- إذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرما فالبيع فاسد كالبيع بالميتة أو بالدم أو بالخمر أو بالخنزير وكذلك إذا كان غير مملوك كالحر وبيع أم الولد والمدبر والمكاتب فاسد ولا يجوز بيع السمك في الماء ولا بيع الطير في الهوء ولا يجوز بيع الحمل ولا النتاج ولا بيع اللبن في الضرع والصوف على ظهر الغنم وذراع من ثوب وجذع في سقف وضربة القانص وبيع المزابنة - وهو بيع الثمر على رؤوس النخل بخرصه تمرا - ولا يجوز البيع بإلقاء الحجر والملامسة ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين ومن باع عبدا على أن يعتقه المشتري أو يدبره أو يكاتبه أو باع أمة على أن يستولدها فالبيع فاسد وكذلك لو باع عبدا على أن يستخدمه البائع شهرا أو دارا على أن يسكنها أو على أن يقرضه المشتري درهما أو على أن يهدي له هدية ومن باع عينا على أن لا يسلمها إلى رأس الشهر فالبيع فاسد ومن باع جارية إلا حملها فسد البيع ومن اشترى ثوبا على أن يقطعه البائع ويخيطه قميصا أو قباء أو نعلا على أن يحذوها أو يشركها فالبيع فاسد .

والبيع إلى النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود - إذا لم يعرف المتبايعان ذلك - فاسد ولا يجوز البيع إلى الحصاد والدياس والقطاف وقدوم الحاج فإن تراضيا بإسقاط الأجل قبل أن يأخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جاز البيع .

وإذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع وفي العقد عوضان كل واحد منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته ولكل واحد من المتعاقدين فسخه فإن باعه المشتري نفذ بيعه ومن جمع بين حر وعبد أو شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما ومن جمع بين عبد ومدبر أو عبده وعبد غيره صح العقد في العبد بحصته من الثمن .

ونهى رسول ا A عن النجش وعن السوم على سوم غيره وعن تلقي الجلب وعن بيع الحاضر للبادي وعن البيع عند أذان الجمعة وكل ذلك يكره ولا يفسد به العقد .

ومن ملك مملوكين صغيرين أحدهما ذو رحم محرم من الآخر لم يفرق بينهما وكذلك إن كان أحدهما . كبيرا والآخر صغيرا فإن فرق بينهما كره له ذلك وجاز البيع وإن كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما .

. _____

باب البيع الفاسد .

المراد بالفاسد الممنوع مجازا عرفيا فيعم الباطل والمكروه وقد يذكر فيه بعض الصحيح تبعا در .

ثم هذا الباب يشتمل على ثلاثة أنواع : باطل وفاسد ومكروه فالباطل : ما لا يكون مشروعا ووصفه والفاسد : ما يكون مشروعا بأصله دون وصفه والمكروه : مشروع بأصله ووصفه لكن جاوره شيء آخر منهي عنه . وقد يطلق المصنف الفاسد على الباطل لأنه أعم إذ كل باطل فاسد ولا عكس ومنه قوله : (إذا كان أحد العوضين) : أي المبيع أو الثمن (أو كلاهما محرما) الانتفاع به (فالبيع فاسد) : أي باطل وذلك (كالبيع بالميتة أو بالدم أو بالخمر أو بالخنزير) قال في الهداية : هذه فصول جمعها أي في حكم واحد - وهو الفساد - وفيها تفصيل نبينه إن شاء ا فنقول : البيع بالميتة والدم باطل لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فإن هذه الأشياء لا تعد مالا عند أحد والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فإنه مال عند البعض اه . (وكذلك إذا كان) أحد العوضين أو كلاهما (غير مملوك) لأحد (كالحر) فالبيع باطل (وبيع أم الولد والمدبر) المطلق (والمكاتب فاسد) : أي باطل لأن استحقاق الحرية بالعتق ثابت لكل منهم بجهة لازمة على المولى . فتح قال في الهداية : ولو رضي المكاتب بالبيع ففيه روايتان والأظهر الجواز اه . أي إذا بيع برضاه لتضمن رضاه فسخ الكتابة قبل العقد بخلاف إجازته بعد العقد جوهرة .

(ولا يجوز) : أي لا يصح (بيع السمك في الماء) قبل صيده لأنه بيع ما ليس عنده أو بعد صيده ثم ألقى فيه ولا يؤخذ منه إلا بحيلة للعجز عن التسليم وإن أخذ بدونها صح وله الخيار لتفاوتها في الماء وخارجه (ولا بيع الطير في الهواء) قبل صيده أو بعده ولا يرجع بعد إرساله لما تقدم وإن كان يطير ويرجع صح وقيل : لا (ولا يجوز بيع الحمل) : أي الجنين في بطن المرأة (ولا النتاج) : أي نتاج الحمل وهو حبل الحبلة وجزم في البحر ببطلانه لعدم تحقق وجوده (ولا بيع اللبن في الضرع) وهو لذات الظلف والخف كالثدي للمرأة للغرر فعساه انتفاخ ولأنه ينازع في كيفية الحلب وربما يزداد فيختلط المبيع بغيره (و) لا (الصوف على ظهر الغنم) لأن موضع القطع منه غير متعين فيقع التنازع في موضع القطع ولو سلم البائع اللبن أو الصوف بعد العقد لا يجوز ولا ينقلب صحيحا جوهرة (و) لا بيع (ذراع من ثوب) يضره التبعيض (وجذع) معين (في سقف) لأنه لا يمكن تسليمه إلا بضرر فلو قطع الذراع من الثوب أو قلع الجذع من السقف وسلم قبل فسخ المشتري عاد صحيحا ولو لم يضره القطع كذراع من ثوب كرباس أو دراهم معينة من نقرة فضة جاز لانتفاء المانع لأنه لا ضرر في تبعيضه وقيدنا الجذع بالمعين لأن غير المعين لا ينقلب صحيحا وإن قلعه وسلمه للجهالة (و) لا (ضربة القانص) وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبك لأنه مجهول (و) لا (بيع المزابنة وهو بيع الثمر) بالمثلثة - لأن ما على رءوس النخل لا يسمى تمرا بل رطبا ولا يسمى تمرا إلا المجذوذ بعد الجفاف (على رؤوس النخل بخرصه) : أي مقداره حزرا وتخمينا (

تمرا) لنهيه A عن المزابنة والمحاقلة فالمزابنة ما ذكرناه والمحاقلة : بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصا ولأنه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص كما إذا كانا موضوعين على الأرض وكذا العنب بالزبيب على هذا هداية . (ولا يجوز البيع بإلقاء الحجر) من المشتري على السلعة المسامة (1) (والملامسة) لها منه أيضا والمنابذة لها من البائع : أي طرحها للمشتري وهذه بيوع كانت في الجاهلية وهو أن يتراوض الرجلان على سلعة : أي يتساومان فإذا لمسها المشتري أو نبذها إليه البائع أو وضع عليه المشتري حصاة لزم البيع فالأول بيع الملامسة والثاني المنابذة والثالث إلقاء الحجر وقد نهى النبي A عن بيع الملامسة والمنابذة ولأن فيه تعليقا بالخطر هداية : أي لأنه بمنزلة ما إذا قال : أي ثوب لمسته أو ألقيت عليه حجرا أو نبذته لك فقد بعته فأشبه القمار (ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين) لجهالة المبيع ولو قال " على أنني بالخيار في أن يأخذ أيهما شاء " جاز البيع استحسانا هداية .

(ومن باع عبدا على أن يعتقه المشتري أو يدبره أو يكاتبه) أو لا يخرجه عن ملكه (أو باع أمة على أن يستولدها فالبيع فاسد) لأن هذا بيع وشرط وقد نهى النبي A عن بيع وشرط ثم جملة المذهب فيه أن يقال : كل شرط يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري لا يفسد العقد لثبوته بدون الشرط وكل شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين أو للمعقود عليه وهو من أهل الاستحقاق يفسده كشرط أن لا يبيع المشتري العبد المبيع لأن فيه زيادة عارية عن العوض فيؤدي إلى الربا أو لأنه يقع بسببه المنازعة فيعرى العقد عن مقصوده ولو كان لا يقتضيه العقد ولا منفعة فيه لأحد لا يفسده هو الظاهر من المذهب كشرط أن لا يبيع المشتري الدابة المبيعة لأنه انعدمت المطالبة فى يؤدي إلى الربا ولا إلى المنازعة هداية (وكذلك) : أي البيع فاسد (لو باع عبدا على أن يستخدمه البائع شهرا) مثلا (أو دارا على أن يسكنها) كذلك (أو على أن يقرضه المشتري درهما أو على أن يهدي له هدية) لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين (ومن باع عينا على أن لا يسلمها إلى رأس الشهر فالبيع فاسد) لما فيه من شرط نفي التسليم المستحق بالعقد (ومن باع جارية إلا حملها فسد البيع) والأصل : أن ما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد والحمل من هذا القبيل وهذا لأنه بمنزلة أطراف الحيوان لاتصاله به خلقة وبيع الأصل يتناولها فالاستثناء يكون على خلاف الموجب فلم يصح فيصير شرطا فاسدا والبيع يبطل به هداية (ومن اشترى ثوبا على أن يقطعه البائع ويخيطه قميصا أو قباء) بفتح القاف - فالبيع فاسد لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ولأنه يصير صفقة في صفقة هداية (أو نعلا) أي صرما تسمية له باسم ما يؤل إليه (على أن يحذوها أو يشركها فالبيع فاسد) أي يضع عليها الشراك - وهو السير - قال في الهداية : وما ذكره جواب القياس ووجهه ما بينا (2) وفي

الاستحسان يجوز : للتعامل فيه فصار كصبغ الثوب وللتعامل جوزنا الاستصناع اه .

(والبيع إلى النيروز) وهو أول يوم من الربيع (والمهرجان) أول يوم من الخريف (وصوم النصارى وفطر اليهود إذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسد) لجهالة الأجل وهي مفضية إلى المنازعة لابتنائه على المماسكة إلا إذا كانا يعرفانه لكونه معلوما عندهما أو كان التأجيل إلى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم لأن مدة صومهم بالأيام معلومة فلا جهالة هداية (ولا يجوز البيع إلى الحصاد والدياس والقطاف وقدوم الحاج) لأنها تتقدم وتتأخر (فإن تراضيا) بعده ولو بعد الافتراق خلافا لما في التنوير (بإسقاط الأجل قبل) حلواه وهو (أن يأخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج) وقبل فسخ العقد (جاز البيع) وانقلب صحيحا خلافا لزفر ولو مضت المدة قبل إبطال الأجل تأكد الفساد ولا ينقلب جائزا إجماعا كما في الحقائق ولو باع مطلقا ثم أجل إليها صح التأجيل كما لو كفل إلى هذه الأوقات كما في التنوير وقوله " تراضيا " خرج وفاقا لأن من له الأجل يستبد بإسقاطه لأنه خالص حقه هداية .

(وإذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد) خرج الباطل (بأمر البائع) صريحا أو دلالة بأن قبضه في مجلس العقد بحضرته (وفي العقد عوضان كل واحد منهما مال ملك المبيع) بقيمته إن كان قيميا (ولزمته قيمته) يوم قبضه عندهما لدخوله في ضمانه يومئذ وقال محمد : يوم الاستهلاك كما في مختلف الرواية لأبي الليث وبمثله إن مثليا وهذا حيث كان هالكا أو تعذر رده وإلا فالواجب رد عينه .

(ولكل واحد من المتعاقدين فسخه) قبل القبض وبعده ما دام بحاله جوهرة ولا يشترط فيه قضاء قاض (فإن باعه المشتري نفذ بيعه) وامتنع الفسخ لتعلق حق الغير به .

(ومن جمع بين حر وعبد أو شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما) قال في الينابيع : هذا على وجهين : إن كان قد سمى لهما ثمنا واحدا فالبيع باطل بالإجماع وإن سمى لكل واحد منهما ثمنا على حدة فكذلك عند أبي حنيفة وقالا : جاز البيع في العبد والذكية وبطل في الحر والميتة قال في التصحيح : وعلى قوله اعتمد المحبوبي والنسفي والموصلي (وإن جمع بين عبد ومدبر) أو مكاتب أو أم ولد (أو) جمع بين (عبده وعبد غيره صح العقد في العبد بحصته من الثمن) لأن المدبر محل للبيع عند البعض فيدخل في العقد ثم يخرج فيكون البيع بالحصة في البقاء دون الابتداء وفائدة ذلك تصحيح كلام العاقل مع رعاية حق المدبر ابن كمال .

(ونهى رسول ا A عن النجش) وهو : أن يزيد في الثمن ولا يريد به الشراء ليرغب غيره (وعن السوم على سوم غيره) وعن الخطبة على خطبة غيره لما في ذلك من الإيحاش والإضرار وهذا إذا تراضى المتعاقدان على مبلغ المساومة فإذا لم يركن أحدهما إلى الآخر - وهو بيع من

يزيد - فلا بأس به على ما نذكره وما ذكرناه هو محمل النهي في النكاح هداية (وعن تلقي الجلب) : أي المجلوب أو الجالب وهذا إذا كان يضر بأهل البلد فإن كان لا يضر فلا بأس به إلا إذا لبس السعر على الواردين لما فيه من الغرر والضرر (وبيع الحاضر) وهو المقيم في المصر والقرى (للبادي) وهو المقيم في البادية لأن فيه إضرارا بأهل البلد وفي الهداية تبعا لشرح الطحاوي : وصورته أن يكون أهل البلد في قحط وهو يبيع من أهل البدو طمعا في الثمن الغالي اه . وعلى هذا اللام بمعنى " من " أي : من البادي وقال الحلواني : صورته أن يجيء البادي بالطعام إلى المصر فلا يتركه السمسار الحاضر يبيعه بنفسه بل يتوكل عنه ويبيعه ويغلي على الناس ولو تركه لرخص على الناس وعلى هذا قال في المجتبى : هذا التفسير أصح كذا في الفيض (وعن البيع عند أذان الجمعة) الأول وقد خص منه من لا جمعة عليه فتح (3) (وكل ذلك) المذكور من قوله " ونهى رسول ا A " إلى هنا (يكره) تحريما لصريح النهي (ولا يفسد به العقد) فيجب الثمن لا القيمة ويثبت الملك قبل القبض لأن النهي ورد لمعنى خارج عن صلب العقد مجاور له لا لمعنى في صلب العقد ولا في شرائط الصحة فأوجب الكراهة لا الفساد والمراد من صلب العقد البدل والمبدل كذا في غاية البيان .

(ومن ملك) بأي سبب كان (مملوكين صغيرين أحدهما ذو رحم محرم من الآخر) من الرحم وبه خرج المحرم من الرضاع إذا كان رحما كابن العم هو أخ رضاعا (لم يفرق بينهما) ببيع ونحوه وعبر بالنفي مبالغة في المنع عنه (وكذلك إن كان أحدهما كبيرا والآخر صغيرا) لأن الصغير يستأنس بالصغير والكبير والكبير يتعاهده فمكان في أحدهما قطع الاستئناس والمنع من التعاهد وفيه ترك المرحمة على الصغار وقد أوعد عليه ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ولا الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لأن النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورده ولابد من اجتماعهما في ملكه حتى لو كان أحدهما له والآخر لغيره لا بأس ببيع واحد منهما ولو كان التفريق بحق مستحق فلا بأس به : كدفع أحدهما بالجناية وبيعه بالدين ورده بالعيب لأن المنظور إليه دفع الضرر عن غيره لا الإضرار به كذا في الهداية (فإن فرق بينهما كره له ذلك) لما قلناه (وجاز البيع) لأن ركن البيع صدر من أهله في محله وإنما الكراهة لمعنى مجاور فشابه كراهة الاستيام هداية (وإن كان كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما) لأنه ليس في معنى ما ورد به النص وقد صح أنه E " فرق بين مارية وسيرين " وكانتا أمتين أختين (4) هداية .

_____ .

(1) من حق العربية أن يقول " المسومة " مثل المقولة والفعل سامها يسومها .

(2) يريد ما ذكره في النوع الذي قبله من أن هذا شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد

المتعاقدين .

(3) في نسخة (منح) .

(4) أهديتا إليه فأعطى سيرين لحسان بن ثابت واستبقى مارية وهي أم إبراهيم