@ 62 @ وقوله ملك المبيع بقيمته يعني قيمته يوم القبض ; لأنه به دخل في ضمانه وعند محمد تعتبر قيمته يوم أتلفه ; لأنه به يتقرر عليه إذا كان المبيع من ذوات القيم وإن كان من ذوات الأمثال ملكه بمثله إذ هو الأعدل لكونه مثلا له صورة ومعنى فلا يعدل عنه مع إمكانه كما في الغصب وهذا على قول مشايخ بلخ , وقال مشايخ العراق لا يملك العين , وإنما يملك فيها التصرف خاصة بحكم تسليط البائع عليه استدلالا بما قال محمد رحمه ا , وإنما جاز بيعه ; لأن البائع سلطه على ذلك , وقال أيضا من اشترى دارا شراء فاسدا فلا شفعة للشفيع فيها , ولو ملكها المشتري لأخذها الشفيع . وكذا لو اشترى جارية لا يحل له وطؤها ولو وطئها يجب عليه العقر إذا رفع الفساد وردها إلى البائع ولو ملكها لحل ولم يجب العقر لمصادفته ملكه كالأمة الموهوبة يحل له وطؤها ولا يجب عليه العقر إذا رجع الواهب فيها , وكذا لو ربح المشتري فيها لا يطيب له الربح ولو ملكها لطاب , وكذا لا يحل له أكل طعام اشتراه شراء فاسدا ولو ملكه لحل , وجه القول الأول وهو الأصح أن الأب أو وصيه لو باع عبدا للصغير بيعا فاسدا فأعتقه المشتري نفذ عتقه وكان الولاء له ولو لم يملكه لما نفذ ; لأن الأب والوصي لا يملكان الإعتاق ولا التسليط عليه , وكذا لو اشترى دارا شراء فاسدا فبيعت بجنبها دار أخذها المشتري بالشفعة ولو لم يملكها لما استحق الشفعة , وكذا لو اشترى جارية وردها على البائع يجب عليه الاستبراء ولو لم يخرج عن ملكه لما وجب , وإنما لم تحل له التصرفات من الوطء والأكل ولم تجب الشفعة فيها ; لأن الاشتغال بالوطء ونحوه إعراض عن الرد وهو واجب شرعا وفي قضاء القاضي بالشفعة تأكيد الفساد وتقريره وما ذكره محمد رحمه ا من التسليط لا يدل على أنه لا يملكه إذ المشتري يتصرف في المبيع بتسليط البائع بسبب تمليكه إياه , وقال الشافعي رحمه ا لا يملك بالفاسد العين ولا التصرف وإن قبضه ; لأنه محظور لكونه منهيا عنه والنهي يقتضي التحريم . والملك نعمة لكونه ذريعة إلى قضاء المآرب ووسيلة إلى تحصيل المطالب فلا يناط به إذ لا يلائمه والملاءمة شرط بين الأثر والمؤثر ولأن النهي نسخ للمشروعية للتضاد بين كونه مشروعا وبين كونه منهيا عنه ; لأن النهي يقتضي قبحه والمشروعية تقتضي حسنه وبينهما تناف فكان باطلا , ألا ترى أنه لا يقيده قبل القبض وبه تزداد