@ 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