ليس بداخل في الحكم بقي الذي ليس فيه الخيار مفردا في الحكم وهو مجهول وثمنه مجهول فيفسد البيع كما في بيع احد العبدين وكا[ن]
في البيع بثمن بطريق الحصة ابتداء واما الوجه الثاني فانما فسد البيع فيه لجهالة المبيع وهذا لما قلنا ان الذي فيه الخيار ليس بداخل
في حكم العقد فبقي الآخر مفردا وهو مجهول واما الوجه الثالث فانما فسد البيع فيه لجهالة الثمن لما ان من فيه الخيار ليس بداخل
الحكم فبقي الآخر مفردا وثمنه مجهول واما الوجه الاخير فانما جاز البيع فيه لان المبيع معلوم والثمن معلوم لانه عين من فيه الخيار
حيث قال على اني بالخيار في هذا وفصل الثمن ايضا لانه باع كل واحد منهما بخمسمائة درهم بقي ههنا سؤال بان يقال [illegible]
ان البيع لا يفسد من جهة الجهالة ولكن ينبغي ان يفسد من جهة اخرى وهي انه جعل قبول العقد في الذي فيه الخيار وهو
غير داخل في الحكم شرطا لانعقاد العقد في الذي ليس فيه الخيار كما اذا جمع بين قن وحر حيث لا يجوز البيع وان فصل الثمن الا[نه]
ان الذي فيه الخيار داخل في العقد وان لم يكن داخلا في الحكم لان الخيار لا يمنع السبب وهو محل للبيع فصار كما اذا جمع بين قن
ومدبر وباعهما بالف درهم نفذ البيع في القن بحصته من الثمن وان كان قبول العقد في المدبر شرطا لانعقاد العقد في القن
لما ان المدبر داخل في العقد لكونه مالا الا ترى ان القاضي لو قضى بجواز بيعه جاز فكان القبول شرطا صحيحا فكذا فيما نحن فيه
بخلاف الحر فانه ليس بداخل في العقد اصلا لانه ليس بمال فكان قبوله شرطا فاسدا فبطل البيع وفي الجمع بين قن ومدبر خلاف
زفر وسيجيء بيانه ان شاء الله في آخر باب البيع الفاسد قوله ومن اشترى ثوبين على ان يأخذ ايهما شاء بعشرة وهو بالخيار
ثلثة ايام فهو جائز وكذلك الثلاثة فان كانت اربعة اثواب فالبيع فاسد وهذه من مسائل الجامع الصغير اعلم انه اذا
اشترى احد الثوبين او احد الاثواب الثلاثة وبين ثمن كل واحد منهما على حدة وثمن الكل متفق او مختلف على ان
المشتري اي ثوب شاء وهو بالخيار ثلثة ايام جاز استحسانا والقياس ان لا يجوز كما اذا اشترى احد الاثواب الاربعة
لجهالة المبيع وهو قول زفر والشافعي ذكر قول زفر في الشامل وقول الشافعي رضي الله عنه في الايضاح وجه الاستحسان
ان شرط الخيار وان كان يخالف مقتضى العقد شرع لحاجة الناس الى الخيار دفعا للغبن باختيار ما هو الارفق والاو[فق]
ومثل تلك الحاجة موجودة فيما نحن فيه فكان في معنى ما ورد به النص فجوز البيع للحاجة لان الانسان قد يحتاج الى زوج
خف ونحو ذلك لا يتيسر له ان يخرج الى السوق بنفسه بان يكون من الرؤساء او من الدهاقين او من النساء في البيو[ت]
فيحتاج اليه من يقوم مقامه في الشراء من الانواع الثلثة الجيد والوسط والردي حتى يختار ما هو يوافقه والبائع ربما لا يمكنه
من الحمل بلا بيع فكانت الحاجة ماسة الى مثل هذا البيع فجاز ولم يجز في الاكثر من الثلاث لاندفاع الحاجة بما دونه لذكر
لاشتمال الثلاثة على جميع الانواع والجهالة ليست بمفضية الى المنازعة لان من له الخيار وهو المشتري فوض اليه
الامر باخذ اي ذلك شاء الا ان الحاجة لما لم تكن موجودة في الاكثر لم يجز البيع وان انعدمت المنازعة فيه بتعيين من له
الخيار فبقي على اصل القياس لان الرخصة في جواز هذا البيع كانت بالامرين بوجود الحاجة وانعدام الجهالة المفضية
الى المنازعة وانعدام الجهالة المذكورة وان تحقق لم يتحقق الحاجة فلم يثبت الرخصة لفوات شطر العلة فلما كانت العادة
جارية بين الناس في الثلاثة جاز البيع فيها استحسانا وترك القياس لتعاملهم وفي الاكثر لم يجز البيع قياسا واستحسانا ولان
الله تعالى ذكر الخيار في ثلاثة اشياء في كفارة اليمين وجزاء الصيد وكفارة الاذى فلما كان للثلثة اثر في كتاب الله
استحسانا في الثلاثة وفيما زاد عليها اخذنا بالقياس ثم لما جاز البيع بهذا الشرط فللمشتري الخيار ان شاء اخذ احد الثوبين
ولزمه ثمنه والآخر عنده امانة وان شاء ردهما جميعا وليس له اخذهما جميعا لان المبيع احدهما لا غير قال في شرح الطحاوي
في هذا البيع خياران للمشتري احدهما خيار تمييز المبيع من الامانة والثاني خيار الشرط الا ان خيار الشرط فيهما موقت
الى ثلثة ايام في قول ابي حنيفة رضي الله عنه وعندهما غير موقت بالثلاث وخيار التمييز غير موقت وهكذا ذكر محمد في المسألة
في الجامع الصغير ثم قال واختلف فيه المشايخ قال بعضهم لا يجوز هذا البيع ما لم يذكر الخيارين خيار التمييز وخيار الشرط لانه اذا
لم يذكر خيار الشرط الى ثلثة ايام يكون مدة خيار الشرط مجهولة ومن اشترى بشرط الخيار غير موقت لا يجوز البيع وقال بعضهم يجوز

هذا البيع

هذا البيع وان لم يذكر فيه خيار الشرط فيثبت فيه خيار الشرط تبعا وضمنا لخيار التمييز وله ان يأخذ ايهما شاء وله ان يرد
لان الشيء قد يثبت ضمنا وتبعا وان كان يبطل قصدا الا ترى ان بيع الهواء على الانفراد لا يجوز واذا باع الارض دخل
الهواء تبعا وبيع الشرب على الانفراد لا يجوز واذا باع الارض بحقوقها جاز ودخل الشرب تبعا الى هنا لفظ رواية شرح الطحاوي
ثم قال والاول اصح وقال الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير اختلف المشايخ فيه اي في اشتراط خيار الشرط مع خيار
التعيين منهم من قال يشترط وهو المذكور في الكتاب واليه مال الكرخي ومنهم من قال لا وهو المذكور في الجامع الكبير
فانه ذكر هذه المسألة ولم يذكر فيها خيار الشرط وقال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير بعد ذكر اختلاف المشايخ والصحيح
عندنا انه ليس بشرط كذلك ذكر في الجامع ولكن لا بد من بيان من له خيار التعيين قطعا للمنازعة فان لم يشترط مع ذلك
خيار الشرط لزم البيع في غير العين والآخر امانة عنده وان شرط مع ذلك خيار الشرط فلا بد من توقيته وعند ذلك لا يلزم العقد
في غير العين ايضا حتى ان لصاحب الخيار ردهما جميعا فان هلك من له الخيار بطل خيار الشرط ويثبت للوارث خيار التعيين
واما خيار الشرط فلا حتى ان الوارث لا يملك ردهما جميعا وكذلك اذا انقضى وقت الخيار في حيوة المورث بطل خيار الشرط
فلا يملك ردهما جميعا الى هنا لفظ فخر الاسلام وقال العتابي في شرح الجامع الصغير في ذكر خيار الشرط مع خيار التعيين وقع
اتفاقا لان البيع يجوز بدون خيار الشرط ولكن لو ذكر فيه خيار الشرط كان له ان يردهما ولو لم يذكر فيه خيار الشرط له ان
يرد احدهما بخيار التعيين وليس له ان يردهما ولو مات يورث خيار التعيين ولا يورث خيار الشرط واذا لم يذكر خيار
الشرط فلا بد من توقيت خيار التعيين بثلاثة ايام فما دونه وبالزيادة لا يجوز عند ابي حنيفة وعندهما كما شاء العاقدان
يعني اذا كانت المدة معلومة وجعل شمس الائمة السرخسي في شرح الجامع الصغير اشتراط الخيار مع خيار التعيين هو الصحيح
قوله وكذلك الثلثة اي البيع جائز في احد الاثواب الثلاثة ايضا قوله والحاجة الى هذا النوع من البيع اراد بهذا
النوع ان يشتري احد الثوبين او احد العبدين على ان يأخذ ايهما شاء بثمن معلوم قوله ولا يمكنه البائع بتشديد الكاف
قوله اليه الضمير راجع الى من في قوله من يثق به وفي قوله من يشتريه لاجله قوله ما ورد به الشرع اراد به شرط الخيار
الذي ورد في حديث حبان قوله والجهالة لا تفضي الى المنازعة في الثلاث جواب لقوله والقياس ان يفسد البيع
في الكل لجهالة المبيع قوله وكذا في الاربع اي الجهالة في الاثواب الاربعة ايضا لا تفضي الى المنازعة لكن الحاجة الى الاربع
ليست بمتحققة فلاجل هذا لم يجز البيع فيها قوله والرخصة ثبوتها بالحاجة وكون الجهالة بجر النون عطفا على قوله بالحاجة
وبيانه مر آنفا واذا لم يذكر خيار الشرط لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاث عند ابي حنيفة وبمدة معلومة
ايا كانت عندهما يعني كما في خيار الشرط عندهما لا يقال ان ابا يوسف لم يجوز البيع في قوله ان لم ينقد الثمن
الى اربعة ايام كما هو قول ابي حنيفة اخذا بالقياس واتباعا للسنة فينبغي ان لا يجوز خيار التعيين عند ابي يوسف
اكثر من الثلثة لان ثمه وجد التعليق بحرف الشرط والتمليك لا يحتمل ذلك فاخذ بالقياس وهنا فيما نحن فيه لم يوجد التعليق
بحرف الشرط فجاز في الاكثر لانه في معنى شرط الخيار من حيث انه شرع للحاجة فكذا هذا فجاز في الزيادة على الثلثة
كما جاز شرط الخيار قوله ثم ذكر في بعض النسخ اشترى ثوبين وفي بعضها اشترى احد الثوبين وهو الصحيح يعني
اختلفت الرواية في نسخ الجامع الصغير والصحيح هو المذكور ثانيا لان المبيع احدهما لا هما والاول مجاز لاحتمال
ان يكون كل واحد منهما هو المبيع واثبت فخر الاسلام النسخة الاولى لا غير مجازا ويجوز ان يقال في وجه المجاز
انه اطلاق اسم الكل على البعض كما في قوله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان وانما يخرجان من الملح لا العذب قوله
ولو هلك احدهما او تعيب لزمه البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للامانة لامتناع الرد بالتعيب قال في شرح الطحاوي
ولو هلك احدهما قبل القبض فلا يبطل البيع والمشتري بالخيار ان شاء اخذ الباقي بثمنه وان شاء ترك ولو هلك
الكل قبل القبض بطل البيع ولو هلك احدهما بعد القبض تعين الهالك للبيع ولزمه ثمنه لانه عجز عن رده وتعين الآخر

Copyright © King Saud University

Created with PDFsharp 1.2.1269-g (www.pdfsharp.com)