@ 47 @ اشتراط منفعة البائع في المبيع مطلقاً ، وأبو البركات وصاحب التلخيص ذكرا ذلك رواية ، فيحتمل أن مستندهما ذلك ، ويحتمل أنهما اطلعا على نص ، وتردد أبو محمد في التخريج ، والأرجح عنده عدمه ، وقصر كلام الخرقي على هذه المسألة وشبهها مما يفضي إلى التنازع ، فإن البائع يريد القطع من أسفل ، ليبقى له بقية ، والمشتري يريد الاستقصاء ليزيد له ما يأخذه ، وإنما ترجح ذلك عنده لما تقدم من إفضاء ذلك إلى التنازع ، وليوافق المذهب [في صحة اشتراط منفعة البائع في المبيع ، إذ القاضي قد قال : إنه لم يجد بما قال الخرقي رواية في المذهب] لأن الخرقي قال بعد : والبيع لا يبطله شرط واحد . .

وجميع ذلك معترض ، أما الإفضاء إلى التنازع فممنوع ، إذ القطع على ما جرت به العادة ، كما لو لم يشترطه عليه ، وأما موافقة المذهب فإن المذهب أياً عند الأكثرين صحة هذا الشرط ، والقاضي إنما كلامه فيه ، وأما قول الخرقي فلا بد من تخصيصه بهذا الشرط ، أو بشرط منفعة البائع في المبيع . .

وبالجملة يتلخص في صحة اشتراط منفعة البائع في المبيع ثلاثة أقوال ، (الصحة) مطلقاً ، وهو المختار للأكثرين ، والمنصوص عن الإمام . .

1896 محتجاً بأن محمد بن مسلمة رضي اللّه عنه اشترى من نبطي جزرة حطب ، وشارطه على حملها ، (والمنع) مطلقاً ، (والمنع) في جز الرطبة وما في معناها ، والصحة فيما عدا ذلك ، ثم محل الخلاف إذا كانت المنفعة معلومة ، أما إن جهلت لهما أو لأحدهما فإنه لا يصح اشتراطها بلا نزاع نعلمه ، واللّه أعلم . .

قال : وإذا باع حائطاً واستثنى منه صاعاً لم يجز ، فإن استثنى نخلة أو شجرة بعينها جاز . .

ش : لا نزاع فيما نعلمه في جواز الثنيا كانت معلومة ، ولم تعد على المستثني بجهالة ، كما إذا باع حائطاً واستثنى منه نخلة بعينها أو نخلات كذلك ، ونحو ذلك . .

1897 لما روى جابر رضي اللّه عنه أن رسول اللّه نهى عن المحاقلة والمزابنة ، والثنيا إلا أن تعلم ، رواه النسائي ، والترمذي وصححه ، وهذه الثنيا معلومة ، فصحت بمقتضى الحديث ، ولأن مثال ذلك إذا كان في الحائط مائة نخلة مثلاً ، واستثنى نخلة منه فقال : بعتك تسعاً وتسعين . .

ولا إشكال أيضاً في منع الثنيا إذا كانت مجهولة ، كما لو قال والحال ما تقدم : إلا نخلة ، أو إلا جزءاً من الثمرة ، ونحو ذلك ، للحديث أيضاً ، ولأن جهالة المستثني تفضي

إلى جهالة المستثنى منه ، ومن شرط المبيع كونه معلوماً .