رد البيع في الولاد وامر بالرد في غيره وهو لا يكون الا في الفاسد ولنا ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله فينفذ والنهي لمعنى مجاور له غير متصل به فلا يوجب الفساد كالبيع عند الاذان وكثيرا ما استامه غيره والمروي محمول على الاقالة او على بيع الاخر ممن بلغ منه احدهما قال بخلاف الكبيرين والزوجين حيث يجوز تفريقهما لان النص ورد على خلاف القياس في القرابة المحرمة للنكاح اذا كان صغيرا فلا يلحق به غيره لان الكبيرين او الزوجين وان كانا صغيرين ليسا في معنى المنصوص عليه وذكر سلمة بن الاكوع انهم اصابوا من فزارة سبيا وفيهم امراة معها بنتها فنفله ابو بكر ابنتها وكان عليهم اميرا فلما قدموا المدينة فقال له النبي صلى الله عليه وسلم يا سلمة هب لي المراة فذكر انها اعجبته ولم يكشف لها ثوبا ثم قال هي لك يا رسول الله فبعث بها عليه السلام الى اهل مكة وفي ايديهم اسارى من المسلمين ففداهم بتلك المراة والحديث فيه طول رواه احمد ومسلم وفرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بين مارية وسيرين وكانتا امتين اختين ولو كان مع امراة مسبية صبي ادعت انه ابنها لا يثبت نسبه منها لانها تحمل النسب على الغير ولا يفرق بينها وبينه لان قول الواحد مقبول في الديانات لا سيما في موضع الاحتياط وقد وجد فيه امارة الصدق ولو باع الام على انه بالخيار ثم اشترى الولد يكره التنفيذ لانهما اجتمعا في ملكه فيعتبر مفرقا بالتنفيذ ولو كان في ملكه صبي واشترى امه بشرط الخيار له ان يردها بالاتفاق اما عند ابي حنيفة فلانهما لم يجتمعا في ملكه فلم يكن مفرقا واما عندهما فلانه لو لم يكن له الرد لتضرر به لان الفسخ حقه فلا يمنع منه

وكان للصغير قريبان مستويان في القرب

باب الاقالة

قيل الاقالة مشتقة من القول والهمزة للسلب اي ازالة القول الاول وهو ما جرى بينهما من البيع كاشكى اذا ازال شكواه ولا يكاد يصح هذا لانهم قالوا قلته البيع بالكسر فدل على ان عينه ياء ولو كان من القول لقيل قلته بالضم وقد قالوا قاله البيع قيلا وهذا ادل من الاول وهي مشروعة مندوب اليها لقوله عليه السلام من اقال نادما بيعته اقاله الله عثرته يوم القيامة قال رحمه الله هي فسخ في حق المتعاقدين بيع في حق ثالث وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان لا يمكن جعله فسخا بان ولدت المبيعة بعد القبض او هلك المبيع في غير المقايضة فتبطل الاقالة ويبقى البيع على حاله لتعذر الفسخ اذ الزيادة المنفصلة المتولدة من المبيع تمنع الفسخ لما ذكرنا في باب الرد بالعيب ولا يتصور الفسخ بعد هلاك المبيع على ما بين فتبطل هذا اذا تقايلا بعد القبض وان كانت قبل القبض فهي فسخ في حق الكل في غير العقار لتعذر جعلها بيعا وقال ابو يوسف هي بيع الا ان لا يمكن جعلها بيعا بان كانت قبل القبض في المنقول او كانت بعد هلاك احد العوضين في المقايضة فتجعل فسخا الا ان لا يمكن جعلها بيعا ولا فسخا بان كانت قبل القبض في المنقول باكثر من الثمن الاول او باقل منه او بجنس اخر او بعد هلاك السلعة في غير المقايضة فتبطل ويبقى البيع الاول على حاله لان بيع المنقول

قبل القبض

قبل القبض لا يجوز والفسخ يكون بالثمن الاول وقد سميا خلافه وقال محمد هي فسخ الا اذا تعذر جعلها فسخا بان تقايلا باكثر من الثمن الاول او بخلاف جنسه او ولدت المبيعة بعد القبض فيجعل بيعا جديدا الا ان لا يمكن جعله فسخا ولا بيعا بان كانت قبل القبض باكثر من الثمن الاول او بجنس اخر فتبطل ويبقى البيع الاول على حاله لان الفسخ لا يكون على خلاف الثمن الاول والبيع لا يجوز قبل القبض وبالاقل من الثمن يكون فسخا عنده بالثمن الاول لانه سكوت عن بعض الثمن وهو لو سكت عن الكل كان فسخا فكذا اذا سكت عن البعض لمحمد ان اللفظ موضوع للفسخ والرفع يقال اللهم اقلني عثراتي فيعمل بمقتضاه واذا تعذر يحمل على محتمله وهو البيع ولهذا صار بيعا في حق ثالث لعدم ولايتهما عليه ولابي يوسف انها تمليك من الجانبين بعوض مالي بالتراضي وهو البيع والعبرة للمعاني دون الالفاظ المجردة كالكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة وبالعكس كفالة ولهذا تبطل بهلاك المبيع وترد بالعيب ويتجدد بها حق الشفعة للشفيع وهذه احكام البيع الا اذا تعذر فيجعل فسخا لانها موضوعة له او تحتمله ولابي حنيفة رحمه الله انها تنبئ عن الفسخ والرفع والاصل في الكلام ان يحمل على حقيقته ولا تحتمل ابتداء العقد اصلا ليحمل عليه عند التعذر ولهذا لو اراد به ابتداء العقد لا يصح ولو كان محتملا له لصح وانما لا يصح لانه ضده واللفظ لا يحتمل ضده فصار باطلا وكونه بيعا في حق الثالث امر ضروري لانه يثبت به مثل حكم البيع وهو الملك لا مقتضى الصيغة فحمل عليه في حق غيرهما لعدم ولايتهما عليه قال وبصح بمثل الثمن الاول وشرط الاكثر او الاقل بلا تعيب وجنس اخر لغو ولزمه الثمن الاول وهذا عند ابي حنيفة لانه لما كانت الاقالة عنده فسخا والفسخ يرد على عين ما يرد عليه العقد كان اشتراط خلاف الثمن الاول باطلا وشرط لعدم جواز اشتراط الاقل عدم التعيب عند المشتري واما اذا تعيب عنده فيجوز بالاقل فيجعل الحط بازاء ما فات بالعيب ولهذا يشترط ان يكون النقصان بقدر حصة ما فات بالعيب ولا يجوز ان ينقص اكثر منه ولا يجوز الا بلفظ الاقالة بلفظين يعبر باحدهما عن الماضي والاخر عن المستقبل كالنكاح وعند محمد رحمه الله يشترط ان يعبر بهما عن الماضي ولو كانت الاقالة بلفظ المفاسخة او الرد او المتاركة لا يكون فسخا ثم فائدة كون الاقالة فسخا في حق المتعاقدين تظهر في خمس مسائل احدها انه يجب على البايع رد الثمن الاول وما سميا خلافه يكون باطلا والثانية ان الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة ولو كانت بيعا في حقهما لفسدت والثالثة اذا تقايلا ولم يرد للبايع المبيع حتى باعه منه ثانيا جاز ولو كان بيعا لفسد لكونه باعه قبل القبض ولو باعه من غير المشتري لم يجز لانه بيع جديد في حق غيرهما والرابعة اذا وهب المبيع من المشتري بعد الاقالة قبل القبض جازت الهبة ولو كانت بيعا لانفسخ لان البيع ينفسخ بهبة المبيع للبايع قبل القبض والخامسة لو كان المبيع مكيلا او موزونا وقد باعه منه بالكيل او الوزن ثم تقايلا واسترد المبيع من غير ان يعيد الكيل او الوزن جاز قبضه وقوله بيع في حق غيرهما تظهر فائدته في خمس مسائل احدها لو كان المبيع عقارا فسلم الشفيع الشفعة ثم تقايلا يقضى له بالشفعة لكونه بيعا جديدا في حقه كانه اشتراه منه والثانية اذا باع المشتري المبيع من اخر ثم تقايلا ثم اطلع على عيب كان في يد البايع فاراد ان يرده على البايع ليس له ذلك لانه بيع في حقه فكانه اشتراه من المشتري والثالثة اذا اشترى شيا فقبضه ولم ينقد الثمن حتى باعه من اخر ثم تقايلا وعاد الى المشتري فاشتراه منه قبل نقد ثمنه باقل من الثمن الاول جاز وكان في حق البايع كالمملوك بشراء جديد من المشتري الثاني والرابعة اذا كان المبيع موهوبا فباعه الموهوب له ثم تقايلا ليس للواهب ان يرجع في هبته لان الموهوب له في حق الواهب بمنزلة المشتري من المشتري منه والخامسة اذا اشترى بعروض التجارة عبدا للخدمة بعدما حال عليه الحول فوجد به عيبا فرده بغير قضا واسترد العروض فهلكت في يده فانه لا تسقط عنه الزكوة لانه بيع جديد في حق الثالث وهو الفقير لان الرد بالعيب بغير قضا اقالة وقوله بيع في حق ثالث يجري على اطلاقه وقوله فسخ في حق المتعاقدين غير يجري على اطلاقه لانه انما يكون فسخا فيما هو من موجبات العقد وهو ما يثبت بنفس العقد من غير شرط واما اذا لم يكن من موجبات العقد وانما يجب بشرط زايد فالاقالة فيه تعتبر بيعا جديدا في حق المتعاقدين ايضا كما اذا اشترى بالدين المؤجل عينا قبل حلول الاجل ثم تقايلا لا يعود الدين حالا كانه باعه منه وكما اذا تقايلا ثم ادعى رجل ان المبيع ملكه وشهد المشتري بذلك

وعاد المبيع الى ملك البايع فطلب الشفيع الشفعة

Copyright King Saud University