@ 58 @ أتلفه بوجه آخر وجه الاستحسان أن اشتراط الإعتاق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما بينا ولكن من حيث حكمه يلائمه ; لأنه منه لملكه والشيء بانتهائه يتقرر فلوجود صورة الشرط قلنا يفسد فإذا تحقق العتق حكمنا بجوازه لتحقق الملاءمة وهو الإنهاء فكان الحال قبله موقوفا بخلاف الاستيلاد والتدبير حيث لا يعود صحيحا بهما ; لأنهما ليسا بمنهيين للملك , وكذا إذا أتلفه بوجه آخر , ولو باع جارية بشرط أن يطأها المشتري أو بشرط أن لا يطأها فسد البيع عند أبي حنيفة ; لأن العقد لا يقتضيهما ; لأن قضيته إطلاق الانتفاع لا الحجر منه ولا الإلزام , وقال أبو يوسف صح في الأول ; لأن العقد يقتضيه وفسد في الثاني ; لأنه لا يقتضيه وعند محمد صح فيهما ; لأن الثاني إن لم يقتضه العقد فلا يرجع نفعه إلى أحد فكان هذا شرطا لا مطالب له فلا يؤدي إلى النزاع فلا يفسد . قال ( أو إلا حملها ) أي لا يجوز بيع أمة إلا حملها ; لأن ما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثناؤه منه والحمل لا يجوز إفراده بالبيع فكذا استثناؤه ; لأنه بمنزلة الأطراف فكان شرطا فاسدا وفيه منفعة للبائع فيفسد البيع ثم استثناء الحمل في العقود على ثلاث مراتب في وجه يفسد العقد والاستثناء كالبيع والإجارة والكتابة والرهن ; لأن هذه العقود تبطلها الشروط الفاسدة غير أن المفسد في الكتابة ما يتمكن في صلب العقد من الشروط أي ما يقوم به العقد حتى لو كاتب بشرط أن لا يخرج من البلد لا يفسد وله أن يخرج ; لأن الكتابة تشبه البيع من حيث إن العبد مال في حق المولى وتشبه النكاح من حيث إنه ليس بمال في حق نفسه فعلمنا بالشبهين في الحالين وفي وجه العقد جائز والاستثناء باطل كالهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فلا يبطل العقد ويبطل الاستثناء ويكون الحمل تابعا للأم في هذه العقود ويصير هو حيث صارت هي وفي وجه يجوز العقد والاستثناء وهو الوصية حتى لو أوصى بجارية لإنسان إلا حملها صح , وكذا لو أوصى بحملها لآخر صح ; لأن الوصية أخت الميراث والميراث يجري فيه فكذا الوصية بخلاف الخدمة وفي العتق يتبعها الحمل ولو أعتق الحمل وحده لصح . قال ( أو يستخدم البائع شهرا أو دارا على أن يسكن أو يقرض المشتري درهما أو يهدي له أو يسلمه إلى كذا