@ 29 @ بعد قبض المشتري المبيع بالتخلية فلا يفسد بالاختلاط ولكنهما يشتركان فيه لاختلاط ملك أحدهما للآخر والقول في قدر الحادث للمشتري مع يمينه لكونه في يده .

وفي التبيين وكذا الباذنجان والبطيخ فحاصله أن لهذه المسألة ثلاث صور أحدها إذا خرج الثمار كله فإنه يجوز بيعه بالاتفاق وحكمه ما مضى وثانيها أن لا يخرج شيء منه فإنه لا يجوز بيعه اتفاقا وثالثها أن يخرج بعضها دون بعض فإنه لا يجوز في ظاهر المذهب وقيل يجوز إذا كان الخارج أكثر ويجعل المعدوم تبعا للموجود استحسانا لتعامل الناس وللضرورة وكان شمس الأئمة الحلواني وأبو بكر بن الفضل يفتيان به .

وقال شمس الأئمة السرخسي والأصح أنه لا يجوز .

وفي البحر وهو ظاهر المذهب لكن في الفتح فإن الناس تعاملوا بيع ثمار الكرم بهذه الصفة ولهم في ذلك عادة ظاهرة وفي نزع الناس عن عادتهم حرج وقد رأيت في هذا رواية عن محمد وهو في بيع الورد على الأشجار فإن الورد لا يخرج جملة ولكن يتلاحق البعض البعض ثم جوز البيع في الكل بهذا الطريق وهو قول مالك والمخلص أن يشتري أصول الباذنجان والبطيخ والرطبة ليكون ما يحدث على ملكه .

وفي الزرع والحشيش يشتري الموجود ببعض الثمن ويستأجر مدة معلومة يعلم غاية الإدراك وانقضاء الغراس فيها لباقي الثمر وفي ثمار الأشجار يشتري الموجود ويحل له البائع ما يوجد فإن خاف أن يرجع يفعل كما قال أبو الليث في الإذن في ترك الثمر على الشجر على أنه متى رجع عن الإذن كان مأذونا في الترك بإذن جديد فيحل له على مثل هذا الشرط انتهى .

ولو باع ثمرة على شجرة واستثنى منها أي من الثمرة المبيعة المجذوذة أو غيرها أرطالا معلومة صح أي البيع والاستثناء في ظاهر