

بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع

الشروط الفاسدة .

و يتصل بالشروط المفسدة ما إذا باع حيوانا و استثنى ما في بطنه من الحمل أن البيع فاسد لأن بيع الحمل بانفراده لا يجوز فكان استثناءؤه بمنزلة شرط فاسد أدخل في البيع فوجب فساد البيع و كذلك هذا في عقد الإجارة و الكتابة و الرهن بخلاف النكاح و الخلع و الصلح عن دم العمد و الهبة و الصدقة لأن استثناء الحمل في هذه العقود لا يبطلها .

و كذلك في الإعتاق لما أن استثناء ما في البطن بمنزلة شرط فاسد و البيع و أخواته تبطلها الشروط الفاسدة فكان الشرط فاسدا و العقد فاسدا فأما النكاح و نحوه فلا تبطله الشروط الفاسدة فجاز العقد و بطل الشرط فيدخل في العقد الأم و الولد جميعا و كذا في العتق و كذا إذا باع حيوانا و استثنى شيئا من أطرافه فالبيع فاسد .
و لو باع صبرة و استثنى قفيزا منها فالبيع جائز في المستثنى منه و كذا إذا باع صبرة و استثنى جزءا شائعا منها ثلثها أو ربعها أو نحو ذلك و لو باع قطيعا من الغنم و استثنى شاة منها بغير عينها فالبيع فاسد و لو استثنى شاة منها بعينها فالبيع جائز .
و الأصل في هذا أن من باع جملة و استثنى منها شيئا فإن استثنى ما يجوز إفراده بالبيع فالبيع في المستثنى منه جائز و إن استثنى ما لا يجوز إفراده بالبيع فالبيع في المستثنى منه فاسد .

و لو باع الثمرة على رؤوس النخل و استثنى منها صاعا ذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي أنه يجوز لأنه استثنى ما يجوز إفراده بالبيع فأشبه ما إذا باع جزءا مشاعا منه من الثلث و الربع و كذا لو كان الثمر مجذوزا فباع الكل و استثنى صاعا يجوز و أي فرق بين المجذوز و غير المجذوز .

و ذكر الطحاوي في مختصره أنه لا يجوز و إليه أشار محمد في الموطأ فإنه قال : لا بأس بأن يبيع الرجل ثمرة و يستثنى منها بعضها إذا استثنى شيئا في جملته ربعا أو خمسا أو سدسا قيد الجواز بشرط أن يكون المستثنى مشاعا في الجملة فلو ثبت الجواز في المعين لم يكن لتقييده بهذا الشرط معنى .

و كذا روى الحسن بن زياد أنه قال : لا يجوز و كذا ذكر القدوري C في مختصره ثم فساد العقد بما ذكرنا من الشروط مذهب أصحابنا .

و قال ابن أبي ليلى : البيع جائز و الشرط باطل و قال ابن شبرمة البيع جائز و الشرط جائز .

و الصحيح قولنا لما روى أبو حنيفة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : [نهى عن بيع و شرط] و النهي يقتضي فساد المنهي فيدل على فساد كل بيع و شرط إلا ما خص عن عموم النص و لأن هذه الشروط بعضها فيه منفعة زائدة ترجع إلى العاقدين أو إلى غيرهما و زيادة منفعة مشروطة في عقد البيع تكون ربا و الربا حرام و البيع الذي فيه ربا فاسد و بعضها فيه غرر [نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع فيه غرر] و المنهي عنه فاسد و بعضها شرط التلهي و أنه محظور و بعضها يغير مقتضى العقد و هو معنى الفساد إذ الفساد هو التغيير و الله سبحانه و تعالى أعلم .

ثم قران الشرط الفاسد بالعقد و إلحاقه به سواء عند أبي حنيفة C حتى لو باع بيعا صحيحا ثم ألحق به شيئا من هذه الشروط المفسدة يلتحق به و يفسد العقد و عندهما لا يلتحق به و لا يفسد العقد و أجمعوا على أنه لو ألحق بالعقد الصحيح شرطا صحيحا كالخيار الصحيح في البيع البات و نحو ذلك يلتحق به .

وجه قولهما : أن إلحاق الشرط الفاسد بالعقد يغير العقد من الصحة إلى الفساد فلا يصح فبقي العقد صحيحا كما كان لأن العقد كلام لا بقاء له و الالتحاق بالمعدوم لا يجوز فكان ينبغي أن لا يصح الإلحاق أصلا إلا أن إلحاق الشرط الصحيح بأصل العقد ثبت شرعا للحاجة إليه حتى صح قرانه بالعقد فيصح إلحاقه به فلا حاجة إلى إلحاق الشرط الفاسد ليفسد العقد و لهذا لم يصح قرانه بالعقد .

و لأبي حنيفة C : أن اعتبار التصرف على الوجه الذي أوقعه المتصرف واجب إذا كان هو أهلا و المحل قابلا و قد أوقعه مفسدا للعقد إذ الإلحاق لفساد العقد فوجب اعتباره كما لو أوقعه فاسدا في الأصل .

و قولهما : الإلحاق تغيير للعقد قلنا : إن كان تغييرا فلهما ولاية التغيير ألا ترى أن لهما ولاية التغيير بالزيادة في الثمن و المثلثن و الحط عن الثمن و بإلحاق الشرط الصحيح و إن كان تغييرا و لأنهما يملكان الفسخ فالتغيير أولى لأن التغيير تبديل الوصف و الفسخ رفع الأصل و الوصف و الله سبحانه أعلم .

و منها : الرضا لقول الله تعالى : { إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم } عقيب قوله عز اسمه : { يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل } .

و قال عليه السلام : [لا يحل مال امرء مسلم إلا بطيب من نفسه] فلا يصح بيع المكره إذا باع مكرها و سلم مكرها لعدم الرضا فأما إذا باع مكرها و سلم طائعا فالبيع صحيح على ما ذكره في كتاب الإكراه و لا يصح بيع الهازل لأنه متكلم بكلام البيع لا على إرادة حقيقته فلم يوجد الرضا بالبيع فلا يصح بخلاف طلاق الهازل أنه واقع لأن الفئات بالإكراه ليس إلا الرضا و الرضا ليس بشرط لوقوع الطلاق بخلاف البيع على أن الهزل في باب الطلاق ملحق بالجد شرعا .

قال عليه الصلاة و السلام : [ثلاث جدهن جد و هزلهن جد : الطلاق و النكاح و العتاق] ألحق الهازل بالجاد فيه و مثل هذا لم يرد في البيع .
و على هذا يخرج بيع المنايذة و الملامسة و الحصة الذي كان يفعله أهل الجاهلية كان الرجلان يتساومان السلعة فإذا أراد أحدهما إلزام البيع نبذ السلعة إلى المشتري فيلزم البيع رضي المشتري أم سخط أو لمسها المشتري أو وضع عليها حصة فجاء الإسلام فشرط الرضا و أبطل ذلك كله