

HASAN

'AQD AL-BAY'

V.1

Princeton University Library



32101 072541160

المختار
حسين علي كساج حسين

عقد البيع
في الفقه الجعفري

مشورات - مكتبة النهضة - بغداد

عقد البيع في الفقه الجعفري

- القسم الاول -

Hasan, Husayn 'Ali

'Aqd al-bay'

عَقْدُ الْبَيْعِ فِي الْفَتْحِ الْجَعْفَرِيِّ

المختار

حسين علي كحلج حسين

مشورات - مكتبة النهضة - بغداد

2271
.321403
.312 v.1

مكتبة جامعة بغداد
رقم 312

الطبعة الاولى ١٣٨٤ هـ / ١٩٦٤ م

طبع على مطابع دار التضامن - بغداد

القسم الأول

في

تعريف عقد البيع وبيان أوصافه وأركانه

11-14-65 1985

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 المعتبرة لدى واضعيها •

ففي (تذكرة الفقهاء) عرّف العلامة الحلي البيع بأنه « انتقال عين مملوكة من شخص الى غيره بعوض 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 بالأعيان دون غيرها من المنافع والحقوق ، وشرط المالية في المبيع ، والتعيين في الثمن ، وشرط التراضي^(٣) •

وقد اتقد 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 (النعمة الدمشقية) 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 لانقضاء 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 للإلفاظ بدونه •
 ثم شاع بعد ذلك تعريفهم له بأنه « عقد يقتضي استحقاق
 التصرف في المبيع والثلث وتسليمهما » (١١) •
 وعرفه صاحب (جواهر الكلام) بأنه « معاملة موضوعة لتمليك
 عين بعوض وتملكها به » (١٢) •
 وعرفه صاحب (المكاسب) « بأنه انشاء تمليك عين بمال » (١٣) •
 وعرفه كاشف الغطاء بأنه « تمليك عين بعوض » في مقابل الهبة
 التي هي تمليك 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 وانتقادهم 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 يعمّ ابدال المنافع
 بغيرها . 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 لهم يكادوا يجمعون على ذلك -
 بصحة ورود المنافع ثمننا 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 لاز ترد محلا للبيع أو ثمن 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 آباءه من قبله قد أعلمه من
 مضى من آباءه انها ليست لهم ولا يدرون لمن هي فيبيعها
 ويأخذ ثمنها . قال : ما أحب أن يبيع ما ليس له . . . قلت :
 فيبيع سكنها أو 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 المفاضة أيضا ، وهي بيع العين بالعين وهذا الحكم مستفاد من عدم تحديدهم للمراد بـ (العوض) او (الثمن) بالنقد ، ومن الفروع العديدة المثورة 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 وتتردد ، 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 الحلبي 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 بألفاظ خاصة على رأي البعض من الفقهاء . فهو يقع بأية صيغة تدل على انشاءه . ويستفاد ذلك من اكتفاء البعض في انعقاده بكل لفظ (دال) على ذلك ، خلافا لغيرهم من مشرطي ورود الصيغة بلفظ (بعث) و (قبلت) في هيئة الماضي (٢٥) .

وعقد البيع أيضا من العقود الناقلة للملكية بذاتها ، بمعنى ترتيبها الملكية للبائع والمشتري على المبيع والتمن بمجرد انعقادها دون توقف على أمر آخر ، كأشترط قبض الطرفين لكل من المبيع والتمن . فنقل ملكية العوضين مما تقضي به طبيعة عقد البيع وليس من مستلزماته . وهذا واضح من قولهم بصحة بيع المشتري للمبيع قبل قبضه ، وقولهم بتملك المشتري لنماء 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 والتمن للبائع ، فيجب على كل منهما أن يدفع الى الآخر المال الذي انتقل 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 الثمن ، 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 .

الثلث 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 الأخرى في التعبير عن الإرادة

(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 الحلي^(١) .
فالايجاب والقبول هما المظهران الأكثر صراحة في ايضاح ارادة المتعاقدين والتعبير عنها . ولا يقدح في ذلك وجود وسائل أخرى للتعبير عن هذه الارادة ، كالكتابة والاشارة والتبادل الفعلي الدال على التراضي أو التعاطي . بل ان العلامة الحلي عدّ الصيغة هي المظهر الوحيد للتعبير

(١) تذكرة الفقهاء ، ج ٧ ، ص ٣ .

عن الارادة عند المقدرة عليها (فلا تكفي الاشارة الا 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 تثبت في البيع تثبت 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 ينعقد 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 الاستفادة من النصوص العديدة الواردة في كتب الفقه
الجعفري ان مسألة سبق الايجاب للقبول لا يراد بها تقرير هذا المعيار
الشكلي القائم على اساس صدور الزمني لكل من الايجاب والقبول

(٢) تذكرة الفقهاء ، ج ٧ ، ص ٧ .

(٣) تذكرة الفقهاء ، ج ٧ ، ص ٣ .

(٤) الامام كاشف الفطاء 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 نصوصا فقهية لا تقل
عن الأولى عددا 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 ، خلافا للشافعي وأحمد ، عملا
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 ان الإيجاب لا يصدر من غير البائع
والقبول من غير المشتري • كما انه لا وجه للكلام عن ضرورة سبق
الإيجاب للقبول الا اذا كان فقه الامامية لا يرى امكان سبق القبول
للإيجاب ، أي انه لا يأخذ بالمعيار الذي تأخذ به المذاهب الأخرى في
تمييز الإيجاب عن القبول والقائم على اساس الصدور الزمني لكل منهما ،
حيث لا تبرز مطلقا ، في ظل هذه المذاهب مسألة سبق الإيجاب للقبول •

ويبدو هذا المنحى في تمييز الإيجاب والقبول واضحا جد الوضوح

(٥) مسائل الخلاف ، ج ١ ، ص ١٩٢ •

(٦) تذكرة الفقهاء ، ج ٧ ، ص ٤ •

(٧) منهاج الصالحين ، ج ٢ ، ص ٩ •

فيما 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 تأخره . فقضية الموجب والقابل ليست قضية تقديم او تأخير وانما الفرق بينهما جوهري ومعنوي وحالهما يشبه الجملة الكسر والانكسار وان كان ايضا بين المقامين فروق من جهات ، ولكن الغرض تصوير ان القبول لا يختلف تقدم أو تأخر او تقارن . فلو جوزنا تقدم القبول على الايجاب وفاقا لبعضهم سيما بمثل : اشتريت وابتعت ونظائرهما ، وقال الموجب بعده : بعته واشتريت ونحوهما ، فالاول قبول والثاني ايجاب ، لأن الأول مطاوعة لعمل الثاني »^(٩) .

واذا 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 او المشتري على حد سواء دون أن يدخل 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) أي 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) .

الآخري التي يتضمنها عقد البيع في انفقہ الاسلامي كالمقايضة والصرف
والحالات الآخري الغالبة في البيع الشائع .

وكأن الامام كاشف الغطاء قد شعر بما يتضمنه هذا الرأي من نفي
لما استقر عليه التعامل ، ومن حرج في اشتراط صدور الايجاب 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: «واذا لم يكن من أحدهما» (١١) القبول وما بمعناه مثل:
ابتعت واشتريت ، ففي الحقيقة كل منهما موجب وقابل باختلاف الاعتبار،
بل يمكن الحكم بالصحة حتى مع التقارن في هذه الصيغ ، ويمكن فيها
تطرق التفصيل بين ما اذا كان البيع صرفا او مقايضة ، فكل منهما موجب
وقابل تقارنا او تقدم احدهما 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 انتدارك 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 :
اشتريت ، فقال البائع بعتك ، لم ينعقد . . لأنه ليس صريحا في الايجاب
فقد يتصد أن يعرف ان البائع هل يرغب في البيع » (١٣) .

والامام كاشف الغطاء يعترف ، رغم دفاعه الحار عن المعيار الذي
يقول به الفقه الجعفري في تمييز الايجاب عن القبول بأن : « ترتب
الثرة على تعيين الموجب من القابل قليلة ، والفائدة العملية معدومة
ضئيلة » (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 الفقه الجعفري مع اخذه بالمعيار الشكلي القائم على أساس صدور 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 .

ويبرر 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 اتممتها في عشرين ساعة لا يقول العرف انه قرأ الفاتحة . وهكذا في كل ما له هيئة تأليفية . ولذا قالوا : للمتكلم ان يلحق بكلامه ما شاء واكن ما 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 احدهما بالآخر أشد الربط معنى وحقيقة فيلزم اتصالهما صورة ولفظا كالانسان المركب من اعضاء مرتبط بعضها ببعض فلو انفصلت لم يعد انسانا ، فان شخصية كل انسان 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 الأذان بعضها مع بعض ، والفصل بين آية وأخرى اوسع منه ما بين جملة وأخرى في نفس الآية ، والفصل بين كلمة واخرى في الجملة الواحدة اضيق منه بين نفس 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 دام 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 للموجب 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 التروي 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 المتحض 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 : اشتري ، لم يقع اجماعا . . . ولو
تقدم بلفظ الاستفهام فيقول : أتبيعني : فيقول : بعتك ، 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 الایجادية التي لا حقيقة
لها في الخارج الا بنفس انشائها وایجادها 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 دلت 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
عامّة العقود باتفاق الجميع بدون نية ، أي بطبيعتها ومن غير حاجة الى
قرينة كما في قرينيه ، 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 قصدهما (٢٠) .

-
- (١٧) تذكرة الفقهاء ج ٧ ص ٥ .
(١٨) تحرير المجلة ج ١ ص ١٤٥ .
(١٩) المصدر السابق ج ١ ص ١٥١ .
(٢٠) راجع (مصادر الحق في الفقه الاسلامي) للسنةوري ، 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 بالأرادة الباطنة • وفي هذا يقول الامام كاشف الغطاء : « ان هيئة الماضي هي الصريحة في العقود وسيما البيع ، ولذا اتفقوا قولاً واحداً على نحق 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 لتمحض 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 : اشتريت ، 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 لانشائه 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 الحلي : « 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 .

أتبيعني ؟ 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 يُلْتهمها التهاما وان احتفظت هذه القواعد بأهميتها العملية .

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

واستنادا الى ما كتبه محققا كتاب العلامة الحلبي المذكور فان :

(٢٦) تذكرة الفقهاء ج ٧ ص ٥ .
(٢٧) المصدر السابق ، نفس الصفحة .

« قول الرجل لملك العبد : اعتق عبدك عني بكذا ، استدعاء لتمليكه له اولاً ليعتقه عنه فيحصل النقل والانتقال بهذا الاستدعاء والجواب ، فيقدر وقوعه في ملكه قبل العتق آنأ ما ، لأنه لا عتق الا في ملك . فيكون هذا بيعاً ضمناً ولا يحتاج الى الشروط المقررة لصيغة عقد البيع اجماعاً » (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 ، والالفاظ هي الادوات التي يبني العقلاء على اظهارها مقاصدهم بها حكاية او ايجادا ، بمعنى خبراً 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

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 التمليك بعوض والقرينة الحالية
هي التي ترجح هذا الحكم أو ذاك . فان دلت القرينة على أن ارادتك
انصرفت الى تملكه 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 يقدح ذلك - أي كونه جائزاً - في كونه عقداً . فالعقد الجائز ملزم
لطرفيه حتى يستعمل من له الخيار خياره، فينفسخ أو تمضي المدة المحددة
لاستعماله فيلزم نهائياً . وفي ذلك يقول الامام الحسين كاشف الغطاء :
« فان العقد الجائز أيضا قد التزم الطرفان بمضمونه ولكن ما دام العقد ،
وغاية الفرق بينه ، أي بين العقد الجائز ، وبين اللازم ان ذاك له ان يحله
متى شاء بخلاف الثاني . أما في ظرف عدم حله فيجب الوفاء به وتترتب
آثاره عليه » (٣٠) .

٥ - هل تشترط الصراحة في الصيغة

الأصل ان العقد ينقذ بكل لفظ دال على ارادة انشاءه ، أي على التملك والتملك ، ولا يلزم أن يكون لفظه مشتقا من عنوان العقد المراد ابرامه ، فينقذ بالفاظ مثل : بعت وملكت وعاوزت ونقلت في الايجاب ، واشترت وابتعت وقبلت في القبول . فالغاية هي أن يفهم كل متعاقد مراد الآخر كي يقع القبول موافقا للايجاب . وقد يتم ذلك بالالفاظ المفصحة بذاتها عن قصد المتعاقدين ، كالألفاظ المشتقة من عنوان العقد ، أو بالفاظ 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 ينقذ بكل لفظ يفهم منه احد المتعاقدين مراد الآخر فان ذلك لا ينفي تفاوت الالفاظ في مدى دلالتها على ارادة المتعاقدين وصدقها في ذلك ، فالألفاظ المشتقة من عنوان العقد ، كبعت واشترت ، لا يمكن أن يرقى اليها شك في دلالتها على قصد المتعاقدين ، في حين تحتمل الألفاظ الدالة على قصد المتعاقدين بالقرينة أكثر 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 يمكن منع شموله 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 فيما بينهم لا مطلق ما يستعملونه • ومن المعلوم ان الشايح المتداول من العقود عندهم هو ما كان انشأؤه 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 خاو الصيغة من اللحن :

لما كانت العبرة في الصيغة أن تكون مؤدية الى فهم كل متعاقد لغرض الآخر ومطابقة القبول للايجاب ، فلا يسع 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 التاء) انعقد العقد • أما اذا كان اللحن مغيرا للمعنى بحيث لا يفهم ما يريده المتكلم الا بالقرينة فقد ينعقد 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 الأدلة 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 وتعليلية . والتعليلية باطلة لأن التنجيز عندنا شرط في عامة

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

(٣٦) المكاسب ج ١ ص ٩٩ .

(٣٧) وسيلة النجاة ص ١٢٩ .

العقود ، والتعليق ينافي التنجز الا اذا كان سوريا صرفا كالتعليق على محقق الوقوع ، مثل : ان كانت الشمس اليوم طالعة فقد بعثك ، 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 يبطلان 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 يضرّ جعله شرطا . وكذا كل شرط علم وجوده فانه لا يوجب شكّا 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 الشهيد 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 ، فان الحالات التي يمكن تصور تعليق العقد فيها لا تعدو احدى 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 الحلي : « فلو علق العقد على شرط لم يصح ، وان كان الشرط المشيئة ، للجهل بثبوتها حال العقد وبقائها مدته » (٤٢) .

فالعقد لا ينعقد في هذه الحالة ولو كان تعليقه على مشيئة المشتري وارادته ، 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 ، وممن 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 الامر 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 ينافى التعليق »^(٤٥) . وقد شرح الحاج ميرزا قاسم 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 ينافى 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 خليّ 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 تقييدية 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 اتفقت 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 باطاله 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 ينافى 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 الايجاب 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 للحقوق المترتبة لكلا طرفي العقد وبين

(٤٧) هداية الطالب ال اسرار المكاسب ج ١ ص ١٩٩ •

(٤٨) تحرير المجلة ج ١ ص ١٦٣ •

(٤٩) تحرير المجلة ج ١ ص ٥٢ •

آثار هذا السبب ألتى قوامها الحقوق والالتزامات المتبادلة التى تنتج عن هذا السبب المولد لهذه الحقوق والالتزامات • وهو أمر ظاهر حتى فى البيوع المطلقة غير المعلقة على شرط ، فهناك فاصل زمنى ، 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 التى تتعقد معلقة على شرط دون حاجة المتعاقدين الى عقد جديد عند تحقق الشرط ووقوعه ، بل ان آثار العقد الذى عقد بينهما تسرى فورا وبمجرد تحقق الشرط • وهذه الآثار وأهمها نقل ملكية العوضين انما تنتقل للطرفين بموجب العقد الاول المعقود بينهما قبل تحقق الشرط وقد درج الناس على الإخذ بصحة هذه العقود دون ان يخامرهم شك فى ذلك •

والظاهر أن هذه المأخذ قد دفعت ببعض فقهاء الجعفرية المتأخرين الى التقليل من حدة شرط (التتجيز فى الصيغة) حسب مفهومه فى الفقه الجعفرى ، فترى 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 التى سقناها فى مقدمة هذا البحث •

٧ - مطابقة القبول للإيجاب

جاء فى (تذكرة الفقهاء) : « لابد من التطابق فى 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

او الثمن او الثمن او توابع العقد من الشروط فقبل المشتري على وجه آخر لم ينعقد * ووجه هذا الأستراط واضح ، وهو مأخوذ من اعتبار القبول وهو الرضى بالايجاب « (٥١) » *

وجاء فى (سفينة النجاة) : « ويعتبر فيه بجميع أنحائه المطابقة بين الايجاب والقبول » (٥٢) *

وجاء فى (وجيزة الأحكام) عند الكلام عن شروط الصيغة : « ويعتبر فيه تقدم الايجاب على القبول وتطابقهما » (٥٣) *

وجاء فى (تحرير المجلة) بصدد التعليق على المادة ١٧٧ من المجلة ان موافقة القبول للايجاب : « يعنى ان يقع القبول على ما وقع عليه الايجاب 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 الذى قصد اليه الموجب من حيث عناصر البيع والشروط التى يتضمنها ان وجدت * فان كانت شخصية المشتري مراعاة فى العقد وجب ان يصدر القبول منه أو من يقوم مقامه وان يتم البيع لمصلحته لا لمصلحة من ينوب عنه * وفى ذلك يقول الشيخ الأنصارى : « فلو قال : بعته من موكلك 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 الاخرى وهى 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 شيئاً معيناً بثمن معين ، فيقبل المشتري شراء نصفه او ربهه بنصف الثمن الذى اراده البائع او ربهه ؟

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

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

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

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

وقد يبدو رأى الامام كاشف الغطاء معارضا لما قرره العلامة الحلى فى (تذكرة الفقهاء) : « فلو قال : بعتك هذين بألف ، فقال قبلت احدهما بخمسائة ... لم يقع » (٥٩) ولكن الحقيقة غير ذلك ، ففى المثال الذى ساقه العلامة الحلى قد يكون ثمن جزئى البضاعة غير متساوى ، 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 الاقل والاكثر أو الاطلاق والتقيد صح بالقبول ثانيا » (٦٢) • وعلى ذلك يصح ان يكون قبول المشتري المخالف لايجاب البائع ايجابا جديدا ينقلب الى بيع بقبول البائع له ، رغم ان ألقه 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 وهى : (كلما كان القبول بالنسبة للايجاب من قبيل الاقل والاكثر أو الأطلاق والتقيد 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 الالف ومائة •

ولكن ما ألحل لو سكت ألبائع عن ايجاب المشتري ؟ هل نأخذ بقاعدة القبول الضمنى الوارد فى المادة ١٧٨ من المجلة ، أم نعتبر أن الايجاب كان مخالفا للقبول فلا عقد • ان ظاهر ما ورد فى (تحرير المجلة) يفيد قبول الامام كاشف الغطاء لقاعدة ألقبول أضمنى • ومفادها أن ألقبول اذا كان متضمنا للايجاب انعقد العقد على الثمن الذى أوجبه البائع ، وهو الالف فى هذه الحالة •

٨ - الوسائل الاخرى للتعبير عن الارادة

الفقه الجعفرى مغرق فى اللفظية ، وهو لا يرى فى غيرها - عند القدرة عليها - وسيلة اخرى لانشاء العقد • فلا ينعقد الا باللفظ عند الامكان او الاشارة من الاخرس ، وفى هذا يتفق الجعفرية مع الشافعية ويختلفون مع المذاهب الاخرى على تفاوت •

جاء فى (تحرير المجلة) : « لاعبرة عندنا معشر الامامية ، ولا تعقد العقود والمعاملات الا بالالفاظ او اشارة الاخرس • فلو وجدنا كتاب زيد الذى 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 التى تعتبر الكتابة كاللفظ • اما عندنا فلو كتب : انى بعت ، وكتب الاخر : انى قبلت لم يكن عندنا بيعا عقديا • فان تعاطيا كان معاطاة والا فلا شىء » (٦٣) •

وجاء فى موضع آخر من الكتاب : « قد عرفت ان الكتابة عندنا لاتصلح للعقد وحالتها حال الاشارة من القادر • نعم مع العجز لا يبعد رجحان الاشارة لانها أقرب الى اللفظ ••• أما الرسالة ، أى ارسال رسول لاجراء

(٦٣) المصدر المذكور ج ١ ص ١٥١ •

أبيع فان كان بنحو الوكالة صحّ ، والا فهو فضولى » (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 والاخر
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 بإرسال رسول يحمل الايجاب الى الطرف
الاخر الا اذا كان أرسول وكيلا عن المرسل فى انشاء العقد • فان 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 اى 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
الخسيسية 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 :
« الأشهر عندنا انه لا بد منها ، فلا تكفى المعاطاة فى الجليل والحقير ، مثل : اعطنى بهذا الدينار ثوبا فيعطيه مايرضيه ، أو يقول : خذ هذا الثوب بدينار ، فيأخذه » (٦٥) •

اما ما يقوله الامام مالك بالبيع بما يعتقدنه الناس بيعا ، لان الله وان احل البيع بالآية (وأحل الله البيع) فإنه لم يبين الكيفية فيجب الرجوع عندئذ الى العرف مثلما رجع اليه فى القبض وغيره ، ولان البيع كان شائعا فى زمن الرسول ولم ينقل عنه ولا عن أحد من أصحابه - مع كثرتهم - اشتراط الايجاب والقبول والاتواتر ذلك وشاع ، اذ لو كان ذلك شرطا فى البيع لوجب نقله لما يؤدى اليه الاهمال والغفلة عن نقله من وقوع عقود المسلمين والناس عامة فاسدة (٦٦) - أما رأى الامام مالك هذا فإن العلامة الحلى يرد عليه بقوله : « المعاطاة تثبت فى غير البيع فيجب عود النص الى غيرها ، ومنع عدم التواتر وللاستغناء بالاباحة عنه » (٦٧) •
فهو يرى أن المعاطاة كما تثبت فى البيع تثبت فى غيره من التصرفات كالهبة والاجارة والرهن • فالتعاطى ، 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 فى كلمة (البيع) الى غير المعاطاة ، لان المعاطاة المجردة لا يصدق عليها البيع • والعلامة الحلى لا يرى فى التعاطى أكثر من افادته الاباحة لذلك يمكن الاستغناء عنه بها • وهذا هو ماذهب اليه الشيخ الطوسى فى (مسائل الخلاف) : « اذا دفع قطعة الى البقلى أو الى الشارب وقال : اعطنى بـقلا أو ماء ، فأعطاه فانه لا يكون بيعا ،

• (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 (الحقير) 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 الازام 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 فأنهم لم يرتبوا لعقد البيع بالتعاطى نفس الاثر المترتب للبيع المنعقد
بايجاب وقبول لفظيين • فهو ينعقد جائزا من الطرفين ، أى مقترنا بحقهما
فى فسخه متى شاء 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 بانتهاج مجلس العقد دون استعمال احدهم حقه في الرجوع ، بل يبقى جائزا حتى بعد انتهاء مجلس العقد ، اى له استعمال خيار ثان 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 والتملك . على ان مايجب التتويه اليه ان هذا الفقه قد انتهى الى الغاء التمييز بين الاموال الحقيقية والجزيلة ، 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 ناقلا للملكية ، وكل تصرف يصدر منه هو بمثابة تصرف الفضولى ، بينما التصرف فى الحالة الثانية - أى عند عده بيعا - 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 الممنوح للعاقدين فى عقد البيع بالمعاطاة ، فلا يتداخل هذا بذلك ، ولا تجب مدة الخيار الا بعد مدة الخيار الاقل . وفى ذلك يقول الامام كاشف الغطاء : « فاذا 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 والتمليك) • وهو يرى (ان هذه هي التي ينبغي ان تكون محل الكلام وموضع النقض والابرام لا التي يراد بها الرضا واطاحة التصرف وحلية الانتفاع) (٧١) كالعارية ونحوها •

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

ثم يقول الامام محمد حسين كاشف الغطاء : « صفوة ما عندنا هنا من التحقيق ان المشاهد المحسوس من حالنا ، بل ومن حال غيرنا ، من صغير أو كبير فى شراء حقير أو خطير ، حتى الطفل المميز اذا اشترى شيئاً من الاسواق فانه لا يقصد بدفعه المال من نقود وغيرها بازاء ما يأخذه من السلعة الا مبادلة ذا بذاك وقطع علاقته من العين المدفوعة منه بالكلية عوض استيلائه على العين المأخوذة من الآخر فيصح على هذا تعريفها التحقيقى أو التقريبي بأنها عبارة عن أن يدفع كل من الاثنين ما له الى الآخر عوض ما يدفعه الاخر له • وقد مر عليك ان انشاء التمليك لا بد له من أمر خارجى يتحقق به ويكون آلة لايجاده ، والالفاظ هي الادوات التى 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 ، فأنت اذا قلت لشخص هذه العين لك تارة تريد اخباره بأنها له وتارة تريد انشاء تمليكها 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 • ف (أحل الله البيع)

(٧١) تحرير المجلة ج ١ ص ١٥٢ •

تثبت 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 ، فيأتى اللزوم « (٧٢) » .

وجاء فى (منهاج الصالحين) لمحسن الحكيم : « الظاهر وقوع البيع بالمعاطة بأن ينشئ البائع البيع باعطائه المبيع الى المشتري وينشئ المشتري القبول باعطاء الثمن الى البائع ، لا فرق فى صحتها بين المال الخطير والحقير » .
« أما البيع المعاطاتى فهو وأن كان مفيدا للملك الا أنه جائز من الطرفين حتى مع شرط سقوط الخيار أو أسقاطه بعد العقد » (٧٣) .

وجاء فى (بلغة الراغبين فى فقه آل ياسين) : « الاقوى تحقق البيع بالمعاطة و هى عبارة عن تسليم العين وتسلم عين أخرى من آخر بعنوان العوضية ، والظاهر تحققها بمجرد تسليم المبيع بقصد التمليك بالعوض مع قصد المشتري فى أخذه التملك بذلك « . . . » « . . . » البيع العقدى لارم من الطرفين لا يفسح الا بالتقاييل أو بأحد الخيارات الاتية . واما المعاطاة فالاقوى أنها مفيدة للملك والمشهور أنها جائزة من الطرفين ولا تلزم الا بتلف احد العوضين او التصرف المغير أو الناقل للعين وفيه اشكال ، والقول باللزوم غير بعيد » (٧٤) .

والذى نستخلصه مما سبق :

أولا : ان الفقه الجعفرى قد انتهى الى الاخذ بالتبادل الفعلى الدال على التراضى (المعاطاة) وسيلة لانعقاد البيع بشرط توفر نية التملك والتمليك .
ثانيا : ان عقد البيع الناتج عن المعاطاة يقع جائزا ولا يلزم الا بأمر .

اسباب لزوم بيع التعاطي :

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

(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 اذا 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 احد العوضين تغيرا مبدلا لوضعه •
- ٥ - موت احد 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 الحلبي 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
 لابد 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 •

الحياء المانع للبكر من الاجابة بالقبول 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 الحلي 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 أشرع في البكر وأنه يلزم أن تستأمر في زواج نفسها وسكوتها رضاها ، فقد اعتبر الشارع سكوتها رضا بقرينة أن أغلب ان الحياء يمنعها من التصريح بالقبول 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 الحلي 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 • واركان 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 الحجز لصغر أو سفه أو جنون أو مرض
• أو رق
- ٢ - شرط الاختيار •
- ٣ - شرط القصد •
- ٤ - شرط ملك التصرف •

لا يكفي صدور الايجاب وارتباطه بالقبول بشرائطهما التي اسلفنا الكلام عنها لانعقاد البيع وترتب آثاره عليه ، بل يجب صدور الصيغة ممن له اهلية التعاقد ، أي اهلية اجراء التصرفات المعتد بها شرعا • وذلك أمر لا يتحقق الا 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 تتراوح 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 الشرائط 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 .
وستنحصر كل شرط منها بشيء من التفصيل .

أ - البلوغ والرشد

البلوغ وعلائمه

يستفاد البلوغ من ظهور أمارات معينة في جسم الانسان بيئتها فقهاء المذهب في مصنفاتهم ، وهي الاحتلام وانبات الشعر الخشن على العانة في الذكر والاشى وقد ألحق بها بعضهم اخضرار الشارب وانبات اللحية

(١) تحرير المجلة ج ٣ ص ١٥٠

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

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

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

لدى الذكر (٤) • اما الحمل والحيض في الانثى فقد عدتهما البعض علائق 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 وصلاحيه الرجل فعلا للاجبال والانثى أن تحبل وتلك كواشف عن تلك الحقيقة والمرتبة » (٦) •

الحكم بالبلوغ شرعا :

ومهما يكن من شأن هذه العلامات ودلالاتها على البلوغ فان البلوغ يحكم به شرعا لمجرد اكمال الخامسة عشرة بالنسبة للذكر ، والعام التاسع بالنسبة للانثى ، وهو الرأى الاظهر فى الفتوى لوجود من قال بالبلوغ من ثلاث عشرة الى اربع عشرة ، وباكمال التاسعة فى 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 تقتضى اصلاحه وتمنع افساده وصرفه فى غير الوجوه اللاتقة بافعال العقلاء ، لا مطلق الصلاح » (٨) • « ومع عدم الوصفين أو أحدهما يستمر الحجر ولو طعن فى 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 الاوجه 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 المبحث الصق بالنظرية العامة للمعقود 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 الانصاري حول هذا الموضوع في كتابه (المكاسب) : « والحاصل فكل حكم شرعي تعلق بالافعال التي يعتبر في ترتب الحكم الشرعي عليها القصد بحيث لا عبرة بها اذا وقعت بغير القصد فما يصدر منها عن الصبي قصدا بمنزلة الصادر عن غيره بلا قصد . فعقد الصبي وابقاعه مع القصد كعقد الهازل والخطابي وابقاعاتهم . بل يمكن بملاحظة بعض ما ورد من هذه الاخبار في قتل المجنون والصبي استظهار المطب من حديث رفع القلم (١٢) ، وهو ما عن

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

راجع (الاموال ونظرية العقد في الفقه الاسلامي) لمحمد يوسف موسى ص ٣٢٤ .

(١١) الروضة البهية ج ١ ص ٣٦٠ .

(١٢) المراد به حديث : « رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبي حتى يحتلم ، وعن المجنون حتى يفيق ، وعن النائم حتى يستيقظ » . وسيأتي الكلام عنه .

قرب الاسناد (١٣) بسنده عن ابي البخترى عن جعفر عن ابيه علي (ع) انه كان يقول : المجنون والمعته الذي لا يفيق والصبي الذي لم يبلغ عمدهما خطأ يحمله العاقلة وقد رفع عنهما القلم - انتهى • فإن ذكر رفع القلم في الذيل ليس له وجه ارتباط الا بأن تكون علة لاصل الحكم وهو ثبوت 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 مؤاخذة الصبي والمجنون بمقتضى جنائية العمد وهو القصاص ، ولا بمقتضى شبه العمد وهو الدية في مالهما لا يستقيم الا بأن يراد من رفع القلم ارتفاع المؤاخذة عنهما شرعا من حيث العقوبة الاخرية والدينية 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 أثر 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 باتسائه ؛ اذ لو كان ذلك لاجل عدم استقلاله وحجره عن الالتزامات على نفسه لم يكن عدم المؤاخذة شاملا لصورة اذن الولي وقد فرضنا الحكم مطلقا فيدل بالالتزام على كون قصده في انشاءه 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 والاخبار 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 مبني على كون رفع القلم علة للحكم لما عرفت من احتمال كونه معلولا لسلب اعتبار قصد الصبي والمجنون فيخص رفع قلم المؤاخذة بالافعال التي يعتبر في المؤاخذة عليها قصد الفاعل فيخرج ، مثل الاتلاف ، فافهم واعتم « (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 تترتب 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 تخلو 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 أجازة 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 الصبي اذا بلغ العاشرة^(١٧) .

أما من يعلل منهم الحजर على الصبي بكونه مسلوب الارادة ، فقد ذهب الى القول بطلان عقد الصبي المميز ولو لحقته الاجازة . وعلى هذا اجماع فقهاء الجعفرية ، وقل أن تجد مصنفا من مصنفاتهم أغفل النص على ذلك . وهم في مطولاتهم يسهبون في بيان دليل الابطال ويرجعونه الى النص والاجماع .

أما النص فهو الحديث النبوي : « رفع القلم عن ثلاثة ؛ عن الصبي حتى يحتلم ، وعن المجنون حتى يفيق ، وعن النائم حتى يستيقظ » . وقد بين الشيخ الطوسي في (المسوط) 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 باسانيدهم الخاصة بهم . واما الاجماع فهو ما أشرنا اليه من عنايتهم بالنص على حكم تصرفات الصبي وبيان مسائله العديدة في مصنفاتهم بشكل قل أن يخلو منها مؤلف من مؤلفاتهم الوافرة .

فالرأي المجمع عليه والسائد لدى الجعفرية اذن هو بطلان تصرفات الصبي ، مميزا كان أم غير مميز ، أجازها الولي أم لم يجزها ، مما تتحقق فيه الخيرة أم لا . ولا يملك غير الولي اثناء العقود والتصرفات المتعلقة بماله .

أولياء الصغير وترتيبهم :

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

(١٧) المصدر المذكور ج٧ص٦ .

(١٨) المكاسب ج١ 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 ففي بطلانه أو ترجيح الاب أو الجد أوجه • ثم الوصي لاحدهما
مع فقدهما • ثم الحاكم مع فقد الوصي « (٢٠) » •

وجاء في (شرايع الاسلام) : « 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 النافذ
وبطل الثاني ، ولو اقترنا مع التنافي 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 بقصور أو خيانة » (٢٣) •

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 السفه

السفه خلاف الرشده ، وحيث قد عرفت أن الرشده هو حسن

-
- (٢٠) المصدر المذكور ج ١ ص ٣٦١
 - (٢١) المصدر المذكور ج ١ ص ١٢٦
 - (٢٢) المصدر المذكور ج ٣ ص ١٦٥

الاتفاق 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 ، فالسفه هو « من يبيع ماله بأقل من ثمن المثل ويشترى بأكثر من ثمن المثل ••••• ومن أنفق أكثر أمواله في الخمر غالبا والملاهي أو شطرا من أمواله ••••• ومن يبيع ما يحتاجه فيصرفه فيما لا يحتاجه مما يسمنونه بالكماليات ••••• » (٢٣) .

حكم تصرفات السفه :

السفه محجور عليه سواء من بلغ سفهها أو من كان السفه لاحقا لبلوغه وحكم بسفهه ، 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 أورد 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 الغطاء حيث قال : « كما يصح ان يعقد لنفسه بيعا أو نكاحا أو غيرهما ولكن يبقى موقوفا على اجازة الولي » . (٢٦) .
فالأصل في تصرفات السفه هو البطلان ولكن قيل بجواز صحتها إذا ما أجازها الولي .

الولاية على السفه :

يرى البعض أن تعيين حالة السفه أمر يحتاج الى الاجتهاد والتثبت من قيام أماراته وذلك لحفائه وصعوبة الحكم به . لذا فإن الحجر على السفه سواء كان قد بلغ سفهها 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 ورفعها على حكمه » (٢٧) . وجاء في (شرايع الاسلام) : « لا يثبت حجر المفلس إلا بحكم الحاكم ، وهل يثبت في السفه بظهور سفهه ؟ فيه تردد ، والوجه أنه لا يثبت ، وكذا لا يزول إلا بحكمه » (٢٨) . وجاء فيه ايضا : « أما السفه فالولاية للحاكم لا غير » (٢٩) .

ويرى آخرون أن ظاهر الآية الكريمة (فان آنتم منهم رشدا فأدفعوا اليهم اموالهم) لا يتطلب لدفع اموالهم اليهم غير أئناس الرشد ولم يعلق ذلك على حكم الحاكم لذا فان عدم ائناس الرشد 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 فيملد وليه بالعدل) فقد اثبتوا الولاية على السفه لمن كانت له الولاية على الصغير ، أي لكل من الاب والجد على النحو الوارد في مبحث الولاية على الصغير ،
• مراجعه •

ومنهم من فصل بين ما اذا كان السفه قد لحقه ابتداء أي بلغ سفيها فتبث الولاية لمن تبث له على الصغير عملا بالاستصحاب وظاهر الآية المذكورة ، وبين ما اذا كان السفه لاحقا للبلوغ حيث يتعين لديهم السفه في هذه الحالة بحكم الحاكم وتبث 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 تبث للحاكم 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 أولا أبوه أو جده ، أما ولي السفه فهو الحاكم الشرعي حتى مع وجودهما أو وجود وصيهما » (٣٣) •

(٣١) المصدر المذكور ج ١ ص ٣٦١ •

(٣٢) اي السفه •

(٣٣) المصدر المذكور ج ٣ ص ١٧٠ •

الخلاصة :

يمكن القول أنه رغم وصف (البطلان) و (عدم الصحة) الذي يلحق تصرفات السفيه في الفقه الجعفري ، فإن هذا الفقه قد مال الى الأخذ بـ (وقف) هذه التصرفات ، أي اعتبارها موقوفة على اجازة الولي • وهذا هو الوجه الذي استخرجناه من المسائل العديدة المتناثرة في كتب فقهاءه - 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 السفيه 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 أوردناه • ولا تثبت الولاية لهؤلاء في المجنون جنونا متقطعا الا في فترات جنونه ، أما حال افاقه فلا •

ولا تصح بيع المجنون وتقع باطلة 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 فللوصى ، فان لم يكن فللحاكم » • (٣٥)

(٣٤) جاء في (الوجيز في أصول الفقه) لعبدالكريم زيدان ص ٧٨ : « عرف بعض الاصوليين الجنون بأنه اختلال العقل بحيث يمنع جريان 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 ففي بطلانه
أو ترجيح الاب أو الجد أوجه • ثم الوصي لاحدهما مع فقدهما ثم
الحاكم مع فقد الوصي ••• » (٣٦) •

وجاء في (تذكرة الفقهاء) : « ولا ينقذ بيع المجنون وان أذن
وليه ••• » (٣٧) •

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

مع قصور ثلث تركته عن استيعاب المبلغ الذي حابى به

لا تعرض 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 آئذ 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 ٢٦١

• (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 يجزى الورثة التصرف فيما جاوز منه ثلث تركه مورثهم .

جاء في (تحرير المجلة) : « 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 بضمن المثل ، كبيع شيء بضمنه 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 . انما 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 محضه 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 بثمن مثله نفذ وأن نجز ما تبرع به في مرضه بأن وهبه أو وقفه أو تصدق به أو حابى به في بيع أو اجارة على الاقوى للاخبار الكثيرة الدالة عليه منطوقا ومفهوما ، وقيل يمضى من الاصل للاصل ، وعليه شواهد من الاخبار . (٤١) .

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

هـ - ألا يكون محجورا عليه لافلاسه

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 لنيلهم حقوقهم التى لم يشأ المدين المحجور عليه أداءها بالحسنى فى آجالها المحددة . •
ومثل هذا الحجر لا يوقع الا بقرار من الحاكم بناء على توفر شروط تكفلت كتب الفقه بتوضيحها^(*) ، 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 لايسرى 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 باطللة لصدورها ممن لايملك 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 كالعق 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 تتحقق 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 لايسقط 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 « ويحتسب من جملة امواله معوضات الديون • الثالث :
أن تكون حالة • الرابع : ان يلتمس الغرماء أو بعضهم الحجر عليه ، ولو
ظهرت اماراة الفليس 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 أثار العقد كعقد
الفضولي حيث انتهى القصد اليه من مالكة مع تحقق القصد الى اللفظ ففى
الجملة فلما لحقته اجازة المالك أثرت ♦ » (٤٤)

وفى (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)

وفى (تذكرة الفقهاء) : « الاختيار شرط فى 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 فى (المكاسب) : « ومن شرائط المتعاقدين الاختيار ، والمراد
به القصد الى وقوع مضمون العقد عن طيب نفس فى مقابل الكراهة وعدم
طيب النفس ، لا الاختيار فى 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 ٧-٨

(٤٧) المصدر المذكور ج ١ ص ١١٨

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

لا تمييز بين درجات الاكراه :

ولا تمييز في الفقه الجعفري بين الاكراه الملجأ وغير الملجأ ففى
 المعاملات ، فكل اكراه يعرض فى 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 . . . »

الثانى : ان يظن المكره (بالفتح) أو يقطع بأنه اذا لم يأت المكره عليه ،
 اوقع المكره (بالكسر) به ما يهدده فيه من قتل أو ضرب او 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 الاشخاص ومراتبهم ، كما يختلف باختلاف الازمنة
 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)

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 المبحث ، 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 •

واستادا الى هذا الرأى فان الشيخ الانصارى عند كلامه عن الاكراه فى الاحكام التكليفية والوضعية يرى : « ان الاكراه الراجع لاثم الحكم التكليفى أخص من الراجع لاثم 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 وشرايطها ، لدى الجمهور - عدا الاحناف - الى بيع صحيح ، وبيع باطل ، ولديهم ان تخلف ركن من أركان العقد أو شرط من الشرايط المطلوبة 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 والفضولى ، لتخلف شرط الاختيار فى أولهم والملك فى الثانى ، ولم يروا صحة عقدهما ولو تعقبته الاجازة من المكره (بالفتح) أو المالك •

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

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

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

وجاء فى (المكاسب) : « ان المراد بفساد البيع عدم ترتب ما يقصد منه عرفا من الآثار فى مقابل الصحة التى هى امضاء الشارع لما يقصد عرفا من اثناء البيع ••• » (٥٢)

ان مقتضى الاخذ بالتقسيم الثنائى القول بعدم صحة بيع الفضولى 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 ، فأن 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 الشافعى ببطلان بيع الفضولى من الاصل لنهى
الرسول (ص) عنه في قوله لحكيم بن حزام : لا تبع ماليس عندك ، ولان
بيع العبد الا بق غير صحيح مع كونه مملوكا لعدم القدرة على التسليم فيبيع
ما لا مملك فيه ولا قدرة له على تسليمه اولى بالمنع ، ردا على أقوال الامام
الشافعى هذه يرى العلامة الحلى ان النهى في المعاملات لا يدل على الفساد ،
وان القدرة على التسليم في بيع الفضولى حاصلة اذا أجاز المالك (٥٣) ♦

وجاء في (المكاسب) بعد بيان ان مقتضى البطلان والفساد فى العقد
واحد ، ان ذلك - أى فساد العقد - « لا ينافي قابلية العقد للحقوق الاجازة من
مالكه حين العقد أو ممن يملكه بعد العقد ، ولا يجب على القول بدلالة
النهي على الفساد وقوع المنهي عنه لغوا غير مؤثر أصلا ، كما يستفاد من
وجه دلالة النهى على الفساد ، فأن حاصله دعوى دلالة النهى على ارشاد
المخاطب وبيان ان مقصوده من الفعل المنهى عنه ، وهو الملك والسلطنة من
الطرفين ، لا يترتب عليه فهو غير مؤثر فى 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 لايفيد بطلانها • ورتب على ذلك ان تخلف احد الشروط المتطلبة فى أركان العقد ، كشرط الاختيار والملك فى المتعاقدين ، لا يعنى عدم انعقاده ، فهو ينعقد ولكنه يقع موقوفا على الاجازة • فيبع 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 بتسمية 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 ، فنسفصل 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 لدلول العقد الذى يتلفظان به • واشترط القصد 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 أصول 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 يغير مدلول
العقد بأن قصد الاخبار أو الاستفهام أو انشاء معنى غير البيع مجازا او 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 المغنى عليه والسكران
والغافل والناسى والنائم والهازل (٥٩) •

لقد رتب فقهاء المذهب الجعفرى شرط القصد هذا للتوصل الى ابطال
بيوع كل من الهازل والغالط والناسى والسكران والنائم والمغنى عليه والبائع
يعا 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 هوءلاء 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 بيعا 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 وانتزاعه
لامواله فيتواطأ مع صديق له على التظاهر ببيعها له بيعا تحققت فيه ظاهرا
أركان البيع بشرائطها وذلك ليقطع على الحاكم الجائر سبيل غضب ماله (٦٠) ،
وكحالة المدين الذي أحس بشبح الافلاس يحوم حوله يتظاهر ببيع خيار
ماله لاحد أضيائه يباع ظاهريا ليحول دون وقوعها بأيدي دائنيه اذا ما طلبوا
أشهار افلاسه •

٥ - أما الحالة الخامسة فهي متصورة فيما لو قال أحد المتعاقدين للاخر:
وهبتك هذه الدار بالف دينار قاصدا بيعها لاهبتها : فقال الآخر : قبلت ،
ظاناً أنها هبة ، ففي مثل هذه الحالة لاينعقد البيع لانصراف ارادة أحدهم
الى غير البيع •

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

(٦٠) وهذا ما يسمى ببيع (التلجئة) الذي اجمع فقهاء المذهب
الجعفرى على عدم وقوعه • ويلاحظ أن العلامة الحلي في (التذكرة)
اعتبره في معنى الاكراه ، وهو قول مردود كما قد عرفت من الاكراه
وشرائطه •

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 المغمى عليه والنائم .

والواقع ان هذه هي الحالات الغالبة المشتهرة التي يحكم معها ببطلان البيع لانعدام القصد ، ولا يمكن تصور جميع الحالات التي ينعدم فيها القصد لدى المتعاقدين أو أحدهما ، بل يترك للحاكم 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 يعني 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 وكلا . » (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 الاشهر 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 يبيع 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
التي يجابه دارس الفقه بعض المشقة فى دراستها • ولا يبعد ان تكون
النتائج العملية المختلفة المترتبة على الاخذ بهذا الرأى أو ذاك سببا فى تسعير
الخلاف وايصاله لهذه الدرجة من عدم الوفاق •

ونحن وان كنا سنمس القضية مسا كما يقال دون التوسع فى عرض
حجج الفريقين ، فنستخص المسألة بشيء من التفصيل خاصة ما تعلق منها
بحجج القائلين بصحة بيع الفضولى ، وعنهما سيعرف القارىء أدلة وحجج
خصومهم ممن قالوا بالبطلان •

لقد استدل الفريقان بأدلة اربع مستقاة من الكتاب والسنة والاجماع
والعقل •

ففى 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 لحل "أكل المال ورفع الحرمة التى تلحقه فيما

لو أنتفى طيب نفس المالك بالتصرف • فغاية ما يستفاد من هذه الآية انه لا حلّ ولا رفع للحرمة قبل رضا المالك • وهذا عين ما يقول به القائلون بصحة بيع الفضولى ، فهم قد جعلوه موقوفا على اجازة المالك ولا يعنى 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 المعوّل عليه والذى به ينفذ العقد وتترتب عليه آثاره فهو رضا المالك واجازته • وهذا بعض ما دبتجه يراعة الشيخ النجفي صاحب (الجواهر) الذى يرى صحة بيع الفضولى « لاندراجه ، بعد الرضا ، فى البيع والعقد والتجارة عن تراض فيشملة ما دلّ 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 شىء من الكتاب والسنة ما يدل على اعتبار سبق الرضا أو مقارنته ، بل أقصى آية التراضى ورواية عدم حلّ مال المسلم الا بطيب نفسه فى الحليّة وخروج اكل المال عن الباطل لا انه يعتبر سبقه على لفظ العقد فى ذلك نعم سبقها أو مقارنته معتبرة فى حصولها على معنى أنه لاحليّة 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 ما ليس عنده ثم يسعى فى شرائه وتسليمه للمشتري ، فنهاه النبي (ص) عن ذلك بقوله : لا تبع ما ليس 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 مالكا بعد ذلك ، لذا فإن النهي لا يشمل بيع الاعيان الكلية 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 سأله ان يبيع الشي ثم يمضى ويشتره ويسلمه . » (٧٣)

وكتب الشيخ مرتضى الانصارى : « 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 ، وما ورد في توقيع العسكري للصفار ، وجواب الامام المهدي في بعض مسائله . راجع (تهذيب الاحكام) للشيخ الطوسي ج ٧ ص ٢٣٠ .

(٧٠) جاء في (هداية الطالب الى أسرار المكاسب) : « ان المثلي هو الكلي الذي يكون المدار في ماليته افراده الخارجية على هذا ، وذلك كالحنطة مثلا . لان مالية جميع أفرادها انما هي بلحاظ الجهات الكلية الجنسية أو النوعية أو 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 النهى عن بيع ما ليس عنده كما استدل به عليه بل وما لا يملك لا يشمل الفضولى الذى لم يصدر منه الا اللفظ الموقوف على رضا المالك ، أو أن المراد به النهى عن بيع ما ليس 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 النهى على الفساد فى المعاملات ، وهو الامر الذى لا يراه القائلون بالصحة ، فإنه لا يشمل غير المورد الذى جاء به النهى ، 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 ينفذ فى رفع القبح الثابت 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 الايق والطير فى السماء - فيرد عليه : أولا بان القدرة
 على التسليم حاصلة اذا ما أجاز المالك (٧٨) • وثانيا بأن شرط القدرة على
 التسليم مشروط فى المتعاقد أملك أو ذى الولاية حيث يلتزم بتسليم المبيع
 لقاء تسلمه 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 الشيوع
لما يتجاوز حصته في المال المشاع •

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

جاء فى (المكاسب) : « وكيف كان فيشمل العقد الصادر من الباكرة
الرشيدة بدون اذن الولى ، ومن المالك اذا لم يملك التصرف لتعلق حق
الغير بالمال ، كما يومىء اليه استدلالهم لفساد الفضولى بما دلّ 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 الفضولى ، قولهم أنه بيع صادر من اهله مضافا الى محل قابل لحكمه ،
ولم يتخلف فيه الاشرط ملك التصرف فى العاقد • وهو قول يمكننا من
تحديد الخصائص التي يمتاز بها بيع الفضولى • وهى :

١ - ان يكون العاقد فضوليا ، أى قد توفرت فيه شروط الفضولي
على النحو الذي يبينه فى الفقرة السابقة •

٢ - ان يكون ثمة مجيز للعقد الذى ابرمه الفضولى حال وقوعه ،
وهو المالك أو الولى أو الوكيل • وهذا الشرط قال به الاحناف وتسامح
الامامية على الاخذ به فنجد العلامة الحلى قد أثبتته فى (التذكرة) (٨٣) •
ويراد بـ (المجيز) من يستطيع ايقاع العقد بنفسه ، فيحق له بالتالى اجازة

(٨٢) المصدر السابق ، نفس الصفحة •

(٨٣) تذكرة الفقهاء ج ٧ ص ٨ •

عقد الفضولى واعتباره العقد كما لو قد صدر منه ، وبهذا الشرط نحكم بعدم وقوع عقد الصبى والمجنون ولو على سبيل الفضالة بعد اجازته من قبل وليهما ، اذ 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 الانصارى (٨٤) ، ويستدل عليه ايضا بأعتبارهم تصرف الغاصب فى المال المنصوب بمثابة تصرف الفضولى وعدّه موقوفا على اجازة المالك ، وهذا ظاهر من تعريف الشهيد الثانى للفضولى ، وقد مرّ ، ويستدل عليه ايضا بتجويزهم لحقوق الرضا بعقد المكره بعد زوال الاكراه . كما لا اعتبار لما يشترطه البعض من ان يبيع الفضولى لمصلحة المالك لا لمصلحته ، اذ رأينا من يبيع الغاصب ، وهو لنفسه كما هو ظاهر . ولا اعتبار أيضا لما اذا كانت الفضالة قد تحققت فى البيع او الشراء ، اذ قال الجعفرية بوقوعها فيهما على حد سواء .

المجيز وما يشترط فيه :

رأينا ان بيع الفضولى ينعقد موقوفا على اجازة المالك للتصرف . وهو المالك نفسه ان كان أهلا لابرار العقد وغير محجور عليه لسبب من أسباب الحجر ، أو وكيله . اما ان كان ناقص الاهلية أو ممنوعا من اجراء التصرفات فى ماله لسبب من الاسباب ، فالولاية حينئذ فى ماله تثبت لكل من الاب والجد له وأن علا فى حالة المحجور عليه لصغر أو جنون أو سفه ، على خلاف فى الاخير ، ثم لو صيها أو وصى احدهما عند فقدهما ، ثم للحاكم الشرعى عند فقدهما أو فقد وصيها أو وصى أحدهما ، ثم لمنصوب الحاكم الشرعى . أما الولاية فى 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 : الاب 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 ، والمحاكم الشرعى حيث
يفقد الاربعة ، وامينه وهو منصوب لذلك ... » (٨٦) .

وشروط المجيز هي :

١ - ان يكون حين الاجازة كاملا من حيث البلوغ والعقل والرشد
وعدم المنع من اجراء التصرف فى المال الذى كان محلا للعقد المجاز .
٢ - وأن تكون الاجازة مما يدخل فى ولايته ، سواء ولايته على
ماله هو أو ولايته على مال غيره . فالمدين المفلس لا يملك اجازة مايرمه
من بيع نظرا لرفع يده عن أمواله ، كما لا يملك ولي الصغير والمجنون
اجازة مايرمانه من بيع ، إذ أن ذلك لا يدخل فى ولايته ، وان كان يملك
انشائها ابتداء .

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 المتعاقد من شروط البلوغ والعقل والرشد . وفى ذلك يقول
الشيخ مرتضى الانصارى : « الاجازة أثر 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 يؤدى اليه هذا التسامح فى
اثبات الولاية لهؤلاء من عبث واهدال 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 الدالّ عليه على وجه الصراحة العرفية ، كقوله : أمضيت ، واجزت ، وانفذت ، ورضيت ، وشبه ذلك • وظاهر رواية البارقي (٨٨) وقوعها بالكناية ، وليس بعيدا 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 يدلّ عليه . . . » (٩٠)

٢ - ألا تكون مسبوقه بالرد ، صريحا كان الرد او مستفادا من تصرف المالك بالمبيع ، بعد علمه بتصرف الفضولي ، على نحو يستفاد 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 ليشتري 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 يفسخ العقد في نظر القائلين بالصحة فلا يعد هناك عقد ليجاز *
ويرى اخرون عدم كفاية الرد المستفاد من الافعال لفسخ العقد ، وأمكاني
الاجازة بعد ذلك مستدلين لذلك بأحد الاخبار (٩١) *

جاء في (المكاسب) : « ومن شروط الاجازة ان لا يسبقها الرد ، اذ
مع الرد يفسخ 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 يستقطهما عن صدق
العقد الذي هو في معنى المعاهدة * هذا مع ان مقتضى سلطنة الناس على
أموالهم تأخير الرد في قطع علاقة الطرف الآخر عن ملكه ، فلا يبقى
ما تلحقه 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
الانصاري : « الاجازة ليست على الفور للعمومات ولصحيفة محمد بن قيس ،
واكثر المؤيدات المذكورة بعدها * ولو لم يجز المالك ولم يرد حتى لزم
تضرر الاصيل بعدم تصرفه فيما انتقل عنه واليه على القول بالكشف *
فلاقوى تداركه بالخيار أو اجبار المالك على احد الامرين (٩٢) * »

الاجازة كاشفة أم نافلة :

ان القائلين بصحة بيع الفضولي وانعقاده موقوفا على اجازة المالك ،

(٩١) المصدر المذكور ج ١ ص ١٣٦ *

(٩٢) المكاسب ج ١ ص ١٣٦ *

عادوا لينقسموا على أنفسهم فى مسألة حكم هذه الاجازة :
هل هى كاشفة « بمعنى أنه يحكم بعد الاجازة بحصول آثار العقد من
حين وقوعه - اى العقد - حتى كأن الاجازة وقعت مقارنة للعقد » • أم هى
ناقلة « بمعنى ترتب آثار العقد من حينها - اى الاجازة - كأن العقد وقع
حال الاجازة •• » (٩٣)

والخصومة الناشبة بين القائلين بصحة بيع الفضولى حول هذه المسألة ،
لائقل 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 ، فإذا 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 شى 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 تفيده
مقارنة رضا المالك لعقد الفضولي ، وغاية ما تفيده أنها قائمة مقام الرضا
المقارن للعقد ، وبذا فهى 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 الفضولى ، اذ ان مؤدى ذلك ترتيب المسبب - الذى هو نقل الملكية - قبل وجود السبب وتمامه • 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 اوجبه عقد الفضولى مما يحتاج معه الى قبول جديد ، وهو مالم 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 رتب 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 فى 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 مالم يقل به أحد (١٠١) •

٣ - ومن أدلة القائلين بالكشف ايضا أن الاجازة لو لم تكن كذلك وجب القول بتأثير المعدوم فى 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 التى اشتدت بين الفريقين ، فإن الرأى الاظهر فى 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 التى حصلت فى المال بين انشاء العقد والاجازة ، سواء كانت فى المبيع او الثمن ، تعود ملكيتها للمالكها 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 العلومية *
- ٤ - شرط القدرة على التسليم *

المبيع فى 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 فى صلاح بعضها لذلك * وشروط المبيع هى :

- ١ - ان يكون مما يمول به ، اى ذا قيمة معتبرة عرفا وشرعا *
- ٢ - الملك ، اى قابليته لجريان احكام التملك الفردى عليه *
- ٣ - أن يكون معلوما *
- ٤ - ان يكون مقدر التسليم *

وستناول 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 قلة كجبة حنطة ، 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 بيع 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 البهية) والمحقق الحلي في (شرايع الاسلام) وجاراه في ذلك الشيخ النجفي في (جواهر الكلام) وهو خلط بين شرط عام وآخر خاص ، كما هو واضح مما كتبه العلامة الحلي في (تذكرة الفقهاء) وكما سترى 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 عقلائية تنشأ من عموم الحاجة الى الشيء وقوة الفائدة والمنفعة ، فأن 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 الشرعي 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 ، فأنهم يجعلون للموجودات الخارجية قيمة ومالية باعتبار المنافع التى تستغل منها وبمقدار الحاجة والانتفاع بها والثمرات المرتبة عليها • فالاطعمة انما اعتبر العقلاء لها مالية بالنظر الى ما وجدوا من ميسر الحاجة اليها وتوقف حياة البشر عليها ، وهكذا الاراضى والحيوان والمعادن كلها مالا بملاك الحاجة والمنفعة ••• » (٦)

وشرط المنفعة المعبر عنه بـ (المالية) أعم من شرط (الحاجة) المعتبر لدى بعض المذاهب ، فقد يكون الشئ 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
لحرمتهما • 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 ضآلة 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 الانتفاع 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 أستنى من ذلك يرجع الى امور ثلاث :

اولا : تخلف شرط المنفعة فيه ، كالخنافس 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 فصيح بيعها لذلك (٩) ، على خلاف •

ثانيا : اهدار الشارع لمالته لنجاسته وتحريمه وذلك بالنسبة للمسلمين دون غيرهم •

ثالثا : ضالة قيمة افراده القلائل •

ويقع باطلا البيع الذي يرد على شىء لا مالية له ، سواء كان لعدم منفعة ، أو لاهدار الشارع لها ، أو لضاآلة 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 مالية 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 :

وهى 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 وقلعها وخزنها ، ثبتت ملكيته لما حازه منها •

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

الارض الموات :

والحكم السابق وارد بالنسبة للارض الموات ايضا ، فهي لاتملك الا بتحجيرها وحيائها ، وما التحجير الا مظهرا من مظاهر الحيازة • اما قبل ذلك فهي ملك للامام أو السلطان ان لم يكن لاحد يد سابقة محترمة عليها ، ويتساوى الناس جميعا في حق تملكها بالاحياء وفاقا للحديث النبوي الشهير (من أحيا أرضا ميتة فهي له) • فبالتحجير والاحياء تكتسب هذه الارض الموات صفة الملك ، وتصبح سالحة لجريان اليوع عليها من مالكتها 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 معاوضات • 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)

وفى (الروضة البهية) : « يشترط كون المبيع مما يملك ، أى يقبل الملك شرعاً ، فلا يصح بيع الحر * * * ولا المباحات قبل الحيابة لاتقاء الملك عنها حينئذ ، والمتبايعان فيها سيان * * * « (١٣)

والمرحوم كاشف الغطاء فى شرحه ونقده للمادة (١٢٣٤) من مجلة الاحكام العدلية العثمانية القائلة بأن (الماء والكأ 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 انسان فى نهر صغير فى أرضه أو داره أو بستانه فقد ملكه ولا يجوز الاخذ منه بغير أذنه * ومثله الكلام فى الكأ وهو النبات فى الاراضى الواسعة والغابات ، بل واشجارها وثمارها أو أشجار الجبال والادوية 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 ألقهاء على تسميتها بـ (المنافع) (١٥) * .

فهذه رغم (ماليتها) 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 يؤدي الى تفويت الغرض الذى أقيمت وانشأت من أجله • فلا يصح لذلك بيعها مطلقا (١٦) •
التفيميز بين شرطي « المالية » و (الملك) :

يظهر مما قدمناه أن كلا من المباحات المشتركة قبل حيازتها ، وما أصطلح 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) ، فد منعا من ورود البيع عليهما • ذلك ان مقتضى البيع هو استقلال المشتري بعد الشراء فى السلطنة عليها بعد أنتقالها 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 التجففى 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 لاتتفاء الملك عنها حينئذ والتبايعان فيها سيان ••••• » (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 الذى وقع فيه فقهائنا هؤلاء . فأننا 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 فى المباحات المشتركة محققة لشرط (الملك فيها وبالتالى الى صحة ألبوع الواقعة عليها ، وهذا خلاف ما رأيناه فى الشرط الآخر ، اذ لا يمكن لحوق شرط المالية بما تخلف فيه من الاشياء . ولا يقدر فى ذلك ما قلناه من امكان تحقق شرط المالية فيما لا ينتفع به من الاشياء فيما لوتوصل 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 العقلى . لذا نجد العلامة الحلى فى (تذكرة الفقهاء) يعتمد الى التمييز بين شرطى المنفعة والملك ويفرد لكل منهما عنوانا خاصا به عند بحثه لشروط المبيع والتمن . ^(١٩) .

وكذا فعل الشيخ مرتضى الانصارى فى (المكاسب) فقد جاء فى شرائط العوضين : « يشترط فى كل منهما كونه متمولا لان البيع لغة مبادلة مال بمال . وقد احترزوا بهذا الشرط عما لا ينتفع به منفعة مقصودة للعقلاء محللة فى الشرع ، لان الاول ليس بمال عرفا كالحنافس والديدان فإنه يصح عرفا سلب المصرف لها ونفى الفائدة عنها . والثانى ليس بمال شرعا كالخمر والخنزير ثم أنهم احترزوا باعتبار الملكية فى العوضين

(١٨) جاء فى (تذكرة الفقهاء) : « لا يجوز بيع ما لا ينتفع به من الحيوانات كالحفاش والعقارب والحيات . . . لخستها وعدم التفتات الشرع الى مثلها فى التقويم ، ولا تثبت الملكية لاحد عليها ، ولا اعتبار بما يورد فى 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 والكلاً والسموك والوحوش قبل اصطياها
بكون هذه كلها غير مملوكة بالفعل * * * » (٢٠)

الشرط الثالث : أن يكون معلوما

جاء في (تذكرة الفقهاء) : « أجمع علمائنا على أن العلم شرط
فيهما (٢١) ، ليعرف ما الذى ملك بازاء ما بذل فيتفى الغرر • فلا يصح
بيع الغائب ما لم تتقدم رؤيته مع عدم تغيره أو وصفه وصفا يرفع
الجهالة • » (٢٢)

وفى (تحرير المجلة) : « ان من اهم شروط البيع عدم جهالة المبيع
وبالاحرى معلومية العوضين علما يرفع 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 بالبطلان والغرر المنفى فى الحديث النبوى مطلقا • (٢٣)
فتخصيص المعلومية بالمشتري لا وجه له * * * * * ومعلومية المبيع من سائر
الجهات المتباعدة 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 فى اختلاف الرغبات والاسعار • وأن كان شخصا فيعرف الاولان
بالمشاهدة والاختبار • واما المقدار فبالكيل والوزن والعدد والذراع • • ولو
كان المبيع الشخصى فى عرف عام أو خاص يكفي بمشاهدته عن اعتباره

• (٢٠) المصدر المذكور ج ١ ص ١٦١

• (٢١) فيهما : فى المبيع والتمن •

• (٢٢) المصدر المذكور ج ٧ ص ٣٢

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

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

وتعين مقداره كما فى حزمة الحطب والخضروات وقرب الماء واسقية الالبان
وكثير من أمثالها ، صح بيعه بالاشارة الى عينه . « (٢٤)

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

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

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

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

وفى كلا الحالين 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 فى (الكلي) .
وهو ما يصطلح على تسميته اليوم بالمثلّي فيلزم أيضا معرفة قدره
من حيث الوزن والعدد والكيل والمقياس . فلا يصح شراء المكيل
والموزون والمعدود والمكيل والمقيس جزافا للمغرر المتحقق فى ذلك (٢٦) .

ولا يكفى لتحقق العلم بها العلم التخمينى 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 علماؤنا 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 الممدود حكم الموزون والمكيل ، فلا يصح بيعه جزافا لانه مقدار يعرف به كمية المبيع ، فلا يصح بدونها كالوزن والكيل » (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 بقي 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 للمغبون منهما الخيار (٣) .
وفى 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 ج٧ ص ٤٤-٤٥
 - (٢٩) الروضة البهية ج١ ص ٢٨٥
 - (٣٠) تذكرة الفقهاء ج٧ ص ٣٣
 - (٣١) الروضة البهية ج١ ص ٢٨٧

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

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 غالبا 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 الرفع للجهالة ، لما فيه من الغرر »^(٣٣) .

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

أما لو كان المبيع مما يتغير غالبا في المدة المتخللة بين الرؤية السابقة
والعقد ، لم يصح البيع ، ويقع باطلا^(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^(٣٧) .

(٣٣) 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 الكلي 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 الذى لم يره وصفا رافعا للجهالة فيصح ، ويثبت له الخيار فى أمضاء العقد كله لا بعضه .

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

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

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

خيار الرؤية :

بيّنا ان الاصل فى 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 تتغير 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 .

• سميونه بخيار الشرط

والدليل في ثبوت الخيار لهما هو الحديث النبوي : (من اشترى شيئاً 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 غيبية بالوصف ثم رآها خلاف ما وصف البائع ، أو كان المشتري رآها قبل العقد فأشترها على تلك الرؤية فظهر بعد العقد انها قد تغيرت ... ••• نم 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 تباعا 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 • فإن كان خلاف الوصف أو قد تغير عن الرؤية السابقة حق له الفسخ ، وإن كان وفقا للوصف أو لم يتغير عن الرؤية السابقة فلا يملك الفسخ ووجب عليه امضا العقد •

جاء في (تذكرة الفقهاء) : « إذا 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 ، وإن لم يتغير لزم البيع قولاً واحداً » (٤٤) •

توريث الخيار :

ثمة زابان في الفقه الاسلامي في وصف الخيار وبيان ماهيته ، أحدهما يرى أنه مجرد ارادة ومشيئة متعلقة بصاحبه ، ولذا فلا يجوز توريثه • والآخر يرى أنه حق مقرر شرعاً لمن يملكه ، فيؤول عند وفاته الى ورثته • والجعفرية على هذا الرأي •

كتب الامام كاشف الغطاء في معرض نقده للمادة (٣٢١) من المجلة العثمانية ، والقائلة بأن (خيار الرؤية لا ينتقل الى الوارث اذا مات المشتري قبل أن يرى المبيع لزم البيع ولا خيار لوارثه) يقول :

« لعمرك ان هذا من أحكام الجزاف القاسية التي لا يقبلها عقل ولا ذوق فضلاً عن الشرع • وكيف يلزم الوارث المسكين بمبيع ما رآه مورثه ولا كان لازماً 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 - وحققا 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 فيشملة دليل (ما ترك الميت من حق فهو لوارثه) « (٤٥) » .

مسقطات خيار الرؤية :

- ١ - اذا وجد المبيع وفقا 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 أمضاء العقد ، أما الفسخ فلا .
- ٣ - باستعمال من له الخيار خياره حال رؤية المبيع ، سواء بالامضاء أو الفسخ .
- ٤ - بتصرف من له الخيار بالمال تصرفا يستفاد منه امضاؤه العقد . فظاهر المسائل العديده 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 لوحده أحكام الخيارين في كثير من المواضع .

التوكيل في استعمال الخيار :

- يجوز ان يوكل من له الخيار غيره في رؤية المبيع واجازة البيع أو فسخه حسب ما يشاء (٤٧) .
- اما بالنسبة للاعشى فيقوم وصف غيره للمال مقام رؤيته له ، هذا ان لم يشأ التوكيل ، ذلك ان كل ما لا يصح من الاعشى من التصرفات فسييله 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 اكثر 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 احرزوا بهذا الشرط عن بيع المغرر المنهي عنه في الحديث النبوي (لا تبع ما ليس عندك) حيث فسّره البعض بأن المراد منه ليس النهي عن بيع ملك الغير ، والا لوجب حينئذ أن يقول : ما ليس لك (٤٩) . ولا النهي عن بيع ما لم يوجد وقت العقد ، وذلك للاجماع على صحة بيع الغائب مع الوصف أو سبق المشاهدة 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 ، اما مع رجاء التمكن منه فلا غرر ، ولا نهى .

وقد توصل فقهاء الامامية بذلك الى القول بصحة بيع العبد الأبق مع الضميمة أو بدونها ، على خلاف ، والى القول بصحة بيع الضالّ والمحجور .

بيع الأبق مع الضميمة :

هذه احدى المسائل التي انفرد الامامية بالقول بها خلافا لغيرهم من

(٤٩) المكاسب ج ١ ص ١٨٦ .

المذاهب • ورغم اننا قد أهملنا الإشارة • في بحثنا هذا ، الى كل ما يتعلق
بأحكام الروى فى الفقه الاسلامي نظرا لمذافة هذه الظاهرة الاجتماعية المثينة
لروح العصر ، فقد آثرنا الإشارة الى هذه المسألة لفائدتها فى بيان مفهوم
الامامية لشرط القدرة على التسليم •

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

وكحديث سماعة عن ابي عبدالله (ع) فى الرجل يشتري العبد وهو
أبق عن اهله • قال : لا يصلح له الا أن يشتري معه شيئا آخر ويقول :
الذي نقده فيما اشترى منه (٥١) •

والمستفاد من هاتين الصحيحتين أن بيع الأبق انما يصح بشروط :
أولها : أن يكون الأبق مما يرتجى التمكّن منه وتحصيله • أما
ما كان مؤوسنا 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 التاطع فقد قال البعض بعدم وقوع العقد ،
وقال آخرون بحقه فى الفسخ ان تبين له ذلك •

• (٥٠) تهذيب الاحكام ج٧ ص ١٢٤

• (٥١) نفس المصدر ج٧ ص ١٢٤

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

ورابعها : شترط في الآبق 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 نسليمه ، فلو ظهر تلفه حين البيع أو استحقاقه 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 الآبق ضميمة في بيع الآبق ، لأن الغرض من الضميمة أن تكون مقابل الثمن عند تعذر تحصيله (٥٣) .

بيع الآبق دون ضميمة :

ذهب الشهيد الثاني في (الروضة البهية) الى صحة بيع الآبق 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 .

(٥٥) تذكرة الفقهاء ج ٧ ص .

جاء في (المكاسب) : انه لو اشترى الآبق والضال المرجو
الحصول بثمان 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 بثمان 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 معنيا البائع من
أية مسؤولية تنجم عن عدم حصوله على المبيع • •

والقائمون بصحة بيع الآبق دون ضميمة يبررون ذلك بأن الشارع
نهى عن بيع ما لا يقدر على تسليمه منا للناس من المخاطرة بأموالهم وسدا
لباب النزاع المتوقع عند عدم حصوله على الآبق • أه! وقد انتفت المخاطرة
بقدرة المشتري على تسلم الآبق ، وامتنعت الخصومة باعفاء البائع من أية
مسؤولية فلا وجه للمنع (٥٧) •

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

• (٥٦) المكاسب ج ١ ص ١٨٥

• (٥٧) المكاسب ج ١ ص ١٨٥

عدم الشرطية الاستفادة من الاطلاقات (أوفوا بالعقود) • وهذا هو الاوجه
عندي وان مال الى المنع بعض أعظم المتأخرين منا « (٥٨) » •

تطوير آخر :

ان اكتفاء الامامية بشرط القدرة عند التسليم خلافا لغيرهم من مشرطي
وجود المبيع اثناء العقد ، أو مشرطي القدرة على التسليم عند انشائه ،
خطوة تخدمية هامة افردوا بها وكانت نتيجتها تصحيح البيوع التي ساءت
فى الوسط التجارى 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 التى خطاها فقهاء الامامية •

فقد جاء فى (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 فى السلم ؟

قلت : لا يرون به بأساً ، 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) (٥٩)

لا يسمى له أجلا الا أن يكون بيعا لا يوجد مثل العنب والبطيخ وشبهه
فى غير زمانه فلا ينبغي شراء ذلك حالا « (٦٠) » •

(٥٨) المصدر المذكور ج ١ ص ١٦٩ •

(٥٩) النوادر من وضعنا ليستقيم سياق الحديث •

(٦٠) تهذيب الاحكام ج ٧ ص ٤٩ •

وجاء فيه أيضا : « ... » عن ابن سنان قال : سألت أبا عبدالله (ع) عن الرجل يأتيني يريد مني طعاما أو يباع نسيًا وليس عندي ، أ يصلح أن أبعه اياه واقطع نه سعره بم اشتره من مكان آخر فأدفعه اليه ؟ قال : لا بأس به . (٦١) .

وقد أشرنا عند الكلام عن بيع الترضولي الى أن بعض فقهاء الامامية فسروا 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 سلطة 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 القرر 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
ضميمة وبيع النمرة قبل بروزها عاما واحدا أو مطلقا . ويمكن الفرق
بما مرّت الاشارة اليه من الكلي والشخصي فيصح في الأول دون
الثاني « (٦٤) » .

فعلى أساس من جريان البيع على مال مثلي جرت العادة بإمكان
حصول الشخص عليه من الاسواق متى شاء ، مما تتفي 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) .

وقد تدق التفرقة بين هذا النوع من البيع وبين بيع السلم ، أو
السلف . وانفرق بينهما الاجل المشروبا . في السلم ، كما ان الغالب في
السلم ورده 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 الحنفي من تطور ،
فقد اشترطت هذه المادة أن يكون المبيع موجودا . فتأمل !

الفصل الرابع

الثلث

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

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

ففي (تذكرة الفقهاء) أفرج 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 في (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 •

-
- (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 الحلبي - مطبعة النجف ١٣٧٤ هـ سنة ١٩٥٥ م .
- ٣ - تبصرة المتعلمين : العلامة الحلبي - مطبعة دنكور ، 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 ، النجف 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 (جزؤن) : الشيخ الانصاري . طبعة بالزنكغراف - مطبعة اطلاعات ، تبريز ١٣٧٢ .
- ٩ - هداية الطالب الى اسرار المكاسب : الحاج ميرزا فتاح للشهيدى . طبعة بالزنكغراف ضمن كتاب (المكاسب) .
- ١٠ - الروضة البهية (شرح اللمعة الدمشقية) (جزئان) : الشهيد الثاني - طبعة دار الكتاب العربي - مصر ١٣٧٨ هـ .
- ١١ - شرايع الاسلام . المحقق الحلبي - طبعة بالزنكغراف - مطبعة خورشيد طهران ١٣٧٧ هـ .
- ١٢ - سفينة النجاة : الشيخ احمد كاشف الغطاء .
- ١٣ - مسائل الخلاف - للشيخ الطوسي - طبعة ايران الحجرية .
- ١٤ - المختصر النافع في فقه الامامية : المحقق الحلبي - 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 الفقاهة - 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) : المرحوم الشيخ محمد رضا المظفر .
- ٢ - المستصفي - من علم الاصول للامام 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 والايجار في القانون المدني العراقي : الدكتور عباس حسن الصرائف - 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 - أعيان الشيعة - السيد محسن الامين العاملي - الطبعة الثالثة - مطبعة الانصاف ببيروت ١٣٧٠ هـ - ١٩٥١ م .
- ٢ - شعراء الغرى - البحاث العراقي الاستاذ علي الخاقاني - المطبعة الحيدرية النجف ١٩٥٥ م .

مراجع

- 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

فى هذا القسم من الكتاب

١ - الشيخ الطوسى :-

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

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

٢ - المحقق الحلى :-

أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلى ، واحد من كبار فقهاء الامامية ممن انتهت اليهم الرئاسة • وقد تلمذ على يده العلامة الحلى • له من المؤلفات : شرائع الاسلام ، والمختصر النافع ، ونهج الوصول الى علم الاصول • وقد لقى كتابه (الشرائع) عناية خاصة من الشراح حتى أورده أعايرزك فى (الذريعة) أكثر من ثمانين شرحا بينها العديد من الشروح المطولة ك (جواهر الكلام فى شرح شرائع الاسلام) للشيخ محمد حسن النجفى • ولد عام ٦٠٢ هـ وتوفى فى ٦٧٦ هـ •

٣ - العلامة الحلى :-

الحسن بن يوسف بن علي بن المطهر الحلى ، أجلّ فقهاء الامامية قاطبة وأعظمهم أثرا ، النجم اللامع بين علمائهم والصفحة الرائجة المشرقة فى تاريخ فقهم • لا يملك قارى ترائه المجيد الا الاقرار بسعة علمه ودقة

استقصائه لمسائل الفقه الوافرة لا في الفقه الجعفرى وحسب ، بل وفى المذاهب الاخرى ، يعرضها بتجرد علمي قلّ أن تجده لدى غيره •

ترك الكثير من المؤلفات الضخمة التى يظهر فيها الجهد العلمى ، ولعل أهمها مؤثرته الرائعة (تذكرة الفقهاء) فى جميع أبواب الفقه • وله أيضا ، المختلف ونهاية الاحكام فى معرفة الاحكام والتحرير والقواعد وايضاح المقاصد والارشاد وتبصرة المتعلمين ، وغيرها من المؤلفات الجليلة •

توفى عام ٧٢٦ هـ •

٤ - الشهيد الاول :-

أبو عبدالله محمد بن الشيخ جمال الدين مكى بن الشيخ شمس الدين بن محمد بن أحمد بن حامد النبطي الجزينى العاملي ، أحد مشاهير فقهاء الامامية •

من مؤلفاته : اللمعة الدمشقية ، والذكرى ، وغاية المراد فى شرح نكت الارشاد ، والدروس الشرعية فى فقه الامامية ، والبيان •

قتل ظلما بدمشق عام ٧٨٦ هـ أيام سيف الدين برقوق الجركسى •

٥ - الشهيد الثانى :-

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

أورث الفقه الامامي الوفير من المصنفات الغنية التى يزيد عددها على الستين مصنفًا ، منها :

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

القاصدين فى اسرار معالم الدين ، وجواهر الكلمات فى صيغ العقود والايقاعات •

• قتل عام ٩٦٥ هـ قرب القسطنطينية •

٦ - المحقق الثاني :-

الشيخ علي عبدالعالى الكركى ، انتهت اليه رئاسة المذهب فى 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 فى القرن الثالث عشر الهجرى • انتهت اليه رئاسة المذهب ، وأحرز كتابه (جواهر الكلام فى 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 فى مدرسة النجف وتخرج على يديه عدد كبير من مشاهير رجال الامامية •

كتابه (المكاسب) من أجلّ كتب الفقه الاستدلالي التى 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 للمتنب
والحواشي من نجات العباد • وتحصيل الفروع الدينية في فقه الامامية •
ونهج السداد في حكم أراضي 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 البديل • 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 ٤٩
- أو مرض أو فلس
- 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

٥٥

ج - عدم الجنون (العقل)

د - ألا يكون قد ابرم البيع في مرض دوته بقصد
المحاباة مع قصور ثلث تركته عن استيعاب المبلغ
الذى حابى به

٦٠

هـ - ألا يكون محجورا عليه لافلاسه

٦٢

الشرط الثانى : الاختيار

٦٤

حكم عقد المكره • لا تمييز بين درجات الاكراه • وقف العقد

٦٩

الشرط الثالث : القصد

٧٢

الشرط الرابع : ان يكون مالكا للتصرف (الملك)

المراد بالفضولى • ما يشترط فى بيع الفضولى • المجيز
وما يشترط فيه • الاجازة وشروطها • الاجازة كاشفة
ام ناقلة

الفصل الثالث : المبيع

٨٧

الشرط الاول : ان يكون ذا قيمة مالية معتبرة عرفا وشرعا

٩١

الشرط الثانى : الملك

المباحات المشتركة • الارض الموات • حكم الصيد •
المنافع • التمييز بين شرطى (المالية) و (الملك)

٩٦

الشرط الثالث : ان يكون معلوما

بيع الغائب • خيار الرؤية • التوكيل فى استعمال الخيار •
توريث الخيار • مسقطات خيار الرؤية • التوكيل فى
استعمال الخيار

١٠٤

الشرط الرابع : ان يكون مقدور التسليم

بيع الآبق مع الضميمة • بيع الآبق دون ضميمة • تطوير آخر

الفصل الرابع : الثمن

١١٣

فهرست المصادر

١١٥

تعريف بالاعلام

تصويب

يرجى اجراء التصويبات التالية :

ص	س	الخطأ	الصواب
١٨	١٧	القول	القبول
٣١	١	التمجزز	التمجيز
٣٤	١٩	واردة	وأرادة
٤٥	١٢	لارم	لازم
٤٩	٦	ستة	خمسة
٥٣	٦	والذي	والذي
٥٦	٤	المل	المثل
٥٨	١٧	جاء	جاء في
٦٣	٥	ان	بان
٩٠	١٥	الاشميالا	الاشياء
٩٠	١٥	تمتع	تمنع
٩٣	١١	يجوزه	يحوزه
٩٨	٧	الممدود	المعدود
١٠٠	١٣	رؤيته به	رؤيته أه
١٠٢	٤	امضا	امضاء
١٠٤	٥	المغرر	الغرر
١٠٥	١٤	ويقول : الذي نقده	ويقول : اشتمري
		منك هذا الشيء وعبدك بكذا وكذا ، فان لم يقدر على	
		العبد كان الذي نقده فيما اشتمري منه .	
١٠٨	٦	ساعت	شاعت
١١١	٨	والمعلومية القدرة	والمعلومية والقدرة

كتب للمؤلف

- ١ - عقد البيع في الفقه الجعفري (القسم الثاني) في احكام عقد البيع .
- ٢ - عقد البيع في الفقه الجعفري (القسم الثالث) في انواع خاصة من البيوع
- ٣ - الاموال ونظرية العقد في الفقه الجعفري . مع مقدمة ضافية في التعريف بالمذهب الجعفري وتاريخه - في طريقه للمطبعة .
- ٤ - قاعدة اصالة اللزوم في العقود : دراسة فقهية .
- ٥ - وضع الرقيق في الفقه الجعفري ، وفقه المذاهب الاخرى .
- ٦ - خصائص لهجة الكويت : محاولة لتفصيل اللهجات المحلية .

١٦-٢-١٣٨٤ هـ - ٢٧-٦-١٩٦٤ م

طبع على مطابع
دار التضامن - بغداد

سعر النسخة
٢٥٠ فلسا

LIBRARY
OF
PRINCETON UNIVERSITY

Princeton University Library



32101 072541160

(NEC)
KBP874
.76
.H373
1964
vol.1