@ 7 @ (والثانية) وهي اختيار ابن أبي موسى ، والقاضي في روايتيه ، والشيرازي ، وأبي محمد يبطل الخيار والحال هذه ، لما تقدم في حديث ابن عمر (أو يخير أحدهما الآخر ، فإن تبايعا على ذلك فقد وجب البيع) والأخذ بالزائد أولى ، والتبايع على ذلك يمنع انعقاد السبب مؤقتاً . (فعلى الأولى) في فساد العقد باشتراط ذلك قولان ، أظهرهما وهو ظاهر كلام الخرقي عدم الفساد . .

ومفهوم كلامه أنه متى حصل تفرقهما بطل خيارهما ، ويدخل في ذلك ما لو حصلت الفرقة بهرب ، أو من غير قصد ، أو جهلا ، أو بإكراه ، وهو كذلك ، نعم في الإكراه (وجه آخر) ، يحكى عن القاضي ، وأورده في التلخيص مذهباً : أن خيار المكره لا ينقطع ، وإذاً يكون له الخيار في المجلس الذي زال عنه الإكراه فيه دون صاحبه ، (وقول ثالث) : إن كان المكره قادراً على كلام يقطع به خياره انقطع ، وإلا فلا ، ثم إن أبا محمد في المغني خص الخلاف بما إذا أكره أحدهما ، أما إن أكرها فقال : ينقطع خيارهما ، لأن كل واحد منهما ينقطع خياره بفرقة الآخر ، فأشبه ما لو أكره صاحبه دونه ، وصرح في الكافي بالخلاف في الصورتين ، [وهو أجود] وقد قطع ابن عقيل في الفصول ببقاء خيارهما مع إكراههما ، وجعل من صور ذلك إذا رأيا سبعاً ، أو ظالماً يؤذيهما ، أو احتملهما السيل أو أحدهما ، أو حملت الريح أحدهما ، وجعل في جميع ذلك الخيار لهما في موضع زوال المانع ، ويتلخص من ذلك على ما قطع به ابن عقيل ، وأورده في المغني مذهباً ، فيما إذا أكرها أو أحدهما ثلاثة أقوال ، يبطل الخيار في الصورتين ، لا يبطل فيهما ، يبطل فيما إذا أكرها ، ولا يبطل فيما إذا أكره أحدهما ، بل يكون الخيار له دون صاحبه . .

ثم هل له الخيار مطلقاً ، أو بشرط عدم قدرته على كلام يقطع به خياره ؟ فيه قولان . .

(تنبيهان) : (أحدهما) المرجع في التفرق إلى العرف لعدم نص من الشارع ببيانه ، وقد ضبط ذلك بأنهما إن كانا في رحب واسع فبأن يمشي أحدهما مستدبراً لصاحبه خطوات ، على ما قطع به ابن عقيل ، وأورده في المغني مذهباً ، اتباعاً لفعل ابن عمر المتقدم ، وقيل وقطع به في الكافي : [بل] يبعد منه ، بحيث لا يسمع كلامه عادة ، وإن كانا في دار كبيرة فمن بيت إلى آخر ، أو إلى مجلس أو صفة ، بحيث يعدّ مفارقاً له ، وفي صغيرة يصعد أحدهما سطحها ، أو يخرج منها ، وفي سفينة صغيرة يخرج أحدهما ويمشي ، وفي كبيرة يصعد أحدهما أعلاها وينزل الآخر أسفلها ، ونحو ذلك . .

(الثاني) : قول الخرقي : ما لم يتفرقا وكذلك في الحديث قال الأزهري : سئل أحمد بن

يحيى ثعلب عن الفرق بين التفرق والافتراق ، فقال : أخبرني ابن الأعرابي عن المفضل قال : يقال : فرقت بين الكلامين مخففاً فافترقا ، وفرقت بين اثنين مشدداً فتفرقا ، فجعل الافتراق في الأقوال ، والتفرق في الأبدان وهو يؤيد ما ذهبنا إليه . .

وقوله في حديث عبد اللّه بن عمرو بن العاص (إلا أن يكون صفقة خيار) أصل