بين المستحق وبين المشتري لان المشتري لم يملك فلا يكون خصما وبمثله لو اشترى بالخمر والخنزير يسمع البينة عليه لانه ملكه وهل يكون مضمونا بالقبض على المشتري فيه اختلاف المشايخ الى هنا لفظ كتاب الفتاوى الصغرى قوله وفيه الكلام جواب سوال مقدر بان يقال سلمنا ان ركن البيع مبادلة المال بالمال ولكن لم قلت انه موجود فاجاب بقوله وفيه الكلام يعني كلامنا فيما اذا وجد الركن لان المبادلة موجودة في جميع البيوع الفاسدة قوله والنهي يقرر المشروعية عندنا لاقتضائه التصور بيان ذلك مستوفى في كتابنا الموسوم بالتبيين قوله وانما لا يثبت الملك قبل القبض كيلا يؤدي الى تقرير الفساد المجاور وهذا جواب لقوله ولهذا لا يفيد الملك قبل القبض بيانه انه لو ثبت الملك قبل القبض لزم تسليم المبيع على البايع ثم تسليم الثمن على المشتري فيؤدي الى تقرير الفساد وذلك لا يجوز لانه واجب الرفع فلا جرم لم يفد الملك قبل القبض قوله فبالامتناع عن المطالبة اولى يعني ان البيع الفاسد اذا افاد الملك بالقبض يجب استرداد المبيع من يد المشتري دفعا للفساد اجتنابا عن المعصية فبامتناع المشتري عن مطالبة تسليم المبيع منع الفساد اولى من رفع الفساد بالاسترداد لان الدفع اسهل من الرفع ولان في صورة الاسترداد او نوع عبث لانه يثبت الملك بالقبض ثم ينفسخ بالاسترداد فكان وجود الملك وعدمه سواء يتخلق عن العابث قوله ولان السبب قد ضعف هذا دليل ثاني على عدم ثبوت الملك قبل القبض عطفا على قوله كيلا يؤدي الى تقرير الفساد المجاور يعني ان السبب وهو البيع الفاسد ضعف لانه اقترن بالتقبيح وهو المنهي عنه لاجل هذا لم يفد الملك ما لم يتاكد بالقبض والاعتضاد التقوي قوله والميتة ليست بمال جواب لقوله كما اذا باع بالميتة يعني ان ركن البيع مبادلة المال بالمال ولم يوجد لان الميتة ليست بمال فلم ينعقد البيع لهذا فيفسد القياس قوله ولو كان الخمر مثمنا فقد خرجناه هذا جواب لقوله او باع الخمر بالدرهم يعني ذكرنا تخريجه في اوايل باب البيع الفاسد واراد به ما ذكره ثمة بقوله واما بيع الخمر والخنزير ان كان بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع فاسد حتى يملك ما يقابله الى آخر ما قال ثمة وينظر هنالك قوله وشيء آخر اي دليل آخر غير ذلك الدليل الذي ذكرنا هنالك يعني ان البيع لو انعقد على الخمر يجب تسليم قيمتها لا عينها لان المسلم ممنوع عن تسليم الخمر وتسلمها والقيمة انما تكون بالدراهم والدنانير وهي تصلح ثمنا لا مبيعا قوله ثم شرط ان يكون القبض باذن البايع اي شرط القدوري اذن البايع في قوله بامر البايع في افادة القبض الملك الا ان الاذن قد يكون صريحا وقد يكون دلالة وقد امضينا بيانه في اول الفصل قوله وهو الصحيح اي وجه الاستحسان وهو ثبوت الملك بالقبض عن اذن دلالة هو الصحيح وهو المذكور في الزيادات قال في التحفة والايضاح وما قبضه بغير اذن البايع في البيع الفاسد فهو كما لم يقبض وهذا هي الرواية المشهورة عن اصحابنا ثم ذكر فيهما وذكر محمد في الزيادات اذا قبضه بحضرة البايع فلم ينهه وسكت انه يكون قبضا ويصير ملكا له ولم يحك خلافا قوله فيخرج عليه البيع بالميتة والدم والحر والريح والبيع مع نفي الثمن اي تخرج على قوله وفي العقد عوضان كل واحد منهما مال يعني لا ينعقد البيع بهذه الاشياء لعدم المالية فيها قال الولوالجي في فتاواه اذا باع بغير ثمن فيه روايتان في رواية ينعقد وفي رواية لا ينعقد واجمعوا انه اذا سكت عن ذكر الثمن ينعقد الى هنا لفظه وقال في الايضاح لو باعه وسكت عن ذكر الثمن فالبيع ينعقد ويثبت الملك اذا اتصل به القبض قد نص على قول ابي يوسف ومحمد في نفي تال القدوري لان مطلق البيع يقتضي المعاوضة بالقيمة فاذا سكت عن الثمن كان غرضه قيمته فيصير كانه قال بعت بالقيمة وهكذا جميع البياعات الفاسدة تكون مضمونة بالقيمة بخلاف ما اذا قال بعت بغير ثمن لانه لما

نفى

٥٢

نفى الثمن لم يمكن اثبات المعاوضة بمقتضى البيع لانه لا عبرة للمقتضى مع التصريح بخلافه واذا لم يثبت المعاوضة لم يكن بيعا وقال في التحفة لو قال بعت منك هذا العبد ولم يذكر الثمن ينعقد البيع بالقيمة ولو قال بعت منك هذا العبد بقيمته فكذلك وقال صاحب الايضاح لو قال ابيعك بالكعبة او بالنوح لم يملك بالقبض لانه لم يسم مالا ثم قال هكذا روي عن ابي يوسف قوله وقوله لزمته قيمته في ذوات القيم اي قول القدوري في الاشياء ذوات القيم كالحيوانات والعدديات المتفاوتة لا في الاشياء ذوات الامثال كالمكيلات والموزونات والعدديات غير المتفاوتة لان في ذوات الامثال يجب المثل لا القيمة لان المثل اعدل لاشتماله على الصورة والمعنى فاذا حصل العجز عن المثل صورة ومعنى يصار الى المثل معنى وهو القيمة اصله ضمان الغصب وانما لم يلزم الثمن حتى لا يلزم تقرير البيع الفاسد قوله قال ولكل واحد من المتعاقدين فسخه اي قال القدوري في مختصره ولكل واحد من البايع والمشتري ولاية فسخ البيع الفاسد وهذا فيما اذا لم يكن المبيع مقبوضا لانه لا حكم للبيع الفاسد قبل القبض لانه لا يثبت الملك قبله فيكون الفسخ قبل القبض امتناعا من الحكم واما اذا كان مقبوضا فان كان الفساد قويا داخلا في صلب العقد والمراد منه البدل والمبدل فلكل واحد من المتعاقدين يملك فسخه بحضرة صاحبه عندهما وعند ابي يوسف يفسخ بحضرة صاحبه وبغير حضرته نظيره بيع درهم بدرهمين وبيع ثوب بخمر وان كان الفساد غير قوي بان كان ذلك بشرط زايد مثل شرط المنفعة لاحد المتعاقدين ومثل البيع الى النيروز والمهرجان ونحو ذلك فولاية الفسخ لمن له الشرط بحضرة صاحبه لا لمن عليه كذا قال في شرح الطحاوي ولكن عبارته غير هذا وفي التجريد والايضاح جعل هذا قول محمد اما عندهما فلكل واحد من المتعاقدين الفسخ اعني فيما اذا كان الفساد لشرط زايد كالشراء باجل مجهول وعلل في الايضاح فقال وجه قول محمد ان منفعة الشرط اذا كانت عايدة اليه كان الفسخ منه صحيحا لانه يقدر ان يسقط الاجل فيصح العقد واذا فسخ الآخر فقد ابطل حقه لانه كان قادرا على تصحيح العقد وابو حنيفة وابو يوسف يقولان بان الفسخ مستحق حقا للشرع فانتفى اللزوم عن العقد ومن له الخيار قادر على التصحيح بالحذف اي بحذف الشرط ولكن الكلام قبل الحذف وهو بمنزلة الايجاب اذا وجد من البايع كان المشتري بسبيل من القبول ثم البايع لو رجع قبل قبول المشتري صح ولا يقال ان رجوعه يتضمن ابطال حق القبول على المشتري كذلك ههنا قوله دفعا للفساد بالواو لا بالدال كذا السماع وذلك ان دفع الشيء انما يكون بعد وقوع ذلك الشيء ودفعه يكون قبل وقوعه والفساد ههنا واقع فكان المسموع هو الصحيح قوله لقوة العقد دليل قوله دون من عليه يعني ان فسخ من عليه لا يجوز لان العقد قوي لان الشرط دخل في امر زايد لا في صلب العقد وهذا قول محمد على ما ذكر في الايضاح الا انه استثناء من قوله لقوة العقد يعني ان العقد لما كان قويا كان القياس ان لا ينفسخ من له الشرط ايضا الا انه لما لم يتحقق المراضاة في حقه كان له الفسخ قوله فان باعه المشتري نفذ بيعه اي قال القدوري في مختصره فان باعه المقبوض باذن البايع شراء فاسدا نفذ وليس للبايع الاول الاسترداد وقال ابو جعفر الطحاوي في مختصره فان اخرجه ببيع او بتمليك منه اياه غير جاز ما فعل من ذلك وعليه ضمان قيمته يوم قبضه لبايعه وجملة القول فيه ما قال في شرح الطحاوي بقول ولو تصرف فيه المشتري ببيع او هبة او صدقة او اخرجه من ملكه بوجه من الوجوه صح تصرفه فيه اذا كان تصرفه بعد ما قبضه باذن البايع وليس للبايع ابطاله وعلى المشتري القيمة او المثل ان كان مثليا ويطيب ذلك الملك للثاني لانه ملكه بعقد صحيح بخلاف المشتري الاول لانه لا يحل له ولا يطيب لانه ملكه بعقد فاسد وهذا بخلاف ما اذا دخل دار الحرب بامان فاخذ

Copyright © King Saud University