ويثبت في الصرف والسلم .

وهو المذهب قال في الفروع : يثبت على الأصح قال الناظم هذا الأولى وصححه المصنف والشارح وجزم به في الوجيز وتذكرة ابن عبدوس وقدمه في الكافي و الزركشي وغيرهما .

وعنه لا يثبت فيهما وجزم به في ناظم نهاية ابن رزين وطلقهما في الهداية و الفصول و المذهب و مسبوك الذهب و المستوعب والخلاصة و التلخيص و البلغة و المحرر و الرعايتين و الحاويين و و الفائق و تجرد العناية و وغيرهم .

وخصص القاضي الخلاف في كتاب الروايتين في الصرف وتردد في السلم : هل يلحق بالصرف أو ببقية البياعات ؟ على احتمالين .

فائدة قال المصنف والشارح وغيرهما : ويثبت في الصرف والسلم وما يشترط فيه القبض في المجلس كبيع مال الربا بجنسه على الصحيح .

وقال : في الفروع : وعلى الأصح وما يشترط فيه قبض كصرف وسلم .

وقل في الرعاية الكبرى : وفي الصرف والسلم .

وقيل : وبقية الربوي بجنسه روايتان ز .

قوله ولا يثبت في سائر العقود إلا في المساقاة .

وكذا المزارعة والحوالة والسبق في أحد الوجهين وأطلقهما في الهداية و المذهب و مسبوك الذهب و المستوعب و الخلاصة و والتلخيص و البلغة و المحرر و النظم و الرعايتين و الحاوي الصغير و الفائق .

وأطلقهما في الحوالة في الحاوي الكبير .

أحدهما : لايثبت فيهن وهو المذهب جزم به في الوجيز وصححه في التصحيح وقدمه في الفروع و الشرح وقدمه الزركشي في غير الحوالة وقدمه في الحاوي الكبير في المساقاة والمزارعة .

والوجه الثاني : يثبت فيهن الخيار .

قال الزركشي : يثبت في الحوالة إن قيل هي بيع لا إن قيل هي إسقاط أو عقد مستقل انتهى .

وعلى هذا : لا يثبت الخيار إلا للمحيل لا غير .

تنبيها ت .

الأول : الخلاف هنا في المساقاة والمزارعة مني على الخلاف في كونهما لازمين أو جائزين على الصحيح من المذهب جزم به في المغني و الشرح و ابن حمدان وغيرهم .

فإن قلنا : هما لازمان دخلهما الخيار .

وقيل : الخلاف هنا على القول بلزومها وجزم به في الحاوي الكبير .

وكذا حكم السبق والرمي وجزم به في الحاوي الكبير .

فعلى القول بأنهما جعالة - وهو المذهب - فلا خيار فيهما وعلى القول بلزومهما يدخلهما الخيار .

وقيل : الخلاف على القول بلزومهما وجزم به في الحاوي الكبير .

الثاني : شمل قوله ولا يثبت في سائر العقود - غير ما استثناه - : مسائل .

منها : الهبة وهي تارة تكون بعوض وتارة تكون بغير عوض فإن كانت بعوض ففي ثبوت الخيار فيهما روايتان مبنيتان على أنها : هل تصير بيعا أو يغلب فيها حكم الهبة على ما يأتي في أول باب الهبة ؟ قاله المصنف والشارح وغيرهما وجزم في التلخيص و الخلاصة و البلغة : بأن الخيار يثبت فيهما .

قال في الهداية و المذهب و المستوعب وغيرهم : فإن شرط فيهما عوضا فهي كالبيع .

فقد يقال ظاهر كلام المصنف هنا : أن الخيار لا يثبت فيهما .

ويحتمل أن يقال : لم تدخل هذه المسألة في كلام المصنف لأنها نوع من المبيع على الصحيح وهو أولى .

وقال القاضي : الموهب له يثبت له الخيار على التأييد بخلاف الواهب .

قال الشيخ تقي الدين C : وفيه نظر .

وقال ابن عقيل : الواهب بالخيار أن شاء أقبض وإن شاء منع فإذا أقبض فلا خيار له وكذا قال غيره .

وإن كانت بغير عوض : فهي كالوصية لا يثبت فيها خيار استغناء بجوازها جزم به المصنف والشارح و ابن حمدان وصاحب الحاوي وغيرهم .

ومهنا : القسمة وظاهر كلامه هنا : أنه ل يثبت فيها وهو أحد الوجهين .

قال الأزجي في نهايته : القسمة إفراز حق على الصحيح فلا يدخلها خيار المجلس وإن كان فيها رد احتمل أن يدخلها خيار المجلس انتهى .

والوجه الثاني : يدخلها خيار المجلس وهو الصحيح من المذهب .

قال في الفروع : وفي الأصح وفي قسمة .

وقطع القاضي في التعليق و ابن الزاغوني بثبوت الخيار فيهما مطلقا وقطع به في الرعاية إن قلنا : هي بيع وكذا الزركشي .

قال القاضي في المجرد : ولا يدخلها خيار حيث قلنا : هي إفراز .

قال في الحاوي الكبير : إن كان فيها رد فهي كالبيع يدخلها الخياران معا وإن لم يكن فيهما رد وعدلت السهام ووقعت القرعة : نظر فإن كان القاسم الحاكم فلا خيار لأنه حكم وإن

كان أحد الشريكين : لم يدخلها خيار لأنها إفراز حق وليست ببيع انتهى وقاله ابن عقيل أيضا .

ومنها : الإقالة فلايثبت فيها خيار المجلس على الصحيح من المذهب لأنها فسخ وإن قلنا هي بيع : ثبت .

وقال في التلخيص : ويحتمل عندي أن لايثبت ويأتي ذلك في الإقالة .

ومنها : الأخذ بالشفعة فلاخيار فيها على الصحيح من المذهب كما هو ظاهر كلام المصنف هنا وقدمه في المغني و الشرح و الفروع وغيرهم واختاره المصنف و القاضي و ابن عقيل وصاحب التلخيص وغيرهم ذكره الحارثي في الشفعة .

وقيل فيها الخيار وهو اختمال في المغني و الشرح وغيرهما وأطلقهما في الرعايتين و الحاويين و القواعد .

ومنها سائر العقود اللازمة - غير ما تقم - كالنكاح واالوقف والخلع والإبراء والعتق على مال والرهن والضمان والإقالة لراهن وضامن وكفيل قاله في الرعاية فلا يثبت في شيء من ذلك خيار المجلس .

وذكر في الحاوي الكبير - فيما إذا قالت : طلقني بألف فقال : طلقتك بها طلقة - احتمالين أحدهما : عدم الخيار مطلقا والثاني : يثبت له الخيار في الامتناع من قبض الألف ليكون الطلاق رعيا .

ومها : جميع العقود الجائزة كالجعالة والشركة والوكالة والضاربة والعارية والوديعة والوصية قبل الموت ونحو ذلك فلا يثبت فيها خيار المجلس .

التنبيه الثالث : مراده بقوله مل لم يتفرقا بأبدانهما .

التفرق العرفي قاله الأصحاب وقد ضبط ذلك بعرف كل مكان بحسبه فلو كان في فضاء واسع أو مسجد كبير أو سوق فقيل : يحصل التفرق بأن يمشي أحدهما مستدبرا صاحبه خطوات جزم به ابن عقيل وقدمه المصنف والشارح وجزم به في المستوعب وشرح ابن رزين و الحاويين .

وقيل : بل يبعد عنه بحث لايسمع كلامه عادة جزم به في الكافي و النظم .

وإن كانا في سفينة كبيرة : صعد أحدهما على أعلاها ونزل الآخر على أسفلها وإن كانت صغيرة : خرج أحدهما منها ومشى .

وإن كانا في دار كبيرة : فتحصل المفارقة بخروجه من بيت إلى بيت أو إلى مجلس أو صفة ونحو ذلك بحيث عقد مفارقا وإن كانت صغيرة فإن صعد أحدهما السطح أو خرج منها قفد فارقه .

ولو أقاما في مجلس وبنى بينهما حاجز من حائط أو غيره : لم يعد تفرقا جزم به في المستوعب و المغني و الشرح وصاحب الحاوي وغيرهم .

النبيه الرابع : ظاهر كلام المصنف : أن الفرقة تحصل بالإكراه وفيه طريقان .
أحدهما : طريقة الأكثر - منهم المصنف في الكافي - قال الزركشي : وهو أجود وهي أن الخلاف جار في جميع مسائل الإكراه فقيل : يحصل بالعرف مطلقا وهو ظاهر كلام المصنف وجماعة وقدمه الزركشي .
وقيل : لايحصل به مطلقا اختاره القاضي وجزم به في الفصول و المستوعب و الحاويين وصححه في الرعاة الكبرى وقدمه في التلخيص .
فعليه يبقى الخيار في مجلس زال عنهما الإكراه فيه حتى يفارقاه وأطلقهما في الفائق .
الوجه الثالث : إن أمكنه ولم يتكلم بطل خياره وإلا فلا وهو احتمال في التلخيص .
الطريق الثاني : إن حصل الإكراه لهما جميعا : انقطع خيارهما قولا واحدا وإن حصل لأحدهما : فالخلاف فيه وهي طريقة المصنف في المغني والشارح و ابن رزين في شرحه وذكره في الأولى احتمالا .
وقال في الفروع : ولكل من البائعين الخيار ما لم يتفرقا بأبدانهما عرفا ولو كرها وفي بقاء خيار المكره وجهان انتهى .
فائدة : ذكره ابن عقيل من صور الإكراه : ولو رأيا سبعا أو ظالما خافاه فهربا منه أو حملهما سيل أو ريح وفرقت بينهما وقدمه في الرعاية الكبرى : أن الخيار لايبطل في هذه الصورة وجزم بما قال ابن عقيل و ابن رزين في شرحه ونص عليه .
فوائد .
الأولى : لو مات أحدهما في خيار المجلس انقطع الخيار نص عليه جزم به في التلخيص و الفروع و النظم و الفائق وغيرهم .
وقيل : لايبطل ويحتمله كلام الخرقي وأطلقهما الزركشي .
وقال في الرعاية : بطل الخيار إن قلنا : لايورث وإن قلنا يورث : لم يبطل انتهى .
ويأتي : هل يورث خيار المجلس أم لا ؟ عند إرث خيار الشرط .
وأما خيار صاحبه : ففي بطلانه وجهان وأطلقهما في الفروع و الرعاية الكبرى في موضعين .
أحدهما : لايبطل .
قلت : وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب .
قال في الرعاية الكبرى : لايبطل إن قلنا يورث وإلا بطل .
والوجه الثاني : يبطل .
الثانية : لو جن قبل المفارقة والاختيار فهو على خياره إذا أفاق علىالصحيح من المذهب وجزم به في المستوعب و التلخيص و الحاويين وغيرهم وقدمه في الفروع و الرعاية .
وقيل : وليه أنضا يليه في حال جنونه قاله في الرعاية .

وقال الشارح : إن جن أوإغمي عليه قالم أبوه أو وصيه أو الحاكم مقامه .

وقيل : من أغمي عليه قامل الحاكم مقامه .

الثالثة : لو خرس أحدهما قامت إشارته مقام نطقه فإن لم تفهم إشارته قام وليه مقامه .

الرابعة : خيار الشرط كخيار المجلس فيما إذا جن أو أغمي عليه أو خرس .

الخامسة : لو ألحق بالعقد خيارا - بعد لزومه - لم يلحق على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب .

وقال في الفائق : ويتخرج لحوقه من الزيادة وبعده وهو المختار انتهى .

وهو رواية في الرعاية وغيرهما .

ويأتي ذلك في كلام المصنف بعد المواضعة ويأتي نظيرها في الرهن والصداق .

السادسة : تحرم الفرقة خشية الاستقالة علىالصحيح من المذهب .

قال في الفروع : وتحرم على الأصح قال في الفائق : لاتحل في اصح الروايتين .

قال في الرعية الكبرى : وإن مشى أحدهما أو فر ليلزم العقد فبل استقالة الآخر وفسخه ورضاه - حرم وبطل خيار الآخر في الأشهر فيهما واختاره أبو بكر والمصنف وجزم به في مسبوك الذهب .

وعنه : لايحرم قدمه في المستوعب و الحاويين وأطلقهما في المذهب و القواعد