يوجب الضمان فان لم ينتقل الملك من المضمون له الى الضامن لاجتمع البدلان في ملك شخص واحد وهو لا يجوز والضمينان
لا معتبر بهما قوله ولان السبب دليل آخر على افادة البيع الفاسد الملك بعد القبض ووجهه ان السبب يعني البيع الفاسد
قد ضعف لمكان اقترانه بالفسخ فيشترط اعتضاده بالقبض في افادة الحكم لان القبض شبيه بالايجاب فصار كان ايجاب البيع الفاسد
ازداد قوة في نفسه فهو كالهبة في احتياجه الى ما يعضد العقد من القبض وقوله والميتة ليست بمال جواب عن قياس الخصم
المتنازع فيه على البيع بالميتة وتقريره ان الميتة ليست بمال وما ليس بمال لا يجوز فيه البيع لفوات ركنه ولو كان الحمر مثمنا وهو
ما اذا اشترى الحمر بالدراهم فقد خرجناه يعني في اوائل البيع واراد به ما قاله واما بيع الحمر والخنزير ان كان بالدين كالدراهم
والدنانير فالبيع باطل ولا يلزم من بطلان البيع فيما اذا كان الحمر مثمنا بطلان البيع في المتنازع فيه وشيء آخر اي دليل آخر سوى
ما ذكرنا هناك وهو ان العقد الواقع على الحمر يوجب القيمة لا عين الحمر لان المسلم ثم عن تسليم الحمر وتسلمها فلو قلنا بانعقاد
البيع في الصورة المذكورة لجعلنا القيمة مثمنا لان كل عين يقابله الدراهم او الدنانير في البيع هو مثمن لتعين الدراهم
او الدنانير للثمنية خلقة وشرعا ولا عهد لنا بذلك في صورة من صور البياعات فالقول به تغيير للمشروع فحكمنا ببطلانه وقوله
ثم شرط ان يكون القبض باذن البائع اشارة الى صحة الاذن بالدلالة كما اذا قبضه في مجلس العقد بحضرته قبل الافتراق ولم
ينهه فانه يصح استحسانا وقوله هو الصحيح احتراز عما ذكره صاحب الايضاح وسماه الرواية المشهورة فقال وما قبضه لغير
اذن البائع في البيع الفاسد فهو كما لم يقبض وهذه الرواية هي المشهورة وجه الصحيح ان البيع تسليط منه على القبض فاذا
قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه كان الحكم التسليط السابق فيكتفى به وعلى هذا القبض في الهبة في مجلس العقد يصح استحسانا
وعلى رواية صاحب الايضاح يحتاج الى الفرق بين الهبة والبيع الفاسد وذلك بالعقد اذا وقع فاسدا لم يتضمن
تسليطا على القبض لان التسليط لو ثبت انما يثبت بمقتضاه شرعا والفاسد يجب اعدامه فلم يثبت المقتضي وهو التسليط
على القبض بخلاف ما اذا وهب فانه يكون تسليطا على القبض استحسانا ما دام في المجلس لان التصرف وقع صحيحا فجاز ان يكون
تسليطا بمقتضاه وانما توقف على المجلس لان القبض ركن في باب الهبة وانه ينزل منزلة القبول في حق الحكم فكانت القبول
يتوقف على المجلس فكذا التسليط على القبض يتوقف عليه وشرط ان يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن
البيع وهو مبادلة المال بالمال فيخرج على هذا الاشتراط البيع بالميتة والدم والحر والريح التي تهب والبيع مع نفي الثمن
ويجعل الكل باطلا لعدم المالية في هذه الاشياء سواء كانت ثمنا او مثمنا لكن ذكر جهة الاثمان ليعلم انها اذا كانت مبيعة
كان البيع اولى بالبطلان وقوله اي قول القدوري لزمته قيمته معناه اذا كان المبيع من ذوات القيم كالحيوان والعدديات
المتفاوتة فاما في ذوات الامثال كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة فيجب المثل لانه مضمون بنفسه بالقبض فشابه
الغصب والحكم في الغصب كذلك بناء على ان المثل صورة ومعنى اعدل من المثل معنى فلا يعدل عنه الا اذا تعذر قال
ولكل واحد من المتعاقدين فسخه دفعا للفساد وكل واحد من متعاقدي البيع الفاسد له فسخ البيع دفعا للفساد سواء
كان قبل القبض او بعده اما اذا كان قبل القبض فلما تقدم انه لم يفد الحكم وكان الفسخ امتناعا من ان يفيد الحكم واما اذا كان
بعده فلا يخلو اما ان يكون الفساد في صلب العقد اي بمعنى في احد البدلين كبيع درهم بدرهمين وبيع ثوب بحمار او شرط
زائد كاشتراط ما ينتفع به احد العاقدين والبيع الى النيروز والمهرجان ونحو ذلك فان كان الاول كان لكل منهما فسخه
بحضرة صاحبه عند ابي ح وم لقوة الفساد وعند ابي س بحضرته وغيبته وان كان الثاني فلكل منهما ذلك اذا كان قبل القبض

واما اذا كان بعده فللذي له الشرط ان يفسخه بحضرة صاحبه اذا كان المبيع في يد المشتري على ما له لم يزد ولم ينقص
واما اذا لم يكن كذلك ففيه تفصيل يطلب في شرح الطحاوي قبل المذكور في الكتاب قوله محمد ووجهه ما ذكر ان العقد قوي
فكان الواجب ان لا يكون لاحد حق الفسخ لكن الرضاء لم يتحقق في حق من له الشرط فله ان يفسخه واما على قول ابي ح وابي س فلكل
واحد من المتعاقدين حق الفسخ لانه مستحق حقا للشرع فانتفى اللزوم عن العقد وفي العقد الغير اللازم يتمكن كل واحد من
المتعاقدين من فسخه كذا في الذخيرة والايضاح والكافي فان باع المشتري المقبوض بالشراء الفاسد نفذ بيعه لانه ملكه بالقبض وكل من ملك
بالقبض شيئا يملك التصرف فيه سواء كان تصرفا لا يحتمل النقض كالاعتاق والتدبير او يحتمله كالبيع والهبة ورد بان المبيع لو كان
مأكولا لم يحل اكله ولو كانت جارية لم يحل وطؤها ذكره في شرح الطحاوي فلم يملك التصرف مطلقا واجيب بالمنع فان محمدا نص في كتاب
الاستحسان على تناوله قال لان البائع سلطه على ذلك وذكر شمس الائمة الحلواني يكره الوطء ولا يحرم فالمذكور في شرح الطحاوي يحمل على
عدم الطيب ولئن سلم فالوطء مما لا يستباح بصريح التسليط فبدلالته اولى وجواز التصرف باعتبار اصل الملك وهو ينفك
عن صفة الحل وان كان البيع نافذا سقط حق استرداد البائع لتعلق حق العبد وهو المشتري الثاني بالبيع الثاني ونقض البيع الاول
لحق الشرع واذا اجتمع حق الشرع وحق العبد تقدم حق العبد لحاجته وغنى الشرع وفيه بحث لان التصرف ان كان اجارة او تزويجا
لم يسقط حق استرداده وكذا اذا مات المشتري وورث وارثه المشتري وان تعلق بذلك حق العبد فكان ذلك تحكما واجيب عن الاول
بان الاجارة عقد ضعيف يفسخ بالاعذار وفساد الشرى عذر في فسخها كما يأتي ولم يذكر محمد من يفسخها وذكر في النوادر ان
القاضي يفسخها والتزويج يشبه الاجارة لوروده على المنفعة والبيع يرد على ملك الرقبة والفسخ كذلك فتعلق حق الزوج بالمنفعة
لا يمنع الفسخ على الرقبة والنكاح على حاله قائم وعن الثاني بان ملك الوارث في حكم عين ما كان للمورث ولهذا يرد بالعيب ويرد
عليه وذلك الملك كان مستحق النقض فانتقل الى الوارث كذلك حتى لو مات البائع كان لوارثه ان يسترد المبيع من المشتري بحكم الفساد
وهذا بخلاف ما اذا اوصى المشتري بالمشترى لشخص ثم مات حيث لم يبق للبائع حق الاسترداد من الموصى له لان الموصى له بمنزلة
المشتري الثاني في ثبوت ملك متجدد له بسبب اختياري ليس في حكم عين ما كان للموصي ولهذا لا يرد بالعيب فان قيل قولهم اذا اجتمع
الحقان تقدم حق العبد منقوض لما اذا كان في يد حلال صيد ثم احرم فانه يجب عليه ارساله وفيه تقديم حق الشرع اجيب بان الواجب فيه
الجمع بين الحقين لامكانه بالارسال في موضع لا يضيع ملكه لا الترجيح فانه انما يصار اليه اذا امتنع الجمع قوله ولان الاول
دليل آخر على سقوط حق استرداد البائع ووجهه ان البيع الاول مشروع باصله دون وصفه لما تقدم من معرفة ماهية الفاسد
عندنا والبيع الثاني مشروع باصله ووصفه اذ لا خلل فيه لا في ركنه ولا في عوارضه فلا يعارضه مجرد الوصف وحاصله ان الفاسد
لا يعارض الصحيح قوله ولانه حصل بتسليط من جهة البائع دليل آخر على ذلك ومعناه ان البيع الثاني حصل بتسليط البائع
الاول حيث كان القبض باذنه فاسترداده نقض ما تم من جهته وذلك باطل ونوقض باسترداده قبل وجود البيع الثاني فانه نقض ما تم
من جهته والجواب انا لا نم التمام فيه فان كلا من المتعاقدين يملك الفسخ فاين التمام فاذا باع المشتري فقد انتهى ملكه ولهذا
لا يملك الفسخ والمنهي مقدر واذا تقرر فقد تم ولم يكن ذلك الا منه ابتداء فيكون الاسترداد نقضا لما تم من جهته قوله
بخلاف تصرف المشتري جواب عما يقال لو كان تعلق حق العبد بالمشتري مانعا عن نقض التصرف لم ينقض تصرفات المشتري في الدار المشفوعة
من البيع والهبة والبناء وغيرها لتعلق حقه بها لكن للشفيع ان ينقضها وتوجيه الجواب ما قال ان كل واحد من حق المشتري
والشفيع حق العبد ويستويان في المشروعية فيجوز نقض احدهما للآخر بدليل يقتضيه وحاصله ان تعلق حق الغير انما يمنع النقض

Copyright © King Saud University

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