

بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع

ما يسقط الخيار .

و أما خيار المشتري فيسقط بما يسقط خيار البائع و بغيره أيضا فيسقط بمضي المدة بموت من له الخيار عندنا و إجازة أحد الشركين عند أبي حنيفة و الإجازة صريح و ما هو في معنى الصريح و دلالة و هو أن يتصرف المشتري في المبيع تصرف الملاك كالبيع و المساومة و الإعتاق و التدبير و الكتابة و الإجازة و الهبة و الرهن سلم أو لم يسلم لأن جواز هذه التصرفات يعتمد الملك فالإقدام عليها يكون دليل قصد التملك أو تقرر الملك على اختلاف الأصلين و ذا دليل الإجازة و كذا الوطاء منه و التفصيل بشهوة و المباشرة لشهوة و النظر إلى فرجها لشهوة يكن إجازة منه لأنه تصرف لا يحل إلا بملك اليمين .

و أما المس من غير شهوة و النظر إلى فرجها بغير شهوة فلا يكون إجازة لأن ذلك مباح في الجملة بدون الملك للطيب و القابلة .

و أما الاستخدام فالقياس أن يكون إجازة بمنزلة المس عن شهوة و النظر إلى الفرج عن شهوة و في الاستحسان لا يكون إجازة لأنه يختص بالملك و لأنه يحتاج إليه للتجربة و الامتحان لينظر أنه يوافق أم لا على ان فيه ضرورة لأن الاحتراز عن ذلك غير ممكن بأن يسأله ثوبه عند إرادة الرد فيرده أو يستسرحه دابته ليركبها فيرده فسقط اعتباره لمكان الضرورة . و لو قبلت الجارية المشتري بشهوة أو باشرته فإن كان ذلك بتمكين بأن علم ذلك منها و تركها حتى فعلت يسقط خياره .

و كذا هذا في حق خيار الرؤية إذا قبلته بعد الرؤية و كذا في خيار العيب إذا وجد بها عيبا ثم قبلته .

و كذا في الطلاق إذا فعلت ذلك كان رجعة و إن اختلست اختلاسا من غير تمكين المشتري و الزوج و هو كاره لذلك فكذلك عند أبي حنيفة .

و روي عن أبي يوسف أنه لا يكون ذلك رجعة و لا إجازة للبيع و قال محمد : لا يكون فعلها إجازة للبيع كيف ما كان و أجمعوا على أنها لو باضعت و هو نائم بأن دخلت فرجه في فرجها أنه يسقط الخيار و يكون رجعة .

وجه قول محمد : أن الخيار حق شرط له و لم يوجد منه ما يبطله نسا و لا دلالة و هو فعل يدل عليه فلا يبطل و لأبي حنيفة C أن الاحتياط يوجب سقوط الخيار إذ لو لم يسقط و من الجائز أن يفسخ البيع لتبين أن المس عن شهوة و التمكين من المس عن شهوة حصل في غير ملك و كل ذلك حرام فكان سقوط الخيار و ثبوت الرجعة بطريق الصيانة عن ارتكاب الحرام و انه

واجب و لأن المس عن شهوة يفضي إلى الوطاء و السبب المفضي إلى الشيء يقوم مقامه خصوصا في موضع الاحتياط فأقيم ذلك مقام الوطاء من المشتري و لهذا يثبت حرمة المصاهرة بالمس عن شهوة من الجانبين لكونه سببا مفضيا إلى الوطاء فأقيم مقامه كذا هذا .
و لو قبل المشتري الجارية ثم قال : قبلتها لغير شهوة فالقول قوله و كذا روي عن محمد لأن الخيار كان ثابتا له فهو بقوله كان لغير شهوة ينكر سقوطه فكان القول قوله و كذلك قال أبو حنيفة في الجارية إذ قبلت المشتري بشهوة أنه إنما يسقط الخيار و يلزمه العقد إذا أقر المشتري إنها فعلت بشهوة .

فأما إذا أنكر أن يكون ذلك بشهوة فلا يسقط لأن حكم فعلها يلزم المشتري بسقوط حقه فيتوقف على إقراره و لو حدث في المبيع في يد المشتري ما يمنع الرد على البائع بطل خياره لأن فائدة الخيار هو التمكن من الفسخ و الرد فإذا خرج عن احتمال الرد لم يكن في بقاء الخيار فائدة فلا يبقى ذلك و ذلك نحو ما إذا هلك في يده أو انتقص بأن تعيب بعيب لا يحتمل الارتفاع سواء كان ذلك فاحشا أو يسيرا و سواء كان ذلك بفعل المشتري أو بفعل البائع أو بآفة سماوية أو بفعل المبيع أو بفعل أجنبي لأن حدوث هذه المعاني في يد المشتري يمنع الرد .

أما الهلاك فظاهر و كذا النقصان لفوات شرط الرد و هو أن يكون ما قبض كما قبض لأنه إذا انتقص شيء منه فقد تعذر رد القدر الفائت فتقرر على المشتري حصته من الثمن لأن فواته حصل في ضمان المشتري فلو رد الباقي كان ذلك تفريق الصفقة على البائع قبل التمام و هذا لا يجوز .

و غذا امتنع الرد بطل الخيار لما قلنا و هذا قول أبي حنيفة و محمد و هو قول أبي يوسف أيضا إلا في خصلة واحدة و هي ما إذا انتقص بفعل البائع فإن المشتري فيهما على خياره عنده إن شاء رد عليه و إن شاء أمسكه و أخذ الأرش من البائع كذا ذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي الاختلاف .

و ذكر الكرخي C الاختلاف بين أبي حنيفة و أبي يوسف و محمد رحمهم الله و إن كان العيب مما يحتمل الارتفاع كالمرض فالمشتري على خياره إن شاء فسخ و إن شاء فسخ و إن شاء أجاز لأن كل عارض على أصل إذا ارتفع يلحق بالعدم و يجعل كأنه لم يكن هذا هو الأصل و ليس له أن يفسخ إلا أن يرتفع العيب في مدة الخيار فإن مضت المدة و العيب قائم بطل حق الفسخ و لزم البيع لتعذر الرد و إن عز و جل أعلم .

و على هذا يخرج ما إذا ازداد المبيع زيادة متصلة غير متولدة من الأصل كما إذا كان ثوبا فصبغه أو سويقا فلتته بسمن أو كان أرضا فبنى عليها أو غرس فيها أنه يبطل خياره لأن هذه الزيادة مانعة من الرد بالإجماع فكانت مسقطا للخيار و لو كانت الزيادة متصلة متولدة من

الأصل كالحسن و الجمال و السمن و البرء من المرض و انجلاء البياض من العين و نحو ذلك
فكذلك عند أبي حنيفة و أبي يوسف .

و عند محمد : لا يبطل بناء على أن هذه الزيادة تمنع الرد عندهما كما في العيب في المهر
في النكاح و عنده لا تمنع و المسألة تأتي في موضعها إن شاء الله تعالى .
و إن كانت الزيادة منفصلة متولدة من الأصل كالولد و الثمر و اللبن و نحوها أو كانت غير
متولدة من الأصل لكنها بدل الجزء الفائق كالأرث أو بدل ما هو في معنى الجزء كالعقر يبطل
خياره لأنها مانعة من الرد عندنا و إن كانت منفصلة غير متولدة من الأصل و لا هي بدل الجزء
الفائق أو ما هو في معنى الجزء كالصدقة و الكسب و الغلة لا يبطل خياره لأن هذه الزيادة
لا تمنع الرد فلا يبطل الخيار فإن اختار البيع فالزوائد له مع الأصل لأنه تبين أنها كسب
ملكه فكانت ملكه .

و إن اختار الفسخ رد الأصل مع الزوائد عند أبي حنيفة و عند أبي يوسف و محمد الزوائد
تكون له بناء على أن ملك المبيع كان موقوفا فإذا فسخ تبين أنه لم يدخل في ملكه فتبين
أن الزيادة حصلت على ملك البائع فيردها إليه مع الأصل و عندهما المبيع دخل في ملك
المشتري فكانت الزوائد حاصلة على ملكه و الفسخ يظهر في الأصل لا في الزيادة فبقيت على
حكم ملك المشتري .

و لو كان المبيع دابة فركبها فإن ركبها لحاجة نفسه كان إجازة و إن ركبها ليسقيها أو
يشترى لها علفا أو ليردها على بائعا فالقياس أن يكون إجازة لأنه يمكنه أن يفعل ذلك قودا
و في الاستحسان لا يكون إجازة و هو على خياره لأن ذلك مما لا بد منه خصوصا إذا كانت الدابة
صعبة لا تنقاد بالقود فكان ذلك من ضرورات الرد فلا يجعل إجازة .

و لو ركبها لينظر إلى سيرها لا يبطل خياره لأنه لا بد له من ذلك الاختبار بخلاف خيار العيب
أنه إذا ركبها بعدما علم بالعيب أنه يبطل خياره لأن له منه بدا و لا حاجة إلى الركوب
هناك لمعرفة سيرها فكان دليل الرضا بالعيب و لو كان المبيع ثوبا فلبسه لينظر إلى قصره
من طوله و عرضه لا يبطل خياره لأن ذلك مما يحتاج إليه للتجربة و الامتحان أنه يوافق أم
لا فلم يكن منه بد .

و لو ركب الدابة ليعرف سيرها ثم ركبها مرة أخرى ينظر إن ركبها لمعرفة سير آخر غير
الأول بأن ركبها مرة ليعرف أنها هملاج ثم ركبها ثانيا ليعرف سرعة عدوها فهو على خياره لأن
معرفة السيرين مقصودة تقع الحاجة إليها في بعض الدواب .

و إن ركبها لمعرفة السير الأول قالوا : يسقط خياره و كذا في استخدام الرقيق إذا
استخدمه في نوع ثم استخدمه في ذلك النوع قالوا : يسقط خياره و بعض مشايخنا قالوا : لا
يسقط لأن الاختبار لا يحصل بالمرة الواحدة لجواز أن الأول وقع اتفاقا فيحتاج إلى التكرار

لمعرفة العادة و في الثوب إذا لبسه مرة لمعرفة الطول و العرض ثم لبسه ثانيا يسقط خياره لأنه لا حاجة إلى تكرار اللبس في الثوب لحصول المقصود باللبس مرة واحدة .

و لو حمل على الدابة علفا فهو إجازة لأنه يمكنه حمل العلف على غيرها و لو قص حوافرها أو أخذ من عرفها شيئا فهو على خياره لأنه تصرف لا يختص بالملك إذ هو من باب إصلاح الدبة فيملكه كل واحد و يكون مأذونا فيه دلالة كما إذا علفها أو سقاها .

و لو ودجها أو بزغها فهو إجازة لأنه تصرف فيها بالتنقيص فإن كان شاة فحلبها أو شرب لبنها فهو إجازة لأنه لا يحل إلا بالملك أو الإذن من المالك و لم يوجد الإذن فكان دليلا على قصد التملك أو التقرير فيكون إجازة .

و لو كان المبيع دارا فسكنها المشتري أو أسكنها غيره بأجر أو بغير أجر أو رم شيئا منها أو جصها أو طينها أو أحدث فيها شيئا أو هدم فيها شيئا فذلك كله إجازة لأنه دليل اختيار الملك أو تقريره فكان إجازة دلالة .

و ذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي في سكنى المشتري روايتين و وفق بينهما فحمل إحداهما على ابتداء السكنى والأخرى على الدوام عليه و لو كان فيها ساكن بأجر فباعها البائع برضا المستأجر و شرط الخيار للمشتري فتركه المشتري فيها أو استأوى الغلة فهو إجازة لأن الأجرة بدل المنفعة فكان أخذها دلالة قصد تملك المنفعة أو تقرير ملك المنفعة و ذلك قصد تملك الدار أو تقرر ملكه فيها فكان إجازة .

و لو كان المبيع أرضا فيها حرث فسقاه أو حصده أو قصل منه شيئا فهو إجازة لأن السقي تصرف في الحرث بالتركية فكان دليل اختيار البيع و إيجابه و كذلك الفصل تصرف فيه بالتنقيص فكان دليل قصد التملك أو التقرر و لو شرب من نهر تلك الأرض أو سقى منه دوابه لا يكون إجازة لأن هذا تصرف لا يختص بالملك لأنه مباح و لو كان المبيع رحى فطحن فيها فإن هو طحن ليعرف مقدار طحنها فهو على خياره لأنه تحقق ما شرع له الخيار و لو دام على ذلك كان إجازة لأنه لا حاجة إلى الزيادة للاختيار فكان دليل الرضا بوجوب البيع .

و أما خيار البائع و المشتري جميعا فبسقط بما يسقط به حالة الانفراد فأيهما أجاز صريحا أو ما يجري مجرى الصريح أو فعل ما يدل على الإجازة بطل خياره و لزم البيع من جانبه و الآخر على خياره إن شاء أجاز و إن شاء فسخ و أيهما فسخ صريحا أو ما يجري مجرى الصريح أو فعل ما يدل على الفسخ انفسخ أصلا و رأسا و لا تلحقه الإجازة من صاحبه بعد ذلك و إنما اختلف حكم الفسخ و الإجازة لأن الفسخ تصرف في العقد بالإبطال و العقد بعدما بطل لا يحتمل الإجازة لأن الباطل متلاش .

و اما الإجازة فهي تصرف في العقد بالتغيير و هو الإلزام لا بالإعدام فلا يخرج عن احتمال الفسخ و الإجازة و لو أجاز أحدهما و فسخ الآخر انفسخ العقد سواء كان على التعاقب أو على

القران لأن الفسخ أقوى من الإجازة .

ألا ترى أنه يلحق الإجازة فإن المجاز يحتمل الفسخ فأما الإجازة فلا تلحق الفسخ فإن المفسوخ لا يحتمل الإجازة فكان الفسخ أقوى من الإجازة فكان أولى و لو اختلفا في الفسخ و الإجازة فقال أحدهما : فسخنا البيع و قال الآخر : لا بل أجزنا البيع جميعا فاختلافهما لا يخلو من ان يكون في مدة الخيار أو بعد مضي المدة فإن كان في المدة فالقول قول من يدعي الفسخ لأن أحدهما ينفرد بالفسخ و أحدهما لا ينفرد بالإجازة .
و لو قامت لهما بينة فالبينة بينة من يدعي الإجازة لأنه المدعي و إن كان بعد مضي المدة فقال أحدهما : مضت المدة بعد الفسخ و قال الآخر : بعد الإجازة فالقول قول من يدعي الإجازة لأن الحال حال الجواز و هو ما بعد انقضاء المدة فترجح جانبه بشهادة الحال فكان القول قوله .

و لو قامت لهما بينة فالبينة بينة مدعي الفسخ لأنها تثبت أمرا بخلاف الظاهر و البيئات شرعت له و إن الخيار لأحدهما و اختلفا في الفسخ و الإجازة في مدة الخيار فالقول قول من له الخيار سواء ادعى الفسخ أم الإجازة لأنه يملك الأمرين جميعا و البينة بينة الآخر لأنه هو المدعي و لو كان اختلافهما بعد مضي مدة الخيار فالقول قول من يدعي الإجازة أيهما كان لأن الحال حال الجواز و هي ما بعد مضي المدة و لو أرخت البيئات في هذا كله فأسبقهما تاريخا أولى سواء قامت على الفسخ أو على الإجازة و [] عز و جل أعلم .

و إن كان خيار الشرط لغير العاقدين بأن شرط أحدهما الخيار لأجنبي فقد ذكرنا أن ذلك جائز و للشارط و المشروط له خيار الفسخ و الإجازة و أيهما أجاز و أيهما فسخ انفسخ لأنه صار شارطا لنفسه مقتضى الشرط لغيره و صار المشروط له بمنزلة الوكيل للشارط في الفسخ و الإجازة فإن أجاز أحدهما و فسخ الآخر فإن كانا على التعاقب فأولهما أولى فسحا كان أو إجازة لأن الثابت بالشرط أحد الأمرين فأيهما سبق وجوده بطل الآخر و إن كانا معا ذكر في البيوع أن تصرف المالك عن ولاية الملك أولى نقضا كان أو إجازة و ذكر في المأذون أن النقص أولى من أيهما كان .

وجه رواية البيوع : أن تصرف المالك صدر عن ولاية الملك فلا يعارضه الصادر عن ولاية النيابة .

وجه رواية المأذون : أن النقص أولى من الإجازة لأن المجاز يحتمل الفسخ أما المفسوخ فلا يحتمل الإجازة فكان الرجحان في المأذون للنقص من أيهما كان و قيل ما روي في البيوع قول محمد لأنه يقدم ولاية الملك على ولاية النيابة و ما ذكر في المأذون قول أبي يوسف لأنه لا يرى تقديم ولاية الملك و أصله ما ذكر في النوادر أن الوكيل بالبيع إذا باع من إنسان و باع المالك من غيره و خرج الكلامان معا أن بيع الموكل أولى عند محمد و عند أبي يوسف

يجعل العبد بينهما نصفين و يخير كل واحد من المشتريين و ا □ عز و جل أعلم .

و أما بيان ما يفسخ به فالكلام فيه في موضعين : .

أحدهما : في بيان ما يفسخ به .

و الثاني : في بيان شرائطه فنقول و با □ التوفيق : ما يفسخ به في الأصل نوعان :

اختياري و ضروري و الاختياري نوعان أيضا صريح و ما هو في معنى الصريح و دلالة .

أما الأول : فنحو أن يقول من له الخيار فسخت البيع أو نقضته أو أبطلته و ما يجري هذا المجرى فيفسخ البيع سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري أو لهما أو لغيرهما و لا يشترط له التراضي و لا قضاء القاضي لأن الفسخ حصل بتسليط صاحبه عليه .

و أما الفسخ من طريق الدلالة فهو أن يتصرف من له الخيار تصرف الملاك إن كان الخيار

للبائع و في الثمن إن كان عينا إذا كان الخيار للمشتري لأن الخيار إذا كان للبائع

فتصرفه في المبيع تصرف الملاك دليل استبقاء ملكه فيه و إذا كان للمشتري فتصرفه في الثمن

إذا كان عينا تصرف الملاك دليل استبقاء ملكه فيه و لا يكون ذلك إلا بالفسخ فالإقدام عليه

يكون فسحا للعقد دلالة .

و الحاصل : إن وجد من البائع في المبيع ما لو وجد منه في الثمن لكان إجازة للبيع يكون

فسحا للبيع و قد ذكرنا ذلك كله و هذا النوع من الفسخ لا يقف على علم صاحبه بلا خلاف بخلاف

النوع الأول لأن الانفساخ ههنا لا يثبت بالفسخ مقصودا و إنما يثبت ضمنا لغيره فلا يشترط له

ما يشترط للفسخ مقصودا كبيع الشرب و الطريق أنه لا يجوز مقصودا و يجوز تبعا للأرض و ا □

عز و جل أعلم .

و أما الضروري : فنحو أن يهلك المبيع قبل القبض فيبطل البيع سواء كان الخيار للبائع

أو للمشتري أو لهما جميعا لأنه لو كان با تا لبطل فإذا كان فيه خيار الشرط أولى لأنه أضعف

منه و إن هلك بعد القبض فإن كان الخيار للبائع فكذلك يبطل البيع و لكن تلزمه القيمة إن

لم يكن له مثل و المثل إن كان له مثل أما بطلان البيع فلأن المبيع صار بحال لا يحتمل

إنشاء العقد عليه فلا يحتمل الإجازة فيفسخ العقد ضرورة و أما لزوم القيمة فقول عامة

العلماء و قال ابن ابي ليلى : إنه يهلك أمانة .

وجه قوله : أن الخيار منع انعقاد العقد في حق الحكم فكان المبيع على حكم ملك البائع

أمانة في يد المشتري فيهلك هلاك الأمانات .

و لنا : أن البيع و إن لم ينعقد في حق الحكم لكن المبيع في قبض المشتري على حكم

البيع فلا يكون دون المقبوض على سوم الشراء بل هو فوقه لأن هناك لم يوجد العقد لا بنفسه و

لا بحكمه و ههنا إن لم يثبت حكم العقد فقد وجد بنفسه و ذلك مضمون بالقيمة أو بالمثل

فهذا أولى

