

الباب في شرح الكتاب

- إذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرما فالبيع فاسد كالبيع بالميتة أو بالدم أو بالخمير أو بالخنزير وكذلك إذا كان غير مملوك كالحر وبيع أم الولد والمدير والمكاتب فاسد .

ولا يجوز بيع السمك في الماء ولا بيع الطير في الهواء ولا يجوز بيع الحمل ولا النتاج ولا بيع اللبن في الضرع والصوف على ظهر الغنم وذراع من ثوب وجذع في سقف وضربة الغائص وبيع المزابنة وهو بيع الثمر على رءوس النخل بخرمه تمرا ولا يجوز البيع بإلقاء الحجر واللامسة 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 ويخطه 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 وقدم 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 أو ميتة بطل البيع فيهما ومن جمع بين عبد ومدير أو عبده وعبد غيره صح العقد في العبد بحصته من الثمن .

ونهى رسول الله ﷺ 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 .

المراد بالفساد الممنوع مجازا عرفيا فيعم الباطل والمكروه وقد يذكر فيه بعض الصحيح تبعاً . در .

ثم هذا الباب يشتمل على ثلاثة أنواع : باطل وفاسد ومكروه فالباطل مالا يكون مشروعاً بأصله ووصفه والفساد : ما يكون مشروعاً 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 محرماً) الانتفاع به (فالبيع فاسد) : أي باطل وذلك (كالبيع بالميتة أو بالدم أو بالخمير أو بالخنزير) قال في الهداية : هذه فصول جمعها أي في حكم واحد - وهو الفساد - وفيها تفصيل نبينه إن شاء الله فنقول : البيع بالميتة والدم باطل لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فإن هذه الأشياء لا تعد مالا عند أحد والبيع بالخمير والخنزير فاسد : لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال عند البعض . اهـ (وكذلك إذا كان) أحد العوضين أو كلاهما (غير مملوك) لأحد (كالحرة) فالبيع باطل (وبيع أم الولد والمدير) 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 . اهـ . 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 بعده 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 (1) وإن كان يطير ويرجع صح وقيل : لا . (ولا يجوز بيع الحمل) : أي الجنين في بطن المرأة (ولا النتاج) أي نتاج الحمل وهو حبل الحبلية وجزم في البحر بطلانه لعدم تحقق وجوده (2) (ولا بيع اللبن في الضرع) وهو الذات الطلف والخف كالثدي للمرأة للغرر فعساه انتفاخ . ولأنه يناعز 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 صحيحاً (3) . جوهرة . (و) لا بيع ذراع من ثوب (يضره التبعض) (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 صحيحاً ولو لم يضره القطع كذراع من ثوب كرياس أو دراهم معينة من نقرة فضة جاز لانتفاء المانع لأنه لا ضرر في تبعضه وقيدنا الجذع بالمعين لأن غير المعين لا ينقلب صحيحاً 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 رطباً ولا يسمى تمرا إلا المجذوذ بعد الجفاف (على النخل بخرسه) : أي مقداره حزرا وتخميناً (تمرا) لنهيه A عن المزابنة والمحاولة فالمزابنة ما ذكرناه والمحاولة : بيع الحنطة في سنبليها بحنطة مثل كيلها خرماً ولأنه باع مكيلاً 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 المساومة (واللامسة) لها منه أيضاً والمنازعة 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 حصة لزم البيع فالأول بيع الملامسة والثاني المنازعة والثالث إلقاء الحجر . وقد نهى النبي A عن بيع الملامسة والمنازعة ولأن فيه تعليقاً بالخطر . هداية . أي لأنه بمنزلة ما إذا قال : أي ثوب لمسته أو ألقيته عليه حجراً أو نبذته لك فقد بعته فأشبه القمار (ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين) لجهالة المبيع ولو قال على أنه بالخيار في أن يأخذ أيهما شاء جاز البيع استحساناً . هداية .

(ومن باع عبداً على أن يعتقه المشتري أو يدبره أو يكاتبه) أو لا يخرج من 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 فيعربى 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 فلا يؤدي إلى الربا ولا إلى المنازعة . هداية (وكذلك) : أي البيع فاسد (لو باع عبداً على أن يستخدمه البائع شهراً) مثلاً (أو داراً على أن يسكنها) كذلك (أو على أن يقرضه المشتري درهماً أو على أن يهدي له هدية) لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين (ومن باع عبداً على أن يسلمها إلى رأس الشهر فالبيع فاسد) لما فيه . شرط نفي التسليم المستحق بالعقد (ومن باع جارية إلا حملها ففسد البيع) والأصل : أو ما لا يصلح إفراده بالعقد لا يصح استثنائه من العقد والحمل من هذا القبيل وهذا لأنه بمنزلة أطراف الحيوان لاتصاله به خلقه وبيع الأصل يتناولها فالاستثناء يكون على خلاف الموجب فلم يصح فيصير شرطاً فاسداً والبيع يبطل به . هداية . (ومن اشترى ثوباً على أن يقطعه البائع ويخيطه قميصاً أو قباءً) بفتح القاف - فالبيع فاسد لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين لأنه يصير صفقة في صفقة . هداية

(أو نعلا) أي صرما تسمية له باسم ما يتول إليه (على أن يحذوها أو يشركها فالبيع فاسد) أي يضع عليها الشراك وهو السير - قال في الهداية : وما ذكره جواب القياس ووجه ما بيناه (4) وفي الاستحسان يجوز التعامل فيه فصار كصنع الثوب وللتعامل جوزنا الاستصناع . اهـ . (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 لابتنائها على المماسكة إلا إذا كان 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 المبيع إلى الحصاد والدياس والقطاف وقدم الحاج لأنها تتقدم وتتأخر (فإن تراضيا) بعده ولو بعد الافتراق خلافا لما في التنوير (بإسقاط الأجل قبل) حلوله 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 يرمئذ 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 وميته بطل البيع فيهما) قال في الينابيع : هذا على وجهين . إن كان قد سمى لها ثمنا واحدا فالبيع باطل بالإجماع وإن سمى لكل واحد منهما ثمنا على حدة فكذلك عند أبي حنيفة وقالوا : جاز البيع في العبد والذكية وبطل في الحر والميته قال في التصحيح : وعلى قوله اعتمد المحبوبي والنسفي والموصلي .

(وإن جمع بين عبد ومدير) أو مكاتب أو أم ولد (أو) جمع بين (عبده وعبد غيره صح العقد في العبد بحصته من الثمن) لأن المدير محل للبيع عند البعض فيدخل في العقد ثم يخرج فيكون البيع بالحصة في البقاء دون الابتداء وفائدة ذلك تصحيح كلام العاقل مع رعاية حق المدير . ابن كمال .

(ونهى رسول الله ﷺ 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 تذكره وما ذكرناه وهو 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 الضرر والضرر (وبيع الحاضر) وهو المقيم في المصر والقرى (للبادي) وهو المقيم في البادية لأن فيه إضراراً 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 المبادئ 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 المبيع عند أذان الجمعة) الأول وقد خص منه من لا جمعة عليه فتح (1) في نسخه " منح " . (وكل ذلك) المذكور من قوله " ونهى رسول الله ﷺ " 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 البذل 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 وغير بالنفي مبالغة في المنع عنه (وكذلك إن كان أحدهما كبيرا والآخر صغيرا) لأن الصغير يستأنس بالصغير والكبير والكبير يتعاهده فكان في بيع أحدهما قطع الاستئناس والمنع من التعاهد وفيه ترك المرحمة على الصغار وقد أوعد عليه ثم المنع معلول بالقراية 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 ولا بد من اجتماعهما بحق مستحق في ملكه حتى لو كان أحدهما له والآخر لغيره لا بأس ببيع واحد منهما ولو كان التفريق 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 قلنا (وجاز البيع) لأن ركن البيع صدر من أهله في محله وإنما الكراهة لمعنى مجاور فشابه كراهة الاستيلاء . 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 . هداية .

- (1) قال في الهداية والفتح إن الطير قبل أخذه غير مملوك وبعد أخذه وإرساله غير مقدور التسليم عقب العقد ثم لو قدر على التسليم بعد ذلك لا يعود بالجواز عند مشايخ بلخ وعلى قول الكرخي يعود وكذا عند الطحاوي وكذا الحكم لو جعل العصفور ثمنا .
- (2) في الصحيحين والسنن عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع حبل الحبله وكان يبتاعه أهل الجاهلية كان الرجل يبيع الجزور إلى أن تنتج الناقة ثم ينتج الذي في بطنها واستدل الشارح هنا بعدم وجوده ففي بيعه غرر لجواز إلا يلد الحيوان أو يموت قبل ذلك .
- (3) فلا وصل عند الفقهاء في ذلك ما ثبت من نهى النبي A في حديث الطرافي عن ابن عباس عن النبي A أنه نهى أن تباع ثمرة حتى تطعم ولا يباع صوف على ظهر ولا لبن في ضرع والحديث روي بعدة روايات ومنه يعلم النهي عن بيع كل شيء في غلافه كاللحم في الشاة الحية أو شحمها وإليتها أو أكارعها أو جلودها أو دقيق هذه الحنطة أو سمن في هذا اللبن ونحو ذلك .
- (4) يريد ما ذكره في الفرع الذي قبله . من أن هذا شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين