



BOBST LIBRARY

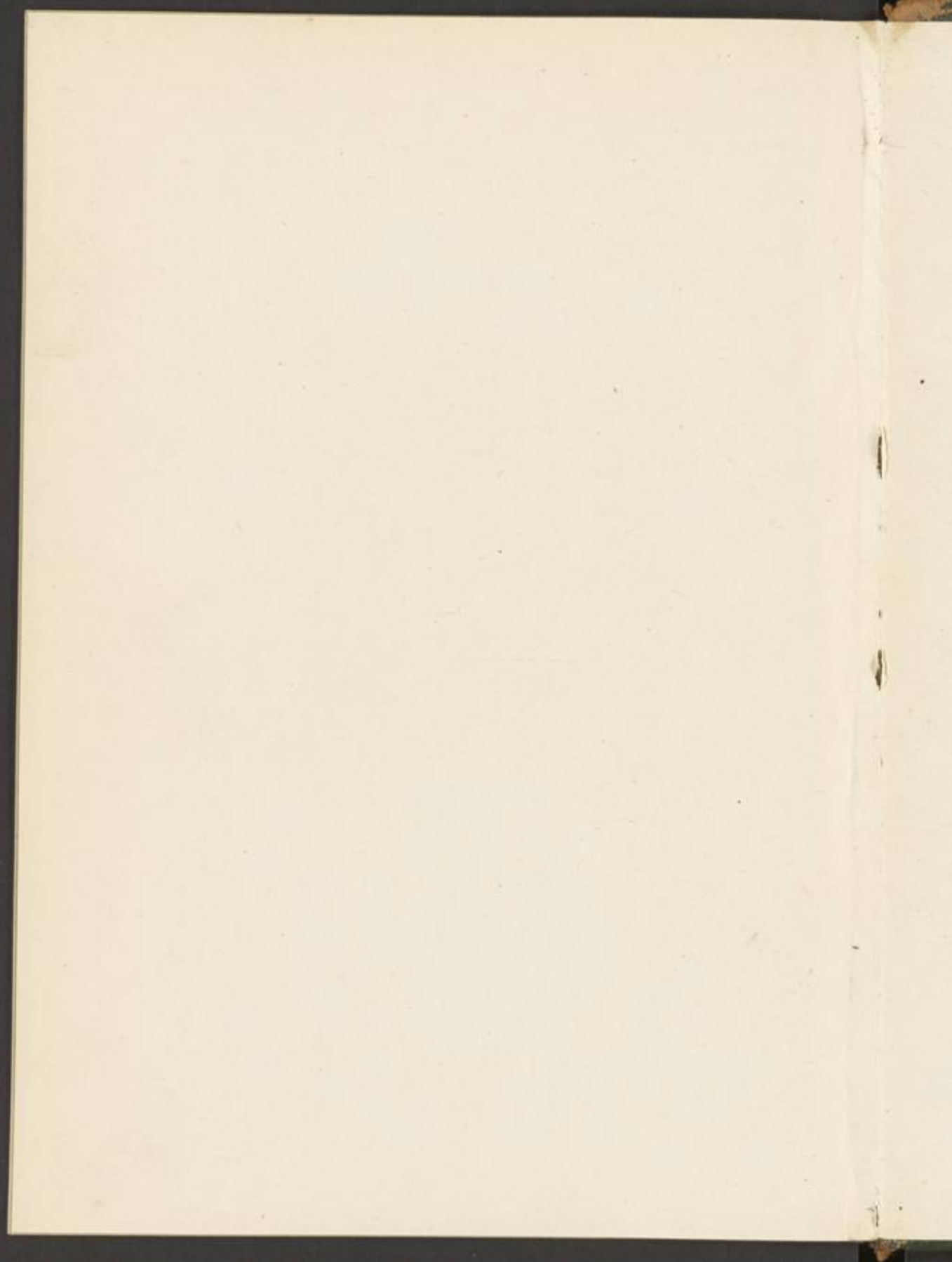


3 1142 02772 6598



**Elmer Holmes
Bobst Library**

**New York
University**

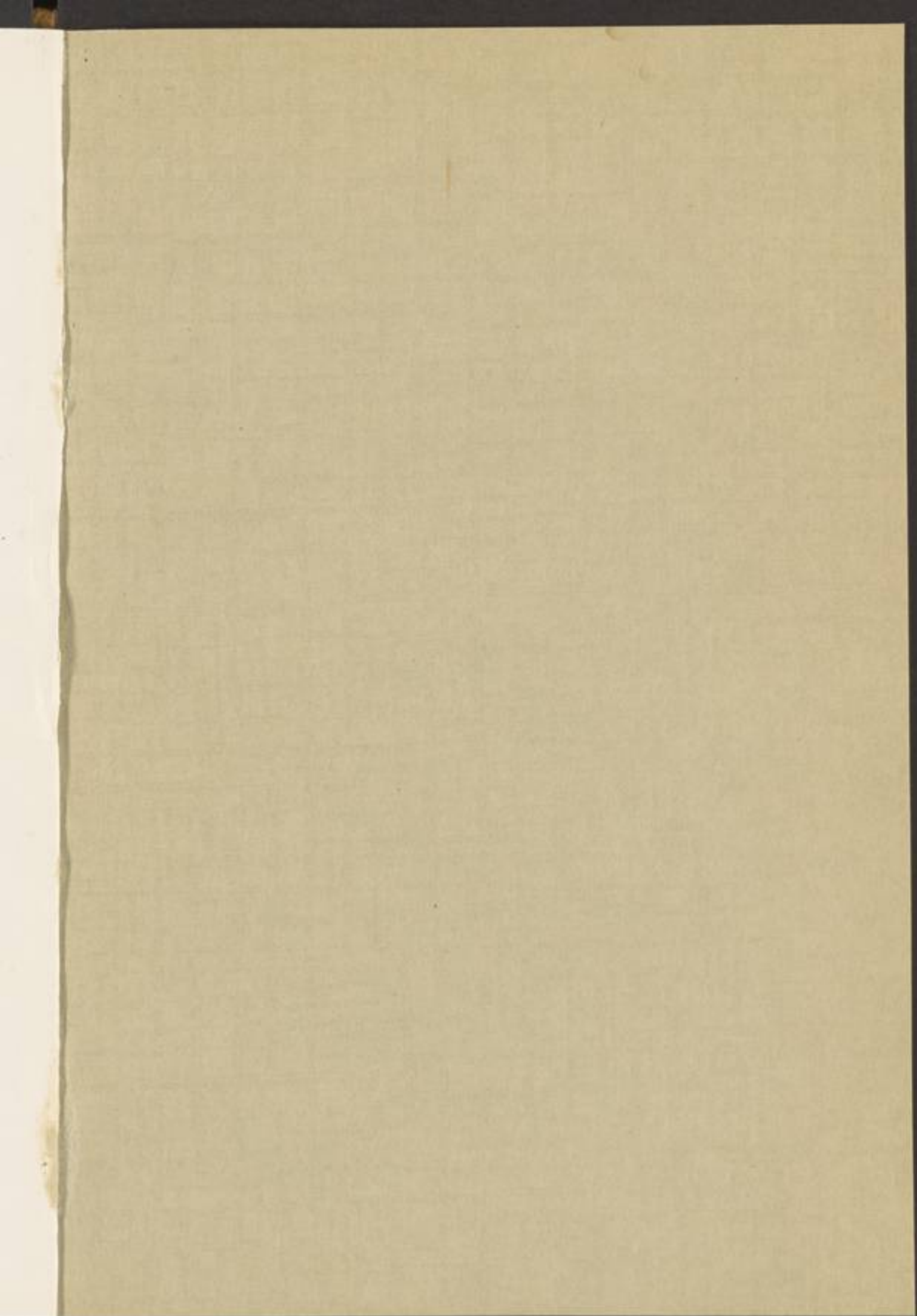


UAR-6695 Al-Haji Hasan

المختار
حسين علي احتساج حسن

عقد البيع
في الفقه الجعفري

نشورات - مكتبة النهضة - بغداد



Hasan Husayn

Hasan Husayn

عقد البيع في الفقه الجعفري

302

302

302

302

عقد البيع في الفقه الجعفري

- القسم الاول -

1847

1848

1849

1850

1851

1852

1853

1854

1855

1856

1857

1858

1859

1860

1861

1862

1863

1864

1865

1866

1867

1868

1869

1870

1871

1872

1873

1874

1875

1876

1877

1878

1879

1880

1881

1882

1883

1884

1885

1886

1887

1888

1889

1890

1891

1892

1893

1894

1895

1896

1897

1898

1899

1900

1901

1902

1903

1904

1905

1906

1907

1908

1909

1910

1911

1912

1913

1914

1915

1916

1917

1918

1919

1920

1921

1922

1923

1924

1925

1926

1927

1928

1929

1930

1931

1932

1933

1934

1935

1936

1937

1938

1939

1940

1941

1942

1943

1944

1945

1946

1947

1948

1949

1950

1951

1952

1953

1954

1955

1956

1957

1958

1959

1960

1961

1962

1963

1964

1965

1966

1967

1968

1969

1970

1971

1972

1973

1974

1975

1976

1977

1978

1979

1980

1981

1982

1983

1984

1985

1986

1987

1988

1989

1990

1991

1992

1993

1994

1995

1996

1997

1998

1999

2000

2001

2002

2003

2004

2005

2006

2007

2008

2009

2010

2011

2012

2013

2014

2015

2016

2017

2018

2019

2020

2021

2022

2023

2024

2025

2026

2027

2028

2029

2030

2031

2032

2033

2034

2035

2036

2037

2038

2039

2040

2041

2042

2043

2044

2045

2046

2047

2048

2049

2050

2051

2052

2053

2054

2055

2056

2057

2058

2059

2060

2061

2062

2063

2064

2065

2066

2067

2068

2069

2070

2071

2072

2073

2074

2075

2076

2077

2078

2079

2080

2081

2082

2083

2084

2085

2086

2087

2088

2089

2090

2091

2092

2093

2094

2095

2096

2097

2098

2099

2100

2101

2102

2103

2104

2105

2106

2107

2108

2109

2110

2111

2112

2113

2114

2115

2116

2117

2118

2119

2120

2121

2122

2123

2124

2125

2126

2127

2128

2129

2130

2131

2132

2133

2134

2135

2136

2137

2138

2139

2140

2141

2142

2143

2144

2145

2146

2147

2148

2149

2150

2151

2152

2153

2154

2155

2156

2157

2158

2159

2160

2161

2162

2163

2164

2165

2166

2167

2168

2169

2170

2171

2172

2173

2174

2175

2176

2177

2178

2179

2180

2181

2182

2183

2184

2185

2186

2187

2188

2189

2190

2191

2192

2193

2194

2195

2196

2197

2198

2199

2200

2201

2202

2203

2204

2205

2206

2207

2208

2209

2210

2211

2212

2213

2214

2215

2216

2217

2218

2219

2220

2221

2222

2223

2224

2225

2226

2227

2228

2229

2230

2231

2232

2233

2234

2235

2236

2237

2238

2239

2240

2241

2242

2243

2244

2245

2246

2247

2248

2249

2250

2251

2252

2253

2254

2255

2256

2257

2258

2259

2260

2261

2262

2263

2264

2265

2266

2267

2268

2269

2270

2271

2272

2273

2274

2275

2276

2277

2278

2279

2280

2281

2282

2283

2284

2285

2286

2287

2288

2289

2290

2291

2292

2293

2294

2295

2296

2297

2298

2299

2300

2301

2302

2303

2304

2305

2306

2307

2308

2309

2310

2311

2312

2313

2314

2315

2316

2317

2318

2319

2320

2321

2322

2323

2324

2325

2326

2327

2328

2329

2330

2331

2332

2333

2334

2335

2336

2337

2338

2339

2340

2341

2342

2343

2344

2345

2346

2347

2348

2349

2350

2351

2352

2353

2354

2355

2356

2357

2358

2359

2360

2361

2362

2363

2364

2365

2366

2367

2368

2369

2370

2371

2372

2373

2374

2375

2376

2377

2378

2379

2380

2381

2382

2383

2384

2385

2386

2387

2388

2389

2390

2391

2392

2393

2394

2395

2396

2397

2398

2399

2400

2401

2402

2403

2404

2405

2406

2407

2408

2409

2410

2411

2412

2413

2414

2415

2416

2417

2418

2419

2420

2421

2422

2423

2424

2425

2426

2427

2428

2429

2430

2431

2432

2433

2434

2435

2436

2437

2438

2439

2440

2441

2442

2443

2444

2445

2446

2447

2448

2449

2450

2451

2452

2453

2454

2455

2456

2457

2458

2459

2460

2461

2462

2463

2464

2465

2466

2467

2468

2469

2470

2471

2472

2473

2474

2475

2476

2477

2478

2479

2480

2481

2482

2483

2484

2485

2486

2487

2488

2489

2490

2491

2492

2493

2494

2495

2496

2497

2498

2499

2500

2501

2502

2503

2504

2505

2506

2507

2508

2509

2510

2511

2512

2513

2514

2515

2516

2517

2518

2519

2520

2521

2522

2523

2524

2525

2526

2527

2528

2529

2530

2531

2532

2533

2534

2535

2536

2537

2538

2539

2540

2541

2542

2543

2544

2545

2546

2547

2548

2549

2550

2551

2552

2553

2554

2555

2556

2557

2558

2559

2560

2561

2562

2563

2564

2565

2566

2567

2568

2569

2570

2571

2572

2573

2574

2575

2576

2577

2578

2579

2580

2581

2582

2583

2584

2585

2586

2587

2588

2589

2590

2591

2592

2593

2594

2595

2596

2597

2598

2599

2600

2601

2602

2603

2604

2605

2606

2607

2608

2609

2610

2611

2612

2613

2614

2615

2616

2617

2618

2619

2620

2621

2622

2623

2624

2625

2626

2627

2628

2629

2630

2631

2632

2633

2634

2635

2636

2637

2638

2639

2640

2641

2642

2643

2644

2645

2646

2647

2648

2649

2650

2651

2652

2653

2654

2655

2656

2657

2658

2659

2660

2661

2662

2663

2664

2665

2666

2667

2668

2669

2670

2671

2672

2673

2674

2675

2676

2677

2678

2679

2680

2681

2682

2683

2684

2685

2686

2687

2688

2689

2690

2691

2692

2693

2694

2695

2696

2697

2698

2699

2700

2701

2702

2703

2704

2705

2706

2707

2708

2709

2710

2711

2712

2713

2714

2715

2716

2717

2718

2719

2720

2721

2722

2723

2724

2725

2726

2727

2728

2729

2730

2731

2732

2733

2734

2735

2736

2737

2738

2739

2740

2741

2742

2743

2744

2745

2746

2747

2748

2749

2750

2751

2752

2753

2754

2755

2756

2757

2758

2759

2760

2761

2762

2763

2764

2765

2766

2767

2768

2769

2770

2771

2772

2773

2774

2775

2776

2777

2778

2779

2780

2781

2782

2783

2784

2785

2786

2787

2788

2789

2790

2791

2792

2793

2794

2795

2796

2797

2798

2799

2800

2801

2802

2803

2804

2805

2806

2807

2808

2809

2810

2811

2812

2813

2814

2815

2816

2817

2818

2819

2820

2821

2822

2823

2824

2825

2826

2827

2828

2829

2830

2831

2832

2833

2834

2835

2836

2837

2838

2839

2840

2841

2842

2843

2844

2845

2846

2847

2848

2849

2850

2851

2852

2853

2854

2855

2856

2857

2858

2859

2860

2861

2862

2863

2864

2865

2866

2867

2868

2869

2870

2871

2872

2873

2874

2875

2876

2877

2878

2879

2880

2881

2882

2883

2884

2885

2886

2887

2888

2889

2890

2891

2892

2893

2894

2895

2896

2897

2898

2899

2900

2901

2902

2903

2904

2905

2906

2907

2908

2909

2910

2911

2912

2913

2914

2915

2916

2917

2918

2919

2920

2921

2922

2923

2924

2925

2926

2927

2928

2929

2930

2931

2932

2933

2934

2935

2936

2937

2938

2939

2940

2941

2942

2943

2944

2945

2946

2947

2948

2949

2950

2951

2952

2953

2954

2955

2956

2957

2958

2959

2960

2961

2962

2963

2964

2965

2966

2967

2968

2969

2970

2971

2972

2973

2974

2975

2976

2977

2978

2979

2980

2981

2982

2983

2984

2985

2986

2987

2988

2989

2990

2991

2992

2993

2994

2995

2996

2997

2998

2999

3000

3001

3002

3003

3004

3005

3006

3007

3008

3009

3010

3011

3012

3013

3014

3015

3016

3017

3018

3019

3020

3021

3022

3023

3024

3025

3026

3027

3028

3029

3030

3031

3032

3033

3034

3035

3036

3037

3038

3039

3040

3041

3042

3043

3044

3045

3046

3047

3048

3049

3050

3051

3052

3053

3054

3055

3056

3057

3058

3059

3060

3061

3062

3063

3064

3065

3066

3067

3068

3069

3070

3071

3072

3073

3074

3075

3076

3077

3078

3079

3080

3081

3082

3083

3084

3085

3086

3087

3088

3089

3090

3091

3092

3093

3094

3095

3096

3097

3098

3099

3100

3101

3102

3103

3104

3105

3106

3107

3108

3109

3110

3111

3112

3113

3114

3115

3116

3117

3118

3119

3120

3121

3122

3123

3124

3125

3126

3127

3128

3129

3130

3131

3132

3133

3134

3135

3136

3137

3138

3139

3140

3141

3142

3143

3144

3145

3146

3147

3148

3149

3150

3151

3152

3153

3154

3155

3156

3157

3158

3159

3160

3161

3162

3163

3164

3165

3166

3167

3168

3169

3170

3171

3172

3173

3174

3175

3176

3177

3178

3179

3180

3181

3182

3183

3184

3185

3186

3187

3188

3189

3190

3191

3192

3193

3194

3195

3196

3197

3198

3199

3200

3201

3202

3203

3204

3205

3206

3207

3208

3209

3210

3211

3212

3213

3214

3215

3216

3217

3218

3219

Hasan, Husayn 'Alī

'Aqd al-bāy' fī al-fiqh al-Ja'fari

عَقْدُ الْبَيْعِ فِي الْفِقْهِ الْجَعْفَرِيِّ

المؤلف

حسين علي الحاج حسن

١-٧

NEW YORK UNIVERSITY LIBRARIES
NEAR EAST LIBRARY

نشر في - مكتبة النهضة - بغداد

Near East

BP

175

.J5

.H2

v.1

c.1

NEW YORK UNIVERSITY LIBRARY
NEAR EAST LIBRARY

الطبعة الاولى ١٣٨٤ هـ / ١٩٦٤ م

طبع على مطابع دار التضامن - بغداد

القسم الأول

في

تعريف عقد البيع وبيان أوصافه وأركانه

182
183
184
185
186
187
188
189
190
191
192
193
194
195
196
197
198
199
200
201
202
203
204
205
206
207
208
209
210
211
212
213
214
215
216
217
218
219
220
221
222
223
224
225
226
227
228
229
230
231
232
233
234
235
236
237
238
239
240
241
242
243
244
245
246
247
248
249
250
251
252
253
254
255
256
257
258
259
260
261
262
263
264
265
266
267
268
269
270
271
272
273
274
275
276
277
278
279
280
281
282
283
284
285
286
287
288
289
290
291
292
293
294
295
296
297
298
299
300
301
302
303
304
305
306
307
308
309
310
311
312
313
314
315
316
317
318
319
320
321
322
323
324
325
326
327
328
329
330
331
332
333
334
335
336
337
338
339
340
341
342
343
344
345
346
347
348
349
350
351
352
353
354
355
356
357
358
359
360
361
362
363
364
365
366
367
368
369
370
371
372
373
374
375
376
377
378
379
380
381
382
383
384
385
386
387
388
389
390
391
392
393
394
395
396
397
398
399
400
401
402
403
404
405
406
407
408
409
410
411
412
413
414
415
416
417
418
419
420
421
422
423
424
425
426
427
428
429
430
431
432
433
434
435
436
437
438
439
440
441
442
443
444
445
446
447
448
449
450
451
452
453
454
455
456
457
458
459
460
461
462
463
464
465
466
467
468
469
470
471
472
473
474
475
476
477
478
479
480
481
482
483
484
485
486
487
488
489
490
491
492
493
494
495
496
497
498
499
500
501
502
503
504
505
506
507
508
509
510
511
512
513
514
515
516
517
518
519
520
521
522
523
524
525
526
527
528
529
530
531
532
533
534
535
536
537
538
539
540
541
542
543
544
545
546
547
548
549
550
551
552
553
554
555
556
557
558
559
560
561
562
563
564
565
566
567
568
569
570
571
572
573
574
575
576
577
578
579
580
581
582
583
584
585
586
587
588
589
590
591
592
593
594
595
596
597
598
599
600
601
602
603
604
605
606
607
608
609
610
611
612
613
614
615
616
617
618
619
620
621
622
623
624
625
626
627
628
629
630
631
632
633
634
635
636
637
638
639
640
641
642
643
644
645
646
647
648
649
650
651
652
653
654
655
656
657
658
659
660
661
662
663
664
665
666
667
668
669
670
671
672
673
674
675
676
677
678
679
680
681
682
683
684
685
686
687
688
689
690
691
692
693
694
695
696
697
698
699
700
701
702
703
704
705
706
707
708
709
710
711
712
713
714
715
716
717
718
719
720
721
722
723
724
725
726
727
728
729
730
731
732
733
734
735
736
737
738
739
740
741
742
743
744
745
746
747
748
749
750
751
752
753
754
755
756
757
758
759
760
761
762
763
764
765
766
767
768
769
770
771
772
773
774
775
776
777
778
779
780
781
782
783
784
785
786
787
788
789
790
791
792
793
794
795
796
797
798
799
800
801
802
803
804
805
806
807
808
809
810
811
812
813
814
815
816
817
818
819
820
821
822
823
824
825
826
827
828
829
830
831
832
833
834
835
836
837
838
839
840
841
842
843
844
845
846
847
848
849
850
851
852
853
854
855
856
857
858
859
860
861
862
863
864
865
866
867
868
869
870
871
872
873
874
875
876
877
878
879
880
881
882
883
884
885
886
887
888
889
890
891
892
893
894
895
896
897
898
899
900
901
902
903
904
905
906
907
908
909
910
911
912
913
914
915
916
917
918
919
920
921
922
923
924
925
926
927
928
929
930
931
932
933
934
935
936
937
938
939
940
941
942
943
944
945
946
947
948
949
950
951
952
953
954
955
956
957
958
959
960
961
962
963
964
965
966
967
968
969
970
971
972
973
974
975
976
977
978
979
980
981
982
983
984
985
986
987
988
989
990
991
992
993
994
995
996
997
998
999
1000

١٠٠

فلا راع حلاله ان يسبح ويبال بقدره

الطبعة الاولى 1781 هـ / 1766 م

طبع على نفقة دار التمام في بغداد

مقدمة

في

تعريف البيع وبيان أوصافه

١ - تعاريف البيع في الفقه الجعفري

٢ - بيان أوصافه

أورد فقهاء الامامية الكثير من التعاريف لعقد البيع . وتبدو هذه متشابهة فيما عدا اختلافها - سعة وضيقة - في الشروط المعتمدة لدى واضعيها .

ففي (تذكرة الفقهاء) عرف العلامة الحلي البيع بأنه « انتقال عين مملوكة من شخص الى غيره بعرض مقدر على وجه التراضي »^(١) . وقد ذكر صاحب (جواهر الكلام) أن جملة من اساطين فقهاء الامامية قد اختاروا هذا التعريف للبيع ، منهم الشيخ الطوسي في (المبسوط)^(٢) .

وظاهر هذا التعريف اعتبار اختصاص المبيع بالاعيان دون غيرها من المنافع والحقوق ، وشرط المالية في المبيع ، والتعيين في الثمن ، وشرط التراضي^(٣) .

وقد اتفق هذا التعريف بأنه من قبيل اطلاق المسبب (بفتح الباء) على السبب ، أي من قبيل اطلاق الأثر على سببه . فليس الانتقال الا أثرا من آثار العقد ، فلا يصح لذلك تعريف السبب ، الذي هو البيع ، بأثره الناتج عنه^(٤) .

-
- (١) المصدر المذكور ج ٧ ص ٣ .
(٢) جواهر الكلام ، المتاجر ، ص ٦٣ .
(٣) تذكرة الفقهاء ج ٧ ص ٣ .
(٤) تحرير المجلة ج ١ ص ١٢٢ .

وعرفه المحقق الحلبي في (شرايع الاسلام) بأنه « اللفظ الدالّ على نقل الملك من مالك الى آخر بعوض معلوم » (٥) .
كما عرفه في (المختصر النافع) بما لا يبعد كثيرا عن التعريف السابق فقال بأنه « الايجاب والقبول اللذان تنتقل بهما العين المملوكة من مالك الى غيره بعوض مقدر » (٦) .

وهو نفس تعريف الشهيد الاول له في (انلمعة دمشقية) وجاراه في ذلك الشهيد الثاني في شرحه لهذا الكتاب المسمى بـ (الروضة البهية) حيث عرفه بأنه « الايجاب والقبول الدالان على نقل الملك بعوض معلوم » (٧) .

والاعتبار في هذه التعاريف للفظ في الصيغة ، وملكية التصرف في البائع ، والملك في المبيع ، والتعيين في الثمن .
ويرد عليها ان اللفظ وحده غير كاف في انشاء العقود وترتيب آثارها ، بل الاعتبار في ذلك للتراضي . وبأن اللفظ ليس لازما دوما لانعقاد البيوع ، وان كان ذلك الغالب ، اذ قد تقع بالتبادل الفعلي الدالّ على التراضي ، أي بالمعاطاة ، مما لا وجه معه لاشتراط اللفظ (٨) .
كما انتقد تعريف (شرايع الاسلام) بأن تعريف البيع بالايجاب والقبول اولى من تعريفه باللفظ الدالّ ، وذلك لأن الايجاب والقبول جنس قريب واللفظ بعيد (٩) .

وقد حاول صاحب (جامع المقاصد) تلافي بعض هذه الانتقادات فعرّفه بأنه نقل الملك من مالك الى غيره بصيغة مخصوصة (١٠) .
ويرد عليه بما رد على التعاريف السابقة بإمكان حصول العقد

(٥) المصدر المذكور ج ١ ص ٩٨ .

(٦) المصدر المذكور ص ١١٨ .

(٧) الروضة البهية ج ١ ص ٢٧٥ .

(٨) المكاسب ج ١ ص ٧٩ .

(٩) الروضة البهية ج ١ ص ٢٧٥ .

(١٠) المكاسب ج ١ ص ٧٩ .

دون حاجة للفظ ، وبإغفاله للتراضي الذي لا عبرة للالفاظ بدونه .

ثم شاع بعد ذلك تعريفهم له بأنه « عقد يقتضي استحقاق التصرف في المبيع والتمن وتسليمهما » (١١) .

وعرفه صاحب (جواهر الكلام) بأنه « معاملة موضوعة لتسليك عين بعوض وتسلكتها به » (١٢) .

وعرفه صاحب (المكاسب) « بأنه انشاء تسليك عين بمال » (١٣) .

وعرفه كاشف الغطاء بأنه « تسليك عين بعوض » في مقابل الهبة

التي هي تسليك عين دون عوض (١٤) .

وقد هدف واضعو هذه التعاريف الى تلافي النقود التي وجهت

الى سابقتها . ومهما يكن من شأن هذه التعاريف وصدقها في بيان

حقيقة البيع ، فالملاحظ ان الفقه الجعفري قد هجر منذ عهد الشيخ

الطوسي تعريف البيع بكونه (مبادلة مال بمال) وهو التعريف الذي

بقيت بعض المذاهب تتناقله بكثير من الاحترام والاعتزاز حتى ورثته

مجلة الاحكام العثمانية العتيدة (١٥) .

وقد كان ما يؤدي اليه لفظ (المال) الوارد في هذا التعريف من

شمول البيع للمنافع وعدم اختصاصه بالاعيان السبب في هجرهم لهذا

التعريف واتقادهم لغيره من التعاريف المشابهة في اعتمادها لفظ (المال)

أو (الملك) ، كما هو شأن تعريف (شرايع الاسلام) .

فالامامية مجمعون على اخراج المنافع من دائرة البيع ، تمييزا له

عن الاجارة . وفي ذلك كتب الشيخ مرتضى الانصاري :

(١١) هذا هو تعريف الحلبي في كافيته ونقلناه عن (جواهر الكلام)

(١٢) جواهر الكلام ، المتاجر ، ص ٦٣ .

(١٣) المكاسب ج ١ ص ٧٩

(١٤) تحرير المجلة ج ١ ص ١٢٢ .

(١٥) المادة (١٠٥) من المجلة : (البيع مبادلة مال بمال على وجه

مخصوص ويكون منعقدا وغير منعقد) وهو مأخوذ في الاصل عن تعريف المصباح المنير .

« والظاهر اختصاص المعوض بالعين ، فلا يعم ابدال المنافع
 غيرها . وعليه استقر اصطلاح الفقهاء في البيع . نعم ربما يستعمل في
 كلمات بعضهم في نقل غيرها^(١٦) ، بل يظهر ذلك من كثير من الاخبار
 كالخبر الدال على جواز بيع خدمة المدبر^(١٧) ، وبيع سكنى الدار التي
 لا يعلم صاحبها^(١٨) . . . والظاهر انها مسموحة في التعبير . كما أن لفظ
 الاجارة يستعمل عرفا في نقل بعض الاعيان كالثمرة على الشجرة . . . »^(١٩)
 ولكنهم من جهة اخرى قالوا ان لم يكادوا يجمعون على ذلك
 بصحة ورود المنافع ثنا للبيوع . وفي ذلك يقول صاحب (المكاسب) :
 « أما العوض فلا اشكال في جواز كونها منفعة كما في غير موضع من
 (القواعد) وعن (التذكرة) و (جامع المقاصد) ولا يبعد عدم الخلاف
 فيه . . . »^(٢٠) .

أما الحقوق ومدى صلاحها لان ترد محلا للبيع أو ثنا له ، فقد
 استشكل البعض في ذلك ، وفصل آخرون بين أقسامها المختلفة :

١- ففي الحقوق التي لا تقبل النقل ولا الاسقاط معا ، كحق
 الحضانة والولاية على الصغير والمجنون ، جزموا بعدم صحة ورودها

(١٦) غيرها : غير الاعيان .

(١٧) التدبير عتق العبد بعد وفاة مولاه بايجاب منه حال حياته .
 والمدبر هو العبد المعتق بناء على ذلك . وقد اجازوا للمولى
 بيع خدمة العبد دون رقبته ، ولا يحول ذلك دون تحرر
 العبد بعد وفاة مولاه .

(١٨) (راجع شرايع الاسلام - كتاب التدبير) ص ٢٣٨) .
 ورد في (تهذيب الاحكام) ج ٧ ص ١٣٠ : « . . . عن اسحاق
 بن عمار عن عبد صالح (ع) قال : سألته عن رجل في يده
 دار ليست له ولم تزل في يده ويد آبائه من قبله قد أعلمه من
 مضي من آبائه انها ليست لهم ولا يدرون لمن هي فيبيعها
 ويأخذ ثمنها . قال : ما احب أن يبيع ما ليس له . . . قلت :
 فيبيع سكنها او مكانها في يده فيقول لصاحبه : ابيعك سكني
 وتكون في يدك كما هي في يدي ؟ قال نعم يبيعها على هذا . . . »

(١٩) المكاسب ج ١ ص ٧٩ .

(٢٠) المصدر المذكور ج ١ ص ٧٩ .

ثمنا أو ثمنا للبيوع .

٢- وفي الحقوق التي تقبل الاسقاط دون النقل ، مثل حق الخيار والشفعة ، جزموا أيضا بعدم امكان ورودها ثمنا او ثمنا في البيوع .
٣- أما الحقوق القابلة للنقل والاسقاط على حد سواء ، نظير حق التحجير ، فقد استشكل البعض في صلاحيتها لذلك . ولم ير آخرون مانعا من ورودها ثمنا أو ثمنا في البيع (٢١) .

وظاهر ان البيع في الفقه الجعفري يشتمل على المقايضة أيضا ، وهي بيع العين بالعين وهذا الحكم مستفاد من عدم تحديدهم للمراد بـ (العوض) او (الثمن) بالنقد ، ومن القروع العديدة المنشورة في بطون كتب هذا الفقه (٢٢) ، ومن قولهم بجواز وقوع المنافع والحقوق ثمنا للبيوع . وهم في هذا لم يبعدوا كثيرا من حيث النتيجة عما جاء به صاحب (المصباح) في تعريفه للبيع بأنه مبادلة مال بمال .

ولم يقبل الفقه الجعفري شرط كون الثمن في البيع من النقد الا في عصرنا الحالي وبتردد ، كما يلاحظ لدى الامام كاشف الغطاء في (تحرير المجلة) (٢٣) .

وثمة ملاحظة اخرى مستفادة من التعاريف السابقة ، وهي ان البيع لدى الجعفرية من العقود المحددة . وذلك ظاهر من اشتراطهم العلم بالثمن والمثمن على حد سواء . وقد كتب العلامة الحلي في شروط العوضين :

« الشرط الخامس : العلم بالعوضين . . . ليعرف ما الذي ملك بازاء ما بذل » (٢٤) . ففيه تتحدد التزامات كل طرف على وجه التعيين

(٢١) المكاسب ج ١ ص ٧٩ وهداية الطالب الى اسرار المكاسب ج ١ ص ١٦٩ .

(٢٢) انظر على سبيل المثال ما جاء في (تذكرة الفقهاء) ج ٧ ص ٩٨ فما بعد .

(٢٣) المصدر المذكور ج ١ ص ١٢٧ .

(٢٤) تذكرة الفقهاء ج ٧ ص ٣٢ .

بحيث يعرف كل منهما ما له وما عليه بشكل تنتفي معه الجهالة المؤدية للنزاع .

وعقد البيع من العقود الرضائية ، بمعنى عدم اشتراط انعقاده بأنفاظ خاصة على رأي البعض من الفقهاء . فهو يقع بأية صيغة تدل على انشائه . ويستفاد ذلك من اكتفاء البعض في انعقاده بكل لفظ (دال) على ذلك ، خلافا لغيرهم من مشترطي ورود الصيغة بلفظ (بت) و (قبلت) في هيئة الماضي (٢٥) .

وعقد البيع أيضا من العقود الناقلة للملكية بذاتها ، بمعنى ترتيبها الملكية للبائع والمشتري على المبيع والشن بسجرد انعقادها دون توقف على أمر آخر ، كأشتراط قبض الطرفين لكل من المبيع والشن . فنقل ملكية العوضين مما تقضي به طبيعة عقد البيع وليس من مستلزماته . وهذا واضح من قولهم بصحة بيع المشتري للمبيع قبل قبضه ، وقولهم يتسلك المشتري لنساء المبيع المتولد في المدة المتخللة بين انعقاد العقد وتسليمه للمشتري (٢٦) ، وهو ما سنبحثه بالتفصيل في القسم الثاني من هذا الكتاب المتعلق بأحكام عقد البيع .

جاء في (تحرير المجلة) : « ان العقد هو الايجاب والقبول ، واذا حصل بالشرائط المعتبرة فقد صار المبيع للمشتري والشن للبائع ، فيجب على كل منهما أن يدفع الى الآخر المال الذي اتقل اليه . فالقبض والاقباض ، أي التسليم والتسلم ، من آثار العقد لا من اركانها ومقوماته الا في موارد مخصوصة للدليل الخاص كبيع الصرف بالنسبة الى النقدين وبيع السلم بالنسبة الى الشن ، والهبة . فان القبض في هذه الموارد ركن لا تحصل الملكية الا به بخلاف سائر انواع البيوع فانها تحصل بالعقد ويكون المبيع في يد البائع كأمانة يجب دفعها الى صاحبها، وهكذا

(٢٥) تحرير المجلة ج ١ ص ١٤١ ، وشرايع الاسلام ج ١ ص ٩٨ .

(٢٦) تحرير المجلة ج ٢ ص ٨ .

التمن عند المشتري * (٢٧) *

وبناء على ما تقدم يمكن تحديد أوصاف عقد البيع في الفقه
الجعفري بأنه :

- ١ - عقد معاوضة ، ملزم للطرفين •
- ٢ - رضائي •
- ٣ - التزامات الطرفين فيه محددة •
- ٤ - ناقل للملكية بطبيعته •

تلك هي أهم أقوال فقهاء الامامية الواردة في تعريف عقد البيع
وبيان اوصافه ذكرناها بايجاز لنخلص منها الى الكلام في اركان البيع
وعناصره •

وسيكون كلامنا عن ذلك في اربعة فصول :

- الاول : في الصيغة وشروطها والوسائل الاخرى في انعقاد البيوع •
- الثاني : في المتعاقدين وشروطهما •
- الثالث : في المبيع وشروطه •
- الرابع : في الثمن وشروطه •

الفصل الأول

الصيغة

- ١ - المراد بالصيغة
- ٢ - سبق الايجاب للقبول
- ٣ - توالي الايجاب والقبول
- ٤ - مادة الصيغة أو هيئتها
- ٥ - هل تشترط الصراحة في العقد
- ٦ - التنجيز في الصيغة
- ٧ - مطابقة الايجاب للقبول
- ٨ - الوسائل الاخرى في التعبير عن الارادة

(١) المراد بالصيغة

(الصيغة) أو التراضي ، أو الايجاب والقبول ، ما يصدر من المتعاقدين من الفاظ دالة على ارادة أحدهم انشاء العقد ، وقبول العاقد الآخر به .

ولا تقل عناية الفقه الجعفري بالصيغة عن عناية بقية المذاهب بها . فهي ركن العقد الذي لا بد منه ، كما يقول العلامة الحلبي (١) .
فالايجاب والقبول هما المظهران الاكثر صراحة في ايضاح ارادة المتعاقدين والتعبير عنها . ولا يقدر في ذلك وجود وسائل اخرى للتعبير عن هذه الارادة ، كالكتابة والاشارة والتبادل الفعلي الدال على التراضي أو التعاطي . بل ان العلامة الحلبي عدّ الصيغة هي المظهر الوحيد للتعبير

(١) تذكرة الفقهاء ، ج ٧ ، ص ٣ .

عن الارادة عند المقدرة عليها (فلا تكفي الاشارة الام مع العجز ، للأصل ،
 ولا الكتابة لأمكان العبث) (٢) .
 ولم يقر التبادل الفعلي الدال على التراضي كوسيلة للتعبير عن
 تراضي الطرفين (فلا تكفي المعاطاة في الجليل والحقير) (٣) . ذلك لأنه
 يرى أن المعاطاة كما ثبتت في البيع ثبتت في غيره من العقود
 كالهبة والاجارة والرهن ، فلا يكفي التبادل الفعلي للتعبير
 عن الرضا بالبيع لأن الأفعال قاصرة عن الدلالة على المقاصد ، فلا بد مما
 يميزها ويوضحها وليس هو الا اللفظ . واذا كان فقهاء الامامية المتأخرون
 قد اجازوا بيع التعاطي فانهم مع ذلك لم يجعلوا حكمه ملزما كحكم
 العقد المنعقد بالايجاب والقبول اللفظيين ، بل يعتقد جائزا لدى غالبية
 فقهاء الامامية ، ولا يلزم الا بشروط على النحو الذي سنبحثه عند الكلام
 عن وسائل التعبير عن الارادة (٤) .

(٢) سبق الايجاب للقبول

لا تعرض مسألة سبق الايجاب للقبول في المذاهب الفقهية المختلفة
 الا لتقرير ما جرى العمل عليه من اطلاق مصطلح (الايجاب) على أول
 كلام يصدر من أحد المتعاقدين ، والقبول - على ما يصدر من المتعاقد
 الآخر ، لا فرق بين أن يكون بائعا او مشتريا ، ولذا فقد يصدر ايجاب
 البيع من المشتري ، ويصدر القبول من البائع .
 ولكن المستفاد من النصوص العديدة الواردة في كتب الفقه
 الجعفري ان مسألة سبق الايجاب للقبول لا يراد بها تقرير هذا المعيار
 الشكلي القائم على اساس الصدور الزمني لكل من الايجاب والقبول

(٢) تذكرة الفقهاء ، ج ٧ ، ص ٧ .

(٣) تذكرة الفقهاء ، ج ٧ ، ص ٣ .

(٤) الامام كاشف الغطاء في « تحرير المجلة » ج ١ ، ص ١٥٢ .

ومحسن الحكيم في « منهاج الصالحين ج ٢ ، ص ١٠ ، ومحمد رضا آل

ياسين في « بلفة الراغبين » ص ١٢٧ .

الذي تأخذ به المذاهب الأخرى ، بل يراد بها قصر صدور الإيجاب من
البائع دون المشتري . والقبول من المشتري دون البائع .
وبناء على ذلك فإن الإيجاب إيجاب ، والقبول قبول تقدم أحدهما
الآخر أم تأخر عنه .

ومع ذلك فإننا نجد إلى جانب هذه النصوص نصوصاً فقهية لا تقل
عن الأولى عدداً يستفاد منها أخذ الفقه الجعفري بالمعيار الشكلي في
التمييز بين الإيجاب والقبول ، وها أنا أسوق بعض النصوص الفقهية :

جاء في (مسائل الخلاف) للشيخ الطوسي « البيع ينعقد بوجود
الإيجاب من البائع والقبول من المشتري » (٥) .

وجاء في (تذكرة الفقهاء) بصدد الكلام عن شروط الصيغة :
« ويشترط أمور :

أ - تقديم الإيجاب على الأقوى ، خلافاً للشافعي وأحمد ، عملاً
بالأصل ، والدلالة على الرضا ليست كافية » (٦) .

وجاء في منهاج الصالحين ، لمحسن الحكيم « ولا يجوز فيه تقديم
القبول على الإيجاب » (٧) .

فالمستفاد من هذه النصوص أن الإيجاب لا يصدر من غير البائع
والقبول من غير المشتري . كما أنه لا وجه للكلام عن ضرورة سبق
الإيجاب للقبول إلا إذا كان فقه الإمامية لا يرى إمكان سبق القبول
للإيجاب ، أي أنه لا يأخذ بالمعيار الذي تأخذ به المذاهب الأخرى في
تمييز الإيجاب عن القبول والقائم على أساس صدور الزماني لكل منهما ،
حيث لا تبرز مطلقاً ، في ظل هذه المذاهب مسألة سبق الإيجاب للقبول .

ويبدو هذا المنحى في تمييز الإيجاب والقبول واضحاً جد الوضوح

(٥) مسائل الخلاف ، ج ١ ، ص ١٩٢ .

(٦) تذكرة الفقهاء ، ج ٧ ، ص ٤ .

(٧) منهاج الصالحين ، ج ٢ ، ص ٩ .

فيسا كتبه الامام كاشف الغطاء في معرض نقده للمادة (١٠١) من مجلة الاحكام العدلية :

« فالقبول ليس الا مطاوعة لفعل الموجب ، وينحل أيضا الى تملك وتمليك ولكن من الرضا بفعل الموجب لا من فعله^(٨) مباشرة . فظهر من هذا البيان ان الموجب هو الذي يملك ويتملك سواء تقدم لفظه أو تأخر . فقضية الموجب والقابل ليست قضية تقديم أو تأخير وانما الفرق بينهما جوهرى ومعنوي وحالهما يشبه الجملة الكسر والانكسار وان كان ايضا بين المقامين فروق من جهات ، ولكن الغرض تصوير ان القبول لا يختلف تقدم أو تأخر أو تقارن . فلو جوزنا تقدم القبول على الايجاب وفاقا لبعضهم سيما بمثل : اشترت وابتعت ونظائرهما ، وقال الموجب بعده : بعث واشترت ونحوهما ، فالاول قبول والثاني ايجاب ، لأن الأول مطاوعة لعسل الثاني »^(٩) .

وإذا كان الامام كاشف الغطاء قد أصاب في تفسير القبول بانه رضا واقرار لفعل الموجب ، فإنه لم يكن كذلك في قصره صدور الايجاب من أحد العاقدين (البائع) . وصدور القبول من الآخر (المشتري) دون غيره ، فمثل هذا القول لا ينسجم مع ما جرى به تعامل الناس من امكان صدور الايجاب أو القبول من البائع أو المشتري على حد سواء دون أن يخل ذلك بصحة العقود الناتجة .

كما أن ما يقوله الامام كاشف الغطاء من انحلال القبول الى (تمليك وتملك) ولكن من الرضا بفعل الموجب ، اذا كان يتفق مع حالة واحدة من اشكال البيع الشائع^(١٠) وهي حالة صدور الايجاب من البائع وصدور القبول من المشتري بلفظ (قبلت) ، فإنه لا ينسجم مع الصور

(٨) اي لا من فعل القابل ، بل من فعل الموجب .

(٩) تحرير المجلة ج ١ ، ص ١١٧ .

(١٠) البيع الشائع ، المصطلح الذي اختاره الامام كاشف الغطاء بدلا من اصطلاح (البيع المطلق) الذي يراه غير دقيق : « لان الجميع مطلق من وجه ومقيد من آخر » (تحرير المجلة ، ج ١ ، ص ١٢٧) .

الأخرى التي يتضمنها عقد البيع في الفقه الإسلامي كالمقايضة والصرف
والحالات الأخرى الغالبة في البيع الشائع .

وكان الإمام كاشف الغطاء قد شعر بما يتضمنه هذا الرأي من نفي
لما استقر عليه التعامل ، ومن حرج في اشتراط صدور الإيجاب من البائع
أولا ، ومن ثم صدور القبول من المشتري بعد ذلك . لذا فهو يعود في
موضع آخر ليخصص حكم هذا الرأي بالبيع الشائع فقط ، أي بيع
العين بالنقد، فيقول: «وإذا لم يكن من أحدهما» (١١) القبول ومابعناه مثل:
ابتعت واشترت ، ففي الحقيقة كل منهما موجب وقابل باختلاف الاعتبار،
بل يسكن الحكم بالصحة حتى مع التقارن في هذه الصيغ ، ويسكن فيها
تطرق التفصيل بين ما إذا كان البيع صرفا أو مقايضة ، فكل منهما موجب
وقابل تقارنا أو تقدم أحدهما على الآخر ، أما لو كان أحد العوضين سلعة
والآخر نقدا فصاحب النقد مشتريا وقابلا وصاحب السلعة بايعا وموجبا
تقدم أو تأخر» (١٢) .

وظاهر ان هذا التدارك لم يزل ما بهذا الرأي من خلل ، ففي بيع
العين بالنقد قد يكون أحد المتعاقدين مشتريا وموجبا ، ويكون الآخر
بائعا وقابلا، والأمثلة على ذلك كثيرة حتى في الفقه الجعفري، جاء في (تذكرة
الفقهاء) : «ولو تقدم القول بلفظ الطلب بأن قال : بعني ، بدل قوله :
اشترت ، فقال البائع بعتك ، لم ينعقد . . لأنه ليس صريحا في الإيجاب
فقد يتصد أن يعرف ان البائع هل يرغب في البيع» (١٣) .

والإمام كاشف الغطاء يعترف ، رغم دفاعه الحار عن المعيار الذي
يقول به الفقه الجعفري في تمييز الإيجاب عن القبول بأن : «ترتب
الثرة على تعيين الموجب من القابل قليلة ، والفائدة العملية معدومة
ضمنية» (١٤) . وكفى الله المؤمنين شر القتال .

(١١) أي من أحد العاقدين

(١٢) تحرير المجلة ، ج ١ ، ص ١٤٩ .

(١٣) تذكرة الفقهاء ، ج ٧ ، ص ٥ .

(١٤) تحرير المجلة ، ج ١ ، ص ١٤٩ .

الخلاصة :

ونخلص مما سبق الى أن افقه الجعفري مع اخذه بالمعيار الشكلي القائم على أساس الصدور الزمني في تمييز الايجاب عن القبول ، فقد وجد فيه رأي يقول بأن الايجاب لا يمكن صدوره من غير البائع ، والقبول من غير المشتري وذلك في حالة البيع المطلق على الاقل .

(٣) توالي الايجاب والقبول

ويجب التمييز بين سبق الايجاب للقبول ، الذي هو كما رأينا تحصيل حاصل لا قيمة عملية له ، وبين توالي الايجاب والقبول الذي يعد شرطاً لازماً لصحة العقود جميعاً ، ومنها عقد البيع .

والمراد بتوالي الايجاب والقبول صدور القبول مباشرة بعد الايجاب واتصاله به بحيث لا يكون ثمة فصل زمني مخلّ بهذا الاتصال ولو كان قليلاً . فاذا حصل مثل هذا الفصل بين الايجاب والقبول وجاء القبول بعد فترة زمنية ، ولو قليلة ، من صدور الايجاب لم يفد هذا القبول شيئاً ووقع العقد باطلاً لحصول الفصل المخلّ بالوحدة الاتصالية .

ويرر الامام كاشف الغطاء ذلك بقوله « وهذا من الواضحات التي يوجب تصورهما تصديقهما ، فان الفاتحة مثلاً سورة واحدة ولها هيئة اتصالية مخصوصة . فاذا قيل : اقرأ الفاتحة ، وقرأت (الحمد) وبعد ساعة قلت (لله) ، وهكذا حتى استتمتها في عشرين ساعة لا يقول العرف انه قرأ الفاتحة . وهكذا في كل ما له هيئة تأليفية . ولذا قالوا : للمتكلم ان يلحق بكلامه ما شاء ولكن بما دام مشغولاً بالكلام فاذا انقطع عد كلاماً ثانياً ، وعليه بنوا قضية الاقرار والاستثناء ، فلو قال : علي لزيد عشرة دراهم ، وقال بعد ساعة : الا درهما او استثنى درهما ، ونحو ذلك ، لم يقبل ويعد من قبيل الانكار بعد الاقرار بخلاف ما لو اتصل بكلامه الاول . وحيث أن العقد كجملة واحدة مركب من ايجاب

وقبول مرتبط أحدهما بالآخر أشد الربط معنى وحقيقة فيلزم اتصالهما صورة ولفظا كالإنسان المركب من أعضاء مرتبط بعضها ببعض فلو انفصلت لم يعد إنسانا ، فإن شخصية كل إنسان متقومة بتأليفه الخاص» (١٥) .

ولكن ما هو معيار تمييز الفصل المخل عن غيره ؟

يقول الإمام كاشف الغطاء : « ان ذلك موكول الى نظر العرف وهو يختلف حسب الموارد ، فالوصل بين لفظ الجلالة و (اكبر) اشد فيما بين فصول الآذان بعضها مع بعض ، والفصل بين آية وأخرى اوسع منه ما بين جملة وأخرى في نفس الآية ، والفصل بين كلمة وأخرى في الجملة الواحدة اضيق منه بين تقس الجمل» (١٦) .

ويبدو ان هذا الضابط يحد كثيرا من غلواء مبدأ توالي الايجاب والقبول الذي يبدو ، في الظاهر فقط ، معارضا لخيار المجلس الذي يقرره الفقه الجعفري لكلا المتعاقدين ، مع انه نتيجة لهذا الخيار وهو ما سأوضحه بشيء من التفصيل :

العقد لدى الجعفرية وان كان ينعقد باقتران الايجاب والقبول ، ولكنه ينعقد مع ذلك جائزا ، أي ان لكل من العاقدين الرجوع عنه ما داما في مجلس العقد ، فاذا افترقا سقطت حقهما في الرجوع ولزم العقد . وهذا هو خيار المجلس الذي اخذت به الجعفرية والحنابلة والشافعية استنادا الى الحديث (البيعان بالخيار ما لم يفترقا) . أما لدى المالكية والأحناف فالعقد لازم لمجرد اقتران القبول بالايجاب ، ولا يحق للعاقدين بعد ذلك الرجوع عنه . ولكن ما يخفف من شدة ذلك ان للسوجب الرجوع عن ايجابه قبل صدور قبول الطرف الآخر ، كما ان لمن وجه اليه الايجاب ان يصدر قبوله في مجلس العقد ما لم يرجع

(١٥) تحرير المجلة ج ٧ ص ١٦٢ ، ومنهاج الصالحين ج ٢ ص ١٠ .

(١٦) المصدر السابق ج ١ ص ١٦٣ .

الموجب عن ايجابه أو يصدر من احدهما ما يدل على الاعراض .
فاذا اصدر قبوله في مجلس العقد لزم العقد ولا يحق لأي منهما
الرجوع عنه .

ولو أن الجعفرية اخذوا بما يقرره المالكية والاحناف ولم يشترطوا
توالي الايجاب والقبول لكان معنى ذلك انهم يلغون عمليا خيار المجلس
الذي يرون ان الشارع جاء به لاستكمال ارادة المتعاقدين وابعاد كل
ضير يلحق بهما من التسرع وعدم اتروي عند ابرام العقد . لذا فقد
قرر الفقه الجعفري مبدأتوالي الايجاب والقبول الذي يلزم القابل باصدار
قبوله مباشرة بعد صدور ايجاب الموجب دون فاصل زمني مخل بوحدة
الايجاب والقبول ، دون أن يخشى كل متعاقد لحوق الغبن به ، لأن
العقد الناتج عن ذلك يقع غير لازم، ولكل منهما استعمال حقه في الرجوع
عن العقد طبقا لما يقضي به خيار المجلس المقرر بنص الحديث .

وهكذا يبدو ان مبدأتوالي الايجاب والقبول ليس الا مما يقتضيه
خيار المجلس المقرر في الفقه الجعفري .

(٤) مادة الصيغة ، أو هيئتها

صيغة العقد اما ان ترد بلفظ الماضي المتحضر للحال ، او المضارع
المحتمل للحال وللإستقبال ، او بلفظ الامر، أو الإستقبال، أو الإستفهام .
فما حكم العقد في كل صيغة من هذه في الفقه الجعفري ؟

١ - صيغة الماضي :

يجمع فقهاء الامامية على انعقاد العقد بصيغة الماضي الدال على
الحال ولا يرون في بقية الصيغ عبارة تصلح كالماضي لانشاء العقد .
فينعقد العقد بها دون بحث عن نية المتعاقدين اخذا بالارادة الظاهرة .
ذلك لأن صيغة الماضي صريحة في الدلالة على أن ارادة المتعاقد قد

جاوزت دور التفكير والتردد الى دور الجزم والقطع النهائي في الامور .
فالعلامة الحلي يشترط في الايجاب والقبول « الأتيان بهما بلفظ
الماضي ، فلو قال : ابيعك ، أو قال : اشترى ، لم يقع اجماعا . . . ولو
تقدم بلفظ الاستفهام فيقول : أتبيعي : فيقول : بعثك ، لم يصح اجماعا
لأنه ليس بقبول ولا استدعاء » (١٧) .

ويوضح الامام كاشف الغطاء الأمر بشيء من التفصيل فيقول :
« ان البيع ونحوه من العقود لما كان من المعاني الابدائية التي لا حقيقة
لها في الخارج الا بنفس انشائها وايجادها فاذا انشئت تحققت ووجدت ،
وحيث ان هيئة الماضي هي الصريحة في الدلالة على الثبوت وتحقق
الوقوع ومفادها الصريح نسبة وقوع الفعل من الفاعل . . . فمدلول هذه
الصيغة الخاصة مطابقة هو الثبوت والتحقق فاذا استعملت في العقود من
بيع ونحوه دات صراحة على تحقق وقوع معانيها وثبوتها ، فكانت هي
الهيئة الصريحة في انشاء تلك المعاني المحتاجة الى ما يدل على تحقق
وقوعها » (١٨) .

ويقول : في موضع آخر : « ان الماضي هي الصيغة الصريحة في
عامة العقود باتفاق الجميع بدون نية ، أي بطبيعتها ومن غير حاجة الى
قرينة كما في قرنيه ، والا فقصد الانشاء لازم في الجميع » (١٩) .

وهكذا فان الفقه الجعفري يأخذ بما اجمعت عليه المذاهب الاخرى
من انعقاد العقد بصيغة الماضي دون بحث عن نية المتعاقدين لصراحتها
في الدلالة على قصدتها (٢٠) .

-
- (١٧) تذكرة الفقهاء ج ٧ ص ٥ .
(١٨) تحرير المحلة ج ١ ص ١٤٥ .
(١٩) المصدر السابق ج ١ ص ١٥١ .
(٢٠) راجع (مصادر الحق في الفقه الاسلامي) للسنبهوري ، ج ١
ص ٨٥ فما بعدها ، وفيه نصوص فقهية كثيرة عن انعقاد العقد بالصيغ
المختلفة لدى المذاهب الاخرى .

٢ - صيغة المضارع :

لما كانت صيغة المضارع مما يحتمل الحال والاستقبال ، بل الغالب في استعمالها للاستقبال فلا ينعقد ، لذلك ، العقد بها الا اذا قامت قرينة حالية او مقالية تدل على ارادة انشاء العقد او القبول به في الحال ، لذا وجب البحث عن الارادة الحقيقية للمتعاقدين ، أي الأخذ بالارادة الباطنة . وفي هذا يقول الامام كاشف الغطاء : « ان هيئة الماضي هي الصريحة في العقود وسيما البيع ، ولذا اتفقوا قولاً واحداً على نحقق العقد بها ، واختلفوا في المضارع واسم الفاعل . والحق انهما لا يصلحان لانشاء المعاني العقدية بهما الا مع القرينة ، فتقول : أنا بائع ، تريد انشاء البيع وتحقيقه بذلك ، مع القرينة الواضحة من حال او مقال ، فليس هو ولا مضارعه من صيغ العقد الصريحة كالماضي » (٢١) .

وهذا هو ما تقرره المذاهب الاخرى جميعاً من ضرورة البحث عن النية في العقود التي ترد بصيغة المضارع .

٣ - صيغة الامر والاستدعاء :

لا ينعقد العقد بصيغة الامر لانصرافها الى طلب انشاء البيع لا البيع نفسه ، فلا ينعقد اخذاً بالارادة الظاهرة لتحصن هذه الصيغة للاستقبال .

يقول العلامة الحلبي : « ولو تقدم القبول بلفظ الطلب ، بأن قال : بعني ، بدل قوله : اشتريت ، فقال البائع : بعتك ، لم ينعقد . . لأنه ليس صريحاً في الايجاب ، فقد يقصد ان البائع هل يرغب في البيع . . نعم لو قال المشتري بعد ذلك : اشتريته ، او قبلت ، صح اجماعاً » (٢٢) .
ويقول الامام الحسين كاشف الغطاء : « واما صيغة الامر والطلب ، مثل : بعني او زوجني ونحوهما ، فهي أبعد من المضارع واخيه

(٢١) تحرير المجلة ج ١ ص ١٤٦ .

(٢٢) تذكرة الفقهاء ج ٧ ص ٥ .

بكثير (٢٣) اذ ليس هو انشاء للبيع بل طلب انشاءه من الغير فهو استدعاء محض ، أما لزوما ان كان من العالي ، او التماسا ورجاء ان كان من غيره . . وما ورد في بعض الاخبار من كفاية الطلب حيث قال : زوجنيها يا رسول الله ان لم يكن لك بها حاجة ، وما في شراء العبد الآبق وبيع المصحف وغيرها مما هو ظاهر في كفاية المضارع والامر ، محمول على المقابلة قبل البيع تمهيدا لاجراء الصيغة ، لا الاكتفاء بنفس ذلك القول (٢٤) .

فصيغة الامر لا تصلح ، كما رأينا ، لانشاء العقد في الفقه الجعفري ، ذلك ان الغرض منها اما أن يكون طلب انشاء العقد ، لا انشاء العقد نفسه ، واما معرفة ما اذا كان العاقد الآخر يرغب في انشاءه ام لا ، تمهيدا لانشاءه بالصيغة اللازمة لذلك . وهم يلتقون في هذا مع الحنفية والمالكية والحنابلة في أحد الاقوال ، ويختلفون مع الشافعية الذين يرون انعقاد العقد بصيغة الامر الدالة على الحال ، ومع الحنابلة والمالكية في قول لكل منهم (٢٥) .

٤ - صيغة الاستقبال والاستفهام :

صيغة الاستقبال ، أي المضارع المقترن بالسين او سوف ، وصيغة الاستفهام لا ينعقد بهما العقد اجماعا لدى فقهاء الجعفرية . وهو ما اجمعت عليه المذاهب الاخرى أيضا ، لتمحض هاتين الصيغتين للاستقبال . واردة المتعاقدين فيهما ظاهرة في عدم ارادة انشاء العقد في الحال . فلا داعي اذن لتترك الارادة الظاهرة والبحث عن النية .

يقول العلامة الحلبي : « ولو تقدم بلفظ الاستفهام فيقول :

(٢٣) يقصد باخيه اسم الفاعل .

(٢٤) تحرير المجلة ج ١ ص ١٤٧ .

(٢٥) مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ١ ص ٨٥ فما بعدها .

أتبيغني ؟ فيقول : بعثك ، لم يصح اجماعا لأنه ليس بقبول ولا استدعاء» (٢٦) .

الخلاصة

- (١) ينعقد العقد في الفقه الجعفري بصيغة الماضي اخذا بالارادة الظاهرة ودون بحث عن النية ، وهذا ما اجمعت عليه بقية المذاهب .
- (٢) ولا ينعقد بصيغة الاستقبال والاستفهام دون بحث عن النية ، وهو ما اجمعت عليه المذاهب الاخرى أيضا .
- (٣) ولا ينعقد بصيغة المضارع الا اذا قامت قرينة من حال او مقال تدل على ارادة الايجاب او القبول ، فان لم تقم هذه القرينة فلا عقد ، وهو ما اجمعت عليه المذاهب الاخرى أيضا .
- (٤) اما انعقاده بصيغة الامر والطلب فالجعفرية يرون عدم انعقاده لانصرافهما الى الاستقبال ، خلافا لبعض المذاهب التي ترى انصرافهما الى الحال .

استثناء هام :

تبدو القواعد الاربع السالفة وكأنها سيدة ميدان التعاقد دون منازع ، فهي الاصل في انعقاد العقود . غير ان الفقه الجعفري يورد عليها استثناء يكاد يلهتها التهاما وان احتفظت هذه القواعد بأهميتها العملية .

وقد اورد العلامة الحلي هذا الاستثناء الهام في تذكرته فقال : «انما يفترق الى الايجاب والقبول فيما ليس بضمني من البيوع ، اما الضمني ، كأعق عبدك عني بكذا ، فيكفي فيه الالتماس والجواب ، ولا تعتبر الصيغ المتقدمة اجماعا» (٢٧) .

واستنادا الى ما كتبه محققا كتاب العلامة الحلي المذكور فان :

(٢٦) تذكرة الفقهاء ج ٧ ص ٥ .

(٢٧) المصدر السابق ، نفس الصفحة .

« قول الرجل لمالك العبد : اعتق عبدك عني بكذا ، استدعاء لتمليكه له
اولاً ليعتقه عنه فيحصل النقل والانتقال بهذا الاستدعاء
والجواب ، فيقدر وقوعه في ملكه قبل العتق آناً ما ، لأنه لا عتق الا
في ملك . فيكون هذا بيعاً ضمناً ولا يحتاج الى الشروط المقررة لصيغة
عقد البيع اجماً » (٢٨) .

ومثل هذا الاستثناء يبدو وكأنه يلغي كل ما تقرر من قواعد لازمة
لانشاء العقود . غير ان التفكير الصحيح لا يؤدي بنا الى مثل هذه
النتيجة ، بل الى ان نحفظ للقواعد السالفة لزومها في انشاء العقود .
فانعقاد العقد عن طريق الايجاب والقبول هو الامر الغالب في التعامل ،
ثم تأتي بعد ذلك الافعال ، كوسيلة لانشاء العقود . ولذلك يقول الامام
الحسين كاشف الغطاء : « ان انشاء التمليك لا بد له من أمر خارجي
يتحقق به ويكون آلة لايجاده ، والاتفاظ هي الادوات التي يبني العقلاء
على اظهارها مقاصدهم بها حكاية او ايجادا ، بمعنى خبرا أو انشاء .
ثم في المرتبة الثانية الافعال . فان للافعال ظهوراً كما للاقوال . وينشأ
بها المعاني الاعتبارية كما ينشأ بالاقوال . فكما انك اذا قلت لشخص :
هذه العين لك ، تارة تريد اخباره بأنها له وتارة تريد انشاء تمليكها له ،
فكذلك اذا دفعتها له وانت ساكت ، قد تريد ان دفعها اليه من جهة انها
ملكه وماله العتيد ، وتارة تريد أنها له فتكون من ماله الجديد . فهذا
عقد والتزام ضمني فعلي لا قولي . وهو مع قصد التعاوض بيع ويشمله
(احل الله البيع) ولكنه ليس كالعقد القولي يجب الوفاء به لما عرفت
قريباً من أن (اوفوا بالعقود) . لا تشمل الا العقود اللفظية المنشأة
لعناوينها الخاصة بها ف (احل الله البيع) تثبت مشروعية هذا العقد وانه
مؤثر ، ولكن دليل اللزوم قاصر عنها فتكون جائزة ولكل من الطرفين
الرجوع ما دام كل من العوضين قائماً موجوداً ، أما مع تلفهما أو تلف

(٢٨) المصدر السابق ، ص ٦٠٥

احدهما فيأتي اللزوم كما هو الشأن في جميع العقود الجائزة» (٢٩) .
وهكذا فان الوسيلة الاولى والغالبة في ابرام العقود هي اللفظية
ومتى ما تم العقد بالايجاب والقبول ولم يكن مقترنا بخيار من الخيارات،
لزم العقد ووجب وهو القمة في العقود غير ان التراضي القولي ليس هو
الاسلوب الوحيد لانشاء العقود ، فهناك الافعال التي يستفاد منها
حصول تراضي الطرفين على انشاء العقد والالتزام بأحكامه . غير ان
هذه ليست كالأقوال وضوحاً في الايضاح عن ارادة المتعاقدين والتعبير
عنها ، فهي محتملة للتأويل اذا لم تقم قرينة ترجح احدى المعاني التي
يدل عليها الفعل . فدفعت شيئاً الى شخص قد يكون على سبيل الهبة
او الاعارة او اقراراً منك بحقه في هذه الشيء كأن يكون هو مالكة
الاصلي . وقد يكون التسليم على سبيل التسليك بعوض والقرينة الحالية
هي التي ترجح هذا الحكم أو ذلك . فان دلت القرينة على أن ارادتك
انصرفت الى تسليكه الشيء بقصد المعاوضة كان هناك بيع ، غير انه
لم ينشأ باقتران القبول والايجاب ، بل عن طريق التصرف الفعلي الدال
على انصراف ارادتك للبيع .

والعقود المنشأة عن طريق التصرف الفعلي لا تكون لازمة كما هو
شأن العقود المنشأة بالالفاظ ، بل جائزة أي مقترنة بالخيار للمتعاقدين ،
ولا يقدر ذلك - أي كونه جائزاً - في كونه عقداً . فالعقد الجائز ملزم
لطرفيه حتى يستعمل من له الخيار خياره، فينسخ أو تضي المدة المحددة
لاستعماله فيلزم نهائياً . وفي ذلك يقول الامام الحسين كاشف الغطاء :
« فان العقد الجائز أيضا قد اتزم الطرفان بضمونه ولكن ما دام العقد،
وغاية الفرق بينه ، أي بين العقد الجائز ، وبين اللازم ان ذلك له ان يحله
متى شاء بخلاف الثاني . أما في ظرف عدم حله فيجب الوفاء به وتترتب
آثاره عليه » (٣٠) .

(٢٩) تحرير المجلة ج ١ ص ١٥٣ .

٥ - هل تشترط الصراحة في الصيغة

الأصل ان العقد ينعقد بكل لفظ دال على ارادة انشاءه ، أي على التملك والتسليم ، ولا يلزم أن يكون لفظه مشتقا من عنوان العقد المراد ابرامه ، فينعقد بانفاظ مثل : بعت وملكت وعاضت ونقلت في الايجاب ، واشتريت وابتعت وقبلت في القبول . فالغاية هي أن يفهم كل متعاقد مراد الآخر كي يقع القبول موافقا للايجاب . وقد يتم ذلك بالانفاظ المفصحة بذاتها عن قصد المتعاقدين ، كالانفاظ المشتقة من عنوان العقد ، أو بالانفاظ دالة على ذلك بالقرينة ، كاستعمال الكنايات في الايجاب والقبول ، مثل : (بارك الله في صفقتك) و (شايف الخير) الى آخره .

وقد جاء في (منهاج الصالحين) : « ويحصل - أي عقد البيع - بكل لفظ دال على المقصود وان لم يكن صريحا فيه » (٣١) .

وجاء في (بلغة الراغبين في فقه آل ياسين) : « كما انه - أي عقد البيع - لا يعتبر فيه الصراحة بل يقع بكل ما دل على المقصود عند أهل المحاورة » (٣٢) .

وإذا كان الأصل ان العقد ينعقد بكل لفظ يفهم منه احد المتعاقدين مراد الآخر فان ذلك لا ينفي تفاوت الانفاظ في مدى دلالتها على ارادة المتعاقدين وصدقها في ذلك ، فالانفاظ المشتقة من عنوان العقد ، كبعت واشتريت ، لا يمكن أن يرقى اليها شك في دلالتها على قصد المتعاقدين ، في حين تحتمل الانفاظ الدالة على قصد المتعاقدين بالقرينة اكثر من معنى واحد .

لذا فقد رتب الفقه الجعفري على هذا التفاوت اختلاف حكم

(٣٠) تحرير المجلة ج ١ ص ١٤٣ .

(٣١) المصدر المذكور ج ٢ ص ٩ .

(٣٢) المصدر المذكور ص ١٢٧ .

العقد المنعقد بهذه الصيغة او تلك . فالعقد المبرم بالفاظ مشتقة من عنوانه يقع لازما ، والأصل فيه اللزوم ، وعلى مدعى العكس اثبات ذلك بينما يقع العقد المبرم بالفاظ دالة على قصد المتعاقدين بالقرينة جائزا والأصل فيه الجواز وعلى مدعى العكس يقع الاثبات .

وفي ذلك يقول الحسين كاشف الغطاء : « ان العقد يتحقق عرفا بانشاء معناه لفظا مطلقا بشرط افهام القصد والمراد ولو بالقرينة ، ولكن اللزوم الشرعي ووجوب الوفاء يسكن منع شسواه لكل عقد عرفي حتى ما انشأ باللفظ الغير موضوع لذلك العنوان . وسره ان (اللام) في العقود التي في الآية ظاهرة في العهد لا الجنس ، فيكون الحكم ثابتا للعقود المعهودة في العرف الشائعة فيسا بينهم لا مطلق ما يستعملونه . ومن المعلوم ان الشايح المتداول من العقود عندهم هو ما كان انشاءؤه بالألفاظ المنتزعة من عنوان ذلك العقد ، فالمتداول من عقد البيع هو ما يشتق من هذا العنوان واخواته مثل : بعت واشتريت وشريت وابتعت وقبلت ، لا مثل : ملكت وتملكت ونقلت وعاوزت ، واشباه ذلك . . وهكذا الكلام في سائر العقود ذات العناوين الخاصة كالهبة والصلح والمزارعة . . » (٣٣)

لا يشترط خلو الصيغة من اللحن :

لما كانت العبرة في الصيغة أن تكون مؤدية الى فهم كل متعاقد لغرض الآخر ومطابقة القبول للإيجاب ، فلا يمنع من انعقاد العقد ما يشوب صيغته من لحن أو خروج على قواعد اللغة مادام ذلك لا يغير المعنى في كلام المتعاقدين ، فلو قال : بعتك (بفتح الباء) أو بعتك (بفتح الزاء) انعقد العقد . أما اذا كان اللحن مغيرا للمعنى بحيث لا يفهم ما يريد المتكلم الا بالقرينة فقد انعقد العقد جائزا غير لازم ، وفي انعقاده اشكال (٣٤) .

(٣٣) تحرير المجلة ج ١ ص ١٤٤ .

(٣٤) تحرير المجلة ج ١ ص ١٤٧ ، ومنهاج الصالحين ج ٢ ص ٩ .

عدم اشتراط العربية في الصيغة :

لا عبرة باللغة التي يعقد بها العقد ، فلا تشترط العربية في الصيغة . ويرى فقهاء الامامية ان الاداة العامة كـ (أوفوا بالعقود) و (أحل الله البيع) شاملة لكل عقد في كل لغة ، ولكن يجب مراعاة الالفاظ التي تنشأ بها العقود والمأخوذة من عناوينها الخاصة في تلك اللغات . فللعربي ان يعقد بأي لغة يحسنها كالفارسية والتركية اذا جاء بالالفاظ التي يعقد بها العقد في هذه اللغات (٣٥) .

٦ - التنجيز في الصيغة

يشترط البعض من فقهاء الجعفرية في الصيغة أن تكون منجزة ، أي مفيدة انصراف ارادة المتعاقدين الى ترتيب أثر العقد في الحال . فلا يصح ، لهذا ، أن يكون العقد معلقا على شرط .

يقول الشيخ الانصاري : « ومن جملة الشرائط التي ذكرها جماعة التنجيز في العقد بأن لا يكون معلقا على شيء باداة الشرط ، بأن يقصد المتعاقدان انعقاد المعاملة في صورة وجود ذلك الشيء لا في غيرها » (٣٦) .

وقال السيد ابو الحسن الموسوي : « لا يجوز تعليق البيع على شيء غير حاصل حين العقد ، سواء علم حصوله فيما بعد ام لا . ولا على شيء مجهول الحصول حينه . وأما تعليقه على معلوم الحصول حينه ، كما اذا قيل : بعثك ان كان اليوم يوم السبت ، مع العلم به ، ففيه أشكال ، لا يبعد الجواز » (٣٧) .

ويقول الإمام الحسين كاشف الغطاء : « ومهما يكن فان الشروط تقييدية وتعليقية . والتعليقية باطلة لأن التنجيز عندنا شرط في عامة

(٣٥) تحرير المجلة ج ١ ص ١٤٧ ، وبلغه الراغبين ص ١٢٧ .

(٣٦) المكاسب ج ١ ص ٩٩ .

(٣٧) وسيلة النجاة ص ١٢٩ .

العقود ، والتعليق ينافي التنجز الا اذا كان صوريا صرفا كالتعليق على
محقق الوقوع ، مثل : ان كانت الشمس اليوم طالعة فقد بعتك ، فانه
يصح على الأصح وان استشكله بعض « (٣٨) » .

وجاء في (بلغة الراغبين في فقه آل ياسين) : « لا يجوز تعليق
البيع على شيء غير حاصل حين العقد سواء علم حصوله فيما بعد أم لا ،
ولا شيء مجهول الحصول حينه » (٣٩) .

وعلى هذا لا يصح جعل العقد معلقا أي موقوفا على شرط . والشرط
هو الأمر المستقبل المحتمل ، أي غير المحقق الوقوع الذي
يتوقف على وجوده وجود العقد . وبهذا التحديد للشرط يخرج من دائرته
الأمر المتحقق وقوعه لدى الطرفين حال العقد او قبله . كما يخرج من
دائرته الأمر الذي تحول العادة او العقل دون وقوعه .

وبناء على ذلك فان بعض أئمة الفقه الجعفري قد قالوا بصحة
العقود المنعقدة بصيغة : ان كان المبيع لي فقد بعته منك بكذا دينار ،
اذا كان معلوما لدى الطرفين حال العقد أو قبله كون المبيع ملك للبائع .
ورغم ان هؤلاء الأئمة قد قالوا ببطان كل عقد معلق على شرط مطلقا ،
فانهم قد فطنوا الى خروج هذه الحالة من دائرة الشرط . وينقل الشيخ
الأنصاري أقوال بعضهم حول الموضوع : « وعلل العلامة في (القواعد)
صحة : ان كان لي فقد بعته ، بأنه أمر واقع يعلمان وجوده فلا يضر عمله
شرطا . وكذا كل شرط علم وجوده فانه لا يوجب شككا في البيع ولا
وقوفه » كما نقل عن الشهيد قوله في (القواعد) : « فان قلت فعلى هذا
يبطل قوله في صورة انكار التوكيل : ان كان لي فقد بعته منك بكذا ،
قلت : هذا تعليق على واقع لا متوقع الحصول ، فهو علة للوقوع
ومصاحب له لا معلق عليه الوقوع » (٤٠) .

(٣٨) تحرير المجلة ج ١ ص ١٦٣ .

(٣٩) المصدر المذكور ص ١٢٨ .

(٤٠) المكاسب ج ١ ص ٩٩ .

وقال الحاج ميرزا فتاح الشهيدي التبريزي تعليقا على هذا الموضوع : « ان التعليق هنا صوري صرف لا واقعية له ، اذ يعتبر في حقيقة التعليق عدم العلم بتحقق المعلق عليه حين التعليق .. فهذا التعليق الموجود في الفرع المذكور صوري محض لأنه تعليق على أمر واقع يعلمان بوقوعه حين الانشاء لا أمر متوقع الحصول لا يعلمان كلاهما أو احدهما بوجوده » (٤١) .

وبعد أن حددنا معنى قاعدة التنجيز في العقود والمراد بتعليق العقد على الشرط ، واستبعدنا الحالة التي لا تدخل في دائرته ، فإن الحالات التي يمكن تصور تعليق العقد فيها لا تعدو احدي هذه الحالات الثلاث :

- ١ - تعليق العقد على أمر محتمل التحقق في الحال .
- ٢ - أو تعليقه على امر معلوم التحقق في الاستقبال .
- ٣ - أو تعليقه على أمر محتمل التحقق في الاستقبال .

أما حكم العقد في الحالة الاولى فقد قال العلامة الحلبي : « فلو علق العقد على شرط لم يصح ، وان كان الشرط المشية ، للجهل بثبوتها حال العقد وبقائها مدته » (٤٢) .

فالعقد لا ينعقد في هذه الحالة ولو كان تعليقه على مشيئة المشتري واراوته ، لعدم التحقق من ثبوتها قبل العقد ، وللجهل ببقائها حاله عند العلم بثبوتها قبله وعلى هذا لا يصح تعليق العقد على الشرط ولو كان محتمل التحقق في الحال .

أما حكم تعليق العقد في الحالة الثانية فقد قال الشيخ الانصاري : « وما كان معلوم الحصول في المستقبل ، وهو المعبر عنه بالصفة ، فالظاهر انه داخل في معقد اتفاقهم على عدم الجواز » (٤٣) .

(٤١) هداية الطالب الى اسرار المكاسب ج ١ ص ٢٠٠ .

(٤٢) تذكرة الفقهاء ج ٧ ص ٥ .

(٤٣) المكاسب ج ١ ص ٩٩ .

وقد وجد في الفقه الجعفري رأى يقول بصحة التعليق على الامر المستقبل المحقق الوقوع كما في التعليق على الوصف او الصفة ، ومن قال بذلك الامام الحسين كاشف الغطاء في (تحرير المجلة) فهو بعد ان يقسم الشرط الى شرط وصف : وهو المحقق الوقوع في الحال او الماضي أو الاستقبال ، مثل قولك : بعثك ان طلعت الشمس غدا أو ان كانت طالعة حالا - والى شرط حال ، وهو الممكن الوقوع فقد يقع وقد لا يقع ، مثل : بعثك أن جاء ولدي ، نراه يقول بصحة التعليق على شرط الوصف وهو الامر المستقبل المحقق الوقوع^(٤٤) وهو أيضا ظاهر قول بعض فقهاء الجعفرية كالمحقق الحلي والشهيد ، ولكن الغالب في الفتوى هو عدم صحة التعليق على الأمر المستقبل ولو كان محقق الوقوع .

وإذا كان الفقه الجعفري يرى عدم صحة العقود المعلقة على الأمر المحتمل التحقق في الحال ، وعلى الأمر المعلوم التحقق في الاستقبال ، فهو من باب أولى يرى عدم صحة العقد المعلق على أمر محتمل التحقق فسي الأستقبال . وهو حكم الحالة الثالثة .

العلة في منع التعليق

يقول الشهيد في كتابه (القواعد) : « لأن الانتقال بحكم الرضى ، ولا رضى الا مع الجزم ، والجزم ينافي التعليق »^(٤٥) . وقد شرح الحاج ميرزا فلاح الشهيدى هذه العبارة بقوله : « فشرح عبارته^(٤٦) أنه يعنى : لان الانتقال وترتب الاثر على العقد انما هو لاجل الرضى فعلا بالانتقال ، ولا رضى بالانتقال بحكم الاصل مع التعليق ، اذ احراز الرضى بالانتقال يعتمد ويناط بالجزم بالنقل ويتوقف عليه . والجزم به ينافي التعليق لان التعليق ،

(٤٤) تحرير المجلة ج ١ ص ٥٢ .

(٤٥) نقلا عن (المكاسب) ج ١ ص ٩٩ .

(٤٦) عبارته : عبارة الشهيد المارة .

بحسب اقتضاء ذاته ، لو خلي ونفسه ، للشك والترديد في حصول الشرط المعلق عليه وعدمه يلزم كون المعلق عليه في معرض احتمال عدم الحصول في المستقبل . » (٤٧) . وقد ذكر الامام الحسين كاشف الغطاء نفس العلة في منع التعليق بقوله : « ومهما يكن فان الشروط تقيدية وتعليقية ، والتعليقية باطلة لان التنجيز عندنا شرط في عامة العقود والتعليق ينافي التنجيز . . . » (٤٨) . ثم أوضح الامام الراحل في موضع آخر من الكتاب هذا الامر بما لا يقتضى مزيدا من الايضاح ، فقال : « وهذا هو التعليق الحقيقي الذي انفقت الامامية انه مبطل للعقود والايقاعات وانه لا بد فيها من التنجيز لان التعليق بهذا المعنى توقيف مضمون جملة على حصول جملة أخرى ، وحيث ان المعلق عليه غير حاصل فعلا فالبيع غير حاصل ايضا . وحصوله بعد يحتاج الى عقد جديد . » (٤٩)

نقد مفهوم التنجيز في الفقه الجعفري :

الواقع ان الفقه الجعفري باطلاله كل البيوع المعلقة على حدوث الامر المستقبل غير المحقق الوقوع ، بل وحتى الامر المستقبل المحقق الوقوع ، قد خالف ليس فقط المفهوم الصحيح للتنجيز في الصيغة ، بل وخالف أيضا ما استقر عليه التعامل بين الناس وجرى به العرف والعادة .
فالتعليق لا يمكن ان ينافي الجزم ، كما لا يمكن القول بأن العقد المعلق على الشرط لا يتوفر فيه الرضا بالبيع . فالجزم ثابت في مثل هذه البيوع واردة البائع والمشتري قد اتجهتا بصورة باتة الى قبول البيع . وأرتبط الأيجاب والقبول وكل ما في الامر أن آثار العقد لا ترتب الا عند تحقق الامر الذي علق عليه العقد وهذا الرأي مبني على التمييز الدقيق بين مفهوم (البيع) كمصدر أو سبب للمحقوق المترتبة لكلا طرفي العقد وبين

(٤٧) هداية الطالب الى اسرار المكسب ج ١ ص ١٩٩ .

(٤٨) تحرير المجلة ج ١ ص ١٦٣ .

(٤٩) تحرير المجلة ج ١ ص ٥٢ .

أثار هذا السبب أثنى قوامها الحقوق والالتزامات المتبادلة التي تنتج عن هذا السبب المولد لهذه الحقوق والالتزامات . وهو أمر ظاهر حتى في البيوع المطلقة غير المعلقة على شرط ، فهناك فاصل زمني ، ولو كان قليلا ، بين قيام العقد بارتباط الإيجاب والقبول وبين ترتب آثار هذا العقد .

والبائع بعقد بيع معلق لا يمكن القول أن رضاه غير متوفر ، فهو قد رضى البيع لكن لا على وجه التعجيل وحالا ، بل على وجه التأجيل وعند تحقق الشرط . وقد جرى العرف والتعامل على صحة البيوع التي تعقد معلقة على شرط دون حاجة المتعاقدين إلى عقد جديد عند تحقق الشرط ووقوعه ، بل إن آثار العقد الذي عقد بينهما تسرى فورا وبمجرد تحقق الشرط . وهذه الآثار وأهمها نقل ملكية العوضين إنما تنتقل للطرفين بموجب العقد الأول المقنود بينهما قبل تحقق الشرط وقد درج الناس على الأخذ بصحة هذه العقود دون أن يخامرهم شك في ذلك .

والظاهر إن هذه المأخذ قد دفعت ببعض فقهاء الجعفرية المتأخرين إلى التقليل من حدة شرط (التنجيز في الصيغة) حسب مفهومه في الفقه الجعفرى ، فرى الإمام الحسين كاشف الغطاء مثلا يقول بصحة العقود المعلقة على الأمر المستقبل المحقق الوقوع (التعليق على الوصف) وهو ما قال القدماء من فقهاء الجعفرية بعدم صحته كما لاحظ القارىء من الشواهد الفقهية التي سقناها في مقدمة هذا البحث .

٧ - مطابقة القبول للإيجاب

جاء في (تذكرة الفقهاء) : « لا بد من التطابق في المعنى بين الصيغتين » (٥٠) .

وقال الشيخ الأنصارى : « ومن جملة شروط العقد التطابق بين الإيجاب والقبول فلو أوجب البائع بالبيع على وجه خاص من حيث خصوص المشتري

(٥٠) المصدر المذكور ج ٧ ص ٦ .

او المئمن او الثمن او توابع العقد من الشروط فقبل المشتري على وجه آخر لم ينعقد . ووجه هذا الأشرط واضح ، وهو مأخوذ من اعتبار القبول وهو الرضى بالإيجاب » (٥١) .

وجاء في (سفينة النجاة) : « ويعتبر فيه بجميع أنحاء المطابقة بين الإيجاب والقبول » (٥٢) .

وجاء في (وجيزة الأحكام) عند الكلام عن شروط الصيغة : « ويعتبر فيه تقدم الإيجاب على القبول وتطابقهما » (٥٣) .

وجاء في (تحرير المجلة) بصدد التعليق على المادة ١٧٧ من المجلة ان موافقة القبول للإيجاب : « يعنى ان يقع القبول على ما وقع عليه الإيجاب جنسا وقدرًا ووصفا وغير ذلك » (٥٤) .

والمستفاد من النصوص السابقة أن المراد بهذا الشرط هو أن يجيء القبول موافقا لما عرضه الموجب من جميع الوجوه ، وعلى النحو الذي قصد إليه الموجب من حيث عناصر البيع والشروط التي يتضمنها ان وجدت . فان كانت شخصية المشتري مراعاة في العقد وجب ان يصدر القبول منه أو من يقوم مقامه وان يتم البيع لمصلحته لا لمصلحة من ينوب عنه . وفي ذلك يقول الشيخ الأنصاري : « فلو قال : بعته من موكلتك بكذا ، فقال : اشتريته لنفسى ، لم ينعقد » وهو يرى صحة البيع فيما لو : « قال : بعتك ، فأمر المخاطب وكيله بالقبول فقبل » (٥٥) .

والامر نفسه يمكن أن يقال بالنسبة لعناصر العقد الأخرى وهي المبيع والثمن .

-
- (٥١) المكاسب ج ١ ص ١٠٠-١٠١ .
 - (٥٢) المصدر المذكور ج ٣ ص ١٢٠ .
 - (٥٣) المصدر المذكور ص ٥٣ .
 - (٥٤) المصدر المذكور ج ١ ص ١٥٧ .
 - (٥٥) المكاسب ج ١ ص ١٠١ .

تجزئة القبول مع المحافظة على نسبة البدل :

وهل يعد من قبيل عدم التوافق بين الايجاب والقبول ان يعرض البائع شيئا معنا بثمان معين ، فيقبل المشتري شراء نصفه او ربعه بنصف الثمن الذي اراده البائع او ربعه ؟

يقول الشيخ الانصارى : « ولو قال : بعثك العبد بكذا ، فقال اشتريت نصفه بتمام الثمن أو نصفه ، لم ينعقد » (٥٦) .

وقال العلامة الحلبي : « فلو قال بعثك هذين بألف ، فقال : قبلت أحدهما بخمسائة أو قبلت نصفهما بنصف الثمن ... لم يقع » (٥٧) .

فالمستفاد أن الفقه الجعفري يعد تجزئة القبول ولو مع المحافظة على نسبة البدل من قبيل مخالفة القبول للايجاب ، فلا يقع العقد في مثل هذه الحالة .

هذا فيما لو عرض البائع المبيع صفقة واحدة وبثمان واحد ، والحل يختلف فيما لو عرض البائع المبيع صفقة واحدة وبثمان معين لكل جزء في البضاعة عندما تكون متعددة الافراد . وفي ذلك يقول الامام حسين كاشف الغطاء : « فلو قال بعثك هذين الكتابين احدهما بمائة والآخر بخمسين ، صح للمشتري أن يقول : قبلت الاخير بخمسين » (٥٨) .

وقد يبدو رأى الامام كاشف الغطاء معارضا لما قرره العلامة الحلبي في (تذكرة الفقهاء) : « فلو قال : بعثك هذين بألف ، فقال قبلت احدهما بخمسائة ... لم يقع » (٥٩) ولكن الحقيقة غير ذلك ، ففي المثال الذي ساقه العلامة الحلبي قد يكون ثمن جزئي البضاعة غير متساوي ، ويكون

(٥٦) المصدر السابق . نفس الصفحة .

(٥٧) تذكرة الفقهاء ج ٧ ص ٦ .

(٥٨) تحرير المجلة ج ١ ص ١٥٨ .

(٥٩) المصدر المذكور ج ٧ ص ٦ .

التمن الذي قبل به المشتري لقاء جزء واحد منهما غير مساو لما يطمح به البائع من تمن له ، وعلى هذا لا يتحقق شرط موافقة القبول للايجاب . ويلخص الامام الحسين كاشف الغطاء ما قلناه بقوله : « نعم لو باعه أنواعا متعددة بتمن واحد صفقة واحدة من دون تعيين تمن لكل واحد كان الاوجه عدم الصحة لو قبل المشتري بعضها بتمن بعينه من نفسه ... اما مع تكرر الايجاب وتعيين تمن لكل واحد فلا اشكال في صحة قبول بعض دون بعض ... لأنه بحكم عقود متعددة » (٦٠) .

حكم القبول المخالف :

هل يصح ان يكون قبول المشتري المخالف لما اوجبه البائع اساسا لعقد جديد بعد قبول البائع لما عرضه المشتري ؟

يرى الامام الحسين كاشف الغطاء صحة ذلك ، وأنه « لا يخلو من وجه اذا رضى البائع ثانيا » (٦١) . بل ان الامام يضع في ذلك ضابطة فيقول : « أنه كلما كان القبول بالنسبة للايجاب من قبيل الأقل والاكتر أو الاطلاق والتقييد صح بالقبول ثانيا » (٦٢) . وعلى ذلك يصح ان يكون قبول المشتري المخالف لايجاب البائع ايجابا جديدا ينقلب الى بيع بقبول البائع له ، رغم ان أئمة الجعفرى لا يأخذ بغير صدور الايجاب من البائع دون غيره .

تعديل القابل للتمن بالزيادة :

هذا الفرع داخل في مبحث القبول المخالف للايجاب ، ومع ذلك فأنى لم اجد المصادر الفقهية المتيسرة لدى قد تعرضت له بالايضاح . فلا بد اذا من الاخذ بالضابطة التي ساقها الامام في المبحث السابق وهي : (كلما كان القبول بالنسبة للايجاب من قبيل الأقل والاكتر أو الاطلاق والتقييد صح بالقبول ثانيا) . فلو قال البائع : بعثك هذا بألف فقال المشتري اشتريت

(٦٠) تحرير المجلة ج ١ ص ١٥٨ .

(٦١) المصدر السابق ، نفس الصفحة .

(٦٢) المصدر السابق ص ١٥٧ .

بألف ومائة ، فقال البائع : قبلت ، انعقد البيع على الألف ومائة •
ولكن ما الحل لو سكت ألبائع عن ايجاب المشتري ؟ هل تأخذ بقاعدة
القبول الضمني الوارد في المادة ١٧٨ من المجلة ، أم تعتبر أن الايجاب
كان مخالفا للقبول فلا عقد • ان ظاهر ما ورد في (تحرير المجلة) يفيد
قبول الامام كاشف الغطاء لقاعدة أقبول الضمني • ومقادها أن أقبول اذا
كان متضمنا للايجاب انعقد العقد على الثمن الذي أوجهه البائع ، وهو الألف
في هذه الحالة •

٨ - الوسائل الأخرى للتعبير عن الإرادة

الفقه الجعفري مفرق في اللفظية ، وهو لا يرى في غيرها - عند
القدرة عليها - وسيلة أخرى لانشاء العقد • فلا ينعقد الا باللفظ عند
الامكان او الاشارة من الأخرس ، وفي هذا يتفق الجعفرية مع الشافعية
ويختلفون مع المذاهب الأخرى على تفاوت •

جاء في (تحرير المجلة) : « لاعبرة عندنا معشر الامامية ، ولا تعقد
العقود والمعاملات الا بالالفاظ او اشارة الأخرس • فلو وجدنا كتاب زيد
الذي نعلم بأنه خطه وتوقيعه قد باع داره لا نحكم بالبيع حتى يعترف
هو أو تقوم البينة أو يحصل لنا اليقين بأنه قد أوقع صيغة البيع لفظا خلافا
لما يظهر من بقية المذاهب التي تعتبر الكتابة كاللفظ • اما عندنا فلو كتب :
اني بعت ، وكتب الأخر : اني قبلت لم يكن عندنا بيعا عقديا • فان تعاطيا
كان معاطاة والا فلا شيء » (٦٣) •

وجاء في موضع آخر من الكتاب : « قد عرفت ان الكتابة عندنا لا تصلح
للعقد وحالها حال الاشارة من انقاد • نعم مع العجز لا يبعد رجحان
الاشارة لانها أقرب الى اللفظ ••• أما الرسالة ، أي ارسال رسول لاجراء

(٦٣) المصدر المذكور ج ١ ص ١٥١ •

أبيع فإن كان بنحو الوكالة صح ، والا فهو فضولي ، (٦٤) .
فالذى نستخلصه مما سبق :

١ - ان الإشارة لاتصح من غير الاخرس او نحوه من المصمت أو
الاعجم . وهى تصح مع الامكان على التوكيل . وعند القدرة على الكتابة
وجد رأيان ، احدهما يقول بترجيح الإشارة لانها أقرب الى اللفظ والآخر
لا يرى ذلك .

٢ - فى التعاقد بين غائبين لا تصح الكتابة لذلك مطلقا ، وبالنسبة
للحاضرين ينظر ما اذا كانا قادرين على اللفظ فلا تصح الكتابة لذلك أيضا .
وتصح الكتابة لذلك مع العجز عن الإشارة والتوكيل فى رأى ، وحتى
مع القدرة والتوكيل فى رأى آخر ، وهو الأرجح .

٣ - لا ينعقد العقد بين غائبين بارسال رسول يحمل الايجاب الى الطرف
الآخر الا اذا كان الرسول وكيلًا عن المرسل فى انشاء العقد . فإن لم يكن
كذلك كان فضوليا .

المعاطاة

أو التعاقد بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضى ، كأن يدفع المشتري
القيمة لصاحب السلعة المعلومه الثمن ثم يأخذها والبائع ساكت .
والفقه الجعفرى لم يقبل التعاطى كوسيلة لانعقاد البيع الا بعد
تطور طويل . حيث بدأ بعدم ترتيب أى اثر لعقد البيع الناتج عن التعاطى
واعتباره بيعا فاسدا . ثم أبيع فى الخسيس من الاموال . ولكنه مع ذلك
لم يرتق الى مرتبة البيع ، اذ لا يفيد أكثر من الاباحة ولا يعنى سوى الرضا
بالانتفاع . وبعد ذلك اخذ بالتعاطى كوسيلة لانعقاد البيع فى الاموال
الخسيسة والنفيسة معا . ورغم ذلك فالبيع المنعقد بالمعاطاة ينعقد جائزا
من الطرفين أى مقترنا بخيار الفسخ للطرفين ، ولا يسقط هذا الحق ولو

(٦٤) المصدر السابق ، نفس الصفحة .

اشترط المتعاقدان ذلك عند ابرام العقد أو بعده ، فهو يبقى جائزا حتى يلزم بأحد الامور التي سنينها .

جاء في (تذكرة الفقهاء) بصدد الكلام عن الصيغة وشروطها : « الاشهر عندنا انه لا بد منها ، فلا تكفى المعاطاة في الجليل والحقير ، مثل : اعطني بهذا الدينار ثوبا فيعطيه مايرضيه ، أو يقول : خذ هذا الثوب بدينار ، يأخذه » (٦٥) .

اما ما يقوله الامام مالك بالبيع بما يعتقدہ الناس بعا ، لان الله وان احل البيع بالآية (وأحل الله البيع) فإنه لم يبين الكيفية فيجب الرجوع عندئذ الى العرف مثلما رجع اليه في القبض وغيره ، ولان البيع كان شائعا في زمن الرسول ولم ينقل عنه ولا عن أحد من أصحابه - مع كثرتهم - اشترط الايجاب والقبول والا لتواتر ذلك وشاع ، اذ لو كان ذلك شرطا في البيع لوجب نقله لما يؤدي اليه الاهمال والغفلة عن نقله من وقوع عقود المسلمين والناس عامة فاسدة (٦٦) - أما رأى الامام مالك هذا فإن العلامة الحلبي يرد عليه بقوله : « المعاطاة تثبت في غير البيع فيجب عود النص الى غيرها ، ونمنع عدم التواتر والاستغناء بالاباحة عنه » (٦٧) . فهو يرى أن المعاطاة كما تثبت في البيع تثبت في غيره من التصرفات كالهبة والاجارة والرهن . فالتعاطي ، والافعال عامة ، قاصرة على الدلالة على المقاصد فلا بد اذن مما يميزها . وليس هناك غير اللفظ ما يصلح لذلك . لذا يجب أن يعود نص الآية في كلمة (البيع) الى غير المعاطاة ، لان المعاطاة المجردة لا يصدق عليها البيع . والعلامة الحلبي لا يرى في التعاطي أكثر من افادته الاباحة لذلك يمكن الاستغناء عنه بها . وهذا هو ماذهب اليه الشيخ الطوسي في (مسائل الخلاف) : « اذا دفع قطعة الى البقلى أو الى الشارب وقال : اعطني بـقلا أو ماء ، فأعطاه فانه لا يكون بعا ،

(٦٥) المصدر المذكور ج ٧ ص ٥ .

(٦٦) مصادر الحق ج ١ ص ١٢٣ .

(٦٧) تذكرة الفقهاء ج ٧ ص ٤ .

وكذلك ساير المحقرات ، وانما يكون اباحة له يتصرف كل منهما فيما اخذه
تصرفا مباحا من غير أن يكون ملكه . وفائدة ذلك أن البقلى اذا أراد أن
يسترجع البقل أو أراد صاحب القطعة أن يسترجع قطعه كان لهما ذلك
لان الملك لم يحصل لهما . (٦٨)

والذى نستخلصه مما سبق ان التعاطى لم يكن ليفيد فى الفقه
الجعفرى الا اباحة الانتفاع أو التصرف حسب المقتضى وفى الاموال
الضئيلة القيمة (المحقرات) دون غيرها .

اما معيار التمييز بين (الحقيق) و (الجليل) من الاموال فىرى العلامة
الحلى أن ذلك موكول الى العرف ويختلف باختلاف جنس المال .
والجعفرية بهذا يتفقون - بشكل عام - مع مذهب الشافعية فى
المعاطاة ، وهم خلاف الاحناف والمالكية والحنابلة مع تفاوت فى مدى
صفة الالتزام فى بيع المعاطاة (٦٩) .

تطور المعاطاة الى بيع فى الفقه الجعفرى :

رأينا ان المذهب الجعفرى لم يكن يرى فى التعاطى أكثر من اباحته
الانتفاع او التصرف . غير أن هذا المذهب قبل فى زمن متأخر التعاطى
وسيلة لانعقاد البيع . وأظهر ما يكون ذلك لدى فقهاء الامامية المعاصرين .
ومع ذلك فإنهم لم يرتبوا لعقد البيع بالتعاطى نفس الاثر المترتب للبيع المنعقد
بايجاب وقبول لفظيين . فهو ينعقد جائزا من الطرفين ، أى مقترنا بحقهما
فى مسخه متى شاءا حتى بعد مفارقتهما مجلس العقد . أى أن لكل منهما
استعمال حقه فى الفسخ ليس فقط فى مجلس العقد استنادا الى خيار
المجلس ، بل وبعد سقوط خيار المجلس بتفرقهما ما لم يسقط الخيار
الثانى وذلك استنادا الى قاعدة اصالة عدم تداخل الاسباب والمسببات المقررة

(٦٨) مسائل الخلاف ج ١ ص ١٩٩ .

(٦٩) مصادر الحق ج ١ ص ١٢٤ .

في هذا المذهب (٧٠) . ففي عقد البيع بالتعاطى لا يلزم العقد بانتهاء مجلس العقد دون استعمال احدهم حقه في الرجوع ، بل يبقى جائزا حتى بعد انتهاء مجلس العقد ، اى له استعمال خيار ثمان لا يسقط الا باحد الامور التى سنينها .

وعقد البيع بالتعاطى لا يقع لازما حتى لو اتفقا على ذلك بعد ابرامه . فهو لا يلزم الا بأمور معينة . ولا يدل هذا الا على أن الفقه الجعفرى وان اقر التعاطى وسيلة لانعقاد البيع مدفوعا بدافع التيسير والتأثر بالمذاهب الفقهية الاخرى فإنه لم يبعد كثيرا عن اصوله التى لم تكن ترى فى المعاطاة اكثر من اباحة الانتفاع أو التصرف دون التملك والتمليك . على ان مايجب انتويه اليه ان هذا الفقه قد انتهى الى الغاء التمييز بين الاموال الحقيقية والجليلة ، فالتعاطى اليوم يصح فى كليهما . وثمرة الخلاف العملية بين اعتبار التعاطى اباحة أو عقد بيع انه لا يحق لمن فى يده المال فى الحالة الاولى التصرف بالمال تصرفا نافلا للملكية ، وكل تصرف يصدر منه هو بمثابة تصرف الفضولى ، بينما التصرف فى الحالة الثانية - أى عند عده يباع - ينقل البيع من حالة الجواز الى اللزوم .

بقى أن نرى مدى موافقة ما ذكرناه لنصوص الفقه الجعفرى المعاصر . فالامام محمد حسين كاشف الغطاء عند كلامه عن المعاطاة يرى ضرورة التمييز بين الرضا الذى يقصد به الانتفاع والتصرف (الرضا بتصرف الغير فى ملكك) وبين (المعاطاة التى هى أخت العقد اللفظى ، وهى التى يقصد

(٧٠) أى ان سبب خيار المجلس مستقل عن سبب الخيار المنوح للعاقدين فى عقد البيع بالمعاطاة ، فلا يتداخل هذا بذلك ، ولا تجب مدة الخيار الا بعد مدة الخيار الاقل . وفى ذلك يقول الامام كاشف الغطاء : « فإذا اشتريت حيوانا واشترطت لنفسك الخيار ثلاثة أيام لم تتداخل هذه الثلاثة فى ثلاثة خيار الحيوان ، بل يكون لك ثلاثة أخرى غيرها . لان الاصل فى كل سبب أن يكون له مسبب مستقل » (تحرير المجلة ج ١ ص ٩٨) .

بها انشاء البيع والتملك) • وهو يرى (ان هذه هي التي ينبغي ان تكون محل الكلام وموضع النقض والابرارم لا التي يراد بها الرضا واباحة التصرف وحلية الانتفاع) (٧١) كالعارية ونحوها •

وهكذا فنحن نرى ان الفقه الجعفرى قد هجر رأى القائل بأن التعاطى لا يرتب سوى حق الانتفاع والتصرف لا التملك والتملك ، وهو تطور كبير وان لم يبلغ ما بلغته من قبل بعض المذاهب الاخرى •

ثم يقول الامام محمد حسين كاشف الغطاء : « وصفوة ما عندنا هنا من التحقيق ان المشاهد المحسوس من حالنا ، بل ومن حال غيرنا ، من صغير أو كبير فى شراحتير أو خطير ، حتى الطفل المميز اذا اشترى شيئا من الاسواق فانه لا يقصد بدفعه المال من نقود وغيرها بازاء ما يأخذه من السلعة الامبادلة ذا بذاك وقطع علاقته من العين المدفوعة منه بالكلية عوض استيلائه على العين المأخوذة من الآخر فيصح على هذا تعريفها التحقيقى أو التقريبى بأنها عبارة عن أن يدفع كل من الاثنين ما له الى الآخر عوض ما يدفعه الاخر له • وقد مر عليك ان انشاء التملك لا بد له من أمر خارجى يتحقق به ويكون آلة لايجاده ، والالفاظ هي الادوات التي يبنى العقلاء على اظهار مقاصدهم بها حكاية او ايجادا يعنى خبرا او انشاء ، ثم فى الرتبة الثانية الافعال ، فان للافعال ظهورا كما للاقوال ، وينشأ بها المعانى الاعتبارية كما ينشأ بالاقوال ، فانك اذا قلت لشخص هذه العين لك تارة تريد اخباره بأنها له وتارة تريد انشاء تملكها له ، فكذلك اذا دفعتها له وأنت ساكت قد تريد أن تدفعها اليه من جهة أنها ملكه وماله العتيد ، وتارة تريد أنها له فتكون من ماله الجديد • فهذا عقد والتزام ضمنى ولكنه فعلى لا قولى وهو مع قصد التعاوض بيع ويشمله (أحل الله البيع) ولكنه ليس كالعقد القولى يجب الوفاء به لما عرفت قريبا من أن (أوفوا بالعقود) لاتشمل الا العقود اللفظية المنشأة لعناوينها الخاصة بها • فـ (أحل الله البيع)

(٧١) تحرير المجلة ج ١ ص ١٥٢ •

تبت مشروعته هذا العقد وأنه مؤثر ، ولكن دليل اللزوم قاصر عنها فتكون جائزة ، ولكل من الطرفين الرجوع ما دام كل من العوضين قائما موجودا ، أما مع تلفهما أو تلف أحدهما ، فيأتي اللزوم .» (٧٢)

وجاء في (منهاج الصالحين) لمحسن الحكيم : « الظاهر وقوع البيع بالمعاطاة بأن ينشئ البائع البيع باعطائه المبيع الى المشتري وينشئ المشتري القبول باعطاء الثمن الى البائع ، لا فرق في صحتها بين المال الخطير والحقير .»

« أما البيع المعاطاتي فهو وأن كان مفيدا للملك الا أنه جائز من الطرفين حتى مع شرط سقوط الخيار أو أسقاطه بعد العقد » (٧٣) .

وجاء في (بلغة الراغبين في فقه آل ياسين) : « الاقوى تحقق البيع بالمعاطاة و هي عبارة عن تسليم العين وتسلم عين أخرى من آخر بعنوان العوضية ، والظاهر تحققها بمجرد تسليم المبيع بقصد التمليك بالعوض مع قصد المشتري في أخذه التملك بذلك »

« البيع العقدي لارم من الطرفين لا يفسح الا بالتقابل أو بأحد الخيارات الآتية . واما المعاطاة فالاقوى أنها مفيدة للملك والمشهور أنها جائزة من الطرفين ولا تلزم الا بتلف احد العوضين او التصرف المغير أو التناقل للعين وفيه اشكال ، والقول باللزوم غير بعيد » (٧٤) .

والذي نستخلصه مما سبق :

أولا : ان الفقه الجعفري قد انتهى الى الاخذ بالتبادل الفعلي الدال على التراضي (المعاطاة) وسيلة لانعقاد البيع بشرط توفر نية التملك والتمليك .

ثانيا : ان عقد البيع الناتج عن المعاطاة يقع جائزا ولا يلزم الا بأمور .

اسباب لزوم بيع التعاطي :

١ - تلف العوضين ، أو أحدهما ، أو بعض أحدهما .

(٧٢) المصدر السابق ص ١٥٣ .

(٧٣) المصدر السابق ج ٢ ص ١٠ .

(٧٤) المصدر المذكور ص ١٢٧ .

- ٢ - التصرف بهما ، أو أحدهما ، ولا عبء بما إذا كان التصرف ناقلا للملكية أم لا . فلو أعار المشتري المبيع ثم استرده لزم العقد بمجرد الاعارة وسقط الخيار الممنوح له .
- ٣ - امتزاج أو اختلاط أحد العوضين بعين أخرى .
- ٤ - تغير أحد العوضين تغيرا مبدلا لوضعه .
- ٥ - موت أحد المتعاقدين . اما جنونه فلا يجعل العقد لازما ويقوم عليه مقامه في استعمال الخيار ان رأى ذلك . (٧٥) .

السكوت :

هل يعد السكوت في معرض الحاجة الى البيان قبولا ؟
 في (تذكرة الفقهاء) أورد العلامة الحلي فرعا لاحدى المسائل جاء فيه :
 « لو باع سلعة وصاحبها حاضر ساكت فحكمه حكم الغائب ، قاله
 علماؤنا وأكثر أهل العلم ، منهم أبو حنيفة والشافعي واحمد وابو يوسف ،
 لاحتمال السكوت غير الرضا . وقال ابن ليلي : سكوته اقرار كالبكر .
 والفرق الحياء المانع من كلامها . » (٧٦) .

وفي الكلام عن بيع الفضولى وجواز نفاذه بلحوق اجازة المالك جاء
 في (الروضة البهية) :

« ولا يكفي في الاجازة السكوت عند العقد مع علمه به أو عند
 عرضها ، أى الاجازة ، عليه ، لان السكوت أعم من الرضا فلا يدل عليه ، بل
 لا بد من لفظ صريح فيها كالعقد . » (٧٧) .

فالسكوت لا يفيد الرضا في الفقه الجعفري ، والرأى الذى ذهب اليه
 البعض في قياس حالة المتبايع بحالة سكوت البكر وعده اقرارا مردود بأن

(٧٥) تحرير المجلة ج ١ ص ١٥٣ ومنهاج الصالحين ج ٢ ص ١١ .

(٧٦) المصدر المذكور ج ٧ ص ٩ .

(٧٧) المصدر المذكور ج ١ ص ٢٧٨ .

الحياة المانع للبكر من الاجابة بالتقبول غير وارد في هذه الحالة . والحق ان قياس ابن ليلي قياس فاسد لتخلف العلة فيه . (٧٨) .

غير أن الامام كاشف الغطاء في شرحه للمادة (٦٦) من المجلة القائلة بأن (السكوت في معرض الحاجة بيان) يورد رأيا يبدو مخالفا في الظاهر لرأى العلامة الحلبي هذا وان كان مؤدى النظر الدقيق التوفيق بينهما ، قال رحمه الله : « فان السكوت لا يكون بيانا الا مع ظهور قرينة من حال أو مقال بأنه بيان سلبا أو أيجابا . ومنه ما ورد في الشرع في البكر وأنه يلزم أن تستأمر في زواج نفسها وسكوتها رضاها ، فقد اعتبر الشارع سكوتها رضا بقرينة أن أغلب ان الحياة يمنعها من التصريح بالتقبول فيكون السكوت قبولا . ومثله ما لو سكن رجل دار غيره . وقال له صاحب الدار أريد بدل سكنك عن كل شهر ديناراً فإنه يلزم بالدينار لو أستوفى المنفعة شهرا ، وهكذا نظائرهما . ومنه ما لو باع المرتهن العين المرهونة بحضور الراهن فإنه يعد اجازة خلافا لبعض الشراح .» (٧٩)

ففي رأبي أن ما ذهب اليه العلامة الحلبي من عدم اعتبار السكوت رضا انما هو مع عدم القرينة الحالية أو المقالية ، أما مع تحققها وانتفاء المانع من اعتباره أمانة على القبول فالرأى ما ذهب اليه الامام كاشف الغطاء .

(٧٨) القياس أحد أدلة الاحكام لدى جمهور أهل السنة خلافا للجعفرية الذين يرفضون الاخذ به . وركن القياس لدى القائلين به أربعة :

أ - الاصل .

ب - حكم الاصل .

ج - العلة .

د - الفرع .

وقد عرفوا العلة بأنها الوصف الموجود في الاصل والذي من أجله شرع الحكم ، وبناء على وجوده في الفرع سوي بالاصل في هذا الحكم . راجع (الوجيز في أصول الفقه) لعبد الكريم زيدان ص ١٧٩ . (٧٩) تحرير المجلة ج ١ ص ٤٥ .

الفصل الثاني

المتعاقدان

- ١ - شرط عدم الحجر لصغر أو سفه أو جنون أو مرض أو رق .
- ٢ - شرط الاختيار .
- ٣ - شرط القصد .
- ٤ - شرط ملك التصرف .

لا يكفي صدور الإيجاب وارتباطه بالقبول بشرائطهما التي أسلفنا الكلام عنها لانعقاد البيع وترتب آثاره عليه ، بل يجب صدور الصيغة ممن له أهلية التعاقد ، أي أهلية إجراء التصرفات المعتد بها شرعا . وذلك أمر لا يتحقق إلا بشرائط يجب توفرها في كل من البائع والمشتري . وهي :

- أ - ألا يكون محجورا عليه لصغر أو سفه أو جنون أو مرض أو فلس .
- ٢ - الاختيار .
- ٣ - القصد .
- ٤ - الملك .

وتخلف أحد هذه الشروط يترتب عليها نتائج متباينة تراوح بين بطلان العقد ، أو انعقاده موقوفا على اجازة من يملك ذلك على النحو الذي سنبينه عند الكلام عن شرائط المتعاقدين .

الشرط الاول : عدم الحجر لصغر أو سفه أو جنون أو مرض أو فلس

الحجر لغة المنع ، ووفقا للاصطلاح الفقهي « منع الانسان عن التصرف لوصف فيه فيما له التصرف فيه لولا ذلك الوصف » (١) . والمراد بالتصرف كل تصرف منشأ أو ناقل أو منه للحقوق قوليا كان أو فعليا . فالمحجور اذن « هو الممنوع في ماله » (٢) ، وأسباب الحجر ستة ، هي :

١ - الصغر .

٢ - السفه .

٣ - الجنون .

٤ - الجنون .

٥ - الفلس (٣) .

ومن التدقيق في اسباب المنع هذه يمكن القول ان من الشروط المتطلبية في المتعاقدين البلوغ والرشد وعدم السفه والعقل ، والا يكون المتعاقد قد أبرم العقد في مرض موته بقصد المحاباة مع قصور ثلث تركته عن استيعاب المبلغ الذي حابى به ، والا يكون محجورا عليه لافلاسه .
وستنخص كل شرط منها بشيء من التفصيل .

١ - البلوغ والرشد

البلوغ وعلائمه

يستفاد البلوغ من ظهور امارات معينة في جسم الانسان بينها فقهاء المذهب في مصنقاتهم ، وهي الاحتلام وانبات الشعر الخشن على العانة في الذكر والانتى وقد ألحق بها بعضهم اخضرار الشارب وانبات اللحية

(١) تحرير المجلة ج ٣ ص ١٥٨

(٢) المختصر النافع ص ١٤٠ ، وشرايع الاسلام ج ١ ص ١٢٥ .

(٣) المختصر النافع ص ١٤٠ ، وشرايع الاسلام ج ١ ص ١٢٥ .

والروضة البهية ج ١ ص ٣٥٩ ، وتحرير المجلة ج ٣ ص ١٥٩ .

لدى الذكر (٤) . أما الحمل والحيض في الانثى فقد عدتهما البعض علائم للبلوغ ، ولم يأخذ بها البعض كالمحقق الحلبي (٥) .
فتحقق أحد هذه الظواهر الجسمية أو كلها « علامات لشيء واحد وهو النضج والكمال وبلوغ حد الرجولية التي أثرها التوالد والتناسل وصلاحية الرجل فعلا للإجبال والانثى أن تحبل وتلك كواشف عن تلك الحقيقة والمرتبة (٦) .

الحكم بالبلوغ شرعا :

ومهما يكن من شأن هذه العلامات ودلالاتها على البلوغ فإن البلوغ يحكم به شرعا لمجرد اكمال الخامسة عشرة بالنسبة للذكر ، والعام التاسع بالنسبة للانثى ، وهو الرأي الاظهر في الفتوى لوجود من قال بالبلوغ من ثلاث عشرة الى اربع عشرة ، وباكمال التاسعة في الذكر (٧) .

الرشد :

وهو وصف يلحق البلوغ ويقترن به فلا يكفي احدهما دون الآخر لرفع الحجر عن الصغير . ويراد به « أن يكون مصلحا لماله » « بحيث يكون له ملكة نفسانية تقتضي اصلاحه وتمنع افساده وصرفه في غير الوجوه اللاتقة بافعال العقلاء ، لا مطلق الصلاح (٨) . » ومع عدم الوصفين أو أحدهما يستمر الحجر ولو طعن في السن (٩) .

فلا يكفي بلوغ الصغير سن البلوغ لرفع الحجر عنه واكتسابه أهلية التعاقد الكاملة ، بل يجب أن يبلغ راشدا ، ولا بد من تحقق الوصفين معا لرفع الحجر عنه وصورته اهلا للتعاقد ، فان تخلف أحد الوصفين ظل

(٤) الروضة البهية ج ١ ص ١٥٥ .

(٥) شرائع الاسلام ج ١ ص ١٢٥ .

(٦) تحرير المجلة ج ٣ ص ١٦٧ .

(٧) المختصر النافع ص ١٤٠ .

(٨) الروضة البهية ج ١ ص ٣٥٩ .

(٩) المختصر النافع ص ١٤٠ .

محجورا عليه مهما بلغ من السن^(١٠) . وقد عرفت ان المراد بالرشد هو حسن الانتفاع بماله بصرته واستغلاله في الوجه التي ينفق ويستغل بها العقلاء أموالهم ، وقد قرر فقهاء الامامية أن ذلك أمر يختلف باختلاف حالة الشخص الاجتماعية ومداركه التي نشأ عليها^(١١) .

العلة في الحجر على الصغير

يعرض لنا في مجال البحث عن علة الحجر على الصغير رأيان ترتب عليهما نتائج مختلفة . ورغم ان موضوع هذا البحث الصق بالنظرية العامة للعقود في الفقه منه بموضوعنا هذا الا أن ترتب نتائج عملية مختلفة عليه تتعلق بحكم تصرفات الصغير يدفعنا الى التعرض له بشيء من التفصيل . ولا أنسب من أن نورد ما كتبه الشيخ مرتضى الاضارى حول هذا الموضوع في كتابه (المكاسب) : « والحاصل فكل حكم شرعى يتعلق بالافعال التي يعتبر في ترتب الحكم الشرعى عليها القصد بحيث لا عبرة بها اذا وقعت بغير القصد فما يصدر منها عن الصبي قصدا بمنزلة الصادر عن غيره بلا قصد . فعقد الصبي وإيقاعه مع القصد كعقد الهازل والخطابي وإيقاعاتهم . بل يمكن بتلاحظه بعض ما ورد من هذه الاخبار في قتل الجنون والصبي استظهار المطلب من حديث رفع القلم^(١٢) ، وهو ما عن

(١٠) ار مذهب الجعفرية في اشتراطهم البلوغ مع الرشد هو عين ما ذهب اليه المذاهب الاخرى عدا الاحناف . والخلاف بين هؤلاء وبين جمهور المذاهب الاخرى ناشى عن تفسيرهم الآية (وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم) تفسيراً ذهبوا فيه الى أن « اسم الرشد يقع على العقل » فهم لهكذا لا يجيزون الحجر على الاسنان العاقل ولو كان سفهيا .

راجع (الاموال ونظرية العقد في الفقه الاسلامى) لمحمد يوسف

موسى ص ٣٢٤ .

(١١) الروضة البهية ج ١ ص ٣٦٠ .

(١٢) المراد به حديث : « رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبي حتى

يحتمل . وعن الجنون حتى يفارق ، وعن النائم حتى يستيقظ . وسيأتى الكلام عنه .

قرب الاسناد (١٣) بسنده عن ابي البخترى عن جعفر عن ابيه علي (ع) انه كان يقول : المجنون والمعتوه الذي لا يفيق والصبي الذي لم يبلغ عمدهما خطأ يحمله العاقلة وقد رفع عنهما القلم - انتهى . فان ذكر رفع القلم في الذيل ليس له وجه ارتباط الا بأن تكون علة لاصل الحكم وهو نبوت الدية على العاقلة ، أو بأن تكون معلولة لقوله عمدهما خطأ ، يعني انه لما كان قصدهما بمنزلة العدم في نظر الشارع وفي الواقع رفع القلم عنهما . ولا يخفى ان ارتباطها بالكلام على وجه العلية والمعلولية للحكم المذكور في الرواية ، اعني عدم مؤاخذه الصبي والمجنون بمقتضى جنابة العمد وهو القصاص ، ولا بمقتضى شبه العمد وهو الدية في مالهما لا يستقيم الا بأن يراد من رفع القلم ارتفاع المؤاخذه عنهما شرعا من حيث العقوبة الاخرى والديوية المتعلقة بالنفس كالقصاص أو المال كغرامة الدية وعدم ترتب ذلك على افعالهما المقصودة المتعمد اليها مما لو وقع من غيرهما مع القصد والتعمد لترتب عليه غرامة اخروية أو دنيوية . وعلى هذا فاذا التزم على نفسه مالا باقرار أو معاوضة ولو بأذن الولي فلا اثر له في الزامه بالمال ومؤاخذته به ولو بعد البلوغ . فاذا لم يلزمه شيء بالتزامه ولو كانت بأذن الولي فليس ذلك الا لسلب قصده وعدم العبرة بانسيائه ؛ اذ لو كان ذلك لاجل عدم استقلاله وحجره عن الالتزامات على نفسه لم يكن عدم المؤاخذه شاملا لصورة اذن الولي وقد فرضنا الحكم مطلقا فيدل بالالتزام على كون قصده في انشاءاته واخباراته مسلوب الاثر . ثم ان مقتضى عموم هذه الفقرة بناء على كونها علة للحكم عدم مؤاخذتهما بالاتلاف الحاصل منهما كما هو ظاهر المحكي عن بعض الا ان يلتزم بخروج

(١٣) قرب الاسناد ، اصطلاح يراد به الاحاديث والايخبار المروية عن اهل البيت اذا كانت مروية عنهم مباشرة أو بواسطة واحدة . وقد وضعت في هذا الموضوع عدة كتب معتبرة لدى الامامية ، منها قرب الاسناد لعلي بن ابراهيم بن هاشم القمي ، وآخر لعلي بن بابويه وآخر لابي جعفر محمد بن عيسى اليقطيني .

ذلك عن عموم رفع القلم ولا يخلو من بعد • ولكن هذا غير وارد على الاستدلال لانه ليس مبنيًا على كون رفع القلم علة للحكم لما عرفت من احتمال كونه معلولا لسلب اعتبار قصد الصبي والمجنون فيختص رفع قلم المؤاخذة بالأفعال التي يعتبر في المؤاخذة عليها قصد الفاعل فيخرج ، مثل الاتلاف ، فافهم واغتمم (١٤) •

والذي نخرج به من هذا العرض الطويل الى حد ما ان فقهاء الجعفرية قد ذهبوا في تعليل الحجر على الصغير مذهبين : فمنهم من يرى ان علة ذلك هو عدم استقلال الصبي والولاية المفروضة عليه بحكم الشرع ما دام لم يصل سن البلوغ • ومنهم من يعلله بكون الصغير قد عدت وسلبت ارادته ؛ شأنه في ذلك شأن المجنون ، مما يجعله غير أهل لابرار العقود ويجعل كل تصرفاته باطلة لا أهمية لها •

وعلى كل من التعليلين ترتب نتائج مختلفة •

حكم تصرفات الصبي :

وجدنا ان من فقهاء الجعفرية من قد عللوا الحجر المفروض على الصغير بعدم استقلاله ما دام غير بالغ ، وبناء على هذا التعليل فقد وجد منهم من قال بصحة تصرفات الصبي المميز وعقوده اذا ما لحقتها اجازة الولي ، وان كانت المسألة في نظرهم لا يخلو من اشكال ، ومن هؤلاء المحقق الحلبي في (الشرايع) حيث قال في كتاب (العارية) بجواز اعارة الصبي بأذن الولي مع مراعاة المصلحة ، بعد أن أفتى في (البيع) بعدم صحة بيع الصبي ولو أجازته الولي (١٥) • كما ذكر الشيخ مرتضى الانصاري في (المكاسب) بعض من يرى صحة عقد الصبي الذي تلحقه الاجازة (١٦) • كما أن عبارة

(١٤) المصدر المذكور ج ١ ص ١٥٥ •

(١٥) شرايع الاسلام ج ١ ص ٩٨ و ١٤٢ •

(١٦) المكاسب ج ١ ص ١١٤ •

العلامة الحلبي في (تذكرة الفقهاء) تشير الى وجود من يقول بجواز بيع
الضبي اذا بلغ العاشرة^(١٧) .
أما من يغلل منهم الحجر على الضبي بكونه مسلوب الارادة ، فقد
ذهب الى القول بطلان عقد الضبي المميز ولو لحقه الاجازة . وعلى هذا
اجماع فقهاء الجعفرية ، وقل أن تجد مصنفاً من مصنفاتهم أغفل النص على
ذلك . وهم في مطولاتهم يسهون في بيان دليل الابطال ويرجعونه الى
النص والاجماع .

أما النص فهو الحديث النبوي : « رفع القلم عن ثلاثة ؛ عن الضبي
حتى يحتلم ، وعن المجنون حتى يفيق ، وعن النائم حتى يستيقظ » .
وقد بين الشيخ الطوسي في (المبسوط) أن مقتضى رفع القلم أن لا يكون
لكلامه حكم^(١٨) هذا بالاضافة الى خبر حمزة بن حمران عن الباقر (ع)
والخبر المروي عن أبي البخري عن جعفر عن أبيه عن علي (ع)^(١٩)
وغيره من الاحاديث التي صحت لدى الجعفرية باستنادهم الخاصة بهم .
واما الاجماع فهو ما أشرنا اليه من عنايتهم بالنص على حكم تصرفات
الضبي وبيان مسائله العديدة في مصنفاتهم بشكل قل أن يخلو منها مؤلف
من مؤلفاتهم الوافرة .

فالرأي المجمع عليه والسائد لدى الجعفرية اذن هو بطلان تصرفات
الضبي ، مميزاً كان أم غير مميز ، أجازها الولي أم لم يجزها ، مما تحقق
فيه الخيرة أم لا . ولا يملك غير الولي انشاء العقود والتصرفات المتعلقة
بمسئله .

اولياء الصغير وترتيبهم :

في (الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية) : « والولاية في

(١٧) المصدر المذكور ج ٧ ص ٦ .

(١٨) المكاسب ج ١ ص ١١٤ .

(١٩) المصدر السابق ص ١١٤-١١٥ .

مالهما ، أي الصغير والمجنون ، للاب والجد له وان علا . فيشتركان في
الولاية لو اجتماعا ، فان اتفقا على أمر نفذ ، وان تعارضا قدم عقد السابق ،
فان اتفقا ففني بطلانه أو ترجيح الاب أو الجد أوجه . ثم الوصي لاحدهما
مع فقدهما . ثم الحاكم مع فقد الوصي « (٢٠) » .

وجاء في (شرايع الإسلام) : « الولاية في مال الطفل والمجنون للاب
والجد للاب . فان لم يكونا فللوصي ، فان لم يكن فللحاكم » (٢١) .

وفي (تحرير المجلة) : « والضابطة الجامعة مع اختصارها هي أن
أولياء الصبي أبوه وجاهه في رتبة واحدة ومن سبق تصرفه كان هو الناقد
وبطل الثاني ، ولو اقترنا مع التناهي بطلا . ومن بعدهما منصوبهما أو
منصوب أحدهما . ولا ولاية لاحد غير هؤلاء من قريب أو بعيد الا الحاكم
الشرعي أو منصوبه مع فقد اولئك أو عدم أهليتهم بفسور أو خيانة » (٢٢) .

فالولاية على الصغير لدى الجعفرية مقررة على وجه الحصر لكل من
الاب والجد ، ولو وصي الاب أو الجد أو وصيهما عند فقدهما ، ثم للحاكم
الشرعي ولو وصيه . وترتيبهم على الوجه التالي :

- ١ - الاب ، والجد وان علا ، وولايتهما في مرتبة واحدة ، ولكل
منهما اجراء التصرفات التي يراها منفردا ومجتمعاً ، وفي تعارض تصرفاتهما
تفصيل سنجده في الجزء الثاني من هذا الكتاب عند بحث أحكام عقد البيع .
- ٢ - وصي الاب أو الجد ، أو وصيهما معا ، عند فقدهما .
- ٣ - الحاكم الشرعي ، عند فقد وصي الاب أو الجد .
- ٤ - الشخص المنصوب من قبل الحاكم الشرعي .

ب - عدم السفة

السفة خلاف الرشد ، وحيث قد عرفت أن الرشد هو حسن

(٢٠) المصدر المذكور ج ١ ص ٣٦١ .

(٢١) المصدر المذكور ج ١ ص ١٢٦ .

(٢٢) المصدر المذكور ج ٣ ص ١٦٥ .

الانتفاع بالمال بانفاقه واستغلاله في الاوجه التي ينفق ويستغل بها العقلاء
 أموالهم ، فأعلم أن السفه هو ما كان خلاف ذلك . وفي تمييز السفه اورد
 المرحوم كاشف الغطاء بعض التصرفات التي يمكن تعيين السفه عن طريقها ،
 فالفسه هو « من يبيع ماله بأقل من ثمن المثل ويشترى بأكثر من ثمن
 المثل ... ومن أنفق أكثر أمواله في الخمر غالبا والملاهي أو شطرا من
 امواله ومن يبيع ما يحتاجه فيصرفه فيما لا يحتاجه مما يسمونه
 بالكماليات ... » (٢٣) .

حكم تصرفات السفه :

السفه محجور عليه سواء من بلغ سفها أو من كان السفه لاحقا
 لبلوغه وحكم بسفه ، فلا تصح تصرفاته المالية مطلقا وتقع باطلة ، ومنها
 عقود البيع التي يبرمها ولو كانت بمقتضى العقل وحسن التصرف ، بل
 وحتى لو تمحضت لمصلحته وذلك لقوله تعالى : « ولا تؤتوا السفهاء أموالكم »
 وفي ذلك يقول الامام كاشف الغطاء : « فمعاملاته المالية باطلة مطلقا حتى ما
 يوافق فيها طريقة العقلاء والاصل في ذلك قوله تعالى (ولا تؤتوا السفهاء
 أموالكم) بناء على ما هو الظاهر من ان المراد لا تعطوا أموالكم معاوضة
 عن أموالهم ... » (٢٤) .

وما دام السفه محجورا عليه ، فلا يملك ابرام العقود منفردا . وهل
 تصح هذه التصرفات باجازة الولي اللاحقة ؟ أفتى بعض فقهاء الامامية بذلك
 ومنهم المحقق الحلبي في (شرايع الاسلام) حيث قال : « ولو باع فأجاز
 الولي فالوجه الجواز للامن من الانخداع » (٢٥) . وهو نفس ما ذهب

(٢٢) تحرير المجلة ج ٣ ص ١٦٩ . وقد اورد الدكتور محمد
 يوسف موسى في كتابه (الاموال ونظرية العقد في الفقه الاسلامي) تعريفا
 للسفه مقاربا لما ذكرناه ، فهو لديه « عدم تدبير المال على الوجه الذي ينبغي
 (٢٤) تحرير المجلة ج ٣ ص ١٦٩ .
 (٢٥) المصدر المذكور ج ١ ص ١٢٦ .

اليه كاشف العطاء حيث قال : « كما يصح ان يعقد لنفسه يما أو نكاحا أو غيرها ولكن يبقى موقوفا على اجازة الولي .. » (٢٦) .
فلاصل في تصرفات السفه هو البطلان ولكن قيل بجواز صحتها اذا ما أجازها الولي .

الولاية على السفه :

يرى البعض أن تعيين حالة السفه أمر يحتاج الى الاجتهاد والتثبت من قيام أماراته وذلك لخفائه وصعوبة الحكم به . لذا فان الحجر على السفه سواء كان قد بلغ سفيها أم كان السفه لاحقا للبلوغ منوط بالحاكم الشرعي ، ولذا فهم يرون فيه لا غير وليا على السفه . جاء في (الروضة البهية) :
« وقيل الولاية في ماله للحاكم مطلقا لظهور توقف الحجر عليه ورفع على حكمه » (٢٧) . وجاء في (شرايع الاسلام) : « لا يثبت حجر المفلس الا بحكم الحاكم ، وهل يثبت في السفه بظهور سفهه ؟ فيه تردد ، والوجه أنه لا يثبت ، وكذا لا يزول الا بحكمه » (٢٨) . وجاء فيه ايضا : « أما السفه فالولاية للحاكم لا غير » (٢٩) .

ويرى آخرون أن ظاهر الآية الكريمة (فان آنتم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم) لا يتطلب لدفع اموالهم اليهم غير ائناس الرشده ولم يعلق ذلك على حكم الحاكم لذا فان عدم ائناس الرشده فيهم بعد البلوغ يعني استمرار الحجر عليهم للسفه ولا يقتضي استصدار حكم من الحاكم ، جاء في تحرير المجلة : « وانت خير بأن السفه أمر ذاتي ونقص في العقل والتفكير فهو كالصغير والمجنون فكما أن الحجر فيهما وفي المعتوه لا يتوقف على حكم الحاكم لاستناده الى أمر ذاتي فكذلك السفه .. » (٣٠) .

(٢٦) تحرير المجلة ج ٣ ص ١٧٠ .

(٢٧) المصدر المذكور ج ١ ص ٣٦١ .

(٢٨) المصدر المذكور ج ١ ص ١٢٦ .

(٢٩) المصدر السابق ، نفس الصفحة .

(٣٠) المصدر المذكور ج ٣ ص ١٧٠ .

وعملا بالاستصحاب لدى هؤلاء ولظاهر الآية الكريمة : (وان كان الذي عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليمل وليه بالغدل) فقد اثبتوا الولاية على السفه لمن كانت له الولاية على الصغير ، أي لكل من الاب والجد على النحو الوارد في مبحث الولاية على الصغير ،
مراجعته •

ومنهم من فصل بين ما اذا كان السفه قد لحقه ابتداء أي بلغ سفيها فتبت الولاية لمن تبت له على الصغير عملا بالاستصحاب وظاهر الآية المذكورة ، وبين ما اذا كان السفه لاحقا للبلوغ حيث يتعين لديهم السفه في هذه الحالة بحكم الحاكم وتبت الولاية له دون غيره من الاولياء ولو وجدوا • جاء في (الروضة البهية) : « والولاية في مال السفه الذي لم يسبق رشده كذلك للاب والجد الى آخر ما ذكر عملا بالاستصحاب • فان سبق رشده وارتفع الحجر عنه بالبلوغ معه ثم لحقه السفه فللحاكم الولاية دونهم لارتفاع الولاية عنه بالرشد فلا تعود اليهم الا بدليل وهو منتف ، والحاكم ولي عام لا يحتاج الى دليل وان تخلف في بعض الموارد (٣١) •

ومنهم من لم يشترط لقيام حالة السفه صدور حكم من الحاكم ، وهو يرى مع ذلك أن الولاية على السفه تثبت للمحاكم دون غيره من الاولياء ولو وجدوا ، والى هذا الرأي مال كاشف الغطاء ، اذ جاء (تحرير المجلة) : « وأنت خير بأن السفه أمر ذاتي ونقص في العقل والتفكير ، فهو كالصغير والمجنون • فكما ان الحجر فيهما وفي المعتوه لا يتوقف على حكم الحاكم لاستناده الى أمر ذاتي ، فكذلك السفه ••• وجاء أيضا : (والفرق بينه (٢٢) وبين الصبي المميز أن ولي هذا أولاد أبوه أو جده ، أما ولي السفه فهو الحاكم الشرعي حتى مع وجودهما أو وجود وصيهما ، (٢٣) •

(٣١) المصدر المذكور ج ١ ص ٣٦١ •

(٣٢) أي السفه •

(٣٣) المصدر المذكور ج ٣ ص ١٧٠ •

الخلاصة :

يمكن القول أنه رغم وصف (البطلان) و (عدم الصحة) الذي يلحق تصرفات السفه في الفقه الجعفري ، فإن هذا الفقه قد مال الى الاخذ بـ (وقف) هذه التصرفات ، أي اعتبارها موقوفة على اجازة الولي . وهذا هو الوجه الذي استخرجناه من المسائل العديدة المتناثرة في كتب فقهاءنا - ولو أخذنا بمطلق لفظ (البطلان) الوارد لما أمكن - وفقا لاصول الاستنباط في الفقه الجعفري - الحكم بصحة اجازة هذه التصرفات اذا ما لحقتها اجازة الولي . مما يجعلنا نحكم بأن هذا اللفظ ينصرف الى (الوقف) دون غيره ، وان اعتماد لفظ (البطلان) وصفا لتصرفات السفه لا يخلو من مسامحة وتجاوز .

ج - عدم الجنون «العقل» (٣٤)

الجنون محجور عليه سواء كان جنونه أصليا أو طارئا ، وسواء كان جنونا مطبقا أم متقطعا .

والولاية على المجنون لمن لهم الولاية على الصغير حسب الترتيب الذي أوردها . ولا تثبت الولاية لهؤلاء في المجنون جنونا متقطعا الا في فترات جنونه ، أما حال افاقة فلا .

ولا تصح بيوع المجنون وتمتع باطله ولو لحقتها اجازة الولي . ولا يملك غير أحد الاولياء ابرام البيوع المتعلقة بأموال المجنون .

جاء في (شرايع الاسلام) : « الولاية في مال الطفل والمجنون للاب والجد لاب ، فان لم يكونا فللوصي ، فان لم يكن فللحاكم » . (٣٥)

(٣٤) جاء في (الوجيز في اصول الفقه) لعبدالكريم زيدان ص ٧٨ : « عرف بعض الاصوليين الجنون بأنه اختلال العقل بحيث يمنع جريسان الافعال والاقوال على نهج العقل الا نادرا » . وقد اقتبس المؤلف التعريف المار من (التوضيح) للمحبوبي .

(٣٥) المصدر المذكور ج ١ ص ١٢٦ .

وجاء في (الروضة البهية) : « والولاية في مالهما ، أي الصغير
والمجنون ، للاب والجد له ، وان علا ، فيشتركان في الولاية لو اجتمعا ،
فإن اتفقا على أمر نفذ ، وان تعارضا قدم عقد السابق فإن اتفقا فصي بطلانه
أو ترجيح الاب أو الجد أوجه . ثم الوصي لاحدهما مع فقدهما ثم
الحاكم مع فقد الوصي ... » (٣٦) .

وجاء في (تذكرة الفقهاء) : « ولا يتعقد بيع المجنون وان أذن
وليّه ... » (٣٧) .

د - الا يكون قد أبرم البيع في مرض موته بقصد المحاباة

مع قصور ثلث تركته عن استيعاب المبلغ الذي حابى به

لانعرض لنا مسألة منع نفاذ تصرف المريض الا عند تحقق المحاباة في
تصرفه ، كأن يبيع ما قيمته مئتين بمئة ، أو يشتري ما قيمته ألف بألفين .
اذ استفاد من عقد كهذا ان المريض يستهدف من ورائه ان يخض التعاقد
معه بميزة مالية دون غيره من الورثة .

ان جميع تصرفات المريض اثناء مرض موته تقع صحيحة ونافذة في
الحال اذا ما تحققت شرائطها سواء كانت هبة أم معاوضة ، وليس لاحد
من ورثته الاعتراض على ذلك ، وكل مالهم هو عدم انفاذ العقد فيما جاوز
منه ثلث تركة مورثهم بعد وفاء الديون المتعلقة بها ان وجدت ، اذا ما تحققت
تهمة محاباة مورثهم لمن تعاقد معه . ولهذا آتئذ الخيار ، ان شاء فسخ
العقد واسترد ما دفعه ، أو قبل ودفع للورثة باقى الثمن الذى جرت به
المحاباة وقصر عن استيعابه ثلث التركة . كل هذا اذا لم يجز الورثة العقد
فيما جاوز منه ثلث تركة مورثهم .

فلتحقق الحالة التى يتم فيها منع تصرف المريض من النفاذ يلزم تحقق

الشروط التالية :

(٣٦) المصدر المذكور ج ١ ص ٣٦١ .

(٣٧) المصدر المذكور ج ٧ ص ٦ .

- ١ - أن يجزى التصرف في مرض موته .
- ٢ - تحقق تهمة المحاباة في التصرف .
- ٣ - قصور ثلث التركة عن شمول المبلغ الذي جرت به المحاباة .
- ٤ - أن لا يجيز الورثة التصرف فيما جاوز منه ثلث تركة مورثهم .

جاء في (تحرير المحلة) : « وعلى كل فالتصرفات المالية من المريض لو مات في مرضه لا يخلو أما أن تكون منجزة أو معلقة على الموت ، فالمعلقة على الموت هي الوصية فإن حقيقتها أنها تملك مجاني بعد الموت ولا تنفذ الا بمقدار الثلث ، فلو زادت توقفت على اجازة الورثة . اما المنجزة فنوعان : معاوضة بئمن المثل ، كبيع شيء بئمنه أو اجارة كذلك وهو نافذ اجماعا . أو محاباتي كهبة أو وقف أو عتق أو بيع أو اجارة باقل من ثمن المثل ، وهذا ايضا لا اشكال في نفوذه . اما الخلاف في أنه ينفذ من الاصل ويخرج الثلث من الباقي ، أو أنه يخرج من الثلث فإن زاد توقف على الاجازة كالوصية . المشهور بين المتقدمين هو الثاني وانعدت الشهرة بين المتأخرين على الاول . ومنشأ الخلاف اختلاف الاخبار ولا يبعد ترجيح اخبار الاصل المتضمنة ان الانسان أحق بماله ما دام في بدنه روح » (٣٨) .

وجاء في (المختصر النافع) : « تصرفات المريض ان كانت مشروطة بالوفاة فهي من الثلث . وان كانت منجزة وكان فيها محاباة أو عطية محضة فقولان ، اشبههما : أنها من الثلث » . (٣٩)

وجاء في (تذكرة الفقهاء) : « يشترط في العاقد انتفاء الحجر عنه ، فلو كان محجورا عليه برق أو سفه أو فليس أو مرض مع المحاباة وقصور الثلث على رأى بطل أو أوقف على الاجازة ، على الخلاف (٤٠) » .

وجاء في (الروضة البهية) : « والمريض ممنوع مما زاد عن الثلث

(٣٨) المصدر المذكور ج ٤ ص ٦٣

(٣٩) المصدر المذكور ص ١٦٧

(٤٠) المصدر المذكور ج ٧ ص ١٤

إذا تبرع به ، أما لو عاوض عليه بمن مثله نفذ وأن نجز ما تبرع به في مرضه بأن وهبه أو وقفه أو تصدق به أو حابى به في بيع أو اجارة على الأقوى للاخبار الكثيرة الدالة عليه منطوقاً ومفهوماً ، وقيل يمضى من الاصل للاصل ، وعليه شواهد من الاخبار . (٤١) .

فالأجماع منعقد بين الجعفرية على صحة عقد بيع المريض في مرض موته بمن المثل ، وكذا بيعه وشراؤه بقصد المحاباة ، غير أن الخلاف قائم حول ما يحابى به ، فبعض قال بنفاذه من أصل التركة كلها دون توقف على اجازة الورثة ، لأن الاصل هو حق الانسان في التصرف بماله كيف شاء ما دام على قيد الحياة . بينما يرى البعض منهم أن ما جرت به المحاباة في البيع المبرم أثناء مرض موته إنما هو بمثابة الوصية ، فلا ينفذ الا في حدود ثلث التركة وهو القدر الذي يجوز للشخص الايضاء به من ماله ، وما زاد على ذلك فهو موقوف على اجازة الورثة . وهو الرأي الاظهر في كتب الفقه الجعفرى .

هـ - الا يكون محجوراً عليه لافلاسـه

يمكن تعريف المفلس بأنه المدين الذى زادت ديونه الحالة الثابتة على اصوله ، وواقع الحجر على امواله بحكم من الحاكم بناء على طلب دائنيه أو أحدهم .

والحجر الذى يوقع على المدين المفلس حجر احتياطى يقصد من ورائه منعه من التصرف فى امواله التى تعلقت بها حقوق دائنيه تمهيدا لتبليغهم حقوقهم التى لم يشأ المدين المحجور عليه اداؤها بالحسنى فى آجالها المحددة . ومثل هذا الحجر لا يوقع الا بقرار من الحاكم بناء على توفر شروط تكفلت كتب الفقه بتوضيحها^(٤٢) ، لذا فان الحجر على تصرفات المدين

(٤١) المصدر المذكور ص ١ ص ٣٦١ .

(*) جاء فى (شرائع الاسلام) : « ولا يتحقق الحجر عليه الا بشروط أربعة :

في ماله لا يسرى الا من تاريخ صدور حكم الحاكم بايقاعه ، فترفع يد
المدين عن امواله المنقولة وغير المنقولة ، وتقع كل تصرفاته ومنها بيوعه التي
يبرمها بعد ايقاع الحجر عليه باطله لصدورها ممن لا يملك ذلك . ويختص
الحاكم دون غيره من الاولياء بالولاية على اموال المدين المحجور عليه .

جاء في (شرايع الاسلام) : المفلس : هو الذي جعل مفلسا أن منع
من التصرف في امواله واذا حجر عليه تعلق به منع التصرف لتعلق
حق الغرماء واختصاص كل غريم بحق ماله وقسمة امواله بين غرمائه . .
. ويمنع من التصرف احتياطا للغرماء ، فلو تصرف كان باطلا سواء كان
بعوض كالبيع والاجارة أو بغير عوض كالعتق والهبة (٤٢)

وهل تصحح اجازة الحاكم او الدائنين ما قد يبرمه المفلس من عقود
رغم الحجر عليه ؟

أن كون الحجر على المفلس تدير احتياطي يقصد منه ضمان ادائه
لحقوق دائنيه يقتضى ان تلحق الاجازة كل بيع يستهدف هذه النتيجة ،
كأن يتحقق فيه الخيرة أو كان بضمن المثل . ذلك ان مال امواله هو
البيع ولا يضار الدائنون شيئا من جراء تصرفه هذا . وفي ذلك يقول الامام
كاشف الغطاء : « والحجر لا يسقط عبارته فيجعلها لاغية كعبارة الغير مميز
بل له أن يتوكل عن الغير ، بل له أن يجرى العقود على امواله المحجورة
فتنفذ باجازة الغرماء أو الحاكم » (٤٣)

الاول : أن تكون ديونه ثابتة عند الحاكم . الثاني : أن تكون امواله
قاصرة عن ديونه . ويختصب من جملة امواله معوضات الديون . الثالث :
أن تكون حالة . الرابع : ان يلتصق الغرماء أو بعضهم الحجر عليه ، ولو
ظهرت اماراة المفلس لم يتبرع الحاكم بالحجر ، وكذا لو سأل هو الحجر .
(ج ١ ص ١٢٢)

(٤٢) المصدر المذكور ج ١ ص ١٢٢ .

(٤٣) تحرير المجلة ج ٣ ص ١٧٣ .

الشرط الثاني : الاختيار

١ - جاء في (الروضة البهية) : « ويشترط في المتعاقدين الكمال
والاختيار الا ان يرضى المكره بعد زوال اكراهه لانه بالغ رشيد قاصد الى
اللفظ دون مدلوله ، وانما منع عدم الرضا ، فاذا زال المانع أثمر العقد كعقد
الفضولي حيث اتفق القصد اليه من مالكة مع تحقق القصد الى اللفظ فسي
الجملة فلما لحقته اجازة المالك أثرت . » (٤٤)

وفي (شرايع الاسلام) : « واما الشروط فمنها ما يتعلق بالمتعاقدين
وهو البلوغ والعقل والاختيار . فلا يصح بيع الصبي ولا شراؤه وكذا
المنجون والمغمى عليه والسكران غير المميز والمكره ، ولو رضى كل منهم
بما فعل بعد زوال عذره عدا المكره للوثوق بعبارته » (٤٥)

وفي (تذكرة الفقهاء) : « الاختيار شرط في المتعاقدين ، فلا يصح
بيع المكره ولا شراؤه لقوله تعالى : (الا ان تكون تجارة عن تراض منكم) .
وجاء فيه ايضا : « لو رضى من منع عقده بفعله بعد زوال المانع لم
يصح ، الا المكره للوثوق بعبارته . . . » (٤٦)

وجاء في (المكاسب) : « ومن شرائط المتعاقدين الاختيار ، والمراد
به القصد الى وقوع مضمون العقد عن طيب نفس في مقابل الكراهة وعدم
طيب النفس ، لا الاختيار في مقابل الجبر . . . » (٤٧)

حكم عقد المكره :

ان مفاد النصوص السابقة هو أن الجعفرية قد ذهبوا الى انعقاد بيع
الاكراه موقوفا على اجازة المكره (بالفتح) بعد زوال الاكراه عنه . ولديهم
ان بيع المكره لا يقع فاسدا ، كما يقول الاحناف ، لان مفاد الفساد والبطلان

(٤٤) المصدر المذكور ج ١ ص ٢٧٦ .

(٤٥) المصدر المذكور ج ١ ص ٩٨ .

(٤٦) المصدر المذكور ج ٧ ص ٨-٧ .

(٤٧) المصدر المذكور ج ١ ص ١١٨ .

لديهم واحد ، فلا يمكن للاجازة اللاحقة أن تصحح ما كان فاسداً في الأصل .
 ورغم أن التزامنا بوحدة البحث يجعلنا نضرب صفحاً عن إيراد
 التعاريف العديدة للاكراه ، فإننا نشير مع ذلك إلى أن دائرة الاكراه في
 الفقه الجعفري دائرة واسعة المضطرب ، فالاكراه فيه يتحقق بمجرد عدم
 طيب النفس بالعقد الذي يكره الشخص على إيقاعه كما رأينا من الشاهد
 المقتبس من (المكاسب) . ومفهوم للاكراه بهذه السعة يشمل حتى ما
 اصطلاحنا على تسميته اليوم بالاكراه النفسي .

لا تمييز بين درجات الاكراه :

ولا تمييز في الفقه الجعفري بين الاكراه الملجأ وغير الملجأ في
 المعاملات ، فكل اكراه يعرض في عقد البيع كاف لجعل العقد موقوفاً على
 اجازة المكره بعد زوال الاكراه ، وذلك اذا ما تحقق وقوع الاكراه وهو
 أمر يمكن الحكم به بتحقيق الشروط التالية :

« الاول : ان يكون المكره (بالكسر) قادراً على فعل ما يتوعد به
 من ضرب أو حبس ونحوهما ... »

الثاني : ان يظن المكره (بالفتح) أو يقطع بأنه اذا لم يأت المكره عليه ،
 اوقع المكره (بالكسر) به ما يهدده فيه من قتل أو ضرب أو نحوهما ..
 الثالث : أن يكون المكره (بالفتح) عاجزاً عن مقاومته ورد شره
 عنه ، بنفسه أو بالاستعانة من حاكم أو غيره ... »

الرابع : أن يكون ما يتوعد به مما لا يحتمله المكره أو لا يليق بشأنه .
 وهذا يختلف باختلاف الأشخاص ومراتبهم ، كما يختلف باختلاف الأزمنة
 والامكنة وسائر الاعتبارات . فرب شخص لا يليق به كلمة فيها رائحة
 الاهانة فقد يفعل دفعا لهذه الكلمة فيكون مكرهاً . ورب شخص لا يضر
 شأنه الصفع والضرب والحبس والغل فيفعل الفعل خوف ذلك فلا يعد
 مكرهاً ... (٤٨)

(٤٨) تحرير المجلة ج ٣ ص ١٧٦ .

وكما نرى فإن الفقه الجعفرى يأخذ بمعيار شخصى بحث للحكم
بوقوع الاكراه أو عدم وقوعه ، آخذا بعين الاعتبار اختلاف احوال الناس
وتفاوتهم فى الحالة الاجتماعية . ولعل هذا يفسر التعريف الذى أورده
الشيخ الانصارى للاكراه والذى أشرنا اليه فى بداية هذا البحث ، فهو
تعريف واسع فضفاض يشمل فيما يشمله حالات الاكراه النفسى دون
توقف على تحقق شروط الاكراه التى تطلبها بعض اساطين المذهب ، كحالة
من يعلم سرا عن احدهم يتعلق بشرفه وعرضه فآكرهه على ان يبيعه داره
تحت طائلة تهديده بافشاء سره واذاعته بين الناس ، اذ ان عدم طيب
النفس بهذا البيع متحققة فى مثل هذه الصورة والاكراه واقع وفقا لرأى
الشيخ الانصارى .

واستنادا الى هذا الرأى فان الشيخ الانصارى عند كلامه عن الاكراه
فى الاحكام التكليفية والوضعية يرى : * ان الاكراه الراجع لآثر الحكم
التكليفى أخص من الراجع لآثر الحكم الوضعى . ولو لوحظ ما هو المناط
فى رفع كل منهما من دون ملاحظة عنوان الاكراه كانت النسبة بينهما
العموم من وجه . لان المناط فى رفع الحكم التكليفى هو دفع الضرر ، وفى
رفع الحكم الوضعى هو عدم الارادة وطيب النفس (٤٩)

ولعمري لقد ابدى فقهاء المذهب الجعفرى من الفطنة وصواب
الرأى ما يفتقر اليه حتى بعض مشرعينا فى ميلهم الى الاخذ - فى النصف
الثانى من القرن العشرين - بمعايير بالية لم تجد نفعا منذ أن وجدت .

وقف العقد :

تقسم البيوع من حيث وصفها وحكمها ، أى من حيث استيفائها
لاركانها وشرائطها ، لدى الجمهور - عدا الاحناف - الى بيع صحيح ، وبيع
باطل ، ولديهم ان تخلف ركن من أركان العقد أو شرط من الشرائط
المتطلبه فيها يجعل العقد باطلا أو فاسدا لان مفاد الفساد والبطلان لديهم

(٤٩) المكاسب ج ١ ص ١٢٠

واحد • وقد أستلزم اخذهم بهذا التقسيم الثنائي أبطالهم لتصرف المكره والفضولي ، لتخلف شرط الاختيار في أولهم والمالك في الثاني ، ولم يروا صحة عقدهما ولو تعقبته الاجازة من المكره (بالفتح) أو المالك •

اما الاحناف فقد ذهبوا خلافا لرأى الجمهور الى الاخذ بتقسيم آخر للعقود ثلاثي مبناه ان العقود تنقسم اما الى صحيح أو باطل أو فاسد • فالصحيح ما كان مشروعا بأصله ووصفه • والباطل ما كان خلاف ذلك بأصله ووصفه • والفاسد ما ثبتت المشروعية لاصله دون وصفه • وطبقا لهذا الرأي قالوا بوقوع بيع المكره والفضولي ، وبوصفهما بالفساد الذي يرتفع عنهما باجازة المكره ، بعد زوال الاكراه عنه ، والمالك •

أما في الفقه الجعفري فيبدو أن المسألة قد تثير بعض اللبس : ذلك أن الفقه الجعفري شأنه شأن الجمهور يرى ان دلالة الفساد والبطالان واجدة : جاء في (تحرير المجلة) : « وعندنا ان الفاسد والباطل سواء اذ المدار على التأثير وعدمه ، وهما سواء في عدم التأثير وان اختلف السبب » (٥٠)

وجاء في (تذكرة الفقهاء) : « البيع الفاسد لا يفيد ملكية المشتري للمعقود عليه ، سواء فسد من أصله أو باقتران شرط فاسد أو بسبب اخر » • (٥١)

وجاء في (المكاسب) : « ان المراد بفساد البيع عدم ترتب ما يقصد منه عرفا من الآثار في مقابل الصحة التي هي امضاء الشارع لما يقصد عرفا من انشاء البيع ... » (٥٢)

ان مقتضى الاخذ بالتقسيم الثنائي القول بعدم صحة بيع الفضولي والمكره ولو تعقبتهما الاجازة ممن يملكها •

(٥٠) المصدر المذكور ج ١ ص ١٢٣ •

(٥١) المصدر المذكور ج ٧ ص ١٩٦ •

(٥٢) المصدر المذكور ج ١ ص ١٤٠ •

ومع ذلك فالجعفرية قد قالوا بصحة البيعين اذا ما تعقبتهما الاجازة من يملك ذلك .

فكيف وفقوا بين المسلكين المتعارضين؟ :

جاء في (تذكرة الفقهاء) : « بيع الفضولى جائز عندنا لكن يكون موقوفا على اجازة المالك ، فان اجاز لزم والا بطل . ولا يقع فاسدا في أصله ولا لازما لانه عقد صدر من اهله في محله وله مجيز في حال وقوعه فجاز ان يقف على اجازته »

وردا على قول الامام الشافعي بطلان بيع الفضولى من الاصل لتهى الرسول (ص) عنه في قوله لحكيم بن حزام : لا تبع ماليس عندك ، ولان بيع العبد الابق غير صحيح مع كونه مملوكا لعدم القدرة على التسليم فيع ما لا ملك فيه ولا قدرة له على تسليمه اولى بالمنع ، ردا على أقوال الامام الشافعي هذه يرى العلامة الحلي ان التهى في المعاملات لا يدل على الفساد ، وان القدرة على التسليم في بيع الفضولى حاصلة اذا اجاز المالك (٥٣) .

وجاء في (المكاسب) بعد بيان ان مقتضى البطلان والفساد في العقد واحد ، ان ذلك - أى فساد العقد - « لا ينافي قابلية العقد للمحوق الاجازة من مالكة حين العقد أو ممن يملكه بعد العقد ، ولا يجب على القول بدلالة النهي على الفساد وقوع النهي عنه لغوا غير مؤثر أصلا ، كما يستفاد من وجه دلالة النهي على الفساد ، فان حاصله دعوى دلالة النهي على ارشاد المخاطب وبيان ان مقصوده من الفعل النهي عنه ، وهو الملك والسلطنة من الطرفين ، لا يترتب عليه فهو غير مؤثر في مقصود المتبايعين ، لا انه لغو من جميع الجهات . » (٥٤)

والذى نستخلصه من الاقوال المارة ان الفقه الجعفرى قد شارك الفقه

(٥٣) تذكرة الفقهاء ج ٧ ص ١٣٨ .

(٥٤) المصدر المذكور ج ١ ص ١٤٠ .

الحنفى فى الاخذ بالرأى القائل ان النهى فى المعاملات لا يفيد بطلانها • ورتب على ذلك ان تخلف احد الشروط المتطلبه فى أركان العقد ، كشرط الاختيار والملك فى المتعاقدين ، لا يعنى عدم انعقاده ، فهو ينعقد ولكنه يقع موقوفا على الاجازة • فيع المكره والفضولى يقعان صحيحين ، غير أنهما موقوفين على اجازة المكره والمالك •

وبذلك يكون الفقه الجعفرى قد انتهى فى الواقع الى نفس النتيجة التى توصل اليها شقيقه الحنفى ، وان اختلف معه فى مسألة الاخذ بسمية البيع الفاسد التى أحل محلها الفقه الجعفرى تسمية (العقد الموقوف) •
بقى القول أن مسألة عدم دلالة النهى على الفساد فى المعاملات مسألة لم يستقل الاحناف والجعفرية بالقول بها ، فقد قال بها الامام الغزالى من الشافعية فى كتابه (المستصفى من علم الاصول) ، كما تعرضت لها بالكلام الكثرة من كتب الاصول • (٥٥)

أما حكم الاجازة وكونها كاشفة أو ناقلة للملكية المبيع ، فسفصل الكلام عنها فى مبحث بيع الفضولى •

الشرط الثالث : القصد

فى (الروضة البهية) : « ويشترط فى المتعاقدين الكمال ••• والقصد ، فلو أوقعه الغافل أو النائم أو الهازل لغى وان لحقته الاجازة لعدم القصد الى اللفظ أصلا ••• » (٥٦)

وفى (المكاسب) : « ومن جملة شرائط المتعاقدين قصدهما لمداول العقد الذى يتلفظان به • واشترط ألقصد بهذا المعنى فى صحة العقد ، بل فى تحقق مفهومه مما لاخلاف فيه ولا اشكال ، فلا يقع دون قصد الى اللفظ كما فى الغالط ، أو الى المعنى لابعنى عدم استعمال اللفظ فيه بل

(٥٥) المستصفى ج ٢ ص ٢٤ ، وراجع أيضا (الوجيز فى اصول

الفقه) لعبد الكريم زيدان ص ٢٨١ •

(٥٦) المصدر المذكور ج ١ ص ٢٧٦ •

بمعنى عدم تعلق ارادته وان وجد مدلوله بالانشاء كما فى الامر الصورى
فهو شبيه الكذب فى الاخبار كما فى الهازل * أو قصد معنى يفاير مدلول
العقد بأن قصد الاخبار أو الاستفهام أو انشاء معنى غير البيع مجازا أو غلطا ،
فلا يقع البيع لعدم القصد اليه ، ولا المقصود اذا اشترط فيه عبارة
خاصة * * * * * (٥٧) .

وفى (تذكرة الفقهاء) نص على اعتبار هذا الشرط حين قال :
« وكذا القصد شرط فى البيع اجماعا * » وجاء فى احد الفروع : « لو
باع الهازل لم ينعقد عندنا لانه غير قاصد فلا يترتب عليه حكم * * * »
وفى « بيع (التلجئة) وهو أن يخاف أن يأخذ الظالم ملكه فيواطىء رجلا
على اظهار شرائه منه ولا يريد بيعا حقيقيا ، قال العلامة بعدم وقوع البيع
بينهما * لانهما لم يقصدا البيع وكانا كالهازلين * * * » (٥٨)

وفى (التذكرة) ايضا قال بعدم انعقاد بيع المغمى عليه والسكران
والغافل والناسى والنائم والهازل (٥٩) .

لقد رتب فقهاء المذهب الجعفرى شرط القصد هذا للتوصل الى ابطال
بيع كل من الهازل والغالط والناسى والسكران والنائم والمغمى عليه والبايع
بيعا صوريا ومن تصدر منه عبارة أبيع وهو لا يدرك معناها ، وحالة من
يستعمل لفظا مجازيا يريد به البيع ودلالته اللغوية أو الاصطلاحية تخالف
مقتضى أبيع ، وكل حالة من الحالات التى ينعدم فيها قصد المتعاقدين أو
أحدهما للبيع * ولا غضاضة فى أن نخص هذه الحالات بشيء من الايضاح :

١ - حالة من صدرت منه عبارة تفيد انشاء البيع أو قبوله وهو غير
مدرك لما تدل عليه ، كحالة الجاهل الذى عدم الثقافة والامام باللغة يلحق
عبارة البيع ويطلب اليه ترديدها ، أو حالة من لا يعرف العربية يلحق كلمة

(٥٧) المصدر المذكور ج ١ ص ١١٧ .

(٥٨) المصدر المذكور ج ٧ ص ٧-١٠ .

(٥٩) تذكرة الفقهاء ج ٧ ص ٧ .

(بت) ويطلب اليه ترديدها وهو لا يعلم معناها ، فعقد مثل هؤلاء لا يقع لان ارادتهم لم تصرف الى البيع .

٢ - أما الهازل ، فهو من صدرت منه عبارة انشاء العقد أو قبوله وهو مدرك لمعناها غير أنه لم يكن جادا في قوله هذا بل صدر منه على سبيل الهزل أو السخرية من الآخر، مما ينفي ارادته لترتيب البيع وآثاره .

٣ - أما الغالط ، فهو من صدرت عنه عبارة انشاء البيع أو قبوله وهو مدرك لمعناها ولكنه لم يكن يقصد ذلك بل كان من قبيل الخطأ في اللفظ أو سبق اللسان أو السهو أو النسيان .

٤ - أما البائع يباع صوريا فهو من أبرم مع غيره يباع وهو مدرك لمعناه وحقيقته ، ومع ذلك فهو لم يكن يقصد البيع حقيقة بل لجأ الى البيع لغاية في نفسه سترها بالبيع ، كحالة من يخشى جور الحاكم وارتفاعه لامواله فيتواطأ مع صديق له على التظاهر ببيعها له يباع تحققت فيه ظاهرا أركان البيع بشرائطها وذلك ليقطع على الحاكم الجائر سبيل نغصب ماله (٦٠) ، وكحالة المدين الذي أحس بشبح الافلاس يحوم حوله يتظاهر ببيع خيار ماله لاحد أصفياؤه يباع ظاهريا ليحول دون وقوعها بأيدي دائنيه اذا ما طلبوا أشهر افلاسه .

٥ - أما الحالة الخامسة فهي متصورة فيما لو قال أحد المتعاقدين للآخر: وهبتك هذه الدار بالف دينار فأصدا بيعها لاهبتها : فقال الآخر : قبلت ، ظاناً أنها هبة ، ففي مثل هذه الحالة لا ينعقد البيع لانصراف ارادة أحدهم الى غير البيع .

٦ - وحالة السكران الذي فقد التمييز لشدة سكره حالة من حالات

(٦٠) وهذا ما يسمى ببيع (التلجنة) الذي اجمع فقهاء المذهب الجعفرى على عدم وقوعه . ويلاحظ ان العلامة الحلي في (التذكرة) اعتبره في معنى الاكراه ، وهو قول مردود كما قد عرفت من الاكراه وشرايطه .

انعدام القصد الى البيع ، فيحكم معها بعدم وقوعه ، ولا تمييز بين ما اذا كان قد سكر بمحرم أو حلال ، أو بين المكره والمختار .

٧ - وكذا حالة المغنى عليه والنائم .

والواقع ان هذه هي الحالات الغالبة المشتهرة التي يحكم معها بطلان البيع لانعدام القصد ، ولا يمكن تصور جميع الحالات التي ينعدم فيها القصد لدى المتعاقدين أو أحدهما ، بل يترك للمحاكم التثبت من ذلك والحكم بوقوعه .

حكم بيع من عدم قصده :

يقع باطلا البيع في هذه الحالات التي ذكرناها وفي غيرها من الحالات التي ينعدم فيها القصد لدى المتعاقدين أو أحدهما .
ولا يمكن للاجازة اللاحقة التي تصدر من الأهازل أو الغالط أو السكران بعد زوال الحالة التي كان فيها ان تصحح مثل هذا البيع . ذلك ان مبحث القصد من مباحث النية كما هو ظاهر ، فتخلف القصد يعنى أن لا عقد هناك .

الشرط الرابع : أن يكون مالكا للتصرف (الملك)

في (الروضة البهية) : « ويشترط في اللزوم الملك لكل من البائع والمشتري لما ينقله من العوض ، أو اجازة المالك ، فبدونه يقع العقد موقوفا على اجازة المالك لا باطلا من أصله على أشهر القولين ... » (٦١)

وفي (المختصر النافع) : « يشترط في المتعاقدين كمال العقل ... وان يكون البائع مالكا أو وليا كالأب والجد للأب وأمينه والوصي ، أو وكيلاً . » (٦٢)

(٦١) المصدر المذكور ج ١ ص ٢٧٧ .

(٦٢) المصدر المذكور ص ١١٨ .

وفى (شرايع الاسلام) : « وأما الشروط فمنها ما يتعلق بالمتعاقدين وهو البلوغ . . . وأن يكون البائع مالكا او ممن له ان يبيع عن المالك كالأب والجد للأب والوكيل والوصى والحاكم وأمينه . » (٦٣)

وفى (تذكرة الفقهاء) : يشترط أن يكون البائع مالكا ، أو من له ولاية كالأب والجد له والحاكم وأمينه والوكيل ، فلو باع الفضولى صح ووقف على اجازة المالك . . . (٦٤)

وفى (جواهر الكلام) : « ومن الشروط المتعلقة بالمتعاقدين فى صحة العقد أو فى تمامية تأثيره ، على الخلاف ، ان يكون البائع ، مثلا ، مالكا للمبيع أو من له ان يبيع عن المالك كالأب والجد له والوكيل للمالك أو القائم مقامه أو المأذون عنهم والوصى له ، أو لاحد الابوين المذكورين والحاكم وأمينه بلا خلاف أجده فى شىء منها ، بل الاجماع بقسميه على ذلك . . . فلو باع غير من عرفت ممن له الولاية لا بعنوان الوكالة عن المالك ملك غيره ، صح ، ولكن وقف تمام تأثيره من الملك ونحوه على اجازة المالك او وليه على الاظهر الأشهر بل المشهور ، بل قيل أنه كاد يكون اجماعا . . . » (٦٥)

وفى (المكاسب) : « ومن شروط المتعاقدين ان يكونا مالكين أو مأذونين من المالك أو الشارع . فعقد الفضولى لا يصح ، اى لا يترتب عليه ما يترتب على غيره من اللزوم . وهذا مراد من جعل من الملك وما فى حكمه شرطا ، ثم فرغ عليه بأن بيع الفضولى موقوف على الاجازة . . . » (٦٦)

ان الخلاف قائم ليس فقط بين فقهاء المذاهب المختلفة ، بل وبين فقهاء المذهب الواحد انفسهم حول اعتبار (الملك) شرطا للانعقاد ام شرط لزوم ونفاذ .

(٦٣) المصدر المذكور ج ١ ص ٩٨

(٦٤) المصدر المذكور ج ٧ ص ٨

(٦٥) المصدر المذكور ، المتاجر ص ٥٤

(٦٦) المصدر المذكور ج ١ ص ١٢٤

فالذين قالوا بأنه شرط انعقاد قالوا ببطلان عقد الفضولى مطلقا ولو لحقته الاجازة . والذين يرون فيه شرطا للزوم والنفاذ ذهبوا الى صحة بيع الفضولى ووقوعه موقوفا على اجازة المالك .

والخلاف بين الفريقين شديد ، كثر الجدل حوله وتبارى كل فريق فى تكديس حججه المؤيدة لمذهبه حتى باتت مسألة بيع ملك الغير من المسائل التى يجابه دارس الفقه بعض المشقة فى دراستها . ولا يبعد ان تكون النتائج العملية المختلفة المترتبة على الاخذ بهذا الرأى أو ذلك سببا فى تسمير الخلاف وايصاله لهذه الدرجة من عدم الوفاق .

ونحن وان كنا سنمس القضية مسا كما يقال دون التوسع فى عرض حجج الفريقين ، فنسخص المسألة بشيء من التفصيل خاصة ما تعلق منها بحجج القائلين بصحة بيع الفضولى ، وغنها سيرف ألقارىء أدلة وحجج خصومهم ممن قالوا بالبطلان .
لقد استدل الفريقان بأدلة اربع مستقاة من الكتاب والسنة والاجماع والعقل .

فى الكتاب الكريم جاء (واحل الله البيع) و (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم) . والقائلون بصحة بيع الفضولى يرون شمول لفظ (البيع) الوارد فى الآية لعقد الفضولى ، وانه مشمول بما دل على صحته ولزومه من ادلة مستفادة من الكتاب والسنة والاجماع والعقل . ذلك أن صدق لفظ البيع على عقد الفضولى مستفاد من عدم وجود دليل فى الكتاب والسنة يشير الى قصر انشاء البيع على المالك أو وليه أو وكيله .

اما استناد المبطلين الى آية (ولا تأكلوا اموالكم ..) فمدفوع بعدم وجود دليل على اعتبار سبق رضا المالك كشرط لانعقاد البيع ، وانما اعتبر سبق الرضا أو مقارنته للعقد لحلّ أكل المال ورفع الحرمة التى تلحقه فيما

لو أنتفى طيب نفس المالك بالتصرف . فغاية ما يستفاد من هذه الآية انه لا حل ولا رفع للحرمة قبل رضا المالك . وهذا عين ما يقول به القائلون بصحة بيع الفضولى ، فهم قد جعلوه موقوفا على اجازة المالك ولا يغنى لديهم لترتب آثار البيع ، وأهمها نقل ملكية المبيع ، العقد الذى ابرمه الفضولى عن رضا المالك واجازته للعقد . وهم يرون ان العقد المبرم من الفضولى ليس الا جزءا من السبب فى ترتب آثار البيع ، اما الجزء المعول عليه والذى به ينفذ العقد وترتب عليه آثاره فهو رضا المالك واجازته . وهذا بعض ما ديجته براعة الشيخ النجفي صاحب (الجواهر) الذى يرى صحة بيع الفضولى « لاندرجه ، بعد الرضا ، فى البيع والعقد والتجارة عن تراض فيشملة ما دل على صحتها ولزومها من الكتاب والسنة والاجماع ضرورة عدم توقف صدق اسمائها على صدور لفظ العقد من غير الفضولى . اذ أقصى ما يدعيه الخصم أنه شرط شرعى فلا يتوقف عليه الصدق ، وليس فى شيء من الكتاب والسنة ما يدل على اعتبار سبق الرضا أو مقارنته ، بل أقصى آية التراضى ورواية عدم حل مال المسلم الا بطيب نفسه فى الحلية وخروج اكل المال عن الباطل لا انه يعتبر سبقه على لفظ العقد فى ذلك نعم سبقها أو مقارنته معتبرة فى حصولها على معنى أنه لاحلية ولا خروج للمال عن كونه أكلا بالباطل قبله (٦٧) . وهو مسلم ، اذ القايل بصحة الفضولى لا يجوز الاقدام على التصرف بالمال قبل حصول الرضا ، وكيف والحاصل سابقا لفظ العقد وهو بعض العلة التامة لحصول النقل والانتقال لاتمامها» (٦٨)

اما فى السنة فقد استند المبطلون الى خبر حكيم بن حزام الذى كان يبيع مائيس عنده ثم يسعى فى شرائه وتسليمه للمشتري ، فنهاه النبى (ص) عن ذلك بقوله : لا تبع مائيس عندك . وغيره من الاخبار التى صحت لدى

(٦٧) قبله : قبل رضا المالك .

(٦٨) جواهر الكلام ، المتاجر ص ٥٤ .

الجعفرية بطرقهم الخاصة في نفس المعنى (٦٩) .

وقد ردّ عليهم القائلون بالصحة بأن النهي في المعاملات لا يفيد الفساد . وبأن ماورد في خبر حكيم بن حزام يختص حكمه بما استدل به عليه . وهو واضح من ظاهر الخبر في عدم جواز بيع عين معينة بالذات يملكها الغير من قبل الفضولي باعتباره مالكا لها ولمصلحته هو ثم يمضى ليشتريها من مالكها بعد ذلك ، لذا فإن النهي لا يشمل بيع الاعيان الكليسة لقولهم بجواز السلم (٧٠) ، ويكون البيع لمصلحة المالك بحيث يكون موقوفا على اجازته . وفي ذلك يقول العلامة الحلي « النهي في المعاملات لا يقتضي الفساد ، ونصره (٧١) الى أنه باع عن نفسه ويمضى فيشتره من مالكة ، لانه ذكره (٧٢) جوابا له حين سأل ان يبيع الشي ثم يمضى ويشتره ويسلمه . » (٧٣)

وكتب الشيخ مرتضى الانصاري : « ان الظاهر من الموصول هي العين الشخصية (٧٤) للاجماع والنص على جواز بيع الكلي . ومن البيع

(٦٩) كقول الامام الصادق (ع) : « نهى الرسول » (ص) عن سلف وبيع ، وعن بيع ما ليس عندك ، وعن ربح ما لم يضمن » ، وماورد في توقيع العسكري للصفار ، وجواب الامم المهدي في بعض مسائله . راجع (تهذيب الاحكام) للشيخ الطوسي ج ٧ ص ٢٣٠ . (٧٠) جاء في (هداية الطالب الى اسرار المكاسب) : « ان المثلي هو الكلي الذي يكون المدار في ماليته افراده الخارجية على هذا ، وذلك كالحنطة مثلا . لان مالية جميع افرادها انما هي بلحظ الجهات الكلية الجنسية او النوعية او الصنافية بمراتبها المتنازلة بحيث لا دخل في ذلك للخصوصيات الشخصية الفردية » . (ج ١ ص ٢٢٤) .

(٧١) أي خبر حكيم بن حزام .

(٧٢) أي النبي (ص) .

(٧٣) تذكرة الفقهاء ج ٧ ص ٨ .

(٧٤) رأينا ان اصطلاح (الكلي) يقابل لديهم مصطلح (المثلي) ،

فيكون (الشخصي) موافقا للقيمي وهو يشمل العين المعينة بالذات .

البيع لنفسه لا عن مالك العين (٧٥)

وقال الشيخ صاحب الجواهر : « وعليه ينزل النهي عن بيع ماليس عنده كما استدل به عليه بل ومالا يملك لا يشمل الفضولى الذى لم يصدر منه الا اللفظ الموقوف على رضا المالك ، أو أن المراد به النهي عن بيع ماليس عنده ولا يملكه من الاعيان المشخصة التى عند غيره على وجه بيع المالك لها ، لا على جهة ايقاع العقد الموقوف على رضا المالك ، ثم يسعوا بعد ذلك فى تحصيلها بشراء ونحوه فأن ذلك غير جائز ، بل ربما ظهر من (التذكرة) ومحكى غيرها الاجماع عليه لما فيه من الغرر المنهى عنه (٧٦)

ولما تقدم فانه مع التسليم بدلالة النهي على الفساد فى المعاملات ، وهو الامر الذى لا يراه القائلون بالصحة ، فأنه لا يشمل غير المورد الذى جاء به النهي ، فلا يشمل بيع الفضولى .

اما الاجماع على ابطال عقد الفضولى الذى يدعيه المبطلون استنادا الى ما ذكره الشيخ الطوسى فى كتابه (المبسوط) فأن ظاهر كتب فقهاء المذهب ومنهم القدماء كالمفيد والمرضى ، يعارض القول بتحقيقه ، بل ان الشيخ الطوسى نفسه قد رجع فى (النهاية) وهى آخر مؤلفاته ، عن القول بتحقيقه . (٧٧)

أما ما استدل به المبطلون من أدلة العقل ، كقولهم بعدم جواز التصرف فى مال الغير الا بأذنه وأن الرضا اللاحق لا ينفع فى رفع القبح التابت فى تصرف الفضولى ، فمردود بأن العقد على مال الغير موقوفا على اجازته ليس تصرفا فيه ، نعم يصح قولهم فيما لو كان عقد الفضولى وحده سببا لترتب اثار البيع دون توقف على اجازة المالك ، اما والحال خلاف ذلك حيث لامناص من هذه الاجازة كشرط لنفاذ العقد وترتب آثاره فان قولهم

(٧٥) المكاسب ج ١ ص ١٢٧ .

(٧٦) جواهر الكلام ، متاجر ، ص ٥٦ .

(٧٧) راجع (المكاسب) ج ١ ص ١٢٧ .

غير وارد . هذا بالإضافة الى كون بيع الفضولى كان من العقود الشائعة
المعروفة لدى العرب مما يحكم معه بكونها مشمولة بالآية (أوفوا بالعقود) .
أما قول المبطلين بكونه باطلا لبيعه مالا قدرة له على تسليمه فأشبهه
لذلك من يبيع العبد الأبق والطير فى السماء - فيرد عليه : أولا بان القدرة
على التسليم حاصلة اذا ما أجاز المالك (٧٨) . وثانيا بأن شرط القدرة على
التسليم مشروط فى أمتاعه المالك أو ذى الولاية حيث يلتزم بتسليم المبيع
لقاء تسليمه الثمن - لا فى البايع الفضولى الذى لم يصدر منه سوى لفظ
العقد ، والا لوجب اشتراط القدرة على التسليم فى الوكيل باجراء صيغة
البيع ، وهو ما لم يقل به أحد . (٧٩)

والحق أن حجج الفريقين كثيرة متضاربة ، اكتفينا بذكر اظهرها ،
تاركين لمن أراد التوسع الرجوع اليها فى بطون أمهات كتب الفقه .

المراد بالفضولى :

عرفه كاشف الغطاء بأنه « من يتولى العقد بدون اذن لا من المالك ،
كالوكيل ، ولا من الشارع ، كالولي » (٨٠) .

وقصور هذا التعريف ظاهر لعدم شموله المالك الممنوع من اجراء
التصرف فى ماله لسبب من أسباب الحجر أو تعلق حق الغير بماله .
لذا فإن تعريف الشهيد الثانى له بأنه « الكامل الغير مالك للتصرف
ولو كان غاصبا » (٨١) يبدو أصدق وأتم فى التعريف بالفضولى .

فالمشترط فى الفضولى اذن هو كماله من جهة البلوغ راشدا والعقل
وعدم السفه ، أولا . وثانيا أن يكون غير مالك للتصرف فى المال محل العقد
اما لكونه غير مالك ، أو مع الملك والحجر عليه بسبب صغر أو سفه أو جنون

(٧٨) تذكرة الفقهاء ج ٧ ص ٨ .

(٧٩) جواهر الكلام ، متاجر ، ص ٥٥ .

(٨٠) تحرير المجلة ج ١ ص ١٢٥ .

(٨١) المكاسب ج ١ ص ١٢٤ .

أو افلاس ، أو بسبب تعلق حق الغير بالمال كما في بيع المالك على الشيوخ
لما يجاوز حصته في المال المشاع .

وظاهر ان شرط عدم ملك التصرف يقضى بأن يكون الفضولي ممن
ليس لهم الولاية على المال محل العقد ، سواء كان مصدر الولاية حكم
الشرع كولي الصغير والمجنون والسفيه والمفلس ، أو ارادة الفرد كالوكالة
والوصى المختار .

جاء في (المكاسب) : « وكيف كان فيشمل العقد الصادر من الباكرة
الرشيده بدون اذن الولي ، ومن المالك اذا لم يملك التصرف لتعلق حق
الغير بالمال ، كما يوميء اليه استدلالهم لفساد الفضولي بما دل على المنع من
نكاح الباكرة بغير اذن وليها ، والحاصل فيشمل بيع الراهن والسفيه
ونحوهما . . . » (٨٢)

ما يشترط في بيع الفضولي :

من الاقوال التي يكثر ورودها على السنة الفقهاء ، القائلين منهم بصحة
بيع الفضولي ، قولهم أنه بيع صادر من اهله مضافا الى محل قابل لحكمه ،
ولم يتخلف فيه الاشرط ملك التصرف في العاقد . وهو قول يمكننا من
تحديد الخصائص التي يمتاز بها بيع الفضولي . وهي :

- ١ - ان يكون العاقد فضوليا ، أي قد توفرت فيه شروط الفضولي
على النحو الذي بناه في الفقرة السابقة .
- ٢ - ان يكون نمة مجيز للعقد الذي ابرمه الفضولي حال وقوعه ،
وهو المالك أو الولي أو الوكيل . وهذا الشرط قال به الاخاف وتسامح
الامامية على الاخذ به فنجد العلامة الحلبي قد أثبتته في (التذكرة) (٨٣) .
ويراد بـ (المجيز) من يستطيع ايقاع العقد بنفسه ، فيحق له بالتالي اجازة

(٨٢) المصدر السابق ، نفس الصفحة .

(٨٣) تذكرة الفقهاء ج ٧ ص ٨ .

عقد الفضولي واعتباره العقد كما لو قد صدر منه ، وبهذا الشرط نحكم بعدم وقوع عقد الصبي والمجنون ولو على سبيل الفضالة بعد اجازته من قبل وليهما ، إذ أن وليهما لا يملك اجازة هذه التصرفات وان كان يملك اشاءها ابتداء .

ولا اعتبار لغير هذين من الشروط ، كاشتراط البعض عدم سبق منع المالك كما هو صريح قول الشيخ الأنصاري (٨٤) ، ويستدل عليه أيضا بأعتبارهم تصرف الغاصب في المال المنصوب بمثابة تصرف الفضولي وعدة موقوفا على اجازة المالك ، وهذا ظاهر من تعريف الشهيد الثاني للفضولي ، وقد مر ، ويستدل عليه أيضا بتجويزهم لحقوق الرضا بعقد المكره بعد زوال الاكراه . كما لا اعتبار لما يشترطه البعض من ان يبيع الفضولي لمصلحة المالك لا لمصلحته ، إذ رأينا من يجيز بيع الغاصب ، وهو لنفسه كما هو ظاهر . ولا اعتبار أيضا لما اذا كانت الفضالة قد تحققت في البيع او الشراء ، إذ قال الجعفري بوقوعها فيهما على حد سواء .

المجيز وما يشترط فيه :

رأينا ان بيع الفضولي ينعقد موقوفا على اجازة المالك للتصرف . وهو المالك نفسه ان كان أهلا لبرام العقد وغير محجور عليه لسبب من أسباب الحجر ، أو وكيله . اما ان كان ناقص الأهلية أو ممنوعا من اجراء التصرفات في ماله لسبب من الاسباب ، فالولاية حينئذ في ماله تثبت لكل من الاب والجد له وأن علا في حالة المحجور عليه لصغر أو جنون أو سفه ، على خلاف في الاخير ، ثم لو صيها أو وصى احدهما عند فقدهما ، ثم للحاكم الشرعي عند فقدهما أو فقد وصيها أو وصى أحدهما ، ثم لمنصوب الحاكم الشرعي . أما الولاية في مال المدين المفلس فلا تثبت لغير الحاكم ،

(٨٤) المكاسب ج ١ ص ١٢٨ .

وهي أمور سبق الكلام عنها عند بحثنا لشرط عدم الحجر . (٨٥)
جاء في (الروضة البهية) : « وكما يصح العقد من المالك ، يصح
من القائم مقامه وهم ... ستة : الأب والجد له وان علا ، والوصى من
احدهما على الطفل والمجنون الاصلى ومن طراً جنونه قبل البلوغ ، والوكيل
عن المالك ، ومن له الولاية حيث يجوز له التوكيل ، والحاكم الشرعى حيث
يفقد الاربعة ، وامينه وهو منصوب لذلك ... » (٨٦) .

وشروط المجيز هي :

١ - ان يكون حين الاجازة كاملاً من حيث البلوغ والعقل والرشد
وعدم المنع من اجراء التصرف فى المال الذى كان محلاً للعقد المجاز .
٢ - وأن تكون الاجازة مما يدخل فى ولايته ، سواء ولايته على
ماله هو أو ولايته على مال غيره . فالمدین المفلس لا يملك اجازة ما يبرمه
من بيع نظرًا لرفع يده عن أمواله ، كما لا يملك ولي الصغير والمجنون
اجازة ما يبرماته من بيع ، إذ أن ذلك لا يدخل فى ولايته ، وان كان يملك
انشائها ابتداءً .

الاجزة وشروطها :

المالك للتصرف يملك اجازة البيع مثلما يملك رده . والاجازة ،
كما يتناثر من آثار الولاية على المال سواء كان مال المجيز نفسه أو مال
غيره اذا كان ممن لهم الولاية على الغير . لذلك فقد اشترطوا فى المجيز
ما اشترطوه فى المتعاقدين من شروط البلوغ والعقل والرشد . وفى ذلك يقول
الشيخ مرتضى الاصبارى : « الاجازة اثر من آثار سلطنة المالك على ماله ... »

(٨٥) اما ما نص عليه البعض من فقهاء الامامية من ولاية لعموم
عدول المسلمين على مال الصغير ، بل وحتى لفساقهم عند فقد الامام وفقد
العدول ، فقد ضربنا عنه صفحا بالنظر لما يؤدي اليه هذا التسامح فى
اثبات الولاية لهؤلاء من عبث واهدان لمال الصغير .

(٨٦) المصدر المذكور ج ١ ص ٢٨٠ .

فقولنا : له أن يجيز ، مثل قولنا : له أن يبيع . . . » (٨٧)

وما يشترط في الاجازة :

١ - أن تكون صريحة في الدلالة على الرضا . ولكن لا يشترط صدورها بالفاظ مخصوصة صريحة في دلالتها اللغوية ، بل تقع بالفاظ الكناية ، أو بالفعل الصريح الدلالة على الرضا كقبضه الثمن أو تسليم المشتري مفاتيح الدار المبيعة . وفي ذلك يقول صاحب (المكاسب) : « يشترط في الاجازة ان تكون باللفظ الدال عليه على وجه الصراحة العرفية ، كقوله : أمضيت ، واجزت ، وانفذت ، ورضيت ، وشبه ذلك . وظاهر رواية البارقي ^(٨٨) وقوعها بالكناية ، وليس ببعيد اذا أتكل عليه عرفا ، والظاهر أن الفعل الكاشف عرفاً عن الرضا بالعقد كافٍ ، كالتصرف في الثمن واجازة البيع الواقع عليه . . . » (٨٩)

ولا يستفاد الرضا من السكوت ، ولو جرى البيع بحضور المالك ، أو سكت بعد طلب الاجازة منه . وذلك لاحتمال السكوت غير الرضا . وفي ذلك يقول صاحب (الروضة البهية) : « ولا يكفي في الاجازة السكوت عند العقد مع علمه به ، أو عند عرضها - اي الاجازة - عليه . لان السكوت أعم من الرضا فلا يدل عليه . . . » (٩٠)

٢ - ألا تكون مسبقة بالرد ، صريحا كان الرد أو مستفادا من تصرف المالك بالمبيع ، بعد علمه بتصرف الفضولى ، على نحو استفاد منه عدم الاجازة .

(٨٧) المكاسب ج ١ ص ١٣٦ .

(٨٨) المراد به عروة البارقي ، صاحب قضاء الكوفة على عهد عمر بن الخطاب . وحكايته التي باتت أشهر من (قفا نيك) تتلخص في أن النبي (ص) اعطاء ديناراً ليشترى به شاة يضحى بها ، فأشترى عروة شاتين بالدينار ، باع واحدة منهما بدينار ، وجاء بشاة ودينار للنبي ، فقال له (ص) بعد أن أخبره عروة بالخبر : بارك الله في صفقة يمينك .

(٨٩) المكاسب ج ١ ص ١٣٥ .

(٩٠) المصدر المذكور ج ١ ص ٢٧٨ .

مع الرد ينفسخ العقد في نظر القائلين بالصحة فلا يعد هناك عقد ليجاز • ويرى آخرون عدم كفاية الرد المستفاد من الأفعال لفسخ العقد ، وأمكاني الاجازة بعد ذلك مستدلين لذلك بأحد الأخبار (٩١) •

جاء في (المكاسب) : • ومن شروط الاجازة ان لا يسبقها الرد ، اذ مع الرد ينفسخ العقد فلا يبقى ما يلحقه الاجازة • والدليل عليه ظهور الاجماع ، بل التصريح به في كلام بعض مشايخنا ، ان الاجازة انما تجعل المجيز أحد طرفي العقد ، والا لم يكن مكلفا بالوفاء بالعقد لما عرفت من ان وجوب الوفاء انما هو في حق العاقدين أو من قام مقامهما • وقد تقرر أن من شروط الصيغة ان لا يحصل بين طرفي العقد ما يسقطهما عن صدق العقد الذي هو في معنى المعاهدة • هذا مع ان مقتضى سلطنة الناس على أموالهم تأثير الرد في قطع علاقة الطرف الآخر عن ملكه ، فلا يبقى ما يلحقه الاجازة ، فتأمل • « (٩١)

٣- ان تصدر الاجازة ممن يملكها ، على النحو الذي فصلناه في

شروط المجيز • ولا اعتبار لغير هذه من الشروط • كأشترط بعضهم صدورهما على الفور ، أو بمجرد علم المالك بتصرف الفضولي • وفي ذلك يقول الشيخ الاصبary : « الاجازة ليست على الفور للعمومات ولصحيحة محمد بن قيس ، واكثر المؤيدات المذكورة بعدها • ولو لم يجز المالك ولم يرد حتى لسزم ضرر الاصيل بعدم تصرفه فيما انتقل عنه واليه على القول بالكشف • فالأقوى تداركه بالخيار أو اجبار المالك على احد الامرين (٩٢) •

الاجازة كاشفة أم ناقلة :

ان القائلين بصحة بيع الفضولي وانقاده موقفا على اجازة المالك ،

(٩١) المصدر المذكور ج ١ ص ١٣٦ •

(٩٢) المكاسب ج ١ ص ١٣٦ •

عادوا ليتقسموا على أنفسهم في مسألة حكم هذه الاجازة :
هل هي كاشفة * بمعنى أنه يحكم بعد الاجازة بحصول آثار العقد من
حين وقوعه - اى العقد حتى كأن الاجازة وقعت مقارنة للعقد * * أم هي
ناقلة * بمعنى ترتب آثار العقد من حينها - اى الاجازة - كأن العقد وقع
حال الاجازة * * (٩٣)

والخصومة الناشئة بين القائلين بصحة بيع الفضولى حول هذه المسألة ،
لا تقل حدة من خصومتهم السابقة مع دعاة البطلان ، هذا ان لم تفقها .

وقد استدل القائلون بالكشف بالادلة التالية :

١ - ان السبب الناقل للملك هو العقد المشروط بشرائطه * وكلها
كانت حاصلة الارضاء المالك ، فاذا حصل الشرط عمل السبب التام عمله
لعموم الامر بالوفاء * فلو توقف العقد على أمر آخر لزم ان لا يكون الوفاء
بالعقد خاصة ، بل به مع شئ آخر (٩٤) ، اى اعتبار العقد جزءا من السبب ،
والاجازة جزئه الاخر ، وهذا تعليق للعقد على أمر مستقبل ، وهو ممنوع (٩٥) .

وقد رد القائلون بالنقل على ذلك أنه ان اريد بكون العقد سببا تاما
كونه علة تامة لانتقال ملكية المبيع اذا صدر عن رضا المالك ، فهذا أمر مسلم
به * ولكن بالاجازة يعلم أن هذا السبب ليس تاما ، فالاجازة لا تفسد
مقارنة رضا المالك لعقد الفضولي ، وغاية ما تفيده أنها قائمة مقام الرضا
المقارن للعقد ، وبذا فهي مما يتم به السبب (العقد) الناقل للملكية * ومن
هذا يعلم فساد قول القائلين بالكشف بأن عقد الفضولى جامع لجميع الشروط
ماعدا رضا المالك فاذا تحقق بالاجازة عمل السبب عمله * ذلك أن اعترافهم
بكون رضا المالك من جملة شروط السبب (العقد) يستلزم عدم تمام السبب
قبل صدور الاجازة ، فلا معنى لقولهم بعد ذلك ان نقل الملكية انما يتم من

(٩٣) المكاسب ج ١ ص ١٣٢ .

(٩٤) الروضة البهية ج ١ ص ٢٧٧ .

(٩٥) هداية الطالب الى اسرار المكاسب ج ١ ص ٢٨٥ .

وقت انعقاد بيع الفضولي ، اذ ان مؤدى ذلك ترتيب المسبب - الذى هو نقل الملكية - قبل وجود السبب وتامه . وهو أمر يستحيل وقوعه عقلا^(٩٦) .

فرد القائلون بالكشف على ذلك بقولهم :

أولا : أن رضا المالك فى عقد الفضولي هو شرط للنفاذ لا شرطا لانعقاد العقد . والقول بخلاف ذلك يعنى ان الاجازة توجب ملكا جديدا غير ما اوجهه عقد الفضولى مما يحتاج معه الى قبول جديد ، وهو ما لم يقل به أحد^(٩٧) .

ثانيا : ان الشروط الشرعية ليست كالشروط العقلية ، ففى الشرع قد يترتب الحكم (المسبب) قبل وجود السبب ، كما فى غسل الجمعة يوم الخميس واعطاء الفطرة قبل وقتها ، وغير ذلك من الاحكام التى يظهر فيها أن الشرع قد رب الحكم قبل تحقق سببه^(٩٨) .

ثالثا : ليس هناك محذور عقلي فى أن تترتب بعد الاجازة ملكية سابقة عليها .^(٩٩)

وقد رد الشيخ الانصارى على ذلك بأن الاكثار من الأمثلة لا يقضى بوقوع ما يستحيل عقلا ، وبأنه لا فرق بين الشرط العقلي والشرعى^(١٠٠) .

٢ - واستدل القائلون بالكشف ايضا بأن الاجازة متعلقة بالعقد فهى رضا بمضمونه ، وليس ذلك الا نقل العوضين من وقت العقد .

فرد عليهم القائلون بالنقل أن الاجازة وان كانت رضا بمضمون العقد، الا أن مضمون العقد ليس نقل الملكية من حين العقد ، اذ أن قول الفضولى : بعت ، أو اشتريت ، ليس نقلت من هذا الحين ، بل من وقت اجازة المالك .

(٩٦) المكاسب ج ١ ص ١٣٢ .

(٩٧) هداية الطالب الى أسرار المكاسب ج ١ ص ٢٨٥ .

(٩٨) جواهر الكلام - المتاجر - ص ٥٦ .

(٩٩) هداية الطالب ج ١ ص ٢٨٤ .

(١٠٠) المكاسب ج ١ ص ١٣٢ .

ومن هذا يتبين ان الزمن في بيع الفضولى هو ظرف لنقل الملكية وليس قيدها • والقول بترتب الملكية من وقت صدور ايجاب الفضولى أو قبوله يعنى ترتب آثار العقد من دون توقف على اجازة المالك، وهو ما لم يقل به أحد (١٠١) •

٣ - ومن أدلة القائلين بالكشف ايضا أن الاجازة لو لم تكن كذلك وجب القول بتأثير المردوم في الموجود ، ذلك ان الاخذ بالرأى القائل انه لا تمام للسبب (العقد) قبل تحقق رضا المالك يؤدي الى جعل العقد معدوما ، فلا يبقى هناك ما تلحقه الاجازة (١٠٢) •

ومهما كانت نتيجة هذه الخصومة التي اشتدت بين الفريقين ، فإن الرأى الاظهر في الفقه الجعفرى ان الاجازة كاشفة ، أى أن آثار العقد ترتب من وقت صدوره العقد وانشائه •

والنتيجة العملية الهامة المترتبة على ذلك هي ان ملكية النماء المنفصل ، اى الزيادة المنفصلة التي حصلت في المال بين انشاء العقد والاجازة ، سواء كانت في المبيع او الثمن ، تعود ملكيتها لملكها الجديد (١٠٣) •

-
- (١٠١) المصدر السابق ج ١ ص ١٣٢
 - (١٠٢) المصدر السابق ج ١ ص ١٣٢
 - (١٠٣) الروضة البهية ج ١ ص ٢٧٧

الفصل الثالث

المبيع

- ١ - شرط المالية المعتبرة عرفا وشرعا .
- ٢ - شرط الملك .
- ٣ - شرط المعلوماتية .
- ٤ - شرط القدرة على التسليم .

المبيع في عقد البيع هو محل التزام البائع مقابل التزام المشتري بالثمن .
وكما رأينا فإن البيع يرد على الاموال سواء كانت اعيانا او منافعاً أو حقوقاً ،
على خلاف في صلاح بعضها لذلك . وشروط المبيع هي :

- ١ - ان يكون مما يؤول به ، اي ذا قيمة معتبرة عرفا وشرعا .
- ٢ - الملك ، اي قابليته لجريان احكام التملك القردى عليه .
- ٣ - أن يكون معلوما .
- ٤ - ان يكون مقدر التسليم .

وستتناول كل شرط منها بشئ من الايضاح :

الشرط الاول : أن يكون ذا قيمة مالية معتبرة

عرفا وشرعا (١)

جاء في (المكاسب) : « يشترط في كل منهما (٢) كونه متمولا ، لان البيع لغة مبادلة مال بمال . وقد احترزوا بهذا الشرط عما لا ينتفع به منفعة مقصودة للعقلاء محللة في الشرع . لان الاول ليس بمال عرفا كالخنافس والديدان فإنه يصح عرفا سلب المصرف لها ونفى الفائدة عنها . والثاني ليس بمال شرعا ، كالخمر والخنزير . ثم قد قسموا عدم الانتفاع الى ما يستند الى خسة الشيء كالحشرات ، والى ما يستند الى قلته كحبة خنطة ، وذكروا أنه ليس مالا وان كان يصدق عليه الملك . . . والاولى أن يقال : ان ماتحقق انه ليس بمال عرفا فلا اشكال ولا خلاف في عدم جواز وقوعه احد العوضين . . . » (٣)

وجا في (جواهر الكلام) أن من شروط العوضين : « ان يكون مملوكا ، بلا خلاف بل الاجماع بقسميه عليه والنصوص واضحة الدلالة عليه . بل في المرسل : لا يبيع الا في ملك . فلا يصح حينئذ يبيع الحر الذي هو في مقابل المملوك ، وما لا منفعة معتدا بها غالبا فيه كالخنافس والعقارب وغيرها من الحشرات . . . لعدم صلاحيتها للتملك باعتبار عدم المنفعة المعتد بها غالبا . . . » (٤)

(١) يلاحظ أن بعض فقهاء الامامية يدرجون هذا الشرط تحت عنوان (الملك) اي قابلية المبيع للتملك الفردي كما هو شأن الشهيد الثاني في (الروضة البهيمة) والمحقق الحلبي في (شرايع الاسلام) وجزاه في ذلك الشيخ الزنجني في (جواهر الكلام) وهو خلط بين شرط عام وآخر خاص ، كما هو واضح مما كتبه العلامة الحلبي في (تذكرة الفقهاء) وكما ستري . والغريب ان الدكتور محمد يوسف موسى قد وقع في هذا الخلط في كتابه (الاموال ونظرية العقد في الفقه الاسلامي) ص ٣١٠ .

(٢) أي المبيع والثمن .

(٣) المصدر المذكور ج ١ ص ١٦١ .

(٤) المصدر المذكور (متاجر) ص ٦٨ .

وفى (تحرير المجلة) : « ان المالية اعتبارات عقلانية تنشأ من عموم
الحاجة الى الشيء وقوة الفائدة والمنفعة ، فان أقرهم الشارع - ولو بعدم
الردع - فهو مال شرعى ايضا ، والا فهو غير مال شرعا وان كان مالا عرفا .
والمعتبر فى صحة البيع كون المبيع مالا شرعيا ولا يكفى مالته عرفا . ولذا
لا يصح بيع الخمر والخنزير والاصنام والميتة ، بل وسائر النجسات
والاعيان المحرمة كالات اللهو والقمار ونحوها ... » (٥)

يظهر من الشواهد السابقة أن المراد بهذا الشرط كون المبيع ذا قيمة
مالية معتد بها عرفا وشرعا ، بحيث تكون مدارا لمعاملاتهم مع عدم النهي
الشرعى عنها . وهذا الاعتبار واضح فى اعتبارهم (المنفعة) شرطا تنهض
على أساسه (مالية الشيء) أو كونه (متمولا) بحيث جعلوا انتفاء هذا
الشرط وتخلفه سببا لاجراج الشيء من نطاق الاموال . وبذلك يكون
الفقه الامامى قد أهدر كل وصف غير مناسب قال به البعض فى اعتبار
مالية الاشياء ، كوصفه بأنه مايميل اليه طبع الانسان ، أو مايمكن ادخاره
لوقت الحاجة ، وغيرها من الاوصاف التى لاعلاقة لها بالقيمة المالية التى
يضيفها الناس على الاشياء . وفى ذلك يقول الامام كاشف الغطاء :

« ليس للمال حقيقة سوى اعتبار العقلاء . وليس اعتبارهم جزافا ، بل
مدرك صحيح ، فانهم يجعلون للموجودات الخارجية قيمة ومالية باعتبار المنافع
التي تستغل منها وبمقدار الحاجة والانتفاع بها والثمرات المرتبة عليها .
فلاطمعة انما اعتبر العقلاء لها مالية بالنظر الى ما وجدوا من ميسر الحاجة
اليها وتوقف حياة البشر عليها ، وهكذا الاراضى والحيوان والمعادن كلها
مالا بملك الحاجة والمنفعة ... » (٦)

وشرط المنفعة المعبر عنه بـ (المالية) أعم من شرط (الحاجة)
المعتبر لدى بعض المذاهب ، فقد يكون الشيء مما لا يحتاج اليه الشخص ومع

(٥) المصدر المذكور ج ١ ص ١٧٠ .

(٦) تحرير المجلة ج ١ ص ١٢٩ .

ذلك فهو نافع له فهو مال في نظره ونظر الناس حتى عند عدم الحاجة اليه •
وهو ايضا اصدق من وصف (ما يميل اليه الانسان) لاحتمال عدم
الميل وثبوت المالية له •
فأنت ترى أن وصف (المنفعة) هو اصدق الاوصاف التي جاء بها
فقهاء المذاهب الاسلامية المختلفة لتفسير (مالية) الاشياء •

غير أن ثمة أموال وان تحقق فيها شرط المنفعة ، فإن الشارع لاعتبارات
معينة قد أهدر قيمتها المالية بالنسبة للمسلمين دون غيرهم من اتباع الديانات
الآخري • كما هو شأن الخنزير والخمر لتجاستهما ، وآلات اللهو والقمار
لحرمتها • وحرمة هذه الاشياء بالنسبة للمسلمين لايعنى اهدار ماليتها بالنسبة
لغيرهم ، اذ نجد ان الفقهاء قد قالوا بضمان المسلم الغاصب للخمرة والخنزير
لصاحبها الذمي أو الكافر لانهما مال بالنسبة لهما وقد أقره الشارع على
التعامل بهما • (٧)

فأهدار مالية هذه الاشياء بالنسبة للمسلمين لايعود الى تخلف وصف
المنفعة ، بل الى نهى الشارع عنها وتحريمه لها لاعتبارات دينية •

وهناك من الاشياء ما تمتع ضالة قيمة الكمية المرادة منه من اعتباره
مالا ، وقد جرت عادة الناس على عدم الاعتداد بقيمته كحبة من حنطة او فردة
تمر ونحوهما • فمثل هذه الاشياء وان كانت ذات قيمة مالية كجنس ، الا
ان جريان العادة على عدم الاعتداد بها والتسامح في أفرادها القلائل لتفاهة
قيمتها يحول دون صلاحها لان ترد عليها البيوع • وليس معنى ذلك اهدار
مالية هذه الاشياء واخراجها من حيز الاموال وذلك لتصور تحقق المنفعة
فيها ، كما في الاتقاع بحبة الحنطة وفردة التمر كطعم للفخ • لذا نجد ان
الفقهاء قد حرموا غصبها ، وقال بعضهم بضمان الغاصب لها (٨) •

(٧) الروضة البهية ج ٢ ص ٢٣١ وشرايع الاسلام ج ٢ ص ٢٧٣ •

(٨) المكاسب ج ١ ص ١٦١ •

والذي نخلص اليه مما مضى أن الاصل في الاشياء اعتبارها مالا اذا ما تحقق شرط المنفعة فيها ، وبذلك تصلح ان تكون محلا لليوع ، وان ما أستنتى من ذلك يرجع الى امور ثلاث :

اولا : تخلف شرط المنفعة فيه ، كالحخافس والديدان ، وهذه قد تدخل في دائرة التعامل المالى وتصبح اموالا معتدا بها عرفا فيما لو توصل المجتمع الى وجه للاستفادة منها . لذا فان بعض فقهاء المذهب قد قالوا بكون الديدان التي تستعمل كطعم للسماك من الاموال فصح بيعها لذلك (٩) ، على خلاف .

ثانيا : اهدار الشارع لمالته لتجاسته وتحريمه وذلك بالنسبة للمسلمين دون غيرهم .

ثالثا : ضالة قيمة افراده القلائل .

ويقع باطلا البيع الذي يرد على شىء لا مالى له ، سواء كان لعدم منفعته ، أو لاهدار الشارع لها ، أو لضالة قيمته .

الشرط الثانى : الملك

المراد بهذا الشرط هو قابلية المال المبيع لجريان احكام الملكية الفردية عليه ، وأظهرها اختصاص مالك واحد أو عدة مالكين بالسلطنة عليه . فقد يكون المال مما له قيمة مالىة معتبرة ، وليس ثمة دليل شرعى على اهدار هذه القيمة ، غير أن كونه مباحا أو مخصصا لخدمة عامة الناس يحول دون صلاحه محلا لعقود المعاوضات ، ومنها البيع .

المباحات المشتركة :

وهي كثيرة ، منها المراعى والمحاطب والانهار الكبيرة والصغيرة ومقالع الاحجار والاتربة الغير مملوكة . فهذه كلها وجدت دون فعل من الانسان ، لذا يباح للناس عموما الانتفاع بها ، وهم متساوون فى حقهم هذا . والاموال

(٩) جواهر الكلام (متاجر) ص ٦٨ .

المستفادة منها لاتصلح وهي في حال الاباحة أن تكون محلا لليوع ، ولكن لو أحرزها انسان بذله الجهد في حشها وقطعها وقلمها وخزنها ، ثبتت ملكيته لما حازره منها .

فالحيازة اذن تخرج هذه الاموال عن صفة الاباحة وتكسبها صفة (الملك) وبذا تصلح لان تكون محلا للبيع . (١٠)

الارض الموات :

والحكم السابق وارد بالنسبة للارض الموات ايضا ، فهي لاتملك الا بتحجيرها واعيائها ، وما التحجير الا مظهرا من مظاهر الحيازة . اما قبل ذلك فهي ملك للإمام أو السلطان ان لم يكن لاحد يد سابقة محترمة عليها ، ويتساوى الناس جميعا في حق تملكها بالاحياء وفاقا للحديث النبوي الشهير (من أحيأ أرضا ميتة فهي له) . فبالتحجير والاحياء تكتسب هذه الارض الموات صفة الملك ، وتصبح صالحة لجريان اليوع عليها من مالكمها الجديد (١١) .

حكم الصيد :

وكذا حكم الصيد سواء ما كان منه في البر او البحر ، فالاصطياد منه مباح لعموم الناس ولا يصلح وهو في حال الاباحة لان ترد عليه المعاضد . ولكن بأصطياده يصبح ملكا خاصا لمصطاده ، ويكتسب بذلك صفة الملك فيصلح لان تجرى عليه اليوع .

هذا هو اجماع فقهاء الامامية ، وفي ذلك يقول العلامة الحلبي :

« الشرط الثالث في العوضين الملك . فلا يصح بيع المباحات وما يشترك فيه المسلمون قبل حيازته ، مثل الكلاً والماء والحطب قبل حيازتها اجماعا . . . وكذا لا يصح بيع السمك قبل اصطياده ولا الوحش قبل

(١٠) الروضة البهية ج ١ ص ٢٦١ وتذكرة الفقهاء ج ٧ ص ٢٢ .

(١١) الروضة البهية ج ٢ ص ٢٥٢ وتذكرة الفقهاء ج ٧ ص ٢٢ .

الاستيلاء عليه . . . (١٢)

وفي (الروضة البهية) : « يشترط كون المبيع مما يملك ، أى يقبل الملك شرعا ، فلا يصح بيع الحر . . . ولا المباحات قبل الحيابة لانقضاء الملك عنها حينئذ ، والمتبايعان فيها سيان . . . » (١٣)

والمرحوم كاشف الغطاء فى شرحه ونقده للمادة (١٢٣٤) من مجلة الاحكام العدلية العثمانية القائلة بأن (الماء والكلا والنار مباحة والناس فى هذه الاشياء الثلاثة شركاء) يقول : « والمباحات العامة أكثر من ذلك كالصيد والاحطاب وثمار الاشجار فى الغابات وغير ذلك . . . ولا ريب ان المراد اشتراكهم فيه قبل حيازة أحد لشيء منه ، فالماء الذى نقله انسان من الفرات وشبهه مملوك له ، انما المباح العام هو ماء الفرات فى مجاريه ومجارى السيول والقنوات العادية فليس لاحد منع غيره من الاستقاء منها . أما الذى يجوز انساك فى نهر صغير فى أرضه أو داره أو بستانه فقد ملكه ولا يجوز الاخذ منه بغير أذنه . ومثله الكلام فى الكلا وهو النبات فى الاراضى الواسعة والغابات ، بل واثجارها وثمارها أو أشجار الجبال والاودية قبل حيازة أحد لشيء منها . . . » (١٤)

المنافع :

وهناك المساجد ونحوها من محلات العبادة الاخرى من مناسك وربط ومشاهد ، والمدارس والطرق العامة ومقاعد الاسواق والساحات العامة ، وهى ما أصطلح الفقهاء على تسميتها بـ (المنافع) (١٥) .

فهذه رغم (مالتها) الظاهرة واعتبار نظيرها من الابنية والاراضى غير المخصصة لاغراض العبادة والدراسة ومرور الناس من الاموال ، فأنها مما

-
- (١٢) تذكرة الفقهاء ج ٢ ص ٢٢ .
 - (١٣) المصدر المذكور ج ١ ص ٢٨١ .
 - (١٤) تحرير المجلة ج ٣ ص ٢٤٨ .
 - (١٥) الروضة البهية ج ٢ ص ٢٥٥ .

يتخلف فيه شرط (الملك) أى قابليتها لاختصاص فرد أو أفراد معينين بالسلطنة عليها ، وذلك لتعلق حق الناس كافة بها وتملكها يؤدى الى تفويت الغرض الذى أقيمت وانشأت من أجله . فلا يصح لذلك بيعها مطلقا (١٦) .

التمييز بين شرطي (المالية) و (الملك) :

يظهر مما قدمناه أن كلا من المباحات المشتركة قبل حيازتها ، وما أُصطلح على تسميته بـ (المنافع) لو لم تكن مخصصة للغرض الذى أنشأت من أجله - مما له قيمة مالية معتبرة عرفا . ولكن تساوى الناس فى الانتفاع بالمباحات قبل حيازتها ، وتعارض الغرض الذى وجدت من أجله (المنافع) ، قد منعا من ورود البيع عليهما . ذلك ان مقتضى البيع هو استقلال المشتري بعد الشراء فى السلطنة عليها بعد انتقالها اليه من البائع ، وهذا متعذر اما لتساويهم فى السلطنة عليها فى المباحات ، أو لتعارض السلطنة الفردية مع الاغراض المتوخاة منها فى (المنافع) .

وهذا يظهر أن ثمة شرطا أخص من شرط المالية هو شرط (الملك) أى قابلية المال لاحكام الملكية الفردية يلزم توفره فى المبيع . وتخلف شرط (الملك) هذا ، كما رأينا ، يترتب عليه بطلان البيع .

غير اننا نجد ان بعض الفقهاء يخلطون بين شرط (مالية الشيء) وشرط (الملك) كما هو واضح مما كتبه الشهيد الثانى فى (الروضة البهية) والمحقق الحلى فى (شرايع الاسلام) والشيخ محمد حسن النجفى فى (جواهر الكلام) .

فقد جاء فى (الروضة البهية) : « يشترط كون المبيع مما يملك ، أى يقبل الملك شرعا . فلا يصح بيع الحر ، وما لانفع فيه غالبا كالحشرات اذ لانفع فيها يقابل بالمال ولا المباحات قبل الحيازة لاتقاء الملك عنها حينئذ والتبايعان فيها بيان » (١٧)

(١٦) المصدر السابق ص ٢٥٥ .

(١٧) المصدر المذكور ج ١ ص ٢٨١ .

ولا يستبعد ان تكون وحدة النتيجة المترتبة على تخلف احد الشرطين سببا للخلط الذي وقع فيه فقهاؤنا هؤلاء . فأتنا نرى ان التمييز بين الشرطين قائم بالنظر الى مبنى كل من الشرطين ومناطه ، وبالنظر الى امكان تحقق أحدهما دون الآخر . فمناط شرط المالية كما رأينا هو المنفعة المقصودة من الشيء ، بينما أن مناط شرط (الملك) هو اختصاص المالك بالسلطنة على المال .

وبالنسبة الى أمكان تحقق أحدهما دون الآخر ، فقد رأينا أن الحيازة في المباحات المشتركة محققة لشرط (الملك فيها وبالتالي الى صحة البيوع الواقعة عليها ، وهذا خلاف ما رأيناه في الشرط الآخر ، اذ لا يمكن لحوق شرط المالية بما تخلف فيه من الاشياء . ولا يقدر في ذلك ما قلناه من امكان تحقق شرط المالية فيما لا ينتفع به من الاشياء فيما لو توصل الانسان الى وجه للاستفادة منها . ذلك ان جمهرة فقهاء الامامية قد منعوا ذلك ولو تحقق وجه للاستفادة منها ، ^(١٨) وما ذكرناه هو مذهب القلة منهم وهو من قبيل الاستحسان العقلي . لذا نجد العلامة الحلبي في (تذكرة الفقهاء) يعتمد الى التمييز بين شرطي المنفعة والملك ويفرد لكل منهما عنوانا خاصا به عند بحثه لشروط المبيع والتمن . ^(١٩) .

وكذا فعل الشيخ مرتضى الانصاري في (المكاسب) فقد جاء في شرائط العوضين : « يشترط في كل منهما كونه متمولا لان البيع لغة مبادلة مال بمال . وقد احترزوا بهذا الشرط عما لا ينتفع به منفعة مقصودة للعقلاء محللة في الترع ، لان الاول ليس بمال عرفا كالخنافس والديدان فإنه يصح عرفا سلب مصرف لها ونفي الفائدة عنها . والثاني ليس بمال شرعا كالخمر والخنزير ثم أنهم احترزوا باعتبار الملكية في العوضين

(١٨) جاء في (تذكرة الفقهاء) : « لا يجوز بيع ما لا ينتفع به من الحيوانات كالخفاش والعقارب والحيات . . . لخستها وعدم التفات الشرع الى مثلها في التقويم ، ولا تثبت الملكية لاحد عليها ، ولا اعتبار بما يورد في الخواص من منافعها فإنها مع ذلك لا تعد مالا . . . ج ٧ ص ٢٠ .
(١٩) المصدر المذكور ج ٧ ص ٢٠-٢٢ .

من بيع ما يشترك فيه الناس كالماء والكأ والسموك والوحوش قبل اصطياها
بكون هذه كلها غير مملوكة بالفعل (٢٠)

الشرط الثالث : أن يكون معلوما

جاء في (تذكرة الفقهاء) : « أجمع علماؤنا على أن العلم شرط
فيهما (٢١) ، يعرف ما الذي ملك بازاء ما بذل فينتفى الغرر . فلا يصح
بيع الغائب ما لم تتقدم رؤيته مع عدم تغيره أو وصفه وصفا يرفع
الجهالة . » (٢٢)

وفي (تحرير المجلة) : « ان من اهم شروط البيع عدم جهالة المبيع
وبالاحرى معلومية العوضين علما برفع الجهالة والغرر . وبما أن الجهالة
والغرر تبطل البيع فاللازم معلومية كل من العوضين عند كل من المتبايعين ،
لا يختص ذلك بالمشتري ولا البائع . فلو كان المبيع عند البائع مجهولا
فهو احرى بالاطلان والغرر المنفى في الحديث النبوي مطلقا . (٢٣)
فتخصيص المعلومية بالمشتري لا وجه له ومعلومية المبيع من سائر
الجهات المعتبرة تختلف أسبابها باختلاف الاجناس والانواع المبيعة .
فالجنس والوصف والمقدار مثلا يعرف اذا كان المبيع كليا بالذكر والاتفاق
بين المتبايعين فيقول : ابيعك طنا من الحنطة الفلانية ، ثم يذكر من أوصافها
ماله مدخلية في اختلاف الرغبات والاسعار . وأن كان شخصا فيعرف الاولان
بالمشاهدة والاختبار . واما المقدار فبالكيل والوزن والعدد والذراع . . . ولو
كان المبيع الشخصي في عرف عام أو خاص يكتفى بمشاهدته عن اعتباره

(٢٠) المصدر المذكور ج ١ ص ١٦١ .

(٢١) فيهما : في المبيع والتمن .

(٢٢) المصدر المذكور ج ٧ ص ٣٢ .

(٢٣) قول الامام كاشف الغطاء هذا في معرض نقده للمادة

(٢٠٠) من المجلة العثمانية القائلة بأنه يلزم أن يكون المبيع معلوما عند
المشتري .

وتعيين مقداره كما في حزمة الحطب والخضروات وقرب الماء واستقية الالبان
وكثير من أمثالها ، صح بيعه بالإشارة الى عينه . » (٢٤)

أجمع فقهاء الامامية على أن من شروط المبيع كونه معلوما . والعلم
بالمبيع انما يحصل ، اذا ما وجد في مجلس العقد ، بمشاهدته أو اختباره
حسب الحال .

وما تجب مشاهدته منه تختلف باختلافه . فان كان دارا وجب رؤية
غرفها وسقفها وسطوحها وجدرانها داخلا وخارجا ، وكذا جميع المرافق
الملحقة بها .

ولا تكفي رؤية خارجها الا اذا وصف الداخل وصفا رافعا للجهاالة ،
فيصح البيع حينئذ مع ثبوت خيار الرؤية فيه .

وان كان بستانا فلا بد من رؤية الاشجار واحدة واحدة ، والجدران
ومسائل المياه .

وفي كلا الحالتين يجب العلم بمساحتهما وحدودهما من الجهات الاربع
وحقوق الارتفاق المتعلقة بها .

وان كان ثوبا وجبت رؤيته ظاهرا وباطنا (٢٥) .

هذا فيما يتعلق بالاموال الشخصية (والقيمية) . أما في (الكلي) .
وهو ما يصطلح على تسميته اليوم بالمتلي فيلزم أيضا معرفة قدره
من حيث الوزن والعدد والكيل والمقياس . فلا يصح شراء المكيل
والموزون والمعدود والمكيل والمقيس جزافا للغرر المتحقق في ذلك (٢٦) .

ولا يكفي لتحقق العلم بها العلم التخميني الناتج عن اعتماد مكاييل
ومعايير ومقاييس غير معتمدة بين الناس (٢٧) .

(٢٤) المصدر المذكور ج ١ ص ١٧٠ و ١٧٣ .

(٢٥) تذكرة الفقهاء ج ٧ ص ٣٣ ، ٦٠ ، ١٥٦ .

(٢٦) المصدر السابق ج ٧ ص ٤٤ .

(٢٧) الروضة البهية ج ١ ص ٢٨٥ .

جاء في (تذكرة الفقهاء) : « ذهب علماءنا الى أنه لا يصح بيع المكيل والموزون جزافا لانه غرر ، ولقول الصادق (ع) : (ما كان من طعام سميت فيه كيلا فلا يصلح بيعه مجازفة) ولافضائه الى التنازع لو وجب ضمانه ، ولان النبي (ص) نهى عن بيع الطعام مجازفة وهو يعلم كيلاه ، وكذا اذا لم يعلم كيلاه ، بل هو أبلغ في المنع اذ الجهالة لما أبطلت من أحد الطرفين كان ابطالها من الطرفين أولى ، (٢٨) .

وجاء فيه أيضا : « حكم المدود حكم الموزون والمكيل ، فلا يصح بيعه جزافا لانه مقدار يعرف به كمية المبيع ، فلا يصح بدونها كالوزن والسكيل ، (٢٩) .

ولكن لو بيع ما يعد بالوزن ، وما يوزن بالكيل ، وما يكال بالوزن ، صح لانتفاء الجهالة بالمبيع وحصول العلم به .
ولو كان المبيع من المعدودات وتعذر عدّه جميعا ، صح أن يكال بعضه بمكيال ثم يعد ما في المكيال وينسب اليه الباقي بكيل ما بقى منه .

وكذا ان كان مما يوزن وتعذر وزنه جميعا ، صح أن يكال بعضه بمكيال معين ويوزن ، ثم ينسب اليه الباقي .

ولو كان المبيع مما يستدل برؤية بعضه على الباقي ، كظاهر صبرة الحنطة والشعير ، حصل العلم برؤية البعض وصح البيع ، لان الغالب عدم تفاوت أجزائها . فلو اختلفت ، صح البيع وثبت للمعبون منهما الخيار (٣٠) .
وفي ما يعتبر طعمه ورائحته ، يلزم للعلم به اختبار الطعم والرائحة ، وكذا قوامه ولونه ، وغير ذلك مما تختلف قيمة المبيع باختلافه (٣١) .

والخلاصة : انه يجب رؤية كل ما تنتج الجهالة عن عدم رؤيته ،

(٢٨) تذكرة الفقهاء ج ٧ ص ٤٤-٤٥ .

(٢٩) الروضة البهية ج ١ ص ٢٨٥ .

(٣٠) تذكرة الفقهاء ج ٧ ص ٣٣ .

(٣١) الروضة البهية ج ١ ص ٢٨٧ .

ويختلف الثمن لاجله ، والا كان كبيع الغائب ، فلا يصح الا مع سبق
الرؤية أو الوصف الرافع للجهالة^(٣٢) . وان العلم يحصل بكل ما

يؤدى اليه . وسواء كان المبيع موصوفاً أو غير موصوف ، فلا يصح بيع الغائب :

أما اذا كان المبيع غير موجود في مجلس العقد ، فلا يصح بيعه الا
في صورتين :-

الاولى : مع سبق رؤيته وكان مما لا يتطرق اليه التغيير غالباً كالارض
وأواني الحديد والنحاس ، أو كان مما لا يتغير في المدة المتخللة بين
الرؤية والعقد .

جاء في (تذكرة الفقهاء) : « بيع الغائب لا يصح الا مع تقدم الرؤية
أو الوصف الرافع للجهالة ، لما فيه من الغرر »^(٣٣) .

ولو وجده قد تغير عما كان عليه ، لم يبطل العقد ، ويثبت للمغبون
منهما الخيار وهو البائع ان كان زائداً ، والمشتري ان كان ناقصاً^(٣٤) .

أما لو كان المبيع مما يتغير غالباً في المدة المتخللة بين الرؤية السابقة
والعقد ، لم يصح البيع ، ويقع باطلاً^(٣٥) .

ولو كان قد رأى بعض المبيع دون بعضه الآخر ، فلا يصح الا اذا
وصف لمن لم يره وصفا رافعا للجهالة ويثبت له الخيار حينئذ

الثانية : اذا وصف المبيع الغائب وصفا رافعا للجهالة .

ففي الشخصي يجب ذكر جنسه ونوعه وكل وصف تنتج الجهالة
عن تخلفه ويختلف الثمن لعدم ذكره^(٣٦) .

(٣٢) المصدر السابق ج ٧ ص ٣٢ و ١٥٦ .

(٣٤) تذكرة الفقهاء ج ٧ ص ٣٧ والروضة البهية ج ١ ص ٢٨٧ .

(٣٥) تذكرة الفقهاء ج ٧ ص ٣٧ .

(٣٦) نفس المصدر ج ٧ ص ٣٧ .

(٣٧) نفس المصدر ص ٣٥٠ .

وفي الكلمي لا يعني ذكر الجنس والنوع والوصف بل يلزم أيضا ذكر القدر من وزن أو كيل أو عدد أو ذراع .

ولو رأى بعض المبيع ، ولم ير بعضه الآخر ، لم يصح البيع ، الا اذا وصف الجزء الذي لم يره وصفا رافعا للجهالة فيصح ، ويثبت له الخيار في أمضاء العقد كله لا بعضه .

وعند عدم الوصف ، أو الوصف غير النافع في رفع الجهالة لا يصح العقد ، ويقع باطلا (٣٨) .

ولو اراد انموذجا « من المبيع ، لم يصح البيع الا اذا دخل الانموذج في المبيع ، وذلك لقيام الانموذج مقام الوصف وامكان الرجوع اليه عند الاختلاف . والمسألة لا تخلو من اشكال في رأى البعض من فقهاء الامامية (٣٩) .

وبالنسبة للاعنى اجاز الجعفرية بيعه وشرائه ، ويقوم وصف غيره للمبيع مقام رؤيته له (٤٠) .

خيار الرؤية :

يتنا ان الاصل في الفقه الجعفرى عدم صحة بيع الغائب . ويستثنى من ذلك سبق رؤية أحد المتعاقدين للمبيع والتمن مع كونه مما لا يتطرق اليه التغيير فى الغالب ، أو مما لا يتغير عادة فى المدة المتخللة بين الرؤية والعقد . كما اجازوا أيضا بيع الغائب اذا وصف وصفا رافعا للجهالة .

وقد اثبت الجعفرية لمن باع أو اشترى مالا غائبا سبق له رؤيته فوجده قد تغير عما كان قد رآه فى الرؤية السابقة . أو لمن باع أو اشترى مع عدم الرؤية بناء على وصفه وصفا رافعا للجهالة ، فوجده خلاف الوصف ، أثبت لهما الخيار فى فسخ العقد أو امضائه لدى رؤية المال ، وهو ما

(٣٨) نفس المصدر ص ٣٥

(٣٩) تذكرة الفقهاء ج ٧ ص ٣٤ .

(٤٠) نفس المصدر ص ٣٥٠ .

سمونه بخيار الشرط .
والدليل في ثبوت الخيار لهما هو الحديث النبوي : (من اشترى
شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه) ، وغيره من الاخبار المروية لدى الشيعة
بطرقهم الخاصة .

جاء في (تحرير المجلة) في الكلام عن خيار الرؤية : « عبارة
عن حق فسخ العقد اذا اشترى عينا غيبة بالوصف ثم رآها خلاف ما
وصف البائع ، أو كان المشتري رآها قبل العقد فأشترها على تلك الرؤية
فظهر بعد العقد انها قد تغيرت ... » ثم ان دليل خيار الرؤية وان كان قد
ورد في خصوص المشتري اذا اشترى ما لم يره أو ما تغير عما رآه ، لكن
الملاك يجري حتى الى البائع اذا باع ما لم يره ثم رآه على غير الوصف
الذي وصفه هو أو وصفه الغير له ، ولذا قال أكثر أصحابنا بعمومه للبائع
والمشتري ... » (٤١) .

وخيار الرؤية حق ثابت لمن له ذلك بمقتضى الشرع فلا يملك اسقاطه
ولا يجوز الرجوع عنه قبل الرؤية وذلك لتعلق الخيار بالرؤية .
جاء في (تذكرة الفقهاء) : « لو اختار الفسخ قبل الرؤية مع
الوصف عندنا لم يكن له ذلك ، اذ الفسخ منوط بالمخالفة بين الموجود
والموصوف ... » .

اذا اختار امضاء العقد قبل الرؤية لم يلزم لتعلق الخيار
بالرؤية
لو تبايعا بشرط عدم الخيار للمشتري لم يصح الشرط . » (٤٢)

وقت استعمال الخيار :

الخيار متعلق بالرؤية ، فلا يجوز استعماله الا حال رؤية المتعاقد

(٤١) تحرير المجلة ج ٢ ص ٥٥-٥٧ .

(٤٢) تذكرة الفقهاء ج ٧ ص ٣٥ .

لما باعه أو اشتراه بناء على الوصف أو الرؤية السابقة . فان كان خلاف الوصف أو قد تغير عن الرؤية السابقة حق له الفسخ ، وان كان وفقا للوصف أو لم يتغير عن الرؤية السابقة فلا يملك الفسخ ووجب عليه امضا العقد .

جاء في (تذكرة الفقهاء) : « اذا وصفه ، ووجده على الوصف لم يكن له الفسخ عند علمائنا أجمع . . . » (٤٣) .
وجاء فيه أيضا : « لو رآه وقد تغير عما كان لم يتبين بطلان البيع لكن للمشتري الخيار ، وان لم يتغير لزم البيع قولا واحدا » (٤٤) .

توريث الخيار :

ثمة رأيان في الفقه الاسلامي في وصف الخيار وبيان ماهيته ، أحدهما يرى أنه مجرد ارادة ومشية متعلقة بصاحبه ، ولذا فلا يجوز توريثه . والآخر يرى أنه حق مقرر شرعا لمن يملكه ، فيؤول عند وفاته الى ورثته . والجعفرية على هذا الرأي .
كتب الإمام كاشف الغطاء في معرض نقده للمادة (٣٢١) من المجلة العثمانية ، والقائلة بأن (خيار الرؤية لا ينتقل الى الوارث فاذا مات المشتري قبل أن يرى المبيع لزم البيع ولا خيار لوارثه) يقول :
« لعمر ك ان هذا من أحكام الجراف القاسية التي لا يقبلها عقل ولا ذوق فضلا عن الشرع . وكيف يلزم الوارث المسكين بمبيع ما رآه مورثه ولا كان لازما عليه ، فتجتمع عليهم على الورثة مصيبتان : فقد مورثهم ، والزامهم بمال ربما لا يرغبون فيه ولا رغب مورثهم فيه ولا يكون من صالحهم كما لو كان قد اشترى ضيعة أو مزرعة ، أو نحو ذلك ، مما له شأن في نظم حياتهم . ومن هنا نقول - وحقا نقول - انه لو كان الخيار في كل

(٤٣) المصدر المذكور ج ٧ ص ٣٦ .

(٤٤) نفس المصدر ص ٣٧ .

نوع من انواعه لا يورث ، فهذا النوع - اعني خيار الرؤية - يجب ان يكون موروثا . كيف وقد عرفت ان جميع انواع الخيارات موروثه لانها بأجمعها حق مالي فيشمله دليل (ما ترك الميت من حق فهو لوارثه) ، (٤٥) .

مسقطات خيار الرؤية :

- ١ - اذا وجد المبيع وفاقا للوصف ، ان كان قد اشترى أو باع موصوفا ، ولا يملك حينئذ الا امضاء المبيع ، أما الفسخ فلا .
- ٢ - اذا وجد المبيع لم يتغير عما كان عليه ، ان كان قد اشترى بناء على سبق رؤيته للمبيع . ولا يملك سوى امضاء العقد ، أما الفسخ فلا .
- ٣ - باستعمال من له الخيار خياره حال رؤيته المبيع ، سواء بالامضاء أو الفسخ .
- ٤ - تصرف من له الخيار بالمال تصرفا يستفاد منه امضاؤه العقد . فظاهر المسائل العديدة الواردة في (تذكرة الفقهاء) وغيرها من كتب الامامية في خيار العيب أن تصرف من له الخيار بالمال مانع من الرد (٤٦) . ذلك ان التصرف امضاء ضمني للعقد . وقد اخذنا بهذا الحكم في خيار الرؤية أيضا لو حده أحكام الخيارين في كثير من المواضع .

التوكيل في استعمال الخيار :

يجوز ان يوكل من له الخيار غيره في رؤيته المبيع واجازة البيع أو فسخه حسب ما يشاء (٤٧) .
اما بالنسبة للاعنى فيقوم وصف غيره للمال مقام رؤيته له ، هذا ان لم يشأ التوكيل ، ذلك ان كل ما لا يصح من الاعنى من التصرفات فسيله أن يوكل (٤٨) .

(٤٥) تحرير المجلة ج ٢ ص ٥٧ .

(٤٦) تذكرة الفقهاء ج ٧ ص ٣٦١ .

(٤٧) نفس المصدر ص ٣٥٠ .

(٤٨) نفس المصدر ص ٣٥١ .

الشرط الرابع : أن يكون مقدور التسليم

لم يشترط الامامية أكثر من كون المبيع مقدور التسليم ، ولا اعتبار لعجز البائع عن تسليمه وقت ايقاع الصيغة ، فظاهر قولهم بصحة بيع السلم اعتبار القدرة عند التسليم لا عند انعقاد العقد .

وقد احرصوا بهذا الشرط عن بيع المغرر المنهي عنه في الحديث النبوي (لا تبع ما ليس عندك) حيث فسره البعض بأن المراد منه ليس النهي عن بيع ملك الغير ، والا لوجب حينئذ أن يقول : ما ليس لك^(٧٥) . ولا النهي عن بيع ما لم يوجد وقت العقد ، وذلك للاجماع على صحة بيع الغائب مع الوصف أو سبق الشهادة وعدم التغير ، والاجماع على صحة بيع السلم . ولذا فقد تعين ان المراد بهذا الحديث عن بيع ما ليس له سلطنة فعلية تامة متوقفة على الملك ، ومثل هذه السلطنة متحققة فيما ملكه الانسان ولو كان غائبا .

وبناء على ذلك قال فقهاء الامامية بعدم المانع في بيع ما لا يقدر على تسليمه مع رجاء التمكن منه في زمن لا تفوت معه الفائدة المرجوة من العقد .

فالغرر المنهي عنه في الحديث النبوي انما هو مع القطع بعدم امكان التسليم ، كبيع السمك وهو في النهر أو شراء الطيور وهي في الجو ، لما مع رجاء التمكن منه فلا غرر ، ولا نهى .

وقد توصل فقهاء الامامية بذلك إلى القول بصحة بيع العبد الأبق مع الضميمة أو بدونها ، على خلاف ، وإلى القول بصحة بيع الضال والمحجور .

بيع الأبق مع الضميمة :

هذه إحدى المسائل التي انفرد الامامية بالقول بها خلافا لغيرهم من

(٤٩) المكاسب ج ١ ص ١٨٦ . ١٤٠٠ ربه بسطا ريبه (٧٥)
(٨٢) ربه بسطا ريبه (٨٢)

المذاهب . ورغم اننا قد أهملنا الإشارة . في بحثنا هذا ، الى كل ما يتعلق
بأحكام الرق في الفقه الاسلامي نظرا لمنافاة هذه الظاهرة الاجتماعية المقيتة
لروح العصر ، فقد آثرنا الإشارة الى هذه المسألة لفائدتها في بيان مفهوم
الامامية لشرط القدرة على التسليم .

فقد أجمع فقهاءهم على القول بصحة بيع الآبق وما في حكمه مع
الضميمة ، أي بعد أن يضم اليه مالا مهما قل ثمنه ، ليكون الثمن المقبوض
في مقابل الضميمة عند تعذر الحصول على الآبق بسبب تلفه .
ودليلهم في ذلك ما روي في صحاحهم ، كحديث رفاعة النخاس
الذي سأل موسى بن جعفر (ع) هل : « يصلح لي ان اشترى من القوم
الجارية الآبقة وأعطيتهم الثمن واطلبها أنا ؟ فقال : لا يصلح شراؤها الا أن
تشتري معها منهم شيئا ثوبا أو متاعا ، فقول لهم : اشترى منكم
جاريتم فلانه وهذا المتاع بكذا وكذا درهما فان ذلك جائز ، » (٥٠) .

وكحديث سماعة عن أبي عبدالله (ع) في الرجل يشتري العبد وهو
آبق عن اهله . قال : لا يصلح له الا أن يشتري معه شيئا آخر ويقول :
الذي نقيه فيما اشترى منه (٥١) .

والمستفاد من هاتين الصحيحتين أن بيع الآبق انما يصح بشروط :
أولها : أن يكون الآبق مما يرتجى التمكن منه وتحصيله . أما
ما كان ميؤوسا من العثور عليه فيبعه غرر ويشمله دليل النهي ، فيقع
العقد باطلا .

وثانيها . ان يكون المشتري على علم بحالة المبيع وبآباقه . أما مع
الجهل بحالته أو مع العلم غير الطاع فقد قال البعض بعدم وقوع العقد ،
وقال آخرون بحقه في الفسخ ان تبين له ذلك .

(٥٠) تهذيب الاحكام ج ٧ ص ١٢٤ .

(٥١) نفس المصدر ج ٧ ص ١٢٤ .

وثالثها : أن يضم الى الأبق مالا مهما قلت قيمته ، ليكون الثمن مقابل الضميمة عند تعذر حصوله على الأبق بسبب تلفه أو غير ذلك من الاسباب .

ورابعها : شترط في الأبق جميع ما اشترط في المبيع من شروط المالية والملك والمعلومية سوى شرط القدرة على التسليم .
جاء في (الروضة البهية) : « ويشترط في بيعه ما يشترط في غيره من كونه معلوما موجودا عند العقد وغير ذلك سوى القدرة على تسليمه ، فلو ظهر تلفه حين البيع أو استحقاله لغير البائع أو مخالفا للوصف ، بطل البيع » (٥٢) .

وخامسها : أن تكون الضميمة مما يصح بيعها بأن تكون عينا . فعلى رأي البعض لا تصلح المنافع والحقوق أن تكون محلا للبيع كما رأينا في فصل التعريف بالبيع . والبعض الآخر يرى صلاحيتها لذلك .
وأن تكون جامعة لشرائط المبيع من حيث المالية والملك والمعلومية وان تكون مقدورة التسليم . وبذا لا يصح جعل الأبق ضميمة في بيع الأبق ، لأن الغرض من الضميمة أن تكون مقابل الثمن عند تعذر تحصيله (٥٣) .

بيع الأبق دون ضميمة :

ذهب الشهيد الثاني في (الروضة البهية) الى صحة بيع الأبق دون اشتراط الضميمة فيما (لو قدر المشتري على تحصيله) (٥٤) . كما ذكر العلامة الحلبي في (تذكرة الفقهاء) ان من فقهاء الجعفرية من ذهب الى هذا الرأي (٥٥) .

(٥٢) المصدر المذكور ج ١ ص ٢٨١ .

(٥٣) الروضة البهية ص ٢٨٢ والمكاسب ج ١ ص ١٨٩ .

(٥٤) الروضة البهية ج ١ ص ٢٠٠ .

(٥٥) تذكرة الفقهاء ج ٧ ص ٢٠٠ .

جاء في (المكاسب) : انه لو اشترى الآبق والفضال المرجو
الحصول بمن قليل لم يكن غررا . لان العقلاء يقدمون على الضرر
القليل رجاء النفع الكبير . وكذا لو اشترى المجهول المتردد بين ذهب
ونحاس بقيمة النحاس بناء على المعروف من تحقق الغرر بالجهل بالصفة .
وكذا شراء مجهول القدر بمن المتيقن منه فان ذلك كله مرغوب فيه عند
العقلاء ، بل يوبخون من عدل عنه اعتذارا بكونه خطرا . فالاولى ان
هذا النهي من الشارع لسد باب المخاطرة المفضية الى التنازع في المعاملات
وليس منوطا بالنهي من العقلاء ليخص مورده بالسفهاء أو المتسفهة (٥٦) .

ولتمييز هذه الحالة عن سابقتها نقول أن القدرة على التسليم متصورة
هنا لدى المشتري دون البائع ، وانه يقدم على شراء الآبق معقيا البائع من
أية مسؤولية تنجم عن عدم حصوله على المبيع . .

والقانون بصحة بيع الآبق دون صميمة يبررون ذلك بأن الشارع
نهى عن بيع ما لا يقدر على تسليمه منعا للناس من المخاطرة بأموالهم وسدا
لباب النزاع المتوقع عند عدم حصوله على الآبق . أما وقد انتفت المخاطرة
بقدرة المشتري على تسلم الآبق ، وامتنعت الخصومة باعفاء البائع من أية
مسؤولية فلا وجه لمنع (٥٧) .

جاء في (تحرير النجلة) : هـ هل يكفي قدرة المشتري على التسلم
وان كان البائع لا قدر على التسليم فيبيع العبد الآبق لمن يقدر على قبضه ،
والدابة الشاردة لمن يقدر على امساكها ؟ فنقول : مقتضى الاعتبار ، بل
القواعد ، الصحة ، فان المنع هو الجهالة والغرر وهما منتفیان في
المنزور . نعم لو كان اعتبار هذا الشرط هو الاجماع وحديث (لا تبع
ليس عندك) كان الوجه عدم الصحة ، ومع الشك ، فالرجع أصالة

(٥٦) المكاسب ج ١ ص ١٨٥ .

(٥٧) المكاسب ج ١ ص ١٨٥ .

عدم الشرطية الاستفادة من اطلاقات (أوفوا بالعقود) • وهذا هو الاوجه
عندي وان مال الى المنع بعض أعظم التأخرين منا (٥١) •

تطوير آخر :

ان اكتفاء الامامية بشرط القدرة عند التسليم خلافا لغيرهم من مشرطي
وجود المبيع اثناء العقد ، أو مشرطي القدرة على التسليم عند انشائه ،
حطوة تدمية هامة افردوا بها وكانت تبيحتها تصحيح البيوع التي ساءت
في الوسط التجاري رغم نهى فقهاء بعض المذاهب عنها •

والقول بصحة بيع الشخص للمال المثلي الغير موجود لديه حال
العقد مع امكان الحصول عليه بعد ذلك وتسليمه للمشتري منه كانت احدى
الخطوات الهامة التي خطاها فقهاء الامامية •

فقد جاء في (تهذيب الاحكام) أن عبد الرحمن بن الحجاج
قال سألت أبا عبدالله (ع) عن الرجل يشتري الطعام من الرجل ليس
عنده فيشتري منه حالا •

قال : ليس به بأس •

قلت : انهم يفسدونه عندنا •

قال : وأي شيء يقولون في السلم ؟

قلت : لا يرون به بأس ، يقولون هذا الى أجل فاذا كان الى غير

أجل وليس عند صاحبه فلا يصلح •

فقال : اذا لم يكن أجل كان أجود • ثم قال :

- لا بأس بأن يشتري الطعام وليس هو عند صاحبه الى أجل (و) (٥٤)

لا يسمى له أجلا الا أن يكون يما لا يوجد مثل الغنم والبطيخ وشبهه
في غير زمانه فلا ينبغي شراء ذلك حالا (٦٠) •

(٥٨) المصدر المذكور ج ١ ص ١٦٩ •

(٥٩) انوار من وضعنا ليستقيم سياق الحديث • (٦٥)

(٦٠) تهذيب الاحكام ج ٧ ص ٤٩ • (٧٥)

وجاء فيه أيضا : « . . . عن ابن سنان قال : سألت أبا عبد الله (ع) عن الرجل يأتيني يريد مني طعاما أو يبعنا نسيبا وليس عندي ، أبيع له أن أبعه إياه واقطع به سعره ثم اشتريه من مكان آخر فأدفعه إليه ؟ قال : لا بأس به . » (٦١) .

وقد أشرنا عند الكلام عن بيع النضولي الى أن بعض فقهاء الامامية فسَّروا الحديث النبوي (لا تبع ما ليس عندك) الوارد في خبر حكيم بن حزام بأن المراد منه النهي عن بيع عين معينة بالذات ممنوكة للغير على وجه بيع المالك ، أما بيع المال المثلي (الكلي) وعلى أساس أن يشتريها البائع بعد ذلك ليسلمها الى المشتري منه فلا دليل على شمول النهي الوارد في الحديث له (٦٢) .

هذا على رأي من ذهبوا الى تفسير الحديث المذكور بأن المراد منه بيع ما لا يملكه البائع ، فقد رأينا أن من فقهاء الامامية من ذهب الى تفسيره بالنهي عن بيع ما لا سلطنة للشخص عليه بسبب من عدم القدرة عليه لا بسبب من عدم ملكه (٦٣) .

فقد كتب الامام كاشف الغطاء في تعليقه على شرط القدرة على التسليم في المبيع قائلا : « واستدلوا عليه بحديث نهى النبي (ص) عن الفرر بحديث (لا تبع ما ليس عندك) بتقريب أنه ليس المراد منه : لا تبع غير ملكك ، والا لقال : لا تبع ما ليس لك . فالتعبير بهذا الاسلوب ظاهر في ان المراد : لا تبع ما ليس لك عليه السلطنة التامة وكيف كان فلا كلام في اعتبار القدرة على التسليم في الجملة ، انما الكلام في . . . هل المعتبر القدرة على التسليم وقت البيع أو تكفي القدرة بعده ؟ ومقتضى صحة بيع السلم ونحوه كفاية القدرة عند لزوم الدفع والتسليم لا عند

(٦١) نفس المصدر ج ٧ ص ٤٩ .

(٦٢) المكاسب ج ١ ص ١٢٧ .

(٦٣) المكاسب ج ١ ص ١٨٦ وتحرير المجلة ج ١ ص ١٦٩ .

اجراء صيغة البيع ، ولكنهم مع ذلك يستشكلون في صحة بيع الأبق بغير
ضمية وبيع النمرة قبل بروزها عاما واحدا أو مطلقا . ويمكن الفرق
بما مررت الإشارة اليه من الكلي والنحوي فيصح في الأول دون
الثاني (٦٤) .

فعلى أساس من جريان البيع على مال مثلي جرت العادة بإمكان
حصول الشخص عليه من الأسواق متى شاء ، مما تنفي معه الخصومة
المحتملة عن عدم حصول البائع عليه . وعلى أساس من تحديد المبيع واليمن
تحديدا رافعا للمجهالة والغرر المؤديين للنزاع لم ير بعض الاساطين من
فقهاء الامامية وجها لمنع ما لا يملكه الشخص من الاموال المثلية . وهذا
أقصى تطور حققته مذاهب الفقه الاسلامي المختلفة في هذا المجال (٦٥) .

وفد تدق التفرقة بين هذا النوع من البيع وبين بيع السلم ، أو
السلف . وانعرق بينهما الاجل المشروط . في السلم ، كما ان الغالب في
السلم وردده على المحاصيل التي يكثر وجودها غالبا في موسم معين .
وسوف نفصل الكلام في بيع السلم في القسم الثالث من هذا الكتاب في
الجزء المتعلق بانواع خاصة من البيوع .

٦٤) تحرير المجلة ج ١ ص ١٦٩ .
٦٥) انظر على سبيل المثال ما جاء في المادة (١٩٧) من المجلة
العثمانية التي هي على رأي البعض أقصى ما بلغه الفقه العثماني من تطور ،
فقد اشترطت هذه المادة أن يكون المبيع موجودا . فتأمل !

الفصل الرابع

التمن

رأينا في الفصل الاول أن البيع بى الفقه الجعفري يشتمل على المقايضة ، وهي بيع العين بالعين ، مما يقتضى أن يكون المبيع والتمن على حد سواء من غير النقود .

ولهذا نرى فقهاء الامامية يتكلمون عن العوضين ، المبيع والتمن ، فى موضع واحد من كتبهم ، ويساوون بينهما فى الشروط من حيث اشتراط المالية والملك والمعلومية القدرة على التسليم فى كل منهما .

ففى (تذكرة الفقهاء) أفرد العلامة الحلبي الفصل الرابع من مآثرته هذه للكلام عن العوضين . حيث قال : « العوضان ، ويشترط فيهما أمور : الاول الطهارة .. الثاني المنفعة .. الثالث الملك .. الرابع القدرة على التسليم .. الخامس العلم بالعوضين .. » (١) .

وكذا فعل الشهيد الثاني فى (الروضة البهية) (٢) والمحقق الحلبي

(١) تذكرة الفقهاء ج ٧ ص ١٥ فما فوق .

(٢) الروضة البهية ج ١ ص ٢٧٥ فما فوق .

في (شرايع الاسلام) (٣) و (المختصر النافع) (٤) ، والشيخ مرتضى
الانصاري في (المكاسب) (٥) . ولذا نحيل في معرفة شروط الثمن الى
ما كتبناه في الفصل السابق عن شروط المبيع . وهناك بعض المسائل المتعلقة
بالثمن مذروره هنا وهناك في بطون الكتب الفقهية سنعرض لها في
محالها عند الكلام عن أحكام عقد البيع في القسم الثاني من كتابنا هذا .

زكاة

في زكاة الثمن ...

في زكاة الثمن ...

في زكاة الثمن ...

في زكاة الثمن ...

- (٣) شرايع الاسلام ج ١ ص ٩٨ فما فوق .
- (٤) المختصر النافع ص ١١٨ فما فوق .
- (٥) المكاسب ج ١ ص ١٦١ فما فوق .

فهرست بمصادر هذا القسم من الكتاب

مصادر في الفقه الجعفري :

- ١ - بلغة الراغبين في فقه آل ياسين : الشيخ محمد رضا آل ياسين .
- ٢ - تذكرة الفقهاء (الجزء السابع والثامن) : العلامة الحلي - مطبعة النجف ١٣٧٤ هـ سنة ١٩٥٥ م .
- ٣ - تبصرة المتعلمين : العلامة الحلي - مطبعة دنكوز ، بغداد .
- ٤ - تحرير المجلة (خمسة اجزاء) : الامام المرحوم محمد حسين كاشف الغطاء - المطبعة الحيدرية ١٣٥٩ هـ .
- ٥ - تهذيب الاحكام (الجزء السابع والثامن) : الشيخ الطوسي - مطبعة النعمان ، لنجف ١٣٨٠ هـ - ١٩١٦ م .
- ٦ - جواهر الكلام (القسم الخاص بالمتاجر) : الشيخ محمد حسن النجفي . طبعة حجرية ، يران ١٢٧٠ هـ .
- ٧ - منهاج الصالحين ، محسن الحكيم .
- ٨ - المكاسب (جزآن) : الشيخ الانصاري . طبعة بالزنگراف - مطبعة اطباء ، تبريز ١٣٧٢ .
- ٩ - هداية الطالب الى اسرار المكاسب : الحاج ميرزا فتح للشهيدى . طبعة بالزنگراف ضمن كتاب (المكاسب) .
- ١٠ - الروضة البهية (شرح اللمعة دمشقية) (جزآن) : الشهيد الثاني - طبعة دار الكتاب العربي - مصر ١٣٧٨ هـ .
- ١١ - شرايع الاسلام : المحقق الحلي - طبعة بالزنگراف - مطبعة خورشيد طهران ١٣٧٧ هـ .
- ١٢ - سفينة النجدة : الشيخ احمد كاشف الغطاء .
- ١٣ - مسائل الخلاف - للشيخ الطوسي - طبعة ايران الحجرية .
- ١٤ - المختصر النافع في فقه الامامية : المحقق الحلي - مطبعة دار الكتاب ، مصر ١٣٧٦ هـ .
- ١٥ - وجيزة الاحكام : العملية : الامام محمد حسين كاشف الغطاء . طبعة حجرية : النجف .
- ١٦ - وسيلة النجاة : السيد ابو الحسن الاصفهاني - النجف .
- ١٧ - نهج القمامة - محسن الحكيم - النجف .
- ١٨ - قرب الاسناد . لابي العباس عبدالله بن جعفر الحميري - المطبعة الحيدرية - النجف ١٣٦٩-١٩٥٠ .
- ١٩ - مسالك الافهام في شرح شرائع الاسلام - الشهيد الثاني - مطبوع على حاشية الشرايع .
- ٢٠ - المسائل المهمة - السيد حسن الصدر - مطبعة العرفان - صيدا .

مصادر في أصول الفقه :

- ١ - أصول الفقه (ثلاثة اجزاء) : المرجوم الشيخ محمد رضا المظفر .
- ٢ - المستصفي - من علم الاصول للإمام الغزالي - المطبعة الاميرية - مصر ١٣٢٢ هـ .
- ٣ - الوجيز في أصول الفقه : عبد الكريم زيدان - مطبعة النذير ، بغداد ١٣٨١ هـ - ١٩٦١ .

مصادر حديثة

- ١ - الاموال ونظرية العقد في الفقه الاسلامي : الدكتور محمد يوسف موسى - الطبعة الاولى ، مطبعة دار الكتاب العربي ، مصر ١٣٧٢ هـ - ١٩٥٢ .
- ٢ - مصادر الحق في الفقه الاسلامي (ستة اجزاء) : الدكتور عبد الرزاق السنهوري - منشورات معهد الدراسات العالية بجامعة الدول العربية .
- ٣ - شرح عقدي البيع والايجاز في القانون المدني العراقي : الدكتور عباس حسن الصراف - مطبعة الاهلي - بغداد ١٩٥٦ .
- ٤ - المدخل الى نظرية الالتزام العامة في الفقه الاسلامي : الاستاذ مصطفى احمد الزرقا . طبعة ثالثة - مطبعة الجامعة السورية ، دمشق ١٣٧٧ هـ - ١٩٥٨ .

كتب التراجم

- ١ - اعيان الشيعة - السيد محسن الامين العاملي - الطبعة الثالثة - مطبعة الانصاف ببيروت ١٣٧٠ هـ - ١٩٥١ م .
- ٢ - شعراء الغرى - البحائة العراقي الاستاذ علي الخاقاني - المطبعة الحيدرية النجف ١٩٥٥ م .

معاجم

- ١ - القاموس المحيط - مجدالدين محمد الفيروز آبادي - طبعة ثانية - مطبعة مصطفى الجلبي ١٣٧١ هـ - ١٩٥٢ .
- ٢ - مختصر تهذيب الالفاظ - ابن السكيت - المطبعة الكاثوليكية بيروت ١٨٩٧ م .

تعريف بالاعلام الذين وردت أسمائهم

في هذا القسم من الكتاب

١ - الشيخ الطوسي :-

ويعرف بشيخ الطائفة أيضا ، أبو جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي . انتهت اليه رئاسة الطائفة بعد وفاة السيد المرتضى عام ٤٣٦ هـ . وعلى يده تم تأسيس أول مدرسة علمية في النجف بعد نزوحه من بغداد عام ٤٤٩ هـ .

ترك الكثير من المصنفات ، منها : المبسوط والخلاف ومسائل الخلاف في الفقه . وتهذيب الاحكام والاستبصار فيما اختلف من الاخبار وهما من كتب الاخبار المعتمدة . والتبيان في تفسير القرآن . توفي عام ٤٦٠ هـ .

٢ - المحقق الحلي :-

أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلي ، واحد من كبار فقهاء الامامية ممن انتهت اليهم الرئاسة . وقد تلمذ على يده العلامة الحلي . له من المؤلفات : شرائع الاسلام ، والمختصر النافع ، ونهج الوصول الى علم الاصول . وقد لقي كتابه (الشرائع) عناية خاصة من الشرايح حتى أورد له أغابرزك في (الذريعة) أكثر من ثمانين شرحا بينها العديد من الشروح المطولة ك (جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام) للشيخ محمد حسن النجفي . ولد عام ٦٠٢ هـ وتوفي في ٦٧٦ هـ .

٣ - العلامة الحلي :-

الحسن بن يوسف بن علي بن المطهر الحلي ، أجل فقهاء الامامية قاطبة وأعظمهم أثرا ، النجم اللامع بين علمائهم والصفحة الرائعة المشرقة في تاريخ فقهم . لا يملك قارى تراثه المجيد الا الاقرار بسعة علمه ودقة

استقصائه لمسائل الفقه الوافرة لا في الفقه الجعفرى فحسب ، بل وفى المذاهب الأخرى ، يعرضها بتجرد علمي قلّ أن تجده لدى غيره .

ترك الكثير من المؤلفات الضخمة التي يظهر فيها الجهد العلمي ، ولعل أهمها ماثرته الرائعة (تذكرة الفقهاء) في جميع أبواب الفقه . وله أيضا ، المختلف ونهاية الأحكام في معرفة الأحكام والتحرير والقواعد وایضاح المقاصد والارشاد وتبصرة المتعلمين ، وغيرها من المؤلفات الجليلة .
توفى عام ٧٢٦ هـ .

٤ - الشهيد الأول :-

أبو عبدالله محمد بن الشيخ جمال الدين مكي بن الشيخ شمس الدين بن محمد بن أحمد بن حامد التبطي الجزيني العاملي ، أحد مشاهير فقهاء الامامية .

من مؤلفاته : اللمعة الدمشقية ، والذكرى ، وغاية المراد في شرح نكت الارشاد ، والدروس الشرعية في فقه الامامية ، والبيان .
قتل ظلما بدمشق عام ٧٨٦ هـ أيام سيف الدين برقوق الجركسى .

٥ - الشهيد الثاني :-

زين الدين بن الامام نورالدين علي بن أحمد بن محمد الجبعي العاملي ، من فقهاء الامامية المبرزين ، وهو أول من ألف في علم (دراية الحديث) بشكل جامع مفصل ، وأول من اعتمد أسلوب التزجيج في شرح المصنفات الفقهية كما في كتابه (الروضة البهية) في شرح (اللمعة الدمشقية) للشهيد الأول .

أورث الفقه الامامي الوفير من المصنفات الغنية التي يزيد عددها على الستين مصنفا ، منها :

مسالك الافهام في شرح شرايع الاسلام ، والروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ، وغاية المراد في شرح الارشاد ، وتمهيد القواعد ، ومنار

القاصدين في اسرار معالم الدين ، وجواهر الكلمات في صيغ العقود
والايقاعات .

• قتل عام ٩٦٥ هـ قرب القسطنطينية .

٦ - المحقق الثاني :-

الشيخ علي عبدالعالى الكركى ، انتهت اليه رئاسة المذهب في ايران
على عهد الصفويين .

• كتابه (جامع المقاصد) من كتب الفقه المعتمدة لدى الامامية ، وقد
اشتهر به . • توفى عام ٩٣٧ هـ .

٧ - صاحب الجواهر :-

الشيخ محمد حسن بن باقر النجفي ، من مشاهير علماء الامامية في
القرن الثالث عشر الهجرى . انتهت اليه رئاسة المذهب ، وأحرز كتابه
(جواهر الكلام في شرح شرايع الاسلام) شهرة بالغة حتى نسب اليه
صاحبه . • توفى عام ١٢٦٦ هـ .

٨ - الشيخ مرتضى بن محمد أمين الانصارى :-

انتهت اليه الرئاسة بعد وفاة صاحب الجواهر ، وتصدر للافتاء
والتدريس في مدرسة النجف وتخرج على يديه عدد كبير من مشاهير
رجال الامامية .

• كتابه (المكاسب) من أجل كتب الفقه الاستدلالي التي يظهر عليها
الجهد العلمى والغالب عليها التحقيق والاستدلال .
• توفى عام ١٢٨١ هـ .

٩ - الشيخ محمد حسين آل كاشف الغطاء :-

أشهر من أن يعرف ، ذو معرفة واسعة بالمعارف الحديثة فترك ذلك
أثرا واضحا فيما كتب وصنف .

ولد عام ١٢٩٥ هـ / ١٨٧٦ م وتوفي في الثامن عشر من ذي القعدة
عام ١٣٧٣ هـ الموافق للتاسع عشر من تموز ١٩٥٤ م .
ترك جملة وافرة من الرسائل والمصنفات تمتاز بوضوح الاسلوب
وقوته والتمكن من الموضوع ، نذكر منها :
تحرير المجلة ، في خمسة أجزاء وحاشية على العروة الوثقى ،
على تبصرة المجتهدين للعلامة الحلبي . وتعليقات على سفينة النجاة لآخيه
الشيخ أحمد كاشف الغطاء ، وزاد المقلدين ، ووجيزة الاحكام ، وسؤال
وجواب وهما من الرسائل العملية . وأصل الشيعة واصولها . والمثل
العلياء في الاسلام .

١٠- السيد حسن الصدر :-

ولد عام ١٢٧٢ هـ وتوفي في ربيع الاول عام ١٣٥٤ هـ .
ترك جملة من المصنفات الفقهية منها :
سبيل الرشاد في شرح نجات العباد ، وتبيين مدارك السداد للمتن
والحواشي من نجات العباد . وتحصيل الفروع الدينية في فقه الامامية .
ونهج السداد في حكم اراضي السواد ، وسبيل النجاة ، والمسائل المهمة ،
وهي رسالة عملية اعتمدنا عليها في كتابنا هذا .

١١- محمد رضا آل ياسين :-

ولد عام ١٢٩٧ هـ وتوفي عام ١٣٧٠ هـ وله في الفقه عدة مصنفات
منها : سبيل الرشاد في شرح نجات العباد ، وشرح منظومة بحر العلوم في
الفقه ، وشرح التبصرة في الفقه الاستدلالي ، وحواشي على العروة الوثقى ،
وقد اعتمدنا رسالته (بلغة الراغبين في فقه آل ياسين) وهي رسالة عملية .

الثبت

صفحة

٧

مقدمة في تعريف عقد البيع وبيان اوصافه

الفصل الاول : الصيغة

- (١) المراد بالصيغة ١٤
- (٢) سبق الايجاب للقبول ١٥
- (٣) توالى الايجاب والقبول ١٩
- (٤) مادة الصيغة أو هيئتها ٢١
- ١ - صيغة الماضي ٢ - صيغة المضارع ٣ - صيغة الامر والاستدعاء ٤ - صيغتا الاستقبال والاستفهام
- (٥) هل تشترط الصراحة في الصيغة ٢٨
لا يشترط خلو الصيغة من اللحن . عدم اشتراط العربية في الصيغة
- (٦) التنجيز في الصيغة ٣٠
العلة في منع التعليق . نقد مفهوم التنجيز في الفقه الجعفري .
- (٧) مطابقة القبول للايجاب ٣٥
تجزئة القبول مع المحافظة على نسبة البذل . حكم القبول المخالف . تعديل القابل للثمن بالزيادة
- (٨) الوسائل الاخرى للتعبير عن الارادة المعاطاة ٣٩
٤٠
تطور المعاطاة الى بيع في الفقه الجعفري . أسباب لزوم بيع التعاطى . السكوت

الفصل الثاني : المتعاقدان

- الشرط الاول : عدم الحجر لصغر أو سفه أو جنون أو مرض أو فليس ٤٩
- أ - البلوغ والرشد ، البلوغ وعلائمه . الحكم بالبلوغ شرعا . الرشد . العلة في الحجر على

- الصغير . حكم تصرفات الصبي . اولياء الصغير
وترتيبهم .
- ب - عدم السفه . حكم تصرفات السفه . الولاية
على السفه . الخلاصة
- ج - عدم الجنون (العقل)
- د - ألا يكون قد ابرم البيع في مرض موته بقصد
المحاباة مع قصور ثلث تركته عن استيعاب المبلغ
الذي حابى به
- هـ - ألا يكون مججورا عليه لافلاسه
- الشرط الثاني : الاختيار
- حكم عقد المكره . لا تمييز بين درجات الاكراه . وقف العقد
- الشرط الثالث : القصد
- الشرط الرابع : ان يكون مالكا للتصرف (الملك)
- المراد بالفضولي . ما يشترط في بيع الفضولي . المجيز
وما يشترط فيه . الاجازة وشروطها . الاجازة كاشفة
ام ناقلة

الفصل الثالث : المبيع

- الشرط الاول : ان يكون ذا قيمة مالية معتبرة عرفا وشرعا
- الشرط الثاني : الملك
- المباحات المشتركة . الارض الموات . حكم الصيد .
المنافع . التمييز بين شرطي (المالية) و (الملك)
- الشرط الثالث : ان يكون معلوما
- بيع الغائب . خيار الرؤية . التوكيل في استعمال الخيار .
توريث الخيار . مسقطات خيار الرؤية . التوكيل في
استعمال الخيار
- الشرط الرابع : ان يكون مقدور التسليم
- بيع الآبق مع الضميمة . بيع الآبق دون ضميمة . تطوير آخر

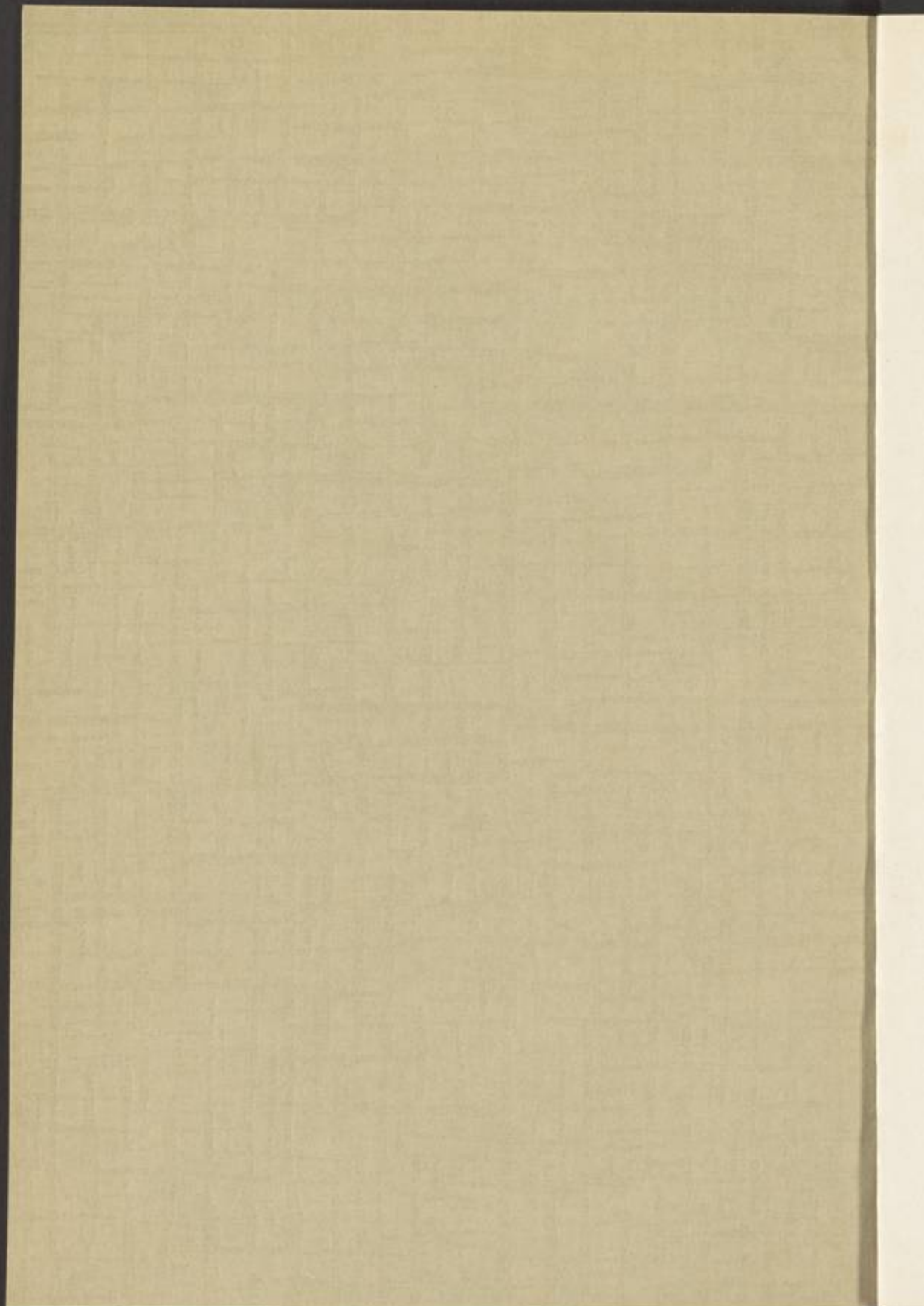
الفصل الرابع : الثمن

- فهرست المصادر
- تعريف بالاعلام

تصويب

يرجى اجراء التصويبات التالية :

الصواب	الخطأ	س	ص
القبول	القول	١٧	١٨
التنجيز	التنجز	١	٣١
وأرادة	واردة	١٩	٣٤
لازم	لارم	١٢	٤٥
خمسة	سته	٦	٤٩
والذي	والدي	٦	٥٣
المثل	المسل	٤	٥٦
جاء في	جاء	١٧	٥٨
بان	ان	٥	٦٣
الاشياء	الاشيالا	١٥	٩٠
تمنع	تمتع	١٥	٩٠
يجوزه	يجوزه	١١	٩٣
المعدود	الممدود	٧	٩٨
رؤيته له	رؤيته به	١٣	١٠٠
امضاء	امضا	٤	١٠٢
الفرر	المفرر	٥	١٠٤
•• ويقول : اشترى	•• والذي نقده	١٤	١٠٥
منك هذا الشيء وعبدك بكذا وكذا ، فان لم يقدر على	العبد كان الذي نقده فيما اشترى منه .		
ساعت	ساعت	٦	١٠٨
والمعلومية والقدرة	والمعلومية القدرة	٨	١١١



طبع على مطبع
دار التضامن - بغداد

سعر النسخة
٢٥٠ فلسا

