

أصول السرخسي

أو في المبيع أو الثمن فالبيع فاسد للجهالة لأن موجب الكلمة التخيير ومن له الخيار منهما غير معلوم فإن كان معلوما جاز في الاثني والثلاثة استحسانا ولم يجر في الزيادة على ذلك لبقاء الحظر بعد تعين من له الخيار ولكن اليسير من الحظر لا يمنع جواز العقد والفاحش منه يمنع جواز العقد .

فأما في النكاح ف أبو يوسف ومحمد رحمهما \square تعالى يقولان يثبت التخيير بهذه الكلمة إذا كان مفيدا بأن يقول لامرأة تزوجتك على ألف درهم حالا أو على ألفين إلى سنة أو تزوجتك على ألف درهم أو مائة دينار ولا يثبت الخيار إذا لم يكن مفيدا بأن يقول تزوجتك على ألف درهم أو ألفين بل يجب الأقل عينا لأنه لا فائدة في التخيير بين القليل والكثير في جنس واحد وصحة النكاح لا تتوقف على تسمية البدل فوجب المال عند التسمية في معنى الابتداء بمنزلة الإقرار بالمال أو الوصية أو الخلع أو الصلح عن دم العمد على مال فإنما يثبت الأقل لكونه متيقنا به ولهذا كل ما يصلح أن يكون مسمى في الصلح عن دم العمد يصلح أن يكون مسمى في النكاح .

و أبو حنيفة B يقول يصار إلى تحكيم مهر المثل لأن التخيير الذي هو حكم هذه الكلمة يمنع كون المسمى معلوما قطعاً والموجب الأصلي في النكاح مهر المثل وإنما ينتفي ذلك الموجب عند تسمية معلومة قطعاً فإذا انعدم ذلك بحرف أو وجب المصير إلى الموجب الأصلي بخلاف الخلع والصلح فليس في ذلك العقد موجب أصلي في البدل بل هو صحيح من غير بدل يجب به فلهذا أوجبنا القدر الميقتن به وما زاد على ذلك لكونه مشكوكا فيه يبطل . وعلى هذا قال مالك C في حد قطاع الطريق إن الإمام يتخير في ظاهر قوله تعالى أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف فإن موجب الكلمة التخيير والكلام محمول على حقيقته حتى يقوم دليل المجاز .

ولكننا نقول في أول الآية تنصيص على أن المذكور جزاء على المحاربة والمحاربة أنواع كل نوع منها معلوم من تخويف أو أخذ مال أو قتل نفس أو جمع بين القتل وأخذ المال وهذه الأنواع تتفاوت في صفة الجناية والمذكور أجزية متفاوتة في معنى التشديد فوقع