

سَمَاحَةُ الْمَرْجِعِ الَّذِي آيَةُ اللَّهِ الْعُظْمَى الْحَاجُّ
السَّيِّدُ مُحَمَّدُ تَقِي الْمَدْرَسِيُّ



الفُقَرَاءُ الْإِسْلَامِيُّ

قِسْمُ الْمُعَامَلَاتِ - بَحْثٌ فِي الْبَيْعِ

الجزء الثاني



وَلِلَّهِ الْحُجَّةُ الْبَيِّنَاتُ

الفَقِيرُ الْإِسْلَامِيُّ

قِسْمُ الْمَعَامَلَاتِ - بُحُوثٌ فِي الْبَيْعِ

سَمَاحَةُ الْمَرْجِعِ الدِّينِيِّ آيَةُ اللَّهِ الْعُظْمَى الْحَاجِّ السَّيِّدِ مُحَمَّدٍ تَقِي الْمُدَرِّسِيِّ

الْفُقَرَاءُ الْإِسْلَامِيَّةُ

قِسْمُ الْمَعَامَلَاتِ - بِحُوثٍ فِي الْبَيْعِ

الجزء الثاني

حقوق الطبع محفوظة

١٤٣٦هـ / ٢٠١٥م



مركز العصر للثقافة والنشر
alasrr@gmail.com

الفقه الإسلامي .. قسم المعاملات - بحوث في البيع.

* المؤلف: آية الله العظمى السيد محمد تقي المدرسي.

* تحقيق: مركز العصر للثقافة والنشر.

* الطبعة: الأولى، ١٤٣٦هـ / ٢٠١٥م. (٣٩١ صفحة).

* الناشر: دار المحجة البيضاء - لبنان بيروت.

الرويس - مفرق محلات محفوظ ستورز - بناية رمال.

ص.ب: ٥٤٧٩/١٤ - هاتف: ٢٨٧١٧٩/٠٣ - ٥٤١٢١١/٠١ - فاكس: ٥٥٢٨٤٧/٠١

E-mail: almahajja@terra.net.lb

www.daralmahaja.com

info@daralmahaja.com



دار المحجة البيضاء
للطباعة والنشر والتوزيع

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ
بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا
تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾.

سورة النساء، آية: ٢٩.



٩	الفصل الأول: المقبوض بالعقد الفاسد
١١	١ - أدلة ضمان المقبوض بالعقد الفاسد
٢٧	٢ - ما لا يُضمن بصحيحه لا يُضمن بفاسده
٣٧	٣ - ملحقات
١٠٣	الفصل الثاني: شروط المتعاقدين
١٠٥	١ - في البلوغ
١٢٣	٢ - في القصد
١٣١	٣ - في العقل
١٣٥	٤ - في الاختيار
١٧٥	٥ - في الملكية
١٧٩	الفصل الثالث: بيع الفضولي
١٨١	١ - صحة بيع الفضولي
٢٠١	٢ - أدلة بطلان بيع الفضولي
٢٠٥	٣ - أنواع الفضولي
٢٣٥	الفصل الرابع: عن الإجازة والردّ
٢٣٧	البحث الأوّل: هل الإجازة كاشفة أم ناقلة؟

٨.....الفقه الإسلامي ج ٢ - بحوث في البيع

البحث الثاني: الإجازة والحاجة إلى اللفظ ٢٦٩

البحث الثالث: في محل الإجازة ٢٧٩

٣٠٣..... الفصل الخامس: ملحقات

١ - شروط العقد الفضولي ٣٠٥

٢ - كيف يتم الرد؟ ٣٠٩

٣ - تبعات بيع الفضولي ٣١٣

٤ - الفضولي في الفقه المقارن ٣١٩

٥ - عقد المُتَطَفَّل ٣٢٩

٦ - قاعدة نفي الظلم أو الإثراء بلا سبب ٣٤١

٧ - بحث مقارن عن عيوب الرضا والخيارات ٣٤٧

٣٦٩..... قائمة المصادر

٣٨١..... الفهرست التفصيلي

الفقه الاسلامي

قَسَمُ الْعَامَلَاتِ - بَحْثٌ فِي الْبَيْعِ

الفصل الأول

المقبوض بالعقد الفاسد

١- أدلة ضمان المقبوض بالعقد الفاسد

٢- ما لا يضمن بطلانه لا يضمن بفساده

٣- ملحقات

١ - أدلة ضمان المقبوض بالعقد الفاسد



ذكر المحقق الحلي رحمته الله بعد تفصيل الشروط المعتبرة في العقد أنه «لو قبض المشتري ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملكه»^(١). ذكر ذلك تفرعاً على شروط العقد، حيث إنه مع فقد أحدها لا يملك المشتري المبيع ولا البائع الثمن؛ لأن فساد البيع ليس محصوراً بفقد شرائط الصيغة، بل قد يأتي لفقدان شروط المتعاقدين أو العوضين.

وفي إطلاق عدم تملك المشتري المأخوذ بالعقد الفاسد إشكال ذكرناه في المعاطاة، وقوينا هناك الملكية للمشتري فيما إذا أنشأ المتعاقدان قصد المبادلة بالقبض مرة أخرى، وفيما إذا رضى بالعقد السابق وعلم ذلك منهما. وقد يكون كلام المصنف -مثل كلمات الفقهاء في المقام- منصرفاً عن هاتين الصورتين إلى ما لو تقابضا (أي المتعاقدان) جبراً وقسراً عليهما، والتزما بما عقدا على أنفسهما من البيع بحيث لولاه لما تقابضا، فحينئذ لم يملك المشتري (المبيع) لعدم الدليل على انتقال المال عن مالكة إليه، لأنه إما عقد سابق أو تقابض مع الرضا، وكلاهما مفقودان، وكان (المبيع) مضموناً عليه، فإذا تلف وجب عليه دركه. كما أن على البائع مثل ذلك في جهة الثمن؛ لأن الفرع من جزئيات القاعدة: من أن «ما يُضْمَنُ بصحيحه يُضْمَنُ بفاسده». وحيث إن المقام خير مقام نبحت فيه في هذه القاعدة وفي مفهومها، وهو أن: «ما لا يُضْمَنُ بصحيحه لا يُضْمَنُ بفاسده» المطردة في سائر أبواب الفقه.

(١) شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٢٦٧.

أما في أصل القاعدة وهي: «مَا يُضْمَنُ بِصَحِيحِهِ يُضْمَنُ بِفَاسِدِهِ» فإن البحث يأتي من جهة مدركها ومعناها.

الجهة الأولى: في مدرك القاعدة

وقد استدل عليها بعدة أدلة:

الدليل الأول: حديث اليد

وهو قول النبي ﷺ: «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذْتُ حَتَّى تُؤَدِّيَ»^(١). حيث إن معنى «عَلَى» المضافة إلى الأعيان، مثل: على زيد، على اليد، يختلف بالنظر إلى المنسوب إليه (معمول الظرف)، فإن كان فعلاً كان معناها التكليف، مثل أن يقال: عليك الصلاة، قال الله تعالى: ﴿إِنَّ الصَّلَاةَ كَانَتْ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ كِتَابًا مَوْقُوتًا﴾^(٢).

وإن كان مالا كان معناها الضمان، مثل أن يقال: على زيد دين، أي عليه ضمان دفع هذا الدين، وما أشبه.

والحديث الشريف من القسم الثاني، فيكون معنى «عَلَى» في الحديث هو الضمان للمأخوذ والذي هو مال، وهكذا يصير معناه (ضمان صاحب اليد، ما أخذه بها).

ومعنى «مَا أَخَذْتُ» الشيء المأخوذ سواء كان عيناً أو منفعة، لأن المراد باليد ليس الجارحة المعروفة والعضو المخصوص، بل السيطرة والاستيلاء على الشيء، مثل قولنا: ما ملكت يدك من العبيد، وكقول الله تعالى: ﴿يَدُ اللَّهِ فَوْقَ أَيْدِيهِمْ﴾^(٣)، وكما يصدق على العين بسط السيادة والسلطان، كذلك يصدق على المنفعة دون اختلاف.

كما أن نسبة الضمان إلى ما أخذت اليد، معناها: أن الشيء المأخوذ يصير في عهدة الآخذ، فإن كان موجوداً بنفسه، وإن صار معدوماً فهو أيضاً في ذمته، بيد أن

(١) مستدرک الوسائل، ج ١٤، ص ٨.

(٢) سورة النساء، آية: ١٠٣.

(٣) سورة الفتح، آية: ١٠.

المعدوم حيث لا يمكن رده ينقلب إلى المثل أو القيمة.

ومعنى «حَتَّى تُؤَدِّيَ»: أنه بأداء العين - في حال وجودها - أو المثل والقيمة - مع عدمها - ينقطع الضمان الذي كان مستمراً لولاه، كما أن مقتضاه لزوم ما يسمى عرفاً (أداءً) من مثل أو قيمة، كما يأتي.

مناقشة حديث اليد

ونوقشت الرواية من وجوه:

الأول: إنها ضعيفة السند، فلا تصلح مستنداً لحكم أبداً. وهذا مردود بأنها مجبورة قطعاً، لما نرى من استناد الأصحاب إليها في جميع أبواب الفقه.

الثاني: إن كلمة «عَلَى» دالة على الحكم التكليفي، فلا تدل الرواية على الضمان. وهذا الوجه مردود أيضاً من جهات:

١ - إنه يلزم من ذلك تقدير (يجب) ونحوه، وتقديرها خلاف الظاهر.

٢ - إنه يلزم من ذلك تقدير الرد أو الأداء أو نحوهما، حيث إن العين لا تصير مناطاً للتكليف.

٣ - إنه لا يلائم مع «حَتَّى تُؤَدِّيَ» إذ يصير، معناها: يجب على صاحب اليد ردّ ما أخذه حتى يؤدي.

٤ - إن معنى التكليف هنا هو الضمان، إذ ليس من أحكام تكليفه عمل الحر، قال المحقق الخراساني رحمته الله: «نعم، الحر حيث لم تكن نفسه مضمونة باليد، لم تكن أعماله مضمونة في الإجارة الفاسدة بها، فافهم»^(١). فالظاهر من «مَا أَخَذْتُ حَتَّى تُؤَدِّيَ»، أنه يقصد من الموصول شيئاً مملوكاً، ولذلك لا يشمل الحر.

٥ - ما تقدم من ظهور «عَلَى» - إذا نُسب مع مجرورها إلى مال - ظهورها في الضمان.

(١) حاشية المكاسب، للمحقق الخراساني، ص ٣١.

الثالث: ظاهر «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذْتُ» أَنَّ العين التالفة نفسها واجبة الدفع، أما بدلها فلا دلالة للحديث على لزوم رده.

ورُدَّ هذا الوجه أيضاً بأنه إذا كان كذلك لم يكن معنى للغاية، بل الظاهر من هذه العبارة أن ما أخذته اليد مضمونة في عهدة الآخذ حتى يؤديه، والأداء قد يكون بالعين وقد يكون بالبدل.

الرابع: إن ظاهر الآخذ هو التناول بقوة كما تدل على ذلك موارد استعماله، مثل قوله تعالى: ﴿وَكَذَلِكَ أَخْذُ رَبِّكَ إِذَا أَخَذَ الْقُرْآنَ﴾^(١)، وقوله: ﴿لَا خَذْنَا مِنْهُ بِالْيَمِينِ ثُمَّ لَقَطَعْنَا مِنْهُ الْوَتِينَ﴾^(٢)، وقوله: ﴿فَأَخَذْنَا هُمْ أَخْذَ عَزِيزٍ مُّقْتَدِرٍ﴾^(٣)، فلا يدل الحديث إلا على حكم المغصوب.

وقد نوقش في هذا الوجه -بالإضافة إلى أن الآخذ قد استعمل في الآيات والأحاديث وسائر الكلمات العربية في غير الآخذ بالقوة- بأن ذلك لا يصير دليلاً على الغصب، إذ ليس كل غصب أخذ بالقوة، كما أنه ليس كل غير غصب أخذ بغير قوة، أفكان أخذ الله غصباً -سبحان الله- في هذه الآيات؟.

الخامس: إن الحديث لا يدل على لزوم رد المنافع، لعدم صدق الآخذ باليد بالنسبة إليها.

ويُردُّ هذا بما ذكر: من أن المنافع تؤخذ بالاستيلاء عليها والاستيفاء لها، وهذا واضح.

فتبيّن من كل هذا: أن هذا الحديث يدل على ضمان المأخوذ بالعقد الفاسد مطلقاً إذا تلف، إلا أن يدل دليل على عدم الضمان، مثل: إسقاط الفرد حقه عن الشيء المملوك، أو جعله عرضة للتلف بدون ضمان، فإن من أسقط حرمة ماله

(١) سورة هود، آية: ١٠٢.

(٢) سورة الحاقة، آية: ٤٥-٤٦.

(٣) سورة القمر، آية: ٤٢.

ليس له على أحد ضمان. وبهذا يُستدل للقاعدة المزبورة بأن العقد الفاسد موجب للضمان إلا في العقد الذي لا ضمان لصحيحه، أما الأول فليليد، وأما الثاني فلإسقاط.

حول (يد) غير المكلف

لا شك في إجراء (قاعدة اليد) في كل قبض وقع بالعقد الفاسد باختلال في أي شرط كان، إلا أنه يأتي البحث فيما إذا كان فساد العقد بالصغر والجنون، فهل تصدق كلمة «اليَد» الاصطلاحية على يدهما عرفاً أم لا؟.

الوجه هو التفصيل - كما ذهب إليه الشيخ^(١) - بين أن يكونا شاعرين مميزين، فيصدق لفظ اليد على يدهما، أو لا، فلا يصدق. نعم، يبقى الإشكال في معنى الضمان في المقام، فإن قلنا: إن الضمان أمر يقابل التكليف، شأن كل أمر وضعي، صحّ ضمان الطفل والمجنون، إذا كان معنى الحديث الاستقرار في الذمة. أما إذا قلنا بأن ليس للأمر الوضعية واقع خارجي، بيد أنها مجموعة من الأحكام التكليفية انضوت تحت عنوان شامل، أشكل الأمر؛ حيث إنه لا تكليف فعلياً للصغير والمجنون، حتى تُثبت عليهما الضمان، إلا أن يقال: إن منشأ الانتزاع هو بعد التكليف، فيكون معنى الضمان هاهنا أنه يجب عليهما الأداء بعد البلوغ والإفاقة، كما أن معنى نجاسة بدنهما لزوم تطهيره بعد التكليف، ومعنى جنابتهما لزوم الغسل بعده.

ودعوى: أن المتأخر لا يكون منشأ لانتزاع متقدم، غير مسموعة في الأمور الاعتبارية. مع أنه لا نسلّم تأخر التكليف، بل التكليف فعلي ولكن ظرفه متأخر، كتكليفهما بالصلاة والصيام، فتدبر.

وكذلك لو قلنا بأن معنى الحديث هو الإخبار عن أن الآخذ لمالٍ متعهد لما يطرأ عليه من الخسارة، فليس الحديث على هذا في مقام إنشاء أو جعل ضمان،

(١) كتاب المكاسب، الشيخ الأنصاري، ج ٣، ص ١٨١.

وإنما هو في مقام الإخبار عن الضمان واقعاً، وإذا عُرِف وجود الضمان عُرِف أن له منشأ انتزاع هو التكليف ولو بعد حين.

فعلى هذا أيضاً يكون الحديث شاملاً لحكم يد غير المكلّف من صغير أو مجنون.

الدليل الثاني: ما يثبت ملكية المسلم لأمواله

حيث إنّ معنى الملكية أن يستحق الفرد التصرّف في الشيء بأي نحو شاء، كما يستحق بدله مع تلفه من أي فرد كان، والأحاديث الدالة على ذلك هي:

١ - قوله ﷺ «النَّاسُ مُسَلِّطُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ...»^(١).

حيث إنّ من أقسام السلطة هو استحقاق طلب بدله أو استحقاق بدله بالذات مع التلف.

٢ - قوله ﷺ: «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطَبِيعَةِ نَفْسٍ مِنْهُ...»^(٢).

حيث إنّ عدم استحقاق المالك لشيء في قوة حليّة ماله بدون طيب النفس.

٣ - قوله ﷺ: «... وَحُرْمَةُ مَالِهِ كَحُرْمَةِ دَمِهِ»^(٣).

فإن ظاهر حرمة المال: أنّ له حمى وحدوداً، من قبيل قول العرب: حرم فلان وحرّمته، لا الحرمة التكليفية، وواضح أن عدم الضمان يستلزم رفع الحرمة المزبورة.

٤ - قوله: «لَا يَصْلُحُ ذَهَابُ حَقِّ أَحَدٍ»^(٤).

ولا ريب في كون العين المملوكة حقّاً للمالك قبل التلف، فعدم ضمان ذي اليد ذهاب به.

(١) الخلاف، الشيخ الطوسي، ج ٣، ص ١٧٦.

(٢) الخلاف، ج ٣، ص ١٧٧.

(٣) وسائل الشيعة، ج ١٢، ص ٢٨١.

(٤) الكافي، ج ٧، ص ٤.

واستشكل في هذه الأخبار بما يلي:

ألف: أما في خبر التسليط فبأنّ منتهى ما يستفاد منه: أن للناس السلطة على نفس أموالهم، أما مع تلفها فلا يدل على تسلّطهم على بدلها إلاّ بضميمة أنّ لهم البدل في ذمة التالف في يده (المشتري)، ومع ثبوت ذلك لا نحتاج إلى هذا الحديث.

وبالجملة: إنّ هذا الحديث لا يثبت أكثر من حق الناس في التصرف بأموالهم، أما إثبات مال في عوض التالف من أموالهم، فليس للحديث صلة بذلك.

باء: وأما في خبر «لَا يَحِلُّ» فبوجهين:

الأول: بأنه ظاهر في الحكم التكليفي، وأنه يحرم على الناس التصرف في أموال الغير، مثل قوله تعالى: ﴿أَحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ﴾^(١).

الثاني: بأنه خاص بالنسبة إلى ما يصدق عليه اسم المال بخلاف المنفعة وعمل الحر.

جيم: وأما في خبر «وَحُرْمَةُ مَالِهِ كَحُرْمَةِ دَمِهِ» وما بعده، فبما تقدّم من عدم دلالتهما على ثبوت الضمان إلاّ بعد ثبوت أن المال التالف في يد أحد ينقلب إلى الذمة، أما قبل ذلك، فإن الحديثين لا يدلان إلاّ على أن للمال ما دام موجوداً حرمة مالكيّة.

اللهم إلاّ أن يقال: إن هذه الأحاديث، وإن لم تكن دالة على الضمان بأنفسها، إلاّ أنها تدل عليه بضميمة دليل الإقدام، حيث إن المالك المحترم ماله إذا أعطى المال بشرط أنه لو تلف وقع على صاحب اليد، ووجب عليه تداركه، وأن الآخذ أخذ المال على أن يكون ضامناً مع التلف، وإلاّ لما كان يُعطي المالك، ولا كان يأخذ الآخذ، كان ذلك موجباً للضمان لاحترام المال الذي صرّحت به هذه الأدلة، ومع عدمه لا تبقى حرمة للمال.

الدليل الثالث: الإقدام على الضمان

وهو ما استدل به بعض الفقهاء^(١)، من أن المالك أقدم على الضمان، كما أن الآخذ أقدم عليه.

وأشكِلَ عليه بوجهين:

الأول: إنهما إنما أقدما على ضمان خاص، وهو الضمان البيعي مثلاً، والمفروض عدم إمضاء الشارع له، أما مطلق الضمان، فلم يُقدما عليه، بل ولم يُمضه الشارع إلا بمثل قاعدة اليد التي لو ثبتت لم يبقَ مجال لهذا الدليل.

الثاني: إن هناك موارد لا يكون فيها إقدام ويكون ضمان، مثل: أن يشترط في عقد البيع كون ضمان المبيع على المالك (البائع) فمع فساد البيع يضمن المشتري، مع أنه لا إقدام له على الضمان، وقد يكون بالعكس كما في البيع قبل القبض، حيث إن الإقدام موجود في هذا البيع على الضمان، مع أن الضمان غير موجود لما عُلِمَ أن التلف قبل القبض من مال البائع.

ونوقش في كلٍّ من الجوابين:

أما في الأول: فلأن المتعاقدين قد أقدما على الضمان المطلق ضمن الضمان الخاص. يدل ذلك على ذلك أنهما لو سُئلا عن أن البيع لو كان باطلاً، هل كان الآخذ والعطاء تبرعاً؟. لأجاب فوراً: لا. وليس ذلك إلا بالضمان، ولم ينفِ الشارع إلا الضمان الخاص (الضمان البيعي مثلاً) دون مطلقه.

مع أنه ربما يكون الثمن، مثلاً، مقداراً كلياً والمبيع شيئاً قيمياً، فينطبق مع تلف المبيع ذلك المقدار الكلي على قيمة المبيع التالف، فمثلاً: كانت السلعة المباعة حيواناً، وكان الثمن ديناراً واحداً، كما كانت قيمة الحيوان خارجاً ديناراً واحداً أيضاً، فهاهنا أقدم كل منهما على ضمان الدينار، فمع صحة العقد يكون الدينار

(١) كتاب المكاسب، ج ٣، ص ١٨٥، عن: المسالك، ج ٤، ص ٥٦، و: المبسوط، ج ٣، ص ٥٨ و ٦٨.

المسمى، ومع فساده يكون الدينار الذي هو قيمة واقعية للمبيع التالف (الحيوان)، ففي المقام الإقدام على ضمان الدينار مطلقاً موجود.

وأما الثاني: فإن ضمان البائع المبيع لا يتحقق إلا في البيع الذي لا يكون له عوض، مثل أن يقول: بعثك بدون ثمن. وهذا العقد إما هبة يجب أن نقول بعدم الضمان فيه، أو بيع يجب أن نقول بفساده؛ إذ واقع البيع مبادلة مال بمال، وليس هذا منه، ومع تسليم صحته بيعاً نقول فيه بعدم الضمان، إذ المعتبر هو العقد الشخصي أو العقد الصنفي الذي يشترك صحيحه وفاسده في كل الخصوصيات، وذلك لأن القول بالضمان بلا مدرك، إذ إن المالك أسقط احترام ماله وجعل يد المشتري يداً أمينة من هذه الناحية، فكيف نقول بالضمان.

كما أن عدم ضمان المشتري للمبيع قبل القبض ثبت بدليل خاص، مع أنه لا نقول فيه بوجود الإقدام، وذلك لأن المشتري إنما أقدم على الضمان بعد تسلّم المبيع لا قبله، والمعتبر في باب الإقدام هو حدود الإقدام التي قصدها المشتري -المقدم-.

نعم، يبقى في المقام إشكال على الدليل هو: أنه لا يصير الإقدام على الضمان دليلاً ومستنداً للحكم بالضمان إلا بمعونة دليل «على اليد» أو دليل احترام مال المسلم بالتقريب المتقدم، إذ ليس هناك دليل خاص يقول بأن الإقدام سبب للضمان.

ولكن يحتمل كون الاستدلال بدليل الإقدام لأجل بيان عدم مانع من شمول قاعدة اليد له بالنسبة إلى العقود غير المضمونة التي هناك مانع عن شمولها لها، حيث إن المالك أسقط حقه في الضمان، فأقدمه على إعطاء الشيء بدون عوض كاشف عن جعل اليد التي أخذته يداً أمينة، لا تضمن مع التلف فيها.

الدليل الرابع: نفي الضرر

وهو قول النبي ﷺ: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ»^(١)، بتقريب أن عدم الضمان مع

(١) وسائل الشيعة، ج ١٨، ص ٣٢.

إقدام البائع على أن يكون المشتري ضامناً لتلفه، ضرر على البائع (المالك) يرفعه الحديث، وذلك لأن هذا الحديث لا ينفي ما كان من الأحكام الوجودية ضرورياً فقط، بل يثبت حكماً إذا كان عدمه ضرورياً، كما أنه لا فرق في نفي الحديث الضرر أن يكون الضرر ناشئاً من متعلّقه أو من نفسه، فالأول مثل: نفي الحديث حكم وجوب الصوم الضروري الناشئ منه - الذي هو متعلّق الوجوب - الضرر. والثاني مثل: نفي الحديث البيع الغبني الناشئ منه نفسه الضرر.

ففي المقام: ينفي الحديث الحكم بنفي الضمان الذي هو بالذات ضرري (لا متعلّقه) كما أنه حكم عديم ينفيه ويثبت مقامه حكماً آخر.

ونوقش فيه بأن منتهى ما يدل عليه الحديث هو: أن الضرر الذي يسببه حكم شرعي ما، منفي في الإسلام، أما وجود الضرر فلا ينفيه، كما لا يوجب تدارك الضرر الواقع، مع أنه لو دلّ على لزوم تدارك الضرر الواقع لم يدل على أن المكلف بالتدارك هو المشتري، بل يمكن أن يكون المكلف بذلك المسلمون على نحو الواجب الكفائي، أو بيت المال على نحو في سبيل الله، أو صلاح المسلمين.

الدليل الخامس: الإجماع

وقد ادّعاه كثيرون، قال في العناوين: «وَمِنْ تَتَبَعَ كَلِمَاتِهِمْ يَظْهَرُ إِجْمَاعُهُمْ عَلَى كَوْنِ الْيَدِ مُوجِباً لِلضَّمَانِ إِلَّا فِيمَا دَلَّ الدَّلِيلُ عَلَى خِلَافِهِ»^(١).

نعم، حيث إن هذا الإجماع مستند إلى حديث اليد لا تبقى له حجية مستقلة، فتأمل.

ولذلك فالبحث عن العبارة المشهورة: «مَا يُضْمَنُ بِصَحِيحِهِ يُضْمَنُ بِفَاسِدِهِ»، في أنها شاملة لمطلق العقود، حتى مثل السبق والرماية والجعالة التي هي شبيهة بالإيقاعات، أو لا؟ وهل المراد منها نوع العقد، بحيث يحسب البيع ممّا يضمن

(١) العناوين الفقهية، ج ٢، ص ٤١٦.

بصحيحه، فيقال: يُضمن بفاسده أيضاً مطلقاً، ولو لم يكن إقدام، مثل أن يبيع اعتباراً فيبيع داراً وسبعة دينار، فيكون البيع فاسداً، فنقول مع تلف الدار يضمن المشتري قيمة الدار كلها، أو ما يساوي الدينار باعتبار إسقاط المالك حقه عن الزائد، وإقدامه على أقل بكثير من قيمتها؟. أو نقول: إن المراد بالعقد العقد الشخصي، فيُفرض حيناً صحيحاً، فيقال بالضمان فيه، ويُحسب حيناً آخر فاسداً، فيقال فيه بالضمان. يعني أنه لو رأينا الهبة المعوضة فاسدة، وجب اعتبارها صحيحة، لننظر هل فيها ضمان؟. فنقول في فاسدها بالضمان، أو لا هذا ولا ذاك، بل المراد منه الصنف، يعني أن العقد الذي يتصف بما يتصف به هذا العقد الفاسد من خصوصيات وملابسات هل يضمن أم لا، فإن كان مضموناً قلنا به وإلا لم نقل؟.

كما أنه لا فائدة في تحقيق غير ذلك من الخصوصيات في هذه العبارة، بعد معلومية كونها ليست منوطاً للحكم، بل المهم أنه ما صدق عليه أخذ اليد واستيلائها يضمن إلاً بدليل خاص - مثل الإقدام - على عدم الضمان.

الجهة الثانية: في معنى القاعدة

وفي تحقيق معنى قاعدة اليد وأبعاد دلالتها ومقدار شمولها نقول:

صدق اليد على المنفعة

أولاً: لا شك في عدم صدق اليد على المنفعة التي لم ترجع إلى أحد، مثل حق السبق الذي جعل للسابق في المسابقة الباطلة، حيث إن السبق لم يكن نفعاً يرجع إلى جاعل السبق حتى تصدق عليه قاعدة اليد، لأنّ يده لم تستول على شيء حتى يجب عليه أدائه، كما أنّ احترام مال المسلم - لو صدق على المنفعة - لا يشمل المقام، إذ الظاهر منه أن يكون الآخر قد استوفى المال، أو لا أقل من أنه كان سبباً في حبسه عن صاحبه، ومعلوم أنّ من يجعل مال السباق لم يفعل مثل ذلك، ولذلك ذهب طائفة من العلماء إلى عدم استحقاق السابق لشيء في المسابقة الباطلة.

وفيه إشكال، هو أنّ السابق إنما أقدم على هذا العمل لجهة أمر جاعل السبق

وضمّانه له بشيء على نحو الإجارة الفاسدة، حيث إنّ احترام مال المسلم أو حقه معناه: أنه لو أقدم على أن يكون الآخر ضامناً له، لزم الآخر ذلك، ومجرّد عدم رجوع المنفعة إليه لا يصير دليلاً على عدم الضمان، لأنه قد يقال: إنّ المنفعة قد تكون نفس الالتذاذ من المسابقة، أو ترويض أو تعويد فرسه أو الفرس الذي يريد شراءه فيما بعد، أو تجربة ذلك، أو تربية عبده وتعليمه المسابقة إذا كان طرفاً آخر للسباق. وبالجمله فإن تحقيق الأغراض كلها يعتبر من استيفاء المنفعة، فيجب إعطاء أجره المثل لذلك. مع أنه قد يقال: إن هذا إتلاف وليس من قبيل التلف لعدم الفرق في الإتلاف بين المباشرة والتسبب فتأمل.

المقبوض بالهبة الفاسدة

ثانياً: وفي الموهوب بشرط، هل يكون تلف العين الموهوبة من مال المتّهب إذا كانت الهبة فاسدة أم لا؟.

وقبل أن نبيّن ذلك نقول: إنّ الوفاء بالعقد واجب تكليفي إلى جنب لزومه الوضعي، كما تقدم استظهاره من قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١)، فإن دفع العوض في الهبة المعوّضة واجب شرعي، إذ بدونه يكون إخلالاً بموجب من موجبات العقد.

وبما أن قاعدة اليد حجة فيما لم يثبت خروجه عن عمومها بقاعدة أخرى، فإنها تشمل المقبوض بالهبة الفاسدة، إذ إنه مستولى عليه، فيعمّه قوله ﷺ: «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذْتُ حَتَّى تُؤَدِّيَ»^(٢). ولم يُقدم المالك على إسقاط ضمّانه باشتراطه العوض، فلا تشملها قاعدة «ما لا يُضْمَنُ بِصَحِيحِهِ لَا يُضْمَنُ بِفَاسِدِهِ». إذ إن الهبة بصفة عامة، وإن كانت من العقود غير المضمونة التي أقدم على إسقاط الضمان عنها المالك، وإن كانت كذلك في الأغلب، إلّا أن المهم الإقدام الشخصي لا الإقدام الصنفي، إذ إن سبب سقوط الضمان الالتزام الشخصي للفرد بإسقاط حقه، لا التزام فرد آخر بإسقاط حقه.

(١) سورة المائدة، آية: ١.

(٢) مستدرک الوسائل، ج ١٤، ص ٨.

بعد هذه المقدمة يجب أن نُشير إلى أن في وجوب إعطاء العوض، وفي ضمان بدله في الهبة المعوضة مع تلف العين، ثلاثة أقوال:

الأول: عدم وجوب دفع العوض وعدم الضمان.

الثاني: وجوب دفع العوض دون الضمان.

الثالث: وجوب دفع أقل الأمرين من العوض والبدل.

يُستدل للأول: بأنه ليس لدينا دليل على إيجاب الهبة المعوضة دفع ما شرط عوضاً، بل سيكون للمالك مع عدم دفعه الخيار في استرداد هبته، فمع تلف العين الموهوبة لا يجب دفع العوض لما ذُكر، كما أنه لا يجب دفع البدل لأن الهبة الصحيحة -على هذا القول- لا تُوجب دفع شيء، فكيف بالهبة الفاسدة؟.

ويُستدل للثاني: إن قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١)، عام شامل للمقام. نعم، قبل تلف العين كان للمُتَّهَب دفع العين، كما كان له دفع العوض، أما الآن -وبعد تلف العين- لم يبقَ له إلا دفع ما عيّن عوضاً.

ويُستدل للثالث: بأن المُتَّهَب حيث كان قبل تلف العين مخيراً بين دفعها وبين دفع العوض، فبعد التلف يكون مخيراً بين دفع العوض، وبين ردّ بدل العين، إذ يتعذر دفعها فينتقل إلى البدل، مثل سائر الموارد التي يتعذر فيها دفع شيء مضمون فينتقل إلى الذمة، وهذا واضح. ومعناه لزوم أقل الأمرين، يعني إن كانت قيمة العين ديناراً والعوض المشترك دينارين، فما لا بد له منه هو دفع دينار.

هذا كله في الهبة الصحيحة، أما في الهبة الفاسدة، فمع تلف العين، وشرط الضمان يجب عليه أقل الأمرين أيضاً. أما الوجوب فلأن الهبة وإن كانت بنفسها من العقود المجانية التي لا تُضمن بصحتها، إلا أنها في المقام مضمونة، حيث إن المعتبر في قياس الفاسد، إنما هو الصحيح الذي يشترك معه في كل الخصوصيات (الصنفية) أو فرض العقد الفاسد نفسه صحيحاً واعتبار الضمان وعدمه فيه. وتعبير

(١) سورة المائدة، آية: ١.

آخر: المقياس هو الصحيح الصنفي أو الشخصي، ولا ريب في أن الهبة المشترطة مضمونة، فيكون فاسدها مضموناً أيضاً، والسرّ في ذلك أن قاعدة اليد واحترام مال المسلم وما أشبه تجري في المقام بدون إشكال، حيث إن المالك لم يُسقط احترام ماله، ولم يجعل يد الآخذ أمينة غير مضمونة بالإطلاق. نعم، في المقدار الذي أسقط احترام ماله ووهب الدار بشرط دينار - مثلاً - كان قد أسقط حقه عن الزائد، وكأنه جعل المقدار الزائد على الدينار من الدار غير مضمون، فليس له الحق في مطالبة أزيد من الدينار (العوض المشترط) كما أنه ليس له الحق - إذا كان العوض المشترط ألف دينار، بينما كانت قيمة الدار خمسمائة دينار - ليس له الحق في مطالبة الزائد من قيمة الدار، حيث إن المفروض فساد الهبة، فلا يلزم من جانبها بشيء. وهذا دليل أقل الأمرين مع الفساد. وينبغي تقييد هذا القول - حسب دليله - بما إذا كان العوض المشترط أقل بشكل ملحوظ من قيمة العين المتهبة، وإلا فإنه لم يكن هناك أيّ إقدام على إسقاط العوض، والتفاوت البسيط غير مضر، إذ إنه يوجد في كل العقود المضمونة.

اليد والعارية المشروطة

ثالثاً: وبهذا يُعلم أنّ كل عقد لا يُضمن بصحيحه بدون الشرط، إذا شُرط فيه شيء ضمن بسببه أقل الأمرين، من العين أو العوض، مثل أن يعطي عارية، فيشترط أنه مع تلف العين يضمن المستعير نصف قيمة العين أو ضعفها.

الإجارة بشرط الضمان

رابعاً: نعم، في الإجارة بشرط الضمان إشكال ذكره بعض المحققين^(١)، هو: أنّ الشرط قد يكون مؤثراً في العقد، مثل شرط الضمان في الاستعارة، حيث إن الشرط يجعل يد المستعير يد ضمان، فالشرط هاهنا مؤثر، والضمان موجود. وقد يتعلّق الشرط بأمر خارجي، فلا يفيد الشرط ضماناً، مثل الإجارة بشرط الضمان، حيث إن الشرط قد تعلّق بالعين، بينما العقد واقع على المنفعة فلا يجعل العقد عقداً ضمانياً.

(١) انظر: فقه الصادق، المحقق الروحاني، ج ١٦، ص ٣٧١.

ونوقش الإشكال:

أولاً: إنّ عقد الإجارة - كما بُحث في بيع المنفعة - واقع على العين، وإنّ معناه جعل العين في كراء، فإذا جعل الضمان شرطاً وقع الضمان على ما وقع عليه العقد من العين.

ثانياً: إنه مع فرض عدم ذلك فإنّ عمومات الأدلة، مثل قاعدة اليد ونحوها، شاملة للمقام. حيث إنّ اليد لم تكن يداً مستأمنة، فكيف يُقال بعدم ضمانها؟.

هذا وسيأتي البحث في الإجارة الفاسدة مع عدم شرط ضمانها أنها هل توجب الضمان أم لا؟ والوجه فيه عدم الضمان.

اليد والبائع العالم بالفساد

خامساً: وفي البائع العالم بفساد العقد وقع الخلاف: هل تصدق قاعدة اليد حتى يكون المشتري ضامناً له، أم لا، لمعارضة تلك القاعدة بقاعدة الغرر، حيث إنّ البائع العالم بالفساد هو الذي سلّط المشتري الجاهل على ماله، فكأنه غرّه في التصرف بمال غيره بدون حق، والمغرور يرجع إلى من غرّه؟. بل لو جرت قاعدة الغرر في المقام لا يبقى فرق بين التلف والإتلاف، حيث إنّ قاعدة الإتلاف - شأن قاعدة التلف - مخصوصة بقاعدة الغرر.

ولكن في جريان هذه القاعدة إشكال، من جهة أن البائع سلّط المشتري على أن يكون له العوض لا مطلقاً، كما أن المشتري غير مغرور، إذ إنه أقدم على الضمان بنفسه. نعم، لو كان المشتري يقدم على عدم الضمان لكان للغرر وجهٌ.

وبالجملة: إنّ الغرر هو إغراء الغير في أمر غير عادي لولاه لم يكن يفعله، مع العلم بأن البائع لم يفعل ذلك، بل منتهى الأمر لم يعتن بفساد المعاملة وأقدم عليها، فتأمل.

ومع عدم جريان قاعدة الغرر تجري قاعدة اليد سليمة نافذة.

٢ - ما لا يُضمن بصحيحه لا يُضمن بفاسده



هنا يجدر بنا معرفة ما اشتهر بين الفقهاء من أنَّ العقد الذي لا يُضمن بصحيحه لا يُضمن بفاسده، ويعني:

إنَّ العقد الذي لم تقع فيه العين أو المنفعة مقابل شيء (كالعين في الهبة، والمنفعة في العارية) ففي حالة تبين فساده -بعد تلف العين أو إتلافها، وذهاب المنفعة أو استيفائها- لم يكن على القابض ضمانها. وحيث إنَّ الإجماع قائم على عدم الضمان في العقود الفاسدة التي لا ضمان في صحيحها كان المدار على أنَّ «ما لا يُضمنُ بصحيحه لا يُضمنُ بفاسده» ولكن الإجماع ليس تعبدياً هاهنا، بل مستند إلى مدرك هذه القاعدة، فاللازم بيان المدرك.

استدل لعدم الضمان في العقود الفاسدة التي لا ضمان في صحيحها بـ:

أولاً: دليل الإقدام

حيث إنَّ المالك أقدم على عدم الضمان، وكأنَّه بذلك أسقط احترام ماله وجعل تلفه على نفسه، فلا ضمان. أما إنه أقدم على ذلك فواضح، ولا يشكل عليه بأنه إنما أقدم على أن تكون المعاملة صحيحة، لأنَّ الضرورة قاضية على أنَّ المالك لم يجبره شيء على هذا العمل، وإنما كان بطيب خاطره.

وأما أنَّ الإقدام من مسقطات الضمان، فكأنَّه من قبيل الضروريات التي

يستدلون بها دائماً، وقد استدل عليه في العناوين بما يلي نصه:

«ومنشأ كونه مسقطاً للضمان:

- ١- أن السبب للضمان إنما هو احترام ماله وهو قد أسقطه بنفسه، وما دلّ من الخبر على أنه لا يحل مال امرئٍ إلاّ بطيب نفسه، فإذا أقدم على عدم الضمان فقد طابت نفسه في تصرف الغير به بلا عوض، فلا وجه للضمان.
- ٢- وما دلّ من الروايات الكثيرة على جواز الإباحة والعطية والتبرّع بالأعمال والأموال من دون غرامة على المتبرع إليه، ولا فارق بين ما ورد فيه النص وغيره.

- ٣- وما ورد في أدلة الضرر والضرار من أمر النبي ﷺ بقلع النخلة من دون ضمان نظراً إلى أن صاحبه أسقط احترامه، وأقدم على ضرر نفسه. ومن ذلك يظهر أن الضمان إنما هو لرفع ضرر المالك المنفي في الشرع، فإذا أقدم المالك على ضرر نفسه بنفسه فلا وجه للضمان.
- ٤- مضافاً إلى ما يظهر من إجماع الأصحاب على ذلك، حيث يستدلون في نفي الضمان بأن المالك قد أقدم عليه^(١).

ثم عدّ عشرة مواضع ممّا أجمع الفقهاء على عدم الضمان للإقدام، كعدم خيار المشتري فضولياً مع علمه بذلك، وعدم خيار العالم بالعيب، والدافع ماله إلى الصغير والمجنون، وعدم استحقاق الزوجة المرتدة قبل الدخول للمهر، أو إسلامها قبله، أو نشوز الزوجة حيث لا تستحق النفقة، أو عدم ضمان الغاصب للمؤن، وغيرها^(٢).

وهذه الأدلة، وإن أمكنت المناقشة في بعضها، إلاّ أنها بمجموعها تفيد إسقاط الضمان في كل أمر تحقّق فيه الإقدام على عدمه من طرف المالك.

(١) العناوين الفقهية، ج ٢، ص ٤٨٨.

(٢) انظر: العناوين الفقهية، ج ٢، ص ٤٨٩-٤٩٠.

وقد يُقرّر دليل الإقدام بنحو آخر هو:

أنّ الضمان إما هو لإقدام المالك عليه أو لأمر الشارع به، وأيّ منهما لا يوجد. أما الأول فواضح، وأما الثاني فإنّ سبب الضمان إما هذه المعاملة، وهي مع فسادها غير مقتضية للضمان، أو إقدام التالف بيده عليه، وليس بموجود.

ونوقش فيه بأنّ سبب الضمان في سائر العقود إنما هو قاعدة اليد وهي موجودة في المقام، إلّا أن يقال: إنها منصرفة عن العقود التي لا ضمان في صحيحها.

وعلى أي حال فالوجه في تقرير الاستدلال ما تقدّم من أنّ المقياس وجود أمر الشارع وعدم إقدام المالك معاً، ومع فقد أحدهما لا ضمان، وفي المقام لا يضمن للإقدام.

ثانياً: دليل الاستئمان

لا شك في أنّ سبب عدم الضمان في مثل الوكالة والعارية والوديعة والمضاربة والرهن - إذا كانت هذه العقود صحيحة - إنما هو كون اليد أمانة، وليس لأحد اتّهام اليد الأمانة بموجب قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «لَيْسَ لَكَ أَنْ تَتَّهَمَ مَنْ ائْتَمَّنَتْهُ...»^(١).

فأدلة رفع الضمان عن الأمين رافعة لحكم اليد، وهي: الخبر المشهور بينهم: «ليس على الأمين إلّا اليمين»^(٢) وإجماع الأصحاب على ما نقل قديماً وحديثاً^(٣)، وعدم السبيل على المحسنين، إذا كان القبض لمصلحة المالك مثل الوكيل والملتقط.

وهذه الأمانة موجودة في العقد الفاسد بعينها، لأن حقيقة الأمانة التسليط عن رضا ومجاناً، فيجب إلّا يتحقّق ضمان كما لا يخفى.

(١) الكافي، ج ٥، ص ٢٩٨.

(٢) قاعدة ضمان اليد، الشيخ فضل الله النوري، ص ٣٨، و: العناوين الفقهية، ج ٢، ص ٤٨٥.

(٣) العناوين الفقهية ج ٢، ص ٤٨٥.

هذا فيما كان هناك أمانة، وأما في الهبة فيجب القول بعدم الضمان فيها بطريق أولى، لأنه مع عدم الضمان فيما لو سلط المالك صاحب اليد على أن تكون العين للمالك (كالعارية)، فعدم الضمان فيما لو سلَّطه على أن يكون المال له (في الهبة) أولى.

وقد يناقش فيه بأن مطلق الإذن في التصرف لا يسقط الضمان وإلا للزم أن يسقط الضمان في العقود المضمونة، كالبيع ونحوه، وللزم عدم ضمان الطبيب، والتالف قبل القبض، والمجهول مالكة مع الصدقة، وأكل المال في القحط، مع أن بعضها إذن شرعي وفي بعضها إذن مالكي. فإما أن نقول: إن الأمين هو الذي لم يُقدم على ضمان، بل إنما أقدم على عدمه، أو إنما أقدم له بغيره، فيصير معنى «ليس على الأمين إلا اليمين»، أن الذي جُعِلت يده يداً سالمة عن الضمان، لا يُطالب بالبينّة، فيندمج هذا الدليل بالسابق، ولذلك فإن الشيخ الأنصاري رحمته الله ذيل هذا الدليل بقوله: «فحاصل أدلة عدم ضمان المستأمن أن من دفع المالك إليه ملكه على وجه لا يضمنه بعوض واقعي - أعني المثل أو القيمة - ولا جعلي فليس عليه ضمان»^(١) وهو صريح في المعنى المزبور للأمين.

أو نقول: بأن الأمين هو الذي يقبض لمصلحة المالك، كالودعي والمرتهن والوكيل، وأما غيره فليس أميناً. نعم، أخرجت الإجارة - مع أن القبض فيها لمصلحة القابض - بدليل خاص، لذا اقتصر فيها على موضع اليقين، وهو صحة الإجارة، فمع فسادها يأتي الضمان كما سيجيء، فيكون دليل عدم الضمان قاعدة الإحسان، فيختص الدليل ببعض الموارد، فتأمل.

ثالثاً: السيرة العقلائية

لقد جرت السيرة العقلائية على عدم تضمين الفرد الذي سلَّط على المال مجَّاناً، كما يشاهد في الأوساط العامة والقوانين الدولية. إلا أن الأظهر أن نقول بجريانها على عدم ضمان مَنْ أقدم المالك له على عدم الضمان أيضاً.

(١) كتاب المكاسب، ج ٢، ص ١٩٨.

موارد النقاش

بعد هذا كله تبين أن المحور إنما هو مستند قاعدة (ما لا يضمن) لا لفظها، لأنه لم يرد بها نص ولم ينعقد عليها إجماع، لأنه الحجة التي نخرج بها عن عموم قاعدة اليد، وهو أحد الموارد الأربعة:

- ١- المورد الذي أقدم المالك على عدم الضمان.
 - ٢- المورد الذي صدق على الآخذ عنوان الأمين.
 - ٣- المورد الذي قام الإجماع بالخصوص على عدم الضمان.
 - ٤- المورد الذي قامت السيرة على ذلك، رغم وجود المناقشة في الأخيرين.
- نعم، جاء البحث في بعض الموارد، وجمعاً لشمول البحث نثبتها هنا:

١- الإجارة الفاسدة

الإجارة قد تفسد بفعل المستأجر، كأن يكون قد استأجر دابة إلى موضع فتعداه (كما هو مورد الحديث التالي) أو استأجر سيارة إلى بلد فذهب بها إلى بلد آخر، فالمستأجر ضامن.

ويدل عليه الخبر: «سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام عَنْ رَجُلٍ تَكَارَى دَابَّةً إِلَى مَكَانٍ مَعْلُومٍ، فَتَفَقَّتِ الدَّابَّةُ. فَقَالَ عليه السلام: إِنْ كَانَ جَازَ الشَّرْطَ فَهُوَ ضَامِنٌ، وَإِنْ دَخَلَ وَادِيًا لَمْ يُوَثَّقْهَا فَهُوَ ضَامِنٌ، وَإِنْ سَقَطَتْ فِي بئرٍ فَهُوَ ضَامِنٌ، لِأَنَّهُ لَمْ يَسْتَوْثِقْ مِنْهَا»^(١).

وهكذا قيل في الإجارة الفاسدة بالضمان، فعن مجمع البرهان أنه يفهم من كلامهم الضمان مع الجهل به^(٢). وقيل بعدمه. بل قال في الجواهر: «إن الذي عثرنا عليه من كلام الأصحاب في المقام صريح في عدم ضمان العين المستأجرة في العقد الفاسد»^(٣).

(١) تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢١٤.

(٢) جواهر الكلام، ج ٢٧، ص ٢٥١.

(٣) جواهر الكلام، ج ٢٧، ص ٢٥٢.

دليل الضمان

يستدل للأول بعموم قاعدة اليد التي لا تصلح قاعدة الأمانة أو الإقدام لتخصيصها هاهنا، بعد معلومية كون المالك إنما استأمن المستأجر لأنه مستحق للمنفعة، بل لو لم يكن المستأجر مستحقاً لها لما كان يدفع العين إليه قطعاً، ومن هنا يأتي الفرق بين الإجارة وسائر موارد الأمانة، مثل الوكالة والعارية والوديعة والرهن ونحوها، حيث إن المالك في هذه الموارد لم يكن ملزماً بدفع العين من جهة العقد أو جهة أخرى، بل اختار ذلك من قبل نفسه، فالرضا والاستيمان موجودان هنا حتى على تقدير فساد العقد، بينما المالك في الإجارة مضطر لدفع العين من جهة العقد، حيث إن المستأجر استحق المنفعة التي لا يمكن استيفائها بغير دفع العين. نعم، حيث كان إقدامهما موجوداً - على فرض صحة العقد - على عدم الضمان، رُفِع الضمان مع التلف مع الصحة لذلك الإقدام أو النصوص الخاصة التي قد يقال فيها بأن سقوط الضمان إنما هو للإقدام أيضاً، ولذلك كان القول بجواز شرط الضمان أوجه من عدمه، حيث إن عدم الضمان ليس ههنا - مثل الوديعة - من موجبات العقد، بل من مقتضيات التباني الذي يُرفع بسبب الشرط، لأنه جاء من الإقدام، بل قد يقال برفعه بمقتضى الشرط الضمني، مثل أن يكون المستأجر - في بلد أو في متاع - ضامناً عرفاً مع تلف العين، لزم القول بالضمان لعدم الإقدام.

دليل عدم الضمان

واستدل لعدم الضمان:

أولاً: بقاعدة «ما لا يُضْمَنُ بصحيحه لا يُضْمَنُ بفاسده»، والإشكال فيه من وجهين: الأول: أن هذه الكلية لا دليل عليها كما تقدم، وكما اعترف بذلك الشهيد بعكسها في مسألة السبق الفاسد.

والثاني: إنها غير شاملة للمقام، بتقريب: أن المراد من ذلك أن العقد الذي لا يقتضي الضمان صحيحه لا مجال للضمان في فاسده، ومن المعلوم أن

الإجارة بشكل مبدئي تقتضي الضمان، لأن موردها المنفعة، ولم تعط المنفعة مجاناً، بل بثمن، وأما العين فلا ربط لعقد الإجارة بها، ولذا لو أمكن استيفاء المنفعة بدون الاستيلاء على العين لما وجب دفع العين، مثل الركوب في وسائل النقل اليوم كالسيارة والطائرة والباخرة والقطار، حيث إن المستأجر لا يستولي على العين، بل يستوفي المنفعة بدونه. فمن هنا يُعلم أن الإجارة - بما هي - غير مربوطة بالعين، إنما هي مربوطة بالمنفعة، فليست العين في الإجارة - بما هو عقد للإجارة - غير مضمونة، بل بما أن المالك أقدم على عدم الضمان كما تقدّم، فمع فساد الإجارة يكون الضمان لعدم الإقدام أو الأمانة. ومن هنا يأتي الفرق بينها وبين الوديعة التي عدم الضمان جزء من معناها.

ثانياً: بما ذكر بعضهم ما موزعه: أن استيفاء المنفعة قد يكون متوقفاً على التسلّط وقد لا يكون، فإن لم يكن - مثل إجارة السيارة فيما تقدّم - إعطاء المالك ماله يكون برضاه، فيكون تلفه عليه. وإن كان متوقفاً - كإجارة الغرفة أو البيت - فقد يكون الرضا بالتسليم موجوداً حين الاستيفاء، كان كذلك، وإلاّ فحيث تبانياً على عدم الضمان في العقد، يكون المالك أسقط احترام ماله، فلا يكون مشمولاً لقاعدة اليد، لانصرافها عنه، إضافة إلى أن سيرة العقلاء تقتضي بعدم الضمان.

ويُنَاقَشُ في هذا القول بما تقدّم وجهاً للقول الأول، بإضافة أنه سبق أن مطلق الرضا غير كافٍ في إسقاط الضمان، إلا أن يقال: إنه موجب لذلك إلا مع اشتراط الضمان - لفظاً أو ضمناً - لأن الرضا يتحقّق إسقاط احترام المال عرفاً إذا لم يكن شرط، وبذلك يُجاب عن موارد النقض التي سبقت والتي قالها في الجواهر بنصه: «والإذن الشرعي، بل والمالكي - إذا لم يندرج في عنوان نفي عنه الضمان - لا يقتضي عدمه، كما لا يخفى على من لاحظ استقراء الموارد من المقبوض بالسوم والطبيب والبيطار، وغير ذلك»^(١).

٢- العارية التي يجب على المستعير إتلافها

وذلك كالصيد للمُحِل يستعيره المُحَرَّم فيجب عليه إرساله. قيل بالضمان فيها -مع كون العارية ممَّا لا ضمان فيها- بناءً على القول بفساد هذه العارية. والبحث واقع في موارد أربعة:

المورد الأول: في أنه هل يجب على المستعير للصيد من المُحِل أن يرسله أم يُقدِّم حق الناس على حق الله، ويجب رده عليه؟. ولهذا المورد مقام آخر^(١).

المورد الثاني: على تقدير وجوب الإرسال هل هو ضامن قبل الإرسال أم لا؟. استدل على الضمان قبله بوجهين:

ألف: حيث إنه يجب عليه إرساله، ولا يجوز التصرُّف في مال الغير، تبيَّن أنَّ المال خرج عن ملكية المالك، وبذلك يتحقَّق موضوع إتلاف مال الغير، فيأتي الضمان.

ونوقش فيه بأنه لم يُعلم كون تلف المال هاهنا لأجل خروجه عن ملك المالك، بل قد يكون داخلاً فيه، ومُخصَّصاً لقاعدة عدم جواز التصرُّف في مال الغير بدليل وجوب إرسال الصيد.

يعني: أنَّ احتمال بقاء العموم في دليل «لا يحل مال امرئ إلا بطيب نفسه» مساوٍ لاحتمال عدم خروج المال عن ملك مالكه، ولا يمكن التمسُّك للأول بأصالة العموم لكي نجعل لزوم الإرسال غير مُخصَّصٍ لقاعدة احترام المال، لأنه من قبيل العلم بعدم وجوب إكرام زيد، والشك في أنه من العلماء حتى يكون قول المولى: أكرم العلماء، مُخصَّصاً بهذا الفرد، أو أنه ليس من العلماء حتى يبقى العموم في مكانه، فلا مجال لأصالة العموم حتى نُثبت عدم كونه من العلماء.

سَلَّمنا، ولكن -أولاً- ليس الحكم بلزوم الإرسال من جهة المستعير، بل من

(١) هذا المورد يُبحث في العارية.

الشارع قبل الإرسال فيلزم أن يكون التلف عليه، لا من المستعير، أو يلزم أن نقول: إنه من المالك مع علمه أيضاً. مع أن القول بخروج المال عن ملك مالكة بدون سبب خلاف الأصل. وثانياً: يجب القول معه بأنه ليس للمالك أخذه إن عصى المستعير وأعطاه، أو إن قدر على اختلاسه أو استلابه من يد المستعير، ليس عليه ذلك، مع أن الظاهر منهم خلاف كل ذلك، بل ينبغي أن يُقال: إن للمالك كل ذلك بدون إشكال.

كل ذلك، مضافاً إلى أنه ليس هناك دليل على أن مَنْ أزال ملكية الغير فعليه ضمانه، فتأمل تعرف أن صدق الإتلاف كافٍ، وهو موجود مع تلف الملكية.

باء: إن المستعير يحول بين المالك وبين ماله فعليه بدله لدليل الحيلولة.

ونوقش فيه:

أولاً: إن دليل الحيلولة مخصوص بما إذا لم يتمكن المالك من الاسترداد لمنع الحائل.

وثانياً: إن الحيلولة إنما هي كالتلف في إفادتها الضمان في اليد المضمونة، والعارية ليست كذلك.

وثالثاً: إنه لا يشمل موضع علم المعير بذلك.

وفي الأول والأخير نظر لأنهما استثناء على فرض قبول أن العلم مطلقاً مضر. مع أن العلم بعدم جواز الرد من طرف المُحْرَم قد يقتصر باحتمال عصيانه. نعم، بدون ذلك يكون مُقَدِّماً على الضمان ومُسْقِطاً حق نفسه.

المورد الثالث: أنه بعد الإرسال يُعَدُّ مُتْلِفاً مال غيره، فيجب عليه دركه لقاعدة الإتلاف.

المورد الرابع: لا يُعَدُّ هذا خرمًا لقاعدة «ما لا يُضمن»؛ حيث إنه إتلاف لا تلف.

٣- حمل المبيع بالبيع الفاسد

والكلام في أنه هل يُضمن الحمل أم لا؟ والحديث فيه من جهتين:

الأولى: لمن الحمل؟ ولا شك في أن الحمل للبائع لا المشتري، والكلام هنا على هذا أيضاً. نعم، لو شرط المشتري دخول الحمل كان له، ولا بحث فيه، وأنه مع التلف مضمون.

الثانية: مع تلفه هل يضمن المشتري أم لا؟ قيل: نعم، مستدلاً له بأنه طرف للعقد، وليس في العقد ما يقتضي تسليمه إلى المشتري، فهو كالعين في الإجارة، ولذلك فليس هناك ما يوجب تخصيص قاعدة اليد. نعم، إذا كان البيع صحيحاً لم يكن ضمان مع تلفه للاستيمان المالك، وقيل: لا يضمن لسبب إقدام المالك على عدمه ببيع الحامل، والكلام في ذلك مثل الكلام في العين للإجارة الفاسدة، لأنه طرف العقد، ولأن التسليم وقع قهراً على المالك.



الملحق الأول: وجوب الدفع إلى المالك

إنَّ من الأحكام التي تتعلَّق بالبيع الفاسد هو: وجوب دفعه إلى المالك.
وقد استُدل له بوجوه:

١ - قوله عليه السلام: «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا عَنْ طَيِّبِ نَفْسٍ مِنْهُ»^(١).

وذلك بتقريب: أنَّ معناه أنَّ أيَّ نوع من التصرُّف في مال أحدٍ أو إعمال سلطة لا يحل، ومنه إمساكه بدون إذنه ولو آناءً، ولا يتوقَّف الاستدلال به على اقتضاء النهي بشيءٍ للأمر بضده، بل إذا كان الإمساك حراماً وجب على الفرد عدم الحرام بأي طريق كان، ولا طريق هنا إلاَّ الأداء، وهو يكفي عن إثبات أمر زائد على ذلك، فهو نظير النهي عن البقاء في الغضب الذي يوجب الخروج بالنتيجة.

ولا يمكن القول بأنه مأذون، لأنه إنما كان مأذوناً مع صحة البيع وأما مع فساده فلا إذن من ذلك السبب. نعم، لو عُرِف الإذن إما بالفحوى أو باللفظ كفى، ولكنه غير ما نحن فيه.

٢ - قوله -عجل الله فرجه-: «لَا يَحِلُّ لِأَحَدٍ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي مَالٍ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ»^(٢).

(١) المعتبر، العلامة الحلي، ج ٢، ص ٦٣٨.

(٢) وسائل الشيعة، ج ٢٥، ص ٣٨٦.

وذلك بتقريب: أنَّ الإمساك نوع من التصرف، لأنَّ الظاهر منه إعمال السلطة في مال الغير، فلو باع أو وهب المال بالصيغة اعتبر عرفاً أنه تصرف في مال الغير، والإشكال الذي أورد على الدليل الأول من عدم اقتضاء ذلك الأمر بلزوم الردّ لأنه نهى عن التصرف لا أمر بالأداء آتٍ ههنا مع جوابه.

٣- قول الإمام الصادق عليه السلام في موثق سماعة عن رسول الله ﷺ أنه قال: «وَمَنْ كَانَتْ عِنْدَهُ أَمَانَةٌ فَلْيُؤَدِّهَا إِلَى مَنْ أُتِمِّنَتْ عَلَيْهِ، فَإِنَّهُ لَا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ، وَلَا مَالُهُ إِلَّا بِطَبِيعَةِ نَفْسِهِ..»^(١).

وهذه الرواية صريحة في لزوم ردّ الأمانة وعدم حليّة التصرف فيها، ولا منافاة بينهما حتى يكون أحدهما أظهر من الآخر ثم ينظر إلى ما هو الأظهر، هل المعلل في وجوب الرد أو التعليل في حرمة التصرف، فقد يكونان صحيحين معاً.

نعم، قد يقال: إن الأمانة ظاهرة في الأمانة المالكية، وهي غير موجودة في المقام، ولكن حيث إن وجوب رد الأمانة إنما هو بعد طلب صاحبها، فمعناه يجب رد ما كان أمانة بعد أن صارت غير أمانة. والمقام كذلك حيث إن المبيع قبل العلم بالفساد كان أمانة وبعده يجب الرد، ومن هنا يعرف وجه الاستدلال بالآية الكريمة:

٤- ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾^(٢)، حيث إن المراد بالأمانة إنما هي الشيء بعد رفع إذن المالك عنه فيشمل المقام.

٥- الإجماع على ذلك.

٦- بعض الأحاديث الخاصة، مثل ما في صحيح البزنطي في باب اللقطة: «إِذَا عَرَفَ صَاحِبُهُ رُدَّهُ عَلَيْهِ.. إِلَى أَنْ قَالَ ﷺ: وَإِنْ جَاءَكَ طَالِبٌ لَا تَتَّهِمُهُ رُدَّهُ عَلَيْهِ»^(٣).

(١) الكافي، ج ٧، ص ٢٧٤.

(٢) سورة النساء، آية: ٥٨.

(٣) تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٣٩٤.

وبالجملة: فالرد لا إشكال في لزومه، بل في فورية ذلك، إذ لو ثبت أن أمساك المال - ولو في مدة قصيرة - تصرفٌ غير جائز، فالرد فوراً واجب للتخلص عن الحرام. نعم، إن الفورية عرفية وتختلف بحسب الأشياء والأشخاص كما لا يخفى.

ما هو الرد؟.

ذهب بعض إلى أن معنى الردّ والأداء تمكين المالك من الشيء وإعلامه بذلك. بينما قال الآخرون: إنّ حقيقة الردّ والأداء، إقباض المالك. وفصل طائفة بين الموارد فاكتفى في الأمانة بالتمكين، وفي غيرها - كالغصب - بالإقباض.

استدلّ للأخير بأن معنى الأداء جعل المال في محلّ رضي به المالك من دون إعمال سلطة فيه، وحيث إن المالك كان قد رضي بكون المال عند الأمين فمجرّد التخلية يعتبر أداءً للمال. نعم، لو كان الأمين قد نقل العين إلى بلد بعيد، لا لغرض الحفظ أو أمر المالك، كان التمكين منه معتبراً في البلد الذي أوّتمن عليه دون غيره، لأن المالك لم يرّض بغيره محلاً وموقِعاً للأمانة. وحيث إن المالك لم يرّض بيد الغاصب ولا المحل الذي جعل الشيء فيه حالياً، فإن الأداء فيه يجب أن يكون بجعله في المحل الذي يرضى به، فلا يكون مجرّد التخلية والتمكين كافياً فيه، والمقبوض بالعقد الفاسد بحكم الغصب مع جهل المعطي وعلم الآخذ بفساد المعاملة وبأن المالك لو لا زعمه صحّتها لما أعطاه، أما مع العكس فلا. وأما مع جهلها، فحيث لا إثم في الآخذ فلا غصب.

نعم، يكون حينذاك على قسمين: فقد يكون الآخذ عالماً برضا المالك رضاً مطلقاً، على تقديري صحة أو فساد المعاملة، فلا شك في صحة كون الآخذ أمانة يجري فيه حكم الأمانة من جهة الأداء، وأما مع عدم علمه بذلك فقد نقول: بأن على القابض إيصال المال إلى المحل الذي يرضى به المالك، لأنه إنما قبض لمصلحة نفسه، والمالك لم يكن راضياً به كما هو المفروض، وجهله بأن المالك غير راضٍ لا يقتضي إبراءه عمّا عملته يده. وقد نقول بل الأمر بالعكس، فهذا الإنسان إنما نقل

المتاع بإذن المالك ظاهراً وجهل المالك بالواقع، وكون منشأ إذنه أمراً مفقوداً لا يُسبَّب أن يكون عمل الأخذ غصباً، مع فرض إنه أيضاً كان جاهلاً بحقيقة الأمر، فتأمل.

نعم، حتى على القول بأن الأداء هو الإقباض لا يبعد أن يقال: إن المالك لو كان نَقَلَ المال إلى مكان وأخذه المشتري إلى أبعد منه لا يجب على المشتري إلا أن يأتي به إلى المحل الذي أتى به المالك إليه. وكان على المالك حمله إلى بيته أو دكانه مثلاً، وذلك لأنه لا دليل على ضمان الأخذ أكثر من جعله في مكان رضي أو يرضى به المالك، وهذا بعينه يأتي في الغصب، فلو كان المالك قد جعل المال على قارعة الطريق فأخذه الغاصب منها، لا يجب عليه إلا رده إليها وإعلام المالك بذلك.

كل ذلك لصدق الأداء الذي وقع غاية للضمان في خبر اليد، ومأموراً به في آية الأمانة، ومنهياً عن عدمه في أخبار الباب، صدقه على ذلك عرفاً.

وبما ذكر يُعرف وجه الاستدلال للقول بأن حقيقة الأداء هو الإقباض مطلقاً، أو التمكين مطلقاً.

مؤونة الرد

وأما مؤونة الردّ، فالظاهر أنه لو اقتضى الرد شيئاً من المؤن تكون على من يجب عليه الردّ، كما يجب على الإنسان تهيئة أسباب كل واجب عليه، فلو وجب عليه الحج، أو الزيارة، أو صلة الرحم، أو الطهارة للصلاة، أو غير ذلك وجب عليه أن يهيئ أسبابه، ولو ببذل المال، ولا فرق بين أن يكون مالاً كثيراً أو قليلاً إلا أن يصير مورد دليل ثانوي كالخرج والضرر، فينتفي هذا الحكم كما تنتفي سائر الأحكام الشرعية بالعناوين الثانوية. ولا وجه لتخصيص ذلك بالضرر فقط، كما لا وجه لجعل الضرر هاهنا نسبياً، وإنما هو أمر يرجع إلى حالة المكلّف المالية والجسمية لا إلى كون المؤونة زائدة عن المعتاد أو لا، فإن كانت زائدة سببت الضرر وإلا فلا، كما ذهب إليه بعض المحققين قائلًا: إذا كانت المؤونة بقدر ما يقتضيه طبعاً ردّ المال، لا محالة يكون دليل وجوب الردّ أخص من حديث لا ضرر فيُخصّص به،

وإن كانت زائدة عليه كان مقتضى حديث لا ضرر عدم وجوب البذل^(١).

اللهم إلا أن يقال: إن معنى حديث «لَا ضَرَرَ» أنه ليس في الإسلام حكم يُسبَّب ضرراً عرفياً، وإن لم يكن شخصياً، ولا شك يُسمَّى مؤونة الردّ بالضرر عرفاً، لأنه بذل بدون عوض، فتشمله قاعدة الضرر مطلقاً، إلا أن مقدار المؤونة العادية واجب بسبب دليل لزوم الأداء، فإن معناه: أدّ هذه المؤونة، حتى يتحقّق أداء الأمانة، فهو مثل دليل لزوم الخمس بالنسبة إلى دليل الضرر الذي يكون موضوع الحكم ضرراً، ولا يمكن تخصيصه بقاعدة الضرر، وفي الأمور غير المالية مثل دليل الجهاد بالنسبة إلى قاعدة الضرر. فلا يُخصّص حكم الجهاد بالضرر لأنه موضوعه دائماً. وأما إذا كانت المؤونة أكثر، فحيث إن دليل الأداء لا يشملها فإن دليل الضرر لا معارض ولا مُخصّص له، فهو المتبع، فتأمل.

ثم إن هناك قولاً ثالثاً هو:

لزوم المؤونة على البائع مطلقاً، لأنها في مصلحته، ولحديث لا ضرر بالنسبة إلى المشتري.

وقد عرفت أن القول بلزومها مطلقاً على المشتري لو لم يكن أقوى، كان الأقوى التفصيل بين المؤونة العادية وغيرها، لا هذا القول.

الملحق الثاني: دفع بدل أو قيمة المستوفى من منافع المبيع

ضمان المنافع المستوفاة

يجب على المشتري دفع بدل أو قيمة ما استوفاه من منافع المبيع.

واستدل لذلك بوجوه:

١ - يصدق على الاستيلاء على المنافع أخذ اليد بعد الاستيلاء على العين فتشمله قاعدة اليد.

(١) منهاج الفقاهة، السيد محمد صادق الروحاني، ج ٢، ص ٢٨٨.

٢- ما في صحيحة أبي ولاد عن الصادق عليه السلام الواردة في الغاصب بغلة الغير والمستوفي منفعة ركوبها، حيث حكم الإمام عليه السلام بلزوم ردّ البغلة وأجرة الركوب^(١). وتدل على الضمان في المقام إما باتّحاد الملاك أو الإجماع الذي حكي عن العلامة ادّعاؤه على اتّحاد الحكم في البابين.

٣- الرواية التي وردت في حكم من اشترى جارية مسروقة فاستولدها، ثم جاء صاحبها، قال: «يَأْخُذُ الْجَارِيَةَ صَاحِبُهَا وَيَأْخُذُ الرَّجُلُ وَلَدَهُ بِقِيمَتِهِ»^(٢) حيث جعل للمنفعة التي استوفيت بسبب الاستيلاء - إما منفعة إشغال الوعاء الصالح والاستفادة منه، أو منفعة القوى والطاقات التي صُرِفَت للولد من جهة المستولد، أو غير ذلك - جعل لها ضماناً بالقيمة. اللهم إلا أن يقال: إنّ القيمة إنما هي لأجل كون نصف الولد ملكاً للسيد، حيث إن الإنسان يتكوّن من نطفتي الرجل والمرأة. بل إن العرف لا يرى عملاً إلاّ للأم التي جعلت النطفة التي لا قيمة لها إنساناً سوياً له قيمته منها وبسببها، فلا تدل الرواية - على هذا - على ضمان المنافع المستوفاة.

٤ - قوله عليه السلام: «مَنْ أَتْلَفَ مَالَ الْغَيْرِ فَهُوَ لَهُ ضَامِنٌ»^(٣) الذي هو - مع بعض الأحاديث الأخرى - منشأ استفادة الفقهاء قاعدة (من أتلّف) ومن المعلوم أنه يصدق على المنفعة لفظ المال، كما يصدق على المشتري المستوفي لها أنه أتلّفها. وهذا الأخير هو عمدة أدلة المسألة.

القول بعدم الضمان

وذهب ابن حمزة في الوسيلة إلى عدم الضمان^(٤) واستدل له بقاعدة: من له

(١) راجع الرواية المُفصَّلة في: الكافي، ج ٥، ص ٢٩٠.

(٢) الكافي، ج ٥، ص ٢١٥.

(٣) هذه العبارة مشهورة على ألسنة الفقهاء وفي كتبهم على أنها حديث شريف، إلّا أننا لم نعثر على هذا النص كحديث مروي عن المعصومين عليهم السلام، وقد تكون العبارة مستنبطة من روايات أخرى بهذا المضمون.

(٤) الوسيلة، ابن حمزة، ص ٢٥٥، (طبعة قم، ١٤٠٨ هـ).

الْغَنَمُ فَعَلِيهِ الْغُرْمُ، إِذَا عُكِّسَ وَقِيلَ: مِنْ عَلَيْهِ الْغُرْمُ فَلَهُ الْغَنَمُ، الْمُسْتَفَادَةُ مِنْ بَعْضِ الرِّوَايَاتِ مِثْلَ النَّبَوِيِّ: «الْخَرَجُ بِالضَّمَانِ»^(١). وَقَوْلُ الْإِمَامِ عَلِيِّهِ السَّلَامُ فِي أَنَّ مَنَفْعَةَ الْمَبِيعِ فِي زَمَنِ الْخِيَارِ لِلْمَشْتَرِي، قَالَ عَلِيُّهِ السَّلَامُ: «أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ اخْتَرَقَتْ لَكَانَتْ مِنْ مَالِهِ»^(٢). وَقَوْلُ الْإِمَامِ الْكَاسِمِ عَلِيِّهِ السَّلَامُ جَوَاباً عَنْ أَنَّ تَلْفَ الرِّهْنَةِ عَلَى مَنْ يَكُونُ؟ قَالَ: «عَلَى مَوْلَاهُ» (أَيُّ الْعَبْدِ الْمَرْتَهَنِ) ثُمَّ قَالَ عَلِيُّهِ السَّلَامُ: أَرَأَيْتَ لَوْ قَتَلَ قَتِيلًا عَلَى مَنْ يَكُونُ؟ قُلْتُ (الْقَائِلُ هُوَ الرَّوَايُ): هُوَ فِي عُنُقِ الْعَبْدِ. قَالَ: أَلَا تَرَى فَلِمَ يَذْهَبُ مَالُ هَذَا؟ ثُمَّ قَالَ: أَرَأَيْتَ لَوْ كَانَ ثَمَنُهُ مِائَةً دِينَارٍ فَزَادَ وَبَلَغَ مِائَتَيْ دِينَارٍ لِمَنْ كَانَ يَكُونُ؟ قُلْتُ: لِمَوْلَاهُ. قَالَ: كَذَلِكَ يَكُونُ عَلَيْهِ مَا يَكُونُ لَهُ»^(٣).

فاستدلّ الإمام عليّ عليه السلام في الحديثين على الضمان بكون منفعة له، شاهد على ملازمة المنفعة مع الضمان، فمن ضمن العين لو تلفت كان له منفعتها لو كان لها منفعة.

وأجيب، أما عن النبوي:

فأولاً: بأنها ضعيفة السند، موافقة للعامة، غير منجبرة. قال السيد في حاشيته على المكاسب: فالأولى في الجواب عن المرسلة أن يقال: إنها ضعيفة السند من غير جابر، متروكة الظاهر، فإنه لا عامل بإطلاقها وانه موافق لمذهب أبي حنيفة^(٤).

وثانياً: بعدم الدلالة. قال الشيخ: إن دلالة الرواية لا تقصر عن سندها في الوهن، فلا يُترك لأجلها قاعدة ضمان مال المسلم واحترامه وعدم حله إلا عن طيب نفسه^(٥).

(١) الخلاف، الشيخ الطوسي، ج ٣، ص ٢٥٧.

(٢) وسائل الشيعة، ج ١٨، أبواب الخيار، باب: ٨، ص ٢٠، ح ١.

(٣) الكافي، ج ٥، ص ٢٣٤.

(٤) حاشية المكاسب، للسيد الزيدي، ج ١، ص ٩٦.

(٥) كتاب المكاسب، الشيخ الأنصاري، ج ٣، ص ٢٠٤ (طبعة قم، ١٤٢٠ هـ).

محتملات معنى الضمان

أقول: والمحتملات التي ذكرت في معنى الرواية هي كالآتي:

١- أن يكون معنى الضمان: ثبوت شيء مالي في الذمة. ومعنى الباء السببية أو المصاحبة (والثاني هو الأصل في الباء ظاهراً) ومعنى الخراج كل منفعة. فالمجموع يعطي هذا المعنى: «أن منفعة الشيء مصاحبة للتعهد له». ويكون مطلقاً بين أن يكون التعهد قهرياً كالغصب، أو لا كالبيع الفاسد أو الصحيح.

وهذا المعنى هو الذي استدل بما يرجع إليه أبو حنيفة في إسقاط ضمان المنافع من ذمة الغاصب، وهو الذي أبطله الإمام الصادق عليه السلام في الحديث الآتي لأبي ولاد، وهو بعيد عن مساق الحديث (النبوي هذا) كما سيأتي، مع أنه مردود بحديث أبي ولاد.

٢- أن يكون معنى الضمان: إثبات شيء في الذمة، فيكون المعنى: مَنْ أثبت على نفسه الضمان بإقدامه عليه سقطت عنه مؤونة الانتفاع، سواء كان إقدامه صحيحاً مُمضياً شرعاً أم فاسداً.

وهذا المعنى يلوح من كلام الشيخ، قال السيد ثُمَّ في حاشيته: «يظهر منه (كلام الشيخ ثُمَّ) أنه لو كان الضمان ممّا أقدم عليه المتبايعان يكون الخراج بإزائه، وهو أيضاً ممّا لا دليل عليه كما هو واضح»^(١). وعلى أي حال، فإن الضمان الذي لم يمضه الشارع لا عبرة به ولا تحقق له، فلا يمكن الاعتماد على هذا المعنى أيضاً، فتأمل.

ولو صحَّ هذا المعنى أو الذي قبله أمكن القول بعدم ضمان المنافع.

٣- أن يكون المعنى وفقاً للثاني مع اشتراط أن يكون إثبات الضمان بإمضاء الشارع. ونُسبَ إلى المشهور هذا المعنى، ولكنه أيضاً غير مستفاد من ظاهر الخبر،

(١) حاشية المكاسب، السيد البيزدي، ج ١، ص ٩٦.

وإن كان مع ظهوره لا يجدي ابن حمزة ولا يساعده على قوله، إذ المفروض أنَّ البيع ممَّا لم يمضِ الشارع. اللهمَّ إلَّا أن يقال: إن الشارع لم يُمضِ الضمان البيعي، ولكنه أمضى الضمان الآخر الآتي من: «عَلَى الْيَدِ» وخروج الغصب لحديث أبي ولَّاد لا يُنافي إطلاق النبويِّ، فتأمَّل.

٤ - أن يكون المراد بالضمان هو الضمان الملكي يعني منفعة الشيء تابعة لمملكته.

٥ - أن يكون معنى الخراج ما كان يُجبى من أراضي الدولة من الضريبة الخاصة، والمراد بالضمان التقبُّل والإجارة، يعني من استأجر أرضاً خراجية وجب عليه خراجها.

٦ - أن يكون معنى الخراج فائدة مثل الحيوان، والمراد بالضمان ضمان ما يجب الإنفاق عليه. يعني أنَّ من تكفَّل شيئاً يحتاج إلى المؤونة فمنفعته - التي هي للمستأجر - وضمان مؤونته متلازمتان. فمن له فائدته فعليه مؤونته.

٧ - أن يكون معنى الحديث أنَّ المنفعة إنما تُؤخذ بالضمان بعكس المعاني السابقة، يعني كما أنَّ إتلاف العين سبب للضمان فكذلك إتلاف المنفعة. فالخراج - أي المنفعة - لا يملك مجاناً ولا يُصرف اعتباراً، وإنما هو بالضمان، يعني مع الضمان. فيكون الحديث دالاً على ضمان المنافع على من استوفاه.

وهذه المعاني الأخيرة إن لم تكن ظاهرة من الحديث فليست المعاني الأخرى بأظهر استفادة من الحديث، بل يكون الخبر مجملاً فلا يُعمل به.

وأما الروايتان الأخريان فالظاهر منهما كون ملك المنفعة تابع لملك العين، والمراد بالسؤال بيان ملكية الراهن أو المشتري للعين الرهينة أو المبيعة، وليس في اللفظ عموم أو إطلاق بل هو إشعار في مورد الملكية، والمقام ليس منه بل المشتري هاهنا غير مالك. وبذلك عرف عدم الإشكال في الضمان.

المنافع غير المستوفاة

وفي ضمان المنافع غير المستوفاة - إذا كانت منافع للمبيع - كذلك أقوال خمسة:

١ - الضمان. ذهب إليه المشهور، بل نقل العلامة وابن إدريس الإجماع على ضمان منافع المغمصوب غير المستوفاة، مع نقل الثاني منهما الإجماع على اتحاد حكم المبيع فاسداً والمغمصوب^(١).

٢ - عدم الضمان، ذهب إليه في الإيضاح^(٢).

٣ - عدم الضمان إذا كان البائع عالماً بالفساد والضمان مع جهله. ذهب إليه بعض من علّق على الشرائع^(٣).

٤ و ٥ - التوقّف، إما مطلقاً - كما عن المسالك والدروس والتنقيح^(٤) - أو في صورة علم البائع بالفساد - كما اختاره في القواعد على حسب استظهار بعض لعبارة^(٥) -.

والمهم في الاستدلال هو القولان الأولان، لأن الأخير لا دليل له وما قبله مضى دليله في أصل مسألة الضمان، وعُرف أنّ مجرد العلم بدون تحقّق الإقدام على عدم الضمان غير مسقط له.

(١) انظر: المكاسب، الشيخ الأنصاري، ج ٣، ص ٢٠٧، عن: السرائر، ابن إدريس الحلبي، ج ٢، ص ٤٩٠، والتذكرة، العلامة الحلبي، ج ٢، ص ٣٨١.

(٢) المكاسب، الشيخ الأنصاري، ج ٣، ص ٢٠٧، عن: إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ١٩٤.

(٣) المكاسب، الشيخ الأنصاري، ج ٣، ص ٢٠٥.

(٤) المكاسب، الشيخ الأنصاري، ج ٣، ص ٢٠٦، عن: المسالك، ج ٣، ص ١٥٤، و: الدروس، ج ٣، ص ١٩٤، و: التنقيح الرائع، ج ٢، ص ٣٢.

(٥) المكاسب، الشيخ الأنصاري، ج ٣، ص ٢٠٦، عن: القواعد، ج ١، ص ٣٠٨.

أدلة الضمان

وقد استدل على الضمان بوجوه:

- ١ - قاعدة اليد بناء على صدق الأخذ بالنسبة إلى المنفعة بالاستيلاء على العين.
- ٢ - قاعدة الإلتاف بتقريب أن المشتري حيث حبس عن المالك ماله حتى تلفت المنافع صدق عليه أنه أ تلف مال الغير عرفاً.

ونوقش فيه بأن الإلتاف إنما يصدق مع الاستيفاء، أما مع عدمه فلا، خصوصاً مع كون المشتري قد يكون غير مستمر على رضاه بالعقد، وأن المالك هو الذي زعم أن المال قد انتقل منه إلى غيره، فكيف نقول مع ذلك: إن المشتري حبس المال عن مالكه، فيجب عليه مثله أو قيمته. نعم، هذا الدليل يتم في الغصب، حيث إن الغاصب يحبس المال عن مالكه، فيصدق في المنافع الفائتة أنه أ تلفها.

- ٣ - وقد استدل السيد أيضاً بأن معنى أداء العين أداء منفعه الفائتة، فقال في حاشية المكاسب: «مع أنه يمكن أن يقال: يكفي صدق الأخذ بالنسبة إلى العين في ضمان المنافع، فإن حاصل المعنى أن ما أخذت اليد مضمونة ويجب الخروج عن عهدها، ومن شؤون الخروج عن عهدة العين أداء عوض منافعها، كما أن من شؤونه أرش العيب ونحوه»^(١).

وقد يؤجّه هذا الدليل بأن لمالية الشيء جهتين: جهة عرضية وجهة طولية. فالعرضية هي أجزاء الشيء، فلكل جزء مالية بالنسبة إلى المجموع، ومع نقص هذه الجهة يجب أداء عوض الناقص، مثل العيب. والطولية منافعها حيث إن رغبة الإنسان في متاع إنما هي بحسب المنافع المستفادة منها - مادياً أو معنوياً - ومع تلف قسم من المنافع لا يمكن أداء العين بكل جهاتها، إذ من أجزاء العين الطولية كانت المنافع التالفة فيجب دفع بدلها حتى يصدق عرفاً اسم الأداء.

(١) حاشية المكاسب، السيد اليزدي، ج ١، ص ٩٦.

وبهذا يُعرف عدم ورود إشكال بعض المحققين على هذا الدليل حيث قال: إن أريد بذلك أنه يصدق الاستيلاء واليد على المنافع بالاستيلاء واليد على العين فهو يرجع إلى التمسك بحديث اليد، وإن أُريد ما ذكره المحقق الأيرواني ثُمَّ يَرْجِعُ من أن أداء العين المجعول غاية للضمان لا يكون إلا بأدائها بمنافعها وفروعها، فيرد عليه أنه إن لم يصدق اليد على المنافع باليد على العين لما كان يجدي شمول الحديث للعين في ضمانها، فإن الغاية أداء نفس ما يكون تحت اليد لا شيء آخر، وإن أُريد به غير ذلك فعليه البيان^(١).

وذلك لأننا نقول: إن مراد السيد -على الظاهر- هو أن أداء العين لا يمكن إلا بأداء بدل منفعه، وإن كانت المنافع بما هي هي غير مستولى عليها وغير مأخوذة كما سلف تقريره، ودعوى أن ما يجب أدائه نفس ما أخذه اليد لا تقبل بشكل مطلق حتى ولو كان صدق الأداء متوقفاً على أمر زائد خارجي، فتأمل.

٤- واستدل أيضاً بالإجماع وهو -على الظاهر- وجه ذهاب الشيخ الأنصاري ثُمَّ يَرْجِعُ أخيراً إلى الضمان بعد التوقف. والإجماع ادّعاء العلامة^(٢) والحلي^(٣) في الغصب. وحيث إن الحكم في كلتا المسألتين واحد، إما باتّحاد الملاك أو بادّعاء الحلي الإجماع على ذلك، يسري الحكم إلى المقام.

ولكنك خبير أنه على فرض حجية مثل هذا الإجماع في باب الغصب، فمع توقّف ناقله في القواعد^(٤)، وتوقّف كثيرين غيره، وذهاب بعض إلى خلافه، ليس بحجة في المقام، وهو ظاهر.

(١) فقه الصادق، المحقق الروحاني، ج ١٦، ص ٣٩٦.

(٢) تذكرة الفقهاء (الطبعة القديمة) ج ٢، ص ٣٨١، قال: «منافع الأموال من العبيد والثياب والعقار وغيرها مضمونة بالتفويت والفوات ... عند علمائنا أجمع».

(٣) السرائر، ابن ادريس الحلي، ج ٢، ص ٤٩٠، قال: «لأن المنافع تُضمن بالغصب عندنا».

(٤) انظر: قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٢٣٨.

أدلة عدم الضمان

واستدل على عدم الضمان بوجوه:

الأول: إن عدم الضمان هو مقتضى قاعدة «ما لا يُضْمَنُ بصحيحه لا يُضْمَنُ بفاسده» حيث إن المنافع غير مضمونة على البائع.

ونوقش فيه:

أولاً: قد يقال بأن الثمن واقع في مقابل العين ومنافعها معاً.

وثانياً: إن القاعدة ليست حجة، لأنها على إطلاقها بدون دليل ومستند كما تقدم.

الثاني: ليس في بعض الروايات المتعرّضة لضمان المنافع المستوفاة في الغصب وشبهه، ليس فيها أيّ تعرض لحكم المنافع غير المستوفاة، وحيث إنها كانت في مقام البيان فهي حجة على العدم. وإليك الروايات:

١ - في الأمانة المسروقة إذا ابتيعت واستولدها المشتري ثم جاء صاحبها قال الإمام عليه السلام: «يَأْخُذُ الْجَارِيَةَ صَاحِبُهَا وَيَأْخُذُ الرَّجُلُ وَلَدَهُ بِقِيمَتِهِ»^(١).

حيث لم يذكر الإمام عليه السلام غير المنفعة المستوفاة وهي الاستيلاد فقط. ومن المعلوم أنه كانت للأمانة منافع أخرى غير مستوفاة لم يذكرها ولم يتعرّض لها.

٢ - وفيمن باع وليدة أبيه بدون إذنه، حكم الإمام عليه السلام بأنه يأخذ الوليدة وابنها^(٢)، ولم يتعرّض عليه السلام للمنافع غير المستوفاة.

وقد نوقش بأنهما في مقام بيان حرية أو عدم حرية الولد، وإلا فلم يتعرّضا لسائر أحكام الغصب التي منها: ضمان المنافع المستوفاة التي لا شك في كونها كانت للأمانة أيضاً.

(١) الكافي، ج ٥، ص ٢١٥.

(٢) الكافي، ج ٥، باب شراء الرقيق، ص ٢١١، ح ١٢.

٥٠.....الفقه الإسلامي ج ٢ - بحوث في البيع

٣- صحيحة أبي ولّاد الآتية الساكتة عن ضمان مَنْ غَصَبَ الدابة منافعها غير المستوفاة مع بيان ضمان منافعها المستوفاة.

وأجيب عنه بأن الدابة ليس لها منافع يمكن استفادتها مع الركوب، ومن المعلوم أن الإنسان لا يضمن كل ما كان يُمكن أن ينتفع منه حتى على البذل.

نعم، يُمكن أن يُستدل للمقام بالأصل بعد إنكار شمول قاعدة اليد أو الإلتلاف أو الأداء العرفي للمنافع غير المستوفاة.

الملحق الثالث: بين القيميّ والمثلي

إذا تلف المقبوض بالعقد الفاسد فعلى مَنْ كان في يده دفع بدله، فإن كان مثلياً أعطى مثله، وإن كان قيميّاً وجبت قيمته.

ويقع البحث هنا في أمور:

ألف: ما الدليل على اختلاف القيمي والمثلي في الأداء؟.

باء: ما هو الميزان لمعرفة المثلي والقيمي؟.

جيم: ما هو الأصل مع الشك في شيء أنه مثلي أو قيمي؟.

دال: هل تُعتبر قيمة المثلي أم لا؟.

هاء: ما هي القيمة التي يجب أن تُدفع في القيمي؟.

ألف: اختلاف القيميّ والمثليّ في الأداء

أما الدليل على اختلاف القيمي والمثلي في الأداء فقد ذُكر له وجوه:

١- الإجماع

قال الشيخ الأنصاري رحمه الله: «إذا تلف المبيع فإن كان مثلياً وجب مثله بلا خلاف إلّا ما يُحكي عن ظاهر الإسكافي»^(١).

(١) كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٢٠٩.

ونوقش فيه أولاً: إنه غير متحقق في كل الموارد، ولا يُعلم أنه كاشف عن نص من الشارع أو قاعدة شرعية حتى يجب الاعتماد عليه، وثانياً: إنه مستند إلى ظاهر الأدلة التي لولا الإجماع لكان المستفاد منها ذلك كما سيأتي. فالمرجع مقدار ما يستفاد منها لا معقد الإجماع بل ولا هو، فتأمل^(١).

٢ - ظواهر أدلة الضمان

بتقرير أن كلمة «تُؤَدِّي» الواقعة غاية للضمان في قاعدة «الْيَدِ» ومأمور بها في قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾^(٢). وكلمة (مثل) في قوله تعالى: ﴿فَمَنْ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾^(٣)، على القول بكون (مثل) مطلق كمّاً وكيفاً، ولا وجه لتقييده بالكم، وإن جواز الاعتداء بالمثل من هذا الطرف مستلزم لوجوب الإعطاء من ذلك الطرف، حيث لا يجوز الاعتداء ثانياً إلا مع ثبوت الحق وبدونه ظلم، وأن الضمان لا فرق فيه بين الغصب - كما هو ظاهر الآية - وغيره كما في المقام. فبناءً على ذلك إن كلمة (مثل) في هذه الآية وكلمة «تُؤَدِّي» و«تُؤَدُّوا» في الحديث وتلك الآية، لا تصدق في المثلي مع تلفه إلا بإعطاء مثله عرفاً. فإذا أُلِف رجل مقداراً محدداً من الحنطة من الآخر وأراد دفع مثله فلم يقبل صاحب الحنطة إلا القيمة لا يرى العرف ذلك حقاً له أبداً، بل يقول له: أليس قد أُلِف منك المقدار المحدد من الحنطة، وهذا هو ذلك المقدار، فمالك من حق عليه؟ كما أنه يرى العرف - الذي يفهم من ظاهر الأداء متابعته في

(١) مناط حجّة الإجماع إفادته للاطمئنان العقلاني الذي هو بحد ذاته طريق إلى معرفة أوامر المولى، ومع وجود هذا المنطوق في إجماع يكون حجة شرعية سواء كان مستنداً أم لا، ولذلك فإن ردّ الإجماع بمطلق الاستناد أو احتمالاً غير صحيح. ولذا توقّف الشيخ في موارد من الإجماع المستند مع الدليل على خلافه، وافتي بدون دليل على الخلاف. وبالجمله فلو اطمئن الإنسان من الإجماع في المقام مع فتوى الإسكافي على الخلاف وجب الالتزام به في كل مورد خاص كان الإجماع قائماً.

(٢) سورة النساء، آية: ٥٨.

(٣) سورة البقرة، آية: ١٩٤.

صدقه - أنه لو أعطى الغريم قيمة الحنطة لا يجب على صاحب الحنطة قبولها، بل يمكن له الإصرار على المثل.

فعلى هذا يتألف هذا الدليل من أمرين:

الأول: ان الشارع قد أمر بالأداء والاعتداء بالمثل، ولم يُبين معناه، بل وكلّه إلى العرف، فمتى صدق الأداء أو المثل عرفاً صدق الوفاء، وبرأت الذمة.

الثاني: إن العرف يرى المثل هو الأداء في المثلي، أما إذا لم يكن مثلياً، فحيث إن التالف بيده لا يتمكن من أداء جميع خصوصيات المضمون لزمّت القيمة فقط التي هي المالية.

٣- الحديث

وهو صحيحة معاوية بن سَعيد «عَنْ رَجُلٍ اسْتَقْرَضَ دَرَاهِمَ مِنْ رَجُلٍ فَسَقَطَتْ تِلْكَ الدَّرَاهِمُ أَوْ تَغَيَّرَتْ وَلَا يُبَاعُ بِهَا شَيْءٌ، لِصَاحِبِ الدَّرَاهِمِ الدَّرَاهِمُ الْأُولَى أَوْ الْجَائِزَةُ الَّتِي تَجُوزُ بَيْنَ النَّاسِ؟. فَقَالَ ﷺ: لِصَاحِبِ الدَّرَاهِمِ الدَّرَاهِمُ الْأُولَى»^(١). وبمعناها بعض الروايات الأخرى.

باء: ما هو المثلي؟

لو تسنّى لنا أن نجيب جواباً كافياً شافياً عن هذا السؤال، إذاً لعرفنا القيمي الذي هو مقابله أيضاً. وأفضل تعريف للمثلي وأوفاه: أنه ما يعتبره العرف مثلياً في مقام الأداء، حيث إنه لا دليل معتبراً غير العرف في باب تشخيص كيفية الأداء كما سبق، فما كان مثلاً للتالف وجب أدائه حتى إذا كان اتفاقياً كالعبد إذا فُرض القدرة على مثله في كل شيء، ورآه العرف كذلك، فلا يُفيدنا أنه ليس مثلياً نوعاً. بل إنّنا نرى الفرد تبعاً للعرف، ومن هنا يُعرف عدم الاحتياج إلى مقياس خاص، بل إنّما هي الموارد الخاصة الشخصية نرجع فيها إلى العرف في صدق الأداء وعدمه لا في

(١) الاستبصار، ج ٣، ص ٩٩.

أن هذا مثلي أم لا.

ومع ذلك فقد عُرِّفَ المثلي بتعاريف أخرى، حيث قالوا: بأنه ما تساوت قيمة أجزائه^(١)، أو ما تساوت أجزاؤه ومنفعته وتقاربت صفاته^(٢)، أو ما تتساوى أجزاؤه في الحقيقة النوعية^(٣)، أو ما يقدر بالكيل والوزن أو ما يكال أو يوزن^(٤)، أو ما تساوت أجزاؤه وجزئياته^(٥)، أو ما إذا جُمع بعد التفريق أو فُرِّق بعد الاجتماع عاد الأول بغير علاج^(٦)، أو ما يجوز بيعه سَلَمًا، أو ما يجوز بيع بعضه ببعض^(٧).

ولكن الأظهر كونها تعاريف لا تحديدات، وقد قُصِدَ بها بيان حقيقة واحدة هي: أن المثلي ما كان له مماثل -في الخصوصيات التي تختلف به الرغبة والقيمة غالباً- نحو الشعير والحنطة والسكر. حيث إن الكيلو من السُّكَّر مثلاً له مماثل وهو كيلو من السُّكَّر نفسه. نعم، قد يرى العرف اختلافاً في السُّكَّر بين أصنافه، مثل السُّكَّر المحلي والمستورد. فإن بلغ فرقه مبلغاً بحيث قضى العرف بأن الكيلو الواحد من هذا السكر ليس شبيهاً بذلك الكيلو لم يكن له إلا أن يعطي من صنفه، يعني من نفس القسم الذي أتلّفه، وإلا كان له ذلك، حيث إن صدق الأداء كافٍ في إبراء ذمة صاحبه. ومع شك العرف في ذلك يكون حكمه كما يأتي إن شاء الله.

قال في العناوين في تقرير إيكال معنى المثلي إلى العرف: والتحقيق أن يقال: إن المثلي والقيمي تحديدهما موكول إلى العرف، فإن أهل العرف يعدّون بعض الأشياء ممّا لا تفاوت بين أفرادها، ولا يداقّون في أخذ فرد دون فرد، وينسبون كل من فَرَّق بين أفرادها إلى السفاهة والبلاهة لاهتمامه فيما لا يُلْتَفَت إليه عند العقلاء،

(١) المبسوط، الشيخ الطوسي، ج ٣، ص ٦٠.

(٢) الدروس، الشهيد الأول، ج ٣، ص ١٠٩.

(٣) مسالك الأفهام، الشهيد الثاني، ج ١٢، ص ١٨٣، عن: غاية المراد، ص ١٣٥.

(٤) مسالك الأفهام، الشهيد الثاني، ج ١٢، ص ١٨٣.

(٥) العناوين الفقهية، ج ٢، ص ٥٢٦.

(٦) العناوين الفقهية، ج ٢، ص ٥٢٦.

(٧) العناوين الفقهية، ج ٢، ص ٥٢٥.

«فهذا مثلي». ويعدّون بعض الأشياء ممّا يصير فيها التفاوت، وإن تشابهت في الصورة، ولم يتميّز في الحس في بادئ النظر، بل عند الأغلب «فهذا قيمي»^(١).

ومن هنا يُعرف أنه لا وقع للمناقشة في تشخيص المثلي بنحو ما ذكر:

١ - بأنه إن أُريد من تساوي الأجزاء تساويًا حقيقيًا فلا يوجد مثلي كذلك، حيث من المعلوم أنّ لكل جزء من أيّ شيء يفرض خصوصيات ومميزات ليست للآخر، وإن أُريد تساويًا في بعض الخصوصيات فكل قيمي مثلي إذ ما من قيمي إلّا وله مشابه ومماثل ظاهري.

إذ نقول: إن المراد بالتساوي هو التساوي العرفي الذي يتّحد في الخصوصيات التي تختلف بحسابها رغبات الناس بصورة عامة.

٢ - وبأنّ اتّحاد القيمة بالنسبة إلى أجزاء المثلي إن أُريد به في صنف واحد - كالسكر المستورد مثلاً - تساويًا حقيقيًا، فقلّما يوجد مثلي كذلك، إذ قد تكون هناك صفة في التالف لا توجد في الموجود كون الكيلو من السكر التالف كان من أول الصندوق، والكيلو الثاني من وسطه. وإن أُريد في نوع واحد فإن كثيراً من القيميات يوجد لها مثل في الخارج يكون مثلها قيمةً. لنفرض السجاد الذي يُعتبر قيمياً في العرف فإنّ السجاد الكاشاني الأبرسم يوجد له مثل في القيمة مساوٍ له.

ورُدّ أولاً: بأننا نقول في التساوي بالقيمة التساوي في الصفات المعبرة عند العقلاء لا كل صفة حتى مثل كون السكر من أول الصندوق أو آخره. وثانياً: إننا نعترف بأن كل مورد كان للشيء مساوٍ له قيمة وجنساً، ولم يكن الاختلاف بين التالف والموجود ملاحظاً عند العرف، نعترف فيه بأنه مثلي لا قيمي.

ومن هنا تبطل المناقشة الثالثة:

٣ - بأنّ لمثل بعض أقسام الحيوان مماثلاً في الخارج كالديكة المربّاة في

(١) العناوين الفقهية، ج ٢، ص ٥٢٦.

الحقول الاصطناعية، حيث يعتبر العرف بمماثلة بعضها لبعض. وكذلك لمثل الفاكهة والثوب، مع ذهاب الفقهاء إلى كون الفاكهة والثوب والحيوان من القيميات. وجه البطلان: أننا نقول بكون هذه الأشياء من المثليات لا القيميات.

جيم: الأصل عند الشك

وأما عند الشك في المثلي والقيمي، إما موضوعاً كما إذا كان شيء يُشك عرقاً في أنه مثلي أو قيمي، أو حكماً كما إذا كان شيء عند العرف مثلياً والإجماع قائم على كونه قيمياً، مثل الحيوان والفاكهة على الأغلب، ونحن لا ندري هل الإجماع هو المقياس في معرفة المثلي والقيمي لأنه كاشف عن نص خاص -مثلاً- أم الميزان فهم العرف؟ فالشك باعتباره راجعاً إلى أنه هل يجب الرجوع إلى الإجماع أم لا، شك حكمي. وعلى أي حال، فعند الشك في واحد منهما ما المرجع؟.

فيه أقوال ستة:

- ١ - تخيير الضامن بين دفع المثل أو القيمة.
- ٢ - تخيير المالك.
- ٣ - لزوم المثل.
- ٤ - وجوب القيمة.
- ٥ - القرعة.
- ٦ - الصلح القهري.

١ - تخيير الضامن بين دفع المثل أو القيمة

استُدل للقول بتخيير الضامن بين دفع المثل أو القيمة بأصل البراءة، بتقريب أنه يشك في كونه ملزماً بواحد معين فتجري البراءة، فإذا أراد دفع القيمة لا يدري بأنه قد يكون ملزماً بدفع المثل فتجري البراءة له، وإن شاء دفع المثل يشك في تكليفه بأزيد من المالية الموجودة فيه فتجري له البراءة أيضاً.

ورُد هذا الاستدلال:

أولاً: بالإجماع على عدم تخيير الضامن في ذلك، كما ادّعاه البعض.

واجب عنه بوجهين:

الأول: إنه لم يثبت إجماع تعدي في الشبهة الحكمية.

الثاني: إنه حتى لو ثبت عدم التخيير الواقعي بالإجماع ولكن لا بأس بالتخيير الظاهري الذي يأتي من إجراء براءتين معاً.

ثانياً: بأن المورد من الشك في المتباينين فلا تجري البراءة، وذلك لأن القيمة هي المالية بشرط عدم خصوصية أخرى، فإذا فرض مقدار مائة دينار فإنها مالية قد تلونت بلون ألف كتاب يساوي كل كتاب مائة فلس، وقد تكون مع خصوصية مائة متر من الأرض كل متر بدينار، وقد تكون بلا خصوصية وبلا لون فتكون مائة دينار. وليس معناه النقود بل الاعتبار المتجلي في النقود. فالمالية (بشرط لا) - أي بشرط عدم الخصوصية - تُسمّى بالقيمة، وأما المثل فهو المالية (بشرط شيء) أو أنه مماثل ولو بدون مالية. ولا ريب في أن الماهية (بشرط لا) تتباين مع (بشرط شيء) فلا تجري فيه البراءة.

ونوقش فيه بأن المعتبر في القيمي ليست المالية (بشرط لا) بل الماهية ب(لا شرط شيء) أي المالية بقول مطلق. ولذا لو تراضيا بأداء شيء غير النقود لم يكن ذلك معاملة جديدة منهما بل وفاء بالدين. فمن هذا يُعلم أن لزوم المثل مالية وزيادة، فمع الشك فيها تجري أصالة البراءة. فتبقى المالية فقط وهي القيمة ولكن لا تتعين القيمة بذلك أيضاً، بل يشك في لزوم إعطاء صرف المالية المعراة عن الخصوصية الزائدة فتجري أصالة البراءة أيضاً عن لزوم تعري المالية عن الخصوصية، فلا تجب القيمة فقط بل يجوز المثل، فينتج من كل ذلك التخيير بين الأمرين المثل والقيمة.

وفيه نظر، من جهة أن أصالة البراءة لا تُلزم المالك بأخذ المثل، فإذا امتنع وطالب بالقيمة كان له ذلك وله الحق في ذلك حيث إنه ليس مجبوراً بجعل ماليته

مشخصة في ضمن شيء لا يرضى به. نعم، إذا أُحرزت مثليته للتالف لم يرَ العرف -بموجب ظواهر الأدلة- أنَّ له الحق في المطالبة بالقيمة. أما حين لم تُحرز المثلية فإجباره بذلك مع أنه صاحب المال، ورفع سلطته عن القيمة التي هي المقدار المعلوم من الضمان، مشكل جداً.

ومن هنا قد يقوى في الفكر أنَّ للضامن الحق في إعطاء المثل أو القيمة إن رضي بالمثل حين اختاره المالك، وإلَّا رجع إلى القيمة. نعم، ليس للمالك إجباره على إعطاء المثل.

٢- تخيير المالك

ويُستدل لتخيير المالك بين المثل والقيمة بوجوه:

الأول: قاعدة الاحتياط

حيث إن الضامن مكلفٌ بتكليف لا يدري حين يُعطي المثل أو القيمة أنه برئ منه إلَّا إذا كان برضا المالك. فإذا رضي بالمثل أو القيمة تيقن براءة ذمته، لأنَّ ما يُعطيه إما هو المكلف به أو بدله من جهة رضا المالك به.

ونوقش فيه:

أولاً: بأنَّ أصل براءة ذمة الضامن أزيد ممَّا يختاره مقدّم على قاعدة الاحتياط، وقد عرفت وجه أصالة البراءة سابقاً.

وثانياً: بأنَّ المطلوب بيان الحكم الشرعي الأولي في المقام، ورضا المالك لا يفيد إلَّا من جهة حكم آخر ثانوي. فلو فرض أنَّ المالك لم يختار شيئاً، بل قال بأنه تابع لحكم الشرع، كما أن الضامن اختار حكم الشرع، فما هو حكم الشارع؟ وفيه نظر من حيث إن قاعدة الاحتياط من طرف الضامن تجعل المالك مختاراً بينهما، وهي حكم شرعي حيث إنها تكون كما لو ورد نصٌّ بأنَّ للمالك حق اختيار المثل أو القيمة، فتأمل.

الثاني: قاعدة اليد

حيث استدل بها الشيخ رحمته الله على تخيير المالك. بتقريب أن قوله رحمته الله: «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذْتُ حَتَّى تُؤَدِّيَ»، يجعل ذمة الضامن مشغولة إلى حين الأداء، فإذا فرض الشك في تحقق الأداء فبراءة الذمة غير معلومة إلا مع رضا المالك حيث تُتيقن البراءة حينذاك^(١).

وكان استدلاله رحمته الله بالحديث المذكور ناظر إلى الاستصحاب من جهة أن الضمان متيقن ورفع مشكوك. حيث إن قاعدة اليد ليست كفيلة ببيان حكم المسألة بعد إعطاء الشيء من القيمة أو المثل وإنما استصحاب الضمان المستفاد من القاعدة يثبت بقاء الذمة مشغولة حتى بعد إعطاء المثل أو القيمة قبل رضا المالك بأحدهما.

وهذا الاستصحاب محكوم بالبراءة، حيث إنه إن أُريد منه استصحاب ضمان المثل أو القيمة بالخصوص فهو غير معلوم، وإن أُريد بالعموم فله القدر المتيقن وهو المالية، وما سواه غير معلوم. إلا أن يقال: المقصود هو استصحاب ضمان العين نفسها بناء على أن التالف يبقى في العهدة بنفسه حتى يتحقق المسقط، ولذا قال السيد رحمته الله في حاشيته على المكاسب: «اعلم أن مقتضى الأصل هو الاحتياط، أما على المختار من كون الذمة مشغولة بنفس العين فللشك في الخروج عن عهدها بدفع أحدهما إلا أن يرضى المالك بذلك»^(٢). ومن هنا وجب علينا أن نعرف معنى القاعدة من حيث بقاء العين في الذمة أو بدلها لدى تلفها. فقد قيل بأن محتملاتها أربعة:

ألف: أن يكون الحديث خاصاً بما قبل التلف، فقوله رحمته الله: «عَلَى الْيَدِ...»، لا يدل على أكثر من أن على صاحب اليد المسؤولية على عينٍ عليه أن يردّها مع وجودها إلى المالك.

(١) انظر: كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٢١٦.

(٢) حاشية المكاسب، ج ١، ص ٩٧.

ولكنّ هذا المعنى بعيد من جهة أنّ ظاهر الحديث بيان الحكم الوضعي لا التكليفي، ولا معنى للحكم الوضعي مع وجود العين. فمع وجود المبيع (بالعقد الفاسد مثلاً) في يد المشتري لا معنى للقول بكونه في ذمة المشتري، بل يجب أن يكون الحديث في مقام بيان الحكم التكليفي أي وجوب ردّ المأخوذ.

باء: أن يكون معنى الحديث أنّ اليد تكون متعهّدة للعين، بمعنى أنها تضمن مع تلفها بمثلها أو قيمتها. فمعنى «عَلَى الْيَدِ..»، هو: أنّ المأخوذ في عهدة صاحب اليد، وأنه مع الوجود يجب أدائه ومع التلف يجب أداء بدله من قيمة أو مثل، حيث تنقلب العهدة إلى ذلك بعد التلف.

وقد نُسب هذا المعنى إلى المشهور، وكأنهم أرادوا منه أنّ «عَلَى الْيَدِ..» متكفل لبيان ضمان اليد مع التلف. يعني أنّ من يأخذ شيئاً يكون ضامناً له ما دام في يده، وبالأداء - أي أداء العين - ينتهي احتمال الضمان. كما يُراد بنظائر هذه العبارة خارجاً في العرف، فيقال: هذا عليك أو على فلان أي ضمانه وتعهّده. ويكون معنى يُؤدي، يُؤدي المأخوذ إما هو أو بدله، ويدل على ذلك وجود كلمة تؤديه في بعض الأخبار^(١).

جيم: أن يكون معناه أنّ العين تبقى في الذمة بعد التلف، إلّا أنّ البدل - من مثل أو قيمة - مسقط له. وهذا القول - وإن اختاره بعض المحققين - إلّا أنه خلاف ظاهر النصّ. وليس ذلك من جهة عدم إمكان تعلّق الذمة بالمعدوم، إذ التالف لا يصلح لأن يكون محكوماً بحكم كما توهم، بل لجهة أنه إذا قيل في العرف هذا في ذمتك أو عليك لو تلف، لا يفهم إلّا أنّ بدله عليه مع تلفه، وبعيد من فهمه أنه هو متعلّق وثابت بذمته، غاية الأمر أنّ بدله مُسقط له.

دال: أن يكون معناه بقاء العين في العهدة، بيد أنّ البدل إنما يكون للجمع بين الحقيّين، حق المالك في مطالبتها بنفسها، وحق الضامن في عدم تمكنه من دفعها بسبب التلف.

(١) مستدرک الوسائل، ج ١٧، أبواب كتاب الغصب، باب ١، ح ٥، ص ٨٨.

وقد سبق أنّ الظاهر من الحديث غير هذا، بل ما يقرب إلى ما فهمه المشهور، إن لم يكنه، من أن معنى الحديث: أن على صاحب اليد ما أخذته يده حتى يؤدّي ما أخذته نفسه وإن لم يؤدّ وتلف فحيث كان المال مضموناً عليه ومتعهّداً منه، وجب بدله. فدفع البدل هو معنى على اليد، لا أنه ثابت من الخارج. وبناءً على هذا المعنى لا يبقى مجال لاستدلال الشيخ به على الاحتياط ودفع ما يختاره المالك، حيث يكون على صاحب اليد دفع بدل التالف. والمتيقن منه المالية الصرفة فقط دون الخصوصيات إن لم يثبت لزومها كما في المثل المعلوم.

الثالث: أولوية التعيين

إذا اختار المالك المثل أو القيمة يكون المقام من قبيل دوران الأمر بين التخيير والتعيين، والتعيين أولى.

ونوقش فيه:

أولاً: إن البحث إنما هو قبل تعيين المالك، وأنّ حكم الشارع بما هو أي شيء؟. وثانياً: إن مرجع الشك في هذا الدوران أصل البراءة، كما حُقّق في محله.

٣- وجوب دفع المثل

واستدل لوجوب دفع المثل:

أولاً: بما تقدّم من أن الدوران بين المثل والقيمة إنما هو من قبيل الدوران بين التخيير والتعيين، والأصل فيه التعيين، وتقدّم جوابه من أن المرجع البراءة فيه.

ثانياً: إن مقتضى أدلة الضمان دفع المثل لأنه أقرب إلى العين من القيمة، وقد خرج منه معلوم القيمة بالإجماع وبقي الباقي تحته. فكل شيء شك في أنه قيمى أو مثلى يجب فيه المثل. قال الشيخ رحمته الله في المكاسب: «ولكن يمكن أن يقال: إن القاعدة المستفادة من إطلاقات الضمان في المغصوبات والأمانات المقرّط فيها وغير ذلك هو الضمان بالمثل، لأنه أقرب إلى التالف من حيث المالية والصفات،

ثم بعده قيمة التالف من النقيدين وشبههما، لأنهما أقرب من حيث المالية»^(١).

ثالثاً: قوله تعالى: ﴿فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾^(٢)، بتقريب: أن المراد بالمثل مطلق المماثل سواءً في الكيفية أو الكمية، وأن الآية تجعل المثل هو الأصل في الوفاء والأداء، منتهى الأمر إنه إذا لم توجد المثلية يكون الواجب أداء القيمة لأنها مساوية بالكم مع المعتدى به.

ولكن يمكن المناقشة في كل من الدليلين الأخيرين، لا من جهة ما قيل بأنهما مخصّصان بالقيمة إجماعاً، والقيمة مفهوم متشابه، فالرجوع إلى العام (أي هذه الآية) فيه (أي في الشك في أن هذا قيمى) رجوع إلى العام في الشبهة المصدقية، وذلك لما تقدّم من أن حجية هذا الإجماع غير معلومة تعبدًا. ولو سلّمت فالمعتبر الإجماع في الموارد الخاصة، ولا يكفي الإجماع على شيء وجعل ذلك كالنص متبعاً تعبدًا حتى في الموارد المختلف فيها، ولكن يناقش في الدليلين الأخيرين من جهة أن المراد بالمثل هو الذي يراه العرف مثلاً، ولا تنازع فيه. وأما ما يختلف فيه العرف فليس الأصل فيه المثل، بل لا دلالة لحديث اليد وآية العدوان على حكمه أبداً.

٤ - وجوب دفع القيمة

واستدل للقول بالقيمة:

١ - بأن مقتضى حديث اليد هو إعطاء القيمة، بل ذلك مقتضى كل أدلة الضمان، حيث إن العرف يرون من يعطي القيمة مؤدياً لما عليه ووافياً لذمته، خصوصاً مع التصريح في بعض النصوص بلزوم القيمة، كما في الدابة المغصوبة قال الإمام عليه السلام: «نَعَمْ (يلزمك) قِيَمَةُ بَغْلٍ يَوْمَ خَالَفْتَهُ»^(٣)، وكما في غيره من نصوص الغصب واللقطة، ولا يمكن جعل كل ذلك من القيميات مع وجود مماثل له أحياناً.

(١) كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٢١٧.

(٢) سورة البقرة، آية: ١٩٤.

(٣) الكافي، ج ٥، ص ٢٩١.

ونوقش فيه بما تقدّم من أنّ ظاهر الأدلة اعتبار المماثلة العرفية، ومع عدمها يرجع إلى العرف، والنصوص الخاصة وردت فيما هو قيمى غالباً، فراجع.

٢- بقوله تعالى: ﴿فَمَنْ عَتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا عَتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾^(١)، بتقريب أنّ المراد بها مقدار الاعتداء، فمعنى ﴿بِمِثْلِ مَا عَتَدَىٰ﴾ أي مقداره مالياً، وهو يدل على أنّ المعتبر القيمة.

ونوقش فيه بما تقدم من كون الآية ظاهرة في المثل أيضاً، فراجع.

٥- القرعة

واستدل للقرعة بعموم أدلة القرعة.

ونوقش فيه:

أولاً: إنه لا حاجة إليها مع تعيين أحد الأمرين بما تقدم، أو مع إمكان تراضيهما بأحد الأمرين، إما عفواً أو قسراً من الحاكم كما يأتي.

وثانياً: لا عموم سالماً في أدلتها، فتأمل.

وثالثاً: إنها إنما تختص بالشبهة الموضوعية لا الحكمية، فتدبر.

٦- الصلح الإجباري

ويعني الصلح الإجباري أنّ على الحاكم أن يجبرهما على التراضي بالمثل أو القيمة. استدل له بأنّ الشبهة حيث كانت من موارد الشك بين المتباينين، ولا أصل هنا، ولا يمكن الاحتياط حيث إنّ الضامن وإن أمكنه أن يعطي المثل والقيمة معاً إلا أن المالك لا يجوز له أن يأخذ أكثر من حقه، فيرجع إلى الصلح القهري. وهذا القول هو المرجع لو لم يثبت ما تقدّم، وإلا فهو مردود بإمكان شيء آخر غيره.

(١) سورة البقرة، آية: ١٩٤.

دال: هل تعتبر قيمة المثلي أم لا؟

وهنا ثلاث جهات للبحث:

الأولى: فيما إذا ارتفعت قيمة المثلي سوقياً.

الثانية: فيما إذا ارتفعت اعتباطاً، كأن لم يكن المثل إلا عند من لا يرضى ببيعه إلا بقيمة عالية.

الثالثة: فيما إذا سقط المثل عن القيمة بتاتاً.

الأولى: ارتفاع القيمة السوقية

قال الشيخ مَدَنِي: «كثرة الثمن إن كانت لزيادة القيمة السوقية للمثل، بأن صارت قيمته أضعاف قيمة التالف يوم تلفه، فالظاهر أنه لا إشكال في وجوب الشراء، ولا خلاف كما صرح به في الخلاف»^(١).

واستدل له بوجهين:

- ١ - بعموم النصّ والفتوى بلزوم المثل.
- ٢ - فبحوى ما في سقوط المثل عن القيمة من الفتوى تبعاً للنص بكفاية دفع المثل، فإنه يدل على كون المعتبر في المثل إنما هو خصوص الشخصات والمميزات الخارجية وليست مآليتها.

وفيهما نظر ومناقشة:

أما أولاً: فلعدم عموم في النص الدال على لزوم المثل، حيث إنه سبق عليك عدم سلامة نص صريح دال على لزوم المثل، وإنما توجد عندنا كلمات الأداء والردّ، وهي - على فهم العرف بأن الأداء يصدق على المثل في المثلي والقيمة في القيمي - دالة على لزوم المثل. والعرف يتوقف في مثل المقام الذي ترتفع فيه قيمة المثل وتصير أضعاف قيمته يوم التلف، وقد يكون السرف في ذلك أن المثل التالف

(١) كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٢٢٢.

يُحسب بما كان له من الخصوصيات الخارجية والداخلية. فجنسه ونوعه معتبران مثل اعتبار ماليته، وقيمته، وزمانه، ومكانه. ولا وجه لجعل الخصوصيات الداخلية وحدها معتبرة في المثلية. ويدل على ذلك أن العرف يرى اختلافاً كبيراً بين الثلج في الشتاء والثلج في الصيف، أو الماء في القفر والحر والماء على الشاطئ في البرد. ومن هنا يأتي الإشكال في الدليل الثاني، حيث إننا نناقش فيما إذا سقطت قيمة المثل رأساً، ونقول بأن الواجب حينئذٍ ماليته وقيمته لا المثل الساقط من القيمة.

وأما ثانياً: فلأن الإجماع أو عدم الخلاف إنما هو في الغصب، ولا يُعلم بسرأيته إلى المقام لعدم حجية الإجماع التقديري، خصوصاً في مثل المقام الذي يحتمل قوياً استناد المجمعين على القواعد العامة لا على النصوص الخاصة. ومن هنا قد يقوى في المقام تفصيلٌ هو: أن زيادة القيمة قسماً، فقد تكون بحيث يرى العرف أن هذا غير ذلك رأساً، فلا يجب إلّا قيمته لعدم المثلية المعتبرة عند العرف، وقد تكون بحيث يبقى نظر العرف إليه كمثل للتالف وإن زادت قيمته قليلاً فيجب دفعه.

الثانية: ارتفاع القيمة اعتباراً

وفي هذا الفرع اختلف الفقهاء إلى ثلاثة أقوال:

- ١ - وجوب الشراء مطلقاً.
- ٢ - القيمة مطلقاً.
- ٣ - التفصيل بين علم الآخذ بالفساد فيجب، وجهله فلا يجب.

١ - استدلال للقول بالوجوب

ألف: بإطلاق النص والفتوى بوجوب دفع المثلي في المثل. وما لم يصدق التعذر الراجع للتكليف عرفاً لا وجه لتبديل الحكم، إذ الموضوع نفس الموضوع.

وفيه ما تقدّم من عدم وجود إطلاق في النص، ولا حجية لكل فتوى.

باء: بفحوى ما تقدّم من صحيحة معاوية بن سعيد في الدراهم المقترضة

والساقطة، حيث حكم الإمام عليه السلام بلزوم مثلها ولو كانت قد سقطت من الاعتبار^(١)، وذلك بتقريب: أنه يُعرف من هذه الرواية كون المعتبر المثل بما له من الخصوصيات. وليست المالية ملحوظة فيه. ولذلك يجب المثل مطلقاً، فيستدل به على المقام باتّحاد الملاك.

ونوقش فيه بما سيأتي إن شاء الله المناقشة في دلالة الرواية، وأنها إنما تشمل المقام الذي لم تذهب مماثلة الموجود للتالف عرفاً.

٢ - استدلال للقول بعدم الوجوب

أولاً: بأنّه وإن سُلّم إطلاق النص بلزوم المثل، إلّا أن حديث لا ضرر حاكم على هذا الإطلاق.

وقد نوقش في الحديث المزبور بوجوه:

ألف: إن من الموارد التي لا حكومة لدليل الضرر فيه هو الحكم الذي وضع ضرراً في أصل الشرع مثل: الجهاد والخمس والزكاة. والمورد منه حيث إن الضرر موجود في كل مورد وجب الضمان فيه، أي في كل مورد شمله حديث اليد.

وأجيب عنه بأن ما يقابل العين ليس مشمولاً لحديث الضرر، وما زاد هو المشمول له فقط، حيث إنه أقدم على ما يقابل القيمة الواقعية. فليس حديث اليد ممّا يعارض في جميع موارد، بل في مثل هذا المورد فقط.

باء: إن حديث نفي الضرر إنما جاء منّة على جميع العباد، ولذا لا يمكن إجراؤه هنا حيث إنه، وإن كان منّة على الدافع، إلّا أنه يُسبّب ضرراً على المالك حيث يمنعه عن المطالبة بماله وبحقه الذي هو المثل.

وأجيب عنه بأن كون حقه في المقام المثل أول الكلام. ونوقش فيه أنه يجب -في مثل هذه الموارد- أن نفرض الواقعة بدون حديث الضرر، لنرى أن حديث

(١) الاستبصار، ج ٣، ص ٩٩.

الضرر ماذا يعمل من خير وشر، وفي المقام نرى حديث الضرر هو الذي يجعلنا نشك في استحقاق المالك حقه الذي هو المثل، ولولاه لكان المالك مستحقاً له. ولذا فإن الحديث هو الذي سبب ضرراً على المالك ومنعه عن مطالبة حقه، فلولا الحديث لكان حقه المثل.

جيم: إن حديث الضرر إنما يقول: لا حكم ضرري في الدين. أي الحكم الذي يسبب بنفسه الضرر على الإنسان، لا ما يسببه مقدماته ولوازمه. فإذا فرضنا أن الطهارة لا تسبب ضرراً ولكن الضرر في التفتيش عن الماء الذي هو مقدمة الطهارة، فإننا لا نقول بعدم وجوب التفتيش لأنه مقدمة الواجب وليس هو الواجب. والمورد منه، حيث إن الحكم هو إبراء الذمة، ودفع المثل مقدمته.

وأُجيب عنه بأنه لا فرق بين المقدمة الضررية والحكم الضرري في أنهما منفيان بعموم حديث لا ضرر.

دال: إن المشتري أقدم على الضرر، وكل من أقدم على الضرر تضرر ولم يشمل حديث الضرر. كما أن سمرة بن جندب أقدم عليه، وأمر النبي ﷺ بقطع نخلته.

وأُجيب عنه بوجوه:

١ - إنه إنما يأتي هذا الكلام فيما لو علم المشتري بفساد المعاملة، فيتجه التفصيل بين علمه أو جهله.

ونوقش فيه بأن علم المشتري بالفساد ليس إقداماً على ضمان أكثر من المثل المعتاد، مع أنه إنما أقدم على أن يكون مالكا للمبيع ودافعاً للثمن الذي يكون مساوياً له لا مطلقاً. كما أن علم البائع بفساد المعاملة لا يكون إقداماً منه على إسقاط الضمان.

٢ - الإقدام على الضرر متوقف على الحكم بدفع المثل، ولا يمكن توقف هذا الحكم على الإقدام.

ونوقش فيه بأن الإقدام لا يتوقف على الثبوت وإنما يتوقف على العلم به،
والنتيجة واحدة.

٣- إن الإقدام على الضرر لا يكون مسقطاً لحكمه إلا مع جعل نفي الضرر
خلاف الامتنان أو غير موافق للامتنان وليس المقام منه.

ثانياً: واستدل للقول بعدم الوجوب أيضاً بأن وجوب رد المثل إنما هو فيما
لو كان المثل كثيراً مبذولاً، وإلا فهو قيمي. ولا فرق في ذلك بين كون عزة الوجود
بدوية أو طارئة. فكون الشيء مثلياً في زمان لا يُوجب كونه كذلك إلى الأبد.

ونوقش فيه بما تقدّم من أن الاعتبار في المثلي والقيمي هو النظر العرفي في
ذلك. ولا شك في أن العرف إنما يرى الفرد الخاص في ذلك ولا ينظر إلى النوع
أو الجنس، فمع وجود مماثل للتالف في الخارج يحكم العرف - بحسب ما يظهر
من الأدلة - أنه يجب أدائه، لأنه أقرب إلى ما في الذمة، فيجب الفرد الموجود، لأنه
ليس بمتعذر.

نعم، ما تقدّم في ارتفاع القيمة السوقية آتٍ هنا بتقرير: أن العرف لا يرى
مثل هذا الشيء المرتفع قيمته أضعاف التالف أنه مثل التالف، لأنه يلاحظ المالية
فيما يلاحظه من نوع وصنف. نعم، لو كان ارتفاع القيمة شيئاً ضئيلاً - ولو كان عن
اعتباط - وجب شراؤه لأنه مثله العرفي في الصنف والمالية.

٣- استدلال للقول بالتفصيل بين العلم والجهل

بأن المشتري قادم على إضرار نفسه، وقد سبق جوابه أولاً: بعدم الإقدام،
وثانياً: بعدم تبدل الحكم بالإقدام.

الثالثة: سقوط المثل عن القيمة

اختلف الفقهاء فيما إذا سقط المثل عن القيمة على قولين: كفاية أدائه،
والانتقال إلى القيمة.

١ - كفاية الأداء

استدل له بوجهين:

الاول: ان المستفاد من الأدلة لزوم رد المثل في المثلي وهذا مثله. أما لزوم رد ماليتها، فحيث إن المالية إنما هي منتزعة من رغبة الناس أو اعتبارهم فهي غير مضمونة، لأن حديث «عَلَى الْيَدِ...» لا يقتضي أكثر من أن ما استولت عليه اليد يجب رده بما له من الخصوصيات الوجودية، ككونه من الصنف نفسه ونحو ذلك. أما ماليتها التي كانت عليه حين الأخذ فليس هناك دليل على لزوم ردها، لأنها إنما تأتي من الخارج لا من العين نفسها بل من اعتبار الناس ورغبتهم.

ونوقش فيه بالآتي:

أولاً: إن المالية شيء حادث من العين نفسها، فكثرة استفادة الناس من العين الخاص مناط ماليتها، فيجب أداؤها فيما يجب أداؤها من خصوصيات المبيع.

وثانياً: إن أدلة المقام لا تتجاوز عن دليل الرد والأداء، ولا يرى العرف دفع المثل الساقط عن القيمة ردّاً، كما لا يعتبره مثلاً للتالف. هذا مع أن العرف يرى إعطاء الساقط عن القيمة لغواً وتافهاً، كما يرى وجوبه غير ضروري بل لغواً.

الثاني: ما تقدّم من صحيح معاوية بن سعيد «عَنْ رَجُلٍ اسْتَقْرَضَ دَرَاهِمَ مِنْ رَجُلٍ، فَسَقَطَتْ تِلْكَ الدَّرَاهِمُ أَوْ تَغَيَّرَتْ، وَلَا يُبَاعُ بِهَا شَيْءٌ، لِصَاحِبِ الدَّرَاهِمِ الدَّرَاهِمُ الْأُولَى، أَوِ الْجَائِزَةُ الَّتِي تَجُوزُ بَيْنَ النَّاسِ؟ فَقَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ: لِصَاحِبِ الدَّرَاهِمِ الدَّرَاهِمُ الْأُولَى»^(١).

ونوقش فيه أنه مع احتمال أن يكون المراد به مع وجود الدراهم الأولى وإن كان بعيداً، مع ذلك إن الدراهم الساقطة لم تكن تسقط عن القيمة تماماً، وإنما كانت تقل قيمتها، لأن المدار في الزمن القديم لم يكن اعتبار المعبر فقط، بل كان أهم

(١) الاستبصار، ج ٣، ص ٩٩.

قياس لدى الناس في النقود جودة ورداءة النقد في ذهبه وفضته، وكثرته وقلته. ولربما كان النقد القديم يسقط لقلّة مقداره، بسبب كثرة إمرار الأيدي عليه. فإن كان الحكم غير ما قاله الإمام عليه السلام فلربما كان إجحافاً بالنسبة إلى المقترض حيث أخذ شيئاً قليل المقدار، ووجب عليه دفع شيء كثير المقدار. ولربما كان ذلك رباً محرماً، فالرواية وما بمعناها من حديث آخر أجنبيّة عن المقام.

٢ - الانتقال إلى القيمة

واستدل للقول بالانقلاب إلى القيمة بوجوه:

الوجه الأول: إنّ للزمان والمكان دخلاً في العين، بحيث إنّ العرف يرى اختلافاً كبيراً بين العين في هذا الزمان أو المكان، وبين العين في ذاك الزمان أو المكان. ألا ترى أن الماء على الشاطئ يختلف كثيراً عن الماء في القفر؟ بل هما شيئان عند العرف مختلفان. وأنّ الثلج في الصيف شيء وفي الشتاء شيء آخر؟ كما أن الاعتبار مؤثر في الشيء تأثيراً كبيراً. فالدينار العراقي قبل الانقلاب العسكري كان يساوي مائة رغيف مثلاً بينما أضحى بعد الانقلاب وبعد سقوطه عن الاعتبار يساوي عشرة أرغفة. أف يكون ردّ المثل وأداؤه رداً وأداء للتالف؟ كلا، فيجب دفع القيمة.

واجيب عنه:

أولاً: إنه يستلزم وجوب تدارك المالية مع سقوط العين عن المالية أيضاً. ونقول: نعم، من الممكن أن نلتزم بذلك، فإن من يغصب ماء أحد في مفازة الحجاز - مثلاً - ثم يعطيه على بحر جدة لا يكون مؤدياً عرفاً، فتأمل.

مع أنه فُرق بين العين والمثل بأن العين يجب ردّها بنفسها، أما المثل الساقط من المالية فلا يجب رده، **أولاً:** لعدم تعلّق حق الغريم به لعدم ماليته والملكية لا تنتقل. **وثانياً:** لعدم صدق المثل به عرفاً، مع أن منتهى ما يستفاد من الأدلة أنّ المثل الذي يُعتبر عند العرف مثلاً يجب اداؤه.

إن قال قائل: إن دليل الرد بالنسبة إلى العين والمثل واحد، فالحديث المعتمد عليه في المقام انما هو حديث «عَلَى الْيَدِ»، ولفظة «حَتَّى تُؤَدِّيَ» هي التي تُثبت لزوم ردّ المثل والعين في عرض واحد، فكيف الفرق؟، وما هو؟. لأجبنا: إن استفادة لزوم ردّ المثل ليس من كلمة «حَتَّى تُؤَدِّيَ» وانما هي من كلمة «عَلَى الْيَدِ» التي معناها أن صاحب اليد ضامن، ونحن نعلم أن الإنسان يجب عليه إبراء ذمته، وقد سبق أن كلمة تُؤَدِّي تحديد للوقت الذي يُمكن أن يضمن فيه الإنسان، فيكون معنى الحديث مجموعاً: إن صاحب اليد متعهّد لما تأخذه يده، [ومعنى المتعهّد أنه إن تلف الشيء في يده يجب عليه أداء مثله أو قيمته] حتى يُؤَدِّي العين، وبمجرد أداء العين ينتهي التعهّد.

وثانياً: انه يستلزم تدارك نقصان القيمة أيضاً مع أنهم غير ملتزمين به. ولكن تقدّم الفرق بين أن تنقص قيمة المثل قليلاً أو كثيراً، فإن كان قليلاً بحيث يكون المثل عرفاً مثلاً للتالف بحيث يكون أدائه أداءً في العرف، كفى لصدق الأداء. وإلا لم يكفٍ لعدم صدق الأداء، والمقام مثل ذلك فحيث لا يصدق الأداء لا يكفي.

وثالثاً: إن الزمان والمكان ليسا دخيلين في المالية، بل الرغبة أو الاعتبار هي مناط المالية.

ونوقش فيه بأن الزمان والمكان دخيلان في الاستفادة من العين التي تكون مناطاً للقيمة كما سبق.

الوجه الثاني: إن حديث لا ضرر نافٍ لتضرّر المالك، وعدم تدارك مالية التالف له. فإذا فرض مثلاً: أن رجلاً جاء وغصب من زيد ألف قالب من الثلج في القيط اللافح، ثم جاء بألف قالب منه ودفعه إليه في الشتاء القارّ، وقلنا: كفى بذلك أداءً، ألا يكون الموضوع من موارد لا ضرر عرفاً؟ وليس ذلك لجهة أن حديث لا ضرر مثبت لتكليف حتى يقال: إنه لا يُثبت وجوب تدارك الضرر الموجود، بل من جهة أن لا ضرر ينفي تضرّر المالك بفعل الغاصب أو الآخذ بدون حق. وهذا التضرّر حيث كان منفياً في الشرع فمعناه تداركه حتى لا يبقى الضرر على حاله.

ونوقش فيه بما هذا نصه: إنه لو كان مفاد الحديث ما اختاره بعض معاصري الشيخ الأعظم رحمته، وهو نفى الضرر غير المتدارك، ثم ما ذكر، فإن لازمه ثبوت التدارك في موارد الضرر بالأمر به في الشريعة المقدسة، وإن كان ثبوت ضمان الآخذ على هذا الوجه أيضاً لا يخلو من إشكال، فإن غاية ما يقتضيه هذا المسلك لزوم التدارك، أما كون المتدارك هو الآخذ فلا يدل عليه، فليكن التدارك من بيت المال. ولكن قد حققنا في محلّه ضعف المبنى، وأن الحديث إنما ينفي الأحكام الضررية ولا يثبت به حكم، فلا يثبت به الضمان في المقام^(١).

وفيه تأمل يظهر ممّا ذكر وجهاً للضرر هاهنا، مع إمكان أن يقال: إن حكم الشرع بالمثل في المقام دون القيمة يُوجب الضرر على المالك، كما يُوجب إضاعة حقه، فتدبر.

الوجه الثالث: إنّ المالية الموجودة في العين مضمونة بدليل «على اليد»، وأنه يجب قيمة التالف إذا كان قيمياً. فلو لا ضمان المالية لما صحّ الحكم بضمان القيمة، وهذا الضمان لا يمكن الإبراء عنه إلّا بأداء المالية في المقام. وهذا أيضاً هو الفارق بين العين ومثلها، حيث إن العين مملوكة للمالك الأول ويجب على الآخذ دفع ملكيتها، ولا يمكن إلّا بعد دفعها، ولذا لو فرض أن الغاصب خاط ثوبه بالخيوط المغصوبة، وعلم أن انتزاعها موجب لتلفها، وجب عليه دفع قيمة الخيوط، لأنه أتلف ماليته بالخيطة، ووجب نزع الخيوط مع طلب المالك لأنها مملوكة له. ففي العين ملكية ومالية وليس في البدل إلّا المالية. ولا يمكن ردّ هذا الوجه بكون دليل دفع العين ودفع البدل واحد، فكيف الفرق؟ لما تقدّم من أن أول حديث «على اليد» متكفل لبيان دفع البدل، حيث يثبت على اليد الضمان، وآخره متكفل ببيان دفع العين بجعل تؤدي غاية للضمان. كما لا يمكن رده بان أدلة الضمان إنما تدل على وجوب ردّ العين مع وجودها والمثل بعد تلفها إن كان مثلياً، وأن المماثلة المعتبرة هي المماثلة في الحقيقة لا في الاعتبار الخارجية، وذلك بما تقدّم من عدم دلالة أدلة الضمان على أكثر من أداء ما يبرئ الذمة عرفاً، فراجع.

(١) فقه الصادق، ج ١٦، ص ٤١٦.

هاء: في تعذر المثل في المثلي

وفيه بحوث سبعة:

الأول: في أنه ينقلب إلى القيمة.

الثاني: في مقدار القيمة باعتبار اختلاف الأيام.

الثالث: في الفرق بين التعذر الطارئ والبدوي.

الرابع: في ميزان التعذر.

الخامس: في مقدار القيمة باختلاف الأزمنة من حيث الندرة والوفرة.

السادس: في مقدار القيمة باعتبار اختلاف الامكنة.

السابع: في تجدد التمكّن من الدفع.

البحث الأول: الانقلاب إلى القيمة

هل ينقلب المثل المتعذر إلى القيمة؟. حكم بعضهم بالانقلاب، بل في الجواهر - في كتاب الغصب بعد ذكر المصنف^(١) الحكم المتقدم -: بلا خلاف أجده فيه، بل قيل: إنه إجماعي^(٢). ولكنه استشكل في صورة عدم مطالبة المالك، ونقل عن التذكرة والإيضاح عدم وجوب القبول على المالك^(٣). فالكلام يقع في أمرين: حق المالك في المطالبة بالقيمة، وحق الضامن في جبره بالقيمة.

وقد استدل على الأمر الأول بوجوه:

١ - إن فيه جمعاً بين حقين: حق المالك في المطالبة بالمثل، وحق الضامن في عدم تمكنه من أدائه.

٢ - إن ما يضمنه الضامن ثلاثة أشياء: العين بما لها من شخصية، وبما لها من

(١) أي صاحب الشرائع، حيث يقول: «فإن تعذر المثل ضمن قيمته». جواهر الكلام، ج ٣٧، ص ٩٢.

(٢) جواهر الكلام، ج ٣٧، ص ٩٢.

(٣) جواهر الكلام، ج ٣٧، ص ٩٢.

نوعية، وبما لها من مالية. ومع تعذر الأولين لا وجه لعدم الثالث وهي القيمة.

٣- حديث لا ضرر الدال على نفي الحكم بعدم لزوم القيمة الذي هو ضرر على المالك.

٤- إن المضمون بأدلة الضمان في مثل المقام هي القيمة دون المثل، حيث إن الوجود في الأدلة ليس بأكثر من ثبوت العهدة. أما بأي شيء؟ أما كيف تبرأ؟ فليس لهما أثر في النصوص. فيرجع إلى الأدلة الأخرى من عرف واعتبار ونحوهما. ولا ريب في اقتضاءها في مثل المقام للقيمة، حيث إن المثلي المتعذر قيمى عندهم. ولعله إلى هذا يرجع استدلال الشيخ للمطلوب بقوله تعالى: ﴿فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾^(١) الذي هو من أدلة الضمان التي تقدمت^(٢).

٥- مضافاً إلى الإجماع في صورة المطالبة، كما يظهر من كلماتهم. وهذا الدليل أو الدليل المتقدم يجعل الفرد في غنى عن المناقشة فيما سبقه أو الرد على المناقشة فيها.

وقد استدل على الأمر الثاني

١- بما قال في الجواهر فيما إذا اختار المالك التأخير إلى وقت التمكن من المثل، واختار الضامن القيمة، قال: اللهم إلا أن يكون ذلك (أي التأخير) ضرراً على من عليه الحق، ولو باعتبار بقاء ذمته مشغولة، بناءً على أن مثله ضرر منفي أيضاً^(٣).

٢- بما قاله بعض المحققين من أن المثل إنما يجب في المثلي، أما في المتعذر فحيث إن العرف يراه قيمياً فلا تجب إلا القيمة. وبناءً على ذلك ليس حق المالك إلا القيمة، فلا حق له في المطالبة بالمثل وانتظاره له. ومن هنا يستشكل فيما حكي عن العلامة قده من قوله: إن المثل لا يسقط بالإعواز، ألا ترى أن المغصوب منه لو صبر إلى (زمان) وجدان المثل ملك المطالبة به، وإنما المصير إلى القيمة وقت

(١) سورة البقرة، آية: ١٩٤.

(٢) انظر: كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٢١٧-٢٢٦.

(٣) جواهر الكلام، ج ٣٧، ص ٩٤.

تغريمها^(١). وذلك بأن ثبوت المثل في المقام إمّا بالعرف أو الإجماع، وكلاهما مفقودان، فيرجع إلى البراءة، ويُؤخذ القدر المتيقن الذي هو القيمة.

هذا كله في صورة رجاء التمكن من المثل، وأما مع اليأس فلا ينبغي الإشكال في عدم ضمان المثل والرجوع إلى القيمة قطعاً.

البحث الثاني: في قيمة المثل باعتبار اختلاف الأيام

إذا فرض أن زيداً أخذ من عمره كتاباً قيمته يوم أخذه دينار واحد ثم ارتفع إلى دينار ونصف، ثم صار دينارين وتلف، ثم ارتقى إلى ثلاثة دنانير، ثم ارتفع إلى أربعة، ثم نزل إلى ثلاثة فأعوز مثله ونفدت نسخه، ثم ارتفع إلى خمسة دنانير، ثم نزل إلى أربعة دنانير ونصف (لطبعه بشكل آخر مثلاً) فطالب صاحبه بحقه. فالمشهور على أن على الضامن إعطاء أربعة دنانير ونصف لأنه قيمة الكتاب يوم المطالبة. وهناك احتمالات أخرى وهي كما يلي:

- ١- أقصى القيم من يوم الأخذ إلى يوم التلف - يعني دينارين في المثال - لأنه أقصى القيم بين الغصب والتلف.
- ٢- أقصى القيم من يوم التلف إلى يوم الإعواز يعني أربعة دنانير في المثال.
- ٣- أقصى القيم من يوم الأخذ إلى يوم الإعواز يعني أربعة دنانير في المثال أيضاً.
- ٤- أقصى القيم من يوم الأخذ إلى يوم الدفع يعني خمس دنانير في المثال.
- ٥- أقصى القيم من يوم الإعواز إلى يوم الدفع يعني خمسة دنانير في المثال.
- ٦- أقصى القيم من يوم الأخذ إلى يوم الدفع يعني خمسة دنانير في المثال.
- ٧- قيمة يوم التلف يعني دينارين في الفرض.
- ٨- قيمة يوم الدفع يعني أربعة دنانير ونصف في المثال.
- ٩- قيمة يوم الإعواز إن لم يوجد المثل في أي بلد من سائر البلاد، وإلا فقيمه يوم الحكم بالقيمة.

(١) تذكرة الفقهاء، العلامة الحلي، ج ٢، ص ٣٨٣.

فهذه الأقوال بالإضافة إلى القول المشهور تصير عشرة. ولكن قال في الجواهر، في كتاب الغصب، بعد ذكر القول المشهور: بلا خلاف أجده في شيء من ذلك بيننا، وإنما بعضها (أي بعض هذه الأقوال) وجوه، وبعضها أقوال للعامة. نعم، في الإيضاح أن الأصح ضمانه أقصى القيم من وقت الغصب إلى وقت دفع القيمة ولم نعرفه لغيره^(١).

ومبنى القول المشهور: أن الثابت في الذمة هو الكتاب، فإذا تعذر إعطاؤه في ساعة المطالبة وجبت قيمته، فقيمته ذلك الحين هي المعتبرة.

ومبنى أعلى القيم من حين الغصب إلى حين المطالبة هو أن الكتاب بما له من مالية مضمون في ذمة هذا، فمهما ارتفعت المالية ضمنها، ولا دليل على سقوط الضمان بتنزل المالية، فيجب أداء القيمة التي بلغت العين إليها في أثناء الضمان.

ونوقش فيه بما سيأتي من أن المضمون ليس المالية بل العين نفسها على ما هو ظاهر حديث (على اليد). حيث إن ظاهره كون ما أخذته اليد في ذمة الآخذ وفي عهده إلى الأداء، أداء العين أو أداء المتعهد في الذمة.

ومبنى سائر الأقوال:

فأما أقصى القيم في كل ما تقدّم، فمثل مبنى الإيضاح. غاية الأمر أن من قال بأن التلف يجعل المتعهد القيمة، يقول: أقصى القيم من يوم الأخذ إلى يوم التلف^(٢).

ومن قال بأن ضمان العين بعد التلف ينقلب إلى المثل يقول بأقصى القيم من

(١) جواهر الكلام، ج ٣٧، ص ٦٩.

(٢) لا يخفى أن هذا القول مبني على ضمان القيمة حتى في المثلي. أو فرض أن البحث في التعذر البدوي، أو أنه حيث كانت العين هي المضمونة في الذمة فلا علاقة للمثل بالمقام حيث إنه حتى مع وجوده ليس مضموناً إلا حين الأداء حيث يتفقان شرعاً وعرفاً على المثل. وإذا كانت العين هي المضمونة بماليتها لزم اعتبار أعلى القيم إلى حين تلفها. أما بعد تلفها فحيث لا شيء في الذمة إلا تلك العين التي كانت موجودة قبل التلف فلا اعتبار بقيمتها بعد التلف، فتأمل.

يوم التلف إلى الإعواز.

وَمَنْ قَالَ بأنه وإن كان كذلك إلا أن ارتفاع القيمة قبل التلف مضمون أيضاً، يعني أن العين إذا صارت قبل التلف عشرة دنانير، وإن نزلت بعد ذلك، وتلفت في حين كانت العين ديناراً واحداً، ولكن حيث كان لصاحب المال الحق في المطالبة وقت كان المال عشرة دنانير فإنها مضمونة عليه، فلذلك فهو يقول بأقصى القيم من وقت الأخذ إلى وقت الإعواز، حيث ينتقل إلى القيمة.

وَمَنْ قَالَ بأن المال حيث كان مضموناً بماليته، فكلما ارتفعت القيمة من وقت الضمان إلى وقت الدفع كان مضموناً، قال بأقصى القيم من وقت الضمان إلى وقت الأداء.

وَمَنْ قَالَ: نعم، ولكن ما دام المثل ممكناً لم ينتقل الضمان إلى القيمة. نعم، لو صار غير ممكن انتقل وحُسِبَ من وقت الإعواز إلى وقت الدفع مضموناً، قال بأقصى القيم من حين العوز إلى حين الأداء.

وَمَنْ قَالَ: إن يوم الأخذ هو وقت الضمان، أما يوم الانتقال إلى القيمة فهو يوم الإعواز، قال بأعلى القيم من يوم الأخذ إلى يوم الإعواز.

وأما مبنى مَنْ لا يقول بأعلى القيم، فهو إما قائل بيوم التلف باعتباره يوم الانتقال إلى القيمة، أو يوم الإعواز باعتباره يوم الانتقال إلى القيمة حيث إنه ما دام المثل موجوداً فلا وجه للانتقال، أو يوم المطالبة ولو كان يوم الدفع أعلى قيمةً، باعتبار أن بالمطالبة ينتقل إلى القيمة وإلا فهو مضمون بنفسه، أو بيوم الإعواز إن لم يوجد مثله في أي بلد، أما إذا وجد فحيث يحتمل إمكان الوصول إليه فذلك اليوم الذي يُحكم بالقيمة عند حاكم الشرع هو اليوم الذي ينتقل الضمان إلى القيمة لا قبله.

والقواعد التي تبني هذه الآراء عليها نظرياتها هي كما تلي:

١ - هل العين نفسها مضمونة حتى وقت الأداء، أم أنها بمجرد التلف تنقلب

إلى القيمة أو المثل؟ فإذا انقلب الضمان إلى المثل فلا شك في أن أول أزمته ضمانها هو يوم تلف العين، وآخر أزمته ضمانها يوم إعواز المثل، فيكون المثل مثل العين تماماً، ويأتي فيه ما يأتي في العين القيمة من الاختلاف في أن أول وقت ضمانها هو المعتبر، أو آخره، أو أعلى ما بينهما حيث إن التكليف كله ينقلب إلى المثل كأنه هو المأخوذ وكأنه هو العين.

وأما إذا ظلت العين مضمونة وثابتة في الذمة، وكان لدى إعواز المثل قيمياً، فيأتي فيه ما يأتي في سائر القيميات.

٢- في القيميات هل المعتبر أعلى قيمة مدة الضمان أم لا؟ فإن كان الأعلى معتبراً قلنا بأن المثل إن صار هو المكلف به يكون كالعين في هذه الجهة أيضاً. فأعلى القيم معتبر في المثل، غاية الأمر حيث إن أول أوقات ضمانه هو حين تلف العين وآخره إعوازه كان المعتبر أعلى القيم من حين التلف إلى الإعواز أو حتى الأداء كالعين.

ويمكن أن تأتي زيادة شرح وتنقيب في المسألة في العين القيمة.

البحث الثالث: الفرق بين التعذر الطارئ والبدوي

ذكر بعضهم أنه لو كان تعذر المثل في المثلي بدوياً لكان الانقلاب إلى القيمة قطعياً، وأن هذه البحوث إنما تتناول التعذر الطارئ. والبحث في هذا القول يقع في جهات ثلاث:

الأولى: إذا قلنا بأن تعذر المثلي الطارئ لا يسقط حق المالك منه، بل له أن ينتظر إن لم يكن ذلك ضرراً على الغريم، ففي التعذر البدوي ماذا ينبغي أن نقول؟ مقتضى بعض أدلتهم في المثلي وأنه ما كان له مماثل موجود فعلاً لا شأناً، مقتضاه سقوط حق المالك، إذ يصير التالف قيمياً لعدم مماثل له حين التلف. كما أن مقتضى قولهم: إن الأدلة التي أثبتنا بها وجوب المثل قاصرة عن شمول المثل المتعذر بدوياً، بل إنما تشمل ما لو كان للتالف مثل فعلي، فمقتضاه سقوط حق المالك أيضاً، إذ

لا حقَّ له في القيمي بمطالبة المثل. ولكن المبني ضعيف، إذ لا فرق في المثلي بين وجود المثل وعدمه، إذ كما سبق أن المثلي هو الذي يحكم العرف فيه بلزوم أداء عين مماثل، ولا ينظر العرف إلى أن ذلك المماثل موجود أو مفقود لا يُرجى التمكن منه ولو بعد حين. وأما دعوى عدم شمول الأدلة فغير مسموعة، إذ إن أقوى الأدلة في المقام هو العرف وهو موجود. أي إن العرف يستفيد من الأمر بأداء المثلي إعطاء مماثله، وهو لا فرق عنده بين المتعذر وعدمه.

الثانية: إن قلنا في التعذر الطارئ بالانقلاب إلى القيمة، فلا بد في التعذر البدوي أن نقول به أيضاً، إذ هو أولى كما لا يخفى.

الثالثة: إن لم نقل في التعذر الطارئ بالانقلاب فلا وجه له في البدوي، إذ إن قلنا بأن التعذر رافع للحكم الفعلي بلزوم الأداء فهو مشترك فيهما معاً. وإن قيل بأن التعذر رافع للضمان في البدوي بتقريب ما تقدّم من أن المثلي هو الذي له مماثل فعلي، فنقول: لا فرق في رفع الضمان مع التعذر بينه وبين الطارئ، إذ إنه إذا كان المثلي هو ما يوجد له مماثل، فحين الأداء لا مماثل لهما، إذ المفروض تعذر المثل حين الأداء. وإن كان المثلي ما يُرجى له مثل وإن كان الآن متعذراً، فكل من الطارئ والبدوي كذلك. ودعوى أن المعتبر في المثلي وجود المماثل لدى التلف، أما بعده فلا، واضحة الفساد، إذ لا وجه لهذا الاعتبار إلا أن العرف يرى ما كان له مماثلاً مثلياً، ولا ريب في أن العرف يعتبر -على فرض هذا الاعتبار- حين الأداء لا وقت التلف.

فتلخص أنه لا وجه للفرق بين المثلي المتعذر أبداً، طارئاً أو بدواً.

البحث الرابع: ميزان التعذر

ما هو المراد بالإعواز أو التعذر؟ فيه آراء مختلفة نشير إلى أبرزها:

قال في الجواهر: وفي التذكرة المراد بالفقدان ألا يوجد في ذلك البلد وما حوالیه. وزاد في المسالك: ممّا ينقل إليه عادة، كما بين في انقطاع المسلم فيه.

ونحوه عن الكفاية، ومرجعه إلى ما عن جامع المقاصد من أن المرجع فيه إلى العرف^(١).

أقول: الظاهر أن مراد العلامة والشهيد والمحقق الثاني واحد كما أشار إليه في الجواهر، إذ لا معنى لاشتراط البلد ونحوه إلا لجهة بيان مصداق التعذر والإعواز عرفاً. وإلا لا يقال للعنبر والبهارات التي كانت يُؤتى بها من أقصى بلاد الهند إنها متعذرة بصرف بُعد البلد، أو إذا أُتي بها اتفاقاً، أو كان الإتيان بها ميسوراً، أنه متعذر. وقد استدل على اعتبار العرف بوجهين:

الأول: إن حكم الضمان في المقام وفي انقطاع المسلم فيه (وعدم وجوده) واحد. وقد ورد النص هناك بلفظ عدم الوجدان، فليكن المعيار هنا كذلك. فما يراه العرف أنه عدم الوجدان يكون هو المعتبر عند الشك لأنه منصوص في الخبر هناك، كما في صحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام، قال: «قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ عليه السلام: مَنْ اشْتَرَى طَعَاماً أَوْ عِلْفاً إِلَى أَجَلٍ، فَلَمْ يَجِدْ صَاحِبَهُ وَلَيْسَ شَرْطُهُ إِلَّا الْوَرَقُ، فَإِنْ قَالَ: خُذْ مِنِّي بِسَعْرِ الْيَوْمِ وَرِقاً، فَلَا يَأْخُذُ إِلَّا شَرْطُهُ، طَعَامُهُ أَوْ عِلْفُهُ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ شَرْطَهُ وَأَخَذَ وَرِقاً لَا مَحَالَةَ قَبْلَ أَنْ يَأْخُذَ شَرْطُهُ فَلَا يَأْخُذُ إِلَّا رَأْسَ مَالِهِ: ﴿لَا تَظْلُمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾»^(٢). وفي صحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام أنه «سُئِلَ عَنِ الرَّجُلِ يُسَلِّفُ فِي الْغَنَمِ ثُبَانٍ وَجُدْعَانٍ وَغَيْرِ ذَلِكَ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى؟. قَالَ عليه السلام: لَا بَأْسَ، إِنْ لَمْ يَقْدِرِ الَّذِي عَلَيْهِ الْغَنَمُ عَلَى جَمِيعِ الَّذِي عَلَيْهِ أَنْ يَأْخُذَ صَاحِبُ الْغَنَمِ نِصْفَهَا أَوْ ثُلُثَهَا، أَوْ ثُلُثَيْهَا وَيَأْخُذَ رَأْسَ مَالٍ مَا بَقِيَ مِنَ الْغَنَمِ دَرَاهِمَ...»^(٣). إلى غيرهما من الأحاديث.

الثاني: وجود لفظة الإعواز والتعذر في عبارات الفقهاء المجمعين على هذا الحكم، فلا بد من أخذ القدر المتيقن منهما وهو التعذر وتفسيره بسبب العرف.

(١) جواهر الكلام، ج ٣٧، ص ٩٦.
(٢) تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٢.
(٣) من لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص ٢٦٢.

وأُجيب عن الثاني بأن الإجماع ليس تعبدياً حتى ندور مدار معقده، وإنما هو مستمد من القواعد والأصول، فيجب الرجوع إليها. بالإضافة إلى أن كثيراً من الفقهاء قد عبّر بتعبير آخر، مثل فقدان وغيره.

وأما الوجه الأول: فإن منتهى الأمر الاستدلال به على مورد الذي لا يخلو من إشكال. أما تعديه إلى المقام فلا يصح لعدم معرفة وحدة الملاك كما هو واضح.

أما ما تقتضيه القواعد الفقهية فهو أن للمالك الانتظار إلى وقت إمكان المثل، ولكن ذلك مع رجائه وعدم تضرر الضامن بشغل ذمته - لو فرض في ذلك ضرر - لما تقدّم، ولما يُبين إن شاء الله في كتاب السلم في جواز انتظار المشتري مع انقطاع العين المسلم فيها إلى حين إمكانها، كما له إكراه الضامن بدفع القيمة مع وجود ما يعذر بسببه عقلاً، كفقد المثل أبداً أو شرعاً كوجوده في مكان يتعسر الوصول إليه. أما بدونه فيمكنه إجباره على المثل إلا مع إيجاب ذلك ضرراً على الضامن فيسقط وينقلب إلى القيمة كما تقدم وجهه في مسألة ارتفاع قيمة المثل الذي قال فيه صاحب الجواهر - بعد أن حكى عن التحرير قوله: ولو وُجد المثل بأكثر من ثمن المثل فالوجه وجوب الشراء - قال: وفيه أنه منافٍ لما دل على نفي الضرر والخرج في الدين، والخروج عنه في خصوص رد العين المغصوبة لا يقتضي الخروج عنه في مثلها^(١). وبالجمله فالمثل هو المكلف بدفعه إلى أن يدل دليل شرعي أو عقلي على عدمه من استحالة أو عسر أو ضرر. اللهم إلا أن يُقال: إن العرف لا يرى في المفقود بنظره سوى أن أداء القيمة هو الواجب وهو الذي يتحقق به الأداء المجعول مغياً للضمان في الحديث. فتأمل.

البحث الخامس: مقدار القيمة باختلاف الأزمنة

إذا فرضت للتالف قيم متفاوتة باعتبار اختلاف الأزمنة، لا من حيث ارتفاع القيمة السوقية (التي تقدّم أن المشهور كون المرجع قيمة يوم الأداء)، بل من حيث

(١) جواهر الكلام، ج ٣٧، ص ٩٧.

نُدرة الوجود وكثرته. مثل العنب (إذا فُرِض كونه مثلياً) يُباع في أوله كل كيلو بنصف دينار لقلته، وفي وسطه بخمسين فلساً لكثرته، وفي آخره بدينار لنُدرته مثلاً. أما الآن (حين الأداء) فلا وجود له. وهو على قسمين، فقد يكون له الآن قيمة فيُفرض وجوده ويُقدَّر بقيمته العادية لا الاضطرارية، فلا يُحسب في قيمة العنب الآن نظر صاحب المريض الذي يشتريه بأي قيمة كانت، أو مترف مبذّر، وإنما القيمة التي يرغب فيها سائر الناس على حسب ما تُقضى به حوائجهم. وأما إذا لم تكن للمثل أي قيمة حين الأداء كما إذا فُرِض كون التالف الثلج، واختلفت قيمته باعتبار أول الصيف ووسطه وآخره. فقد يقال: إن المعبر القيمة الدنيا مهما كانت، لأن بها كان يمكن شراء المثل. وقد يُقال باعتبار القيمة العليا لأن المالك لو طالب بالمثل حينه لاستحققه. وقد يُقال بالوسطى للعدل. وقد يُقال بالمعدل. وقد يُقال باعتبار أقل قيمة يفرض لها حين الأداء، وكأن الذي يساعده الدليل ضمان قيمة الثلج يوم أتلفه كما يأتي.

البحث السادس: مقدار القيمة باختلاف الأمكنة

إذا اختلفت قيم المثل باعتبار اختلاف الأمكنة، فالظاهر أن الاعتبار بقيمة البلد الذي يمكن للمالك المطالبة فيه. فإن قلنا بإمكان المطالبة أينما وجد الضامن قلنا بقيمة ذلك البلد، وإن قلنا باختصاص المطالبة ببلد الغصب أو التلف فقيمة المثل فيه. وسيأتي البحث فيه إن شاء الله تعالى.

البحث السابع: تجدد التمكّن بعد الدفع

لو دفع القيمة ثم تيسر المثل، فهل يجب عليه المثل أم لا؟. قال في الجواهر مُنْصَحٌ: لو تمكّن من المثل بعد ذلك لم يجب دفعه بلا خلاف أجده فيه بيننا^(١)، وذلك لأنه إن قلنا بأن المثل هو الذي يبقى في الذمة بعد تلف العين، وأن تعذره لا يُسقطه عن الذمة، فإن أداء القيمة إنما هو كأداء غير جنس الدين نوع من الوفاء وإبراء الذمة. وإن قلنا بأن تعذر المثل يجعل التالف قيميّاً، وأن ما في الذمة بعد تلف العين هو

(١) جواهر الكلام، ج ٣٧، ص ٩٦.

قيمته لدى تعدد المثل، فقد أدى ما عليه وتم الأمر. إلا أن يقال: إن التمكن من المثل كشف عن عدم كون التالف قيميًا، فيرجع بالقيمة (لكون أدائها إنما كان للضمان) ويجب المثل. وإن قلنا: إن الثابت في الذمة دائماً العين التالفة بذاتها، إلا أن المثل أو القيمة مسقطه لها، كان القول بعدم لزوم المثل أوضح، حيث إن القيمة المؤداة كانت مسقطه لما في الذمة. وعلى أي حال فالمسألة مما تكون قياساتها معها.

واو: ما هي القيمة المؤداة في القيمي؟

ولقد عرفت فيما سبق أحكام المثلي، وقبلها تعريف المثلي، وقد تقدم حكم الشك في المثلي والقيمي، كما قلنا آنفاً: إن القيمي لا يحتاج إلى تعريف بعد معلومية المثلي. وبذلك ظهر - كذلك - الوجه في عد مطلق الحيوان واللباس بل الفواكه من القيميات، بل إن كثيراً منها قيمي، لأن المرجع في المثلي العرف، فإن رأى أقرية المثل إلى التالف وجب، وإلا انقلب إلى القيمة التي هي المالية المعررة عن خصوصية. وقد سبق أن الضامن حيث أخذ من المالك العين ضمن أموراً ثلاثة: ماليتها، خصوصياتها النوعية، ميزاتها الشخصية. ومع إمكان الكل يجب، وهو في صورة وجود العين، ومع وجود الأولين يجب المثل وإلا يجب الأول وهي المالية، وقد جعل الناس لها شيئاً محسوساً هو النقد فيجب.

وقد استدل على لزوم القيمة، وأن وجوبها ليس لكونها بدلاً عن المثل بل عن العين، استدلالاً لها - مضافاً إلى ما تقدم من أن ذلك ظاهر أدلة الضمان - بجملة من الأحاديث:

١ - خبر السكوني عن الصادق عليه السلام أن أمير المؤمنين عليه السلام «سُئِلَ عَنْ سُفْرَةٍ وَجَدَتْ فِي الطَّرِيقِ مَطْرُوحَةً، كَثِيرَ لَحْمِهَا وَخُبْزُهَا وَيَبُضُّهَا وَجُبْنُهَا وَفِيهَا سِكِّينٌ؟ فَقَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ عليه السلام: يَقُومُ مَا فِيهَا ثُمَّ يُؤْكَلُ لِأَنَّهُ يَفْسُدُ وَلَيْسَ لَهُ بَقَاءٌ، فَإِنْ جَاءَ طَالِبُهَا غَرِمُوا لَهُ الثَّمَنَ»^(١).

٢- خبر عبد الله بن جعفر عن الكاظم عليه السلام في رجل أصاب شاة في الصحراء، وفيه: «فَكُلْهَا وَأَنْتَ ضَامِنٌ لَهَا، إِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا يَطْلُبُ ثَمَنَهَا أَنْ تَرُدَّهَا عَلَيْهِ»^(١).

٣- مرسل الصدوق قده عن الصادق عليه السلام في طعام وجد في مفازة، وفيه: «فَقَوِّمُهُ عَلَى نَفْسِكَ لِصَاحِبِهِ، ثُمَّ كُلْهُ، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهُ فَرَّدْ عَلَيْهِ الْقِيَمَةَ»^(٢).

٤- وقوله عليه السلام: «مَنْ أَعْتَقَ شَقِصًا مِنْ عَبْدٍ قَوْمَ عَلَيْهِ»^(٣).

وغير ذلك من الأخبار الآتية والمنتشرة في كثير من أبواب الفقه.

كل ذلك مضافاً إلى إجماع الفقهاء على ذلك في الجملة. بيد أن هناك خلافات كثيرة في ملحقات هذه المسألة يجب التعرُّض لها.

الملحق الأول: في اختلاف القيمة السوقية

ويجب أن نشير إلى أنه لو اختلفت قيمة المأخوذ بالعقد الفاسد (أو بالغصب) بسبب ازدياد في العين أو نقصان، وجب اعتبار أعلى القيم، فلو كان المأخوذ فرساً فهزل، وبسبب الهزال نقصت قيمته، وجب على الآخذ أن يُعطي قيمة الفرس الذي كان سميناً، لأنه كان قد استولى على ذلك المقدار من السمن، فمع ذهابه يضمّنه لعموم «عَلَى الْيَدِ». كما أنّه لو كان الفرس هزيباً فكانت قيمته عشرين ديناراً ثم سمن فصارت قيمته ثلاثين ديناراً ثم تلف، وجب أن يدفع ثلاثين ديناراً، لأن سمنه كان ملكاً لصاحبه، وكان بيد غير مستأمنة، فصدق على اليد هاهنا أنها أخذت هذا المقدار من الثمن من الفرس، فوجب عليه أدائه إلى المالك، ومع التلف يضمّنه.

أما لو اختلفت القيمة السوقية فكانت يوم الغصب ديناراً، ويوم التلف دينارين، ويوم الأداء ثلاثة، فأية واحدة من هذه القيم يجب أدائها؟.

(١) وسائل الشيعة (آل البيت عليهم السلام)، ج ٢٥، ص ٤٥٩.

(٢) من لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص ٢٩٧.

(٣) الخلاف، الشيخ الطوسي، ج ٣، ص ٣٩٦.

فيه خمسة أقوال:

- ١ - قيمة يوم الأخذ. نُسِبَ في الجواهر - عن المحقق في الشرائع والفاضل في التحرير - إلى أكثر الفقهاء، وعلّق عليه صاحب الجواهر قائلاً: مع أنه لم نعرفه لغير من عرفت^(١). أي ما حُكي سابقاً على ذلك عن المقنعة والمراسم وموضع من المبسوط والنهاية والنافع وكشف الرموز والإرشاد والتحرير^(٢).
 - ٢ - قيمة يوم التلف. نُسِبَ إلى الشيخين وأتباعهما^(٣) بل إلى الأكثر أيضاً^(٤).
 - ٣ - قيمة يوم الدفع والأداء.
 - ٤ - أعلى قيمة صارت له بين يومي الأخذ والدفع.
 - ٥ - أعلى القيم بين يومي الأخذ والتلف.
- وقد احتج لكلٍ بدليل.

دليل القول الأول: قيمة يوم الأخذ

استُدِلَّ بأنَّ يوم الغصب أو التسلم هو يوم الضمان، وذلك لأنَّ الذمة في ذلك الوقت تنشغل بالعين مع وجودها، وبالقيمة مع فقدانها، كما هو ظاهر حديث (على اليد). وبتوجيه آخر: إنَّ اللازم على الضامن بعد الاستيلاء على العين دفعها بما لها من الشخصات والمالية، فمع عدم الاستطاعة على دفع الشخصات يلزم عليه دفع المالية في ذلك الحين فقط.

وأُجيب عنه: إنَّ المضمون حين الأخذ ليس قيمة المأخوذ (أي العين) بل المأخوذ نفسه، فلا عبرة بقيمته حين الأخذ، إذ يجب أداء العين قبل تلفها لا قيمتها. مع أن مقتضى حديث (على اليد): إذا كان ضمان القيمة، أي المقدار من المالية التي وضعت عليها يد العدوان، فلا فرق بين الوضع الاستمراري والوضع الابتدائي،

(١) جواهر الكلام، ج ٣٧، ص ١٠٣.

(٢) جواهر الكلام، ج ٣٧، ص ١٠١.

(٣) فقه الصادق، ج ١٦، ص ٤٣١.

(٤) جواهر الكلام، ج ٣٧، ص ١٠٥.

أي كما يصدق على وضع اليد على المتاع في الساعة الأولى أن عليها ما أخذت، كذلك يصدق في الساعة الثانية والثالثة، وهكذا. فإن كان معنى الضمان ضمان المالية وجب القول بأن المضمون هو أعلى القيم، لأنها كلها مضمونة في أوقاتها. هذا بالإضافة إلى استلزام ذلك القول بأن العين لو كانت موجودة ولكن نقصت قيمتها بعد الأخذ، وجب مع أدائها أداء مقدار النقص، لأن القيمة كانت مضمونة حين الأخذ ولا وجه لرفعها، فتأمل.

٢- واستدل له أيضاً بصحيح أبي ولاد^(١) الوارد في الغصب والذي تعدي حكمه إلى سائر أبواب الضمان، ومنه المقبوض بالبيع الفاسد، لأحد وجهين:
الأول: الاتفاق الذي نُقِلَ عن الحلبي ثَبَّتَ في اتحاد حكم البيع والغصب^(٢).

واعترض عليه أولاً بعدم الثبوت، حيث نرى الاختلاف في آرائهم بين الموضوعين. وثانياً لو ثبت الاتفاق لم يُقدنا لكونه محتمل الاستناد.

وفيهما نظر، لأننا نرى أن المشهور في المسألتين واحد، وأن المخالف هناك مخالف هنا. وليس ذلك إلا لاتحاد حكم الضمان عندهم. ولذلك فإنه يُحكى قول أحدهم في باب بمجرد حكمه في الباب الآخر، كما تُحكى حججهم لباب على الرأي في الباب الآخر. وقد يكون ذلك كاشفاً عن وحدة نوعية الضمان فيهما، خصوصاً واحتمال الاستناد ليس دائماً، ممّا يسبب سقوط الإجماع عن الحجية حتى مع إفادته الاطمئنان، فتدبر.

الثاني: إن الحديث إذا أفاد ما استدل به له هاهنا من كفاية قيمة يوم الأخذ ولو ارتفعت بعد ذلك إلى حين التلف كفايتها في الغصب، فمن الأولى إفادته ذلك في

(١) سيأتي نص الحديث والكلام حوله بعد قليل.

(٢) انظر: كتاب المكاسب، ج ٣، ص ١٨٠، و: السرائر، ج ٢، ص ٢٨٥، قال فيه: «والبيع الفاسد عند المحصلين يجري مجرى الغصب في الضمان» وقال في ص ٣٢٨: «ومتى إبتاع بيعاً فاسداً فهلك المبيع في يده أو حدث فيه فساد، كان ضامناً لقيمتة ... فهو عند أصحابنا بمنزلة الشيء المغصوب».

البيع، لأن الغاصب ليس بأخف حملاً وأسهل حكماً من غيره قطعاً.

نعم، لو كان معنى الحديث لزوم أعلى القيم لحسن الاختصاص بالغاصب الذي يؤخذ بأشق الأحوال، ولكن ليس ذلك مناط الاستدلال به هاهنا.

والحديث كما يلي:

روى الكليني^(١) والشيخ^(٢) عن أبي ولاد الحنّاط أنه قال:

«اِكْتَرَيْتُ بَغْلًا إِلَى قَصْرِ ابْنِ هُبَيْرَةَ^(٣)، ذَاهِبًا وَجَائِيًا بِكَذَا وَكَذَا، وَخَرَجْتُ فِي طَلَبِ غَرِيمٍ لِي. فَلَمَّا صِرْتُ قُرْبَ قَنْطَرَةِ الْكُوفَةِ خُبِرْتُ أَنَّ صَاحِبِي تَوَجَّهَ إِلَى النَّيْلِ فَتَوَجَّهْتُ نَحْوَ النَّيْلِ^(٤)، فَلَمَّا أَتَيْتُ النَّيْلَ، خُبِرْتُ أَنَّهُ تَوَجَّهَ إِلَى بَغْدَادَ، فَاتَّبَعْتُهُ وَظَفَرْتُ بِهِ، وَفَرَعْتُ فِيمَا بَيْنِي وَبَيْنَهُ، وَرَجَعْتُ إِلَى الْكُوفَةِ، وَكَانَ ذَهَابِي وَمَجِيئِي خُمُسَةَ عَشَرَ يَوْمًا، وَأَخْبَرْتُ صَاحِبَ الْبَغْلِ بِعُذْرِي، وَأَرَدْتُ أَنْ أَتَحَلَّلَ مِنْهُ مِمَّا صَنَعْتُ وَأَرْضِيَهُ، فَبَذَلْتُ لَهُ خُمُسَةَ عَشَرَ دِرْهَمًا، فَأَبَى أَنْ يَقْبَلَ! فَمَرَضِينَا بِأَبِي حَنِيفَةَ، فَأَخْبَرْتُهُ بِالْقِصَّةِ، وَأَخْبَرَهُ الرَّجُلُ. فَقَالَ لِي: مَا صَنَعْتَ بِالْبَغْلِ؟ فَقُلْتُ: قَدْ رَجَعْتُهُ سَلِيمًا. قَالَ: نَعَمْ؛ بَعْدَ خُمُسَةَ عَشَرَ يَوْمًا؟ قَالَ: مَا تُرِيدُ مِنَ الرَّجُلِ؟ قَالَ: أُرِيدُ كِرَاءَ بَغْلِي فَقَدْ حَبَسَهُ عَلَيَّ خُمُسَةَ عَشَرَ يَوْمًا.

فَقَالَ: إِنِّي مَا أَرَى لَكَ حَقًّا، لِأَنَّهُ اِكْتَرَاهُ إِلَى قَصْرِ ابْنِ هُبَيْرَةَ، فَخَالَفَ وَرَكِبَهُ إِلَى النَّيْلِ، وَإِلَى بَغْدَادَ، فَضَمِنَ قِيَمَةَ الْبَغْلِ، وَسَقَطَ الْكِرَاءُ، فَلَمَّا رَدَّ الْبَغْلَ سَلِيمًا، وَقَبَضْتَهُ لَمْ يَلْزَمُهُ الْكِرَاءُ. قَالَ: فَخَرَجْنَا مِنْ عِنْدِهِ، وَجَعَلَ صَاحِبُ الْبَغْلِ يَسْتَرْجِعُ. فَرَحِمْتُهُ مِمَّا أَفْتَى بِهِ أَبُو حَنِيفَةَ، وَأَعْطَيْتُهُ شَيْئًا وَتَحَلَّلْتُ مِنْهُ.

وَحَجَجْتُ تِلْكَ السَّنَةَ، فَأَخْبَرْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام بِمَا أَفْتَى أَبُو حَنِيفَةَ. فَقَالَ عليه السلام: فِي مِثْلِ هَذَا الْقَضَاءِ وَشَبْهِهِ تَحْبِسُ السَّمَاءُ مَاءَهَا، وَتَمْنَعُ الْأَرْضُ بَرَكَاتِهَا.

(١) عن عدة من أصحابنا، عن أحمد بن محمد، عن ابن محبوب، عن أبي ولاد الحنّاط.

(٢) بإسناده عن أحمد بن محمد، عن ابن محبوب، عن أبي ولاد الحنّاط.

(٣) موضع قريب من الحائر الحسيني.

(٤) قرية بالكوفة بين واسط وبغداد.

قَالَ: فَقُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام، فَمَا تَرَى أَنْتَ؟!.

قَالَ عليه السلام: أَرَى لَهُ عَلَيْكَ مِثْلَ كِرَاءِ الْبُغْلِ، ذَاهِباً مِنَ الْكُوفَةِ إِلَى النَّيْلِ، وَمِثْلَ كِرَاءِ الْبُغْلِ مِنَ النَّيْلِ إِلَى بَغْدَادَ، وَمِثْلَ كِرَاءِ بُغْلٍ مِنْ بَغْدَادَ إِلَى الْكُوفَةِ، تُوفِّيهِ إِيَّاهُ.

قَالَ: قُلْتُ لَهُ جُعِلْتُ فِدَاكَ، فَقَدْ عَلَفْتُهُ بِدَرَاهِمٍ، فَلِي عَلَيْهِ عَلْفُهُ!.

قَالَ عليه السلام: لَا؛ لِأَنَّكَ غَاصِبٌ. فَقُلْتُ: أَرَأَيْتَ لَوْ عَطَبَ الْبُغْلُ، أَوْ نَفَقَ أَلْيَسَ كَانَ يَلْزَمُنِي؟! قَالَ عليه السلام: نَعَمْ؛ قِيمَةُ بُغْلٍ يَوْمَ خَالَفْتُهُ. قُلْتُ: فَإِنْ أَصَابَ الْبُغْلُ كَسْرٌ، أَوْ دَبْرٌ، أَوْ عَقْرٌ؟ قَالَ عليه السلام: عَلَيْكَ قِيمَةُ مَا بَيْنَ الصَّحَّةِ وَالْعَيْبِ يَوْمَ تَرُدُّهُ عَلَيْهِ.

قُلْتُ فَمَنْ يَعْرِفُ ذَلِكَ؟ قَالَ عليه السلام: أَنْتَ وَهُوَ، إِنَّمَا أَنْ يَخْلِفَ هُوَ عَلَى الْقِيمَةِ وَيَلْزَمَكَ، فَإِنْ رَدَّ الْيَمِينِ عَلَيْكَ فَخَلَفْتَ عَلَى الْقِيمَةِ لَزَمَهُ. أَوْ يَأْتِيَ صَاحِبُ الْبُغْلِ بِشُهُودٍ، يَشْهَدُونَ أَنَّ قِيمَةَ الْبُغْلِ حِينَ اكْتَرِيَ كَذَا وَكَذَا، فَيَلْزَمَكَ.

قُلْتُ: إِنِّي أَعْطَيْتُهُ دَرَاهِمَ وَرَضِي بِهَا وَحَلَّلَنِي! قَالَ عليه السلام: إِنَّمَا رَضِيَ وَأَحْلَكَ حِينَ قَضَى عَلَيْهِ أَبُو حَنِيفَةَ بِالظُّلْمِ وَالْجَوْرِ...»^(١).

ومواضع البحث في الحديث هاهنا ثلاثة:

الموضع الأول: يوم المخالفة

قوله عليه السلام: «نَعَمْ؛ قِيمَةُ بُغْلٍ يَوْمَ خَالَفْتُهُ». والافتراضات الموجودة فيه ثلاثة: أن يكون «يَوْمٌ» ظرفاً لـ «نَعَمْ»، أي يلزمك يوم المخالفة قيمة بغل. وأن يكون ظرفاً للقيمة، أي اللازم عليك قيمة يوم المخالفة من قيم البغل. (وعلى هذين التقديرين نقرأ لفظة البغل بالتثنية فنقول بغل) وأن يكون مضافاً إليه للبغل، أي: «قِيمَةُ بُغْلٍ يَوْمَ خَالَفْتُهُ»، (مثل قولنا: عبدٌ غلامٌ زيدٌ، بإضافة غلام إلى زيد، وإضافة عبد إلى غلام) وبإضافة قيمة إلى البغل، وإضافة البغل إلى اليوم، ونقرأ بغل في هذه المرة بالتخفيف، ولا يمكن أن نقول: إِنَّ «قِيمَةَ» يضاف إلى كل من «بُغْلٍ» و «يَوْمٍ» معاً

(١) الإستهبار، ج ٣، ص ١٣٤. والكافي، ج ٥، ص ٢٩٠.

ليكون المعنى قيمة بغل قيمة يوم المخالفة لعدم وجود ذلك في العربية.

والافتراض الأول (جعل «يَوْم» ظرفاً لـ «يلزمك» المفهوم من نعم) غير ظاهر من اللفظ، لجهتين:

أولاً: إنّ الظرف إنما هو للجملة الأخيرة كالضمير أو لها ولما قبلها معاً. فلو قلنا -مثلاً- قَتَلَ عَلِيٌّ عَلَيْهِ السَّلَامُ مرحباً وبويع يوم الغدير، لا يكون يوم الغدير ظرفاً لقتل مرحب فقط، بل هو إما لقتل مرحب وبيعة الغدير معاً أو للثاني فقط.

وثانياً: إنّ السائل كان عالماً بأن لزوم الدرك إنما هو على تقدير الهلاك والمخالفة، بل إنّ السؤال كله دائر حول موضوع المخالفة، فإذا كان معنى الفقرة أنه حين تخالف الشرط يلزمك القيمة، مع أنّ السؤال هو أنه هل يلزمني مع المخالفة القيمة كان «يَوْمَ خَالَفْتُهُ» بلا معنى، إلا أن تكون الذمة يوم المخالفة مشغولة بالقيمة حتى مع وجود العين فيكون المعتبر أيضاً قيمة يوم المخالفة.

وإذا بطل هذا الافتراض بقي الثاني والثالث، فإن كان الثاني كان اعتبار يوم المخالفة واضحاً. وإن كان الثالث كان المعنى كما حكى عن المحقق النائيني^(١)؛ أنّ المعتبر في التقويم يوم المخالفة، إذ إن بغل اليوم لا يختلف عن بغل الأمس والغد إلا من جهة اختلاف القيم، وحيث إن الحديث أضاف البغل إلى يوم المخالفة ظهر أن المعتبر قيمة ذلك اليوم، إذ الأعيان لا تختلف بالزمان، فزيد اليوم هو زيد الأمس والغد بلا فرق إلا في الاعتبار الخارجية التي منها القيمة.

وأجيب عن هذا؛ بأن إضافة البغل إلى يوم المخالفة كما يحتمل أن يكون لأجل اختلاف القيم -مجازاً في التعبير- يمكن أن يكون حقيقة من جهة اختلاف البغل نفسه سمناً وهزالاً وتعباً ونشاطاً. ففي يوم المخالفة لا يزال البغل محتفظاً بما له من سمن ونشاط، فقيمه أكثر ولكن بعد ذلك -خصوصاً بعد السير الحثيث قرابة خمسين فرسخاً- لا يبقى له إلا الهزال والتعب، ولا شك في أنه مع اختلاف البغل

(١) انظر: فقه الصادق، ج ١٦، ص ٤٤٠.

في الحالات يضمن الغاصب الحالة المثلثى كالسمن والنشاط. وهذا الاحتمال، وإن كان لا يُصار إليه في الحديث لعدم ظهوره فيه، ولكنه موجب لعدم ظهور الحديث في المعنى السابق أيضاً، فتأمل لكي تجد ظهور اللفظ في غير هذا.

الموضع الثاني: يوم الرد

قوله عَلَيْكَ: «عَلَيْكَ قِيمَةُ مَا بَيْنَ الصَّحَّةِ وَالْعَيْبِ يَوْمَ تَرُدُّهُ عَلَيْهِ». و «يَوْمَ» هاهنا يحتمل أن يكون ظرفاً لـ «عَلَيْكَ»، يعني: في الوقت الذي تردّ البغل على صاحبه يجب عليك أن تُعطي الأرش. وهذا تعبير عرفي مشتهر يُراد به وجوب إعطاء البغل مع التفاوت، أي حينما تُعطيه البغل أعطه الأرش، وليس فيه مجال الإشكال بأن التكليف الموجه إلى الغاصب بردّ الأرش لا يأتي في الوقت الذي يردّ البغل (المغصوب) بل من حين العيب، حتى يُجاب بأنه (بما أن التالف مع وجود العين وصف من أوصافها فلا يلاحظ بنفسه في العهدة، بل إنما تكون عهده بتبع عهدة العين، فإذا خرجت العين عن العهدة بأدائها لا عين في العهدة ليقال: إن صحيحها كذا، ومعيها كذا، وليس على الضامن إلاّ عهدة ما به يتفاوت صحيحها حال كونها في العهدة، فلا محالة يكون المعيار في هذا التالف قيمة يوم رد العين). كما ذكره بعض المحققين^(١). بل المقصود أن كان يوم ظرفاً لـ «عَلَيْكَ» بيان أنّ اللازم ضمانة العين والأرش وردّهما معاً إلى المغصوب منه.

ويحتمل أن يكون يوم ظرفاً للقيمة، يعني: يجب عليك قيمة المقدار المنتقص من البغل بسبب العيب، قيمته في اليوم الذي تردّ البغل على صاحبه، والضمير في (تردّه) ليس راجعاً إلى القيمة حتى يلزم تأنيته ولا إلى (ما بين) ويكون المقصود به الأرش حتى يقال: إن إعطاء الأرش لا يُسمى ردّاً، بل إلى البغل كما هو ظاهر السياق، إلاّ أنه يتوجّه عليه إشكال أورده الشيخ إذ قال: «لا قيداً - أي لا يكون يوم قيداً - للقيمة إذ لا عبرة في أرش العيب بيوم الردّ إجماعاً، لأنّ النقص الحادث

(١) المحقق السيد محمد صادق الروحاني، انظر: فقه الصادق، ج ١٦، ص ٤٤٢.

تابع في تعيين يوم قيمته لأصل العين»^(١). ويمكن أن يكون مراده أن القائل باعتبار يوم التلف في القيمة أو يوم الغصب لا يفرق عنده بين تلف المجموع أو تلف البعض الذي منه وصف الصحة ونحوه، ويمكن أن يكون مراده من الإجماع هو على عدم اعتبار يوم ردّ العين في ردّ الأرض، ولذا علّق المحقق الخراساني على المقام بقوله: «لا يخفى أن يوم ردّ العين، وإن كان ممّا لا عبرة به أصلاً، إلّا أن يوم ردّ الأرض به العبرة، ويكون على وفق القاعدة، ولا بد أن يُراد به هذا اليوم، وإنما عبّر به لاتّحادهما غالباً، وكون المتعارف ردّ الأرض يوم ردّ العين»^(٢). وعلّق بعضهم على الإجماع المزبور قائلاً: «يرد عليه أن المسألة خلافية، وقد عرفت أن مقتضى القواعد أن العبرة بيوم الردّ، وقد أفتى بذلك جمع»^(٣).

ويحتمل أن يكون «يَوْمٌ» ظرفاً للعيب، فيكون المعنى: عليك ملاحظة يوم الردّ في العيب لدفع الأرض، فإن كان العيب قد زال فليس عليك شيء، وإن كان قد كثر فعليك فرق ما بين العيب الكثير والصحة، وهكذا...

واستشكل على هذا الاحتمال بوجهين:

الأول: إنّ لفظ «العَيْبِ» لا يعمل في «يَوْمٌ»، حتى يكون «يَوْمٌ» ظرفاً له، لأن المراد منه المعنى الاسمي كالنقص لا المعنى الحداثي كالانتقاص وهو جامد.

وأجيب عنه بأنّ المعنى الاسمي الذي يختلف بالزمان يتعلّق به الظرف، مثل المرض، فيقال: مرض اليوم ومرض الغد.

الثاني: إنّ مقتضاه حيثئذٍ أنه إذا زال العيب لا يجب الأرض، وهو خلاف الفتوى عندهم، كما هو خلاف القاعدة، حيث إن الضمان قد تعلّق بذمة الغاصب، فبزوال العيب بنفسه لا دليل على سقوط الضمان.

(١) كتاب المكاسب، الشيخ الأنصاري، ج ٣، ص ٢٤٩.

(٢) حاشية المكاسب، المحقق الخراساني، ص ٤٢.

(٣) فقه الصادق، ج ١٦، ص ٤٤٢.

وأجيب عنه بعدم الفتوى وعدم اقتضاء القاعدة ذلك. قال السيد في تعليقه على المكاسب: «إنَّ الواجب ردَّ العين كما كانت، وهو متحقّق مع العود إلى الصحة، والظاهر أنَّ فتواهم أيضاً على هذا، لا على ما ذكره المصنف، بل لم أجد من صرّح بما ذكره وإن لم أتبع. نعم، صرح في المسالك بما ذكرنا من سقوط الضمان ويظهر منه المسلميّة»^(١).

الموضع الثالث: يوم الاكتراء

في جواب قول السائل: «فَمَنْ يَعْرِفُ ذَلِكَ؟. قَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ: أَنْتَ وَهُوَ...» - إلى أن قال عَلَيْهِ السَّلَامُ -: «أَوْ يَأْتِي صَاحِبُ الْبَغْلِ بِشُهُودٍ، يَشْهَدُونَ أَنَّ قِيَمَةَ الْبَغْلِ حِينَ اكْتُرِيَ كَذَا، وَكَذَا...».

بتقريب أن يوم الاكتراء بنفسه ليس منوطاً للحكم، بل لأنه إذا عُرِفَتْ فيه قيمة البغل عُرِفَتْ قيمته يوم المخالفة في مفروض الحديث، حيث يظهر أن الغاصب كان قد خالف في ذلك اليوم نفسه أو ما يقرب منه جداً.

وَيُنَاقِشُ هَذَا الِاسْتِشْهَادَ بِأُمُورٍ:

الأول: يُحْتَمَلُ أن يكون المراد من قوله «ذَلِكَ» الفرق بين قيمة البغل معيياً وصحيحاً، حيث إنَّ البغل المعيب قد لا يُعرف مقدار تأثير العيب فيه، فلا تُعرف -على وفق ذلك- قيمته حين الاكتراء الذي هو حين تسليم العين إلى الضامن. وبكلمة: حيث إن العيب الآن قد قَلَّ من قيمة البغل، فلا بد من عرفان قيمته وقت الصحة، وهو الوقت الذي تسَلَّمَ البغل من صاحبه بدون عيب، فشهادة المكارين إنما هو لتحديد البغل المؤجر من حيث السمن والنشاط والصحة، لا من حيث القيمة السوقية، وتحديد ذلك هو الذي يكون مجهولاً غالباً في مثل هذه الفروض، فهو المناسب للسؤال عنه بقول الراوي: فمن يعرف ذلك؟ وعلى هذا فليست هذه الفقرة بدالة على شيء في موضوع اعتبار قيمة يوم المخالفة.

(١) حاشية المكاسب، السيد اليزدي، ج ١، ص ١٠٥.

الثاني: إنَّ سبب التعبير بيوم الاكتراء - بعد أن عُلِمَ بعدم اعتباره في حد ذاته - يحتمل أن يكون أنَّ البغل فيه على الأغلب يكون بمحضر من المكارين الذين يمكن الاستشهاد بأقوالهم دون سائر الأيام. فإذا عُرِفَت قيمته ذلك اليوم، فحيث لا تختلف قيمة البغل خلال هذه المدة الوجيزة (خمسة عشر يوماً) تُعرف قيمته في سائر الأيام، فيلائم مع القول باعتبار يوم التلف، أو يوم الأداء، أو يوم المخالفة احتمالاً مساوياً.

الثالث: حيث إنَّ السائل في هذا المقام لا يسأل عن حكم شرعي، بل عن موضوع عرفي، وهو معرفة قيمة البغل، فالحديث ليس في بيان الحكم الشرعي بل في بيان كيفية معرفة القيمة خارجاً لا مقدار القيمة شرعاً. وكأنَّ السائل في المقام يفترض عدم اختلاف قيم البغل سوقاً في الخارج، ولكن يسأل عن أصل معرفة قيمة البغل، والمفروض أنَّ البغل ليس بموجود الآن كما أُخِذ، إما لأنه قد تلف أو لأنَّه قد عاب، فأمر الإمام عليه السلام بلزوم اتِّباع أهل الخبرة في ذلك بعد الفشل في تشخيص ذلك بالشهود.

هذا، ولكن الظاهر من الحديث هو ما احتملناه أولاً من أن مفروض السؤال عدم اختلاف القيمة في السوق، ولكن اختلافها بسبب العيب المضمون، وبذلك خفي مقدار التفاوت بين الصحيح والمعيب، فأمر الإمام عليه السلام بتشخيص ذلك عن طريق الشهود. ومنه يُعرف وجه اعتبار يوم الاكتراء الذي هو يوم تسلّم العين المضمونة، كما يُعلم فساد القول بأنَّ السائل لم يكن يستفهم إلا عن موضوع خارجي، حيث إنَّ الإمام عليه السلام لم يكن إذاً يبيّن وجهه الشرعي من البينة والحلف.

البينة أو الحلف

وحيث بلغنا منتهى ما يُستدل بالحديث من هذه الجهة، واجهنا إشكالاً: أنه مع الاختلاف ما هو حكم المتنازعين من الوجهة القضائية؟ وهاهنا نقول: إنَّ القاعدة تقتضي أنَّ البينة على المدّعي واليمين على من أنكر. والمهم في المقام معرفة

المدعي والمنكر. وفيه صور:

١- أن يتفق المكارى والغاصب على قيمة البغل حين الاكتراء، ويدعي الغاصب تنزل قيمته سوقاً إلى حين التلف أو العيب. وينكر المكارى فالمدعي الغاصب والمنكر المكارى.

٢- أن يختلفا في قيمته يوم الاكتراء ويتفقا على قيمته يوم المخالفة. فهنا إن قلنا بأن المعتبر في القيمة يوم المخالفة كان المدعي صاحب البغل والمنكر الغاصب. حيث إن المكارى يدعي مخالفة الغاصب في بغل ثمين والغاصب ينكر ذلك. وإن قلنا بأن المعتبر يوم التلف أو العيب أو يوم الأداء فقد يكون المدعي المكارى وقد يكون الغاصب، حيث إن المكارى لو ادعى ارتفاع القيمة حين التلف كان الغاصب منكرًا، وإن ادعى الغاصب تنزلها وأنكر المكارى كان الغاصب مدعيًا.

٣- أن يتفقا على قيمة البغل يوم الاكتراء ويوم التلف، ويدعي المكارى ارتفاعها ساعة المخالفة وينكر الغاصب، فالأول (المكارى) مدّع والغاصب منكر. أو يدعي الغاصب تنزلها يوم المخالفة وينكر المكارى، فيكون الغاصب مدعيًا والمكارى منكرًا. هذا لو قلنا باعتبار يوم المخالفة.

وفي كل هذه الصور الحكم العام هو بينة المدعي وحلف المنكر، ولا بينة على المنكر ولا له. بيد أن الإمام جمع للمدعي بين البينة والحلف، «فَقَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ: عَلَيْكَ قِيَمَةُ مَا بَيْنَ الصَّحَّةِ وَالْعَيْبِ يَوْمَ تَرُدُّهُ عَلَيْهِ. قُلْتُ: فَمَنْ يَعْرِفُ ذَلِكَ؟ قَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ: أَنْتَ وَهُوَ، إِمَّا أَنْ يَحْلِفَ هُوَ عَلَى الْقِيَمَةِ فَيَلْزِمَكَ، فَإِنْ رَدَّ الْيَمِينَ عَلَيْكَ فَحَلَفْتَ عَلَى الْقِيَمَةِ لَزِمَكَ ذَلِكَ. أَوْ يَأْتِيَ صَاحِبُ الْبُغْلِ بِشُهُودٍ، يَشْهَدُونَ أَنَّ قِيَمَةَ الْبُغْلِ حِينَ اكْتَرِيَ كَذَا، وَكَذَا...».

والمفهوم من ذيل الحديث أن الاختلاف إنما هو في قيمة البغل حين الاكتراء، كما تقدّم أن ظاهر السياق أن السؤال؛ إنما هو عن كيفية معرفة ما بين الصحيح والمعيب من البغل، حيث وقع بعد حكم الإمام عَلَيْهِ السَّلَامُ بوجوب الأرش حين الأداء،

وبقرينة ذلك يُفهم من الحديث أنّ المفروض ليس الاختلاف في القيمة السوقية إنما هو في القيمة المنوطة بالسمن أو الهزال، والصحة أو العيب، إذ قبله الحكم بلزوم إعطاء الفرق بين المعيب والصحيح، فتأمل.

وبذلك كله يُعرف أنّ الإشكال يأتي من جهة أنّ الغاصب يدّعي كون البغل كان من نوع يساوي عشرة دنائير، والمكاري يدّعي كونه من نوع يساوي خمسة عشر ديناراً. فقد يقال: إن القول قول المالك لأنه صاحب المال، وليس ها هنا مدّع ومنكر من جهة واحدة بل كل منهما مدّع ومنكر. وقد يكون الإشكال من جهة أنّ الغاصب يدّعي أنّ البغل المتفق على نوعه - بدليل كونه كان موجوداً في حالة العيب الذي هو المنساق من الظاهر - يختلف في قيمته، وها هنا حاول كل أن يجيب عن الإشكال الذي هو: ما هو سبب اجتماع الحلف والبيئة في جانب واحد مع أنّ القاعدة الكلية كون اليمين على المنكر والبيئة على المدعي؟. فأجابوا بثلاثة:

١ - ما يظهر من الشيخ من كون الفرض الذي يحلف فيه المكاري غير الفرض الذي يأتي بيّنة، ففي الأول يدّعي الغاصب (المستأجر) أنّ العين نزلت قيمتها بعد الإجارة فينكر المكاري ويحلف، وفي الثاني يدّعي المكاري ارتفاع قيمتها بعد التلف فيحلف الغاصب الذي ينكر ذلك عليه^(١).

وأجيب: بأن الظاهر أنّ الحديث يبين حكم صورة واحدة، وهي المسؤول عنها في قول الراوي.

وقد يناقش في هذا الجواب بأن الإمام عليه السلام كان في مقام بيان الطرق التي تُثبت شرعاً قيمة واحدة في وقت الاختلاف دون النظر إلى المدّعي والمنكر، فإن ذلك وظيفة القاضي في المسألة الخاصة لا من يريد أن يبين الأمر إجمالاً.

٢ - ما يظهر من جمع من الفقهاء من أنّ الإمام عليه السلام في هذا الحديث إنما كان في مقام بيان طرق المعرفة بدون المخاصمة والجدال. والمقصود من الحلف هو

(١) انظر: كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٢٥١-٢٥٣.

الحلف الذي يطمئن الطرف الآخر به ويقبله من دون حكم شرعي. ويدل عليه التعبير «أَنْتَ وَهُوَ» من دون أن يقول: أنت أو هو، أو غيره من تعابير المخاصمة. هذا مضافاً إلى جعل البيئة جمعاً بتعبير «بِشُّهُودٍ» حيث يُعرف به عدم القصد إلى الحكم الشرعي. وَرَدَّ هذا بأن التعبير بقوله: «يَلْزَمُكَ» و«لَزِمَهُ»، ظاهر في اللزوم الشرعي، مضافاً إلى أن على الإمام بيان الطرق الشرعية لا الاطمئنان ولا الصلحي، فتأمل.

٣- إن الحديث بمنزلة مُخَصَّص لعمومات (البيئة على المدعي واليمين على من أنكر) ويؤيده في ذلك ان الغاصب يؤخذ بأشَقَّ الأحوال.

ولكن تحديد هذا التقييد مشكل. فهل نتعدى إلى كل غاصب أو كل ضامن -كما في الإجارة المضمونة- أو تقتصر على خصوص إجارة الدابة، أو نجمد على خصوص بعض الصور المتقدمة؟.

لقد حكى عن الشيخ والمفيد رحمهما، وعن الأكثر في كلام العلامة رحمته: شمول الحكم لكل غاصب وكل مُتَعَدٍ، بينما نقل المحقق الحلبي رحمته في باب الإجارة ما نصه: «إذا تعدَّى في العين المستأجرة ضمن قيمتها وقت العدوان، ولو اختلفا في القيمة كان القول قول المالك إن كانت دابة. وقيل: القول قول المستأجر على كل حال وهو أشبه»^(١). وقال في المسالك: «القول بالتفصيل للشيخ»^(٢). ولكن قال في الجواهر: «لم يحضرني القائل بالأول، وإن حكى عن الشيخ لكن لم أتَّحَقِّقه»^(٣). وعلى أيَّة حال، فهذا القول إنما يصح بعد عدم تمامية الجوابين المتقدمين وأمثالهما، فراجع.

وهذه الرواية لو صحَّت دلالتها على كون العبرة بيوم المخالفة، لكونها سبب الضمان في مفروض المسألة، دلَّت على أنَّ المعتبر في المقبوض بالبيع الفاسد قيمة

(١) شرائع الإسلام، المحقق الحلبي، ج ٢، في أحكام الإجارة، المسألة الثانية.

(٢) مسالك الأفهام، ج ٥، ص ٢٢١.

(٣) جواهر الكلام، ج ٢٧، ص ٣١٨.

يوم التسليم لأنه أيضاً يوم المخالفة، ولما تقدّم - قبل ذكر الحديث - من أن الفقهاء كأنهم مجمعون على ذلك، وأنه أولى في بعض الصور من الغصب، إذ قد ترتفع القيمة بعد المخالفة وقبل التلف. مع إمكان أن يقال: إن الحكم هاهنا مخصوص بالغصب، لعدم الأولوية في بعض الصور الأخرى، ولعدم ثبوت دليل تعبدي من إجماع ونحوه على الاشتراك، وهذا منتهى ما يُستدل به لاعتبار قيمة يوم الأخذ من الأدلة اللفظية. نعم قد يُستدل بالأصل فيما إذا كانت القيمة أقل في يوم الأخذ منها في يوم التلف.

وجريانه مبني على القول بأن الأحكام الوضعية - كالضمان في المقام - إنما هي تعابير موجزة عن منظومة من الأحكام التكليفية، كلزوم أداء القيمة. أما بناءً على القول بأن الأحكام الوضعية أمورٌ واقعية وأنّ على المكلّف تحصيلها، لكان الواجب هو الاحتياط، حيث إن المكلّف عالم بشغل ذمته بالعين أو بما يقابلها، ولا ترتفع الذمة إلّا باليقين بفراغها، إذ الشك يكون في تفرغ الذمة من المحصل.

هذا كله إذا لم نقل في المضمون إنه قيمة التالف، حيث إنه لو قلنا بأنّ التالف لا يضمن بنفسه لعدم إمكان تعلّق الذمة به، بل ينقلب الضمان إلى قيمته أو مثله، فحيث لا يُعلم أي قيمة انقلب الضمان إليها، فهي القيمة القليلة أم الكثيرة، فإن مقتضى الأصل إجراء البراءة.

فتحصّل أنّ الأصل يختلف بالنظر إلى اختلاف المباني، فإن قلنا بعدم تأصل الأحكام الوضعية، أو قلنا بتأصلها ولكن قلنا بأنّ الضمان ينقلب من العين إلى القيمة أو المثل بعد التلف - كما لعله الظاهر من الحديث - توجّه البراءة، وإلّا لزم الاحتياط وتوجّه أصل الاشتغال.

دليل القول الثاني: قيمة يوم التلف

واستدل للقول الثاني (اعتبار يوم التلف في القيمة) بوجوه:

١ - بأنّ معنى ضمان العين هو لزوم أدائها مع الإمكان ووجوب أداء بدلها مع التلف، فحين التلف ينتقل الضمان إلى القيمة. والإشكال بأنّ يوم التلف إنما هو

يوم الانتقال إلى القيمة، ولكن أي قيمة؟ فلا صلة لهذا الدليل بتعيينها، هذا الإشكال مردود بأن معنى الانتقال إلى القيمة قيمة ذلك اليوم، حيث إنه إلى ذلك الحين كان مكلفاً بأداء العين، ومعلوم أن العين كانت مبرئة إذا كانت تؤدى قبل التلف، أما بعده فإن التكليف انتقل إلى لزوم القيمة التي هي مالية العين التالفة، فلو أعطى قيمة ذلك الحين برئت ذمته أيضاً.

وبالجملة، المفهوم من حديث «عَلَى الْيَدِ» كون تلف العين موجب للضمان، وهو تأدية القيمة في القيمي، ومعناها: يجب أداء القيمة مع التلف في ذلك الحين، وهذا ظاهر في قيمة ذلك اليوم.

٢- بالحديث المروي عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله، عن أبي عبد الله عليه السلام «عَنْ قَوْمٍ وَرِثُوا عَبْدًا جَمِيعًا فَأَعْتَقَ بَعْضُهُمْ نَصِيبَهُ مِنْهُ، كَيْفَ يُصْنَعُ بِالَّذِي أَعْتَقَ نَصِيبَهُ مِنْهُ، هَلْ يُؤْخَذُ بِمَا بَقِيَ؟ قَالَ عليه السلام: نَعَمْ، يُؤْخَذُ بِمَا بَقِيَ مِنْهُ بِقِيمَتِهِ يَوْمَ أَعْتَقَ»^(١). ومثله خبر محمد بن قيس^(٢).

واجب عنه: بأن من المحتمل كون قوله: «يَوْمَ أَعْتَقَ» قيداً لـ «يُؤْخَذُ» لا للقيمة، وعليه فيدل على أن توجه زمان التكليف إنما هو من حين العتق وسأكت عن أن ما به الضمان هل هو قيمة يوم التلف أو يوم الأداء؟

ونوقش فيه بأن ظاهر الظرف أن يكون للقيمة لكونها أقرب، وبدونها الظرف لغو، حيث إن من المعلوم أن سبب التكليف هو العتق، فالحديث دال على اعتبار قيمة العتق، ولكن لا يعلم أن ذلك هل كان بسبب كونه يوم الإتلاف أو يوم الغصب، فلا يكون دليلاً للأول على الثاني (الذي كان هو القول الأول في ترتيبنا).

٣- بالأصل، في قبال أعلى القيم، وفيما إذا كانت قيمته يوم التلف أقل من أية قيمة أخرى، إذ يمكن أن نستدل بالأصل فيه أيضاً على الوجه المتقدم.

(١) الكافي، الشيخ الكليني، ج ٦، ص ١٨٣.

(٢) الكافي، الشيخ الكليني، ج ٦، ص ١٨٣، ح ٣.

دليل القول الثالث: قيمة يوم الأداء

ويُستدل للقول الثالث (الذي اعتبر قيمة يوم الأداء) بما يلي:

١ - بأن العين هي المضمونة، فإن كانت موجودة وجب ردُّها، وإن كانت غير موجودة فإنها تتعلَّق بالذمة إلى حين الأداء، وأنَّه يتنقل الضمان إلى القيمة، فيجب - على هذا - قيمة ذلك الوقت أيضاً.

وهذا الدليل مبني على أنَّ العين بذاتها مضمونة، وقد تقدَّم أنَّ ظاهر حديث (على اليد) هو ما فهمه المشهور من الضمان العرفي الذي هو أداء القيمة أو المثل في حالة التلف. كما إذا قيل لفرد: أنت ضامن لهذه السلعة؟ فقال: نعم. فهم العرف أنَّ عليه في فرض تلفها قيمتها أو مثليها.

٢ - بالأصل الذي عرفت وجهه فيما تقدَّم، إذا كان يوم الدفع أقل قيمة ولم يثبت شيء من الأدلة المتقدمة أو الآتية على ردِّه.

دليل القول الرابع: أعلى القيم بين الغصب والأداء

ويستدل للقول الرابع (أي أعلى القيم بين يومي الغصب والدفع) بما يلي:

١ - بالأصل، إذا قرَّر على وجه يوجب الاشتغال، فإن الذمة المشغولة بحق الغير لا تبرأ إلا بدفع ما يُتيقَّن معه البراءة إن قلنا: إن المضمون العين نفسها لا قيمتها، حيث يستصحب بقاء العين في الذمة بعد أداء الأقل، للشك في كفايته لإسقاط العين عن الذمة، فيجب الأكثر. وفيه تأمُّل، إذ مع فرض الشك في المقام يجب الصلح، إذ كما لا يجوز للغاصب الاكتفاء بالأقل لا يجوز للمالك أخذ الأكثر الذي يشك في كونه حقّه. هذا مع أنَّ ما تقدَّم كفيل بجعل الأصل في المقام البراءة؛ حيث قلنا بأن الظاهر الانتقال إلى القيمة بعد التلف، فحيث نشك في مقدار القيمة المنتقل إليها نجري أصالة البراءة. وهذا الأصل حاكم على أصالة عدم وصول الحق إلى صاحبه أو عدم براءة الظالم من ظلامته. إذ إن المفروض كون الأصل حكماً شرعياً يحدّد

مقدار الضمان فيكون مُبرئاً للذمة.

٢- وبأنّ العين في كل آن من الآنات مضمونة بما لها من مالية (التي مرجعها في الواقع إلى مقدار إيفائها بحاجات الناس)، وبما لها من خصوصيات شخصية، وذلك لعموم أو إطلاق حديث «عَلَى الْيَدِ» الشامل لقيمة الشيء أيضاً، حيث إنها قابلة لاستيلاء اليد عليها. وبما أنّ أعلى القيم من أفراد القيمة المضمونة، وجب أدائها بعد تداخل غيرها من القيم فيها.

واستدل القائل على ضمان القيمة العالية قبل تلف العين بأنّ العين لو كانت تُدفع إلى المالك في تلك الحال كان المالك يربح ذلك المقدار الكثير من القيمة، حيث كانت العين -بما لها من قيمة مرتفعة- له. ويدل عليه أنه لو تلفت العين في تلك الحال وجب أداء قيمتها تلك، فحيث حبسها عنه الغاصب وجب عليه أدائها.

وأجيب عنه:

أولاً: بأنه مستلزم للقول الذي أجمعوا على خلافه من ضمان قيمة العين مع وجودها. مع أنّ ظاهر حديث اليد وغيره كون المضمون في حالة وجود العين نفسها. ففي بعض نصوص حديث اليد: «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذْتُ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ»، وهو ظاهر في أنّ أداء العين غاية لضمانها (الذي هو بدوره يعني لزوم أداء قيمتها أو مثلها لدى التلف)، ولازم هذا القول ضمان ارتفاع القيمة حتى مع أداء العين. فلو كانت العين حين الغصب تساوي مائة دينار ثم نزلت إلى خمسين ديناراً وجب دفع العين مع الخمسين ديناراً، وهو مخالف للإجماع.

ولكن قد يناقش هذا الجواب بأنّ المستدل لا يقول إلاّ بأن تلف العين يُوجب ضمان قيمتها من حين الأخذ، وإن كان مع وجود العين يجب أدائها، فالقيمة مضمونة ولكن بشرط التلف، حيث إنه مع عدمه لا تُقدَّر العين بما لها من مالية، بل بما لها من عينية. كالقول بأنّ المعبر قيمة يوم الغصب؛ حيث إن القائل به لا يقول بأن المتعلق بالذمة قيمة العين حتى مع وجودها، ولكن مع تلفها تجب قيمة يوم الأخذ.

ثانياً: إنّ مبنى هذا القول على كون العين مضمونة حتى بعد تلفها، فبالتلف لا ينتقل الضمان إلى القيمة بل يبقى إلى حين الدفع، أو على كون الانتقال يكون دائماً إلى المثل حتى في القيمي لكي يكون ارتفاع قيمته بعد التلف مضموناً. وهذا مخالف لما استظهرناه من حديث «عَلَى الْيَدِ» كما تقدّم.

ثالثاً: إنه لا دليل في قبال أصالة البراءة على اشتغال الذمة بالأعلى، حيث إن حديث «عَلَى الْيَدِ» لا يفيد سوى وجوب أداء العين أو ضمانها، بمعنى لزوم مثلها أو قيمتها، وسأكت عن القيمة التي يجب أدائها. وأما مالية العين فليست مشمولة للحديث، حيث إن العين هي المضمونة لا ماليتها، فتأمل.

٣- بحديث «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ» الدالّ على نفي أيّ نوع من الضرر في الدين. وذلك يستلزم وجوب تدارك القيمة العالية. لأنّ المالك كان ذا حق في تلك القيمة فمنعه الغاصب عن حقه، فإذا لم يُوجب الشارع تدارك هذا المنع وضمن هذه الزيادة كان الضرر موجوداً في الدين.

ونوقش فيه: أما قبل التلف فإن ارتفاع القيمة، وإن كان قد فات على المالك، إلّا أنه ليس معتبراً عند العرف ما دامت العين موجودة، إذ إن العين تكون هي المقياس في الأداء حينئذٍ، فكما أن ارتفاع القيمة لا يحسب للغاصب وتنزلها لا يحسب عليه، فكذلك ارتفاعها لا يُحسب للمالك، إذ مع وجود العين لا معنى لاعتبار القيمة. وأما بعد التلف فقد انتقل الشغل إلى القيمة، فلا يوجد هناك عين حتى يحسب ارتفاع قيمتها أو تنزلها. هذا كله مضافاً إلى ما قيل من أن حديث «لَا ضَرَرَ» لا يثبت حكماً بل منتهى الأمر يرفع الحكم الثابت، فإثبات التدارك من «لَا ضَرَرَ» غير صحيح.

٤- بما اشتهر بينهم بأنّ الغاصب يُؤخذ بأشق الأحوال، وهو مطلق بالنسبة إلى كيفية الأداء وكميته، فلا وجه لتخصيصه بالأولى، ولذلك فإن أغلبهم ذهبوا إلى لزوم أعلى القيم سواء إلى حين التلف أو إلى حين الدفع، فإن المناط واحد.

ونوقش فيه -مضافاً إلى عدم حجية هذه القاعدة وعدم ثبوت إطلاقها- أنها مختصة باب الغصب، كما لا يخفى.

دليل القول الخامس: أعلى القيم

واستدل للقول الخامس (أي اعتبار أعلى القيم بين يومي الغصب أو الأخذ والتلف) بما يرجع إلى أدلة القول الرابع، مضافاً إلى الحديث المتقدم في غصب الدابة حيث قال الامام، عليه السلام، بعد السؤال عن حكم تلفه وانه هل هو مضمون: «نعم، قيمة بغل يوم خالفته» بعد معلومية أن المغصوب لا يضمن بقيمته مع وجود عينه، بل يجب أداء العين، فمعنى هذه الكلمة أن يوم المخالفة هو أول أيام ضمان المالية على تقدير التلف. وبتعبير آخر: إن ظاهر الحديث ضمان قيمة البغل في يوم المخالفة، وليس معناه أن يوم المخالفة فقط وقت الضمان، بل هو أول ابتداء ضمان القيمة، فمهما ارتفعت قيمة البغل كانت مضمونة.

ولكن قد تقدّم أن الحديث لو كان ظاهراً في شيء فإنما هو في اعتبار قيمة يوم المخالفة، إذ فيه ينتقل العين من ضمان صاحبها إلى ضمان غاصبها، فكأنه قد ابتاعها منه ابتاعاً قهرياً، فوجب عليه أداء قيمتها لذلك اليوم. أما أعلى القيم فاستفادته من الحديث مشكل مع أن أصل البراءة ينفيه، فراجع.

ولكن الذي يجده الباحث لعله ضمان قيمة يوم التلف لأنه أشبه بالقواعد، أو يوم المخالفة لأنه أشبه بأحاديث الباب وباب الرهن واللقطة والعتق.

الملحق الثاني: اختلاف القيمة بحسب الأماكن

إذا اختلفت قيمة التلف بحسب الأماكن، مثل أن تكون قيمته في مكان الغصب عشرة، وفي مكان التلف خمسة عشرة، وفي محل المطالبة عشرين، فما هي القيمة المضمونة؟.

الظاهر أن المسألة فرع مسألة المطالبة، حيث إنه إن كان للمالك المطالبة في

أي مكان كانت القيمة قيمته، إلا أن مكان المطالبة في العرف مكان التلف، حيث إن العين قبل التلف بدقائق كانت مملوكة للمالك وكان له المطالبة بها، فمع تلفها انتقل إلى قيمتها في المكان والزمان نفسيهما. نعم، لو قلنا بأن العين تبقى في الذمة ولو مع تلفها أمكن القول بجواز المطالبة في أي مكان شاء المالك، وباعتبار ذلك لزوم اعتبار قيمة ذلك المكان، وقد تقدّم الكلام في هذه المسألة فراجع.

ثم إن هناك بعض المسائل الأخرى يشترك فيها مع هذا الباب باب الغصب فمرجئها إليه إن شاء الله تعالى.

الفصل الثاني

شروط المتعاقب

١- في البلوغ

٢- في القصد

٣- في العقل

٤- في الاختيار

٥- في الكفاية

يُشترط في المتعاقدين: البلوغ، والقصد، والعقل، والاختيار، والمالكية، والإسلام - إذا اشترى عبداً مسلماً -.

الشرط الأول: البلوغ

أما البلوغ - الذي يأتي تفسيره في كتاب الحجر، كما تقدّم في بعض العبادات - فمع فقدانه يُتصور العقد على أربعة أنواع:

الأول: أن يعقد مستقلاً مثل غيره من البالغين.

الثاني: أن يتعامل مع إذن الولي ولكنه يكون طرفاً في العقد بيعاً أو شراءً أو غيرهما.

الثالث: أن يكون وسيطاً بين الولي والمشتري أو البائع ولكنه يكون المنشئ للعقد، مثل الوكيل في حضور موكله.

الرابع: أن يكون آلة محضة لنقل المتاع.

والقسم الأخير ليس من أقسام بيع الصبي حقيقة، بل هو في الواقع من أقسام بيع الأولياء، فالبحث عنه يجب أن يكون في باب صحة هكذا نوع من المعاطاة أم لا. وعلى فرض صحته يأتي البحث في أنه بيع شرعاً أم لا؟ ولعل الحق هو القول بصحته بيعاً عرفياً ممضى من قبل الشرع الذي أحلّ كل بيع عرفي.

فالبحث في المقام يتناول الصور الثلاث الأولى . ولذلك فإنه لا يتناول غير المميز من الصبيان، لكون أقواله - لا شك - غير معتبرة شرعاً، وقصده لا يختلف عن عدم قصد غيره. نعم، في الصورة الأخيرة (التي فرض الصبي فيها آلة نقل فقط) لا فرق بين المميز وغيره، كما لا فرق بين الإنسان، والكلب المعلم، والآلة الميكانيكية.

اختلاف الآراء في بيع الصبي

والأقوال في المسألة أربعة:

- ١ - عدم جواز بيع الصبي مطلقاً. ذهب إليه المشهور قديماً وحديثاً^(١).
- ٢ - جوازه مع إذن الولي. ذهب إليه جمع^(٢).
- ٣ - التفصيل بين الموارد، مثل أنه إن بلغ عشرين جاز^(٣). ذهب إليه الشيخ - كما حكى عن مبسوطه - حيث قال: «وروي أنه إن بلغ عشر سنين وكان رشيداً كان جائزاً»^(٤).
- ٤ - وأنه يجوز بيعه وشراؤه في الأمور اليسيرة^(٥). ذهب إليه سيد الرياض وبعض.

الأول: عدم جواز بيع الصبي مطلقاً

واستدل للأول بوجوه:

الوجه الأول: بالإجماع الذي قال في الجواهر مستدلاً به: «فصح حينئذٍ للفقيه نفى الخلاف في المسألة على الإطلاق، بل صح له دعوى تحصيل الإجماع على ذلك، كما وقع من بعضهم، بل ربما كان كالضروري، خصوصاً بعد ملاحظة كلام

(١) انظر: الحقائق الناضرة، ج ١٨، ص ٣٦٧، و: مفتاح الكرامة، ج ١٢، ص ٥٤٥.

(٢) ذهب المحقق الأردبيلي رحمته الله إلى ذلك في مجمع الفائدة، ج ٨، ص ١٥٢، وقال به العلامة في:

تحرير الأحكام، ج ٢، ص ٥٣٦.

(٣) انظر: الحقائق الناضرة، ج ١٨، ص ٣٦٧، و: مفتاح الكرامة، ج ١٢، ص ٥٤٦.

(٤) المبسوط، الشيخ الطوسي، ج ٢، ص ١٦٣.

(٥) انظر: مفاتيح الشرائع، الفيض الكاشاني، ج ٣، ص ٤٦.

الأصحاب وإرسالهم لذلك إرسال المسلمات، حتى ترك جماعة الاستدلال عليه اتِّكالاً على معلوميته»^(١).

ولعله أشار بالبعض إلى العلامة في التذكرة حيث قال: «الصغير وهو محجور عليه بالنص والإجماع - سواء كان مميزاً أو لا - في جميع التصرفات إلا ما يُستثنى، كعبادته وإسلامه وإحرامه وتدييره ووصيته وإيصاله الهدية وإذنه في دخول الدار، على خلاف في ذلك»^(٢). وإنَّ ظاهر إطلاقه إرادة الإجماع حتى مع إذن الولي، خصوصاً بعد استثناء ما يكون مع إذن الولي كالهدية ونحوها، اللهم إلا أن يقال: إن استثناء ذلك ليس من جهة أنها معاملة جائزة مع الإذن بين المعاملات الباطلة حتى معه، حتى يكون دليلاً على عموم المستثنى منه، بل من جهة أن الصبي لا يُقبل قوله لعه كالفاسق، إلا في الهدية والإذن، للسيرة أو القرائن الخارجية، فلذلك احتاج إلى الاستثناء. ويؤمى إلى ذلك: التعبير بالحجر دون التعبير بمثل (الصبي غير جائز التصرف) أو (غير نافذ العقد) أو ما شابه.

وعلى آية حال، فالإجماع مخدوش بوجهين:

الأول: بذهاب الشيخ - كما حكي عن المبسوط - إلى صحة عقد الصبي إذا بلغ عشرين^(٣). وأجاز المحقق الحلي رحمته في باب الإجارة عقده مع الإذن، وإن تردّد أخيراً فقال: «وكذا الصبي غير المميز (أي لا تجوز إجارته) وكذا المميز إلا بإذن وليه، وفيه تردّد»^(٤). وقال في القواعد: «وفي صحة بيع المميز بإذن الولي نظر، وقوى ابنه في الشرح الصحة»^(٥)، وقال في التذكرة: «وهل يصح بيع المميز وشرائه بإذن الولي؟ الوجه عندي أنه لا يصح»^(٦). وحيث نسب الفتوى إلى نفسه

(١) جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٦٠ - ٢٦١.

(٢) تذكرة الفقهاء (الطبعة القديمة)، ج ٢، ص ٧٣.

(٣) المبسوط، ج ٢، ص ١٦٣.

(٤) شرائع الإسلام، ج ٢، في شرائط الإجارة، المسألة الأولى.

(٥) كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٢٧٩، عن: القواعد، والإيضاح.

(٦) تذكرة الفقهاء، ج ١٤، ص ٢٤١.

بعد التساؤل دلّ على عدم كون المسألة كما ذكرها في الجواهر من البديهيّات، بل الظاهر إن الأصحاب إنما ذكروا عدم الصحة بالنسبة إلى بيع الصبي بصورة مطلقة في قبال الصحة مطلقاً وأنه محجور عليه، من دون نظر إلى إذن الولي وعدمه أبداً، فاستظهر من كلماتهم الإطلاق بحيث يشمل ما كان بإذن الولي.

الثاني: بالسيرة، حيث إنه لا يمكن أن يكون فتوى الفقهاء كلهم على أمر، وعمل المسلمين المقلّدين لهم كلهم على خلافه. وسيأتي البحث في السيرة هذه مستقلاً، ولكن المهم هنا بيان المنافاة القطعية بين عمل الناس وفتوى الفقهاء، إذا كان شاملاً لصورة الإذن بحيث يستبعد العقل ذلك كثيراً.

الوجه الثاني: بالآية الكريمة: ﴿وَابْتَكَوْا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾^(١).

حيث استظهر منها: أنّ دفع المال مشروط بأمرين:

الأول: بلوغ النكاح.

الثاني: الرشد.

فمع عدم توفرهما في أحد لا يجوز دفع ماله إليه. إذ إن جواز الدفع أنيط بهما. فمع عدمهما يحرم دفع المال إليه. وليس ذلك إلّا من جهة وجود الحجب عليه، وهو مقتضى لمنعه من التصرفات.

وبتقريب آخر: نحن نعلم أنّ دفع المال بذاته ليس محرماً، بل هو كناية عن تمكين الصبي في أمواله بالتصرّف، فإذا حُرّم ذلك كشف عن عدم جواز معاملاته.

ونوقش فيه بأنّ منتهى ما تدل عليه الآية كون الصبي محجوراً عليه، أما عدم صحة تصرفاته، حتى مع إذن الولي أو إجازته، فلا تعرّض للآية إليه. بل من جهة اتّحاد السياق والحكم في الآية بالنسبة إلى الصبي والسفيه، وأنه يجوز للسفيه التصرف

(١) سورة النساء، آية: ٦.

في ماله مع إذن الولي أو إجازته، نعلم أن الصبي أيضاً مثله في الحكم، خصوصاً مع استيناس الرشد الذي يظهر من بعض الأحاديث الواردة في تفسير الآية كونه كافياً بانفراده في جواز إعطاء اليتيم ماله، وإن كان استيناس الرشد لا يكون - على الأغلب - إلا مع البلوغ، كما ورد في بعض الأحاديث من أن العقل ملك مخلوق له بعدد الخلائق رؤوس، وقد سدلت عليها الستائر، فإذا بلغ الرجل انكشف الستار عن وجهه ووقع في قلبه نور يعرف به السُّنة والفريضة^(١)، حيث إن الظاهر من الرشد اكتمال العقل. إلا أن يُقال باختلاف مراتب الرشد بحسب الاختلاف في المواضيع الخارجية، فبالنسبة إلى العقود اليسيرة يتحقق الرشد في مرحلة المراهقة أو حتى التمييز، وكلما عظم الأمر احتاج إلى رشد أعظم وأتم. حتى يُدعى بالنسبة إلى ذلك أن الصبي المميز قد أصبح رشيداً، فيجوز دفع المال إليه حتى يتصرف فيه مستقلاً. ولكن البحث في ذلك راجع إلى كتاب الحجر إن شاء الله. إذاً غاية دلالة الآية أن الصبي كالفقيه محجور، فتصح معاملاته المأذون فيها من قبل الولي.

الوجه الثالث: حديث رفع القلم المروي عن الخصال، عن ابن ظبيان، عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال في سقوط الرجم عن الصبي: «أَمَا عَلِمْتَ أَنَّ الْقَلَمَ يُرْفَعُ عَنْ ثَلَاثَةٍ: عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يُفِيْقَ، وَعَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ»^(٢). وعن قرب الإسناد عن علي عليه السلام قال - في سقوط القصاص والدية في ماله -: «وَقَدْ رُفِعَ عَنْهُمَا الْقَلَمُ»^(٣). وعن عمار الساباطي في الموثق عن الصادق عليه السلام أنه سئل عن الغلام متى تجب عليه الصلاة؟ قال عليه السلام: «إِذَا أَتَى عَلَيْهِ ثَلَاثَ عَشْرَةَ سَنَةً، فَإِنْ احْتَلَمَ قَبْلَ ذَلِكَ فَقَدْ وَجَبَتْ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ، وَجَرَى عَلَيْهِ الْقَلَمُ»^(٤).

وجه الاستدلال بها: أن القلم ظاهر في قلم التكليف، حيث إنه إشارة إلى ما يثبت به الحكم، والتكليف أعم من الوضعي وغيره، على فرض القول بوجود

(١) انظر نص الرواية عن رسول الله ﷺ، في: بحار الأنوار، ج ١، ص ٩٩، ح ١٤.

(٢) الخصال، الشيخ الصدوق، ص ٩٤.

(٣) قرب الإسناد، ص ١٥٥.

(٤) الاستبصار، ج ١، ص ٤٠٨.

أحكام وضعية، وعدم الالتزام بكون كل حكم وضعي ناشئاً عن أحكام مجتمعة تكليفية، وإلا فالأمر سهل.

وبتقريب آخر: إن المراد من رفع القلم جعل الصبي خارجاً عن شمول كل حكم من جانب الشرع تكليفاً أو وضعاً، بل جعله بمنزلة غير الإنسان في عدم الالتفات والتوجه إليه أبداً. وبهذا يصح أن يقال: إن المراد منه سلب كل أثر عن أي فعل من أفعال الصبي، ومنه أثر الصحة عن عقده. ونوقش فيه:

أولاً: إن المراد قلم المؤاخذه لا قلم التكليف.

ورُدَّ هذا القول بأنه لا دلالة في الحديث على التخصيص، بل ظاهر القلم قلم التكليف كما يدل عليه قوله: وجرى عليه القلم، أي التكليف، كما أن ظاهر الاستشهاد برفع القلم على رفع القصاص ذلك.

وثانياً: إن صحة العقد من الأمور الوضعية، والمشهور أن الأحكام الوضعية لا تختص بالبالغين فقط، بل تشمل غيرهم أيضاً كالجنابة والنجاسة والصحة والبطلان في العبادات ونحوها.

ولكن نوقش فيه: إن المشهور كون الأحكام الوضعية قد تتعلق بغير البالغين ولكن ليس كل الأحكام الوضعية، بل صرح بعضهم بأنها قسمان:

الأول: ما تكون غير قصدية كالبطلان في الصلاة الفاقدة للركوع.

الثاني: ما تكون قصدية كالعقود. ولذلك كان المشهور عندهم بطلان معاملاته.

ولكن المناقشة لا بأس بها باعتبار أن الظاهر من الحديث رفع قلم التكليف فيما وضعه الشارع تكليفاً، لا قلم الوضع حتى فيما كان الشارع بالنسبة إليه ممضياً كالعقود، أو مخبراً عن حقيقة واقعية كالطهارة ونحوها.

وبالجملة: فكما قيل: إن الحديث يجعل الطفل كالبالغ قبل الإسلام، حيث

يفرضه غير متعلق للأحكام التكليفية، سواء كانت ناشئة عن وضع أو غيره، لا رفعاً للأحكام الوضعية مطلقاً. إذاً فإن الخبر قاصر الدلالة على ذلك.

وثالثاً: إن الحديث مختص بالتكاليف الإلزامية، لأن الرفع لا يستعمل إلا في إزاحة كلفة ومشقة، وليس في غير الإلزام ذلك.

ونوقش فيه: أنه مجرد استحسان ينافيه ظاهر الإطلاق، حيث إن الرفع يستعمل في كل موضع يستعمل في عدمه الوضع، فكما يصح أن يقال: وضع على البالغ التكليف المستجد، كذلك يمكن أن يقال: رفع عنه، فتأمل.

ورابعاً: إن الإنشاء سبب تكويني لحصول مضمون العقد ليس للشارع رفعه أو وضعه، ولذلك لا يشمل ظاهر الرفع في الحديث.

ونوقش فيه: أنه - أي أثر العقد - أمر اعتباري يرجع إلى المعتبر، فإن كان العرف قلنا: إنه معتبر عرفاً، وإن كان الشرع قلنا: وشرعاً. أما إذا اشترط الشارع أمراً في فائدة العقد لا يمكن أن نقول: لم يكن له ذلك؛ إذ إنه لم يعتبر هذا الأثر.

ومع كل ذلك لا يمكن الاعتماد على ظاهر خبر الرفع؛ حيث إنه لا يدل على أكثر من رفع كل تكليف، ولو كان مثل وجوب دفع الثمن والمثمن.

الوجه الرابع: الأحاديث الخاصة بحكم معاملة الصبيان، وهي كما يلي:

ألف: حمزة بن حمران، عن حمران، عن مولانا الباقر عليه السلام أنه قال: «إِنَّ الْجَارِيَةَ إِذَا تَزَوَّجَتْ وَدُخِلَ بِهَا وَلَهَا تِسْعُ سِنِينَ ذَهَبَ عَنْهَا الْيَتِيمُ وَدْفِعَ إِلَيْهَا مَالُهَا وَجَارَ أَمْرُهَا فِي الشَّرَاءِ وَالْبَيْعِ، وَأُقِيمَتَ عَلَيْهَا الْحُدُودُ النَّاتِمَةُ، وَأُخِذَ لَهَا وَبِهَا. قَالَ عليه السلام: وَالْغُلَامُ لَا يَجُوزُ أَمْرُهُ فِي الشَّرَاءِ وَالْبَيْعِ، وَلَا يَخْرُجُ مِنَ الْيَتِيمِ حَتَّى يَبْلُغَ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً، أَوْ يَحْتَلِمَ، أَوْ يُشْعِرَ، أَوْ يُنْبِتَ قَبْلَ ذَلِكَ»^(١).

باء: ورواية ابن سنان، وفيها أن الإمام الصادق عليه السلام سئل «عَنِ الْيَتِيمِ مَتَى

(١) تهذيب الأحكام، ج ١٠، ص ٣٧.

يَجُوزُ أَمْرُهُ؟ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ: حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ. قَالَ: وَمَا أَشُدُّهُ؟ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ: «الْإِحْتِلَامُ»^(١).

جيم: صحيحة علي بن رئاب «عَنْ رَجُلٍ مَاتَ وَتَرَكَ أَوْلَادًا صِغَارًا وَتَرَكَ مَمَالِيكَ غُلَمَانًا وَجَوَارِي - إِلَى أَنْ قَالَ السَّائِلُ: - فَمَا تَرَى فِيمَنْ يَشْتَرِي مِنْهُمْ الْجَارِيَةَ فَيَتَّخِذُهَا أُمَّ وَلَدٍ؟. قَالَ رَسُولُ اللَّهِ: لَا بَأْسَ بِذَلِكَ إِذَا بَاعَ عَلَيْهِمُ الْقِيمَ لَهُمُ النَّازِرُ لَهُمْ فِيمَا يُصْلِحُهُمْ»^(٢).

وتقريب الاستدلال بالآخر: إن جواز البيع والشراء عُلّقَ على البلوغ بسبب إذا الشرطية التي تقتضي عدم الجواز مع عدم البلوغ، فالصحيحة دلّت مفهوماً على المقصود كدلالة الخبرين -المنجبر ضعفهما بعمل المشهور- عليه منطوقاً.

ولكن الكلام في الدلالة من حيث إن ظاهر السؤال والجواب في الأحاديث الثلاثة التركيز على هذه النقطة: جواز البيع والشراء الاستقلالي، بحيث يكون العقد مستنداً إلى الطفل فقط، حيث إن المثبت في الأخبار هو الاستقلال مع البلوغ، فيكون المنفي عدم الاستقلال بدونه، وذلك لأن الظاهر منها أن النفي والإثبات واقع على موضوع واحد دون موضوعين أحدهما أعم من الآخر، خصوصاً مع قوله رَسُولُ اللَّهِ فِي الرِّوَايَةِ الْأُولَى: «دَفَعَ إِلَيْهَا مَالُهَا». وتعقيب ذلك بقوله: «وَجَازَ أَمْرُهَا فِي الشَّرَاءِ وَالْبَيْعِ». إذ يُستفاد من سياقها أن الجملة الثانية بمنزلة الفرع على الأولى مثل أن يقول: استقل بأمرها وجاز... الخ.

هذا كله مع أن جواز الأمر لا يفيد إلا نفاذه ومضيّه، في مقابل توقفه على أمر آخر، فإن المتوقف على شيء آخر ليس بجائز، أي ليس بنافذ، وليس ظاهر الجواز في كلماتهم بمعنى عدم الحرمة كما اصطالحنا عليه وهو ظاهر.

اللهم إلا أن يُقال: إن الشهرة القدمائية كما تجبر السند تُورث الظهور وتُفيد الاطمئنان إلى معنى اللفظ. ولكن تبقى بعدئذٍ كلفة إثبات اعتماد المشهور على

(١) الخصال، ص ٤٩٥.

(٢) الكافي، ج ٥، ص ٢٠٨.

هذه الأخبار في هذه المسألة. فإن مجرد تطبيق الفتوى مع مضمون الحديث لا يدل على المقصود إلا أن يقال: إن اعتماد المشهور على الخبر الأول في البلوغ كافٍ في توثيق سنده، والكشف عن اعتمادهم عليه هاهنا أيضاً. قال في المستند: «رواية حمزة بن حمران، المعتمدة بعمل الأصحاب في هذه المسألة ومسألة تحديد البلوغ، الصحيحة عن الحسن بن محبوب الذي أجمعت الصحابة على تصحيح ما يصح عنه»^(١).

الوجه الخامس: الأحاديث الدالة على كون الصبي عمده وخطئه واحداً، وهي كما يلي:

١ - صحيحة محمد بن مسلم عن الإمام الصادق عليه السلام قال: «عَمْدُ الصَّبِيِّ وَخَطَاؤُهُ وَاحِدٌ»^(٢).

٢ - وخبر أبي البخري المروي عن قرب الإسناد، عن جعفر، عن أبيه، عن علي عليه السلام «أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ فِي الْمَجْنُونِ وَالْمَعْتُوهِ الَّذِي لَا يُفِيْقُ وَالصَّبِيِّ الَّذِي لَمْ يَبْلُغْ: عَمْدُهُمَا خَطَا تَحْمِلُهُ الْعَاقِلَةُ وَقَدْ رُفِعَ عَنْهُمَا الْقَلَمُ»^(٣).

٣ - وخبر إسحاق بن عمار وفيه: «عَمْدُ الصَّبِيَّانِ خَطَا تَحْمِلُهُ الْعَاقِلَةُ»^(٤).

بتقريب: إن معنى عمده خطأ عدم الاعتبار بقصده، فيكون عقده كعقد الهازل غير معتبر عند الشرع. هذا واستظهر عموم الخبرين الأخيرين من أنهما - وإن كانا المذكورين في أبواب الجنایات والديات - إلا أنهما لا يختصان بها، إذ ذكر خبر في باب لا يدل على اختصاصه به، مع أن الشيخ والحلي رحمهما الله استدلأ بهما في باب إحرار الحج.

(١) مستند الشيعة، المحقق النراقي، ج ١٤، ص ٢٦٣.

(٢) تهذيب الأحكام، ج ١٠، ص ٢٣٣.

(٣) قرب الأسناد، ص ١٥٥.

(٤) تهذيب الأحكام، ج ١٠، ص ٢٣٣.

ونوقش فيهما بأن ظاهر قوله: إِنَّ العمد خطأ، ولو بقرينة قوله: «تَحْمِلُهُ الْعَاقِلَةُ» في الخبر الثاني، أن آية عقوبة دنيوية أو أخروية لا تلحق الصبي من جهة فعله، فهو في الدنيا تتحمل العاقلة مسؤولية جنايته، وفي الآخرة مرفوع عنه قلم المؤاخذة. مع أن الالتزام بذكر خبر في باب دال على نوع من الاختصاص، لا احتمال وجود قرينة سياقية أو حالية عند متقدمي الأصحاب جعلت الخبر مختصاً باب، فتأمل. هذا، بالإضافة إلى أن هذه العبارة أي «عَمْدُ الصَّبِيِّ وَخَطَأُهُ وَاحِدٌ»، مستعملة بعينها في المجنون والسفيه مخصوصاً بباب الجنایات.

ففي خبر السكوني عن الصادق عليه السلام الذي حكى فيه فعل أمير المؤمنين عليه السلام، إلى أن قال: «فَجَعَلَ الدِّيَّةَ عَلَى قَوْمِهِ وَجَعَلَ عَمْدَهُ وَخَطَأَهُ سَوَاءً»^(١). فهذه العبارة ليست ظاهرة في أن المراد بكون عمد الصبي خطأ، أن العقوبة الدنيوية والأخروية مرفوعة عنه، ليس هذا فقط بل وأنها صالحة لصرف إطلاق عمد الصبي خطأ في الحديث الأول أيضاً، لأنه ليس معلوم الإطلاق حتى يقال: إن المبتدئين لا يُقيدان ببعض، بل نشك في أصل إطلاق الحديث بالنسبة إلى غير باب الجنایات، في حين أن القدر المتيقن منه باب الجنایات. ومن المقرر في الأصول أنه: يشترط في الإطلاق أمور: منها عدم القرينة على التقييد (والقرينة موجودة)، ومنها عدم وجود قدر متيقن للإطلاق (وفي المقام يصلح باب الجنایات لكونه القدر المتيقن).

وقد يمكن أن يكون لذلك جَعَلَ صاحب الجواهر رحمته الله صحيح محمد بن مسلم خاصاً باب الجنایات، حيث قال في مسألة القصاص من الصبي: وخصوص قول الصادق عليه السلام في صحيح ابن مسلم^(٢).

هذا كله بالإضافة إلى أن كلمة (عمده خطأه) تحتل معنيتين مع قطع النظر عن الوجوه الخارجية:

(١) تهذيب الأحكام، ج ١٠، ص ٢٣٢.

(٢) جواهر الكلام، ج ٤٢، ص ١٧٨.

أحدهما: كون الصبي لا يتأتى منه القصد أبداً حتى يُعتبر قصده عند الشارع كلاً قصداً.

الثاني: إن حكم فعله العمدي هو كحكم فعله الخطئي. ومعلوم أنه لا ترجيح للأول على الثاني، مع أن العقود ليست أفعالاً مع عدم القصد، فلا يُتصور فيها الخطأ حتى يكون مساوياً مع العمد. كما أنه لا أثر للخطأ حتى يُنزل عليه العمد. إلا أن يقال: إن عدم صحة العقد من آثار الخطأ. فتدبر.

الثاني: صحة بيع الصبي

واستدل للقول بصحة عقد الصبي بوجوه:

أولاً: قوله تعالى: ﴿وَابْتُلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾^(١) بأحد تربيين:

ألف: إن المراد بالابتلاء هو اختبارهم في التصرفات والمعاملات، ولا يفني بغرضه إلا مع جعلهم يبيعون ويشترون حقيقة، ولكن حيث إنه لا يتحقق الاختبار إلا بإذن الولي وإشرافه فلا شمول للآية على الاستقلال بالتصرف، خصوصاً والمثبت في آخرها إنما هو الاستقلال بالتصرف، وهو مختص بما قبل البلوغ، بل تدل على التصرف المجاز أو المأذون فيه.

ونوقش فيه بأنه لا تعرض للآية إلا على وجوب الابتلاء. أما أنه مع الابتلاء تكون المعاملة صحيحة واقعية، أم صورية فاسدة، فلا تعرض له.

باء: إن قوله تعالى: ﴿فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا﴾، يدل على كون الرشد سبباً لوجوب دفع المال، ورشد كل شيء بحسبه، وكثيراً ما يكون غير البالغ رشيداً بالنسبة إلى بعض الأمور وبعض المعاملات، فيجب دفع المال إليه معه حتى يستقل بالتصرف.

(١) سورة النساء، آية: ٦.

ونوقش فيه بأن ظاهر السياق في الآية (والله أعلم) يدل على أن الابتلاء يقع قبل البلوغ ببرهة وجيزة، فإن بلغ وكان الرشد موجوداً دُفع إليه المال، وذلك لأنَّ رشد الطفل -الذي يميّزه عن السفه- يُعرف قبل البلوغ غالباً، إذ إن السفه ينقص درجة من الشعور في كل مرتبة من مراحل النمو. فهو سفه المراهقين كما هو سفه الأطفال، وسفه البالغين. فالابتلاء، وإن وقع قبل البلوغ، إلّا أن دفع المال مشروط به وبالرشد، حيث إن قوله: ﴿حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ﴾، يبقى بدون معنى وبدون فائدة مع كون الرشد السبب الوحيد للدفع والاستقلال بالتصرف.

ثانياً: الأحاديث الخاصة، وهي كما يلي:

١ - ما أرسله الشيخ ثَبَّتْ في المبسوط: روي أنه إذا بلغ عشر سنين وكان رشيداً كان جائزاً^(١). إلّا أن الحديث مرسل غير مُنْجَبَر، وغير معمول به حتى من المرسل. مع أن ظاهره جواز التصرف المستقل، فهو إذن من الأحاديث الظاهرة في كون الرشد كافٍ في جواز استقلاله في أمواله، فيكون معارضاً لما تقدّم من الآية والأحاديث الدالة على عدم استقلال الطفل في أمواله قبل البلوغ. ومن هنا احتمال عدم وجود الرواية بهذا المضمون، بل إن ما أرسله الشيخ هو معنى ما فهمه من أحاديث جواز التصرف للصبي البالغ عَشْرًا في العتق والوصية والطلاق. أو يكون الشيخ قد فهم ذلك من أحاديث أن البلوغ يتحقق ببلوغ العشر أو الثمان، مثل: المروي عن سليمان بن حفص والحسن بن راشد عن العسكري عَلَيْهِ السَّلَامُ أنه: «إِذَا بَلَغَ الْغُلَامُ ثَمَانِي سِنِينَ فَجَائِزُ أَمْرُهُ فِي مَالِهِ، وَقَدْ وَجَبَ عَلَيْهِ الْفَرَائِضُ وَالْحُدُودُ»^(٢). ومثل ما أرسل في الكتب وعمل بها الشيخ أيضاً في النهاية^(٣) والاستبصار^(٤)، أنه إذا بلغ الصبي عشر سنين اقتضَ منه. وقد اعترف في الجواهر أنها مقطوعة^(٥) غير

(١) المبسوط، ج ٢، ص ١٦٤.

(٢) وسائل الشيعة (الإسلامية)، ج ١٣، ص ٣٢٢، باب ١٥ من أبواب الوقوف والصدقات، ح ٤.

(٣) النهاية، ص ٧٦١.

(٤) الاستبصار، ج ٤، ص ٢٨٧.

(٥) جواهر الكلام، ج ٤٢، ص ١٨٠.

حجة. كما أن الأولى غير معمول بها من أحد^(١).

٢- النصوص الدالة على جواز وصية الطفل وصدقته وعتقه مثل:

ألف: صحيح زرارة، الذي رواه المشايخ الثلاثة عن أبي جعفر عليه السلام: «إِذَا
أَتَى عَلَى الْغُلَامِ عَشْرُ سِنِينَ فَإِنَّهُ يَجُوزُ لَهُ فِي مَالِهِ مَا أَعْتَقَ أَوْ تَصَدَّقَ أَوْ أَوْصَى عَلَى
حَدٍّ مَعْرُوفٍ وَحَقٌّ فَهُوَ جَائِزٌ»^(٢).

باء: موثق ابن مسلم عن أحدهما عليه السلام: «يَجُوزُ طَلَاقُ الْغُلَامِ - إِذَا كَانَ قَدْ
عَقَلَ - وَصَدَقَتُهُ وَوَصِيَّتُهُ وَإِنْ لَمْ يَحْتَلِمْ»^(٣).

وغيرهما من النصوص الصحيحة التي عُمِلت بها في باب الوصية قطعاً، بل
ادّعى في الجواهر الشهرة عليها^(٤).

وتقريب الاستدلال بها على المقام: إن لفظ الصبي إن لم يكن معتبراً في
الشرع لم يكن هناك فرق بين الوصية والبيع، كما أنه لم يكن معنى للفرق بينهما
إذا كان لفظه معتبراً عند الشرع. هذا مع أن مثل حديث الرفع آبٍ عن التخصيص
بالوصية والعتق إذا كان الحديث ظاهراً في سلب الاعتبار عن لفظه. فالأولى جعل
معنى حديث الرفع رفع التكليف عنه لا رفع الاعتبار عن عبارته. مع أن الوصية
والعتق والصدقة أولى بعدم الجواز من سائر تصرفاته كالعقود ونحوها لأنها بدون
عوض مع أن الثانية معه، فتأمل.

هذا، ولكن تلك الأحاديث ليست بظاهرة في استقلاله بالتصرف، بل مع نوع
من إشراف الولي، لما فيها من مثل: على حد معروف، أو إذا أصاب موضع الوصية،
كما سيأتي البحث عنها في باب إن شاء الله.

(١) جواهر الكلام، ج ٤٢، ص ١٨٠.

(٢) الكافي، ج ٧، ص ٢٨.

(٣) تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ١٨٢.

(٤) جواهر الكلام، ج ٢٨، ص ٢٧١.

ثالثاً: السيرة، حيث إن المسلمين لم يزالوا يتعاملون مع الصبيان ويتعامل الصبيان معهم ويؤكلون إليهم أمور البيع والشراء، فلو كانت عبارة الصبي مسلوقة الاعتبار شرعاً لما جرت السيرة بذلك.

قال **ثُمَّ** في الرياض: نعم، الأظهر جوازه فيما كان فيه بمنزلة الآلة لمن له الأهلية، لتداوله في الأعصار والأمصار السابقة واللاحقة من غير نكير، بحيث يعد مثله إجماعاً من المسلمين كافة، لكن ينبغي تخصيصه بما هو المعتاد في أمثال هذه الأزمنة، فإنه الذي يمكن فيه دعوى اتفاق الأمة^(١)، ضرورة ظهوره في إرادة التصرف الإنشائي الذي يترتب عليه الملك والتمليك لا الإباحة بالمعنى الأعم^(٢).

ونوقش في السيرة موضوعاً وحكماً. أما في الموضوع فبما ذكره في المستند من أن هذه السيرة إنما هي في الإباحة التي هي نوع من الهبة المعوضة تقريباً لا الملك البيعي^(٣). وفيه ما ذكره في الرياض في آخر عبارته المتقدمة من أن الظاهر من الناس التعامل مع الصبيان على غرار التعامل مع الكبار بدون فرق في كل شيء حتى في حصول الملكية المرادة من المعاملة. وأمام هذا الظاهر يجب علينا إما أن نلتزم بكون الإنشاء إنما هو من الولي، والطفل وسيط بين الولي والطرف الآخر للمعاملة، وأن هذا نوع من المعاطاة، وأن كل أنواع المعاطاة بيع، حتى مثل هذا النوع، ومثل دخول الحمام ووضع النقد في صندوق الحمامي، كما ليس ذلك بالبعيد - وقد تقدّم الاستدلال عليه بالسيرة والصدق العرفي للفظ البيع عليه - وقلنا بأنه يكفي هذا الصدق في صحة كل بيع لم يرد من الشارع نهى عنه بخصوصه. وإما أن نقول بأن إنشاء الصبي معتبر كإنشاء الولي، فيدل على المطلوب. ولا يمكن لنا نفي كل ذلك، لأن السيرة إنما قامت على بيع الصبيان لا على الإباحة بين أوليائهم وبين المعاملين بسببهم.

(١) رياض المسائل، ج ٨، ص ١١٦.

(٢) جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٦٤ (بعد حكاية قول صاحب الرياض).

(٣) انظر: مستند الشيعة، ج ١٤، ص ٢٦٥.

وقد يُستدل على السيرة - نوعاً ما - بما في التذكرة من أن أبا الدرداء اشترى عصفوراً من صبي فأرسله^(١)، حيث يدل على أن مثل أبي الدرداء كان يعامل الصبيان على عهد قريب إلى الرسول ﷺ.

وأما في الحكم فقد قال الشيخ مُدْرَسُ: وفيه (أي الاستدلال بالسيرة) إشكال من جهة قوة احتمال كون السيرة ناشئة عن عدم المبالاة في الدين، كما في كثير من سيرهم الفاسدة. ويُؤيد ذلك ما يُرى من استمرار سيرتهم على عدم الفرق بين المميزين وغيرهم، ولا بينهم وبين المجانين، ولا بين معاملتهم لأنفسهم بالاستقلال بحيث لا يعلم الولي أصلاً، ومعاملتهم لأوليائهم على سبيل الآلية^(٢). ولكن من المعلوم أنه لا يجب طرح السيرة بذاتها لأجل تعدي بعض المشرعة فيها، فتأمل لكي تعرف أن السيرة المعتبرة هي ما أفادت اطمئنان الإنسان بحكم الشرع، وإلا لم تُفد غير التأيد.

رابعاً: الحرج، حيث استدل به بعضهم على جواز تصرف الطفل، حيث إن كثيراً من معاملات الناس تتم بواسطة أطفالهم، فيكون المنع حكماً حرجياً بالنسبة إلى المعاملين والأولياء.

ونوقش فيه: أنه يمكن التحرّز عن الحرج بعد القول بكفاية هذا النوع من المعاطاة في نقل الأشياء بيعاً، كما تقدّم اختياره في مبحث المعاطاة.

خامساً: المروي عن السكوني، عن الإمام الصادق عليه السلام، قال: «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ كَسْبِ الْأِمَاءِ فَإِنَّهَا إِنْ لَمْ تَحْدُ زَنْتَ، إِلَّا أُمَةً قَدْ عُرِفَتْ بِصَنْعَةِ يَدٍ، وَنَهَى عَنْ كَسْبِ الْغُلَامِ الَّذِي لَا يُحْسِنُ صِنَاعَةً بِيَدِهِ فَإِنَّهُ إِنْ لَمْ يَحْدُ سَرَقٌ»^(٣).

والظاهر من الحديث كون ما بيد الصبي - من الأموال التي اكتسبها بيده -

(١) تذكرة الفقهاء، العلامة الحلي (ط قم)، ج ١٤، ص ٢٤٣.

(٢) كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٢٨٨.

(٣) الكافي، ج ٥، ص ١٢٨.

مكروهة الاستعمال لاحتمال كونها مسروقة، إلا أن يكون الصبي ممَّن يضعف احتمال السرقة عنده، كمَّن يعرف صناعة. فالنهي إنما توجَّه مع عدم معرفته صناعة، كما أنَّه معلول باحتمال كون ما في يده من السرقة، مع أن ظاهر العلة كون احتمال السرقة وحده السبب في النهي، وكل ذلك دالٌّ على صحة المعاملة مع عدم هذا الاحتمال.

ونوقش فيه: إنَّ الحديث يحتمل وجهين:

الأول: أن يكون لفظ كسب بمعنى الاكتساب، فيكون النهي متوجهاً إلى الأولياء أن يستخدموا أبناءهم في الكسب، إلا أن يكونوا صناعاً عارفين. وهذا المعنى وإن كان ظاهر لفظ الكسب إلا أن سياق العبارة ينفيه.

الثاني: أن يكون بمعنى المكتسب، وهو يحتمل وجوهاً:

١- إنَّ النهي إنما هو عن المكتسب ولا دلالة فيه على جواز كسبه منفرداً، فقد يمكن أن يكون النهي تنزيهياً يفيد كراهة استعمال المال الجائز للطفل اكتسابه. كالالتقاط والاستئجار والجعالة ونحوها، حيث إنَّ حكم هذه الأشياء تشمل حتى الموضوع الباطل، فتأمل.

٢- إنَّ المقصود أن ما يكتسبه الطفل ممنوع التصرف. وتكون الحكمة فيه احتمال السرقة من دون أن يكون ذلك علة تامّة، بل من المحتمل أن تكون هناك علة أخرى هي عدم الاعتبار بأقواله وأعماله، فيكون الحديث دالاً -على هذا الوجه- على عدم جواز بيع الطفل، إلا أنه ظاهر في المعاملة الاستقلالية، لا التي تكون بإذن الولي كما لا يخفى.

ولكن هذه الاحتمالات لا تنافي ظهور الحديث في كون العلة في النهي عمّا اكتسبه الصبي هو احتمال السرقة، وأنَّ الحكم مختص بمن لا يعرف صناعة بيده، كما أن سياق النهي الكراهة لا الحرمة. كل ذلك لأنَّ الظهور اللفظي غير الاحتمال العقلي، وألفاظ الشارع معتمدة على الظواهر لا على الاحتمالات كما لا يخفى. هذا

منتهى ما يُستدل به على جواز معاملة الصبي مع إذن الولي أو إجازته. ولا فرق فيهما بين الإجازة الخاصة أو العامة، كإعطاء الولد نقداً صغيراً عند ذهابه إلى المدرسة لصرفه أنى شاء، فإنه إذن إجمالي بكل تصرف يحصل من الطفل بهذا النقد.

الثالث: التفصيل بين الموارد المختلفة

واستدل للقول الثالث القائل بالتفصيل بين البالغ عشرراً وغيره، ببعض الأحاديث التي تقدّمت عند ذكر النصوص الخاصة بجواز معاملة الصبي كما تقدّم توجيهها. نعم، قد يُستدل ببعض الأخبار على كون بلوغ العشر أو الثالث عشر هو البلوغ الشرعي. والبحث فيه خارج عن موضوع المقام، حيث إننا نبحث عن معاملة الصبي قبل البلوغ، وهذا الكلام يأتي في موضوع البلوغ.

الرابع: جواز بيعه وشرائه في الأمور اليسيرة

واستدل للقول بجواز البيع والشراء في الأمور اليسيرة بوجوه:

- ١ - اختصاص الأدلة بالأمور العظيمة، بقرينة مناسبة الحكم والموضوع، حيث إن الظاهر من النهي عن معاملة الصبي إنما هو في الأمور الخطيرة التي تحتاج إلى العقل، لا الأمور التي لا يفرق فيها بين العاقل وغيره.
- ٢ - لزوم الحرج مع منع معاملة الصبي حتى في الأمور الحقة.
- ٣ - سيرة المتشرعة الدالة على جواز معاملة الصبي.

وفي كل هذه الأدلة نظر. أما في الثاني والثالث فهو ما تقدّم ضمن نقد أدلة المجوزين، إذ إن الحرج ينتفي بعد القول بجواز المعاطاة التي يقع بين الولي بواسطة الطفل وبين المعامل الآخر، وأنها تماماً كالمعاملة الواقعة بين الإنسان والإنسان بواسطة الهرة أو الكلب أو الآلة الصماء، وأنها تفيد ملكية بيعية، كما تقدّم اختياره. هذا مضافاً إلى كون الحرج يحدّد بموضوعه الشخصي، وبتعبير آخر: إن أدلة الحرج إنما تنفي الحكم الشخصي الفعلي المسبّب للحرج، فلو كان فعل واحد حرجياً عند فرد (كالوضوء بالماء البارد) غير حرجي بالنسبة إلى فرد آخر، سقط عن الأول دون

الثاني، إلا أن يُقال: إنه إذا كان حكماً ملازماً للخرج منذ أن نزل الكتاب إلى اليوم نكتشف منه عدم حكم الشرع به لأن الدين لا يبني بناءً على الحكم الحرجي إلا لضرورة كالجهاد ونحوه. وليس هناك ما يخصص عموم قوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُم فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾^(١)، إذ إنه كما يشمل الحكم الشخصي فكذلك يشمل الحكم العام الملازم للخرج دائماً.

والسيرة مجملة، والمتيقن منها ما إذا كانت معاطاة بين الولي والمعامل، بيد أننا التزمنا بجواز هذه المعاملة، وأنها بيع شرعي لكونها بيعاً عرفياً، كما تقدّم.

وأما الدليل الأول، فإن الانصراف - وإن كان موجوداً في بعض الأدلة، كأقوال الفقهاء التي تشكل بمجموعها الإجماع - ولكنه غير مقبول بالنسبة إلى بعضها الآخر مثل حديث رفع القلم والأحاديث الخاصة ونحوها.

(١) سورة الحج، آية: ٧٨.

والشرط الثاني للمتعاقدين هو القصد، ويأتي هذا الشرط في الرتبة قبل شرط الرضا، لأنه نوع من القصد على ما ذُكر وسيأتي، ولأنه مشتمل على بعض ما يجري هناك.

ومتعلق القصد في العقد أمور أربعة:

- الأول: حقيقة العقد من بيع أو هبة أو نحوهما.
 - الثاني: ما يقع به العقد من درهم أو دينار، كلي أو شخصي، خارجي أو في الذمة.
 - الثالث: مَنْ يقع معه العقد من وكيل أو أصيل.
 - الرابع: مَنْ تكون له فائدة العقد من البائع نفسه أو غيره.
- فالبحث يجري في كل هذه الأمور.

١- حقيقة العقد

لا شك في لزوم تعيين حقيقة العقد الذي يلتزم الطرفان به، وذلك لأجل اختلاف الرغبات بالنسبة إلى آثار العقد. ومن المعلوم أنه لا يمكن الالتزام بآثار مجهولة مع أن حقيقة العقد هو الالتزام بشيء. نعم، قد يُقال بعدم اشتراط ذلك بالنسبة إلى عقدين لا يلتفت إلى الفوارق الموجودة بينهما، كالبيع والهبة المعوضة، أو الإباحة والبيع، إلا أنه لا يصدق عليه اسم البيع كما لا يصدق اسم الهبة المعوضة، فيُنَى على القول بصحة المعاملة المستحدثة التي تشمل الجامع بين معاملتين.

٢- في العوضين

فلا ريب في لزوم تعيينهما بنوع ما في العقود التي يكون العوضان مقصودين بها، ولا سيما في البيع الذي حقيقته مبادلة مال بمال. ومعلوم أن الغرض الأصلي هو جعل مالك كل مالٍ مالكا للآخر، وهذا لا يتم إلا بعد معرفة المال وتشخيصه خارجاً. ولكن لا يجب تعيين من ينتسب إليه إذا كان المال معروفاً بشخصه أو وصفه. نعم، لو كان في الذمة فقد أشار الشيخ الأنصاري رحمته الله إلى أنه لا يتعين المال إلا بتعيين من ينتسب إليه ويتعلق بذمته إذا كان المال كلياً. حيث إن الذمة الكلية ليست شيئاً موجوداً حتى يكون طرفاً للمبادلة، وحتى يصبح مملوكاً لمن خرج العوض الآخر عن ملكه^(١). فإذا قيل: بعت هذا الكتاب بدينار كلي في ذمة أحد الجالسين، فإنه لا يُعرف أن الدينار في ذمة أي واحد منهم، ولذلك فلا مالية له. ومع عدم وجود مالية له لا يمكن أن يكون عوضاً عن الكتاب.

ولكن نوقش فيه بأنه وإن لم يكن متعيناً حين العقد، ولكنه يتعين فيما بعد، إما بالاختيار أو بالقرعة، فيكون معناه بعت الكتاب في مقابل دينار بذمة الفرد الذي يتعين فيما بعد. وهذا الفرد -المتعين في الواقع- له ذمة يصح اعتبار المالية باعتبارها للدينار كما لا يخفى. ويزيد هذا الفرع وضوحاً بعد مراجعة العرف الذي نراه يجري هكذا بيع، فيبيع الدلال -بين مجمع حاشد- السلعة لمن يقبل أن يشتريه بدينار مثلاً، وكأن النزاع ينقلب لفظياً في هذا الفرع، فإن الشيخ أنكر البيع الكلي بدون التعيين، وإن من ناقشه أرجعه إلى التعيين واكتفى بالتعيين المتأخر.

٣- تعيين المتعاقدين

وأما في تعيين المتعاقدين فهو على أقسام:

- ١ - فقد يكونان معلومين بشخصهما، كما إذا باع زيد الكتاب من عمرو، وهذا صحيح قطعاً.

(١) انظر: كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٢٩٩ و ٣٠٠.

- ٢- وقد يكون أحدهما مجهولاً عند المشتري متعيناً في الواقع، كالبيع لمن كان قد تكلم أولاً وسأوم قبل الآخرين مع فرض عدم العلم بذلك.
- ٣- أو يكون أحدهما مجهولاً في الواقع أيضاً، كالبيع من إنسانٍ ما على أن يعينه فيما بعد، ومنه البيع لأحد موكله من دون تعيين له.
- ٤- أو يكون أحدهما مردداً بين فردين كالبيع من زيد أو عمرو.

والبحث في هذه الثلاثة الأخيرة من جهة كونها صحيحة أم لا، وفيها ثلاثة أقوال: قول بالصحة مطلقاً، وقول بالبطلان كذلك -ذهب إليه صاحب المقابس-، وقول بالتفصيل بين أن يكون العوض في الذمة فلا يصح، أو لا فيصح، اختاره الشيخ^(١)، وقد تقدّم وجهه مع المناقشة فيه.

واستبدل للقول الأول بأمور:

الأول: لو صحّ ذلك لزم خروج المال من ملك مالكه الأول بعد العقد، وعدم دخوله في ملك أحد، إذ المفروض عدم وجود مالك معين.

ونوقش فيه:

أولاً: بأنه لا محذور في بقاء المال بلا مالك برهة من الزمن، ذلك لأن الملكية ليست سوى اعتبار خارجي يمكن أن يكون معتبراً في زمان دون زمان، ونظيره ملكية الموقوف له الوقف بعد وجوده، وملكية الفقراء الحقوق المالية، فإنه لا يوجد هاهنا مالك معين للمال، ومع ذلك لم نقل باستحالته.

وثانياً: إن من يُعين فيما بعد هو المالك الذي انتقل إليه المال.

وثالثاً: لا شك في أن كل عقد -مهما يكن- يحتاج إلى القبول لصحته، وفي خلال الإيجاب والقبول ماذا يكون المال، يكون في المقام كذلك، إذ إن المالك لا يخرج عن ملكه الآن بل بعد القبول كما لا يخفى.

(١) انظر: كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٢٩٦-٣٠٢.

الثاني: إنه يستلزم عدم الجزم بالعقد.

ونوقش فيه بأن الجزم حاصل بما يفيد واقع العهد الوثيق، أما ما عداه فلا دليل على لزومه كما تقدّم. نعم، ليس المالك معيناً، وهو غير مضر بالجزم، ولا بالعقد لو سلّم الإضرار بالجزم.

الثالث: إن الأدلة منصرفة عن العقد مع الفرد الكلي.

ونوقش فيه بأنه لا يضر مثل هذا الانصراف بالإطلاق والعموم.

الرابع: إنه لا دليل على اعتبار التعيين المتعقب، فيبقى العقد غير نافذ إلى الأبد، لعدم إمكان تعيينه خارجاً.

ونوقش فيه بأنه إن كان قد أراد من الأول أن يعيّن العاقد الذي عقد معه باختياره أو مع القرعة أو بتعيين أحد أو بشيء مصادف اتّفاقي، فلا محذور. إذ إن المتعيّن هو الذي كان العقد معه حقيقة. وإلاّ فقد قيل: إن كان هناك ما يمكن أن يستشهد به للتعيين ولو مع الاحتياج إلى إذن الحاكم الشرعي، وإلاّ فيرجع إلى أدلة القرعة التي هي المرجع في هذه الموارد، فتأمّل.

ويحتمل أن يقال: إنّه إن كان العوض معلوماً صح ووقع عن صاحب العوض وإلاّ فلا صحة للعقد، إذ حقيقته إيصال شيء بشيء إيصالاً قوياً. أو بمعنى آخر: العهد الوثيق، كما ذكر ذلك اللغويون. ولا بد للربط من فردين، ولا تحقّق للطرف الآخر مع عدم وجود الفرد الآخر أبداً، فتأمّل.

ثم إنه هل يجب تعيين أنّ البائع أو المشتري وكيل أو أصيل أم لا؟. فيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: إنه حيث علّم أنّ العقود تابعة للقصد من جهة أنّ معنى العقد أو التبانّي والتعاهد على شيء هو أمر قلبي لا لفظي، ولا يمكن فصل القصد عن فعل قلبي، هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى أن الأمر القلبي راجع في سعته وضيقة

إلى مقدار القصد إليه، فإذا باع بشرط أو بشخص أو في حال، كان قصده مخصوصاً بصورة تحقق ذلك الشرط والشخص والحالة، ومع انتفائها فلا قصد إلى العقد، ومع عدم القصد لا تحقق للعقد. وهذا غير محتاج إلى تخصيص لعموم العقود بل هو من قبيل التخصص، وإن عدم القيد في الأمر القصدي يسبب عدم المقيّد أيضاً. ومن هنا كان الاستدلال للمقام بقوله: «لَا عَمَلَ إِلَّا بِنِيَّةٍ»^(١)، و: «إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ»^(٢)، غير وارد؛ إذ لا عمل حتى يقال بعدم صحته لعدم مطابقتها مع القصد والنية، إذ إن العمل القلبي يتقوم بالنية ولا يتلون بها كأعمال البدن والجوارح. ولذلك كله فإن أمر تعيين البائع الحقيقي إن كان ملاحظاً في العقد بمعنى اختلاف الرغبة فيه باختلاف الأفراد يلزم توفره، إذ مع عدم القصد إلى البيع مع موكل المشتري مثلاً لا يتحقق عقد. وأما إذا لم يختلف الأفراد عند البائع لا يجب، إذ القصد إلى العقد موجود.

الفرع الثاني: ومن هنا يُعرف حكم الفرع الثاني الذي هو: هل الكلام ظاهره في كون المخاطب طرف للمعاملة أم لا؟ حيث إن غالب أقسام البيع الشائعة بين الناس لا ترمي إلى أكثر من مبادلة مال بمال من دون ملاحظة مالتهما. ولذلك فإن القصد المقوم لحقيقة البيع موجود ولو مع عدم أصالة المشتري في البيع، وهذا بذاته قرينة صارفة للكلام الذي يوجّه إلى العاقد أو القابل عن كونهما أصليين في إجراء هذا العقد إلى كونهما متصرفين في المال المتبادل سواء كانا أصليين أو وكيلين.

الفرع الثالث: وهو مشابه في الموضوع والحكم لما تقدّم، وهو: هل يشترط استعمال لفظ الوكيل مع العلم بكون أحد الطرفين وكيلًا، أم يجوز توجيه الخطاب إليه؟ الظاهر عدم اشتراط ذلك على القول بكفاية الظاهر من الألفاظ في العقد، وأما

(١) الكافي، ج ٢، ص ٨٥، عن علي بن الحسين عليه السلام. وفي الوسائل (آل البيت عليهم السلام) ج ٦، ص ٥: عن الإمام الرضا عليه السلام أيضاً.

(٢) تهذيب الاحكام، ج ١، ص ٨٤، عن رسول الله ﷺ.

مع عدمه فلا. والإنصاف أن معنى بعتك: بادلْتُ معك البضاعة سواء كانت لك أو لغيرك، ومعنى اشتريت منك: أنه دفعت إليك العوض صار لك أو لغيرك. وهكذا فلا حاجة للتصريح بالوكالة. ويشهد له أن الوجدان لا يرى مجازاً في التعبير بلفظ بعتك أو اشتريت منك، عند العلم بعدم كون الطرف الآخر أصيلاً.

٤- مَنْ تَصِيرُ إِلَيْهِ فَائِدَةُ الْعَقْدِ

الأمر الرابع في الذي تصير إليه نتيجة العقد، ونقصد بذلك أنه إذا قال: بعتك هذا الفرس على أن يكون العوض لزيد. أو قال: بعتك فرس زيد على أن يكون العوض لي. فهل يصح العقد أم لا؟ وعلى فرض الصحة لمن يكون العوض؟.

ذهب المحقق الثاني رحمته الله إلى القول بالصحة، ورجوع المال إلى المالك الحقيقي دون مَنْ قُصِدَ. وعلل بأن المعاوضة تعني أن يصير كل مال إلى مالك الآخر، كما هو المفهوم العرفي له، خصوصاً في البيع الذي فُسِّرَ في اللغة بـ: مبادلة مال بمال. ويؤيد اللغة ما نجده من تبادل المبادلة بهذا المعنى إلى الذهن من لفظ البيع ومشتقاته، وأما قصده جعل العوض لغير من يخسر المعوض فهو لغو، إذ إن قصده إجراء عقد البيع ينافي قصده الأول.

وأشكل عليه بأن منتهى الأمر أن يكون العاقد مشروطاً في عقده شرطاً فاسداً إذ إن رجوع العوض إلى غير صاحب المعوض منافٍ لحقيقة البيع، فيبني على أن الشرط الفاسد مفسدٌ أم لا؟ هذا مع أن مقتضى قاعدة أن العقود تابعة للقصد إما صحة هذا البيع أو بطلانه، لا صحته ووقوعه بشكل غير مقصود. وقد يُفصل بين عمل الغاصب الذي يبيع ويشترى بالمال المغتصب - وقد التزموا بصحة معاملاته مع إذن المالك - وبين غيره. إذ إن الغاصب لا يريد جعل العوض ملكاً لنفسه شرعاً، إذ هو عالم بعدم صحة ذلك، بل عرفاً مع عدم مبالاته شرعاً بكونه ملك أي فرد كان فيكون كالفضولي. أما غيره كمن يبيع مال نفسه عن غيره، فهو يجعل البيع للغير رأساً، إلا أن يدعى صحة ذلك على أن يكون عقدان في عقد واحد، فهو بيع وهبة،

وفي الواقع يكون العوض له ثم يصير إلى الأجنبي بسبب الهبة. وتكون الثمرة في صحة الرجوع وعدمها، إذ مع كون العوض راجعاً إلى الأجنبي رأساً قد يُقال بعدم صحة الرجوع فيه للمالك بخلاف الهبة.

هذا، وقد عرفت من مطاوي الكلمات أنّ الأظهر بناء المسألة على أن البيع مبادلة أم تبديل؟ فإن كان الثاني صحّ مطلقاً. وإن كان الأول صحّ إذا قصد رجوع المال إليه أولاً ثم صيرورته إلى الأجنبي بعقد جديد، وبطل في غيره.

وهنا نُشير إلى حكم عبارة المجنون والسكران والهازل والنائم والغاضب وما أشبه، وذلك بفهم الموضوع أولاً، والحكم ثانياً.

لنبدأ بمعرفة الموضوع والذي يتصل بشرط القصد في العقد، والقصد (الإرادة والمشية) مرتبة من مراتب العقل على ما يُبين في مباحث الفلسفة. وحقيقته: قوة يستطيع بها الإنسان الاختيار في أعماله، والتحليق بنفسه فوق مستوى العواطف والمؤثرات الخارجية. وكل واحد منا يجد نفسه مريداً في حين الفعل وفي حين الترك أيضاً بدون تأثير شيء في ذات إرادته، وإن كان قد يؤثر في مقدماتها كالشوق والكراهية. واللفظ تعبير عن إرادة الإنسان في الأغلب، وفي غير الأغلب تصوير لعلمه وفكره. فالأول يُسمى إنشاءً. والثاني إخباراً. واللفظ الموافق للإرادة هو المعتمد عليه في الإنشاء، وهو بمنزلة مطابقة اللفظ للعلم في الإخبار. فكما يُقال لمن يخالف قوله ما يعرفه: هذا كاذب، يُقال لمن لا يريد شيئاً ويظهر أنه يريد بالأمر به: أنه كاذب. والمجنون والسكران والهازل ونحوهم، حيث لا إرادة لهم، لا يُتصور الصدق في إنشاءاتهم، فلا يصح شيء من عقودهم، لأن حقيقة العقد هو القصد الفعلي على الالتزام بأمر مستمر، وهو معنى العهد الشديد أيضاً، وهذا لا يوجد عندهم.

لذلك قال المحقق الحلي رحمته الله في الشرائع بعدم صحة عقد (المجنون)^(١)

(١) شرائع الإسلام، ج ٢، كتاب التجارة، في شروط عقد البيع، ص ٢٦٨.

لفقدان العقل الذي يعتبر وجوده في العقد.

وعُلّق على هذه الفقرة في الجواهر بقوله **قَدْ نَسَتْ**: لا أجد فيه خلافاً، بل الإجماع بقسميه عليه، بل الضرورة من المذهب، بل الدين، لا لعدم القصد، فإنه قد يُفرض في بعض أفراد الجنون بل لعدم اعتبار قصده، وكون لفظه كلفظ النائم بل أصوات البهائم، وهو المراد من رفع القلم عنه وعن الصبي في الخبر^(١).

أقسام الجنون

ولكن ينبغي أن يُقال: إن الجنون أقسام، ما يفقد معه القصد بتاتاً، وهو ملحق بغير المميز. وما يفقد معه الرشد شيئاً من القصد، وهو ملحق بالطفل المميز الذي يجب أن نقول باعتبار لفظه وعقده المأذون فيه من قبل الولي. وما لا يفقد فيه سوى بعض وجوه عقله، بينما تظل سائر وجوهه مكتملاً واعياً، كمن يختار الأقل والأحقر على الأكثر والأعظم بغير سبب، ولكن عقله بالنسبة إلى سائر أموره سليم واع. وهذا يُعدّ من العقلاء في الجهات التي نعلم فيها بعدم نقصان عقله فيها، وبذلك تصح عقوده وسائر أعماله، كما يجب عليه ما يجب على غيره من التكاليف التي يشعر بها، حيث إن شروط التكليف متوفرة، ومجرد صدق المجنون على هذا الإنسان غير ضائر بعد العلم بكون سبب سقوط التكليف عدم الإفاقة، لما في الحديث الشريف: «**رُفِعَ الْقَلَمُ عَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يُفِيقَ**»^(٢). فالإفاقة هي الغاية التي ينتهي بها الجنون، فإذا حصلت في مجنونٍ بالنسبة إلى شيء خاص وجب عليه. وهذا بخلاف الصبي حيث إنه لم يُعلم كون سبب سقوط التكليف فيه عُدْمُ العقل بل مع ضعف البنية أيضاً. ولذلك لم يُقَيّد بالعقل بل قُيّد بالبلوغ الذي فيه اكتمال الفكر والجسم معاً. ومن ذلك كله يُعرف أنه لا وجه لجعل عبارة المجنون أو قصده ملغى شرعاً مطلقاً، حتى بالنسبة إلى الأمر الذي نعلم بعدم نقصان عقله فيه، فهو بالنسبة إليه كالأدوارى إلى حالة إفاقته الذي لا شك في صيرورته فيها بمنزلة العاقل. ومن هنا يعرف ما في

(١) جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٦٥.

(٢) وسائل الشيعة (آل البيت)، ج ٢٨، ص ٢٣.

قول صاحب الجواهر من مناقشة وذلك حين قال: مع أن العمومات التي قد اغتر بها من عرفت في الصبي شاملة لبعض أفرادها إن لم يكن جميعها^(١). حيث إنه لا وجه لطرده العمومات وإسقاطها عن الحجية بدون معارض. حيث عرفت الحال في الأدلة التي أقيمت على تخصيصها بالنسبة إلى الصبي والتي بعينها أقيمت في المجنون أيضاً. نعم مع عدم القصد يبطل العقد لما ذكر آنفاً من قوام العقد بالقصد.

مَنْ لَا قَصْدَ لَهُ

ويأتي قسم من البحوث السابقة في المغمى عليه والسكران غير المميز، اللذين لا يتصور لهما قصد إلى العقد، وكذلك النائم والهازل والغاضب غضباً يسلب معه الإرادة. ومثله يجب أن يُقال في الشهوة الجامحة التي تسلب المشيئة أيضاً، حيث إن الإنسان إذا أحب شيئاً حباً خارقاً قد يمكن أن يجذبه إلى المهلكة من دون أن يشعر بها. والدليل على البطلان في كل هذه الصور جميعاً عدم القصد المعتبر في تحقق واقع العقد.

ثم إنه بقي الفرق بين هذه الأفراد الذين يشملهم كلي عدم صحة العقد من حيث الإرادة والقصد، وذلك يُعرف بعد تقسيم الإنسان - باعتبار قصده إلى اللفظ - إلى أقسام:

١- ألا يقصد اللفظ والمعنى، بل يخرج اللفظ منه عفواً، كالنائم والساهي والمغمى عليه وبعض أقسام السكران وبعض أفراد المجنون الذي لا يريد فعلاً ولا يشعر بصدوره عنه أبداً، ومثله بعض حالات الهجر.

٢- أن يقصد اللفظ ولا يقصد معناه أبداً، كأن يقول: إن لفظ (طلقت) صيغة ماضٍ، وكلمة (بعث) إخبار بمعنى الإنشاء.

٣- أن يقصد اللفظ والمعنى هزلاً. أي من دون أن يجعله موافقاً لإرادته الواقعية، مثل الكاذب الذي يستعمل اللفظ في معناه من دون أن يطابق علمه. وكالهازل والبائع صورياً ونحوهما.

(١) جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٦٥.

٤- أن يقصد كلاً من اللفظ والمعنى، ويريد من اللفظ الإنشاء، ويكون قاصداً بجدّ وإنشاء ولكن لا يكون ذلك الإنشاء القلبي إلا عن إكراه وإلجاء كالمُكره.

٥- أن يقصد كل ذلك مع طيب النفس وانسراح خاطر، وهذا هو البيع الصحيح من جهة القصد. أما ما سواه فباطل، وقد تقدّم الكلام في غير المُكره.

٤- في الاختيار

أما المُكْرَه -الذي يفقد الشرط الرابع وهو الاختيار- فهو أيضاً يبطل بيعه إن لم يتعقبه الرضا، لعدم توفر الاختيار فيه.

ومن الأفضل أن نُقدِّم بحثاً عن حقيقة المُكْرَه، فنقول:

يتصور المُكْرَه على قسمين:

الأول: أن يكون مُكْرَها على إجراء الصيغة من دون أن يكون مُنْشِئاً لها وقاصداً لمضمونها.

الثاني: أن يكون مع الإنشاء القلبي والقصد إلى وقوع العقد من دون أن يكون راضياً به.

وقبل أن نبحث عن حكم كل من الوجهين، يجدر بنا أن نعرف موضوع

البحث في كلمات الفقهاء، هل هو القسم الأول أو القسم الثاني؟ فنقول:

آراء الفقهاء حول الإكراه

يرى صاحب المستند أن موضوع البحث عند الفقهاء هو القسم الأول.

واعتمد في ذلك على أن الإكراه لا يتحقق في القصد، فقال: ولا شك أن الإكراه من

الأمور المنافية لظهور القصد، بل يوجب ظهور خلافه^(١). ويُؤيِّد بقول العلامة^(٢)

(١) مستند الشيعة، ج ١٤، ص ٢٦٧.

(٢) تحرير الأحكام، ج ٤، ص ٥٢. قال: «ولو أكره على الطلاق فطلق ناوياً له، فالأقرب أنه غير مُكْرَه، إذ لا إكراه على القصد».

والشاهد الثاني^(١) في بعض فروع المسألة أنّ الإكراه لا يتحقق في القصد فلو قصد البيع وقع صحيحاً.

ويرى صاحب الرياض^(٢) أنّ موضوع البحث هو القسم الثاني دون الأول. ويذهب إلى ذلك في الجواهر^(٣) والمكاسب. قال الشيخ: وهذا الذي ذكرنا لا يكاد يخفى على من له أدنى تأمل في معنى الإكراه لغة وعرفاً، وأدنى تتبع فيما ذكره الأصحاب في فروع الإكراه التي لا تستقيم مع ما توهمه من خلو المكره عن قصد مفهوم اللفظ، وجعله مقابلاً للقصد، وحكمهم بعدم وجوب التورية في التفصي عن الإكراه، وصحة بيعه بعد الرضا، واستدلالهم له بالأخبار الواردة في طلاق المكره، وأنه لا طلاق إلا مع إرادة الطلاق حيث إن المنفي صحة الطلاق لا تحقق مفهومه لغة وعرفاً، وفيما ورد فيمن طلق مداراة بأهله، إلى غير ذلك، وفي أن مخالفة بعض العامة في وقوع الطلاق إكراهاً لا ينبغي أن تُحمل على الكلام المجرد عن قصد المفهوم الذي لا يسمى خبراً ولا إنشاءً^(٤).

ويناقش فيما اعتمد عليه في المستند من أنّ الإكراه لا يتحقق في القصد، فلا يمكن أن يكون هناك بيع مكره عليه مع القصد، يُناقش فيه من جهة أن الناس فطروا على موافقة ظاهر أقوالهم مع باطن أفكارهم، وهم يحسبون على الأغلب أن الإكراه إنما هو على البيع المقصود لا إجراء صيغة البيع من دون قصد إلى مدلولها. هذا بالإضافة إلى أنّ حقيقة القصد ليس أزيد من البناء على إجراء ما يتبع البيع الحقيقي غير المكره عليه من أحكام وآثار على هذا البيع وهو متحقق مع إجراء البيع المكره عليه، حيث إن العاقد يبنى على أن يجعل هذا البيع معاملة صحيحة ولكنها مكره عليها، فتأمل.

(١) الروضة البهية، ج ٣، ص ٢٢٦.

(٢) انظر: رياض المسائل، ج ٨، ص ١١٦.

(٣) انظر: جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٦٥-٢٦٩.

(٤) كتاب المكاسب، الشيخ الأنصاري، ج ٣، ص ٣٠١.

بطلان القسم الأول

وعلى آية حال فقد استدل على بطلان العقد في القسم الأول بما تقدّم من أن حقيقة العقد متقوِّمة بالقصد، وإذ لا قصد فلا عقد أصلاً. وهذا الدليل يستلزم بطلان العقد مطلقاً وعدم إمكان تصحيحه بالرضا المتعقب، لأنه لم يكن في الأول إلّا هراء غير معتبر شرعاً. هذا من جهة ومن جهة أخرى أن تصحيح هذا النوع من المعاملة مع تعقب الرضا يوجب القول بصحة عقد الهازل إذا تعقبه الرضا، مع أن صاحب الجواهر ادّعى الإجماع على عدم صحته^(١)، وهو كذلك إذ لا موجب لصحته إلّا على القول بكفاية التراضي في جريان العقد الشرعي، وهو أيضاً مخالف للإجماع والأدلة.

بطلان القسم الثاني

وأما القسم الثاني فيدل على بطلانه وجوه:

١- الإجماع. قال في الجواهر: «بلا خلاف أجده فيه بيننا، بل الإجماع بقسميه عليه بل الضرورة من المذهب»^(٢).

٢- قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾^(٣).

بتقريب: إن تقييد التجارة بالتراضي بعد جعلها معه سبباً في حليّة أكل المال وعدم كونه باطلاً، يدل على أنّ تمامية التجارة المحللة منوطة بالتراضي. وسواء كان معنى بالباطل: عدم الرضا، أو كان الاستثناء منقطعاً غير مفرّغ، فإن الآية ظاهرة في اعتبار التراضي لصحة التجارة وعدم كونها أكلاً للمال بالباطل، حيث إن ظاهر كون

(١) جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٦٧.

(٢) جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٦٥.

(٣) سورة النساء، آية: ٢٩.

أكل المال صحيحاً إن كان مع التجارة والتراضي وإلا كان بالباطل، وحينئذ لا يبقى وجه لاعتراض بعضهم على الاستدلال بالآية حيث قال: الأظهر عدم دلالة الآية، لأنه إن كان الاستدلال بالمستثنى منه، وهو ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ بدعوى أن عقد المكره - أي الصادر عن غير الرضا - من مصاديق الباطل، فيرد عليه: أنه مع إذن المالك الحقيقي - الموجب لخروجه عن كونه باطلاً المستكشف في المقام من العمومات - لا مجال للاستدلال به، وإن كان الاستدلال بالمستثنى وهو: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ فيرد عليه: أن الاستثناء منقطع غير مفرغ وهو لا يفيد الحصر^(١).

ونوقش فيه: إن التجارة المرضية استثنيت من الأكل لا من الأكل بالباطل، كقولك: لا تضرب ابنك ظلماً إلا أن تؤدبه، وهو ظاهر في أن قيد الظلم إنما وجه إلى الكلام مع فرض عدم التأديب، فيدل على انحصار سبب الأكل بالحق (الذي يقابل الأكل بالباطل) في التجارة مع تراضٍ، وسائر العمومات مفسرة لهذه الآية، وشارحة لها، فلا يمكن إخلالها عن قيد الرضا.

هذا مع أن الباطل لفظ يقابل الحق، ومعناه ما يراه العرف أو الشرع غير مستحق، والعقد مع عدم الرضا منه، ولا تصلح عمومات ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ ونحوها، لجعل الأكل بدون الرضا حقاً، لانصرافها إلى البيع المرضي لدى الطرفين، وليس فيها من العموم ما يمكن أن تكون مجوزة شرعاً تعبداً بأكل المال.

وبالجملة فلا إشكال في الاستدلال بكل من المستثنى والمستثنى منه، لأن عمومات الأدلة الخاصة لا تصلح لجعل الباطل العرفي حقاً للتعبد الشرعي، ولأن الاستثناء متّصل ومفيد للحصر. هذا كله مضافاً إلى أن الظهور اللغوي للآية لا يعتمد على هذه التكلفات، فهي إما ظاهرة أو لا، وهو راجع إلى فهم الإنسان لا إلى تدقيقه وتحقيقه.

(١) فقه الصادق، المحقق الروحاني، ج ١٥، ص ٣٩٥.

٣- قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطَيْبَةِ نَفْسٍ مِنْهُ»^(١).

بتقريب: إن الغاية التي تطلب في المعاملات هي حليّة المال، لكيلا يكون أكله منهياً عنه بموجب الآية المتقدمة، وهذه الغاية لا تتحقق مع عدم الرضا وعدم طيب النفس بموجب هذا الحديث. وسواء كان ظاهر الحديث: يحرم مال المسلم إلا مع الطيب النفسي، أو أنه لا يصير حلالاً - كما هو ظاهره - إلا مع طيب النفس، فإن المعاملة التي لا تفيد حليّة المال، هي بعينها المعاملة الفاسدة التي لم تتحقق الغاية التي أردناها منها، وهذا واضح.

٤- قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ في الخبر المُنْتَقَى عليه بين المسلمين - على حد تعبير الشيخ في المكاسب^(٢) -: «وُضِعَ عَنْ أَمْتِي تِسْعُ خِصَالٍ: الْخَطَأُ، وَالنَّسْيَانُ، وَمَا لَا يَعْلَمُونَ، وَمَا لَا يُطِيقُونَ، وَمَا اضْطُرُّوا إِلَيْهِ، وَمَا اسْتَكْرَهُوا عَلَيْهِ، وَالطَّيْرَةُ، وَالْوَسْوَسَةُ فِي التَّفَكُّرِ فِي الْخَلْقِ، وَالْحَسَدُ مَا لَمْ يُظْهَرْ بِلِسَانٍ أَوْ يَدٍ»^(٣).

حيث إن ظاهر إسناد الوضع أو الرفع إلى هذه الحقائق، أي الخطأ والنسيان وما أشبه - بعد معلومية كونها بذواتها ثابتة عند هذه الأمة - دال على أن المرفوع عنهم والموضوع منهم هو كل آثارها البعيدة والقريبة. ففي الأمور التكليفية لا يُعاقب المُكْرَه على شرب الخمر مثلاً، وفي الأمور الوضعية - كالمعاملات - لا يُؤخذ المُكْرَه بآثار المعاملة ومسؤولياتها، ويدل على كون المراد رفع كل ما للشارع وضعه من مؤاخذه وغيرها. كما يدل على رفع أثر العقد أو الإيقاع المُكْرَه عليه الحديث التالي:

٥- صحيحة البزنطي عن أبي الحسن عَلَيْهِ السَّلَامُ «فِي الرَّجُلِ يُسْتَكْرَهُ عَلَى الْيَمِينِ فَيُخْلِفُ بِالطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ وَصَدَقَهُ مَا يَمْلِكُ، أَيْلَزُمُهُ ذَلِكَ؟. فَقَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ: لَا، قَالَ

(١) وسائل الشيعة (آل البيت)، ج ١٤، ص ٥٧٢.

(٢) كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٣٠٨.

(٣) الكافي، ج ٢، ص ٤٦٣.

رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «وَضَعَ عَنْ أُمَّتِي مَا أُكْرِهُوا عَلَيْهِ، وَمَا لَمْ يُطِيقُوا، وَمَا أَخْطَأُوا»^(١).

ولا داعي إلى حمل الحديث على التقية بجهة أن الحلف بالطلاق والعتاق غير صحيح عندنا ولو مع الرضا، لأنه يمكن أن يكون وجه بطلان شيء أمرين فيذكر أحدهما ويكتفى به، مثل أن يصلي أحد بغير طهور ولا قبلة، فيقال: صلاتك باطلة لعدم القبلة، أو لعدم الطهر، كما أن ذلك لا ينافي ظهور التعليل بأن الطلاق مُكْرَه عليه لعدم إلزامه بآثاره، في أن آثار الإيقاع المستكْرَه به مرفوعة، وحيث إن العلة عامة شملت سائر العقود أيضاً، هذا مع أن في عدول الإمام عليه السلام عن التعليل بعدم صحة أصل الحلف إلى عدم لزوم آثاره بسبب الإكراه دليلاً على تركيز الإمام عليه السلام على رفع آثار الإكراه، واعتناؤه ببيان القاعدة الكلية.

وعلى هذا فالحديث يُشبهه رواية ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: «لَا يَمِينُ فِي غَضَبٍ، وَلَا فِي قَطِيعَةِ رَحِمٍ، وَلَا فِي جَبْرٍ، وَلَا فِي إِكْرَاهٍ. قَالَ: قُلْتُ: أَصْلَحَكَ اللَّهُ، فَمَا فَرَّقَ بَيْنَ الْإِكْرَاهِ وَالْجَبْرِ؟. قَالَ عليه السلام: الْجَبْرُ مِنَ السُّلْطَانِ، وَيَكُونُ الْإِكْرَاهُ مِنَ الزَّوْجَةِ، وَالْأُمِّ، وَالْأَبِ، وَلَيْسَ ذَلِكَ بِشَيْءٍ»^(٢).

٦- رواية محمد بن مسلم، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «مَنْ اشْتَرَى طَعَامَ قَوْمٍ وَهُمْ لَهُ كَارِهُونَ، قُصَّ لَهُمْ مِنْ لَحْمِهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ»^(٣).

٧- بعض النصوص النافية لصحة طلاق المُكْرَه وعتقه، مثل حسنة زرارة عن الباقر عليه السلام بعدما سُئِلَ عن طلاق المُكْرَه وعتقه، قال عليه السلام: «لَيْسَ طَلَاقُهُ بِطَلَاقٍ، وَلَا عِتْقُهُ بِعِتْقٍ...»^(٤). بتقريب عدم الفرق بين الطلاق والعتق وغيرهما.

(١) وسائل الشيعة (آل البيت) ج ٢٣، ص ٢٢٦.

(٢) الكافي، ج ٧، ص ٤٤٢.

(٣) الكافي، ج ٥، ص ٢٢٩.

(٤) الكافي، ج ٦، ص ١٢٧.

حقيقة الإكراه

ويجب أن نعرف هاهنا أموراً:

الأول: الفرق بين الإكراه وعدم الرضا.

الثاني: الفرق بين الإكراه والاضطرار حكماً وموضوعاً.

الثالث: ما يُعتبر في الإكراه.

الأمر الأول: بين الإكراه وعدم الرضا

قال بعض الفقهاء: إنَّ المُكْرَهَ على فعل راضٍ به، وذكر في دليله: إنَّ الإرادة المحرَّكة للعضلات نحو الفعل لا تتعلَّق بشيءٍ إلَّا إذا كان فيه جهة ملائمة لقوة من القوى، وإلَّا فلا ينقذ بسببها الشوق في النفس كي يتأكَّد إلى أن يصير علةً لحركة العضلات، وهذه الملائمة ربما تكون بالإضافة إلى القوى الطبيعية كالباصرة وغيرها، وربما تكون بالإضافة إلى القوة العاقلة، كما في شرب المريض الدواء، وربما تجتمعان. فما من فعل إرادي إلَّا وهو يصدر إما عن شوق طبيعي، أو عن شوق عقلي، فليس الرضا وراء الإرادة ومبادئها، فالفعل الصادر عن إكراه كالصادر عن اضطرار إنما يكون عن طيب عقلي غالب على الكراهة الطبيعية، وإلَّا لما صدر^(١).

وسبب هذا القول هو الاعتقاد بأن حقيقة الإرادة هي الشوق الأكيد، بينما نجد من أنفسنا أنَّ الإرادة ليست هي الشوق الأكيد، بل هي قصد الشيء سواء كان مع الرضا والشوق أو الكراهة والبغض، فنحن نعمل حيناً ولا نرضى به، ولا نعمل شيئاً ونحن نحبه، وليس حبَّ شيءٍ أو بغضه القصد إليه، لوجداننا أنَّ الإنسان كثيراً ما يعمل أشياء لا يُحبها ولا يُبغضها كالأعمال البسيطة، أو لا يُحبها ويُبغضها كالأعمال الشاقَّة. وحقيقة الإرادة فعل بسيط للعقل الذي حمَّل الروح، بينما حقيقة الرضا انشراح النفس، وواقع الكراهة انقباضها وانكماشها.

(١) فقه الصادق، المحقق الروحاني، ج ١٥، ص ٣٩٤.

الأمر الثاني: بين الإكراه والاضطرار

لا ريب في صحة بيع المضطر، فإذا اضطر أحد إلى بيع داره اضطراراً، لو كان مثله في فعل الحرام لجاز ذلك الحرام، فباع الدار صحَّ بيعه، لعدم الدليل على بطلانه، حيث إن البيع وقع مع الرضا به فصحت: ﴿تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ﴾^(١)، كما أن لفظة الإكراه لا تشمل الاضطرار.

نعم، قد يقال: جاءت في حديث الرفع عبارة: «وَمَا اضْطُرُّوا إِلَيْهِ»، ومعناها: أن الأثر الشرعي مرفوع عن عمل اضطر الإنسان إليه.

ويُجاب عنه: بأن هذا الحديث وارد مورد الامتنان، ولا منّة في رفع أثر هذه المعاملة، بل المنّة إنما هي في مساعدة هذا الفرد - الجائع مثلاً - على البيع حتى يجد قوتاً. هذا مضافاً إلى أن التوسيع في شمول دليل الاضطرار لمثل صورة الحاجة يستوجب بطلان أكثر معاملات الناس، لأنها عن حاجة ملحة، ولو بالنتيجة.

أما الفرق بين الإكراه والاضطرار، فهو أن الإكراه يقع لدفع الضرر المتوعد، والاضطرار لرفع الضرر الحاصل، وأن الإكراه لا رغبة في نتيجة فعله بخلاف الاضطرار، ولكن الفرق الموجب لاختلاف حكميهما هو أن الإكراه لا يجتمع مع الرضا دون الاضطرار، فإنه لا يفارقه.

الأمر الثالث: ما يُعتبر في الإكراه.

اشترط بعضهم في صدق الإكراه أموراً كالآتي:

حمل الغير

١ - أن يكون بحمل الغير، فلا إكراه مع الفعل ترضية لخاطره. نعم، لو لم يكن حمل فعلي ولكن أعلم أنه لو لم أعمل هذا العمل أضرب بي لم يبعد صدق الإكراه

(١) سورة النساء، آية: ٢٩.

أيضاً. وهذا الشرط يُحترز به عمّا إذا كان حامله على الفعل غير إنسان، كحيوان أو جماد أو نحوهما. هكذا قيل، ولكنني أقول: المهم وجود الرضا وعدمه. فلو فُرض أنّ الخوف من جن أو قردٍ سبّب إجراء البيع من دون الرضا به، لم يخرج عن الإطلاقات، بل هو إكراه حقيقة، أما إذا خاف وباع عن طيب خاطره فهو صحيح.

التوعد بالضرر

٢- أن يتوعدّه الغير بما يكون ضرراً عليه عرفاً، سواء كان ضرراً في النفس أو الأطراف أو العرض أو المال أو نحو ذلك. وههنا ثلاثة فروع:

الفرق بين مستحق الضرر وغيره

الفرع الأول: هل يفرق في الضرر بين أن يكون مستحقاً أو لا؟ اجتمعت كلمتهم على اشتراط ذلك، فلو هدّده بالقتل قصاصاً لو لم يعقد البيع، وكان ينوي الولي أنه لو عمل بذلك وباع أن يعفو عنه فباع صحّ بيعه.

وفيه مناقشة من جهة صدق الإكراه عرفاً، وعدم كون المعاملة عن تراضٍ كما هو ظاهر، ولذلك قال في الجواهر تدبر: «أما فيه (أي الإكراه بالحق) فقد صرح غير واحد بالصحة معه، لكن قد يقال: أن الإكراه بالحق للحاكم ومن قام مقامه إنما يقتضي تصرّف الجابر ولا حاجة إلى وقوع اللفظ من المجبور، لأنه هو الولي له في هذه الحال، واحتمال الإلزام له بمباشرة اللفظ الخالي عن القصد والرضا لا دليل عليه، وقيام الحاكم مقامه فيما يقتضي قيامه في اللفظ الذي هو أسهل من ذلك»^(١).

وهو جيّد، إلّا أنّ هناك خلطاً يجب التنبيه عليه، وهو: أنّ الإكراه بحق على قسمين:

الأول: أن تكون المعاملة واجبة على المكره، ولكنه لا يؤدّي واجبه، مثل وجوب بيع العبد المسلم على الكافر المالك على قولٍ، وحكمه: أنه لو استطاع

(١) جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٧٠.

الحاكم أن يجعل المالك يبيعه برضاه بأن يكون الحاكم الداعي إلى الداعي، كأن يضطره - بسبب التضييق عليه في المأكل والمشرب - على البيع كفى، وإلا تولى البيع بنفسه، ولم يفد إجراء المالك لفظ العقد، إذ إنه لا يترتب عليه أثر شرعاً، ولا مخصص لعمومات اعتبار الرضا في البيع.

والثاني: أن يكون الضرر المتوعد به لازماً كإكراهه على الصلاة أو البيع، وهو شبيه بمثالنا السابق، وقد حكم في المستند بعدم فساد المعاملة معه، واستدل عليه بعدم كون اللازم ضرراً على المكره، فالصلاة ليست من الأضرار حتى يكون في الجبر عليها تخييراً إكراهياً على أحد. قال **ثُمَّ**: «بأنه لم يجبره (أي لم يجبر المكره المكره) إلا على أحد الأمرين اللذين أجبره الشارع على أحدهما بخصوصه، فالمكره لم يفعل أزيد مما فعله الشارع»^(١).

وفيه ما تقدم من أنه قد يصدق الإكراه في بعض الأحيان، خصوصاً وأن الإكراه هاهنا عبارة عن عدم التراضي بأمر وهو حاصل في المقام، ومتى حصل بطل البيع لعدم كونه عن تراض.

اشتراط تعلق الإكراه المباشر بالمعاملة

الفرع الثاني: هل يشترط تعلق الإكراه بالمعاملة مباشرة أم لا؟ فلو أكرهه على دفع مقدار من المال، فاضطره إلى بيع داره لأداء ذلك المقدار، قيل: صحّ بيعه، لكون حديث الرفع لا يرفع ما ليس في رفعه امتنان كالمقام.

وفيه: إن بطلان بيع المكره لا يعتمد على حديث الرفع فقط، بل هناك عدم الرضا، وهناك الإجماع ونحوه، والأولى أن يقال: لو لم يملك المكره غير الدار، وأجبره المكره على دفع المبلغ، وقصد بذلك بيع داره، صدق الإكراه على بيع الدار. ولو كان يملك غيره ثم باع الدار لتحصيل ما أكرهه على دفعه من المبلغ فهو مضطر وراضٍ بالبيع. غاية الأمر، أنه غير راضٍ بما يدعوه إلى البيع.

(١) مستند الشيعة، ج ١٤، ص ٢٦٩.

أما إذا لم يكن يملك غير الدار، وأُجبر على دفع مقدار قيمتها في حين لم يقصد المُكره إكراهه على البيع، فهو قسمان: فإما أن يعلم المُكره ذلك أم لا. ففي الأول ذهب في المستند إلى بطلان البيع للصدق العرفي،

وفي الثاني قال: «وأمّا بدونه (أي بدون العلم) ففي الصدق إشكال، وأمر الاحتياط واضح، ولا يُتوهم أنّه وإن لم يعلمه المُكره، ولكنّ المُكره غير راضٍ بالبيع، فلا يكون صحيحاً، قلنا: لا نُسلم أنه غير راضٍ، بل قد يكون هو غاية مطلوبة لدفع الظلم عن نفسه، فإنّ البيع لا يجب أن يكون لأجل نفع دائماً، بل قد يكون لدفع ضررٍ، كمن يبيعه لأداء دين أو دفع جوع، فإن مثل ذلك لا يُسمى إكراهاً، لأنه وإن لم يرتكب البيع لو خلّي ونفسه ولم يتحقق هذا الباعث، ولكن مع حصول ذلك الباعث يرضى به غاية الرضا. (ثم قال:) فالمناط في البطلان صدق الإكراه على البيع عرفاً»^(١).

وهذا الكلام يأتي في القسم الأول أيضاً. وتحقيق ذلك: أنّ هناك فرقاً بين أن يكون عدم الرضا متعلقاً بالمعاملة وبين أن يكون نتيجة المعاملة، وبتعبير آخر قد يكون الإكراه على العمل، وقد يكون الإكراه على الداعي إلى العمل. والأول يُسمى بالإكراه، والثاني بالاضطرار.

موارد الإكراه المشتبهة

الفرع الثالث: هناك بعض الموارد التي اشتبهت على بعض أنها من الإكراه، وقبل أن نبداً بعرضها يجب أن نعرف أنّ الإكراه واقع وجداني يعرفه كل فرد بنفسه. فإن قلنا بلزوم صدور العقد عن الرضا، فالرضا أمر نفسي أيضاً، ويستطيع كل عاقد أن يجيب عن هذا السؤال بسرعة وبساطة: هل أنت راضٍ بهذه المعاملة؟ فهو بين نفي وإثبات، وليست هناك حالة ثالثة مشكوكة في نهاية المطاف. لأن الإنسان قد يتردد في أمرٍ وأنه مُرضٍ له أم لا؟ ولكنه بعد التفكير يجد نفسه راضية أو ساخطة لا

(١) مستند الشيعة، ج ١٤، ص ٢٧٠.

غير. وإن قلنا بأن المستفاد من الأدلة ليس أزيد من بطلان العقد الصادر عن إكراه، كما ذهب إليه جماعة، أما صدوره عن الرضا فلا دليل عليه، فإن الإكراه أيضاً ممّا يجده الإنسان في نفسه، فإن كان داعيه إلى فعل الشيء دفع ضرر المُكره بحيث لولاه لما فعل كان إكراهاً، وأي فعل حُمِلَ الفرد عليه حملاً يُسمّى عرفاً أنه مُكره عليه، وهذا أيضاً واضح.

وبعد هذا فإليكُم الموارد المشتبهة:

١ - التهديد بقتل النفس

إذا قال أحد لآخر: بع هذا وإلاّ قتلْتُ نفسي. قيل: إنه يُعتبر إكراهاً للصدق العرفي. وقيل: ليس ذاك من الإكراه بشيء. وقيل: إنّ قتل نفسه إن كان يُعدّ ضرراً على المُكره، كأن يكون القاتل ابنه أو أباه أو ما أشبه، فهو مُكره. وإلاّ - كأن يكون أجنبياً - فلا.

وفيه: إنّ الأجنبي أيضاً في هذا المثل يُشكّل بقتل نفسه ضرراً على المُكره، وهو العقوبة الأخروية، فإنّ الإبقاء على النفس المحترمة لازم شرعاً فيجب إجراء المعاملة لدفع الضرر الأخروي، فيصدق الإكراه بالنسبة إلى المتدين عرفاً.

٢ - تدافع الرضا والإكراه

إذا اجتمع الرضا والإكراه، بأن هدّده الجائر إن ترك العقد البيعي بضرر كبير، في الوقت الذي كان يريد إجراء ذلك العقد لداعٍ آخر كان يؤثر أثره لولا الإكراه أيضاً. فقد قال بعضهم ببطلان البيع من جهة أنّ ذلك الداعي قد تدافع مع الإكراه، فكان لكل واحد نصيباً من التأثير، فصح استناد الفعل إلى الإكراه المبطل.

ونوقش فيه:

أولاً: إنّما الإكراه حمل الغير على ما لا يرضى به، وإنّ الرضا موجود في المقام.

وثانياً: لو سُلم أنّ الفعل يستند إلى الرضا بنسبة إستناده إلى الإكراه، فإن بطلان المعاملة الإكراهية ليس إلّا لعدم الرضا، لا لأنه سبب مبطل كالرياء في العبادات والحدث في الطهارات، فليكن استناد العمل إلى الرضا كافياً في التصحيح، لأنّ الإكراه يسلب الرضا، فيبطل العمل لذلك، والرضا موجود غير مسلوب في المقام كما هو المفروض.

وثالثاً: إنّ العقد من التجارة الصادرة عن تراضٍ، فتشمله الآية بينما لا يشمله حديث الرفع لوروده مورد الامتنان، ولا منة في بطلان العقد المرضي.

٣- اجتماع الرضا والإكراه

إذا اجتمع الرضا والإكراه بنسبة واحدة، بأن كان كل واحد منهما جزء داعٍ، وشقص سبب، فقد قيل بالصحة لصدق صدور المعاملة عن رضا بها، وطيب نفس بتأثيرها.

ونوقش فيه:

أولاً: بأنه كما يصدق أن العقد صدر عن الرضا لتشمله آية التجارة عن تراضٍ، فكذلك يصدق عليه حديث الرفع، وأنه رُفع ما استكرهوا عليه، وإنما لا يقتضي الإكراه الفساد - كما تقدّم - إذا كان الرضا موجوداً بقدر أن يصلح ليكون داعياً مستقلاً، لا في المقام الذي لا يوجد الرضا بالمقدار الكافي.

وثانياً: إنّ الرضا والإكراه حيث وردا على الفعل دفعة استند إليهما معاً، والإكراه لا يقتضي الفساد بنفسه، إلّا أن فقدان الرضا الكافي مقتضى له، حيث لا يصدق تجارة عن تراضٍ.

أقول: لا شك في أنّ المعاملة التي لا تتم إلّا بحمل الغير عليها هي معاملة إكراهية يصدق عرفاً أنّه أكره الفرد عليها. وسواء اعتبرنا الإكراه في فساد المعاملة أو الرضا وطيب النفس في صحتها، فإنّ عدم تحقّق الفعل إلّا بعد الإكراه سبب في

صدق الصدور عن الإكراه في هذه المعاملة كصدق عدم الرضا. هذا مع أن ما تقدّم من أن الرضا والإكراه واقعان وجدانيان، لا يمتان بالدقة الفلسفية بأية صلة، أنه يقتضي عدم الصحة هاهنا.

٤ - الإكراه في الأمر القلبي

كيف يتحقّق الإكراه في الأمر القلبي؟ صحيح أن المُكْرَه هُدّه على أنه لو ترك البيع أضربّه، ولكن ذلك لا يكون سبباً في أن يقصد البيع الحقيقي من قوله: بعْتُ، بل يمكن ألا يقصد البيع أصلاً. وأول من أشكل في الموضوع العلامة مُنْذِرُ حيث جعل طلاق المُكْرَه مع حصول النية طلاقاً صحيحاً لعدم تحقّق الإكراه في القصد^(١). ولقد أجاب الشيخ مُنْذِرُ عن هذا بأن المُكْرَه لا يقول الكلام هازلاً أو لاعباً، بل يقول اللفظ قاصداً لمعناه، ولا يمكن أن يقول لفظاً هزلياً في مقام إكراهه على البيع^(٢).

وقد يقال: إن حقيقة البيع هو الالتزام بأمر، وحقيقة القصد هي إرادة شيء. ويمكن أن يكون الإكراه على البيع إكراهاً على الالتزام بآثاره من دفع العوض وأخذ المعوّض وما شابه. فإذا كان كذلك وأوقع الصيغة، كان قاصداً له، لأنه بدون القصد لم يمكنه أن يعمل شيئاً، فإن العمل الذي لا يقع عن قصد لا يُنسب إلى فاعله حقيقة. فمن أخذ يد أحدٍ وصَفَع بها شخصاً آخر، لا يقال: إن الضارب هو صاحب اليد، بل الجابر الآخذ بها. نعم، قد يكون هذا القصد مقارناً مع انشراح الصدر به المعبر عنه بالرضا، وقد لا يكون، وهو الإكراه.

فحقيقة القصد - بما هي إرادة فعل - يمكن الإكراه عليها، إذ إن واقع البيع ليس إلا فعل لوائمه، من أخذٍ وعطاء، في ضمن الحدود المعروفة شرعاً وعرفاً، وعقده الالتزام بذلك، وهو حاصل، فتدبّر.

(١) قال مُنْذِرُ - في تحرير الأحكام، ج ٤، ص ٥١ -: «ولو أكره على الطلاق، فطلق ناوياً له، فالأقرب أنه غير مُكْرَه، إذ لا إكراه على القصد».

(٢) انظر: كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٣٢٥ - ٣٣٠.

٥ - الإكراه والتورية

إذا أمكن التفصّي بالتورية، فهل يصدق الإكراه أم لا؟ وقبل أن نبدأ بالكلام في هذا المبحث يجب أن نُشير إلى موضوع التورية وحكمها مطلقاً، فنقول: عُرِّفت التورية بأنها إرادة معنى غير مفهوم عند المخاطب من اللفظ، وغير بعيد عن ظاهر اللفظ، بحيث لو فسّره المتكلم به لم يجده العرف شيئاً نُكراً، مثل أن يقول: ذهب فلان إلى بيت الله ويقصد مسجداً.

وبالجملة: فإن التورية إرادة معنى ظاهر في مقابل معنى أظهر، أو إرادة معنى ظاهر في مقابل معنى صريح، وبهذا يفترق عن الكذب. كما أنّ الظاهر عدم حرمتها لعدم الدليل على حرمة غير الكذب، ولبعض الأحاديث الواردة في قصة إبراهيم عليه السلام، وأنه: «وَاللَّهُ مَا كَانَ سَقِيمًا وَمَا كَذَبَ..»^(١).

وقد يقال: إن التورية على قسمين: قسم يفتن إليه الذكي فيفهم المعنى المراد إذا استعمل فكره. وقسم يستحيل على الفهم الاطلاع عليه، فالأول غير حرام لعدم إيقاع الغير في الخطأ، والثاني حرام لصدق الكذب ولعموم علته. وقد يكون قول النبي إبراهيم عليه السلام: ﴿بَلْ فَعَلَهُ كَبِيرُهُمْ هَذَا﴾^(٢) من القسم الثاني، ولكنه كان خارجاً عن حكم الكذب لكونه للإصلاح، كما أظن ورود الحديث به، فليراجع أبواب العشرة من كتاب الحج في الوسائل^(٣).

وبعد هذا التمهيد نقول:

اشتراط عدم إمكان التورية

ذهب جمع إلى اشتراط عدم إمكان التورية في صدق الإكراه، والأكثر على عدمه.

(١) الكافي، ج ٨، ص ٣٦٨، عن الإمام أبي جعفر عليه السلام.

(٢) سورة الأنبياء، آية: ٦٣.

(٣) وسائل الشيعة (آل البيت)، ج ١٢، ص ٢٥٣، قال الإمام الصادق عليه السلام - في حديث -: «... إِنَّ إِبْرَاهِيمَ عليه السلام إِنَّمَا قَالَ: ﴿بَلْ فَعَلَهُ كَبِيرُهُمْ هَذَا﴾ إِرَادَةَ الْإِصْلَاحِ..».

واستدل للأول: بأنه يشترط في الإكراه خوف من لحوق الضرر مع الترك، ولا يوجد هذا الخوف مع إمكان الفرار بالتورية، فيكون كمن يستطيع دفع الضرر عن نفسه، حيث لا يصدق عليه الإكراه، كما لا يخفى.

ونوقش فيه بأن الإكراه قد يكون في اللفظ، وقد يكون في المعنى المقصود والمعبر عنه باللفظ، فإن كان في اللفظ يعني أن المكره لا يسع إكراهه غير إجراء الصيغة، مثل أن يكون ممن تسلب قدرته بعد دقائق، والمعاوضة في السلع لا تمكن إلا بعد يوم مثلاً، ولكنه قادر الآن ويجبر المالك على إجراء الصيغة، فحيث المالك غير مكره في التزامه بالبيع وتعاهده عليه، فإن الصيغة لغو لا يترتب عليها أي أثر، إذ الأعمال بالنيات لا بالألفاظ، والعقد - كما تقدم غير مرة - أمر قلبي، فيكون قوله: بعْتُ؛ كقول الهازل تماماً. وسواء استطاع أن يُورّي فما فعل أو لا، فإن عمله باطل. وإن كان الإكراه في المعنى المقصود، بأن يكرهه على المعاوضة، سواء كانت باللفظ أو بالمعاطاة، فإن التورية لا معنى لها، إذ إن القصد إلى البيع حاصل، وإلا لما حصل البيع أبداً، وقد تقدّم أن القصد ليس إلا إرادة ترتب آثار البيع جميعها، فعدم التورية إنما هو لكونه قاصداً للبيع الحقيقي، بيد أن قصده جاء من الإكراه لا عن رضا وطيب خاطر، وسواء ورى أو لا، فإن البيع باطل لعدم الصحة إلا مع الرضا، والتورية ترفع القصد أيضاً، والمفروض أن المكره قاصد في المقام.

ولكن يختصّ هذا الكلام بالبيع وسائر العقود، إذ لا يشمل الإكراه على المعاصي، كالإكراه على سب النبي ﷺ مثلاً.

ونوقش فيه بأن السب والتبرّي حرام حتى مع عدم قصد المعنى وقصد معنى آخر، لأن مناط السب هو انتهاك المسبوب عند الغير، وهذا المناط موجود مع عدم القصد أيضاً.

ولكن يُردّ هذا بأن اللفظ الظاهر في معنى والأظهر في السب، إذا استعمل

في الأول لا يوجب هتك حرمة المسبوب، كما لا يستلزم الكذب أو سائر الأمور المترتبة على اللفظ بالمعنى غير المراد. ألا ترى أنّه إن قيل لأحد: أنت تأكل لحم الميت، وأراد أكل السمك، لم يكن هناك هتك.

أدلة عدم اعتبار التورية

واستدل لعدم اعتبار التورية بنقاط أخر:

الأولى: إن هناك أخباراً كثيرة -بالإضافة إلى معاهد الإجماع- مطلقة بالنسبة إلى جواز ما استكره عليه. وحملها على مورد الاندهاش، أو عدم استطاعة التورية بدون معرفة الجابر بعيد، إذ الإنسان يتمكن من التورية ولو بوجه على الأغلب.

الثانية: قصة عمار الذي أكرهه على الكفر فتلفظ به، وسعى إلى النبي ﷺ منتحياً فطمأنه الرسول قائلاً: «يَا عَمَّارُ؛ إِنَّ عَادُوا فَعُدُّ»^(١)، ونزلت فيه: ﴿إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ﴾^(٢)، حيث إن من البعيد جداً عدم تعليم الرسول ﷺ التورية إن كانت واجبة، بل أمره بالعود إن عادوا.

الثالثة: إن الإكراه متحقق في المقام الذي يمكن فيه التورية، إذ حقيقة الإكراه -كما تقدّم- حمل الغير، وهو يتحقق بتهديده بضرر يخاف من إصابته إن ترك، وهذا موجود ولا يمكن دفعه بالتورية، إذ التورية ليست تفصياً عن الضرر، وإنما هي خدعة للمُكره، ومكرّ به، حيث إنه يعتقد نجاحه في حمل الغير على ما أراد. قال الشيخ تَبَرُّكُ في تقرير هذا الدليل: «لأنّ الأصحاب -وفقاً للشيخ في المبسوط- ذكروا من شروط تحقق الإكراه أن يعلم أو يظنّ المُكره (بالفتح) أنه لو امتنع ممّا أكره عليه وقع فيما توعدّ عليه، ومعلوم أنّ المراد ليس امتناعه عنه في الواقع، ولو مع اعتقاد المُكره (بالكسر) عدم الامتناع، بل المعيار في وقوع الضرر اعتقاد المُكره لامتناع المُكره، وهذا المعنى يصدق مع إمكان التورية، ولا يصدق مع التمكن من

(١) الكافي، ج ٢، ص ٢١٩.

(٢) سورة النحل، آية: ١٠٦.

التفصّي بغيرها»^(١).

وهذه العبارة كما يُستدل بها على صدق الإكراه في المقام، فيلزم شمول حكم الإكراه عليه، تُبيّن الفرق بين التورية والمندوحة بغيرها.

ونوقش في ذلك بأن المعتبر أنه لو امتنع عن الشيء الذي أُكْرِه عليه ظنّ الوقوع في الضرر، وهو غير حاصل في المقام، إذ إن المناط صدور عمله عن إكراه، ومع إمكان التورية والإعراض عنها إلى الحقيقة، ليس بإنجاز العمل صادراً عن إكراه، بل عن رضا كما لا يخفى.

٦ - الإكراه والتفصّي بغير التورية

إذا استطاع التفصّي بغير التورية، فهل يصدق الإكراه مع عدمه، أم لا؟.

قيل: نعم، واستدل عليه بأن الإكراه إنما هو الحمل على الفعل ابتداءً، وإمكان التفصّي إنما هو تخلص عمّا أُكْرِه عليه.

وأجيب بأن من شرائط الإكراه الخوف من الضرر ولا خوف في المقام، حيث إن إمكان التفصّي مزيل للخوف. وقد تقول: إنه لو خيّر المُكْرِه بين شيئين صدق الإكراه على كل واحد تخييراً، فلنحسب المقام مثله، حيث إنه مخيّر بين التفصّي والإكراه. ونجيب عن ذلك بأن الفرق هو أن الفعل المتفصّي به يقع عن طوع رغبة الفرد للتخلص عن الشيء الذي لا يريده، ولذا لا يبطل إن كانت معاملة إجماعاً. أما أحد فردي المُكْرِه، فهو بدل الآخر والإكراه متوجه إليه رأساً. وبالجمله فالإكراه هو حمل الغير على شيء، وليس في المقام حمل بالنسبة إلى المتفصّي به، بل هو من قبيل الفعل الضروري الذي يعمل الإنسان لرفع ما وقع لا لدفع ما يتوقع، حيث إنه يكون لرفع الإكراه بينما يعمل العمل المُكْرِه عليه لدفع الضرر المتوعدّ به.

هذا، وليُعلم أننا لا نقول بلزوم التفصّي فيما كان فيه ضرر عليه، لأنه لا يجب

(١) كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٣١٦.

تحمل ضرر في دفع ضرر، فإذا أُجبر على بيع، فاستطاع التفصّي منه بسبب صلح ولكنه يتضرر بالصلح أيضاً لا يجب تحمله.

هذا وقد ذكر الشيخ في المقام كلاماً يُوجز فيما تقدّم من أنّ مناط الإكراه في المعاملات عدم الرضا بها، وفي غيرها الإكراه عليها، لأن الشرط في الأولى الرضا وبفقدانه يفقد العقد صحته. وفي الثاني عدم الاستطاعة^(١)، وهو كلام جيد.

٧- إكراه أحد الفردين

لو أُكْرِهَ أحد الفردين على شيء من عقد أو عمل محرم، فهل يحلّ لواحدٍ منهما ذلك العمل لصدق الإكراه، أم لا؟ حكم الشيخ رحمته بأنه لا فرق بين أن يكره فرداً على عمل أو أحد فردين، حيث إنه لا ترجيح لأحدهما على الآخر، والشارع المجوّز لأحدهما لا يلاحظ خصوصية أحدهما، فهو عكس الواجب الكفائي، حيث يسقط مع فعل أحدهما، إذ يحرم الآخر مع فعل أحدهما، فهو حلال إن لم يعمل الآخر، ولذا يجوز لأحدهما المبادرة إلى الفعل بغير انتظار عدم قيام الآخر بالمهمة. نعم، لو علم بأن الآخر يقوم به، قام هو أم توانى، لم يكن بالنسبة إلى هذا إكراه.

وقد يقال ذلك فيما إذا كان الآخر كافراً ونحوه، حيث يرتفع عن هذا التكليف بسبب قيامه، فلا يجوز له المبادرة، بل يجب الصبر حتى يظن بعدم قيام ذاك بالأمر، فيقوم به دفعاً للضرر.

وقد يقال ذلك حتى بالنسبة إلى الفردين المسلمين، بتقريب أن كل فرد مسؤول عن نفسه، والأحكام الشرعية تلاحظ بالنسبة إليه مع قطع النظر عن الغير، والمعتبر من الإكراه هو النوع الشخصي منه، فمتى كان هناك خوف بإصابته بضرر جاز فعل الحرام، أما إذا لم يكن هناك خوف كما إذا علم أنه إن لم يعمل هو، عمل صديقه لم يجز. كما أنه قد يحتمل وجه آخر وهو أنه إن علم أحدهما أن الثاني يعمل له لجهة الإكراه، بل برضاه وطيب خاطره لا يجوز له العمل، لأنه لا يصدق الإكراه

(١) انظر: كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٣١٧.

بالنسبة إلى هذا، لقيام ذاك مع عدم قيام هذا، ولا بالنسبة إلى ذلك لرضاه بالعمل. وليُعلم أنّ لكل واحد من هذه الاحتمالات قائلاً من الفقهاء.

٨- الإكراه على أحد شيئين

لو أُكْرِهَ فرد واحد على أحد شيئين، فقد يكون أحدهما ذا أثر سلبي، والآخر بدونه، كما إذا أُكْرِهَ على شرب الخمر أو شرب الماء، أو على البيع الفاسد أو الصحيح.. فلا ريب في عدم صدق الإكراه بالنسبة إلى ذي الأثر السلبي، لعدم حصول الخوف على تركه إذ يمكن التفصّي عنه بالآخر بدون محذور.

وقد يكونان معاً كذلك، كأن يكرهه على أحد بيعين أو شرب أحد كأسين من الخمر، فقد يكون أحدهما أخفّ وطأة من الآخر، كأن يكون أحد الكأسين مغصوباً من محترم المال كالكافر، والمريض، ومن يريد تخليل الخمر ونحوهم، والآخر غير مغصوب، وجب عليه اختيار غير المغصوب، لعدم وجود المبرّر للغصب، حيث إن الإكراه إنما هو على شرب الخمر فقط دون تناول المغصوب، فهو مثل أن يكرهه على الأقل والأكثر، بأن يكرهه على شرب كأس أو كأسين، فلا يجوز له التجاوز إلى الأكثر مع استطاعته الأقل، كما أنّه لا يستطيع أيضاً التجاوز إلى الأهم مع كفاية المهم، كأن يهين نبياً بالنسبة إلى أن يهين مؤمناً، أو يزني بامرأة في قبال تقبيل أخرى.

وقد لا يكون أحدهما أشد من الآخر، فقد يكون الإكراه على الجامع، كأن يكرهه على شرب كأس من الخمر سواء كان من هذه الخمرة أو تلك، الآن أو بعد دقيقة، هنا أو هناك.. إلى ما هناك من احتمالات، فلا ريب في عدم صدق الرضا باختيار أحد الفردين، ولو كان لخصوصيّة كأن يصطفي من الخمر الذّها وأمرّها عنده، أو من الأمكنة أحسنها وأرفهها لديه، لأن الإكراه وقع على الجامع ولا دخل له بالأفراد، والمفروض عدم كون أحد الأفراد أشد من الآخر فاختياره كفعله مُكْرَه عليه، إذ لا يمكن أن يفعل المُكْرَه عليه إلّا بعد اختيار أحد الأفراد. وإن كان على الأفراد، كأن يقول له: اشرب هذا الكأس أو ذاك. والأقوى فيه عدم كفاية الرضا

بأحدهما خاصة لتصحيح العقد، إذ المهم هو صدور العقد عن رضا ولا يوجد في المقام ذلك، كما أنه لا يرفع حكم الجواز بالنسبة إلى فعل المحرم لذلك. إذا فلم يبق وجه لمناقشة بعض في بعض هذه الموارد.

٩ - الإكراه على إجراء الصيغة

هل يرفع الإكراه حكم اللفظ فيما لو وقع مُكْرَهاً عليه، كأن يكره المالك أحداً على إجراء الصيغة؟.

قَوَّى في الجواهر ذلك قائلاً: «ولو كان الإكراه من المالك للأجنبي على نفس الصيغة، احتمل الصحة من غير حاجة إلى تعقب رضاه، بل أقصاه الالتزام بالأجرة، والوجه البطلان لرفع حكم ما أُكْرِه عليه، ومنه رفع قابليتها للتأثير، وإلا ل بقي حكمها، بل الظاهر عدم العبرة برضائه بعد ذلك، وإن قلنا بالاكْتفاء به في المُكْرِه على بيع ماله، ضرورة وقوع الصيغة فاسدة فلا يجدي الرضا المتعقب»^(١).

وأيد قوله بوجه آخر هو: أن العاقد غير قاصد للمعنى، ولا أقل من الشك في ذلك، ولا يجدي معه إجراء أصالة الرضا، لأنه إنما يحرز في حالة الاختيار بأن العقلاء فيها لا يقولون إلا ما ينوون ويقصدون، أما في حالة الجبر والإكراه، فلا محل لهذا الأصل، إذ العقلاء لا يلزمون فرداً بما قال مضطراً ومجبوراً.

وذهب الشيخ رحمته الله إلى الصحة^(٢)، بينما تردد الشهيد الثاني رحمته الله في المسالك^(٣).

واستدل على الصحة:

أولاً: بما سيأتي من صحة العقد مع تعقب الرضا إذا كان العاقد المالك نفسه، إذ لا فرق بين المقامين. فإن قلنا بأن الإكراه يرفع عن اللفظ تأثيره لارتفاع في المقامين، وإلا كان لللفظ فيهما أثره.

(١) جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٦٩-٢٧٠.

(٢) انظر: كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٣٢٨-٣٣٥.

(٣) انظر: مسالك الأفهام، ج ٣، ص ١٥٥-١٥٧.

ثانياً: بأن حقيقة العقد هو التزام المالك بالفعل، يعني بالمبادلة أو أنها المبادلة نفسها. وهذا يتحقق بالرضا من المالك، ولكن حيث إن الرضا وحده غير معتبر عنده الشارع، بل يحتاج إلى لفظ، فإن اللفظ الذي وقع مُكرهاً كافٍ في الإيفاء بالغرض المطلوب، فهو لا يختلف عن لفظ المالك أي اختلاف. وبكلمة أخرى: إن واقع العقد هو الالتزام مع مُظهر، ولا ريب في أن لفظ العقد الصادر عن الغير مظهر للالتزام النفسي، ولا دليل لنا على اعتبار أكثر من هذا: صدق البيع عرفاً، ووجود المُظهر خارجاً، وذلك لأنّ العقد ليس اللفظ المعبر عنه (بعث)، فإن اللفظ جسر المعنى، بل الغرض منه بيان ما ينوي الفرد، وهو كما يحصل بالرضا يحصل مع الإكراه. ولذلك فيحتمل كفاية لفظ الصبي والمجنون والهازل، بل كفاية اللفظ المسجل في الشريط الصوتي في تحقيق الغرض المطلوب من اللفظ، وهو التزام المالك بالمبادلة. فلو فرض أن المالك سجل في المسجلة هذا الصوت: بعث هذا الكتاب بدينار، ثم فتح المسجلة عندما طلب منه المشتري كتاباً، ودلّ فتحه لها على رضاه بما قيل فيها، وأثبت بها، احتمل الصحة. فهو كما إذا كتب في ورقة ذلك وأرسلها إلى الآخر وعُرف من القرائن أنه راضٍ بما كتب بها، وذلك لعدم وجود دليل يشترط وجود اللفظ في المعاملة، والعرف يقضي بصحة هذه المعاملة، ويسمّيها بالاسم الصالح لها، فهي بيع، وصلاح، وإجارة، وليس في الشرع إلا إمضاء ما يعتبره الناس بيعاً أو إجارة أو صلحاً، نعم، قد ادّعى الإجماع على عدم كفاية الرضا بدون أيّ مظهر من لفظ وفعل، وقد تقدّم البحث في ذلك. ويُؤيد ما قلناه دراسة قسم من الأمور المترتبة على اللفظ من العقود والإيقاعات التي يظهر منها أن المراد من اللفظ ليس إلا بيان ما في الضمير من دون تأصل له أبداً.

وبهذا يُعرف وجه المناقشة في الدليلين المُحتجّ بهما على عدم الجواز من أن الإكراه رافع لأثر العقد، ونوقش فيه: بأن الإكراه إنما يرفع ما يختلف فيه الرضا وعدمه، أما فيما لا يشترط فيه الرضا، فلا أثر للإكراه فيه. أما الثاني (الذي ذكر عدم قصد المُكره للمعنى) فقد تقدّم أن المُكره قاصد للمعنى، وأن من الطبيعي أن

الإنسان يقصد المعنى الذي يعبر عنه باللفظ ولو كان مُكرهاً، ومن ذلك يُعرف أنّ أصل مطابقة اللفظ للمعنى جارها هنا أيضاً، حيث إن العقلاء يجدون أن الداعي إلى اللفظ وإن كان إكراهاً، إلّا أنّ اللفظ لا يتكلم كالهزل كلاماً لا معنى له. هذا مع أن ما احتملناه آنفاً يقضي بكفاية اللفظ ولو كان بدون معنى، فتدبرّ.

وبالجملة، فعمدة ما نقول هاهنا في كفاية اللفظ: عدم دليل على اشتراط الرضا في إجراء الصيغة، ومفهوم الحكم في لفظ المُكره.

١٠ - تحديد موضوع الإكراه

لو أُكره على بيع فرد فباع فردين، فهل يبطل البيع لصدق الإكراه، أم لا لوجود الرضا بالمجموع من حيث المجموع؟ فيه تفصيل وخلاف. وقبل أن نشير إليهما نُمهّد للكلام بالقول بأن الإكراه قضية شخصية ترتبط بكون صدور العمل كان عن رضا أم لا. فإن كان عن رضا لداع خارجي كجلب منفعة ورفع منقصة، لم يكن إكراهاً وصح البيع، وإلّا -سواء كان الإكراه موجوداً خارجاً أو كان مُجرّد توهم وخيال- جرى حكم الإكراه وبطل البيع. فالبحث في المقام ليس لبيان حكم الإكراه، وإنما هو لتحديد موضوعه خارجاً، فنقول:

تُفترض للمسألة صورٌ كالآتي:

الصورة الأولى: أن يُكره -مثلاً- على بيع هذا القلم الشخصي فيبيعه مع قلم آخر، فلا ريب في صدق الإكراه بالنسبة إلى الأول دون الثاني.

الصورة الثانية: أن يُكره على بيع أحد القلمين فباعهما ولكن بالتدريج، بأن باع أحدهما اليوم والآخر في الغد، فإن تخيّل أنّ المُكره هو ما يُقصد وقوعه عن إكراه يبطل بيع أحدهما، إذ وقع بلا رضا، بل بدافع الإكراه، حيث إنه لو علم برفع الإكراه لما باع أحدهما قطعاً، فأحد البيعين باطل بغير تعيين. ودعوى: أنه لو قصد وقوع الإكراه بالثاني مثلاً، فباع الأول مع رضاه به بدافع آخر، صحّ البيع الأول لوجود الرضا، وصحّ الثاني لكفاية الأول عن الإكراه، فاسدة من جهة أنّ تخيّل الإكراه كافٍ

في المقام. ومن هنا يُعلم وجه احتمال الشيخ الرجوع في التعيين إليه^(١)، على رغم تحامل أكثر من تأخر عنه عليه، فقد ناقشه أحدهم بقوله: لا وجه لهذا الاحتمال، إذ بعد انطباق عنوان أحدهما على بيع الأول قهراً وارتفاع لسان المكره عنه، واندفاع ضرره به لحصول مقصوده، لا وجه لوقوع الثاني مُكرهاً عليه^(٢).

ونوقش فيه: أنه لا إشكال في ارتفاع الإكراه، ولكن البحث في أن البائع زعم وجوده، ولذلك فعل الثاني، فهو متخيّل للإكراه، ولا إشكال في ترتب أثر الإكراه عليه حينئذٍ.

وبالجملة: الحق هو تعليق الحكم على أنّ العقد الذي صدر عنه بداعي التخلص من الضرر المتوعدّ به باطل وغير نافذ، فإن كان أحدهما المعيّن -الأول أو الثاني- فهو، وإلا فقد يقال ببطلانهما، لعدم صلاحية شيءٍ للتعيين، أما القرعة فإنها لاكتشاف واقع مجهول ولا واقع في المقام أبداً. وأما اختياره، فلعدم دخله في العقد السابق، فإن كان وقع مع الرضا لم يمكن فسخه، وإلا وإن أمكن لحوق الرضا به، ولكن البحث إنما هو قبل الرضا أو على القول بعدم كفاية تعقّب العقد بالرضا. اللهم إلا أن يقال: إن المرجع تعيينه، إذ المفروض أن العقدين وقعا على أن يكون أحدهما بداعي الإكراه، والآخر بداعٍ آخر، فالذي عيّنه لكي يكون بداعٍ غير الإكراه صحّ لوجود الرضا به، وأما الآخر فلعدم وجود الرضا به سابقاً (وعدم تعقّبه به) لم يصحّ، فتأمّل.

الصورة الثالثة: أن يُكره على بيع شيء واحد، فيبيع شيئين صفقة واحدة. وذلك قد يكون مع سراية الإكراه، مثل ألا يوجد هناك من يشتري أحد الشيئين، كما إذا فُرض أن المُكره عليه كان مصراع باب، أو نصف كتاب، أو ما أشبه ممّا لا يُنتفع به منفرداً، فلا يصحّ البيع لتحقيق الإكراه في الفردين معاً.

وقد لا يكون كذلك، فقد ذهب فيه بعض الفقهاء -كالشيخ^(٣) وأكثر من

(١) كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٣٢٤، قال الشيخ رحمته الله: «أما بيع العبدین، فإن كان تدريجاً، فالظاهر وقوع الأول مُكرهاً دون الثاني، مع احتمال الرجوع إليه في التعيين...».

(٢) فقه الصادق، المحقق الروحاني، ج ١٥، ص ٤١٠.

(٣) انظر: كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٣٢٤-٣٢٥.

لحقه - إلى عدم صدق الإكراه فيه، بينما قوى آخرون صدقه، في حين قال فريق ثالث بأن المقام مثل بيع ما يملك وما لا يملك في صحة أحدهما وبطلان الآخر.

واحتج الفريق الأول:

أولاً: بأن ما أكره عليه غير ما عمله، فهو أكره على بيع فرد فباع فردين، فهو كمن أكره على بيع القلم فباع الدفتر في عدم صدق الإكراه.

وأجيب بأن الإكراه وقع على قلم واحد قطعاً، ولكن لا بشرط عدم انضمامه إلى قلم آخر، حتى يُقال: أن ما أكره عليه غير ما فعله، فهو إذاً - مثل أن يُكره أحد على بيع القلم فباعه مع الدفتر.

وثانياً: بأن البائع إن لم يكن راضياً بالبيع فكيف باع القلم الآخر؟ إذاً فبيعه قلمين مع الاستطاعة على الاختصار ببيع قلم واحد دليل على رضاه بذلك.

وأجيب بأنه قد يكون بيعه للقلم الآخر إنما جاء من الإكراه، مثل عدم رغبته في الاحتفاظ بقلم واحد وبيع الآخر، وما أشبه. وبتعبير آخر: إن الإكراه أمر وجداني، وهو موجود في بعض الأحيان في أمثال المقام.

واحتج الفريق الثاني بما تقدّم نظيره من أن الإكراه يجعل بيع أحد القلمين باطلاً، وحيث لا يمكن تعيينه يبطل البيع.

ونوقش فيه - مضافاً إلى ما تقدّم - أولاً: أنه قد لا يكون تعيينه بلازم، وذلك فيما إذا لم يكن هناك نظر في الخصوصية، كما إذا كان القلمان مثليين في كل شيء، فيأخذ أحدهما المشتري والآخر البائع بدون مشاحنة. وثانياً: على فرض عدم إمكان التعيين، يلزم أن نقول إن أحد المبيعين ملك البائع والآخر ملك المشتري، فيجب الصلح ونحوه، فهو نظير ما إذا اشتبه مملوك البائع بغيره فيما إذا باع ما يملك وما لا يملك في صفقة واحدة.

فاتجه القول بالثالث، وهو صحة أحدهما المعين بسبب تعيين البائع، أو القرعة، أو الصلح.

١١ - الإكراه بين المجموع والبعض

لو أُكْرِهَ على بيع شيء فباع نصفه، فهل يتحقق الإكراه؟ احتُمِلَ عدم صدق الإكراه لأنه إنما أُكْرِهَ على المجموع والبيع وقع في مقدار منه، فموضوع الإكراه غير المدفوع به الإكراه، ولكن الواقع أنَّ الإكراه موجود، إذ قد يبيع الفرد نصف المُكْرَهَ عليه بداعي الإكراه ودفع ضرر من أكرهه. نعم، قد يكون لعدم بيعه النصف الآخر سببٌ، مثل ألا يوجد مشترٍ لتمامه، أو احتمال الاستغناء بهذا النصف، أو ما أشبه ذلك، ولكن ذلك الداعي الواقع على عدم بيع النصف الآخر لا يُسبِّب بطلان هذا النصف كما هو واضح.

١٢ - الإكراه واختلاف الموضوع

لو أُكْرِهَ على البيع فأجّر، أو على الصلح فوهب، فهل يصدق الإكراه؟ قيل: كلاً، لعدم وقوع الإكراه على ما أوقعه. والأفضل تعليق ذلك بالداعي الشخصي، فإن كان الداعي بالإجارة في مقام الإكراه بالبيع هو التخلص من ضرر المُكْرَهَ بالأخف وطأة على المالك، كأن يزعم أنَّ خروج الملك عن يد المالك فعلاً هو المقصود للمُكْرَهَ، فأجّر ليتخيل ذلك، فالإكراه صادق. وإلا، بأن كان للتخلص من نفس الإكراه لا من ضرر المُكْرَهَ، كأن يؤجر لمن يحفظه عن تعدي المُكْرَهَ، من أمير أو عظيم، فلا إكراه، بل هو تفصُّص عن الإكراه.

وبالجملة: كلما وقع خوفاً من لحوق ضرر المُكْرَهَ بطل البيع لصدق الإكراه.

الإكراه والرضا المتأخّر

عُلِمَ ممّا سبق: أنه يبطل بيع كلٍّ من المغمى عليه، والسكران غير المميز، والمُكْرَهَ إن لم يرضوا به بعد زوال أَعذارهم، وأما لو رضوا بما فعلوا بعد زوال عذرهم، فقد حكم المحقّق الحلبي^(١) وغيره ببطلان عقده أيضاً، وعدم كفاية ذلك

(١) شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٢٦٩، في عقد البيع وشروطه وآدابه.

الرضا، وأعقبه في الجواهر بقوله **تَنْتَظِرُ**: «بلا خلاف، بل الإجماع بقسميه عليه، لما عرفت ممّا يقتضي سلب عبارتهم على وجه لا ينفع تعقب الرضا»^(١). ولكن على ما احتملناه من أنّ اللفظ إنما أُخذ طريقاً لبيان ما في الضمير، وما حقيقة العقد سوى القصد إلى فعل آثاره، أو الالتزام به، ولكنه لا يجدي بدون مُظهر يكشف عن القصد، ويكفي في الإظهار حتى عبارة الكتاب أو المسجّلة للصوت، أقول: بناء على هذا الاحتمال، يجب القول بالصحة، ولا يجدي الاتفاق في المقام - لو كان - لأنه إنما هو بناء على أنّ حقيقة العقد هو اللفظ المنشأ به، كما تُومي إليه عباراتهم في الأبواب من قولهم: عقد البيع، أو عقد الصلح، وقولهم: العقد العربي أو المغلوط، وقولهم: يشترط في العقد أن يكون صريحاً ماضياً، وسائر أقوالهم.. فتأمل.

نعم، استثنى المشهور من الحكم المزبور: المُكره الذي يكون قاصداً إلى اللفظ، وأنه يعطي هذا المعنى. أما المُكره الذي لا يكون قاصداً للفظ، حتى إنّ عبارته تتخذ شكل عبارة الهازل، أو من لا يعرف اللغة العربية، فكأنّ من المتفق عندهم عدم كفاية تعقب الرضا في تصحيحه، ولكن على الاحتمال المتقدم يكون أيضاً صحيحاً مع الرضا المتأخّر.

وعلى آية حال: فإنّ المشهور ذهبوا إلى كفاية تعقب الرضا، بل يمكن أن يقال: إنه متفق عليه عندهم، إذ لم يناقش في الحكم من ناقش، مثل: المحقّق الكرّكي في جامع المقاصد^(٢)، والسبزواري في الكفاية^(٣)، والمحقّقان صاحب الجواهر^(٤) والمستند^(٥) **رحمته**، لم يناقش هؤلاء إلّا من جهة زعمهم أنّ المُكره غير قاصد إلى المعنى، فاشترك هو والهازل في ملاك عدم كفاية عبارته، لكونها غير معتبرة

(١) جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٦٧.

(٢) جامع المقاصد، ج ٤، ص ٦٢.

(٣) كفاية الأحكام، ج ١، ص ٤٤٩.

(٤) جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٦٧.

(٥) مستند الشيعة، ج ١٤، ص ٢٧٢-٢٧٣.

لديهم، فكانَّهم متفقون على أنه لو كان المُكره قاصداً كفت عبارته، كما صرَّح بذلك صاحب الجواهر ثُمَّ نَبِّهَ وكما تومي إليه عبارة جامع المقاصد والمستند ونحوهم، حيث قصرُوا استدلالهم على عدم كفاية تعقب الرضا، بعدم وجود القصد له.

الاستدلال على الصحة

وعلى آية حال، فقد استدل للصحة بالرضا المتأخر بنقاط:

١ - بقوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾^(١)، حيث يدل على كفاية التجارة والرضا، وهما موجودان في المقام. وليس هناك في الآية اشتراط بلزوم صدور التجارة والرضا في آن واحد. ولكن سيأتي البحث في الآية.

٢ - عمومات صحة البيع أو العقد، وليس ذلك إلا ما يكون بيعاً عند العرف أو عقداً عندهم، ولا ريب في صحة إطلاقهما على هذا البيع.

٣ - ما تقدّم من احتمال أن المهم في المقام هو البناء النفسي على العمل بشيء مع مُظهر، وليس دور المظهر إلا دور المعبر المحدد، وجب مراعاته شرعاً لحرص الشارع على عدم المنازعات، وقطع دابر المخاصمة، وهو كما يفيد مع الرضا المتقدم، يفيد مع المتأخر.

الاستدلال على البطلان

واستدل للقول بالبطلان حتى مع الرضا المتأخر بأمور:

١ - آية التجارة عن تراض

استدلوا بالآية السابقة بتقريب: أن معنى ﴿تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾، صدور التجارة عن الرضا. وبإضافة فهم الحصر من الآية - بسبب النفي والاستثناء - يُعلم أن الأكل

(١) سورة النساء، آية: ٢٩.

بالباطل يصدق فيما إذا لم تكن التجارة صادرة عن الرضا، بحيث يوجبها الرضا.

وقد نوقش فيه بما يرجع إلى منع إفادة الآية الحصر، بسبب كون الاستثناء منقطع متصل، فهو مثل قولك: لم يجتني القوم إلا حمار، حيث لا يكون دليلاً على عدم مجيء الفرس، لعدم توجه النفي إلى موضع الإثبات، مع أنه حتى لو كانت الآية مفيدة للحصر لما صح الاستدلال بها أيضاً، وذلك لأن الوصف ﴿عَنْ تَرَاضٍ﴾ وصف غالبى، مثل قوله تعالى: ﴿وَرَبَائِكُمْ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ﴾^(١) فلا تدل على بطلان تجارة لم تكن عن تراضٍ. ولكن فيه ما تقدّم من أن ظاهر الآية، إفادة الحصر، ذلك لأن كلمة الباطل تقع علة للحكم بعدم جواز الأكل، والاستثناء إنما هو من عدم جواز الأكل المطلق لا المقيّد بكونه بالباطل، وهذا الظهور، وإن لم يكن مقتضى أصل أو قاعدة عربية - غير قاعدة اتصال الاستثناء - إلا أنه تقرّر في محله عدم اشتراط الظهور بموافقة أصل أو قاعدة، بل إنما هو ناشئ من الفهم العربي، والذوق اللغوي، وكثرة استعمال اللفظ في المعنى حتى يُستكشف منه ظهوره فيه. وأما حديث أن الوصف إنما هو مجال الغالب، فانه محتمل إذا أُريد الاستدلال بالوصف دون الحصر في الاستثناء. أي إذا سلّم عدم وجود الحصر في الاستثناء لأنه منقطع، وأريد الاستدلال بالوصف فقط، بتقريب أن الله وصف التجارة بما إذا كانت ناشئة عن الرضا، ومفهومه عدم صحة التجارة بدون الرضا. أقول: إذا سلّم عدم دلالة الاستثناء على الحصر في الآية صح هذا القول، لعدم حجية مفهوم الوصف مع هذا الاحتمال، وإلا لم يصح، حيث إن النهي يشمل كل أكل، سواء كان عن تجارة أو لا، والاستثناء يُخرج ما كان عن رضا، فيبقى الباقي تحت العموم.

هذا، ولكن يُناقش في دلالة الآية مع القول بإفادتها الحصر على عدم صحة المعاملة في المقام، حيث إننا ندّعي صدق التجارة عن تراضٍ في المقام، بسبب لحوق الرضا، حيث إن التجارة هي الأخذ والعطاء للربح، والرضا مقوم لصحتها، واللفظ مظهر لذلك الرضا، فإذا وُجد اللفظ، ثم لحق الرضا، كفى في الصدق.

(١) سورة النساء، آية: ٢٣.

٢- حديث الرفع

واستدلوا بحديث الرفع الرفع عن الأثر - أي أثر - للمُكره عليه بقوله ﷺ: «وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ»^(١)، فإثبات التأثير للعقد الصادر عن إكراه - ولو بجعله جزء السبب - مناف لظاهر هذا الحديث.

ونوقش فيه:

أولاً: إن الحديث وارد - على الظاهر - مورد الامتنان، ومقتضاه رفع كل ما كان في وضعه تكليفاً زائداً على المُكره، وضرراً ومشقة عليه، وبتعبير آخر: رفع ما كان في رفعه راحة للمُكره، أما ما كان في رفعه ضرراً عليه فلا، ولذا لو أُكره على ترك الركوع من الصلاة، لم يصحَّ جعل الصلاة واجبة بغير ركوع لحديث الرفع حتى يكون الحديث دالاً على اختصاص جزئية الركوع بحالة الاختيار، ففي حالة الإكراه لا جزئية للركوع، فتجب الأجزاء الأخر، وذلك لأنَّ الحديث يكون حينئذٍ مثبتاً للتكليف لا رافعاً له، فلا يكون في رفع الإكراه منة، وكذلك المقام لا يكون في رفع أثر العقد بتاتاً منة على المُكره.

ولا تقل: إنَّ هذا الرفع وإن لم يكن منة على المُكره ولكنه منة بالنسبة إلى المشتري الذي لا يستطيع - مع قابلية العقد المُكره عليه للصحة بلحوق الرضا - لا يستطيع معه الفسخ، بينما إذا قلنا: بأن معنى الحديث رفع جميع الآثار لم يقيّد المشتري بذلك أيضاً.

لأننا نجيب أولاً: يُحتمل القول بأن عدم فسخ المشتري شرط في تصحيح هذا العقد، إذ تقدّم في شروط العقد سابقاً اشتراط بقاء أهلية الجانبين حين العقد وفي خلاله، فإذا أجرى فرد الصيغة وقبل أن يقبل الآخر فسخ العقد لم يلزم، وكذلك في المقام إذ إن العقد ليس تاماً من طرف الموجب (المُكره)، فيكون استمرار رضا الطرف الآخر إلى حين تمامية العقد من طرف الموجب بلحوق الرضا شرطاً في

(١) الكافي، ج ٢، ص ٤٦٣.

صحة العقد، فهو يستطيع الفسخ.

وثانياً: لو سُلمَّ عدم قدرته على الفسخ، فإنَّ ذلك لم يأت من جهة حديث الرفع، بل إنما جاء من جهة ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١) - مثلاً - فلا ربط لحديث الرفع به. وبالجملـة: إنَّ حديث الرفع إنما يرفع موضوع الإكراه، وليس إلزام الطرف الآخر موضوعاً للإكراه، بل انه جاء من رضاه، وطيب نفسه.

ثانياً: إنَّ المفهوم من إطلاقات العقد وتقييدات الرضا أنَّ المقتضي للنقل اقتضاءً تاماً هو العقد المرضي. وحديث الرفع من جملة هذه المقيّدات، وهي واردة في بيان السببية التامة للنقل، يعني ان إطلاق ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^(٢)، يُبين أنَّ البيع سبب تام للنقل، وحديث الرفع يقيّده من حيث إنه سبب تام، فيكون المعنى -مجموعاً- ليس البيع مع الإكراه سبباً تاماً. وليس في حديث الرفع ما يدل على حكم هذا الموضوع -أي: موضوع البيع المُكره- بعد معرفة أنه ليس سبباً تاماً، يعني الإجابة عن هذا السؤال، فهل هو سبب ناقص أم لا؟ والسرف في ذلك أنَّ حديث الرفع إنما جاء ليرفع حكم الإطلاق الدالة على السببية التامة للعقد، فبعد ما رفع لم يصح له أن يأتي ثانياً ويرفع موضوع نفسه، يعني يحكم فيما إذا ارتفع حكم البيع بالإكراه، فتأمل.

٣- المُكره غير قاصد

إنَّ المُكره غير قاصد إلى اللفظ، فعبارته غير معتبرة شرعاً لأنها كعبارة الهازل -إن لم نقل كعبارة الساهي والناسي- ولا شك في عدم الاعتناء بها شرعاً. وهذا عمدة ما استدل به القائلون بطلان عقد المُكره أبداً.

ونوقش فيه:

أولاً: يحتمل القول بصحة عقد الهازل ومن أشبه إذا لحقه القصد والرضا،

(١) سورة المائدة، آية: ١.

(٢) سورة البقرة، آية: ٢٧٥.

وقد ذهب إليه بعضهم مؤيداً بما تقدّم منا آنفاً، من أن غاية ما استفيد من مجموع الأدلة اعتبار الرضا والقصد النفسيين ومُظهر خارجي، وتكفي عبارة هؤلاء في أن تكون مُظهراً.

وثانياً: إن المُكره قاصد على ما سبق بيانه.

٤ - الأولوية بالنسبة إلى الفضولي

إن الفتوى قاضية في العقد الفضولي بأنه لو ارتضى بعد الردّ لم يصح، فهاهنا أولى لأنه دام في عدم الرضا منذ إجراء العقد حتى وقت الرضا.

ويمكن الجواب عنه بأنه لا ينتسب عقد الفضولي إلى البائع قبل رضاه ورده، فإذا رضي لزمه وانتسب إليه عرفاً، وإن رده انتفى عنه، ولم يستطع إثباته بعد ذلك لأنه بسبب الردّ قطع الصلة بينه وبين نفسه بخلاف المقام، فإن عقد المُكره ملصق به عرفاً، ولا ينتفي عنه بعدم رضاه، فهو باقٍ على صلاحيته عرفاً. هذا، مضافاً إلى الفرق بين عدم الرضا وبين الردّ، فنلتزم في المقام أيضاً بأنه لو ردّ العقد قائلاً: إنني لا أرضى به أبداً، لم يصح الرضا بعد ذلك. كل ذلك على فرض قبول القول في باب الفضولي، وأنه لا يكفي الرضا بعد الردّ.

الرضا بين الكشف والنقل

ثم إنه هل الرضا كاشف أم ناقل؟ وليعلم أنه ليس معنى الكشف: أن الملك كان واقعاً للمشتري في المدة الفاصلة بين الرضا والعقد، بل معناه: أنه يعتبر كذلك اعتباراً، إذ لا وجه للقول بأن الملك منتقل بالفعل إلى المشتري قبل الرضا، لأن صريح قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ﴾^(١)، ينفيه كما لا يخفى، وكذلك ظاهر قوله ﷺ: «لَا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ وَلَا مَالُهُ إِلَّا بِطَبِيعَةِ نَفْسٍ مِنْهُ». وغيرهما.

(١) سورة البقرة، آية: ١٨٨.

دليل الكشف

وقد استُدل للكشف:

١ - بأن الرضا بالعقد السابق إنما هو بالنقل من ذلك الحين. ومقتضى صحة هذا الرضا ونفوذه هو وقوع النقل اعتباراً من ذلك الحين.

٢ - وأن المؤثر في النقل هو لفظ العقد، وإن كان يفتقد شرطاً من شروط التأثير، إلا أن فقدانه لم يكن مانعاً عن تأثيره على تقدير حصوله، فهو كما إذا فرض توقف حصول الثواب على عمل المرائي على استغفاره بعد العمل، فإن الثواب يحصل قبل الاستغفار، لأنه فرع العمل الذي يقع بعده الاستغفار لا فرع الاستغفار.

دليل النقل

واستُدل للنقل بأن مفاد النقل السابق ليس النقل من ذلك الوقت، بل النقل المطلق، منتهى الأمر إن وقع في الزمان السابق، مع جميع شروطه، صح وكان النقل - لصحته - من ذلك الوقت إذ أثر أثره. وإن فقد شرطاً ظل غير مؤثر حتى يلحقه ذلك الشرط، فإن لحقه أثر من ذلك الحين. فالنقل إنما يكون من حين يؤثر العقد ولا يؤثر العقد إلا عندما يحصل الرضا.

وقد تقول: إنه - على هذا - مخالف لمقتضى العقد، إذ العقد إنما أجري لكي يكون ناقلاً من ذلك الحين، وتأخر النقل عن حينه يلزم تخلف العقد عن القصد.

ولكن نجيب: بأن ليس مقتضى العقد إلا التأثير في الوقت الذي يتوفر فيه سائر شروط التأثير الشرعي، وهو يتحقق بعد الرضا فقط. ولذلك فإن حكم الشارع بتحقيق الملك بعد القبول أو بعد القبض في الصرف والسلم والهبة ليس منافياً للعقد.

ونوقش فيه بأنه يختلف القبول والمقام، حيث إن العقد إنما يُعتبر تأثيره بعد القبول لا قبله، بينما الرضا يقع بالعقد السابق من ذلك الوقت. وبتعبير آخر: القبول

جزء المؤثر، والرضا شرطه ومكملته.

وقد يُناقش -أيضاً- بأن الشارع إنما أمضى ما أمضاه الرضا، وهو تحقّق البيع من قبل. وحكمه بذلك، وإن كان واقعاً من حيث الزمان الآن، إلّا أنه شامل من جهة الاعتبار لما سبق كما لا يخفى.

ونجيب: بأن مرادنا هو الملك الشرعي، ولا معنى لتحقيقه قبل حكم الشارع به. نعم، يبقى أن نقول: المفروض أنّ الشارع يقول: العقد المُكره عليه صحيح إن لحقه الرضا، ومعناه أنّ العقد الجاري يعتبر في الواقع نافذاً إذا كان في علم الله أنه يلحقه الرضا، وحيث يطل تمثيل الشيخ للنقل بالفسخ^(١)، حيث إنه يقطع البيع الآن ولكن موقعه البيع السابق، فالملكية المتخللة لا يمكن رفعها لأنها قد كانت بالفعل.

والمناقشة نفسها آتية في الفسخ أيضاً، وملخصها: أنّ حكم الشارع بصحة اعتبار البيع السابق بمنزلة المعدوم -حيث أجاز الفسخ الذي معناه: حل العقد ونقض العهد من رأس- أنّ حكمه هذا معناه: تأثير العمل اللاحق بالأمر السابق تأثيراً اعتبارياً إن قلنا بعدم صحة تأثيره واقعاً، ولم نقل بأن معنى هذا بطلان العقد واقعاً منذ الأول، كما يمكن القول به في هذا المقام بأن العقد المُكره عليه صحيح، وفيه كل مؤهلات التأثير، ولذا فهو عند العقلاء مؤثر كاملاً، إلّا أنّ حكم الشارع -المبني على احترام الشخص واعتبار رضاه في التصرف في أمواله الخاصة- علّق نفوذه في حق هذا على الإذن، ولذا قيل بعدم جواز فسخه من الطرف الآخر -على تأمل سبق- فالرضا كاشف عن أنّ التأثير لم يصبه شيء باعتبار عدم رضا صاحبه فيه.

هذا، ولكن المفهوم من الشريعة: أنّ الرضا كلّ شيء في العقد، وأنّ المبادلة ونحوها -إن لم تكن عن رضا- تعتبر لغواً من الفعل أو القول، خصوصاً مع ما تقدّم احتمالاً من أنّ رضا الإنسان وقصده المنبعث عن الدواعي الاختيارية هو العقد،

وإنما اللفظ مُعَبَّرٌ صالح مع لحوق الرضا به للمظهرية لهذا الأمر القلبي، فلذا لا يكون اللفظ مؤثراً وحده، فليس التأثير له أبداً، إنما التأثير للقصد المرضي وهو حاصل بعد الرضا فقط. فتأمل تجد أن مجموع الأدلة بالإضافة إلى العرف تُؤيِّد القول بالكشف أيضاً، والله العالم.

معاملات العبد وإذن السيد

لو قام المملوك بشيء من العقود المتعلقة بالمال أو بالبدن فيما يضر تصرف المالك، وينافيه، كأن يؤجَّر نفسه، فهو على نوعين: إما أن يكون بإذن سيِّده، وهو صحيح إجماعاً، للأدلة المتضاربة في كثير من الأبواب، ممَّا يدلُّ على عدم سلب الاعتبار عن عبارته. وإما أن تكون المعاملة بغير إذن سيِّده، فإنها لا تصح لأدلة محجورية العبد شرعاً، فإنَّ إذن له مولاه - في عقد أو إيقاع - جاز لشمول العمومات له، وعدم اشتراط الحرية في المعاملات. ولو أجاز المولى بعد العقد، فإن كان فيما لا يرتبط بملك المولى كالنكاح وما أشبه جاز للدليل الخاص، وإلَّا كان حكمه كالفضولي الآتي بحثنا عنه إن شاء الله.

دليل الجواز

ولو أمره شخص ثالث بإجراء عقدٍ ما فهل هو جائز أم لا؟ قولان، يدل على الأول وجهان:

١ - الأصل، فليس هناك دليل على حرمة تصرفات العبد غير المنافية لأغراض المولى كذكره، وتفكِّره، وتكلمه؛ وما أشبه. كما أنَّه لا دليل على أنَّ العبد سُلِبَ عن عبارته الاعتبار شرعاً، إذ يأتي البحث في الأدلة التي استدلوا بها عليه ليُعلم ما فيها، فيبقى تحت عمومات أو إطلاقات الأدلة التي تشمل غير العبد. وهذا مرادنا من الأصل في المقام، حيث إنَّ عدم اعتبار عقد العبد محتاج إلى الدليل بعد شمول إطلاقات البيع والعقد والتجارة لألفاظه. نعم؛ نسلم عدم جواز إجراء العبد العقد مع منافاته لغرض المولى، ولكنه لا يدل على البطلان، إذ لو فرض أن إنساناً ابتلي

بمرض يحرم عليه التكلم يصح عقده؛ أو كان يضرّ غيره بالتكلم لم يبطل لفظه. مع أنّهم يلتزمون بصحة عقد المُكرّه على اللفظ الذي لا شك في حرمة إكراهه عليه.

وبالجملة، فحيث إن النهي لا يدل في المعاملات على الفساد إلا إذا كان مصبّه المعاملة نفسها، فيكون إذ ذاك إرشاداً إلى عدم صحتها شرعاً لا حرمتها. كذلك ليس النهي في المقام كافياً في إبطال ألفاظ العبد.

٢- ما ورد في صحة نكاح العبد بغير إذن سيده إذا لحقته الإجازة، معللاً بأنه: «لَمْ يَعْصِ اللَّهَ إِنَّمَا عَصَى سَيِّدَهُ»^(١).

فإن صحة نكاحه يشمل صورة ما لو أجرى الصيغة بنفسه، لأنه لم يكن من المرسوم الإرجاع فيها إلى الأفراد المخصوصين، بل كان كل فرد يُجري صيغة النكاح كما يُجري صيغة العقود أو الإيقاعات الأخرى، وترك الاستفصال يومي إليه أيضاً. وعلى أي حال فإن الحديث ظاهر في كفاية عقد العبد، واعتبار عبارته شرعاً. نعم، حيث إن تصرفاته لا تنفذ إلا بإذن سيده أو إجازته، فإن نكاحه لم يصح بدون الإذن أو الإجازة لذلك، كما لم يكن صحيحاً لو أنه كان يوكل غيره في إجراء الصيغة، وهذا ظاهر. بيد أنه قد يقال: إن الإجازة كافية في جعل عقد العبد معتبراً شرعاً، والحديث لا يدل على أكثر من كفاية الإجازة، فلعلها كما تصحح النكاح، تصحح عبارة العبد التي أوجدت النكاح أيضاً.

ونوقش فيه: أن عبارة العبد، إذا أصبحت مسلوقة الاعتبار شرعاً، أضحت كعبارة الهازل والساهي والنائم، ولم يكفها تجدد الإجازة لها، إلا أن يُقال: حيث إن سلب الاعتبار عن لفظ العبد ليس من جهة عدم صحته واقعاً، أو عدم صلاحيته للإنشاء عرفاً، بل من جهة تعلّق حق المولى به؛ فالسلب تعبدي وليس واقعياً. وكما أن السلب كان تعبدياً صح للشارع أن يعطي له اعتباراً تعبدياً بعد السلب.

وبالجملة، إن الاعتبار سهل المؤونة، وقد تُمنح أو تُمنع عن لفظ صلاحيته

(١) الكافي، ج ٥، ص ٤٧٨.

اعتباراً ثم يُجَدِّد له خلافه بعد مضي زمان. فالحديث لا يلزم أن يكون -على هذا- دالاً على اعتبار عقد العبد مطلقاً، فتأمل.

كما أن مثله من الأحاديث التي استُدل بها على صحة عقد العبد لغيره، مثل عموماً صحة تجارة العبد أو صحة لحوق الإجازة بأعماله؛ باعتبار أنه لا تجدي الإجازة شيئاً إن لم تكن عبارته معتبرة شرعاً، إذ الإجازة لا تجعل العبارة معتبرة إن لم تكن كذلك، فهذه الأحاديث غير حجة في المقام، لما تقدّم من أن مؤونة الاعتبار خفيفة جداً. فلذلك لا تدل تلك الأخبار على أكثر من أن عبارة العبد مع الإجازة كافية.

دليل عدم الجواز

واستُدل على عدم الجواز:

١ - بقوله تعالى: ﴿ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ وَمَنْ رَزَقْنَاهُ مِنْ رِزْقًا حَسَنًا فَهُوَ يُنْفِقُ مِنْهُ سِرًّا وَجَهْرًا﴾^(١)، بتقريب أن كلمة ﴿شَيْءٍ﴾ نكرة في سياق النفي، فتدل على العموم.

ودعوى أن الآية ليست في مقام بيان حكم العبد، حتى تفيد أن العبد المملوك لا يقدر على شيء، بل في مقام التمثيل بهذا العبد، يعني أن الذين يدعون من دون الله مثلهم كمثل أسوأ إنسان يُفرض، وهو عبد مملوك لا يقدر على شيء، وهو كَلٌّ على مولاه، أينما يُوجَّه لا يأت بخير. فهو شبيهه بقول أحدنا: زيد كحمار سييء لا يحمل ثقلًا ولا يقضي حاجة. فليس معناه أن كل حمار كذلك، بل إن المشبه به هو هذا النوع من الحمار.. هذه الدعوى مردودة باستدلال الإمام عليه السلام بهذه العبارة على حكم العبد، فيفهم منه: أن الكتاب يهدف الأمرين من التمثيل وبيان الحكم، وذلك في الحديث المروي عن الفقيه بسنده إلى زرارة، عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليهما السلام قالوا: «المَمْلُوكُ لَا يَجُوزُ طَلَاقُهُ، وَلَا نِكَاحُهُ، إِلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ. قُلْتُ: فَإِنَّ السَّيِّدَ كَانَ زَوْجَهُ بِيَدِ مَنْ الطَّلَاقُ؟». قَالَ عليه السلام: بِيَدِ السَّيِّدِ ﴿ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا

يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ ﴿ وَالشَّيْءُ الطَّلَاقُ ﴾^(١)، حيث يُعرف منه: أن كل ما كان (شيئاً) فهو منفي مسلوب عن العبد، كما أن الحديث - بهذا التقريب - يكون دليلاً مستقلاً على الموضوع، باعتبار التعليل فيه على عدم نفوذ طلاق العبد بأنه (شيء)، ولا ريب في صحة الاستدلال والاعتماد على عموم العلة.

إلاَّ أَنَّهُ يُناقش فيه: بأن منتهى ما يُستفاد من الحديث والآية نفي ما يُعتبر (شيئاً) لدى العرف عن العبد شرعاً، ولا شك في أن إجراء الصيغة ليس شيئاً لديهم، لأنهم لا يلاحظون شيئاً إجراء الصيغة، لعدم ارتباطها بمولى العبد في أغلب الأحيان؛ وذلك لأن معنى شيء في المقام ليس معناه اللغوي الدقيق الذي يصدق على كل صغير وكبير من أجزاء الكون وأبعاده، بل معناه العرفي الذي يُلاحظ فيه السياق والحكم. ولا يفهم منه أكثر من أن ما كان مثل الطلاق الاستقلالي من الأشياء مسلوب عن العبد. أما أنه يدل على نفي قدرة العبد على أن يوكل إليه إجراء لفظ، أو نقل خبر، أو بيان حكم، فلا.

هذا كله بالإضافة إلى أن الآية والرواية ليستا في مقام بيان العموم والإطلاق كما لا يخفى، مع أن المراد من اللفظ ليس أكثر من التعبير عن العقد الذي يعقد عليه المالك قلبه، أي يتعهده ويلتزم به، كما سبق. وهذا حاصل في عبارة العبد قطعاً، فلا معنى لسلب الاعتبار عنها.

٢- بالأحاديث التي دلَّت على عدم نفوذ تصرُّفات العبيد وعدم مضي أمورهم استقلالاً. بتقريب: أن استقلالهم بإجراء الصيغة تصرُّف يلزم تعقب الإجازة إن لم يكن سبق الأذن.

ونوقش فيه: بأن منتهى ما تدل الأحاديث عليه هو أن العبد محجور - على ما سيأتي تحقيقه في كتاب الحجر - أما أن ألفاظه مسلوبة الاعتبار فلا دلالة لها على ذلك أصلاً.

(١) من لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص ٥٤١.

٣- بأنَّ العبد للمولى، ولا يصح التصرف في أموال الغير بدون إذنه، ولا ريب في أنَّ العقد تصرف، فهو حرام، فالعقد باطل.

ونوقش فيه: إنَّ إطلاق أنَّ العبد للمولى مشكل، بل العبد لنفسه أولاً، وللمولى ثانياً. قال تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾^(١)، و﴿بَلِ الْإِنْسَانُ عَلَىٰ نَفْسِهِ بَصِيرَةٌ﴾^(٢). و﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾^(٣)، و﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا عَلَيْكُمْ أَنْفُسَكُمْ﴾^(٤)، وما إلى ذلك.

وروي عن أمير المؤمنين عليه السلام: «لَا تَكُنْ عَبْدَ غَيْرِكَ وَقَدْ جَعَلَكَ اللَّهُ حُرًّا»^(٥)، والباحث في النصوص الشرعية يقطع بأنَّ الإنسان مالك نفسه التي وهبها له الله تعالى المالك الحقيقي، وملك الغير طارئ لمصلحة، وهو أمر اعتباري، والأصل في التصرفات التي يعملها الإنسان - سواء كان عبداً أو حراً - الاختيار إذا كان راجعاً إلى نفسه أو عمله؛ ولم يصح دليل على أنَّ كل تصرفات العبيد مقيدة بإذن مواليتهم أو مملوكة لهم، حتى مثل الفكر والذكر والعمل اليسير، بل التي قامت عليها سيرة المسلمين - على ما بُقِلت - صحة تصرفات العبد اليسيرة، فلا دليل على حرمة عقد العبد بغير إذن مولاه. ولو سُلمت الحرمة، فلا تفيد للبطلان كما تقدّم.

العبد يشتري نفسه لغيره

ولو أمر العبد شخص ثالث أن يشتري له نفسه من سيده، فالوجه الصحة، حتى على القول بتوقف التصرف على إذن المولى، لوجود الإذن في المقام، حيث لا يُعتبر فيه لفظ خاص، بل إما يُكتفى فيه بعلم الرضا وهو موجود، أو يقال: يُشترط في الرضا أن يكون له مُظهر وهو موجود أيضاً، إذ تعرضه للبيع وإيجابه له، مُظهران للإذن.

(١) سورة المدثر، آية: ٣٨.

(٢) سورة القيامة، آية: ١٤.

(٣) سورة الأنعام، آية: ١٦٤.

(٤) سورة المائدة، آية: ١٠٥.

(٥) نهج البلاغة، باب الكتب والوصايا، رقم ٣١، وصية الإمام لابنه الحسن عليه السلام.

ولكن قيل بعدم الجواز. ذهب إلى ذلك القاضي ابن البراج^(١) واستدل لقوله بأمرين:

الأول: ليس العبد في حالة الإذن أهلاً للاشتراء لعدم سبق الإذن. ونوقش هذا الرأي بأنه على القول باشتراط الإذن وعدم كفاية العلم بالرضا فيه، أو التعرض للبيع، نقول: إن الذي سبق اختياره في بحث الأهلية للبيع عدم اشتراطها حين القبول إلا في بعض الموارد، وذلك لعدم الدليل على اعتبارها مطلقاً. هذا مع أن العبد أهلاً قبل الإذن لسماع الإيجاب وبعده لإنشاء القبول، فهو أهل للعقد.

الثاني: إن الموجب يلزم أن يكون غير القابل، والعبد حيث أنه مملوك للمولى فهو لا يصلح أن يكون موجباً أو قابلاً مع المولى، لأنه يستلزم اتحاد الموجب والقابل. ونوقش فيه بأنه يُنقض بما إذا أذن سابقاً، ويُدفع بأنه ليس الاتحاد إلا اعتباراً، في حين أنهما مختلفان اعتباراً، فهذا أصيل وذلك وكيل.

هذا فيما إذا كان البيع من المولى نفسه. أما إن كان من وكيله، فإن كان الوكيل مفوضاً حتى في إذن العبيد؛ فالمسألة متحدة مع السابقة، وإلا فإن قلنا بعدم صحة بيع العبد، بمعنى سلب الاعتبار عن لفظه شرعاً فلا يصح، وإلا صح. ومن هنا يعلم أن البعض حيث ينكر اعتبار لفظ العبد، يقيّد المسألة بما إذا كان من المولى نفسه لا من وكيله.

هذا، وهناك مسائل تتعلق ببيع العبد شيئاً بدون إذن سيده، لنفسه أو لسيده، تعرض الأصحاب لها في كتاب الدين، باعتبار أن ديون العبد على المولى، فراجع.

(١) انظر: جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٧١.



الشرط الخامس للبائع والمشتري، بل لكل من يتبغي إجراء عقد، أن يكون مالكا لما تتم مبادلتة من المبيع والتمن، أو يكون بحكم المالك في العقد، كالأب والجد للأب، والوكيل لأحدهم، والوصي كذلك، والحاكم، وأمينه، وعدول المؤمنين في بعض الموارد، أو الوكيل عنهم المأذون في العقد.

ويدل على هذا الشرط الإجماع^(١) وجملة من النصوص، وهي كالآتي:

١ - صحيحة صفار، وفيها: أنه كتب إلى أبي محمد الحسن بن علي عليه السلام في رجل له قطاع وأرضين، فحضره الخروج إلى مكة والقرية على مراحل من منزله، ولم يؤت بحدود أرضه، وعرف حدود القرية الأربعة، فقال للشهود: اشهدوا أنني قد بعت من فلان جميع القرية، التي حدّ منها كذا، والثاني والثالث والرابع، وإنما له بعض هذه القرية، وقد أقر له بأكملها فوق عليه السلام: «لَا يَجُوزُ بَيْعُ مَا لَيْسَ يَمْلِكُ، وَقَدْ وَجَبَ الشَّرَاءُ عَلَى الْبَائِعِ عَلَى مَا يَمْلِكُ»^(٢).

٢ - صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام، قال: «سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ أَتَاهُ رَجُلٌ فَقَالَ: ابْتَعْ لِي مَتَاعًا لَعَلِّي أَشْتَرِيهِ مِنْكَ بِنَقْدٍ أَوْ بِنَسِيئَةٍ، فَاِتْبَاعَهُ الرَّجُلُ مِنْ

(١) قال في جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٧٢: «بلا خلاف أجده في شيء منها، بل الإجماع بقسميه على ذلك».

(٢) الكافي، ج ٧، ص ٤٠٢.

أَجْلِهِ؟ قَالَ ﷺ: لَيْسَ بِهِ بَأْسٌ، إِنَّمَا يَشْتَرِيهِ مِنْهُ بَعْدَ مَا يَمْلِكُهُ»^(١).

٣- صحيحة منصور وفيها السؤال عن: «رَجُلٌ أَمَرَ رَجُلًا يَشْتَرِي لَهُ مَتَاعًا فَيَشْتَرِيهِ مِنْهُ؟. قَالَ ﷺ: لَا بَأْسَ بِذَلِكَ إِنَّمَا الْبَيْعُ بَعْدَ مَا يَشْتَرِيهِ»^(٢).

٤- وصحيحة محمد بن القاسم بن فضيل، عن أبي الحسن الأول (الإمام موسى الكاظم ﷺ)، وفيها السؤال عن: رجل اشترى من امرأة من العباسيين بعض قطايعهم، فكتب عليها كتاباً بأنها قد قبضت المال ولم تقبضه، أيعطيها أم يمنعها؟ قال ﷺ: «قُلْ لَهُ: يَمْنَعُهَا أَشَدُّ الْمَنْعِ، فَإِنَّهَا بَاعَتْهُ مَا لَمْ تَمْلِكْهُ»^(٣).

وهذا الحديث - بقريته ما قبله - يدل على أن السبب في عدم جواز تسليم الثمن هو أن العباسيين حيث كانوا غاصبين لحقوق آل النبي ﷺ، صحَّ استنقاذ الحق منهم بسبب البيع الصوري، وليس في الحديث دلالة على مصير المال المبيع وأنه لمن يرجع. كما ليس فيه إشارة إلى بطلان البيع، بل فيه نوع إيماء إلى صحته ولكن بعد إجازة صاحب المال الأصلي، وهو الإمام ﷺ، كما يتبين من سياق الحديث. فإن ما قبله: «رَجُلٌ اسْتَوْدَعَ رَجُلًا مَالًا لَهُ قِيَمَةٌ، وَالرَّجُلُ الَّذِي عَلَيْهِ الْمَالُ رَجُلٌ مِنَ الْعَرَبِ يَقْدِرُ عَلَى أَلَّا يُعْطِيَهُ شَيْئًا، وَلَا يَقْدِرُ لَهُ عَلَى شَيْءٍ، وَالرَّجُلُ الَّذِي اسْتَوْدَعَهُ خَبِيثٌ خَارِجِيٌّ، فَلَمْ أَدْعُ شَيْئًا؟. فَقَالَ ﷺ لِي: قُلْ لَهُ رُدَّهُ عَلَيْهِ، فَإِنَّهُ ائْتَمَنَهُ عَلَيْهِ بِأَمَانَةِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ. قُلْتُ: فَرَجُلٌ اشْتَرَى مِنْ امْرَأَةٍ مِنَ الْعَبَّاسِيِّينَ ... إلخ»^(٤).

٥- صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر ﷺ، وفيها: «سَأَلَهُ رَجُلٌ مِنْ أَهْلِ النَّيْلِ عَنْ أَرْضٍ اشْتَرَاهَا بِقَمِ النَّيْلِ، فَأَهْلُ الْأَرْضِ يَقُولُونَ: هِيَ أَرْضُهُمْ، وَأَهْلُ

(١) تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٥١.

(٢) تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٥٠.

(٣) الكافي، ج ٥، ص ١٣٤.

(٤) الكافي، ج ٥، ص ١٣٣.

الْأُسْتَانِ يَقُولُونَ: هِيَ مِنْ أَرْضِنَا؟ قَالَ ﷺ: لَا تَشْتَرِهَا إِلَّا بِرِضَا أَهْلِهَا»^(١).

٦- وفي التوقيع الصادر إلى عبد الله الحميري عن صاحب الزمان ﷺ، وفيه السؤال عن ضيعة السلطان فيها حصّة مغصوبة، فهل يجوز شراؤها من السلطان أم لا؟ فأجاب ﷺ: «الضَّيْعَةُ لَا يَجُوزُ ابْتِئَاعُهَا إِلَّا مِنْ مَالِكِهَا أَوْ بِأَمْرِهِ أَوْ رِضَا مِنْهُ»^(٢).

٧- وما ورد في عدم جواز شراء المغصوب، ومال السرقة، ونحوها.

ودلالة هذه الأحاديث على اشتراط الملكية واضحة، مثل دلالة قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾^(٣) حيث إن الواضح كون الرضا ممن يتجر، وأنه المالك أو مأذونه، وقوله ﷺ: «لَا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ وَلَا مَالُهُ إِلَّا بِطَبِيعَةِ نَفْسِهِ»^(٤). وقوله: «لا يبيع إلا في ملك»^(٥) كما نقل وغيرها.

ومن هنا يُعرف أن الأصل لدى الشك في صحة العقد الفضولي هو الفساد والبطلان، إلا أن يُثبت دليل خاص كالنصوص والسيرة، أو عام كشمول إطلاقات العقد والبيع والتجارة، وغيرها ممّا سيأتي في الأبواب القادمة، خلاف ذلك.

هذا كله بالإضافة إلى الأدلة العامة على أنه لا يحل مال امرئ إلا بطبيعة نفسه، أو ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ ونحوهما. بل إن معنى الملك هو عدم وجود حق للآخر في بيعه شرعاً، فإذا فرض أن الإسلام يعترف بالملكية الخاصة، فمعناه عدم جواز بيع أحد مال الآخر.

(١) الكافي، ج ٥، ص ٢٨٣. والنيل: قرية بالكوفة وبلدة بين واسط وبغداد، والأستان أربع كور ببغداد: على وأعلى وأوسط وأسفل.

(٢) نص الرواية في: وسائل الشيعة (الإسلامية)، ج ١٢، ص ٢٥٠، ح ٨.

(٣) سورة النساء، آية: ٢٩.

(٤) الكافي، ج ٧، ص ٢٧٣.

(٥) جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٣٤٣.

الفصل الثالث

بيع الفضولي

- ١- صحة بيع الفضولي
- ٢- أدلة بطلان بيع الفضولي
- ٣- أنواع الفضولي



لو باع من ليس له البيع شرعاً ملك غيره هل يصح البيع أم لا؟.

المشهور بين الفقهاء رحمهم الله قديماً وحديثاً الصحة^(١)، بل ادّعى بعضهم الإجماع عليه^(٢)، بينما ذهب الشيخ في الخلاف، والسيد في الغنية، والحلي في السرائر إلى البطلان. بل قال الشيخ رحمهم الله: إذا باع إنسان ملك غيره بغير إذنه كان البيع باطلاً. وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: ينعقد البيع ويقف على إجازة صاحبه، وبه قال قوم من أصحابنا. دليلنا: إجماع الفرقة، ومن خالف منهم لا يعتدّ بقوله، ولأنه لا خلاف أنه ممنوع من التصرف في ملك غيره، والبيع تصرف^(٣).

قال في مفتاح الكرامة: «ونحوه في الصراحة ما في الغنية»^(٤).

ولقد ذهب في الحقائق رحمهم الله إلى ذلك أيضاً؛ وأيده ببعض الأحاديث التي تعجّب من الأصحاب أنهم كيف تركوها^(٥). كما اختاره في الإيضاح^(٦) ومجمع البرهان^(٧).

(١) معنى الصحة هاهنا ليس معناها في كل مقام الذي هو التأثير، بل الصحة تعني في المقام صلاحية العقد للتأثير مع الإجازة، فالإجازة محققة للموضوع من رأس كما سيأتي.

(٢) انظر: مفتاح الكرامة، ج ١٢، ص ٥٩٠-٥٩٤، و: جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٧٣.

(٣) الخلاف، ج ٣، ص ١٦٨.

(٤) مفتاح الكرامة، ج ١٢، ص ٥٩٤.

(٥) الحقائق الناطرة، ج ١٨، ص ٣٧٨ و ٣٨٥.

(٦) إيضاح الفوائد، ج ١، شروط المتعاقدين، ص ٤١٦-٤١٧.

(٧) مجمع الفائدة والبرهان، ج ٨، ص ١٥٨.

ولقد اصطلح المتأخرون على تسمية هذا البيع بالفضولي، نسبةً إلى الفضول (جمع الفضل)، وهي الزيادة، وجمع باعتبار الأجزاء الزائدة على قدر المعتاد، فقليل: فضول الكلام، فضول المال. ويُوصف به البائع فيقال: بائع فضولي، وبيع الفضولي، يعني: بيعٌ بائعُهُ فضولي، كما يُوصف به البائع، فيقال: البيع الفضولي، أي البيع المنتسب إلى الفضول والزيادة.

ويأتي مبحث الفضولي بعد اشتراط المالكية في كلمات الفقهاء رحمهم الله لأجل أن الإذن إن لم يلحق العقد أو لحق ولم يفد شرعاً كان العقد باطلاً من جهة عدم المالكية.

تقسيمات الفضولي

والفضولي على أقسام من عدة اعتبارات. فباعتبار الرضا وعدمه، قد يكون المالك راضياً فعلاً بالعقد ويُصرِّح به، وليس ذلك من الفضولي شيئاً. وقد يكون راضياً فعلاً من دون أن يُصرِّح بذلك، وفي كون هذا فضوليٌّ أم لا؟ اختلاف يأتي. وقد يكون راضياً تقديرًا، أي إنه يرضى لو علم، وهو - على المشهور - في حكم الرضا الفعلي، وذهب بعضهم إلى عدم كفاية الرضا التقديري، فيما يحتاج إلى الرضا مثل التصرف في المال، فإن قلنا بالثاني فهو فضوليٌّ قطعاً. وقد لا يكون راضياً أبداً، وهو المصدق الظاهر للفضولي، وهو على قسمين:

الأول: أن ينهى عن العقد.

الثاني: ألا ينهى، بل يكون ساكتاً.

وباعتبار مقدار التجاوز قسمان:

الأول: أن يكون العاقد غير مالك أصلاً.

الثاني: أن يكون مالكاً غير مأذون التصرف شرعاً، كالراهن الذي لا يجوز له التصرف في العين بدون إجازة المرتهن.

ويصدق الفضولي على كلٍّ منهما.

وباعتبار من يبيع له قسماً أيضاً: فقد يبيع لنفسه كالغاصب، وقد يكون للمالك، وهو المصداق المبحوث فيه الآن.

وباعتبار العمل، الفضولي نوعان:

الأول: ما كان عقداً كالبيع والإجارة.

الثاني: ما كان إيقاعاً، كالطلاق والعتاق.

أدلة تصحيح الفضولي بالإجارة

وقبل أن نشير إلى الفوارق بين الأقسام المذكورة يجب أن نبحث في أصل المسألة: هل تفيد الإجارة أم لا؟.

وقد استدلّ على أن الإجارة تصلح لتصحيح البيع الفضولي بوجوه:

الأول: إطلاقات الأدلة

شمول الإطلاقات مثل قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١)، وقوله: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾^(٢)، وقوله ﷺ: «لَا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ وَلَا مَالُهُ إِلَّا بِطَبِيعَةِ نَفْسِهِ»^(٣)، وقوله تعالى في خصوص البيع: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^(٤)، وفي سائر الأبواب خصوص أدلتها المسوّغة لها.

كل ذلك بتقريب: أن بيع الفضولي ينتسب عرفاً إلى المالك بعد إذنه، ويصح أن يُعبّر عرفاً عن عمله بالبيع والتجارة والعقد، وما إلى ذلك ممّا أسند الحكم إلى اللفظ كالإجارة والصلح والنكاح.

(١) سورة المائدة، آية: ١.

(٢) سورة النساء، آية: ٢٩.

(٣) الكافي، ج ٧، ص ٢٧٣.

(٤) سورة البقرة، آية: ٢٧٥.

وبهذا التقريب يندفع ما اعترض به على الإطلاقات من أن ظاهر ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، وسائر العمومات أنه يجب على كل فرد الوفاء بعقده لا الوفاء بعقد غيره، والمفروض أن العقد الفضولي ليس عقد المالك، وإنما عقد غيره، أو أن المفهوم من الآية: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾، يحل لكل فرد أن يجري البيع لنفسه، لا لغيره، وهكذا في كل خطاب شرعي ليست المسؤولية متعلقة بالفرد إلا من حيث عمله، لا من حيث أعمال الناس. وإنما يندفع هذا الاعتراض لأن إسناد العقد أو البيع إلى المالك؛ بسبب إذنه بعد إجراء العقد، يجعل العقد عقده، والبيع بيعه، فيلزم الوفاء به؛ حيث إن المراد بإسناد العقد ليس إسناد اللفظ بما هو لفظ، إذ من الواضح أن اللفظ إنما يُسند إلى لفظه الفضولي ذاته، لا إلى المالك. بل المراد إسناد الالتزام بمعنى العقد وواقعه، الذي إنما يُعقل في مالكة شرعاً، بالنظر إلى الالتزام الشرعي. يعني لا يمكن للغاصب أن يعتبر نفسه مسؤولاً عن العقد الذي أجراه لنفسه مسؤولية شرعية، إذ هو ليس بجائر التصرف.

وبالجملة، فالعقد بما هو التزام بالمبادلة في البيع مثلاً، موجود بالنسبة إلى المالك الراضي به؛ ومن هنا تُسند المعاملة إليه شرعاً. هذا كله بالإضافة إلى ما تقدم احتمالاً من أن ينتهي ما يدل عليه الدليل لزوم إبداء مظهر خارجي للعقد، بالإضافة إلى الالتزام النفسي، سواء كان المظهر قولاً أو فعلاً، مقدماً أو مؤخراً، وهو حاصل في الفضولي.

وقد يعترض على الاستدلال المزبور بأنه لا ريب في عدم شمول الإطلاقات للعقد الفضولي قبل الإجازة. أما بعدها فحيث إنه ليس للعمومات عموم أزمني يشمل العقد بعد الإجازة، فمقتضى القاعدة استصحاب حكم ما قبله، ولا يجوز التمسك بالعام فيه، فهو كما إذا قال المولى: أكرم زيداً (قاله في يوم السبت) ثم قال لا تكرم زيداً في يوم الأحد، فشك في يوم الاثنين، هل هو من أفراد حكم العام، أي أكرم زيداً أم لا؟ لا يمكن القول بذلك لعدم معرفة شمول العام لهذا الفرد من رأس وعدم صحة الاستصحاب لتخلل العدم.

ونوقش فيه: أنّ العقد قبل أن يتنسب إلى هذا الفرد لم يكن مشمولاً لحكم العام لا من جهة خلل فيه، بل من جهة عدم الانتساب، ولكن بعد الانتساب شمله العام. وبتعبير آخر: حيث إنّ هذا العقد - قبل الانتساب إلى الفرد - لم يكن عقداً بالنسبة إليه فلم يشملته العام، أما بعده فحيث تحقّق موضوع العام انتسب إليه.

هذا، وقد علّم ممّا ذكر أنّ ما قيل في المقام غير صحيح، فإنه قيل: إنّ الرضا إنّما يلحق المنشأ في العقد الفضولي لا الإنشاء، حيث إنّ الإنشاء إنّما هو واقع بسيط تحقّق على ما تحقّق عليه، فلا معنى لتجدّد اتّسامه بسمة وجودية، فهو كالضرب الواقع إما ظلماً أو حقاً، فلا معنى لحدوث صفة الظلمية أو الحقانية له بعد الوقوع، فلا يبقى إلّا العقد المنشأ، أي الحقيقة التي أنشأت بالعقد (وهي اعتبار التبادل في البيع) وهي أمر استمراري يمكن أن يرضى به المالك فيصح ويؤثّر، أو لا يرضى به فيبطل ويفسد.

ولا يصح هذا القول من وجوه:

أولاً: ما ذكر سابقاً من أنه لا معنى لإنشاء غير المالك تبديل ماله بمال، ولا أثر له شرعاً، إنّما الأثر مرتّب على إنشاء المالك، الذي هو الرضا بالعقد. أما اللفظ الذي تلفظ به العاقد فليس إلّا مظهر للعقد الإنشائي الذي يقصده المالك عند الرضا، وذلك لأنّ حقيقة الإنشاء أمر بسيط هو القصد، أو إرادة فعل ما يترتّب على عقد، وإرادة المبادلة في زمن لاحق لإنشاء للبيع، وهذا إن وقع من المالك كان له حكمه، أما إن وقع من غيره؛ فالرضا بالمبادلة معناه القصد إلى المبادلة، حيث إنّ الرضا في المقام ليس كالرضا بعمل، بل معناه: إرادة ما تعلّق به الرضا؛ إذ لا ريب في عدم ترتّب الأثر على مجرد الرضا بالمبادلة التي فعلها الغير، كأنها مبادلة الغير، بل المهم الرضا بها؛ وعدها من فعله الخاص، والالتزام بجميع جوانبه.

ومن هنا يُعرف أنّ الرضا هو إنشاء وعقد، وليس متعلّقاً بإنشاء الغير وعقده، ولا بما إنشأه من حقائق معلقة، إذ لا إنشاء للغير، إذ لا معنى لإرادتي فعل غيري،

بل لكل فرد ما نوى من أعماله الشخصية. فلا معنى لقولنا: أردت أنا وفعلت أنت.

وثانياً: إذا كان اللفظ آلة الإنشاء، والإنشاء متحققاً لدى العاقد، فلنقل إن الرضا بالإنشاء، ولا ضرر. إذ تَلَوَّنَ الإنشاء بلون الصحة في الماضي لا ينافيه مع أنه بسبب رضا المالك في المستقبل، إذ العقد الذي يرضى به المالك في المستقبل إذا كان صحيحاً، فكل عقد كان في علم الله ممّا يلحقه الرضا والإجازة مُتَّصِفٌ حين وقوعه بأنه عقد المالك وأنه صحيح.

وثالثاً: إنَّ المُنشَأَ إذا كان غير متحقق برضا المالك، بل بفعل العاقد، لزم القول بما لا يلتزم به القائل من أن الإجازة بعد الرد كافية، إذ لا أثر لقول المالك في حقيقة المنشأ بل هو موجود مستقلاً عن رضاه، فحينما يَرُدُّ يبقى المنشأ صالحاً للحقوق الرضا به. وإلا فالرضا بِمَ يتعلّق؟ اذ ليس في البين إلا إنشاء (اللفظ المقصود) ومُنشَأٌ، فإذا لم يصحَّ التعلّق باللفظ، ولم يكن المنشأ موجوداً، فأين مقرّ الرضا، وأين هدفه؟.

الثاني: رواية البارقي

رواية عروة البارقي عن النبي ﷺ حيث أمره بشراء شاة بدينار للأضحية فاشترى به شاتين ثم باع أحدهما في الطريق بدينار فأثنى النبي ﷺ بالشاة والدينار، فقال له رسول الله ﷺ: «بَارَكَ اللَّهُ لَكَ فِي صَفَقَةٍ يَمِينِكَ»^(١).

وموضع الاستدلال اثنان:

الأول: اشتراء شاتين مع أنه كان مأموراً بشاة.

الثاني: بيع أحدهما بدون إذن النبي ﷺ، وتقرير النبي ﷺ هذا الفعل منه يدل على صحة بيع الفضولي.

(١) الرواية مشهورة في الكتب الفقهية، وذكرها صاحب الجواهر في جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٧٧، وقبله ذكرها الشيخ الطوسي في الخلاف، ج ٣، ص ٣٥٤، والعلامة الحلي في تذكرة الفقهاء، ج ١، ص ١٤، وفي جامع المقاصد، وشرح اللعة، ومسالك الأفهام... و...

واعترض على الحديث بوجوه:

١ - ضعف السند، إذ قيل: إنه مروي عن طرق العامة، وعروة لم يُوثَّق، مضافاً إلى نقل الشيخ والعلامة رحمهما إياه من عرفة، والقدماء من الأصحاب رحمهم لو لم يكونوا مُعرضين عنه لا سبيل إلى دعوى عملهم به كي ينجر به ضعف سنده ^(١).

ونوقش فيه: أنه يكفي في الاستناد شهرة الخبر عندهم، وعدم وجود ما يصلح للاستناد عندهم أو عدم ذكرهم شيئاً يصلح في نظرهم. ويدل على الشهرة قول صاحب الجواهر رحمته في وصف الخبر: «الذي أغنت شهرته عند الفريقين عن النظر في سنده» ^(٢).

٢ - إنه يمكن أن يكون عروة وكيلاً مفوضاً للنبي في سائر الأمور، أو كانت العبارة التي بُدلت بينهما مفيدة للوكالة العامة، أو نحو ذلك، ممّا تُؤثّر في القضية الشخصية، وتُبدّل موضوعاً بموضوع، فيتغيّر بموجبه الحكم. وحيث لا إطلاق في الفعل فلا يمكن دفع هذا الاحتمال بوجه.

ويجيب في الجواهر ^(٣) عن هذا الإشكال:

أولاً: بأن فتح باب هذا الاحتمال ونظائره لا يُبقي حجة شرعية إلّا وأبطلها، وثانياً: بأن الظاهر أنّ المنقول إلينا كل ما في القضية، ويُؤيّده أنه لولا ذلك لما كان لنقله وتعليق الاهتمام به من قدماء المسلمين أي فائدة، خصوصاً أنّ الخبر يحتوي على سبب الاشتراء وأنه للأضحية، وأنه قد دفع إليه المال له خاصاً، فكيف يُستفاد منه أنه كان وكيلاً عاماً للنبي ﷺ؟ وحتى لو فرض ذلك خارجاً فإنه أصبح في هذه القضية وكيلاً خاصاً باشتراء شاة واحدة بدينار للأضحية.

٣ - أنه لا ريب في عدم جواز القبض في الفضولي، والظاهر من الحديث أنّ

(١) فقه الصادق، المحقق الروحاني، ج ١٥، ص ٤٣١.

(٢) جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٧٧.

(٣) انظر: جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٧٧.

عروة أقبض المتاع، وقبض الثمن. وهنا يحتمل وجوه:

الأول: أنه كان عالماً برضا النبي بهذه المعاملة وهذا أمر طبيعي، إذ إن الأغلب الذي يشدّ خلافه جدّاً هو: رضا المالك بما يغتنم من ورائه وعدم قصده ربحاً محدوداً من جانب الكثرة.

ومعه لا يكون العقد فضولياً، حيث يأتي عن قريب أنّ العقد المقرون بالرضا لا يُعدّ فضولياً.

الثاني: أن يكون عالماً برضا النبي بالقبض والإقباض. أما المشتري، فيجب أن يكون قد أعطى المال أمانة بيد من يعطيه المتاع حتى يقدمه للمالك.

الثالث: أن يكون إقباض المتاع جائزاً على القول بالكشف، إذ إن معنى البيع هو الإقباض، وهذا لا يمكن، إذ هو تصرّف في مال الغير بدون إذنه، فهو غير جائز.

الرابع: أن يكون فعله حراماً، وهذا ينافي تقرير النبي ﷺ فعل عروة. ولكن قد يُقال: أنّ التصرّف ليس بذاته حراماً، بل إنه تنكشف حرمة بعد رفض المالك المعاملة، ولذلك قرّر النبي ﷺ فعل عروة حيث أجاز المعاملة. هكذا قرّر هذا الاعتراض.

ونوقش فيه: أنّ الرضا الفعلي بالعقد يخرج من الفضولي، ولكنه لم يُعلم وجوده في المقام، بل الظاهر خلافه. نعم، كان هناك رضا تقديري من النبي ﷺ المالك بالنسبة إلى معاملة عروة، وهو لا يُخرج العقد عن الفضولية، فإذا لم يبقَ هناك احتمال من هذه الجهة يوهن دلالة الخبر.

٤- إن الظاهر كون المعاملة وقعت معاطاة بين النبي ﷺ المالك والمشتري، لا بين عروة وبين المشتري.

ونوقش فيه بأنّ الظاهر من الحديث خلافه، حيث قال الرسول ﷺ: «بَارَكَ اللَّهُ لَكَ فِي صَفَقَةِ يَمِينِكَ»، ونسب الصفقة إليه.

وبعد كل هذا نعرف أنه لا يُفسَّر ما وقع في قضية عروة إلاّ تصحيح البيع الفضولي، إلاّ أنه على الاعتماد في تصحيحه على هذه الرواية يختص بما إذا كان العلم بالرضا التقديري (أي الفحوى) أو الاطمئنان، كما إذا كانت الصفقة رابحة جداً، لأنه القدر المتيقن ممّا دلّت عليه الحكاية، إذ لا إطلاق في الفعل حتى يشمل ما لو لم يكن الفحوى، فلعله كان تقرير النبي ﷺ أو تأييده من جهة علم عروة برضاه.

الثالث: رواية قيس

صحيحة قيس (في طريق وموثقه في طريق آخر) عن أبي جعفر عليه السلام، عن أمير المؤمنين عليه السلام، أنه قضى «في وليدة باعها ابن سيدها، وأبوه غائب، فاستولدها الذي اشتراها، فولدت منه غلاماً، ثم جاء سيدها الأول، فخاصم سيدها الآخر، فقال: وليدتي باعها ابني بغير إذني. فقال: الحكم أن يأخذ وليدته وابنها. فناشده الذي اشتراها، فقال له: خذ ابنه الذي باعك الوليدة حتى يُنفذ لك البيع. فلما أخذه قال له أبوه: أرسل ابني. قال: لا والله، لا أرسل إليك ابنك حتى تُرسل ابني. فلما رأى ذلك سيد الوليدة أجاز بيع ابنه»^(١).

بتقريب: أن أمر الإمام عليه السلام له بحبس الابن وتعليقه ذلك بتنفيذ البيع، يدل على أن البيع الفضولي قابل للتصحيح إن لحقه الرضا، كما أن نقل الإمام عليه السلام آخر القضية وأنه أجاز البيع يدل على كفاية الإذن في التصحيح.

وقد يُعترض على الاستدلال به:

أولاً: إنه تقدّم كون المعاطاة بيعاً حقيقياً بما أنه بيع عرفي، ومن المحتمل أن يكون البيع الذي نفذه أخيراً، بيع معاطاة لا يرتبط بالبيع الأول الذي كان مع الصيغة. ولكنه يُنافيه ظاهر اللام في قوله: حتى يُنفذ لك البيع. فإنّ ظاهره الرجوع إلى البيع الذي أجراه ابن السيد الأول، ولذا لم يحكم في الحديث بقيمة الولد للسيد الأول

(١) تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٧٤.

مع تصحيح البيع، كما ينافيه قوله عليه السلام أخيراً: «أَجَازَ بَيْعَ ابْنِهِ».

ثانياً: المشهور - بل المجمع عليه - أنه إذا ردّ المالك فليس له أن يُجيز، بينما ظاهر الحديث أن السيد الأول ردّ البيع وحاكم المشتري إلى الإمام عليه السلام ليتزاع منه الوليدة، ولا يرضى بالبيع، وأن الإمام عليه السلام علّمه حبس البائع، إذ لو كان البيع مردداً بعد في نظر المالك، وغير مردود لما كان وجه لحبس الابن أو أخذ الوليدة، أو نحو ذلك.

وقد ينافيه: أن البائع لم يكن يرضى باسترداد الثمن، بل كان يتوقع أن يتم له العوض والمعوض، بدليل أنه حينما عرف أن ابنه موقوف للثمن الذي استلمه نقد البيع، مع أنه لم يردّ البيع، فليس في الحديث ما يدل على رده إلا محاكمته عند الإمام عليه السلام. وقد يمكن أنها كانت لأجل السؤال عن حكم المسألة، لا جبر المشتري بردّ المبيع. كل هذا إن لم نلتزم بصحة الإجازة بعد الردّ، أو بأن تأويل فقرة من الحديث لجهة خارجية لا ينافي الأخذ بأخرى، كما التزم به في الجواهر^(١)، وإن كان لا يخلو عن نظر من جهة أنه يُحتمل أن يكون الإمام عالماً بكذب المالك، إما من جهة كون ابنه قد كان وكيلاً عنه، أو إجازته للبيع ثم رده، أو لجهة أخرى، فاحتال عليه بانتزاع مال المشتري عنه. وحيث إن الحديث يحتوي على نقل قضية عُلِمَ مخالفة بعضها مع الحكم الشرعي على ظاهرها، لا يبقى لها ظهور في مطابقة ظاهرها مع الأمر الواقع، فتأمل لكي تعلم أنه لو كان كذلك لما كان هناك ما يصحح حكاية الإمام الباقر عليه السلام للقصة، فإن ظاهر الحكاية أنها لأجل أن يُعمل بها، لا لكي يُشك فيها.

ثالثاً: في الحديث أن الإمام حكم بأخذ الوليدة وابنها مع أن الابن كان حراً، إذ كان الوطاء بالشبهة. ويُردّ بأن الحكم ليس ظاهراً إلا في أن ابن الوليدة للمالك، وهو كذلك واقعاً، إلا أنه حين يتعلّق به حق الغير يكون هناك مانع عن استرداده، فيبدل إلى القيمة، ولم يكن الإمام في مقام بيان كل الأحكام حتى يشير إلى ذلك، أو لعله فعل ولم يُنقل.

(١) انظر: جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٧٨.

رابعاً: كما أنّ فيه الحكم بأخذ المشتري ابن السيد وقد كان حرّاً، إلّا أنه يُجاب بأنه كان لإنفاذ حقه - وهو الثمن والغرامة - منه، لأنّ المغتترّ يرجع إلى من غرّه.

خامساً: كيف حلّ للإمام عليه السلام تعليم الخصم الحيلة مع أنه قاضٍ ولا يجوز للقاضي ذلك؟ ويُجاب بأنه فعل بعد مناشدة الخصم عن حكمه، قائلاً: أين يذهب حقي؟ فقال الإمام: خذه من ابنه لأنه الذي غرّك.

ثم أنه قيل: إنّ في الحديث الدلالة على كفاية الإجازة حتى مع العجز عن ردّ هذه الاعتراضات، من جهة أنّ الاستدلال قد يكون من جهة أنّ هذه القضية حيث كانت مشمولة لهذا الحكم، فكل قضية تشبهها نوعاً، تكون في حكمها. وحيثُ نحتاج إلى معرفة جميع خصوصيات النوع - الصغيرة والكبيرة - حتى نعرف ما يشابهها خارجاً. وقد يُستدل بهذه الرواية من جهة قوله عليه السلام: «حَتَّى يُنْفَذَ لَكَ الْبَيْعُ» أو «أَجَازَ بَيْعَ ابْنِهِ» الظاهرين في كفاية الإجازة المتعقبة لتصحيح الفضولي، وهذا لا يضرّ فيه عدم معرفة وجه بعض الأحكام السابقة عليه.

واعترض عليه بأنّ اللام في البيع للعهد، فهو يرجع إلى ما تقدّم، ومادام لم نعرف وجه تصحيح البيع الفضولي بعد الردّ مثلاً، كيف يمكن الاستدلال بهذه الفقرة مع أنها مربوطّة بما تقدّم ربطاً متسقاً، فتأمّل.

وبالجملة، فإن الحديث لا يخلو عن ظهور - من حيث المجموع - في صحة بيع الفضولي بعد الإذن.

الرابع: أحاديث النكاح الفضولي

أحاديث النكاح الدالة على صحة النكاح في الفضولي. وهي تدل على صحة بيع الفضولي بالأولوية، كما سيأتي بيانها. والنصوص في النكاح ثلاثة أنواع:

الأول: ما تدل على صحة نكاح العبد لنفسه، بدون إذن سيّده إذا أجاز^(١).

(١) انظر: وسائل الشيعة (آل البيت)، ج ٢١، ص ١١٤، باب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

وهي غير دالة على أكثر من أن مَنْ تعلّق عقده بإذن غيره - كالعبد والراهن - وعَقَدَ جازاً مع تعقّب الرضا. أما في غير هذا النوع فلا دلالة لها. وذلك للفرق الواضح بين العقد لنفسه المتوقّف على إذن غيره، الذي لا ينقصه إلا الإذن، وهو مشمول للعمومات والإطلاقات، والعقد منتسب إليه، وبين العقد للغير الذي لا ينتسب إلى الغير قبل الإذن، فلا يُعلم شمول الإطلاقات له مع تجدد الإذن، وهذا واضح.

الثاني: ما تدل على أن نكاح الأب لابنه نافذ مع إذنه^(١)، وهو غير معلوم أنّه فضوليّ، بل لعله من جهة ولاية الوالد على ولده، وقيل: إنّ منه ما ورد في صحة نكاح الأخ والعم بعد إذن أخيه وابن أخيه^(٢)، للولاية عرفاً.

ونوقش فيه بأنّ الولاية العرفية لا تجدي. نعم، من المحتمل أن يكون وجه الصحة أنهما وليان شرعاً فلا تكون من المعاملات الفضولية، كما لا يخفى.

الثالث: ما وردت في نكاح غيرهما ممّا هو ظاهر في الفضولي، وإليك طائفة منها:

١ - رواية عبيد بن زرارة، «في الرجل يزوّج ابنه يتيمةً في حجره، وابنه مدركٌ واليتيمة غير مدركة؟. قال عليه السلام: نكاحه جائزٌ على ابنه، فإن مات عزّل ميراثها منه حتّى تدرك، فإذا أدركت حلفت بالله ما دعاها إلى أخذ الميراث إلا رضاها بالنكاح، ثمّ يدفع إليها الميراث، ونصف المهر. قال: فإن ماتت هي قبل أن تدرك، وقبل أن يموت الزوج. لم يرئها الزوج.»^(٣).

٢ - صحيحة حذاء «عن غلام وجارية زوّجهما وليّان لهما وهما غير مدركين؟. فقال عليه السلام: النكاح جائزٌ وأيهما أدرك كان له الخيار، وإن ماتا قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما ولا مهر، إلا أن يكونا قد أدركا ورَضيا. قلت: فإن أدرك أحدهما قبل الآخر؟. قال عليه السلام: يجوز ذلك عليه إن هو رَضِيَ. قلت: فإن كان الرجل الذي أدرك

(١) وسائل الشيعة (آل البيت)، ج ٢٠، ص ٢٩٣.

(٢) وسائل الشيعة (آل البيت) ج ٢٠، الأبواب ٦، ٧، ٨، ١٣ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد.

(٣) من لا يحضره الفقيه، ج ٤، ص ٣٠٩.

قَبْلَ الْجَارِيَةِ وَرَضِيَ بِالنِّكَاحِ، ثُمَّ مَاتَ قَبْلَ أَنْ تُدْرِكَ الْجَارِيَةُ أَثَرُهُ؟ قَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ: نَعَمْ؛ يُعْزَلُ مِيرَاثُهَا مِنْهُ حَتَّى تُدْرِكَ فَتُحْلِفَ بِاللَّهِ مَا دَعَاها إِلَى أَخْذِ الْمِيرَاثِ إِلَّا رِضَاها بِالتَّزْوِيجِ...»^(١).

٣- وغيرهما من الأحاديث المستفيضة.

ودلالاتها للمقام إما للأولوية، حيث إن جواز الفضولي في مثل النكاح، الذي هو أهم بكثير من البيع، يقتضي جوازه فيه. أو بأن ذلك يدل على صلاحية العقد الفضولي للتصحيح إذا لحقه الرضا، ولا خصوصية في النكاح حتى يختص به. بل العقل يرى: أنه إذا أفاد العقد الذي يُجرّيه الغير فائدة العقد الذي يُجرّيه المالك بالإجازة، فلا فرق بين الأبواب نكاحاً كان أو بيعاً. والقول بأن النكاح أولى بالاحتياط، كما في بعض أخبار الوكالة فيما إذا عزلت (الموكلّة) وكيلها في التزويج ولم تُنبئه من أنّ النكاح ماضٍ وأن الاحتياط لا صلة له بالمقام، حيث إن البحث إنما هو في صحة العقد أو فساد مع الإجازة، وفي مورد الحديث كان البحث في أنّ العامة كانوا يُبطلون النكاح مع أنّ المرأة كانت قد أصبحت شرعاً زوجة من زوجها به الوكيل، فالحكم بفراقها، حيث كان يقع في مفسد كثيرة، كان جائراً وظالماً جداً. ومن هنا يُعلم: أنّ استدلال صاحبي الرياض^(٢) وغاية المراد^(٣) بالأولوية هنا في محلّه، من جهة أنّ عقد البيع الفضولي إذا كان لا يجدي مع الإجازة لا يترتب عليه شيء من المفسد، بل غاية الأمر يكون تصرف كل منهما - بعد التعاطي متبائنين على لزوم العقد - تصرفاً مباحاً، مع فعلية الرضا، وشبهة مع عدمه، أو تقاصاً في بعض الصور. أما لو لم يكن عقد الفضولي كافياً في النكاح والتزم بكفايته استلزم مفسد من زنا، أو شبهة ونحوهما، فكان الأولى بعدم جواز الفضولي هو النكاح لا البيع. ولكنك خبير بأنه لا فرق يُتصوّر في ملاك صحة الفضولي بين المقام والنكاح،

(١) الكافي، ج ٥، ص ٤٠١.

(٢) رياض المسائل، ج ٨، ص ١٢١.

(٣) انظر: المكاسب، ج ٣، ص ٣٥٦، عن: غاية المراد، ص ١٧٨.

فليس لأحدهما أي فضل وأولوية على الآخر.

وليعلم أن هناك اختلافاً بين الفقهاء في كفاية العقد الفضولي في النكاح، إلا أن المشهور صحته فيه، ونحن بنينا على ذلك في الاستدلال.

الخامس: التوقيع عن الحميري

التوقيع المروي عن احتجاج الطبرسي عن الحميري أنه كتب إلى صاحب الزمان (عجل الله فرجه): «أَنَّ لِبَعْضِ إِخْوَانِنَا مِمَّنْ نَعْرِفُهُ ضَيْعَةً جَدِيدَةً بَجَنْبِ ضَيْعَةِ خَرَابٍ، لِلسُّلْطَانِ فِيهَا حِصَّةٌ، وَأَكْرَهُهُ رَبَّمَا زَرَعُوا حُدُودَهَا، وَتَوَذَّيْهِمْ عُمَالُ السُّلْطَانِ، وَيَتَعَرَّضُ فِي الْأَكْلِ مِنْ غَلَاتِ ضَيْعَتِهِ، وَلَيْسَ لَهَا قِيَمَةٌ لِخَرَابِهَا، وَإِنَّمَا هِيَ بَائِرَةٌ مُنْذُ عَشْرِينَ سَنَةً، وَهُوَ يَتَحَرَّجُ مِنْ شِرَائِهَا، لِأَنَّهُ يُقَالُ: إِنَّ هَذِهِ الْحِصَّةَ مِنْ هَذِهِ الضَّيْعَةِ كَانَتْ قُبِضَتْ عَنِ الْوَقْفِ قَدِيمًا لِلسُّلْطَانِ، فَإِنْ جَازَ شِرَاؤُهَا مِنَ السُّلْطَانِ، وَكَانَ ذَلِكَ صَوَابًا كَانَ ذَلِكَ صَلَاحًا لَهُ وَعِمَارَةً لَضَيْعَتِهِ، وَإِنَّهُ يَزْرَعُ هَذِهِ الْحِصَّةَ مِنَ الْقَرْيَةِ الْبَائِرَةِ لِفَضْلِ مَاءِ ضَيْعَتِهِ الْعَامِرَةِ، وَيَنْحَسِمُ عَنْهُ طَمَعُ أَوْلِيَاءِ السُّلْطَانِ، وَإِنْ لَمْ يَجْزِ ذَلِكَ عَمَلٌ بِمَا تَأْمُرُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ. فَأَجَابَهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ: الضَّيْعَةُ لَا يَجُوزُ ابْتِيَاعُهَا إِلَّا مِنْ مَالِكِهَا، أَوْ بِأَمْرِهِ وَرِضَا مِنْهُ»^(١).

بتقرير: أن الإمام جعل فروض الصحة ثلاثة: ما كان من المالك، ومن وكيله (بالإذن السابق) أو إجازته (بالإذن اللاحق) وهو ظاهر في الفضولي بأن يشتري من السلطان ثم يرضيه بالشراء، فيجوز البيع.

السادس: مجموعة من الأحاديث المتفرقة

الأحاديث المتفرقة - في بعض الأبواب الفقهية - التي تُشعر، في وجه بعيد، بكفاية إنشاء غير المأذون، إذا لحق الرضا، وهي كالاتية:

ألف: موثقة جميل، عن الإمام الصادق عَلَيْهِ السَّلَامُ: «فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالًا

(١) الاحتجاج، ج ٢، ص ٣٠٨.

يَشْتَرِي بِهِ ضَرْبًا مِنَ الْمَتَاعِ مُضَارَبَةً، فَذَهَبَ فَاشْتَرَى بِهِ غَيْرَ الَّذِي أَمَرَهُ؟. قَالَ ﷺ: هُوَ ضَامِنٌ وَالرَّبْحُ بَيْنَهُمَا عَلَى مَا شَرَطَ^(١).

بتقريب: أنه إما أن نقول - كما قال الأصحاب -: لا يشترط في ملك الربح الزائد إجازة المالك، فيدل على كفاية العقد في مال الغير بدون رضاه (فيكون كالمكره الذي يبيع عليه) وهو جائز شرعاً للنص، فيستأنس به للمقام، من جهة تحقق العقد بدون الإذن، فمع الإذن اللاحق أولى، وإما أن نقول باشتراط الإجازة، فهو من باب الفضولي.

ونوقش فيه بأن المضاربة إما باطلة أو صحيحة، فإن كانت الأولى، فليس لتناصف الربح معنى، بل وجب دفع الربح والمال إلى المالك إن أجاز، وإلا بطل البيع أيضاً. وإن كانت الثانية (وهو الموافق لظاهر الحديث) وكان تعيين المالك نوعاً من المتاع اشتراطاً كان للمالك - مع المخالفة - الفسخ والإجازة، فمع الخسارة، فالأغلب هو فسخ المضاربة، فيقع الخسار على المضارب، ومع الربح فالأغلب الإجازة، فيكون الغنم بينهما نصفين، وهذا موافق للقواعد كموافقته للحديث، وليس فيه استيناس للفضولي إلا بمقدار ما في جواز الفسخ لدى تخلف الشرط من الاستيناس.

باء: صحيحة الربعي، عن الصادق ﷺ «فِي رَجُلٍ عِنْدَهُ مَالٌ لِلْيَتِيمِ؟. فَقَالَ ﷺ: إِنْ كَانَ مُحْتَاجًا لَيْسَ لَهُ مَالٌ فَلَا يَمَسُّ مَالَهُ، وَإِنْ هُوَ اتَّجَرَ بِهِ فَالرَّبْحُ لِلْيَتِيمِ، وَهُوَ ضَامِنٌ»^(٢).

ومثلها خبر منصور الصيقل، قال: «سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ ﷺ عَنْ مَالِ الْيَتِيمِ يُعْمَلُ بِهِ؟. فَقَالَ ﷺ: إِذَا كَانَ عِنْدَكَ مَالٌ وَضَمَيْتَهُ فَلَكَ الرَّبْحُ، وَأَنْتَ ضَامِنٌ لِلْمَالِ، وَإِنْ كَانَ لَا مَالَ لَكَ وَعَمِلْتَ بِهِ فَالرَّبْحُ لِلْغُلَامِ، وَأَنْتَ ضَامِنٌ لِلْمَالِ»^(٣).

(١) تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٩٣.

(٢) تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٣٤١.

(٣) الاستبصار، ج ٢، ص ٣٠.

وصحیحة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام: «لَيْسَ عَلَى مَالِ الْيَتِيمِ زَكَاةٌ إِلَّا أَنْ يُتَّجَرَ بِهِ، فَإِنْ أُتِّجَرَ بِهِ فَفِيهِ الزَّكَاةُ، وَالرَّيْبُ لِلْيَتِيمِ، وَعَلَى التَّاجِرِ ضَمَانُ الْمَالِ»^(١).

ومثلها بعض الأحاديث الأخر.

وبعض الفقهاء جمع بين الأحاديث في الباب باشتراط أمرين في جواز الاتجار بمال اليتيم، الأول: الولاية. الثاني: الغنى. فإن كان فرد ولياً غنياً جاز له أن يقترض من مال اليتيم، ويكون الربح له.

وقد وُجّه الاستدلال بها للمقام، بأمرين:

الأول: إن الظاهر منها في صورة الربح إجازة الولي أو الطفل، إن كان المتّجر هو الولي، ولم نقل بجواز الاتجار بمال الطفل للولي، فيكون من مصاديق المضاربة. ونوقش فيه بما هذا نصه: إنه ليس في النصوص ما يُستفاد منه إرادة معاملة غير الولي، بل ظاهر بعضها وصريح آخر معاملة الولي^(٢).

أقول: إن النصوص مطلقة كما مرّت عليك. ثم على فرض تسليم اختصاصها بالولي، فنقول: ظاهر هذه الأحاديث اختلاف صورتَي الغنى والفقر، فإن كان المتّجر غنياً، اقترض من الطفل وأتّجر به، وكان له أو عليه الغنم أو الغرم، وإلا لم يجز له الاقتراض، فإن فعل فحيث إن اقتراضه باطل قطعاً وقع من مال اليتيم، فإما أن يربح العقد أو يخسر، فإن كان الأول فمن الطبيعي إجازة الطفل بعد بلوغه بهذه المعاملة، فيكون الربح للطفل كله. وإلا وقع الخسار على المتّجر، وقد فعل كل ذلك حراماً، إذ الظاهر أنه سلّم وتسلم، ولا يجوز ذلك إلا مع الإذن في مال الغير. فإذا دلالة هذه الأحاديث على صحة الفضولي لا بأس بها.

الثاني: إن صحة المعاملة قد تكون من جهة إجازة إلهية للولي في التصرف

(١) وسائل الشيعة (آل البيت) ج ٩، ص ٨٩.

(٢) فقه الصادق، للمحقق الروحاني، ج ١٥، ص ٤٤٢.

بمال اليتيم، ولذا كانت المعاملة صحيحة في صورتَي الربح والخسارة على ما يظهر من الأحاديث، وحيثُ يُستأنس بذلك للمقام بأنه لا يُشترط الإذن في كل عقد، وأنه يتحقق العقد في مال الغير بدون إذنه أحياناً.

ونوقش فيه: طبعاً يدل على ذلك، ولكنه بعيد عن مسألة الفضولي التي سلمنا فيها بلزوم الرضا، واختلفنا في اشتراط تقدمه أو كفاية تعقبه، بل هو عقد صحيح يقوم رضا الولي مثلاً فيه مقام رضا الطفل في صورة الربح، فتأمل.

جيم: صحيحة الحلبي: «عَنْ رَجُلٍ اشْتَرَى ثَوْباً وَلَمْ يَشْتَرِطْ عَلَى صَاحِبِهِ شَيْئاً، فَكَرِهَهُ ثُمَّ رَدَّهُ عَلَى صَاحِبِهِ، فَأَبَى أَنْ يَقْبَلَهُ إِلَّا بِوَضِيعَةٍ؟. قَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ: لَا يَصْلُحُ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ بِوَضِيعَةٍ، فَإِنْ جَهِلَ فَأَخْذَهُ وَبَاعَهُ بِأَكْثَرِ مِنْ ثَمَنِهِ، رَدَّ عَلَى صَاحِبِهِ الْأَوَّلِ مَا زَادَ»^(١).

قال الشيخ: فإنَّ الحكم برّد ما زاد لا ينطبق بظاهره إلا على صحة الفضولي لنفسه^(٢).

قد يكون معنى «مَا زَادَ» - في الرواية -: الوضعية التي لم يكن للبائع أن ينقصها من المال، فيكون المعنى أنَّ البيع الثاني صحيح، والإقالة ماضية، إلا أنَّ على البائع أن يردَّ على المشتري المقدار الذي أخذه من التفاوت للإقالة، وقد يكون المعنى ما زاد عن القيمة الأولى من القيمة الثانية، فإذا فُرض أنه باع أولاً بدينار، ثم وضع عنه عند الإقالة ربع دينار، ثم باع المتاع دينارين، وجب عليه أن يردَّ ديناراً وربعاً على المشتري الأول، إذ من الطبيعي أنه يرضى بالصفقة الثانية الربحية، وعلى هذا تكون الإقالة باطلة، وتكون المعاملة فضولية.

ولقد فهم الشيخ المعنى الأول، وبعض المحشّين على كتابه المعنى الثاني فاعترض عليه. ومن حيث الظهور يرجّح قول الشيخ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ حيث إن ظاهر ما زاد هو مقدار تفاوت الكثرة التي تظهر من قوله: فباعه بأكثر من ثمنه الأول، وهو كالصريح

(١) الكافي، ج ٥، ص ١٩٥.

(٢) كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٣٦١.

في زيادة الثمن الثاني عن الأول، ولكن من حيث القواعد الفقهية يقوَّى المعنى الثاني، فيكون القول ما ذهب إليه ابن الجنيد من كراهة الإقالة بوضيعة واستحباب ردّها إن فعل، فتأمّل.

دال: موثقة عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال: «سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنِ السُّمَسَارِ يَشْتَرِي بِالْأَجْرِ، فَيُدْفَعُ إِلَيْهِ الْوَرَقُ، وَيُشْتَرَطُ عَلَيْهِ أَنَّكَ تَأْتِي بِمَا تَشْتَرِي، فَمَا شِئْتَ أَخَذْتَهُ وَمَا شِئْتَ تَرَكْتَهُ، فَيَذْهَبُ فَيَشْتَرِي، ثُمَّ يَأْتِي الْمُبْتَاعُ فَيَقُولُ: خُذْ مَا رَضِيتَ وَدَعْ مَا كَرِهْتَ. قَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ: لَا بَأْسَ»^(١).

بتقريب: أنّ المسؤول عنه أحد الاحتمالات الثلاثة:

الأول: أن يدفع المالك الورق (وهي نقود فضية كالدرهم) إلى الدّلال (السّمسار) قرضاً؛ فيشتري لنفسه ويبيع عليه بعدما يضع عن الدّين مقداراً.

الثاني: أن يدفع له المال ليشتري له في مقابل أجر، كما يؤيده أول الحديث من أنه يعمل بالأجر، ثم يشتري الدلال، ويشترط على البائع الخيار، فيأتي بالمتاع فما أعجبه أخذه وما كرهه رده أي فسخ خياره.

الثالث: أن يأمره بابتياح نوع فلم يفهمه الوكيل، فيشتري غيره فضولياً، فيُجيز حيناً ولا يُجيز حيناً، وحيث إن الإمام عَلَيْهِ السَّلَامُ لم يستفصل، بل أطلق عدم البأس فيه، نعلم أن بيع الفضولي جائز.

ونوقش فيه: مع أن الحديث بعيد عن الفضولي كثيراً؛ لا يُسوِّغ الاحتمال الاستدلال به على بيع الفضولي، من جهة احتمال أن يكون هناك نوعاً واحداً من هذه الأقسام هو الذي سئل عن الإمام حكمه، وأجاب عَلَيْهِ السَّلَامُ طبقاً لسؤالهم، فكيف يكون الحديث عاماً؟ وهذا غير عزيز في أحاديثنا؛ ولذلك فلو احتملنا أن يكون وجه حكم الإمام سبباً لم يصل إلينا، ولم ينقل لنا في نصّ الحديث، ولم يكن هناك ظهور

(١) تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٥٦.

ينفيه، سقط الحديث عن الحجية.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى: إن ظاهر الحديث كون الدّلال (السّمسار) مأذوناً في البيع مع اشتراط الخيار، كما ذُكر في الاحتمال الثاني، ولا ينافي الظهور تعدّد الاحتمالات كما لا يسقطه عن الحجية.

هاء: خبر مسمع أبي سيّار، قال: «قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام: إِنِّي كُنْتُ اسْتَوَدَعْتُ رَجُلًا مَالًا فَجَحَدَنِيهِ، وَحَلَفَ لِي عَلَيْهِ، ثُمَّ إِنَّهُ جَاءَنِي بَعْدَ ذَلِكَ بِسَتَيْنِ بِالْمَالِ الَّذِي أَوْدَعْتُهُ إِيَّاهُ، فَقَالَ: هَذَا مَالُكَ فَخُذْهُ، وَهَذِهِ أَرْبَعَةُ آلَافٍ دِرْهَمٍ رِبْحُهَا، فَهِيَ لَكَ مَعَ مَالِكَ، وَاجْعَلْنِي فِي حِلٍّ. فَأَخَذْتُ مِنْهُ الْمَالَ وَأَبَيْتُ أَنْ أَخْذَ الرَّبْحَ مِنْهُ، وَوَقَفْتُ الْمَالَ الَّذِي كُنْتُ اسْتَوَدَعْتُهُ، وَأَبَيْتُ أَخْذَهُ حَتَّى أَسْتَطْلِعَ رَأْيَكَ، فَمَا تَرَى؟. فَقَالَ عليه السلام: خُذْ نِصْفَ الرَّبْحِ، وَأَعْطِهِ النِّصْفَ وَحَلِّلْهُ، فَإِنَّ هَذَا رَجُلٌ تَائِبٌ، وَاللَّهِ يُحِبُّ التَّوَّابِينَ»^(١).

وهذه الرواية ظاهرة في كفاية بيع الفضولي، حتى الذي قصد البائع أن يكون المال لنفسه كالغاصب، ولو كان بيع الفضولي باطلاً لما كان في أخذ الربح أي معنى، ويمكن أن يكون موقع سؤال الراوي هو ذلك، بدليل إيقافه المال وتجميده حتى يعرف أن المعاملات صحيحة لتكون أمواله حلالاً أم باطلة، فتأمل.

واو: بعض الأحاديث المُتفرقة الأخرى المشعرة أو المؤيدة لصحة العقد الفضولي، مثل أحاديث استحلال الخمس، وصدقة اللقطة، ونزاع العبد الذي أتجر بدون إذن سيده، إلّا أنها لا تصلح أدلة وبراهين.

بل قد يُستدل له أيضاً بما في صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام المتقدمة في اشتراط الملكية: «عَنْ أَرْضٍ اشْتَرَاهَا بِقَمِ النَّيْلِ، فَأَهْلُ الْأَرْضِ يَقُولُونَ هِيَ أَرْضُهُمْ، وَأَهْلُ الْأُسْتَانِ يَقُولُونَ هِيَ مِنْ أَرْضِنَا؟. قَالَ عليه السلام: لَا تَشْتَرِهَا إِلَّا بِرِضَا أَهْلِهَا»^(٢).

(١) من لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص ٣٠٥.

(٢) الكافي، ج ٥، ص ٢٨٣.

حيث إن الظاهر هو عدم شرائها من أهل الأرض، بل إنه كان قد اشتراها من غيرهم، فأمره الإمام عليه السلام باسترضاء أهلها. وفي قوله عليه السلام: «إِلَّا بِرِضَا أَهْلِهَا»، إطلاق بالنسبة إلى الرضا اللاحق أو السابق.



واستدل على بطلان الفضولي بوجوه:

الأول: آية التجارة عن تراضٍ

قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾^(١)،

فإن ظاهره: لزوم صدور التجارة عن تراضٍ، كما تشهد عليه كلمة ﴿عَنْ﴾ مع ملاحظة الحصر الذي حُدِّد فيه الباطل بالأكل لا عن تجارة مرضية.

من الواضح أن السبب الوحيد لجواز أكل الناس هو التجارة المرضية، وقد تقدّم تقرير ذلك، إلا أنه يُعترض عليه من جهة أن عقد الفضولي ليس بخارج عن مفهوم الآية، حيث إن المفهوم منها لزوم توفر القيدتين: التجارة، وكونها عن تراضٍ، بالنسبة إلى المعاملة التي يجب على كل فرد تنفيذها، وهو موجود. إذ التجارة حين انتسبت إلى المالك صارت تجارته وكانت عن تراضٍ في ذلك الوقت، إذ ليس اللازم أن تكون كل تجارة عن رضا هذا الفرد، بل يجب أن تكون تجارته عن رضاه، وهو حاصل بعد الإجازة، حيث تنتسب إليه المعاملة وفي الوقت نفسه يوجب الرضا. هذا، مع احتمال أن نقول: إنَّ معنى ﴿تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ هو أن التجارة التي

(١) سورة النساء، آية: ٢٩.

ترضون بها مبيحة للأكل، سواء كانت تجارتكم أم تجارة غيركم، فالمهم أن تكون هناك تجارة، وأن يكون رضا منكم، على أن يكون ﴿مِنْكُمْ﴾ قيداً للرضا فقط، وأن يكون الرضا خبراً ليكون بعد خبره الأول.

هذا كله على القول بأن للإنشاء خصوصية. أما إذا قلنا بأن واقع العقد هو البناء النفسي والالتزام القلبي بشيء، وأن اللفظ ليس إلّا مُعَبِّراً، والرضا بلفظ بعد عقد القلب على معناه كافٍ، سواء كان اللفظ من العاقد أم لا - كأن يكون من الفضولي - أما على هذا القول فلا بحث، إذ لا شك في أن التجارة إنما تحققت بعد الإجازة لا قبلها.

الثاني: أحاديث اشتراط الملكية

الأحاديث السابقة التي تدلّ على اشتراط الملكية في البيع، وأنه «لا بيع إلّا في ملك».

ونوقش فيه: أنه لا تنافي بين اشتراط الملكية وبين صحة بيع الفضولي، فإن صحة الفضولي معناها: أن بيع المالك صحيح، إذ هو كالموكل الذي ينتسب إليه العقد الذي يجريه الوكيل. فنحن ندّعي أن الإجازة تجعل بيع الفضولي بيعاً للمالك وعقده عقداً مربوطاً به ومنتسباً إليه، فيصدق أنه بيع في ملك. هذا، بالإضافة إلى بعض المناقشات الجزئية في الأحاديث نفسها، وأن بعضها إنما تتعرّض لحكم من باع ثم اشترى المبيع وسلمه إلى المشتري، ولكنها لا تهمّنا الآن، إنما المهم أن نعرف أن حقيقة البيع هل تصدق مع الإجازة اللاحقة أم لا؟ فإذا صدقت كانت المعاملة واقعة في الملك، فلم يبق مجال للاستدلال بهذه الأحاديث.

الثالث: الإجماع

الإجماع الذي ادّعاه الشيخ الطوسي^(١)، وقد تقدّم البحث فيه، وأنه مُعْتَرَض عليه.

(١) الخلاف، ج ٣، ص ١٦٨، المسألة: ٢٧٥، من كتاب البيوع.

الرابع: حرمة التصرف في مال الغير

إن البيع تصرف، ولا يجوز التصرف في مال الغير.

ونوقش فيه: أنه لا يُعدّ تصرفاً عرفاً، إذ مجرد إجراء الصيغة مع طلب الإجازة من المالك، وأنه إن أجاز صح وإلا بطل، ليس تصرفاً في مال الغير، بل هو تصرف في فم الفضولي فقط، إذ لا ربط له بالمبيع إلا بعد الإجازة. ولو سُلم أنه حرام، فلا دليل على بطلان المعاملة، إذ النهي عن الغصب أو التصرف في مال الغير خارج عن حقيقة البيع، فلا يدل على الفساد، ولذلك نلتزم بصحة بيع الغاصب ولو كان معاطاة كما يأتي. وإنما يدل النهي في المعاملة على الفساد إذا كان متعلقاً بالمعاملة نفسها أو بأحد أوصافها الحقيقية، لا بما قارنها من زمان أو كيفية أو مكان.

وبالجملة: إنه لو تلفّظ الفضولي بالعقد، فإن قصد أنه لو رضي المالك صح وإلا بطل، لم يكن تصرفاً. وإن قصد أنه يعمل بموجب العقد ولو لم يرّض المالك، فإنه إن رضي المالك بعد واقعاً فلا معنى لحرمة العمل، وإن قلنا بأن قصده التجري على المولى بالتصرف الغصبي حرام، فلا صلة له بالبيع، وإن لم يرّض فالتقصّد إلى التصرف - وهو التسليم والتسلم - حرام، أما إجراء اللفظ نفسه فلا حرمة له، إذ لا دليل على حرمة، إلا توهم التصرف في مال الغير، ومن المعلوم أن الشارع لم يُعلّق أثراً على هذا اللفظ، فلم يجعله ناقلاً لمال الغير، فلا صلة له بالمال أيضاً، فليس بحرام.

الخامس: عدم جواز بيع غير المقدور

إنه قد ثبت عدم جواز بيع ما لا يقدر على تسليمه، وحيث إن الفضولي لا يتمكّن من تسليم المبيع، لعدم قدرته على التصرف في مال الغير، فبيعه باطل.

ونوقش فيه: إن الذي يجب أن يكون قادراً على التسليم هو البائع الحقيقي وهو المالك، أما من يُجري عقد البيع وصيغته - كالوكيل - فلا يشترط قدرته على

التسليم. والمدعي صحة بيع الفضولي يعتبر المالك هو البائع الحقيقي الذي برضاه اللاحق وإجازته المتأخرة يجعل البيع بيعه، والفضولي بمنزلة وكيله ونائبه.

السادس: عدم توفر القصد

لقد تقدّم اشتراط القصد في العاقد ولا يتأتّى من الفضولي القصد.

ونوقش فيه بأنّ الفضولي إذا اعتبر كالوكيل كفى في حقه مقداراً من القصد يوجد في الوكيل، وهو القصد إلى اللفظ ومعناه، وأنّه يتعلّق بتمليك الغير لكن بعد إجازة المالك. نعم، الإنشاء الحقيقي الذي هو القصد إلى موجبات العقد ولوازمه لا يمكن تحقّقه مع ملاحظة الشرع في الفضولي، وهو غير معتبر، لعدم الدليل أولاً، والمشهور في مسألة النكاح بصحة الفضولي، مع استبعاد التزامهم بصحة العقد الفاقد للقصد ثانياً.



هذا، وقد بقي في المبحث ملاحظة حكم الفضولي من جهة أنواعه نذكرها طيّ بحوث.

البحث الأول: بيع الفضولي مع نهي المالك

الفضولي إما أن يسبق من المالك النهي عن بيعه أو لا. والثاني هو القدر المُتَيَقَّن من شمول الأدلة المتقدمة له. وأما الأول، فقد نُسب إلى فخر المحققين أنه لا يصح بيعه وإن قلنا بصحة عقد الفضولي، وأيده غيره واستدل عليه بوجوه:

١ - سيأتي أنه يُشترط في كفاية الإجازة ألا يسبقها ردّ المالك للعقد، والنهي السابق على العقد، بمثابة الردّ بعد العقد، إذ يبقى تأثيره مستمراً إلى ما بعد العقد، ويكفي في الردّ مجرد الكراهة لواقع المعاملة، ولا يعتبر لفظ خاص.

ونوقش فيه: أنه سنبحث فيما يأتي أن أقوى الأدلة التي أُقيمت على عدم كفاية الإجازة المسبوق بالردّ هو الإجماع، والقدر المُتَيَقَّن منه ما كان بلفظ ظاهر في الردّ، مثل أن يقول: فسخت العقد. حتى قال بعضهم بأنه لو صرح بعدم الرضا بعد العقد، لم يكف. هذا، مع أن استمرارية الكراهة مع النهي لم تُعلم، حيث إن واقع النهي هو المنع عن الحدوث، أما أنه يدل على أن هناك كراهة قلبية مستمرة فلا.

٢ - كما يشترط في العقد ألا يتخلل بين أركانها الكراهية، كذلك يجب ألا

يتوسط العقد والإجازة عدم الرضا، لأن الإجازة ركن من أركان العقد.

ونوقش فيه:

أولاً: لا يُعتبر في العقد سوى عدم الفسخ بين الإيجاب والقبول، والكراهية ليست فسخاً.

وثانياً: العقد قبل الإجازة مكتمل ولكنه غير منتسب إلى المالك، وبعد الإجازة حينما ينتسب إلى المالك يكون الرضا موجوداً كما لا يخفى.

وبتعبير آخر: إنه لا يُعتبر رضا المالك قبل الإجازة لعدم ارتباط العقد به، وبعدها موجود.

٣- إن النصوص مخصوصة بغير هذه الصورة، أما روايتا عروة وقيس فلكونهما حكائيتين، ولا إطلاق للحكاية، كما أنه لا شمول للتقرير في حديث عروة، ولا للأمر بحبس الولد حتى ينفذ البيع في صحيحة قيس، إذ التقرير واقع على الفعل الخارجي وهو واحد، والأمر جاء في القضية الخارجية الفاردة، وأما سائر الأحاديث، فداللتها على أصل الفضولي ضعيفة، فكيف على هذا الفرع.

ونوقش فيه: إن نصوص النكاح والمكاتبة وغيرها مما تقدمت كافية بإطلاقها لشمول هذا الفرع. مع أنها ليست الحجة الوحيدة في المقام، بل إن أقوى الأدلة التي استدللنا بها على صحة بيع الفضولي هي العمومات، وهي مطلقة بالنسبة إلى هذا الفرع فراجع.

البحث الثاني: بيع الفضولي لنفسه

قد يبيع الفضولي لنفسه وقد يبيع للمالك، والثاني هو القدر المُتيقن من الفضولي، أما الأول ففيه نقاش بين الفقهاء:

١ - فقد رأى طائفة منهم أن بيع الغاصب ونحوه باطل، ولو كان بيع الفضولي صحيحاً.

٢- بينما اختار غيرهم اشتراك الغاصب والفضولي في الحكم، وأنه مع الإجازة اللاحقة يصح العقد.

٣- وبعضهم قال بالتفصيل بين الغاصب وغيره ممن يبيع الشيء لنفسه، كالذي يزعم ملكية مال الغير، فالبيع في الأول باطل دون الثاني.

٤- والتفصيل بين علم المشتري بالغصب وجهله.

وقد نُسب الرأي الثاني إلى المشهور^(١)، والثالث إلى الحلبي، والرابع إلى العلامة^(٢).

القول الأول

واستدل الفريق الأول بأمور:

١ - نصوص اشتراط الملكية

النصوص المُتقدِّمة (في اشتراط الملكية) كقول رسول الله ﷺ: «لَا تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ»^(٣)، و: «لَا يَبِعُ إِلَّا فِي مِلْكٍ»^(٤) وقول الامام ع: «لَا يَجُوزُ بَيْعُ مَا لَا يَمْلِكُ»^(٥)، وغيرها. والنهي في مثل هذه العبارات يدل على الفساد لتوجهه إلى المعاملة نفسها.

ونوقش فيها بأن هذه النصوص تدلّ على أنّ البيع لا يقع لغير المالك، وهذا معترف به لدينا ولا ريب فيه، ولكنها لا ترتبط ببيان حكم البيع بالنسبة إلى المالك، وأنه إن أجاز هل يقع أم لا؟ وبالجمله لا إطلاق للأحاديث بالنسبة إلى صورة إجازة

(١) مفتاح الكرامة، ج ١٢، ص ٦١٠. قال مُنْذِرٌ: «تقدم الكلام في أن بيع الغاصب من أقسام بيع الفضولي، وأنه في الإيضاح نسبه إلى الأكثر».

(٢) قال العلامة مُنْذِرٌ: «ومع علم المشتري إشكال» قواعد الأحكام، العلامة الحلبي، ج ٢، ص ١٩.

(٣) نهاية الأحكام، العلامة الحلبي، ج ٢، ص ٤٧٧.

(٤) جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٣٤٣.

(٥) الكافي، ج ٧، ص ٤٠٣.

المالك، بل هي خارجة عنها موضوعاً. إذ لو قلنا بأن البيع الفضولي يتسبب إلى المالك بعد إجازته، كان البيع بيع المالك ولم يكن إلّا بيع ما يملك.

٢- بيع المغصوب مسبقاً بالنهي

البيع في الغصب يكون مسبقاً بالنهي، ولو التقديري، إذ كل تصرف يصدر من الغاصب في المغصوب مبعوض عند المالك، فيكون كما إذا سبق العقد نهياً من المالك.

ونوقش فيه بأنّ النهي قد يكون عن أصل البيع، وقد يكون عن البيع في صورة كونه للغاصب، والأغلب مقارنة بيع الغاصب للثاني دون الأول، وليس هو نهياً عن البيع للمالك، مضافاً إلى أنه تقدّم صحة الفضولي مع النهي السابق أيضاً.

٣- اختلاف القصد في بيع الغاصب

إنّ الغاصب يقصد البيع لنفسه، في حين يعلم أنّ المعوّض للمالك.. فيكون كمن يبيع ماله لغيره، أو مال غيره لنفسه، وهو خارج عن حقيقة المعاوضة، إذ المعاوضة هي انتقال مال كلّ إلى الآخر، لا انتقال مال أحدهما إلى فرد ومال الآخر إلى فرد آخر، وحيث إنّ البيع في الحقيقة مبادلة مال بمال -على ما قرّر أول مبحث البيع- فالمعاوضة باطلة.

والحق في الجواب أن يُقال: إنّ الغاصب لا يقصد امتلاك العوض إلّا على نحو امتلاك المعوّض، فهو لا يقصد صيرورة المال له، مثل قصد من يبيع مال غيره لنفسه بزعم أنه له.. ولذا يعلم أنّ المال الذي بيده الآن إنما هو مال زيد المغصوب منه مثلاً، وهو غاصب منه غير مالك له حقيقة، فإذا عاوضه وبدّله بالبيع، كان الثمن لزيد في اعتباره أيضاً، بيد أنه يعتبر نفسه مالكاً عدوانياً له، فإذا تاب ورجع عن غصبه، ذهب بالعوض إلى المغصوب ولم يقل إنه أتلف المغصوب، وما بيده مملوك لنفسه لأنه اشتراه لنفسه.

هذا وقد أجب عنه أيضاً بأمور:

ألف: إنَّ البائع يجعل نفسه في المقام مالِكاً حقيقياً، وهذا الجعل وإن كان لا حقيقة له إلاَّ أنَّ المعاوضة المبنية عليه تكون حقيقة نظير المجاز الادَّعائي.

واعترض عليه بأنَّ الأمر الادَّعائي لا يمكن أن ينتج إلاَّ حقيقة ادَّعائية لا حقيقة واقعية. فادَّعاء البائع الغاصب كونه مالِكاً لا يُصحَّح القصد إلى المعاوضة الحقيقية، فإنَّ المعاوضة المبنية على الادَّعاء لا تكون حقيقة، وكيف يكون حقيقياً ما أساسه الادَّعاء.

باء: إنَّ حقيقة البيع هي مبادلة مالٍ بمال، وهي موجودة في هذا البيع، أما قصد الغاصب أنَّ المبيع يكون له، فهو خارج عن حقيقة البيع، فلا يُؤثر فيها صحة أو بطلاناً.

ونوقش فيه بأنَّ واقع المبادلة هو تملك مالٍ في مقابل تملك مالٍ آخر، وهو لا يتم إلاَّ بعد ملاحظة أنَّ البائع مقتدر على هذا التملك، فتأمل.

جيم: إنَّ البيع ليس حقيقته المعاوضة، بل إنما هو تملك غير مجاني، فلا يأتي الإشكال فيه من جهة أنَّ المعاوضة معناها دخول كل عوض في ملك من خرج عن ملكه العوض الآخر.

ونوقش فيه: أنه لا ريب في أن معنى البيع هي المبادلة عرفاً ولغة، ولقد تقدّم ذلك في تعريف البيع أول كتاب البيع.

٤ - اختلاف مرجع الإجازة

إنَّ الإجازة إما إنَّ نقول بأنها عقد جديد، أو نقول بأنها متعلّقة بعقد سابق، فإن قلنا بأنها عقد جديد، لزم من المحاذير ما تقدّم في عدم صحة العقد بمجرد النية، أو التراضي مع عدم مظهر خارجي. وإن قلنا بأنها تابعة لما يتعلّق به من العقد السابق، فحيث إنَّ العقد السابق كان مفاده أنَّ الثمن يدخل في جيب الغاصب، بينما الإجازة تريد أن تجعل الثمن ملكاً للمالك الحقيقي لا الغاصب، فإنَّ الإجازة لم تتعلّق بالعقد المتقدّم، بل بشيء غير موجود.

وقد حاول كلُّ أن يجيب عن هذا الدليل بوجه من الوجوه التالية:

١- إنَّ الإجازة تجعل المالك هو البائع، فكيف أنَّ البائع رضي لنفسه فكذلك المالك يرضى به لنفسه، فكأنها فعلت أمرين: الأول: جعلت العاقد المالك. الثاني: جعلت العقد للمالك. ونظيره أن يبيع زيد دار عمرو، ثم يملكها. فإنه قبل الامتلاك كان فضولياً، وحيث ملكه وأجاز كانت إجازته تختلف عمّا وقع العقد عليه.

ونوقش فيه أولاً: إنه يتنافى مع قصد المشتري، إذ المشتري إنما ملك البائع لا المالك، فحيث إن الإجازة جعلت المالك هو البائع، لم تكن مطابقة بين قصد المشتري وقصد البائع (فتأمل). وثانياً: إنه ينافي قصد البائع، والمفروض أنَّ العقد تابع لقصده لا لقصد المالك على حسب القاعدة المستنبطة: العقود تابعة للقصد.

٢- إنَّ مرجع الإجازة في المقام التصرف في طرفي العقد بجعل المشتري مملّكاً ماله للمالك، والبائع مملّكاً المثلث (المبيع) للمشتري عن المالك.

ونوقش فيه: إنَّ هذا -بالإضافة إلى اقتضائه صحة العقد بدون اللفظ على أن تكون الإجازة بنفسها عقداً- يقتضي أن يكون طرفا العقد واحداً، فالمالك في الوقت نفسه الذي يقصد البيع لنفسه، ينوب عن المشتري في قصده البيع له لا للبائع، وهذا غير صحيح. إذ معنى المبادلة والقصد أن يكون له طرفان حقيقة أو اعتباراً.

٣- إنَّ معاملة البائع (الفضولي) لم تتضمن سوى المعارضة، إذ إنَّ بيعه إنما هو إبدال ما بيده بما في يد المشتري، أما كون هذا المبدل أو ذاك البدل لمن كان أو بيد من سوف يكون، فهو قصد خارجي لا يرتبط بحقيقة المعاوضة، والإجازة إنما تعلّقت بالمعاملة لا بكل ما وقع خارجاً، حتى قصد البائع دخول البدل في ملكه في حين يخرج المبدل منه من ملك المغصوب منه.

وينكشف هذا بعد تبين واقع البيع، والإنسان لا يعرف من البيع سوى معناه اللغوي العرفي الذي هو مبادلة مالٍ بمال، ومعنى المبادلة ليس غامضاً، بل هو بدوره واضح جداً، إذ معناه الأخذ والعطاء، أخذ شيء وعطاء شيء مماثل له في

القيمة والاعتبار الخارجي، ولا شك في أن هذا المعنى غير مرتبط بملكية المال، ولذا لا يرى العرف أي فرق بين بيع الوكيل والولي، وبين بيع المالك الأصلي، كما لا يرى الحق للفرد المدعي عدم رضاه بمعاملة المشتري على كونه وكيلًا أو أصيلاً، إلا إذا ارتبط بامر آخر من الاعتبار الخارجي.

وبالجملة، فحقيقة البيع لا ترتبط بمن يكون له المبيع ومن يكون له الثمن. وأما قصد الغاصب، فليس إلا الاستيلاء على المال بالكيفية نفسها التي كان مستولياً بها عليه قبل المبادلة، إذ ليس من المعقول قصده الامتلاك الشرعي حقيقة ببيع المغصوب، إلا إذا كان جاهلاً بحرمة الغصب وبعدم صحة امتلاكه المغصوب شرعاً، فزعم ملكيته وباع على ذلك، وهو حينئذ لا يكون قصده امتلاك الثمن مضرراً بالإجازة أيضاً. إذ إن قصده ذلك نشأ من زعمه بأن المال له، فهو مشتبه في تطبيق قصده على الواقع الخارجي. ومن هنا يُعرف أن إجابة الشيخ الأنصاري رحمته على هذا الاعتراض في محله حيث قال: «إن البائع الفضولي إنما قصد تملك المثلث للمشتري بإزاء الثمن، وأما كون الثمن مالاً له أو لغيره، فإيجاب البيع ساكت عنه، فيرجع فيه إلى ما يقتضيه مفهوم المعاوضة من دخول العوض في ملك مالك المعوّض، تحقيقاً لمعنى المعاوضة والمبادلة، وحيث إنَّ البائع يملك المثلث بانياً على تملكه له وتسلطه عليه عدواناً أو اعتقاداً، لزم من ذلك بناؤه على تملك الثمن والتسلط عليه، وهذا معنى قصد بيعه لنفسه، وحيث إنَّ المثلث ملك لمالكه واقعاً، فإذا أجاز المعاوضة انتقل عوضه إليه، فعلم من ذلك أن قصد البائع البيع لنفسه غير مأخوذ في مفهوم الإيجاب»^(١). انتهى كلام الشيخ رحمته وهو جيد.

هذا، ولكن يأتي هاهنا اعتراض من جهة أنه لو أخذ في البيع مفهوم الملكية الشخصية للبائع، كما إذا قال البائع: تملك هذا الثمن بهذا المثلث، أو قال المشتري -مثلاً-: ملكتك هذه الدراهم بهذا الكتاب (المغصوب)، فكيف يمكن أن نجعل الدراهم للمالك الأول، مع تصريح المشتري بتمليكها للبائع لا للمالك؟

(١) كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٣٨٠.

وقد أجاب الشيخ عن هذا الاعتراض بعد أن أورده على نفسه^(١) بأن المشتري إنَّما يملك البائع الدراهم لكونه مالكا أو مستوليا على المال ظاهراً، فقيد الحيثية مأخوذ في تملكه إياه الكتاب، وهذا القيد يجعل التملك تابعا للملكية، إذ هو كقول الطبيب لمريض: لا تأكل الرمان حيث إنَّه حلو، وكلُّ السكر، حيث إنَّه حامض. مع جهله بأن الرمان حامض والسكر حلو، فالمريض يجتنب عن السكر الحلو لا عن الرمان الحامض. وفي المقام: المشتري يملك البائع الثمن على أنه مالك للمُثْمَن حقيقة أو ادعاءً، وفي الحقيقة لا يملكه المِثْمَن مع علمه بالواقع، بل يتبادل معه تبادلاً يجعل الثمن في ملك صاحب المال الأول، أي فرد كان.

هذا، وليعلم أنَّ مقتضى قاعدة: (العقود تابعة للقصود) التي استنبطت من نصوص متفرقة في الأبواب الفقهية المشعرة بها، ومن مفهوم العقد الذي هو أمر لفظي قيمته ناشئة من الاعتبار القلبي أو أمر قلبي بالذات، مقتضاها: أنَّ البائع لو التفت إلى هذه الحقيقة، وأنَّ المغصوب ليس مملوكاً له، بل هو لمالكة، ومع ذلك باع الشيء قاصداً البيع الحقيقي ولكن بمال الآخر، كأن يصرح للمشتري: إني أعطيك مال زيد الذي أخذته غصباً على أن تُملكني هذه الدراهم، أي تُملكها لنفسي من دون زيد، فالبيع باطل ولا ينفعه لحق الإذن، إلَّا إذا قلنا: إنَّ معنى هذا أنَّ البائع الغاصب يُنشئ - قبل المعاملة - تملك المال لنفسه فضولاً عن المالك، ثم يبيعه لنفسه، فيأتي المالك ويجيز أمرين: الأول: التملك الفضولي. الثاني: البيع لنفسه. فهو نظير أن يأخذ زيد مال عمرو، ويهبه لخالده، فيبيعه خالد من بكر، فيأتي عمرو ويجيز الهبة والبيع معاً. إلَّا أنَّ هذا القول خارج عن البحث، إذ الكلام إنما هو في صحة البيع الذي يُخرج الثمن من ملك من لا يدخل المِثْمَن في ملكه، أو يأخذ المِثْمَن من صندوق من لا يدخل في ملكه الثمن، وهذا هو البيع الذي تقدّم الإشكال في صحته، وقد عدّه العلامة غير معقول^(٢) في بعض عباراته، والسبب

(١) انظر: كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٣٨٠.

(٢) كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٨٣. قال العلامة الحلبي في قواعد الأحكام، ج ٢، ص ١٢٨: «لأنه لا يُتصور أن يبيع ملك غيره لنفسه».

في ذلك هو أنَّ المشهور عرفوا من معنى البيع مبادلة مالٍ بمالٍ، ومعاوضة شيءٍ بشيءٍ، وظاهر المبادلة والمعاوضة تبادل ملكية اثنين لمتاعين، وهذا غير متحقق في المقام، فليس بيع، إذ البيع معاوضة. وبالجمله القول بكون هذه المعاملة بيعاً إنما هو نظير القول بأن المثلث يحتوي على أربع زوايا - في تهافتة وتناقضه - فهو غير معقول، ولكن إذا قلنا بأن البيع إعطاء غير مجاني، صح تسمية هذا العمل بيعاً، إذ هو إعطاء زيد الكتاب على أن يعطي عمرو دراهم معدودة، فهو إعطاء غير مجاني.

وبالجمله: الأمر في بيع الغاصب دائر بين أن يكون واقعاً قاصداً لمفهوم المبادلة والمعاوضة أو لا. فإن كان قاصداً صحَّ، وإلا بطل. وهذا أمر يمكن استعلامه من شخص الغاصب البائع مباشرة بعد النظر في كيفية إجرائه البيع.

تصحيح بيع الغاصب بالنصوص

هذا كله بالإضافة إلى أنَّ هناك نصوصاً يمكن الاستدلال بها على صحة بيع الغاصب، ومع ثبوت دلالتها لا يبقى مقام لما تقدّم من النقض والإبرام:

١ - بما تقدّم من التوقيع المروي عن الحميري، ففيه - بعد السؤال عن بيع قطعة أرض مغصوبة - قال الإمام عليه السلام: «الضَّيْعَةُ لَا يَجُوزُ ابْتِئَاعُهَا إِلَّا مِنْ مَالِكِهَا، أَوْ بِأَمْرِهِ وَرِضَا مِنْهُ»^(١). بتقريب أن الإمام عليه السلام بين أحكاماً ثلاثة: الأول: للاشتراء من المالك. الثاني: من وكيله. الثالث: من الغاصب برضاً منه، فيدل على صحة بيع الغاصب.

٢ - وبما سبق من خبر مسمع أبي سيار من حكم الإمام عليه السلام بحليلة الربح المغتنم من مال مغصوب، وقوله عليه السلام: «خُذْ نِصْفَ الرِّبْحِ، وَأَعْطِهِ النِّصْفَ وَحَلِّلْهُ...»^(٢).

(١) الاحتجاج، ج ٢، ص ٣٠٩.

(٢) من لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص ٣٠٥.

- ٣- وبما تقدّم في المستقيل الذي أُقيل بوضيعة، من حكم الإمام عليه السلام بلزوم ردّ المتاع وما ربح منه، مع أنه باع لنفسه لا للمالك^(١).
- ٤- بل قد تُشعر بالموضوع أحاديث متفرقة مثل حديث المضاربة (الأنف الذكر)^(٢)، وأحاديث استحلال الخمس ونحوها. هذا كله في تقرير القول بصحة البيع لنفسه مطلقاً أو فساداً مطلقاً.

القائلون بالتفصيل

أما التفصيل بين الغاصب وغيره، أو المشتري العالم وغيره، فقد علم وجههما من تضاعيف الكلام، وموجزه:

التفصيل بين الغاصب وغيره

إنّ المُفصّل بين الغاصب وغيره زعم: أنّ النهي الدال على الفساد يوجد في الغاصب في حين لا يوجد في غيره، ففي الحديث: «لَا تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ»^(٣).

ونوقش فيه: أنّ النهي لا يدل على الفساد، وإنّ دلّ كان مختصاً بما إذا لم يجز المالك، مع أنّ النهي عام بالنسبة إلى الغاصب وغيره، كما أنّه لا وجه للفرق من جهة أنّ الغاصب لا يمكن أن يقع منه القصد لإجراء المعاملة للمالك، في حين يمكن ذلك بالنسبة إلى الجاهل بكون المال لغيره، فيمكن أن يوقع المعاملة على وجه لا ينافي وقوعها للمالك، إنّ هذا الفرق لا وجه له بعد ما عرفت أنّ الغاصب أيضاً يوقع العقد للمالك، وإنّ قصد الاستيلاء على الثمن كاستيلائه على المبيع عدواناً.

التفصيل بين علم المشتري وجهله

وأما القائل بالتفصيل بين علم المشتري وجهله، فقد استدل بأن ظاهر الأدلة التي تمنع عن اشتراء الغصب، مثل قوله عليه السلام: «لَا يُعْذَرُ عَبْدٌ اشْتَرَى مِنْ

(١) الكافي، ج ٥، ص ١٩٥.

(٢) تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٩٣.

(٣) نهاية الأحكام، العلامة الحلي، ج ٢، ص ٤٧٧.

الْحُمْسِ شَيْئًا أَنْ يَقُولَ: يَا رَبِّ، اشْتَرَيْتُهُ بِمَالِي، حَتَّى يَأْذَنَ لَهُ أَهْلُ الْحُمْسِ»^(١)، وقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «لَا يَجُوزُ ابْتِئَاعُهَا إِلَّا مِنْ مَالِكِهَا، أَوْ بِأَمْرِهِ وَرِضَا مِنْهُ»^(٢). ردًّا على السؤال عن اشتراء أرض مغصوبة، أنّ ظاهرها: اختصاصها بصورة علم المشتري، أما مع جهله، فإنّ أدلة صحة الفضولي أقوى وأظهر دلالة، فكأن القائل لاحظ التعارض بين الأحاديث، فالتمس له وجه جمع، حيث قال -في المحكي عن خط العلامة- في جواب الأحاديث الناهية عن المعاملة بالمغصوب: «فالأقعد في الجواب أنّ تُحمل على ما إذا علم المشتري بالغصبة، كما تضمّنته سؤالاتها، والظاهر من السوق والمقام قصرها عليه، مضافاً إلى ما مرّ من أدلة الفضولي، فيتعيّن هذا الحمل جمعاً بين الأدلة. والفرق بين علم المشتري وجهله أنّ البيع إنّما يتحقّق مع الجهل بالغصبة ليقع العقد شبيهاً بالصحيح ويقع في ملك البائع، فينتقل منه إلى المالك، أما مع علمه فلا يقع العقد صحيحاً بوجه، فلا يستحقّ البائع الثمن حتى يستحقّه المالك»^(٣). ولكنك حيث عرفت وجه الجمع بين الأحاديث، وأنّ الناهية منها مخصوصة بعدم سبق أو لحقوق الرضا، أو لا أقل من انصرافها القطعي إليه، مع ما عرفت من إمكان قصد المشتري المعاوضة حتى مع علمه بالغصب، مثل قصد البائع لها مع علمه به، فالمعاوضة ليست إلّا المبادلة، والمبادلة كما يمكن أن تقع بين المالين إذا كانا بين المالكين أو وكيليهما، كذلك يمكن أن تقع إذا كانا بيد الفضولي مع إجازة المالك. هذا، مع أنه قد أُيد بوجه آخر وهو: «أنه مع علم المشتري يكون مُسلّطاً للبائع الغاصب على الثمن، ولهذا لو تلف لم يكن له الرجوع عليه، ولو بقي ففيه الوجهان، فلا يدخل في ملك ربّ العين»^(٤). وفيه أيضاً إشكال من جهة أنّ الثمن لا يدخل في ملك البائع، بل حيث يُسلّطه المشتري عليه لم يكن له المطالبة به مع تلفه؛ كما يبيّن في المسألة التالية:

(١) وسائل الشيعة (اهل البيت)، ج ٩، ص ٥٤٢.

(٢) الاحتجاج، ج ٢، ص ٣٠٩.

(٣) مفتاح الكرامة، ج ١٢، ص ٣٠٩.

(٤) مفتاح الكرامة، ج ١٢، ص ٣٠٩.

حكم الثمن مع علم المشتري بالغصب

ما هو حكم الثمن مع علم المشتري بالغصب؟

وفي الإجابة عن هذا السؤال يجب أن نعرف: أن الموضوع قد يُبحث من جهة البائع، وأنه هل يجوز له التصرف في الثمن أم لا؟ وقد يُبحث من جهة المشتري وأنه هل يحق له المطالبة أم لا؟

تصرف البائع في الثمن

الجهة الأولى: يتعلق البحث بقصد المشتري من الدفع، وهو أقسام كالآتي:

١- أن يدفع الثمن على أن يكون بدلاً للمُثْمَن بدلية ادّعائية، فيُجري بيعاً عرفياً غير شرعي من جهة كونه مع غير المالك. وهو على قسمين: فقد يتوقع إجازة المالك، وقد لا يتوقع. أي قد يدفع المال على أمل أن يُجيز المالك الأصلي البيع ويمضيه له، وقد يدفعه مع اليأس عن رضاه، أو عدم الاعتناء به. ولا ريب في الأول في عدم جواز التصرف من قبل البائع في الثمن، إذ هو بمنزلة الوكيل في دفع المال إلى المالك الأصلي، فلا ينبغي له أن يتصرف فيه، بل عليه تسليمه إلى المالك فوراً. وأما الثاني فإن تصورنا وقوعه ولم نقل بعدم إمكانه من جهة أن المشتري كيف يقصد المبادلة مع غير المالك مع علمه بعدم صلاحيته للتبديل؛ وقلنا بإمكانه من جهة أن هاهنا ثلاثة أمور:

الأول: حقيقة البيع التي قوينا كونها مبادلة مالٍ بمالٍ من دون دخل أي شيء آخر فيه.

الثاني: نفوذ البيع شرعاً وهو البيع العرفي الجامع للشرائط الشرعية.

الثالث: قصد البيع الشرعي، أي قصد أن هذا البيع الذي أجره يكون مملّكاً شرعاً.

ولا ريب في كفاية وقوع الأمر الأول في تسميته بيعاً، فإن توفرت فيه شروط البيع الشرعية التي منها مالكية الجانبين صارت شرعية، وإلا فلا. ولا يحتاج إلى

قصد أنّه بيع شرعي، ولا إلى قصد تملك أحد بهذه الصيغة أو هذه المبادلة، بل المفهوم من البيع هو المعاوضة أو الالتزام بها بسبب العقد القلبي المعبر عنه باللفظ (أي الصيغة).

أقول: فإن قلنا بذلك، لم يجز للبائع التصرف فيه أيضاً، لأنه إما ملك للمشتري شرعاً على تقدير عدم الإجازة، حيث إنّ الشارع لم يعلّق على هذه المبادلة شيئاً ولا رتب عليها أثراً... وإما ملك للمالك على تقدير إجازته، إن قلنا بأنها كاشفة عن صحة العقد من حين وقوعه، وإلاّ فلأنّ الثمن ملك للمشتري حتى الإجازة، فلا يجوز التصرف فيه.

ومن هنا يكون ثمن الزانية والكلب والنجس سحت وحرام، لأنّ الدافع إنما دفعه لكي يكون بدلاً، وحيث إنّ هذه البدلية غير معتبرة شرعاً كان الثمن ملكاً له، وليس هناك أيّ مسوّغ للأخذ للتصرف فيه. اللهم إلاّ أن يقال: إنّ تسليطه على الثمن مع علمه بأنه غير مستحق له، يُجوز له التصرف، ولكنه يجب أن يعرف أنّ تسليطه مقيّد بقيد غير معتبر شرعاً، فلا يجوز ترتيب الأثر عليه. إذ المقيّد وإن كان ذا أثر في عرف المسلّط - كبيع الخمر لليهودي - ولكن إذا كان عند الشرع غير ذي أثر لا يجوز الاعتبار به، فتأمّل.

٢- أن يدفع إليه على أن يُسلّطه على المغصوب، مثل أن يُصرّح بأنّي إنما أدفع إليك هذه الدراهم لكي تجعل يدي على ما في يدك من مال الناس بدون أن يقصد المعاوضة. فإن سلّطه على المغصوب، فهل يجوز التصرف في الثمن؟ فمن حيث إنه تملكه من جهة الأجرة على حرام أو من جهة عمل حرام، لا يجوز. ومن حيث إنه قد ملكه المشتري مع العلم بذلك، يجوز له التصرف، بل يكون ملكاً له حتى بعد انتزاع المغصوب منه العين المغصوبة من يد المشتري. وقد يكون ناظراً إلى ذلك قول الشهيد رحمته الله - في المحكي عن بعض حواشيه - من الإشكال في مسألة الإجازة وتتبع العقود في بيع الغصب مع علم المشتري به. قال: لأنه مع علم المشتري يكون مسلّطاً للبائع الغاصب على الثمن، فلا يدخل في ملك رب العين،

فحينئذٍ إذا اشترى به البائع متاعاً، فقد اشتراه لنفسه، وأتلفه عند الدفع إلى البائع، فيتحقق ملكه للمبيع، فلا يتصور نفوذ الإجازة هنا لصيرورته ملكاً للبائع^(١).

هذا، ولكن الأغلب في بيع المغصوب هو الفرض الأول، إذ إن المشتري لا يقصد ابتزاز المال وانتزاعه من يد الغاصب فقط، بل إنما يريد المعاملة البيعية معه، وهي المبادلة الحقيقية، إلا أنه مع علمه بكون البائع غاصباً مقدّم على معاملة غير شرعية، ومع جهله مقدّم على معاملة شرعية، ولكن لا يجوز للبائع الغاصب - في آية واحدة من الصورتين - أن يتصرّف في المال الذي أوتيه على أن يكون عوضاً للمغصوب. ومن هنا استشكل الشهيد الثاني في عدم ضمان البائع، بأنه كيف يجتمع تحريم تصرّف البائع في المثلّ مع عدم رجوع المشتري في الثمن؟^(٢) حيث إنه نزل تحريم التصرف منزلة المعلوم المتيقن مطلقاً. إلا أن بعضهم ادّعى أن القائل بعدم الرجوع يقول بإباحة التصرف في الثمن للبائع. ولكنه ضعيف بما تقدّم من أن الأغلب جعل الثمن بدلاً عن المغصوب فلا يجوز التصرف فيه، إلا أن يعترض عليه بأن جعله بدلاً لا يجعله بدلاً واقعياً ما دام لا يعتبره الشارع بدلاً، فيكون تسليط المشتري على المال مسوّغاً للتصرف فيه.

ونوقش فيه: أن المشتري إنما سلّطه على أن يكون بدلاً، ولذا يرى لنفسه الحق في المطالبة به مع انتزاع المغصوب منه، والبائع كان معترفاً بذلك حيث أخذه، فكأنه إنما أخذه على أن يكون بدلاً واقعياً، فهو في زعمه ملك ادّعائي له، كملكه الادّعائي للمبيع.

حق مطالبة المشتري بالثمن

الجهة الثانية: بعد الرجوع إلى الأدلة العامة، نعرف أن كل يد ضامنة - بعموم قوله ﷺ: «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذْتُ حَتَّى تُؤَدِّيَ» - إلا يد أمينة شرعاً أو مالكيّاً، ويد

(١) انظر: كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٤٧٢، و: مفتاح الكرامة، ج ١٢، ص ٥٩٩.

(٢) انظر: شرح اللمعة الدمشقية، ج ٣، ص ٢٣٥.

أسقط صاحب المال عنها الضمان، وهي التي نسميها بقاعدة (الإقدام على عدم الضمان)، حيث إنه يظهر من مجموع الأدلة الشرعية، وبعض النصوص الخاصة، أن مَنْ أقدم على عدم الضمان، سقط الضمان له على غيره.

وبموجب هذه الأدلة العامة، (مع قطع النظر عن الأدلة الخاصة بالمقام) يجب على البائع عوض الثمن لدى تلفه أو إتلافه إياه في صورة جهل المشتري بالغصب بلا ريب، بل إجماعاً كما عن كثير من الفقهاء ادّعاؤه^(١). كما يجب عليه ردّ الثمن إليه في صورة وجود الثمن إذا لم يكن المشتري دفعه لمجرّد تخلية يد الغاصب عن المغصوب كما في الفرض الثاني المُتقدّم آنفاً، بل دفعه لأجل أن يكون عوضاً عن المبيع كما هو الأغلب. وأما في الفرض الثاني فلا يجب لأنه ملكه الثمن فلا يحق له الرجوع فيما ملكه له. ولعله لذا ذهب المشهور إلى عدم جواز الرجوع مع العلم مطلقاً أي حتى مع وجود الثمن. قال في المحكي عن التذكرة: «لو كان عالماً لا يرجع بما اغترّم ولا بالثمن مع علم الغصب مطلقاً عند علمائنا»^(٢). وعن المختلف قال علماؤنا رحمهم الله: «لم يكن للمشتري الرجوع على الغاصب البائع، لأنّه علِمَ بالغصب فيكون دافعاً للمال بغير عوض، وأطلقوا القول في ذلك»^(٣). وعن جامع المقاصد: «يمنع استرداده عند الأصحاب وإن بقيت عينه»^(٤).

حيث إن الظاهر من كلماتهم عدم الاعتناء بفرض جعل المعاملة بين الطرفين معاملة عرفيّة غير شرعية، بجعل الغاصب مالاً ادّعائياً، وجعل البيع مجرّد المبادلة لا تمليكا يحتاج إلى الملك الشرعي لمن يملك، بل محض المعاوضة التي لا يعتبرها الشارع كذلك إلّا بعد صدورهما عن المالكين، فكونهما مالكيّن شرط شرعي خارج عن واقع البيع. بل إن تركيزهم إنما كان على ما إذا وقع إعطاء الثمن عوضاً لدفع المغصوب لا لامتلاكه. ولذا قال في الجواهر رحمهم الله: «الموافق لما قرّره من

(١) انظر: مفتاح الكرامة، ج ١٢، ص ٦١٢.

(٢) مفتاح الكرامة، ج ١٢، ص ٦١٥، نقلاً عن: تذكرة الفقهاء، ج ١٠، ص ١٨.

(٣) مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٥٥.

(٤) جامع المقاصد، ج ٤، ص ٧١.

أن دفعه بعد العلم بالغصب إباحة منه للمال بلا عوض، فليس له الرجوع حينئذ بعد التلف كغيره من المال المباح من مالكة^(١). وهو وإن كان متناولاً لصورة التلف إلا أنه يدل على موقع الخلاف، ومفروض البحث عندهم أيضاً.

هذا كله في حالة وجود الثمن، أما مع تلفه ففيه إشكال، من جهة أن المشتري المالك له دفعه إلى البائع مع علمه بأنه مستحق له، وسلطه على تلفه مع احتمال انتزاع المغصوب من يده، وأنه أقدم على عدم الضمان حيث أسقط احترام ماله بتسليمه إياه في بدل المغصوب الذي لا يستطيع تملكه، فإذا لا ضمان له على البائع. ومن جهة أن يد البائع ضامنة بعموم: «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذْتُ حَتَّى تُؤَدِّي»، وإتلافه مضمون عليه بإطلاق قاعدة: «مَنْ أَتْلَفَ مَالَ غَيْرِهِ فَعَلَيْهِ ضَمَانُهُ». وليس هناك إباحة من المالك مطلقاً، بل إنما دفع المشتري الثمن لكي يكون عوضاً عن المغصوب وبدلاً عنه لا مطلقاً. وحيث إن البدلية غير متحققة شرعاً، فالإباحة المالكية المترتبة عليها غير متحققة أيضاً.

التفصيل بين صور مختلفة

وقد يُقال بالتفصيل بين صور تُفترض كالاتي:

١- أن يكون المشتري منتظراً للإجازة، ودافعاً المال إلى الغاصب على أمل أن يرتدع ويستجيز المالك، وحينئذ تكون يد الغاصب أمانة مالكية، ولا ضمان عليها مع التلف، أما مع الإتلاف ففيه الضمان.

٢- أن يكون المشتري دافعاً للثمن بجعل الغاصب مالكا للمال ملكاً ادعائياً، تماماً كدفع الغاصب المثلث إليه باعتبار نفسه المالك الحقيقي للمال ادعاءً منه. وفيه يقوى ضمان الغاصب لأن يده غير أمانة، بل معتدية بأخذه المال الذي لغيره، ولا يسقط الضمان بإقدام المشتري على ذلك، لأن إقدامه كان مبنياً على إقدام الغاصب على المبايعة الاعترائية. فهو نظير إقدامهما على معاملة فاسدة من جهة أخرى

كبيع الخمر أو النجس. وذلك لأنّ منتهى ما يدل على سقوط الضمان بالإقدام هو إسقاط المالك احترام ماله، وهو غير موجود، بل المالك لم يعط ماله إلا بعد أن أخذ المغصوب في زعمه، وامتلكه عرفاً.

٣- أن يدفع المال إليه لمجرد الاستيلاء على العين، ولا شك في عدم الضمان، لأنّه أسقط احترام ماله، إذ جعله في مقابل عمل محرّم، وهذا لا ينافي عدم جواز المالك التصرف فيه، كما احتملنا سابقاً، لأنّه يكون كأمر المالك إلقاء أمواله في البحر بلا غرض، فالملقي، وإن كان مسرفاً ومُبذراً، ولكنه غير ضامن. أو كأمره بقطع يده، فانه غير ضامن لها مع أنّه يفعل محرّماً.

٤- أن يدفع المال إليه بشرط عدم انتزاع المغصوب منه، فإذا انتزع منه صحّ له الرجوع لفقدان الإباحة المسقطة للضمان مع فقد شرطها.

هذا كله بالنظر إلى الأدلة العامة. أما الأدلة الخاصة: فقد ادّعي الإجماع على عدم حق الرجوع للمشتري على البائع مع التلف^(١). وقد تقدم نقل عبارة التذكرة والمختلف وجامع المقاصد. إلّا أنّه نُقل عن المحقّق الحلي الخلاف في ذلك، وقد عبّر عنه بقوله **ثَبَتَ: «قِيلَ: لا يرجع بالثمن مع العلم بالغصب»^(٢)**. وهو مُشعر بعدم الفتوى به. مع أنّ الإجماع المزبور لا إطلاق له بالنسبة إلى الصور المتقدمة كلها، فالأوّل الرجوع إلى القواعد في بعضها على ما تقدّم. خصوصاً مع احتمال أنّ كلامهم إنما هو في صورة عدم قصد المتبايعين البيع الحقيقي، بل كان دفع المال لمجرد تخلية اليد، واشتراء حق الاستيلاء اللاشعري فقط، وفيه لا شك في عدم الرجوع مطلقاً، كما تقدّم.

البحث الثالث: معاملة الفضولي بما في ذمة المالك

قد يبيع الفضولي عين مال المالك، أو يشتري به، وقد يبيع أو يشتري بما في ذمة المالك. والمفروض في البحث هاهنا هو القسم الثاني الذي يشتري الفضولي

(١) جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٣٠٤، قال **ثَبَتَ: «بلا خلاف ولا إشكال»**.

(٢) شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٢٦٨، كتاب التجارة، في شروط عقد البيع.

بما في ذمة المالك، فيقول للبائع: اشترت منك الكتاب لفلان بدينار، أو بدينار في ذمته، أو يبيع ما في ذمته فيقول: بعتك كذا مقداراً من حنطة زيد إلى أجل كذا بدينار.

ولا شك في شمول أدلة صحة بيع الفضول لهذا القسم أيضاً، إذ لا فرق بين المقامين من أي جهة. بل عمومات صحة البيع كقوله تعالى: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ و: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ و: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾. وغيرها شاملة لمثل هذا البيع بعد تقرير أن البيع الفضولي بيع عرفي كبيع الأصيل.

هذا، ولكن وقع البحث والنقاش في أمور:

تشخيص الذمة

الأمر الأول: في أن الذمة أمر كلي غير متعلق بأحد إلا بعد تشخيصها، وقد ذكر لتشخيصها أمران:

- ١- الإضافة، بأن يقول في ذمتي أو في ذمة زيد.
- ٢- إيقاع العقد لأحد بما في الذمة، كأن يقول: اشترت هذا لزيد بدينار في الذمة، فإن ظاهره كون الدينار في ذمة زيد.

وهذا واضح لا يُؤثر فيه اعتراض بعضهم بـ: «أنه بما أن الكلي ما لم يضاف إلى ذمة شخص لا يقبل اعتبار الملكية له عند العقلاء، فمجرد قصد من يقع له العقد مع عدم قصد من في ذمته الثمن لا يكفي ولا يغني عن إضافة الكلي إليه، فلا بد من الإضافة المزبورة»^(١). وذلك لأن وقوع البيع لأحد ظاهره خارجاً هو أن الذمة ذمته، وأن الضمان عليه. وسواء كان ذلك لأجل ألا يصح البيع لأحد ويكون الثمن على غيره، أو لغير ذلك فإن الإطلاق منصرف إلى ذلك، وهو يكفي لنا وليس لأحد إنكاره. نعم، يُشترط في كل ذلك أن يكون البائع قاصداً لوقوع الثمن عليه، إما قصداً فعلياً، أو ارتكازياً.. فإن لم يكن قاصداً، لم تكن الذمة ذمته واقعاً وإن كانت كذلك ظاهراً.

(١) فقه الصادق، المحقق الروحاني، ج ١٥، ص ٤٦٠.

وكانَّ المعترض لاحظ ذلك، حيث استشكل في أنَّ الذمَّة لا تتعيَّن بمجرد أنَّ البيع بيعه، مع عدم القصد إلى ذلك لا فعلاً ولا ارتكازاً، إلَّا أنَّ هذا الاعتراض يأتي في الإضافة أيضاً، فإن قال: بما في ذمتي ولم يقصد في ذمته لا فعلاً ولا ارتكازاً، بل قاله لغواً أو سهواً، لم يفد شيئاً في الواقع وإن كان ظاهراً ملزماً بقوله.

المستفاد من تشخيص الذمة

الأمر الثاني: بعدما عُلِم أنَّ الذمة تشخص بأحد أمرين: الإضافة مثل في ذمة فلان، وقصد وقوع البيع عنه. فإذا صرَّح بوقوع البيع عن أحد في ذمة غيره، كأن يقول: اشتريت هذا بدينار في ذمة زيد، أو اشتريت هذا لزيد في مقابل دينار متعلّق بذمتي، فالبحث فيه من جهتين:

الأولى: في المستفاد من هذا اللفظ، وهو غير متّحد. فقد يفيد أنَّ مَنْ وقع عنه البيع هو الغاية في إجراء البيع، وأنَّ مَنْ في ذمته هو طرف البيع، فيكون مساوياً لهذا التعبير: أشتري هذا بدينار في ذمتي، لكي أدفعه إلى زيد مجاناً. وقد يفيد أنَّ البيع يقع بين ثلاثة أطراف: طرف يدفع الثمن، وآخر يدفع الثمن، وثالث يأخذ الثمن. وقد يفيد أنَّ الطرف الثالث، غير البائع والمتكلّم، ضامن للمال بمعنى أنه لو لم يؤدّ المتكلّم المال أدّاه الغير، أو لو لم يؤدّ الغير أدّاه المتكلّم. وقد يفيد أنه يقع البيع بين طرفين فقط، منتهى الأمر إنَّ طرفاً منه هو البائع والطرف الآخر مردّد بين المشتري وبين من يشتري بماله، فهو مثل أنَّ يقول: اشتريت هذا لزيد إن قبل، وإلّا فلنفسى. فهو مردّد بين بيع فضولي وبين بيع أصيل. فأَيُّ هذه الوجوه قصده المشتري كان حكم البيع حكمه.

الثانية: في حكم هذا البيع واقعاً، وهو على حسب الاحتمالات المقصودة كما يلي:

١ - أن يقصد البيع لإهداء المبيع للغير، ولا شك في صحته، وليس ذلك من التعليق لا موضوعاً ولا حكماً.

٢- أن يكون للبيع ثلاثة أطراف: بائع ومشتري ودافع الثمن. وتُبنى صحته على القول بأن البيع تمليك لا مجاني. ويأتي فسادُه من الاعتقاد بأنه معاوضة، وهي دخول العوض في ملك من خرج عن ملكه المعوّض.

٣- أن يكون الطرف الثالث ضامناً إن لم يؤدّ المشتري، فيصحُّ بناءً على مذهب الجمهور - كما حُكي^(١) - من عدم انتقال المضمون عن المضمون عنه إلى الضامن، فيكون على كلّ منهما مال إن أدّى أحدهما سقط عن الآخر، نظير الواجب الكفائي.

٤- أن يكون المشتري مردداً بين المُجري للصيغة والغير. وقد التزم بعضهم بصحته بأن يكون البيع بحيث لو أجاز الغير كان له، وإلا كان للمشتري، وقال: «ومثل هذا التعليق لا يُوجب البطلان، لأنّ المتيقّن من معقد الإجماع غير هذا المورد الذي ينشأ منه شراء»^(٢).

ومن هذا كلّهُ يُعرف ما في بعض أقوال الفقهاء من النقاش، فلقد ذكر الشيخ للمسألة المزبورة (وهي ما لو جمع بين متنافيين) احتمالات، حيث قال: «يحتمل البطلان، لأنّه في حكم شراء شيء للغير بعين ماله، ويحتمل إلغاء أحد القيدتين وتصحيح المعاملة لنفسه أو لغيره. وفي الثاني (وهو ما لو قال: اشتريت هذا لنفسى بدرهم في ذمة فلان) يحتمل كونه من قبيل شرائه لنفسه بعين مال الغير، فيقع للغير بعد إجازته، لكن بعد تصحيح المعاوضة بالبناء على التملك في ذمة الغير اعتقاداً»^(٣).

ونوقش فيه: أنّ المهم في باب العقود ليس الألفاظ وإنما هو المقصود منها، ولذلك فاحتمالنا للفظٍ ما معنى خاصاً لا اعتبار به ما دام المتكلم لم يقصده.

وقال المحقق النائيني قدس سره بالصحة وإلغاء القيد الذي يفيد أنّ البيع لغير

(١) فقه الصادق، المحقق الروحاني، ج ١٥، ص ٤٦٢.

(٢) فقه الصادق، المحقق الروحاني، ج ١٥، ص ٤٦٣.

(٣) كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٣٩٢.

المتكلم العاقد^(١).

ونوقش فيه: أن ذلك صحيح لو قصد البيع لنفسه، وأن كون المال من فلان لوجه آخر خارج عن هذه المعاملة. أما لو قصد أن البيع في المقام معاملة ذات ثلاثة أطراف: طرف يُعطي ولا يأخذ، وطرف يأخذ ولا يُعطي، وطرف يجمع بين الأخذ والعطاء، فلا معنى للصحة إلا على مبنى من يصحح هذا النوع من البيع، ولذا قال السيد رحمته الله: إنه باطل على رأي الشيخ.

المنازعة

الأمر الثالث: في المنازعة، وقد تكون مع عدم تصريح المشتري بكون البيع لمن، لنفسه أم الفضولي؟ وقد تكون مع ذلك. ففي الأوّل يدّعي البائع: أن المشتري اشتراه لنفسه، وبعته كذلك، فيدّعي المشتري أنه ابتاعه للغير. ولا شك في تقديم قول البائع مع الحلف على عدم العلم لو ادّعى المشتري عليه العلم لأنه موافق للظاهر، وهو أن الفرد يشتري لنفسه أو موكله. أما الاشتراء للغير، فهو غير ظاهر. وفيه تأمل من حيث أن الظاهر وإن كان كذلك، إلا أن هناك ظاهراً يعارضه، وهو كون البائع لا يقصد فرداً معيناً، ولذا لو ادّعى البائع على الوكيل بأنه إنما باعه على أنه أصيل، فأنكر الوكيل كان القول قوله إلا في الموارد التي تكون شخصية المشتري ملحوظة لدى الناس، بحيث يُسمع كلام مدّعي لحاظ شخصية الوكيل في البيع.

وبالجملة: فالمالك إما أن يدّعي أنه باع السلعة للمشتري بقصد أنه أصيل لا فضولي، وهو خلاف الظاهر في أكثر الموارد. وإما ألا يدّعي ذلك، بل يقول: إن المشتري كان قاصداً نفسه في البيع وليس له مال.

هذا مع احتمال أن نحتج بأصالة العدم في طرف المشتري حيث إنه يُنكر أن يكون له قصد بالبيع، وهو المهم في باب العقد، والبائع يدّعي عليه القصد. هذا مع أنه تقدّم في بعض المسائل أن حقيقة العقد هو الالتزام النفسي، ولا ريب في أصالة

(١) فقه الصادق، المحقق الروحاني، ج ١٥، ص ٤٦١.

العدم فيه بالنسبة إلى المشتري.

ولكن الإنصاف أنّ ذلك لا يجدي في رفع اليد عن أصالة الصحة التي يبني عليها العرف كل أعمالهم. بالإضافة إلى أنّ الظاهر من كل مشتري أنه المسؤول عن العقد دون غيره، ولذلك لو ادّعى أنه كان فضولياً أنكر عليه العرف كل الإنكار.

وأما مع التصريح - كما في البائع الذي جمع بين متنافيين - فحيث إنّ الظهور العرفي إنما يفيد عند عدم ما يصلح للصرف، فإنّ قول البائع غير مقبول في تصحيح البيع للمشتري إن قال المشتري: إنما قصدت الغير بالبيع. وحينئذٍ يرجع إلى إجازته.

البحث الرابع: الفضولي والمعاطاة

البيع الفضولي إما بالصيغة أو بالمعاطاة.. والبيع بالصيغة صحيح على القول بتصحيح الفضولي قطعاً، ولا يرد عليه الاعتراض بأن النص الدال على صحة الفضولي، وهو حديث عروة، ظاهر في المعاطاة لا البيع بالصيغة، حيث إنّ أدلة صحة الفضولي لا تنحصر في حديث عروة كما تقدّم، بل البيع بالصيغة هو القدر المتيقّن من صحة الفضولي.

تصحيح معاطاة الفضولي

أما المعاطاة، فإنّ الخلاف في إمكان تصحيح فضوليتها مبني على القول بأنها بيع، أو إباحة شرعية، أو إباحة مالكية. فإن قلنا بأنها بيع كسائر البيوع، وقد تقدّم اختياره سابقاً، فالأقوى جريان المعاطاة فيه أيضاً، لأنه تقدّم هناك - في باب المعاطاة - أنّ حقيقة العقد هو الالتزام النفسي، ولا يجدي الالتزام إن لم يكن له مظهر خارجي، وأنّ اللفظ يحتوي من الظهور مقدار ما يحتويه الفعل، وهو المعاطاة، فالمعاطاة منبئة عن العقد القلبي كإنباء الصيغة عنه. فعلى القول بأنه لا يشترط أن يكون المنبئ، أو المظهر للعقد، متّحداً وقتاً مع العقد النفسي، وقلنا بإمكان تقدّم المظهر، صحت فضولية الصيغة والمعاطاة في آن واحد.

وبكلمة: لا ريب في صحة المعاطاة الفضولية، مع تسليم هذه المقدمات، كما أنّه لا ريب فيها على القول بأنّ عمومات وإطلاقات صحة البيع شاملة للفضولي، لأنها في الوقت نفسه كانت شاملة للمعاطاة، فإذا فُرِضَ أَنَّ ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ تشمل الفضولي وغيره، والمعاطاة وغيرها، فلا بدّ أنها تشمل المعاطاة الفضولية، فهو مثل أن نقول: إنّ الإنسان يشمل الأبيض وغيره، ويشمل الطويل وغيره، فهو يشمل الأبيض الطويل قطعاً.

وقد يُؤيّد بظاهر حديث البارقي، وأنّه إنّما تعاطى ولم يجز الصيغة، ولكنه مردود بأنّه ليس في الحديث ما يدل على أكثر من أنّه أقبض، ولعله كان قد جمع بين الصيغة وغيرها. بل الأغلب - على القول بكفاية أي لفظ في الصيغة وعدم انحصارها بلفظ خاص - الأغلب إجراء الصيغة في مثل هذه الصفقات.

كما قد يُستدل بعدم الاستفصال في صحيحة قيس، حيث إنه كان من الممكن أن يكون بيع الولد معاطاة، فحيث إن الإمام عليه السلام - الذي استكشف من مجموع أقوالهم وأفعالهم التزامهم بالعمل بالظواهر لا بعلومهم الواقعية - لم يستفصل بين أن يكون بيعاً بالصيغة أو بالمعاطاة، بعد فرض أنّ العرف يُسمي المعاطاة بيعاً أيضاً، ومع أنّه لم تكن المعاطاة نادرة الوقوع، دلّ على عدم الاختلاف في الحكم.

الاعتراض على معاطاة الفضولي

هذا، وقد اعترض على صحة الفضولي معاطاةً بوجوه:

الأول: المعاطاة تصرّف في مال الغير

إنّ المعاطاة تعتمد على التسليم، وهو تصرّف في مال الغير بدون إذنه، فهو حرام، والحرمة دالة على الفساد، فالمعاطاة التي تُبنى على الحرام غير صحيحة.

وقد نوقش في كل واحدة من مقدمات هذا الدليل:

ألف: لا نسلم بأنّ المعاطاة تعتمد على التسليم دائماً، وإنّ منها ما لو اشترى

سلعة الغير بالذمة، حيث يُكتفى فيه بتسليم السلعة دون تسليم الثمن. ومنها ما لو باع بغير الصيغة المعتبرة على قول من يجعل ذلك من المعاطاة، حيث يُعمّم مفهومها بالنسبة إلى كل عقد لم تكن فيه الشرائط المعتبرة في الصيغة.

باء: لا تُسلم بأن هذا التصرف حرام على تقدير إذن الفحوى، والموجود في بيع الفضولي غالباً. ولا يستلزم ذلك خروج البيع عن الفضولي، إذ سبق أن إذن الفحوى لا يُخرج العقد عن كونه فضولياً، وفي الرضا الفعلي إشكال يأتي.

جيم: ولو كان التصرف حراماً، (كالتصرف الذي يفعله الغاصب) فلا تُسلم بأن النهي يفيد الحرمة في مثل هذه المعاملة التي توجه النهي إلى أمر خارج عنها، فهو كالمعاملة في أرض مغصوبة، أو لمن يضر به التكلم، أو ما أشبهه.

دال: حتى لو أفاد النهي الفساد في المعاملات كلها، فإن النهي في المقام لا يفيد، وذلك لأنّ القدر المتيقن ما لو كانت المعاملة بذاتها مفيدة للأثر، ولا يدّعيه أحد، بل إنها تفيد الأثر مع الرضا، (هكذا قيل فتأمل).

الثاني: لا تراضي في المعاطاة

إنّ المعاطاة منوطة بالتراضي، ولا يمكن التراضي إلّا من المالك، حيث لا معنى لرضا فرد بعمل فرد آخر.

ونوقش فيه بأنه لا شك في أنّ المعاطاة - كغيرها من أنواع العقد - مشترطة بالتراضي، ولكن الكلام في اشتراط مقارنة التراضي بالمعاملة. فالقائلون باشتراطها يبطلون المعاطاة، خلافاً لمن يكتفي بالتراضي سابقاً أو لاحقاً. ولذا قالوا بصحة الفضولي في العقد بالصيغة الذي يشترط فيه التراضي أيضاً. وقد يوجه الدليل بصورة أخرى هي أنّ المعاطاة ليست إلّا التراضي مع مظهر هو التقابض، فهي غير متحققة بالتقابض إذ جوهرها التراضي.

ونوقش فيه بأنّ العقد ليس إلّا البناء على المبادلة، وهو أمر قلبي يمكن تحقّقه

من غير المالك كمثل إمكانه منه، بيد أنه يشترط فيه مظهر خارجي، وقد بنينا على صحة جعل الفعل مظهرًا بقدر ما يصح جعل القول كذلك، كما بنينا على أن هذا الالتزام يصح من غير المالك إلا أنه لا يفيد ما لم يرَض به المالك، فمع رضاه لا فرق بين أن يكون مظهره الفعل أو القول، حيث إن كلا منهما مظهر عن الالتزام، فتأمل.

الثالث: المعاطاة فعل حادث غير مستمر

إن المعاطاة ليست إلا فعل حادث غير مستمر، ومتعلق الإجازة يلزم أن يكون أمراً مستمراً صالحاً للتلون بلون الإجازة اللاحقة والتغير بسببها، أما العقد اللفظي فإنه حاصل المصدر (أي إنشاء البيع) ينفك عن الإنشاء القولي، ويبقى مستمراً، فتتعلق به الإجازة. ومن هنا جاء الفرق بين المعاطاة والعقد.

وأجيب عنه بأن المعاطاة أيضاً مظهر من مظاهر الإنشاء، وبعدها ينفصل واقع الإنشاء (الذي هو الاعتبار العقدي) عن مظهره (الذي هو المعاطاة) ويظل موجوداً قابلاً لتعلق الإجازة به، مع أن اشتراط تعلق الإجازة بأمر مستمر - مع أن الإجازة إنما هو رضا بفعل سابق على ما وقع اعتباراً - لا يخلو عن مناقشة.

هذا كله بناءً على ما ذهبنا إليه من القول بأن المعاطاة بيع، وأن الفضولي بيع يشملهما جميعاً إطلاقاً أو عموم أدلة البيع، أو العقد بصورة عامة. وإلا:

١ - فإن قلنا بأن المعاطاة إباحة مالكية ليس غير، لا يسعنا إلا أن نقول: إن الإجازة لا تؤثر في التقابض شيئاً، بل إنها تفيد إباحة فعلية منذ وقوعها، أما قبل وقوعها فقد كان التصرف في المبيع بدون مبرر شرعي، حتى على القول بأن الإجازة كاشفة عن صحة عقد الفضولي، إذ المفروض هنا أن التعاطي والتقابض لا يُغيان عن الواقع أي شيء، بل كل ما في الأمر هو التراخي والإباحة المالكية، إلا أن نقول: إن الإباحة كما تؤثر في المستقبل تؤثر في الماضي، حيث إن الملكية وشبهها اعتبارات لا تتقيد بالزمان، فيمكن اعتبار التصرف الماضي مجازاً فيه، ويمكن اعتباره غير مجاز، ولذا قد يصح الوضوء بالماء المغصوب وقد يبطل بسبب لحوق

أو عدم لحوق الإجازة.

٢- وإن قلنا: بأنها إباحة شرعية، يعني أنّ المالكين وإن قصدوا البيع، ومع عدم صحته لا اشتراط الصيغة فيه، تقتضي القاعدة فساد التقابض، إلا أنّ الشارع يحكم بأن التصرف مباح إلى أن يحصل التلف، فيكون مملوكاً للمتصرف، وقد استكشف ذلك بالإجماع والسيرة حيث قضيا بإفادة المعاطاة الإباحة مطلقاً.

إن قلنا بذلك، فحيث إنّ دليل المعاطاة لا إطلاق له، يجب الاقتصار على القدر المتيقن من الإجماع والسيرة، وهو ما وقعت المعاطاة بأيدي المالكين، فتأمل.

٣- كما أنّه لو قلنا: إنّ حكم الفضولي على خلاف القواعد، وقد ثبت بالأدلة الخاصة، وجبت مراعاة عموم أو خصوص ذلك الدليل الدال على صحة الفضولي، كما لا يخفى. والإنصاف أنّ الأدلة الخاصة أكثرها -أو لا أقل طائفة منها- عامة وشاملة للعقد معاطاة، كما يظهر للمراجع الباحث فيها، فلا يبقى إشكال في صحة الفضولي بالمعاطاة، إلا أنه حرام يجب تجنّبه من ناحية الحكم التكليفي، إلا أنّ يكون هناك شاهد حال برضا المالك كأن يكون الربح كثيراً.

البحث الخامس: الفضولي ورضا المالك وعدمه

باعتبار رضا المالك وعدمه ينقسم عقد الفضولي إلى أربعة أقسام:

الأول: عدم رضا المالك

أن يكون المالك غير راضٍ -لا فعلاً ولا تقديرًا- ولا كارهٍ، وهو الفرد المتيقن من الفضولي الذي تقدّم البحث فيه.

الثاني: كراهة المالك

أن يكون المالك كارهاً للعقد، وقد تقدّم تصحيحه أيضاً في مسألة سبق النهي، وسيأتي ما يتعلّق به في مسألة الإجازة إن شاء الله.

الثالث: رضا المالك بالفعل

أن يكون راضياً فعلاً، وهو على نوعين: فقد يكون راضياً بالعقد على أن يكون عقده، وقد يكون راضياً بالعقد على أنه فعل غيره، وله بعد ذلك أن يُجيز وأن يرفض. وذلك لأن واقع العقد ليس إلا البناء على المبادلة، فالرضا بالمبادلة ليس عقداً مطلقاً، بل قد يكون موجوداً مع القصد بها، وقد لا يكون معه كالرضا بعقد غيره، مثل أن يرى صديقه يعقد في صفقة رابحة، فيرضى به، وقد يكون في الوقت نفسه غير قاصد للعقد لو كان لنفسه، كما أنه لا يستلزم القصد بعقد، الرضا به كما سبق تقريره في عقد المُكره. بل خطأ صاحب الجواهر خطوة أوسع، إذ فرض الفضولي بالنسبة إلى الشخص ذاته، بأن يعقد باللفظ على أن يكون رضاه وعدمه في المستقبل، فقال رحمته: «بل قد يقال بتصور حكم الفضولي من الإنسان نفسه، كما لو عقد بقصد إرادة نفس العقد، مُصرِّحاً بتأخير الرضا إلى ما بعد ذلك، إذ دلالة العقد على الرضا إنما هي ظاهرية يجوز تخلفها كما في المُكره وبيع التلجئة»^(١).

وبالجملة الواحدة: نستطيع تقسيم العقد الفضولي المرضي عند المالك بأنه قد يكون مرضياً على أنه من المالك، أو من الفضولي. ففي الأول لا ينبغي الإشكال في الصحة بدون احتياج إلى الإجازة. إذ العقد لا يحتاج إلى أكثر من البناء على المبادلة في البيع مع مُظهر، وهما معاً موجودان.

ويُستدل له أيضاً بأمور:

١ - قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، فإن العقد الذي يرضى به المالك يُعتبر عند العرف عقده، إذ ليس المراد من الآية العقد الذي لفظتم به، بل الذي يُنتسب إليكم.

٢ - قوله تعالى أيضاً: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾، بتقريب: أن الأكل بعد العقد المرضي به أكل مع التجارة

(١) جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٩٥.

المرضية، خصوصاً إذا جعلنا ﴿مِنْكُمْ﴾ في الآية راجعاً إلى التراضي فقط، ليكون معناه: التجارة التي ترضون بها، فيكون أعم من تجارتكم أو غيرها.

٣- قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطِبِّهِ نَفْسٍ مِنْهُ»، حيث إن ظاهره انفراد الرضا وطيب النفس بالأكل في سبب الحلية، فتأمل.

٤- وقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «الضَّيْعَةُ لَا يَجُوزُ ابْتِاعُهَا إِلَّا مِنْ مَالِكِهَا، أَوْ بِأَمْرِهِ وَرِضَا مِنْهُ». بالتقريب الذي سبق من أن الرضا حيث أصبح قسيماً للإذن يدل على كفاية الرضا.

٥- وبعض النصوص الدالة على كفاية السكوت في النكاح، بتقريب أنها لو دلت على كفايته في الكشف عن الرضا، فإنها تدل على كفاية ما مثله في القرينية أو أظهر، كالتصريح بالرضا بطريق أولى، مع أن البيع أولى بالصحة من النكاح. ولا يصحُّ الاعتراض عليه بأن المهم الكشف بسبب السكوت، فلا يُفيد ما لو كشف عن الرضا بغير السكوت. وبتعبير آخر: لعل في السكوت خصوصية موجبة لاعتباره، لأنَّ من المعلوم أن اعتبار السكوت إنما هو لكشفه عن الرضا، فيُعلم أن المدار هو الرضا، أما بأية وسيلة يجب كشفه فذلك أمر لا يعني الفقيه.

وقد ذهب بعضهم إلى عدم الاعتبار بالرضا في المقام مطلقاً، بل قال الشيخ قُدْسُ سَئِدُهُ: «وإن كان الذي يقوى في النفس -لولا خروجه عن ظاهر الأصحاب- عدم توقُّفه (أي توقف العقد المقرون بالرضا) على الإجازة»^(١).

ولكن قد يظهر من مجموع كلمات الأصحاب هنا -وفي مسألة كفاية الرضا عن الإجازة- أن اعتبار الرضا ليس بعيداً عنها أيضاً.

وعلى أيّ، فقد استدل له -بعد ردِّ ما تقدّم- بالأصل، فإنه دالٌّ على الفساد وعدم تأثير العقد أثره المرغوب. هذا، بالإضافة إلى الفرق بين الإجازة التي هي عقد يعوزه اللفظ، حيث يوجد فيه الالتزام، وبين الرضا السابق الذي ليس هناك ما

يلتزم به، حتى يلتزم به.

وفيهما نظر. أما الأصل فلما تقدّم من الأدلة. وأما الفرق بين الإجازة والرضا، فإنه صحيح في الرضا الذي يكون كرضا الإنسان بعقد غيره، لا بالرضا الذي هو التزام بمفهوم العقد خارجاً الذي نتكلّم فيه الآن.

وقد فصل بعض الفقهاء بين الفضولي الذي يكون المالك غير العاقد، كما في الأمثلة السابقة. وبين ما لو كان العاقد مالكاً محجوباً كالراهن إذا تصرّف في العين المرتهنة، فقال في الثاني بالصحة بعد البناء على الفساد في الأول لأدلة المنكرين كفاية الرضا مطلقاً، وذلك لأن العقد يُنسب إلى المالك هنا، إلّا أنّ هناك مانعاً عنه هو عدم رضا المرتهن، وهو يحصل بالرضا.

هذا كله في الرضا بمعنى أنّ المالك ملتزم بآثار العقد، أما الرضا كأنه فعل الغير، فالظاهر عدم كفايته لأنه لا ينتسب إليه العقد.

الرابع: رضا المالك بالفحوى

أن يكون المالك راضياً بالفحوى. وقد يقال: إنه يُعتبر من الفضولي لأن المهم عندنا انتساب العقد إليه لكي يكون عقده الذي يجب عليه الوفاء به، وهو لا يتحقّق بأقل من الرضا الفعلي، ولذا قلنا بدلالة حديث عروة مع أنه كان قد أقبض، فراجع.

الفصل الرابع

عن الإجازة والتره

البحث الأول: هل الإجازة كاشفة أم ناقلة؟

البحث الثاني: الإجازة والحاجة إلى اللفظ

البحث الثالث: في محل الإجازة

البحث الأول: هل الإجازة كاشفة أم ناقلة؟



لقد رأى أكثر الفقهاء أنّ الإجازة تكشف عن صحة العقد وتأثيره السابق^(١)، بينما ذهب المحقق الأردبيلي^(٢) والراقي^(٣) وغيرهما إلى أنها ناقلة. يعني أنّ المبيع قبل الإجازة يُعتبر مثل ما كان قبل العقد، وبعدها ينتقل. ونسبة النقل إلى الإجازة لأنها الجزء الأخير من أسباب النقل وشروطه.

ماذا يعني الكشف؟

وقبل أن نبدأ البحث نشير إلى معاني الكشف، لكي يُصبح البحث أكثر وضوحاً وأوسع شمولاً.

يحتمل للفظ الكشف هاهنا خمسة معانٍ:

١- إنّ الإجازة تقلب ملكية المبيع، الذي كان للمالك في الفترة بين العقد والإجازة، إلى المشتري، ومؤداه: أن الملكية في تلك الفترة كانت للمالك واقعاً، إلّا أنّ الإجازة جعلتها للمشتري واقعاً.

وهذا المعنى للكشف غير ممكن، إذ إنّ الملكية الواقعية الماضية لا يمكن

(١) انظر: مفتاح الكرامة، ج ١٢، ص ٦٠٥.

(٢) مجمع الفائدة والبرهان، ج ٨، ص ١٥٩.

(٣) مستند الشيعة، ج ١٤، ص ٢٨١.

قلبيها عمّا كانت عليه واقعاً. نعم، يمكن ذلك اعتباراً، فنقول: إنّ الملكية - التي هي مجموعة اعتبارات مترابطة - كانت متعلّقة بفلان اعتباراً، والآن تجعلها الإجازة متعلّقة بفلان اعتباراً أيضاً في ذلك الزمان، وهو المعنى الخامس الآتي إن شاء الله.

٢- إنّ الإجازة تكشف عن صحّة العقد، فإنّ العقد أمر صحيح في ظرفه وناقله إلاّ أنه يعتبر الإجازة للكشف عن صحته. وقد يبدو هذا ممّن جعل الرضا شرطاً للعلم بانتقال المال لا له نفسه، على ما حكى في الجواهر عن بعض المعاصرين^(١)، ولعله إلى ذلك يرجع ما في المستند من توضيح معنى الكشف بقوله **ثَبَتَ**: «إنّ صحة العقد عبارة عن ترتّب الأثر عليه، والمراد بالأثر: الانتقال الأعمّ من المتزلزل واللازم، والمراد بكون الإجازة كاشفة عن الصحة بأحد المعنيين: أنّ العقد حين إيقاعه صار موجباً لأحد الانتقالين وترتّب عليه هذا الأثر في الواقع، ولكن لم يكن ذلك معلوماً لنا، فلمّا تحقّقت الإجازة علمنا بأنّ أحد الانتقالين كان متحقّقاً حين العقد، وإن لم يتحقّق يُعلم فساد العقد أولاً»^(٢). وهذا المعنى يقتضي ألا يكون الرضا شرطاً في صحة العقد، بل المعتبر العلم به.

٣- إنّ المعتبر من العقد هو الذي يتحقّق بإذن المالك، أو مع لحوق رضاه. فالعقد الموصوف بأنه يلحقه الرضا في المستقبل هو المؤثّر من حينه، فهو كالشرط المتأخّر. كالصلاة غير المتعقبة بالعُجب أو الردّة، وكالصوم المتعقب بالغسل في الاستحاضة على رأي، وهكذا...

وباختصار: فما يُقال في الشرط المتأخّر فليقل هاهنا. فإن قلنا هناك باعتبار صفة اللحوق (كالحال المقدّرة) كان المؤثر العقد اللاحق به الرضا. وإن قلنا بأن معنى الشرط المتأخّر هو أنّ وجود هذا الشيء بعد مدة يدعو إلى اعتبار المعتبر أو تشريع المشرّع هذا الأمر، كان المؤثّر هو العقد بدون قيد إلاّ في الواقع، أي العقد الذي يوجد الرضا من المالك به. وإلى هذا يشير كلام صاحب الجواهر،

(١) جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٨٨.

(٢) مستند الشيعة، ج ١٤، ص ٢٨٢.

حيث يقول **ثُمَّ** - في ردّ من اعتبر الرضا شرطاً للعلم بالانتقال - : «وإلا كان واضح الفساد، ضرورة صراحة الأدلة في مدخليته (أي الرضا) في نقل المال واقعاً، فلا يُجزى حينئذٍ في حصول الملك إخبار المعصوم - فضلاً عن غيره - بأن المالك إذا بلغه العقد يحصل منه الرضا، لعدم الحصول فعلاً الذي هو الشرط في عدم أكل المال بالباطل، وحليّة مال المسلم على وجه تتبع الملكية»^(١).

٤ - إن الرضا المتأخّر يُؤثّر في النقل المتقدّم، تأثير السبب في مسببه، إلا أنّ السبب التكويني لا يتأخّر عن مسببه، إذ اللازم حدوث المسبّب بدون سبب، ولكن السبب الاعتباري يُؤثّر. والسّر فيه: أنّ المؤثّر هو المعتبر، وهو متقدّم. قال في الجواهر **ثُمَّ**: «الثاني (من وجوه الكشف) أنّ يكون الرضا المتأخّر مؤثّر في نقل المال في السابق، كما سمعناه من بعض مشايخنا»^(٢). وهذا المعنى بهذا التوجيه الذي تقدّم راجع إلى المعنى الثالث، حيث إننا قلنا بأن وجود الشرط في الزمان القادم يدعو إلى اعتبار المُعتبر شيئاً، ومن الطبيعي أنه لا يلزم مُحالاً، إذ إنّ المؤثّر في إرادة المُعتبر علمه، لا الشرط المتأخّر ذاته، والمؤثّر في اعتباره إرادته، والمؤثّر في الانتقال وصحة العقد اعتباره لا الشرط. أمّا بتوجيه آخر فهو مستحيل على أن يكون الرضا المتأخّر شرطاً تكوينياً في الانتقال المتقدّم.

٥ - أن يكون معنى الكشف ترتيب الآثار، التي كانت تُرتّب على العقد مع مقارنته بالرضا، ترتيبها عليه مع لحوقه بالرضا. ويُسمّى هذا بالكشف الحكمي، في قبال الأقسام الأخرى التي تُسمّى بالكشف الحقيقي.

ولو فرض دلالة الأدلة على الكشف احتّم كل من المعنى الثالث، والمعنى الخامس، فلا وجه لما ارتآه الشيخ الأنصاري **ثُمَّ** من اختصاص الإمكان بالمعنى الخامس، لا الثالث^(٣).

(١) جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٨٨.

(٢) جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٨٩.

(٣) انظر: كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٤٠٨.

وبعد الإحاطة بما سبق من المعاني، يجدر بنا معرفة أدلة الطرفين القائلين بالكشف أو بالنقل.

أدلة القائلين بالنقل

لقد استدل للنقل بوجوه:

الأول: لا شك في اشتراط الرضا في صحة العقد وفي تأثيره، وسواء كان الرضا سبباً أو شرطاً في إتمام العقد به، فإن الإجازة ما لم تحصل لا يحصل العقد المؤثر، فإذا حصل الرضا جاء التأثير. وهذا معنى النقل، إذ ليس معناه أن الإجازة بنفسها نافذة للملك حتى يُستشكل عليه بأنها ليست إلا الرضا بما تقدّم، وإذا فرض عدم تأثير ما تقدّم، فالرضا بغير المؤثر غير مؤثر. مع أنه لو فرض أن الرضا كان بنقل مستأنف، فمن المعلوم عدم تأثير الرضا بدون اللفظ، بل القائلون بالنقل يعتبرون العقد مع الإجازة مؤثراً، حيث إن العقد كان سبباً بدون شرط التأثير، فإذا حصل الشرط أثر.

الثاني: ظاهر الأدلة الشرعية هو النقل، حيث إن اللازم الوفاء بالعقد المستفاد من قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ الذي يظهر منه: أن كل فرد ملزم بعقد نفسه، لا عقود غيره، ولا يكون كذلك إلا بعد الإجازة، حيث يلتزم الفرد بموجبات العقد، ومنها النقل. وهكذا قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾، حيث جعل المعتبر التجارة المرضية، ولا يتحقق الموصوف بهذه الصفة إلا بعد الإجازة والرضا. ولم يعتبر الشارع هذا العقد مشروعاً وصحيحاً إلا بعد الإجازة، فلم يحكم له بآثاره المرادة منه إلا بعدها أيضاً. إذ إن الشارع ليس ملزماً إلا بإجراء آثار ما يعتبره عقداً صحيحاً لا غيره، ولا يتّصف العقد بهذا عنده إلا بعد الإجازة.

الثالث: إن القول بالكشف غير معقول، حيث إن لازمه تأثير المتأخر في المتقدم، وذلك لأن الرضا إذا فرض تأثيره في المدة السابقة عليه استلزم تأثير المعدوم في الموجود، وهو محال.

الرابع: الأصل، فإنه يقتضي عدم تأثير العقد إلا بعد الرضا.

الخامس: إن الإقالة والفسخ والقبول، ممّا هو شبيه بالإجازة هاهنا، إنما تُؤثّر بعد وجودها، فكذلك الإجازة. قال الشيخ رحمته في تقرير هذا الدليل: «وكما أنّ الشارع إذا أمضى نفس العقد، وقع النقل من زمانه، فكذلك إذا أمضى إجازة المالك وقع النقل من زمان الإجازة، ولأجل ما ذكرنا لم يكن مقتضى القبول وقوع الملك من زمان الإيجاب، مع أنّه (أي القبول) ليس إلّا رضاً بمضمون الإيجاب، فلو كان مضمون الإيجاب النقل من حينه، وكان القبول رضاً بذلك، كان معنى إمضاء الشارع للعقد الحكم بترتب الأثر من حين الإيجاب، لأنّ الموجب ينقل من حينه، والقابل يتقبّل ذلك ويرضى به»^(١).

ردّ أدلة القائلين بالنقل

هذا، ولكن هذه الحجج غير مُغنية لإثبات النقل لما يأتي:

١ - فإنّ الدليل الأول مبتنٍ على مصادرة خفية، وذلك لأنّ اشتراط الرضا لا ريب فيه، وإنّما البحث في كيفية هذا الاشتراط، فالقائلون بالنقل يحسبون الشرط هنا كالشروط التكوينية، لا يمكن التأثير فيما قبلها، والقائلون بالكشف يقولون بأنّ هذا النوع من الشرط المتأخّر يُؤثّر في المتقدّم، فالنزاع ليس في تأثير الشرط وعدمه، بل في كيفية هذا التأثير ونوعيته.

٢ - ولذلك فالدليل الثاني إنّما يُبيّن اشتراط الرضا والخصم يقبله، وليس ظاهر في وقت تأثير العقد المتعقّب بالرضا. وذلك لأنّ آية الوفاء لا تدلّ إلا على عدم وجوب الوفاء بالعقد لعدم الموضوع ما دام لم ينتسب العقد إلى الفرد، وهذا يدل على لزوم الوفاء به مع الانتساب، وهذا الانتساب قد حصل بعد الرضا، فوجب الوفاء بالعقد وبموجباته، وإنّ منها النقل من حينه. فالآية على خلاف المطلوب أدلّ. وآية التجارة لا تدلّ إلا على اشتراط الصحة في التجارة بالرضا، والخصم

(١) كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٤٠٣.

يعترف بذلك، اما كيفية الاشتراط، وأنّ التأثير للتجارة إذ تعلق بها الرضا، أم للرضا معها، فلا دلالة لها عليه.

٣و٤ - وبقي الأصل الذي سيأتي في أدلة الخصم ما يُنافيه، ويُنافي دعوى أنّ القول بالكشف محال.

٥ - والتنظير بالقبول مع فارق، لأنّ القبول مُحَقَّقٌ للعقد بخلاف الرضا فإنّه يتعلّق بالعقد الكامل، وأما الفسخ ففيه إشكال من جهة احتمال كونه من حين العقد لا من حين الفسخ.

أدلة القائلين بالكشف

واستدل للقول بالكشف بما يلي:

الأول: العقد سبب تام

إنّ العقد سبب تام في الملك، لعموم قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وتماهه في الفضولي إنّما يُعلم بالإجازة، فإذا أجازته تبيّن كونه تاماً يوجب ترتّب الملك عليه، وإلّا لزم ألا يكون الوفاء بالعقد خاصة، بل به مع شيء آخر.

وصياغة هذا الدليل تتم خلال مراحل:

١ - إنّ العقد يتحقّق بدون رضا المالك، فإنه ليس إلّا مبادلة مالٍ بمال في البيع مثلاً، إلّا أنّ الشارع لم يُرتّب أثره عليه إلّا برضا المالك، فحقيقة العقد غير مرتبطة برضا المالك، بل تأثيره عند الشرع مرتبط به.

٢ - إنّ الشارع رتّب الأثر في آية على العقد مطلقاً، وفي آية أخرى قيّد برضا المالك، والجمع بينهما يُنتج أنّ الرضا شرط مجملاً في تأثير العقد. والقدر المتيقن منه: عدم تأثير العقد بدون الرضا، أما معه فاللازم أنّ يُؤثّر العقد على حسب مقتضاه لعمومه وإطلاقه. وبعبارة أخرى: العقد مؤثّر في نظر الشارع، إلّا العقد الذي دلّ

الدليل على عدم تأثيره، وهو ما لم يلحق به الرضا، ولم يسبق فيه إذن، ونظيره بيع الوكيل، فإنه عقد صحيح لسبق الإذن لعمله. ولا فرق بين السبق واللاحق، في عدم جواز التأثير إن كان تكوينياً، وفي جوازه إن كان اعتبارياً، إذ ليس هناك ما يوجب صحة عقد الوكيل دون الفضولي، مع اتحادهما في عدم مقارنة الرضا. إلا أن الشارع اعتبر إنشاء الرضا مستمراً للوكيل كافياً لصحة عقده في الزمان المستقبل، والمفروض أنه أيضاً اعتبر لحوق الرضا كافياً في تصحيح العقد السابق.

وبالجملة: القائل بأن تصحيح العقد الفضولي موافق للقاعدة - حيث تشمله العمومات - لا مفرّ له عن الاعتراف بأن المؤثر هو العقد، وعدم الرضا مفسدٌ له، فيبقى لحوق الرضا كافياً في تأثير العقد في الانتقال من حين وقوعه. وقد سبق أن الأدلة المقيّدة لا تفيد سوى عدم صحة العقد من غير المالك بدون لحوق الرضا أو سبق الإذن، فيبقى صحة العقد منه كافياً في تحقيق الرضا.

وإلى هذا التقرير يشير كلام صاحب الجواهر حيث يقول رَحِمَهُ اللهُ: «وبدليل مشروعية الفضولي الذي قد عرفته سابقاً صار لفظ الفضولي الدال على رضاه بذلك كلفظ نفسه الدال على ذلك، فهو حينئذٍ كالوكيل، وإن اختلفا في خصوص هذا الفرد من الفضولي بالسبق واللاحق، كافتراقهما فيما كان رضاء المالك مقارناً للفظ الفضولي أو سابقاً عليه مستمراً إلى حصوله باختصاص ذلك باسم الوكيل شرعاً دونه»^(١).

٣- لو كان الرضا شرطاً في صحة العقد، لكان العقد إما متوقفاً لتحقيقه على الرضا أو تأثيره، والأول غير صحيح لما تقدّم في المرحلة الأولى من أن العقد يتحقق بدون الرضا. والثاني، وإن كان ممكناً، إلا أنه ينفيه قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ الدال على أن السبب في إيجاب الوفاء هو العقد فقط. نعم، حيث دلّ الدليل على أن عدم الرضا من المالك يُبطل العقد، وأنه: «لا بيع إلا في ملك»، و: «لا تبع ما ليس

عِنْدَكَ»، ونظائره؛ علمنا بأن عدم لحوق الرضا مُفسِدٌ للعقد المتقدم.

تقريرات أخرى للدليل

ولعل هذا التقرير أسلم تقرير للدليل وآمنه عن الاعتراض، ولا يَرِدُ عليه ما أُورِدَ على الدليل المقرّر بتقريرات أخرى، مثل:

ألف: العقد إما بسبب تام أو ناقص، والأول غير مسلم به لأدلة اعتبار الرضا، والثاني غير مفيد لكم، لأنّ المعتبر هو الرضا، والإجازة لا تكشف عن رضا مقارنٍ للعقد، بل عن رضا فعليٍّ وقتها. قال الشيخ مَدَنِي: «غاية الأمر أنّ لازم صحة عقد الفضولي، كونها (أي الإجازة) قائمة مقام الرضا المقارن، فيكون لها مدخل في تمامية السبب كالرضا المقارن، فلا معنى لحصول الأثر قبله»^(١).

ولكننا إذ نُسلم باعتبار الرضا، نناقش في أنه يقتضي النقل. إذ إن الشارع جعل الرضا المتأخر سبباً في تصحيح العقد السابق، ومعناه أنّ الرضا ليس شرطاً في العقد مطلقاً. كما أنّ معنى تصحيح الوكالة أنّ اشتراط الرضا المقارن يُحدّد بما إذا لم يكن قبله إذن، وهكذا في المقام فإنّ اللاحق به الرضا صحيح مؤثّر عند الشرع.

باء: أنه إما أن يُعترف باشتراط العقد بالرضا أو لا. والثاني غير ممكن للأدلة المتضافرة على اشتراطه، والأول يقتضي أنّ العقد يُؤثّر قبل مجيء شرطه، إذ الشرط هو ما يتوقّف تأثير المقتضي عليه، ومع عدم وجوده لا يؤثّر المقتضي. ودعوى: أنّ الشرط الشرعي -دون العقلي- يمكن تقدّمه وتأخّره وإيراد النظائر له مردودة، فهي مثل دعوى: أنّ النقيض الشرعي يمكن اجتماعه مع نقيضه. وتكثير الأسئلة يُكبّر مسؤولية الخصم للإجابة عنها جميعاً، ولا يُجدي في بيان الإمكان.

ونوقش فيه بأنّه لم ينكر أحد اشتراط العقد بالرضا، بل أنكر مقدار الاشتراط وكيفيته. فالقائلون بالكشف يقولون: إنّ تقدّم الرضا، أو مقارنته، أو تأخّره شرط في

صحة عقد غير المالك، بينما يشترط القائلون بالنقل مقارنته، بمعنى أنّ العقد يسبب وجود منشأ مستمر ناقص، يتمه ويكمّله الرضا والإجازة.

أما الشرط الشرعي، فإن كان بمعنى الشرط التكويني، كان لما ذُكر كلُّ الوجه، إلّا أنّ القائل بهذه الكيفية من الاشتراط لا يلتزم باسم الشرط، بل يقول: إن تأخر الرضا كافٍ في تصحيح العقد، أو أنّ العقد صحيح إذا تعقّب الرضا، كما سبق بيانه، ويقول بأن في الشريعة نظائر كثيرة لهذا النوع من الاشتراط. وهو غير مستحيل، لاعقلاً لما سبق من أنّ وجود شيء في المستقبل قد يكون داعياً إلى فعل في الحال، كوجود الجوع في العشاء الداعي إلى تهيئة الطعام في النهار. ولا شرعاً لوقوعه كثيراً، وأدّل شيء على الإمكان وجود الممكن فعلاً.

قال السيد نقطة في الحاشية: «إنّ ذلك (أي تأثير المتأخر المعدوم في المتقدّم الموجود) مسلّم فيما إذا كان مؤثراً تامّاً لا مجرد المدخلية، فإنّ التأخر في مثل هذا ممّا لا مانع منه، وأدّل الدليل على إمكانه وقوعه. أمّا في الشرعيات ففوق حد الإحصاء، وأمّا في العقليات، فلاّنّ من المعلوم أنّ وصف التعقّب - مثلاً - متحقّق حين العقد، مع أنّه موقوف على وجود الإجازة بعد ذلك، فإن كانت في علم الله موجودة فيما بعد فهو متصف الآن بهذا الوصف، وإلّا فلا»^(١). ثم سرد بعض الأمثلة لذلك التي هي من أقسام الشرط المتأخر في الشرع، كالجزء الأول من كل عبادة، فإن صحته مشروط بلحوق سائر الأجزاء، أو في العرف، كالقسم الأوّل ممّا يرتبط فائدته بالقسم الأخير، كبناء، وخراب، وتناسل، وتكامل.

الثاني: الإجازة بمثابة الإذن السابق

إن الشارع جعل عقد الفضولي جائزاً ماضياً بالأدلة المتقدّمة في كفاية لحوق الرضا بالعقد الفضولي، ومعنى ذلك أنه صحيح على حسب ما يفهمه العرف ويعمل به، ولا ريب في أنّ العرف يجعل العقد المتقدّم هو المؤثر، وأنّ الرضا أو الإجازة

(١) حاشية المكاسب، السيد البيزدي، ج ١، ص ١٥٠.

يكون بمنزلة الإذن السابق، في أنه يجعل العقد منتسباً إلى هذا الفرد، ومؤثراً في نقل المال عنه وإليه.

وبتعبير آخر: لقد فهمنا من مجموع الأدلة السابقة في صحة عقد الفضولي، أن ما سُمّي عقداً وانتسب إلى المالك، يكون مؤثراً في نقل المال عند الشارع، ولا شك في أن العرف يجعل العقد الذي يجريه الفضول كذلك إن لحقه الرضا من المالك، بحيث يجعل الرضا متعلقاً بالعقد السابق ويجعل التأثير له. إما لأن الرضا المتأخر يجعل العقد المتقدم مؤثراً، أو لأن العقد كان في حد ذاته مقتضياً للتأثير، إلا أن عدم لحوق الرضا كان مانعاً، أو لغير ذلك مما لا تبلغه أفهامنا. فالرضا - بما هو متعلق بالعقد المتقدم - كان متعلقاً للدليل.

وكأن هذا هو المراد من قولهم: إن الإجازة متعلقة بالعقد، فهي رضا بمضمونه، وليس هو إلا نقل العوضين من حينه^(١) حيث إنه يحتاج إلى متمم هو: أن الشارع جعل هذا الرضا كافياً، فعلم أن التأثير للعقد، والرضا كاشف عنه.

وقد نوقش فيه بما يلي:

١ - صحيح أن الإجازة رضا بمضمون العقد، ولكن ليس صحيحاً قولكم: إن مضمون العقد هو النقل من حينه، بل إن العقد لا يقتضي إلا النقل، فإن كانت جميع شرائطه متوفرة عند إجرائه انتقل المال، لا لأن العقد اقتضى النقل في هذا الزمان بالخصوص، بل لأن السبب اكتمل فيه، فأثر أثره، وإلا فلا. وقبل الإجازة لا يتوفر أهم شرائط العقد، وهو رضا المالك. يدلك على ذلك: أن القبول - الذي هو رضا بمضمون العقد - لا يقتضي النقل من حين العقد، بل من حين القبول. وأن الفسخ، وإن كان فسخاً لمضمون العقد، إلا أنه لا يفيد إلا التراد من حين الفسخ.

وبالجملة، إن القبول والإجازة والفسخ، إنما تتعلق بمضمون العقد، ومع

(١) جاء الاستدلال بهذه العبارة أو بما يشبهها في كل من: رياض المسائل، ج ٨، ص ١٢٤، و: مستند الشيعة، ج ١٤، ص ٢٨، و: كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٤٠٠.

ذلك لا تقتضي التأثير في الوقت الذي أُجري فيه العقد، بل في الزمان الذي وجدت هذه الأمور. وذلك يكشف عن أنّ العقد لا يفيد سوى النقل، أما في أي زمان، فليس من مقتضى العقد تعيينه، بل الزمان يكون ظرفاً لتأثير السبب في مسببه، وليس قيداً له حتى يُتخيّل أنّ الرضا تعلّق بالقيد والمقيّد معاً، ولا يمكن الانفكاك في الحكم.

ونوقش فيه أولاً: إن التنظير بالفسخ والقبول في غير محله كما تقدّم. وثانياً: نحن نجد العرف مطبقاً على أنّ مقتضى العقد هو النقل من حينه، ولذلك يرون التأخير مخالفاً لمفهوم العقد عندهم، حتى لو فرض أنّ فرداً شرط امتلاك المبيع بعد فترة من الزمن اعتبروه خارجاً عن قواعد المعاملة العرفية، حيث إنّ معنى بعث -مثلاً- ليس إلّا نقلت المال إليك الآن، فإن قيل بعده: غداً، عرف الناس أنه يقصد من لفظ البيع الإخبار عن المستقبل، أي: البيع غداً، لا الإنشاء حالاً. كيف وقد استدلوا على اشتراط التنجيز في العقد، بأنّ الإنشاء يخالف التعليق ولو بالصفة، وإن كان الاستدلال لا يخلو عن مناقشة سبقت في بابها، إلّا أنها تدل على أنّ مقتضى العقد هو النقل فعلاً لا في زمان آتٍ.

٢- لو سلّم أنّ الرضا تعلّق بالعقد السابق، ولكن لم يدل دليل على إمضاء هذا النوع من الرضا من قبل الشرع، ذلك لأنّ دليل ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ ونحوه مخصوص بمن يعقد أو ينسب إليه العقد، وقبل الإجازة ليس المالك عاقداً ولا منسوباً إليه العقد.

ويقال فيه ما تقدّم في تقرير الدليل من أنّ الشارع أمضى عقد الفضولي مع الإجازة، وهو يعني أنه أمضى ما يراه العرف صالحاً للنقل وهو العقد. هذا مع أنّ الشارع أطلق صحّة عقد كل إنسان، وأخرج منه ما إذا لم يسبق أو لا يلحق برضا المالك، وهذا العقد ليس كذلك، فهو صحيح صالح للتأثير في النقل.

٣- لو سلّم أنّ الشارع أجاز ذلك، ولكنه يجب تأويل دليله بما لا يخالف العقل. فإن القول بتأثير الأمر اللاحق في السابق، يساوي القول بعدم استحالة

اجتماع النقيض مع نقيضه. تقرير الاستحالة: إن المبيع - في المدة الفاصلة بين العقد والإجازة - لا يخلو عن إحدى الحالات التالية:

الأولى: أن يكون بغير مالك.

الثانية: أن يكون مملوكاً للمشتري والبائع.

الثالثة: أن يكون للبائع (أي المالك الأول وهو المقصود).

الرابعة: أن يكون للبائع ثم ينقلب.

والأخير غير صحيح، لأن انقلاب الوجود مستحيل، فهو كالقول: بأن هذه الصفحة كانت بيضاء بالأمس، واليوم انقلب بياض أمسها إلى السواد، فصارت سوداء في الأمس. والثالثة هو النقل المطلوب. والثانية غير معقول لأن من شروط المالك أن يستطيع منع سواه. والأولى غير صحيح شرعاً، لأن الملك لا يبقى بدون مالك.

ونوقش في كل ذلك، مضافاً إلى ما تقدّم من فرض صحة الكشف ووقوعه خارجاً، أن هناك فرضاً آخر هو أن يكون مملوكاً للمشتري بتأثير العقد الذي لا يتعقبه الرد، وأن تنقلب الملكية، بمنع أن المعتبر يعتبر آثار الملكية الآن لغير من كان يعتبرها له قبل الإجازة، وأن يكون له مالكان: أحدهما البائع والآخر المشتري، كما احتمله بعضهم، وهذا الاحتمال الأخير وإن كان بعيداً عن مساق الأدلة، إلا أنه يكفي لعدم صحة الاستدلال بدلالة الاقتضاء على النقل.

الثالث: تأثير المعدوم في الموجود

إن القول بالنقل يستلزم تأثير المعدوم في الموجود، حيث إن المؤثر في النقل إما هو العقد أو الإجازة، فإن كان العقد، وقلنا: إن تأثيره يتوقف على الإجازة، كان معناه أن العقد المعدوم يؤثر في النقل الموجود، حيث إنه لا وجود للعقد حين الإجازة. وإن كان المؤثر هو الإجازة، استلزم القول بكفاية الرضا، بدون لفظ. هذا مع أن القائلين بالفضولي لا يقولون بذلك.

ونوقش فيه بأن تأثير العقد ليس حقيقياً بل اعتبارياً، والمعتبر كما يمكن أن يجعل شيئاً موجوداً مؤثراً في أمر، كذلك يمكن أن يجعل شيئاً معدوماً كذلك. والسر أن المؤثر حينذاك هو الاعتبار لا المؤثر الاعتباري.

الرابع: النصوص

النصوص الدالة أو المشعرة بالكشف، وهي كثيرة إليك بعضها:

١ - صحيحة قيس^(١) (التي اعتبرها بعض الفقهاء أقوى الأدلة في باب الفضولي) حيث قال أمير المؤمنين عليه السلام فيها: «الْحُكْمُ أَنْ يَأْخُذَ (أي المالك إن لم يجز) وَلِيدَتُهُ وَابْنَهَا (فجعل الابن الذي كان من نتاج المبيع ونمائه للمالك بدون الإجازة وللمشتري مع الإجازة)، يدل على الثاني قوله: لَا وَاللَّهِ لَا أُرْسِلُ إِلَيْكَ ابْنَكَ حَتَّى تُرْسِلَ ابْنِي، فَلَمَّا رَأَى ذَلِكَ سَيِّدُ الْوَلِيدَةِ أَجَارَ بَيْعَ ابْنِهِ (فإجازة المالك للبيع كان سبباً لإرسال ابن المشتري الذي هو النماء فدل على أن الإجازة تجعل النماء تابعاً للمبيع).

٢ - ما ورد في النكاح من إجازة الصبي المعقود له فضولياً، حيث قال السائل: فَإِنْ كَانَ الرَّجُلُ الَّذِي أَدْرَكَ قَبْلَ الْجَارِيَةِ وَرَضِيَ بِالنِّكَاحِ ثُمَّ مَاتَ قَبْلَ أَنْ تَدْرِكَ الْجَارِيَةَ أَتَرْتَهُ؟ قَالَ: «قَالَ: نَعَمْ، يُعْزَلُ مِيرَاثُهَا مِنْهُ حَتَّى تُدْرِكَ، فَتَحْلِفَ بِاللَّهِ مَا دَعَاها إِلَى أَخْذِ الْمِيرَاثِ إِلَّا رِضَاها بِالتَّزْوِيجِ»^(٢).

وذلك لأنه لا ترث الزوجة إلا زوجها، فإن كانت الزوجية تتحقق بعد إجازتها فكيف ترث غير الزوج؟ واذ حكم الإمام عليه السلام بالإرث عليم أن الزوجية تتحقق قبل الإجازة إن تحققت. هذا، مع أن النقل يقتضي البطلان في المقام لفوات محل الإجازة بعد الموت.

(١) الكافي، ج ٥، ص ٢١١.

(٢) الكافي، ج ٥، ص ٤٠١.

٣- ما ورد في بعض أحاديث الخمس من سؤال بعض الشيعة عن الإمام عليه السلام أن يجعل تصرف بني أمية في أبيه، الذي كان عبداً مأسوراً من قبلهم، حلالاً ليطيب ميلاده، فجعله الإمام عليه السلام حلالاً^(١). ففيه إشعار بتأثير الإجازة اللاحقة في البيع السابق، وجعل الابن طيب الولادة، فتأمل.

فرع:

قال في الجواهر منه: «الظاهر أن بناء القولين (أي النقل أو الكشف) على اعتبار ذلك شرعاً لا أنه في حمل الإطلاق عليه، وإلا فيجوز إرادة الكشف أو النقل بعد وجود الصارف من قبل العاقد الخارج بتعذر أحدهما، فيتجه حينئذ البطلان مع ذلك، وبه صرح شيخنا في شرحه»^(٢).

ولعل وجه البطلان مع إرادة المالك غير الحقيقة، كمثّل إرادة الكشف على القول بالنقل (كما هو كثير، إذ الظاهر أن العرف يريدون الكشف بالإجازة) أو بالعكس، لعل وجه القاعدة المعروفة من تبعية العقود للقصد، فإذا لم يقصد الصحيح، ولم يصح المقصود، لم يكن وجه لوقوع الصحيح لعدم قصده. هذا إذا كان على سبيل التقييد، أما إذا كان على سبيل تعدد المطلوب، فالأصح لغوية قصده الكشف، ووقوع المعاملة صحيحة.

نتيجة الاختلاف

وثمرة البحث في النقل والكشف تظهر في عدة أمور. ولكن قبل إيرادها يلزم أن نعرف أن الكشف على قسمين: حكمي وحقيقي.

والمنقول عن شريف العلماء منه هو القول بأن الوجه الصحيح للكشف هو الكشف الحكمي^(٣)، ولم يذكر نص عبارته في ذلك حتى يُعرف بالضبط مقصوده

(١) الكافي، ج ١، ص ٥٤٥.

(٢) جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٨٩.

(٣) انظر: كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٤٠٧.

من الكشف الحكمي، إلا أنه قد يقال: إن اللازم النظر إلى مستند الحكم بالكشف والسير على ضوء ذلك، والظاهر أن مستنده هو الجمع بين الأدلة الشرعية والدليل العقلي، فحيث نرى ظاهر الأدلة اعتبار إجازة المالك بعد مدة، بمنزلة القبول الذي وقع بعد العقد مباشرة، حيث إن الإجازة التي تعلق بالعقد السابق والظاهرة في الرضا بآثره العرفي المراد منه النقل في ذلك الزمان، لا يتفق مع ملاحظة أن القول بتملك المشتري المبيع في الفترة المتخللة بين الإجازة والعقد خلاف اعتبار الرضا الذي فهم من الأدلة القطعية، والقول بانقلاب الملكية مخالف لحكم العقل بأن كل حادث وقع على لون لا يمكن وقوعه على لون آخر في ذلك الزمان الماضي، فنضطر إلى القول بأن الشارع قد اعتبر ما تقدم على الإجازة بمنزلة ما تأخر عنها في تأثير الإجازة فيه اعتباراً، وجعل المبيع في الفترة بين العقد والإجازة مملوكاً للمشتري ظاهراً بترتب جميع آثار الملك الواقعي عليه، مع أنه لم يكن ملكاً في الواقع.

ومن هنا قد يُقال: إن مقتضى الكشف الحكمي هو بعينه مقتضى الكشف الحقيقي، وأنه لا فرق بينهما إلا في أن القائل بالأول يتحاشى عن الوقوع في المستحيل، والقائل بالثاني يتفصّل عن الاستحالة بوجه تقدّم شرحه وبيانه. نعم، لو لم يكن دليل الكشف إلا الأحاديث الخاصة مثل: صحيحة قيس المتقدمة، أو حديث النكاح التي لا تدل إلا على ترتيب بعض الآثار، فاللازم الاقتصار على القدر المتيقّن من الآثار التي ذُكرت في الحديث أو فهمت منه. وإلى ذلك يشير كلام المحقّق الخراساني رحمته الله في حاشيته: «إنما يكون ذلك، إذا ساعد دليل على ترتيب جميع الآثار، وإلا فلا بدّ من الاقتصار على مقدارٍ يساعد عليه، أو متيقّن منه، حيث لم يكن قبل الإجازة ملكيّة حقيقيّة على هذا الكشف، بل تنزيلية»^(١).

وبإيجاز: إن اللازم اتباع دليل الكشف الحكمي، فإن كان ظاهر العقد وصحة الفضولي: الكشف - حكماً أو واقعياً - وجب ترتيب جميع الآثار على

(١) حاشية المكاسب، الآخوند الخراساني، ص ٦٣.

العقد المتقدم، أي اعتبار الإجازة كأنها حصلت بعد العقد مباشرة. وإن كان الدليل الأحاديث الخاصة، فاللازم الاقتصار على المتيقن.

الفرق بين الكشف الحكمي والحقيقي

ولكن قد ذكر - للفرق بين الكشف الحكمي والحقيقي - أن الحقيقي يجعل المبيع للمشتري بعد العقد مباشرة، فيكون جميع تصرفاته حلالاً في الواقع، أما في الظاهر فسيأتي. ولكن الكشف الحكمي لا يجعل المبيع ملكاً له، بل هو باق على ملك مالكه الأول، وهنا قد يتصرف فيه المشتري وقد يتصرف البائع.

تصرف المشتري

أما الأول، فإن تصرفه إما في النماء، وهو وإن كان حراماً إلا أنه لا ضمان قطعاً لأنه القدر المتيقن من معنى الكشف الحكمي، أو في العين بتلف، وهو أيضاً مثل الأول، أو بنقل وحكمه حكم ما لو باع ثم اشترى، إذ إنه ملكه بعد أن نقله (أي نقل المشتري المبيع إلى مشتري ثانٍ) أو بما يختلف حكمه بما كان مملوكاً أو لم يكن، كوطء الجارية، فإن الوطء لو كان في الملك جعل الجارية أم ولده، بخلاف ما لو لم يكن. فقد قال الشيخ رحمه الله: «ولو أولدها صارت أم ولد على الكشف الحقيقي والحكمي، لأن مقتضى جعل العقد الواقع ماضياً ترتب حكم وقوع الوطء في الملك، ويحتمل عدم تحقق الاستيلاد على الحكمي، لعدم تحقق حدوث الولد في الملك، وإن حكم بملكته للمشتري بعد ذلك»^(١). ولقد سبق أن الأفضل الرجوع إلى مستند الكشف الحكمي، فإن أفاد ترتيب جميع الآثار فإن منها الحكم بالاستيلاد، لوقوع الوطء فيما اعتُبر عند الشرع مملوكاً للمشتري. هذا، ولا بد من الرجوع إلى دليل اعتبار الملكية في الوطء، ليرى هل يشمل ما يُعتبر ملكاً، ولو لم يكن في الواقع كذلك، أم لا.

(١) كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٤١٠.

تصرف البائع

وأما الثاني: (تصرف البائع) على ثلاثة أقسام:

١ - التصرف في النماء

أن يتصرف في النماء، فهل عليه ضمان أم لا؟ الظاهر من دليل الكشف (سواء كان حقيقياً أو حكماً) ذلك، لأنَّ القدر المتيقن منه اعتبار النماء للمشتري، وذلك يقتضي جعل المتصرف فيه ضامناً، ولذا قال الشيخ رحمته الله: «فإن ترتب شيء من آثار ملكية المالك قبل إجازته - كإتلاف النماء ونقله - ولم ينافِ الإجازة جمع بينه وبين مقتضى الإجازة، بالرجوع إلى البدل»^(١).

٢ - التصرف بنقل العين

أن يتصرف في العين بنقل. والظاهر فيه أيضاً كون الإجازة تجعل المال للمشتري من حين العقد، فيكون مقتضاها وقوع النقل في ملك المشتري، فيحتاج إلى إجازته ليصحَّ النقل، إلا أنَّ هذا إنما يأتي على فرض إمكان الإجازة في المقام، وهو مشكل، إذ إنَّ النقل الثاني لا ينقص شيئاً من شرائط الصحة، فإنه معاملة وقعت في ملك، (إذ المفروض أنَّ المبيع بعدُ في ملك المالك الأول) وحيث تصحَّ المعاملة لا يجوز للمالك جعل المبيع (بالعقد الفضولي) ملكاً للمشتري (بالعقد الفضولي) في زمان سابق على المعاملة، إذ إنَّ جعله هذا يقع في وقت لاحق على المعاملة الصحيحة التي أجزاها المالك الحقيقي مع المشتري الثاني، إذ لم يعد المبيع ملكاً له حتى يمكنه ذلك، بل انتقل المبيع إلى المشتري الثاني وليس للإنسان إجازة البيع في مال الغير.

وبالجملة: إنما استفيد الكشف الحكمي من أنَّ المالك يجعل ماله للمشتري منذ وقوع العقد، والشارع أمضى هذا النوع من الجعل، لعموم ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^(٢)،

(١) كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٤١١.

(٢) سورة البقرة، آية: ٢٧٥.

وأمثاله، وهذا لا يجري في المقام، إذ إن الشارع أمضى ذلك بالنسبة إلى مال الإنسان نفسه، أما بالنسبة إلى مال الغير، فلا. والمفروض أن المال قد أصبح الآن مال الغير (وهو المشتري الثاني) فليس للمالك حق جعله لأحد كما لا يخفى. ومن هنا يعلم وجه المناقشة في قول الشيخ رحمته الله إذ قال: «وبقي (أي البيع الثاني) صحيحاً على الكشف الحكمي، وعلى المجيز قيمته، لأنه مقتضى الجمع بين جعل العقد ماضياً من حين وقوعه، ومقتضى صحة النقل الواقع قبل حكم الشارع بهذا الجعل، كما في الفسخ بالخيار مع انتقال متعلقه بنقل لازم»^(١). وذلك لأن جعل مالك المبيع المشتري الأول إن كان صحيحاً ومقبولاً عند الشارع فلا معنى لصحة العقد الثاني، إذ لا يبقى له مجال شرعاً، إذ يكون الحكم في الكشف الاعتباري كالحكم في الكشف الحقيقي في أن الشارع يعتبر المال وكأنه للمشتري من حين العقد، وهذا يقتضي وقوع العقد الثاني في ملك المشتري، فيكون بيع المالك له بيعاً فضولياً يحتاج إلى إجازة المشتري الأول. وإن قلنا بأن محل الإجازة يفوت بالعقد الثاني، إذ إن للمالك اعتبار العقد الفضولي صحيحاً، ولم يبق المالك مالاً، بل غدا المشتري الثاني هو المالك (كما سبق تقريره) وجب جعل العقد الثاني صحيحاً، وإجازة المالك لغواً، إذ هي مثل إجازته بيع الغير، فلا معنى لصحة العقدين معاً وجعل أحدهما مقتضياً للقيمة. وتنظيره بالفسخ للخيار بعد نقل الطرف المبيع عن ملكه، غير صحيح على القول بأن الفسخ حل العقد من حين الفسخ لا من حين العقد - كما هو مذهب الشيخ قدس سره - إذ الفسخ حينئذ يكون كالإجازة على القول بالنقل، بفارق أن الإجازة لا يبقى لها محل، بينما الخيار يقتضي إمكان الرجوع على المشتري بالمال، فالفسخ - على القول بأنه حل لعقده من الآن - مثله كمثل اشتراط البائع الحق في ابتاع المبيع بعد البيع بمدة، في أنه معاملة جديدة تقع في ملك الغير. فالجمع بين الحقين يقتضي صحة المعاملة الثانية وضمان القيمة، بخلاف المقام الذي لا يصح للمالك الإجازة إلا في ملكه الذي ينتقل عنه بعد النقل فوراً، فلا مجال له.

ولذلك رجع الشيخ رحمته الله عن مقالته حيث قال ثانياً: «وإن نافي (تصرف المالك) الإجازة كإتلاف العين عقلاً أو شرعاً - كالعق - فات محلّها، مع احتمال الرجوع إلى البدل»^(١). ولا ريب في أنّ صحّة العقد مفوّت لمحلّ الإجازة، فتدبّر.

والأولى أن يُقال: إنّ فهمنا من الدليل صحة العقد الفضولي على الكشف الحكمي، لأنّ الشارع حكم بالصحة، واعتبر المال للمشتري من حين العقد، كان اللازم القول ببقاء المحلّ أبداً. وإنّ فهمنا صحته لأجل أنّ الشارع أمضى اعتبار المالك لانتقال المال عنه إلى مشتري الفضولي، كان الأصح القول بفوات المحلّ.

فرع:

لو قلنا بفوات المحلّ، وأنّ المبيع يصبح ملكاً للمشتري الثاني، فهل تصحّ إجازته للعقد الفضولي (الأول) أم لا؟ الأظهر هو التفصيل بين القول بالنقل فتصحّ، إذ إنه ينقل المال المملوك له الآن إلى مشتري الفضولي، وله حق التصرف في ماله. وإن قلنا بالكشف الحقيقي لا تصحّ، لأنّ نقل المال في حين العقد غير مقدور للمشتري، مع أنّ القول به يبطل عقد نفسه، إلّا إذا سكت المالك الأول عن الردّ والإجازة جميعاً. وفي الكشف الحكمي نظر. وجعله كالنقل أوضح مفهوماً من الأدلة.

٣- التصرف بإتلاف العين

أن يتصرّف في العين بإتلاف حقيقي أو اعتباري كالعق. وحكمه يظهر ممّا تقدّم، فإن قلنا بأنّ الإتلاف يفوّت محلّ الإجازة، وأنّ الشارع إنّما أمضى اعتبار النقل في الملك، وبعد الإتلاف لا يبقى ملك للمالك، لم يصحّ وإلّا صحّ ولزمه على الإتلاف البدل. وأما التلف فيحتمل أنّه لا شيء عليه، لعدم كون يده يد ضمان، إلّا أن معنى الإجازة جعلها كذلك، فالأقوى الضمان. وأما العق، فحيث وقع في غير ملك، إذ المفروض أنّ الشارع جعل العبد (المبيع فضولياً) مملوكاً للمشتري

(١) كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٤١١.

الفضولي.. وقع باطلاً.

وبإيجاز: الأقوى رجوع الحكم في الكشف الاعتباري إلى مستنده في كل هذه الفروع وغيرها، ممّا هي كثيرة. فإن كان مستنده الأدلة الخاصة (مثل صحيحة قيس) وجب الاقتصار عليها، والرجوع في غير موردها إلى النقل. وإن كان ظاهر اعتبار المالك، وأنه إنما أجاز ما تقدّم من العقد، وإمضاء الشارع اقتضى نفوذ إجازته، صحّ التعدي إن لم يفت المحل بذهاب مالكية المالك. وإن كان ظاهر الإطلاقات، مثل: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾، و: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، من جهة أنّ الخارج منها عقد لم يرّض به المالك، فيبقى الباقي تحت عموم الصحة، إلّا أنّ الكشف حيث يستحيل عقلاً، قلنا بالكشف الاعتباري، فالأقوى جعله مثل الكشف الحقيقي في كل شيء، إلّا فيما لا يؤثر فيه الاعتبار كالنذر - على ما مثل به السيد اليزدي^(١) - مثل أن ينذر أن يتصدّق بكذا لو كان مالكاً للشيء في ساعة كذا، إن كان مراده من الملك: الواقعي لا الاعتباري، فإنه لا يجب عليه الصدقة لو عقد ابتياعه خلال تلك الساعة من فضول. ومثل الطاعة والعصيان، فإنه لو صلّى في الثوب أو في المكان المبتاع بالعقد الفضولي ثم أجاز لم تصحّ صلاته، على القول بعدم اجتماع الأمر والنهي، والقول بالكشف الحكمي. إذ إن اعتبار الشارع لا يُؤثّر في الواقعيات، بل في الاعتباريات ومُتعلّقاتها. والإطاعة والمعصية تتعلّق بالملكية الواقعية، فتدبّر.

نتيجة الفرق بين الكشف والنقل

وبعد بيان وجه الفرق بين الكشف الحكمي والحقيقي، نقول في نتيجة الفرق بين الكشف والنقل وقد ذُكر فيها مواضع:

١ - النماء، سواء المتصل منه، كالسمن والهزال والخدمة، أو المنفصل كالثمرة والولد. ولا شك في هذا الفرق بالنسبة إلى نماء المبيع، فإنه للمشتري على القول بالكشف، وللبيع على القول بالنقل، إذ المشتري هو المالك الحقيقي للمبيع

(١) انظر: حاشية الكاسب، السيد اليزدي، ج ١، ص ١٥٢، فما بعد.

فضولة على الكشف، والنماء تابع للملك.

وأما نماء الثمن - لو كان معيناً وله نماء - فقد قال الشهيد الثاني رحمته الله في الروضة البهية: «وتظهر الفائدة في النماء، فإن جعلناها كاشفة، فالنماء المنفصل المتخلل بين العقد والإجازة الحاصل من المبيع للمشتري، ونماء الثمن المعين للبائع، ولو جعلناها ناقلة فهما للمالك المجيز»^(١)، وظاهره أن القول بالنقل يقتضي أن يكون نماء الثمن للمالك أيضاً مع أن مالك الثمن في الفترة الفاصلة بين العقد والإجازة هو المشتري، وقد يكون وجهه أن المشتري جعل الثمن للمالك إن أجاز بيعه من حين العقد لا من حين الإجازة، والمتبع اعتبار المالك في كل عقد.

ونوقش فيه بما سيأتي من أن المشتري إنما فعل المبادلة التي تقتضي جعل كل واحد من العوضين في مقابل الآخر، وهي إنما تكون بعد الإجازة لا قبلها، فلا يقصد المشتري تملك الثمن للبائع منذ العقد، بل منذ الإجازة.

٢- التصرف، وهو إما أن يكون تصرف المشتري أو البائع. وتصرف الأول يكون في المبيع أو الثمن، فإن تصرف المشتري في المبيع مع علمه بإجازة المالك، جاز وصح على القول بالكشف الحقيقي، وصح ولم يجز على القول بالكشف الحكمي لما تقدم، ولم يجز ولم يصح على القول بالنقل. ومع عدم علمه حرم مطلقاً، لأنه لا يجوز التصرف في مال الغير إلا بمبرر شرعي، ولم يعلم وجوده في المقام.

وأما التصرف في الثمن، فقد قال البعض بعدم الجواز مطلقاً، واستدل له بأنه قد ألزم نفسه على جعل المال للمالك، فالموضوع الذي رتب الشارع عليه حكمه بعدم جواز النقص وبلزوم الوفاء في قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ متحقق في طرف المشتري، وإن كان في طرف البائع غير متحقق.

وقد يقال: إن الوفاء بالعقد منصرف عن مثل المقام الذي لم يثبت عقد من

(١) الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ج ٣، ص ٢٢٩-٢٣٠.

الطرف الآخر، إذ العقد مفهوم متبادل من جانبيين لا يفيد أحدهما بدون الآخر، فلو لم يرَضَ المالك لم يكن هناك عقد واقعاً، فالوفاء به - مع عدم العلم بتحقيقه - لا دليل عليه. وبتعبير آخر: إنَّ الوفاء إما هو بالنسبة إلى العقد الشرعي، أو الالتزام النفسي ولو لم يصِرْ عقداً شرعياً. فإن كان الثاني، فلا دليل عليه في المقام. وإن كان الأول، فحيث إن رضا الشارع شرط في تحقق العقد وجعله صحيحاً، لا يتوجّه الأمر بالوفاء ما لم يُعلم برضا الشارع. إذ الأصل عدمه، فيجوز التصرّف في الثمن إذ هو ماله. نعم، لو عُلِمَ برضا المالك، لا يجوز التصرّف على القول بالكشف. كما أنّه لو تصرّف ورضي المالك بعد ذلك، ولم نقل بأن للمشتري الفسخ قبل تحقق الرضا، كان تصرفه باطلاً إن كان له أثر على القول بالكشف دون النقل. إذ يتبيّن بعد الرضا أنّ العقد السابق صحيح، وأنّ تصرفه وقع في مال الغير.

وأما تصرّف البائع، فهو - على القول بالنقل - حرام في الثمن وجائز في المبيع. وعلى القول بالكشف بالعكس. وقد تقدّم حكم ما لو كان لتصرفه أثر شرعي كما لو كان معاملة على الثمن أو المُثْمَن، فراجع.

٣- الفسخ، فقد قال بعض الفقهاء، ليس للأصيل الفسخ على القول بالكشف، وأما على القول بالنقل فيجوز له ذلك، إذ المال على الأول يخرج عن ملكه بعد العقد مباشرة. وهذا الخروج وإن كان غير معلوم للمشتري إلّا أنّه بنى عمله عليه، إذ التزم بالعقد منذ الآن. وأما على النقل، فالإجازة تكون بمنزلة القبول في سائر العقود، لا تتم ولا تُمضى إلّا به، إذ العقد الذي لا يفيد التأثير الفعلي لا يستحق أن نسميه عقداً حتى يُؤثّر أثره، وكما أنّ الفسخ بين الإيجاب والقبول مبطل للعقد، فكذلك الفسخ بين العقد والإجازة مبطل. وبتقرير آخر: إنّ تماسك الإيجاب والقبول، وعدم الفصل بينهما بفسخ، شرط في تحقيق مفهوم العقد، إذ العقد هو العهد الشديد، ولا يتم إلّا بعد بقاء الطرفين عليه خلال جريان الصيغة، وحيث اعتبرنا الإجازة بمنزلة القبول، وجب أن نقول باشتراط عدم الفصل بينها وبين لفظ الطرف الأول - الذي تعتبر الإجازة طرفه الثاني - بفسخ ونحوه.

الإشكال على الفسخ

وقد أُورد على جعل هذه الثمرة للنزاع بوجهين:

الأول: إنَّ ترتُّب أثر العقد - الذي هو الانتقال - على جزء السبب (لفظ الفصول) بعد انضمام الجزء الآخر إليه (الإجازة) إنما هو من الأمور الوضعية التي لا مدخل لاختيار المشتري فيه. وبتعبير آخر: إنَّ الشارع جعل للفظ الفصول مع إجازة المالك أثر الانتقال، سواء رضي بهذا الانتقال المشتري أم لا.

ونوقش فيه بأنَّ المدعي يزعم اشتراط صحة كل عقد، أو قل تأثير كل سبب للانتقال، بعدم الفصل بين إيجابه وقبوله، وإذا اعتبرت الإجازة قبولاً اشترط عدم الفسخ بينها وبين العقد.

الثاني: إنَّ الاشتراط بذلك ممنوع على إطلاقه، نعم في القبول الحقيقي نقول بالاشتراط للدليل، أما فيما اعتبر قبولاً فلا وجه لهذا الاشتراط.

قال الشيخ رحمته الله: «فالأولى في سند المنع دفع احتمال اشتراط عدم تخلُّل الفسخ بإطلاقات صحّة العقود ولزومها، ولا يخلو عن إشكال»^(١).

ولعل مبدأ الإشكال هو أنَّ الإطلاقات إنما تشمل العقود بعد تحقُّقها وتقرُّرها، ونحن في شك من ذلك مع الفصل بالفسخ.

وبالجملة: فإنَّ الدليل الذي أثبتنا به اشتراط عدم فصل الفسخ بين طرفي العقد آتٍ هاهنا، وهو: أنَّ العقد يتحقَّق بتحقُّق الإيجاب والقبول ومع الفسخ بينهما لا يتَّصل القبول بالإيجاب، إذ لا وجود للإيجاب في ذلك الحين، إذ ليس المهم إنشاء لفظ العقد، بل المنشأ الذي هو المُعَبَّر عنه باللفظ.

عدم الفسخ لا يختص بالنقل

ومن هنا قد يقال: إنَّ اشتراط عدم الفسخ بين العقد والإجازة لا يختصّ

(١) كتاب الكاسب، ج ٣، ص ٤١٣.

بالقول بالنقل، بل حتى على القول بالكشف قد يُقال: إنَّ الأدلة لا تدل على لزوم الوفاء بهذا العقد، إذ لا ريب في عدم صيرورة عقد الفضولي عقداً قبل الإجازة عند الشرع، فلا تشمله آيات: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، و: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾، و: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾، ونحوها، إذ كل ذلك مشروط بأن يكون من المالك، لقوله ﷺ: «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطِبَّةٍ نَفْسٍ مِنْهُ» و: «الضَّيْعَةُ لَا يَجُوزُ ابْتِيعُهَا إِلَّا مِنْ مَالِكِهَا، أَوْ بِأَمْرِهِ وَرِضَا مِنْهُ»، وأمثالهما. فالعقد الذي يأمر الشارع بلزوم الوفاء به، إنما هو العقد الذي يكون من المالك، ولا يكون عقد الفضول كذلك إلا بعد الإجازة، فلا تشمله آية الوفاء قبلها، فيجوز له الفسخ، حتى على القول بالكشف، إذ هو لا يعني إلا أنَّ العقد السابق يعتبر لازم الوفاء بعد الرضا، أما أن الفسخ الذي يحل إيجاب المشتري لا يفيد أثره، فلا.

وبالجملة.. فمحصل الأقوال الثلاثة: إمكان الفسخ مطلقاً، وعدمه كذلك، والبناء على الكشف فلا يمكن أو النقل فيمكن.

ما يترتب على جواز الفسخ وعدمه

ثم إنَّه يترتب على عدم جواز الفسخ أو جوازه حرمة أو حليّة التصرف الموجب للفسخ كإتلاف المبيع أو استيلاده أو ما أشبه. قال شيخنا المرتضى قده: «والحاصل أنَّه إذا تحقَّق العقد، فمقتضى العموم - على القول بالكشف المبني على كون ما يجب الوفاء به هو العقد من دون ضميمة شيءٍ شرطاً أو شرطاً - حرمة نقضه على الأصل مطلقاً، فكلَّ تصرف يعدّ نقضاً لعقد المبادلة، بمعنى عدم اجتماعه مع صحّة العقد، فهو غير جائز»^(١). ولكنه في موضع سابق على هذا القول التزم بجواز التصرف المتلف على القول بالنقل، حتى ولو قيل بعدم جواز الفسخ، فقال قده: «والحاصل: أنَّ الفسخ القولي وإن قلنا: إنَّه غير مبطل لإنشاء الأصل، إلا أنَّ له فعل ما ينافي انتقال المال عنه على وجه يفوت محلَّ الإجازة، فيفسخ العقد بنفسه بذلك»^(٢).

(١) كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٤١٥.

(٢) كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٤١٣.

ومبتنى قوله على أن اشتراط عدم الفصل بين الإيجاب والقبول غير صحيح في المقام، فلو فسخ العقد بقي الإيجاب صالحاً للحقوق الإجازة - التي هي كالقبول - به، وتفاعلها معه في تحقيق العقد. فالفسخ لا يجدي في رفع صلاحية العقد عن التأثير مع الإجازة. أما التصرف المتلف، فحيث بنينا على جوازه مع القول بالنقل، إذ المال لا يزال في ملكه، والتزامه بإخراجه عنه غير مشروع مادام لم يلحق به الرضا من المالك، فلم لا يجوز له التصرف؟.

وأجاب الشيخ رحمه الله عن الاعتراض الذي وجه إليه من جهة أن الأصل التزم بجعل المال للمالك بسبب إجرائه العقد، أجب بأن الإجازة لها دخل في النقل على هذا القول شرطاً أو شطراً، فلا يفيد العقد أثره إلا بعدها، فلا يفيد التزامه في إلزام الشارع له بموجبه^(١).

هذا، ولكن حيث عرفت أن اعتبار القبول مؤثراً في تحقيق العقد يقتضي بعدم سبقه بالفسخ، سواء الفعلي أو القولي، فهما من باب واحد، فتأمل.

ثم إنه لا بأس بالتفكيك بين التصرف في الثمن والمؤمن في طرف البائع أو المشتري الأصيل، فلا يجوز له التصرف في ماله الذي انتقل منه، كما لا يجوز له التصرف في المال الذي انتقل إليه.

أما الأول، فلما تقدم من أن التزامه بإخراج المال عن ملكه، وتبديله بمثله سبب عدم جواز تصرفه فيه، بمقتضى وجوب الوفاء بالعقد، وإن كان فيه ما سبق من عدم تمامية العقد على بعض الوجوه، وأنه ألزم في حالة التزام الطرف الآخر الذي لم يعلم التزامه.

وأما الثاني، فلأنه لم يجزم بامتلاكه. وحيث إن هذين الحكمين ظاهرين بالنسبة إليه، فلا بأس بالالتزام بهما مع عدم صحة أحدهما قطعاً، فهو نظير ما لو توضع بماء مشكوك الطهارة، حيث يستصحب كلاً من طهارة اليد من الخبث، وعدم

(١) انظر: كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٤١٣.

طهارة الفرد من الحدث. إذ الأصل يقتضي عدم صحة الوضوء، كما يقتضي عدم نجاسة اليد، وحيث إنهما حكمان ظاهريان التزمنا بهما مع أن الماء لو كان طاهراً صح الوضوء وطهر اليد، ولو كان نجساً بطل الوضوء ونجست اليد.

ومن هنا حكي عن بعض في النكاح الفضولي بأن على الأصيل العمل بمقتضى النكاح، فلو كان زوجاً حرمت الخامسة، والأخت، والأم. ولو كانت زوجة حرم أن تتزوج بغيره، بينما لا يمكن لهما العمل بكل موجبات الزوجية من طلاق ووطي ونظر في الأول، ومثل ذلك في الثاني.

٤ - في انسلاخ القابلية، وهي على أقسام:

١ - فقد تذهب عن المبيع القابلية، كما إذا كان في حالة العقد خلاً ثم صار خمرًا، أو كان طاهراً فصار نجساً، أو كان حيواناً مأكول اللحم فصار جلاًلاً أو موطوءاً، أو كان موجوداً فتلّف، أو كان ممكن التسليم فامتنع، وهكذا...

فقد قيل بأن القائل بالكشف يلزمه تصحيح كل هذه العقود بخلاف القائل بالنقل. وقال في الجواهر ثُمَّ - في النقاش على تفريع هذه الثمرة -: «المعتبر على الكشف والنقل رضا المالك، والفرض انتفاء ملكيته بانتفاء قابلية العين لها»^(١).

وقد يُقال: بأن المُعْتَبَر هل هو مالكيّة المجيز لدى الإجازة أم حين العقد؟.

فإن كان المُعْتَبَر ملكيته حين الإجازة.. صحَّ ما ذُكِر من بطلان العقد، ولكن لا دليل على ذلك، بل يكفي في تصحيح العقد السابق وجود حق الإجازة الذي يُستصحب لدى الشك. ولذا لا يُشترط في الوارث أن يكون مالكا للمبيع، بل تصحَّ إجازة الزوجة عقد الفضولي المُتعلّق بالأرض مع أنها لا تترث من الأراضي، حيث إن إرث حق الإجازة كافٍ في تصحيح العقد. فلا يبعد القول بأن إقدام المشتري على ابتياع الخل الذي قد يصير خمرًا، وتصحيح الشارع عقده مع الفضولي، وقولنا

(١) جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٩١.

بأن معناه أنّ عقده السابق يكون بمنزلة العقد الذي سبق الإذن فيه من حيث الصحة.. كل ذلك يوجب صحة عقده السابق. ويدل على ذلك أو يُشعر به حديث عروة الذي لم يستفصل فيه النبي ﷺ عن الشاة هل كانت وقت الإجازة مذبوحة أم لا.

٢- وقد تسقط قابلية الثمن، كما إذا وقع الخل أو الطاهر ثمناً للبيع الفضولي فانقلب خمراً أو نجساً. والظاهر أنّ حكمه حكم المبيع في الصحة على الكشف، والبطلان على النقل. وهنا أولى لعدم توهم منافاة الصحة مع اشتراط مالكية المجيز للمبيع.

٣- وقد تسقط قابلية كلّ من المبيع والثمن. وحكمه حكم سابقه في الصحة والبطلان. ومثاله: أن يبيع الفضول الخل بالعصير الطاهر، فيصبح المبيع خمراً والثمن نجساً.

٤- أن تزول قابلية أحد المتعاقدين، مثل أن يموت الأصيل، أو يرد عن فطرة، أو يسلم العبد المبتاع فضولياً، بينما كان المشتري كافراً، إذ تزول حينذاك قابلية المشتري بأن يمتلك العبد المسلم، أو غير ذلك. فإنّ القائل بالنقل لا يمكنه تصحيح هذا العقد، إذ يبقى ملك بدون المالك في المدة الفاصلة بين العقد والإجازة. أما القائل بالكشف فيمكنه تصحيح العقد بأن الإجازة تجعل العقد السابق نافذاً، والعقد حين النفوذ والوقوع كان جامعاً للشرائط.

الاعتراض على هذه الثمرة

واعترض على هذه الثمرة بوجهين:

الأول: إنّ القائل بالكشف يشترط في صحة العقد بقاء قابلية العاقد الأصيل إلى حين الإجازة، فالعقد الذي يفقد أحد العاقدين قابليته قبل الإجازة لا يصحّ حتى على القول بالكشف.

ونوقش في هذا الاشتراط بأنه لا دليل عليه، وأنه مخالف للظاهر من خبر النكاح الذي وقعت إجازة الفضولي فيه في الوقت الذي كان أحد المتعاقدين متوفياً، وأنه منافٍ مع ما ذكروا في صحة البيوع المتعددة التي وقعت متوالية على الفضولي،

إذا أجاز المالك الأول، فعلى هذا يصح العقد المزبور على الكشف دون النقل.

الثاني: إنَّ القائل بالنقل لا يلتزم بوقوع العقد حين الإجازة، بل يدَّعي أنَّ العقد المتقدم كان ناقصاً فأتمته الإجازة المتأخِّرة، فكان الأثر منذ أن تمَّ العقد لا منذ وقوعه. وهذا لا يعني اشتراط جميع شرائط العقد في الإجازة، إذ لا دليل على ذلك، إذ الإجازة ليست عقداً حتى يُشترط فيها وجود الطرف المقابل وقابليته، بل الإجازة رضا بعقد سابق توفرت فيه شرائط الصحة سوى الرضا الذي التحق به. ونظرة واحدة على دليل اشتراط الحياة في المتعاقدين، أو العقل أو البلوغ، أو ما أشبه، تكفي للقطع في أنه لا يكفي لجعل ذلك شرطاً مستمراً إلى حين الإجازة ولو على القول بالنقل.

وبكلمة: إنَّ الفرق بين النقل والكشف لا يظهر هنا، من جهة أنَّ القاعدة تقتضي صحة العقد مع فقد أحد المتعاقدين المؤهلات على القولين معاً.

٥- وفي تجدد القابلية بعد فقدها، كما إذا كان الثمن أو المُثَمَّن غير قابل بأن كان خمرأً، فانقلبت خلأً وصار قابلاً، وكما إذا كان الأصيل مجنوناً أو كافراً في بيع العبد المسلم والمصحف، فأفاق أو أسلم. فقد قيل في كل هذه الفروض وما يماثلها: إنَّ العقد على الكشف باطل، وعلى النقل صحيح.

واعترض عليه في الجواهر قائلًا: «فإنه لا وجه للصحة على الكشف كما هو واضح، وعلى النقل أيضاً، لعدم قابلية العقد حال وقوعه للنقل، فلا تنفعه الإجازة بعد أن كان في غير محله»^(١). ويؤيده قولهم في الاستدلال على الكشف بأنَّ عقد الفضولي متوفر فيه جميع أسباب الأثر، فإذا لحقه الرضا عمل السبب أثره، حيث يظهر منهم أن الكلام في لحوق الرضا للعقد الذي لولاه كان صحيحاً. هذا، مع أنَّ الفضولي ليس بأولى من غيره، ولا يمكن القول بأن العقد لو وقع من الأصيل لا يصح، ولو وقع من الفضول (الدخيل) يصحّ.

(١) جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٩١.

ولكن ينبغي التفصيل بين الموارد. فكل مورد التزمنا فيه بصحة العقد الأصلي مع رفع ذلك المانع وزواله - كالمُكره، وعقد السكرانة، وما أشبه - قلنا بصحة عقد الفضولي أيضاً، كما لو كان المشتري مُكرهاً، وأجاز المالك بعد زوال إكراهه فالأقوى الصحة، بخلاف ما لو كان العاقد ساهياً، فلا تُجديه الإجازة. وكلام الفقهاء يتناول الفرض الثاني، وينصرف عن الأول كما لا يخفى.

٦- في الحقوق الشرعية، كالخمس والزكاة، فإنها على المالك، إذا توفرت الشروط الآخر، فإن قلنا بالنقل كانت على صاحب السلعة قبل العقد، وإلا كانت على من ملكها بعد الإجازة.

٧- في الخيارات، فلو قلنا بالنقل كان خيار الحيوان والمجلس وما أشبه يتبدئ من حين الإجازة، بينما لو قلنا بالكشف فمن حين العقد. كما أن خيار الغبن والعيب يسقط على القول بالكشف إذ هما على الفور. وليس ببعيد أن نقول: إن خيارهما ثابت للمالك على الفور، ولو تراخى عن العقد. إذ الظاهر أنهما للطرف الواقعي في العقد لا للعاقد، فلو كان أمر وكيلاً في البيع فقط، وتراخى تسليمه المبيع للبائع، لا نقول بسقوط الخيار، إذ ليس الخيار إلا للمالك، أو وكيله في الخيار عامّاً أو خاصّاً. ومن هنا قد يقال: إن ابتداء سائر أقسام الخيار يكون من حين الإجازة، وإن قلنا بالكشف، ومحل تنقيح المسألة باب الخيارات، إذ المرجع عموم أو خصوص أدلتها لنرى هل تشمل الفضول أم لا.

٨- في حق الشفعة، إذ ليس للشفيع إلا حق الأخذ بالشفعة فوراً، فلو قيل بالكشف سقط حقه مع التراخي عن وقت العقد، ولو أخذ بها قبل الإجازة. كما إذا قيل بالنقل بقي حقه إلى ما بعد الإجازة، بل ليس له إلا الأخذ بعدها فقط، دون ما قبلها كما هو واضح. إلا أنه قد يقال: إن حق الشفعة لا يثبت إلا بعد الإجازة مطلقاً، فتأمل.

٩- في مجلس الصرف والسلف الذي يُشترط تسليم الثمن فيه، حيث يكون

المجلس على النقل موقع الإجازة ومحلها، وعلى الكشف مجلس العقد.

ولعل الأقوى القول بأن مجلسهما محل العقد مطلقاً. إذ القبض في المجلس -مثل الإيجاب والقبول والعريية والتنجز- من شرائط العقد، وبدونه لا يتحقق العقد في السلم والصرف حتى تلحقه الإجازة، كما لا يخفى.

١٠- في أهلية العاقد، قال مُنْتَكِبُ في الجواهر ضمن الثمرات: «واشترط بقاء القابلية بعقل ورشد إلى حين الإجازة، حيث تلحقها بالعقد الجديد»^(١). ولعله أراد بذلك أنه على القول بالنقل يُشترط أن يكون العاقد أهلاً للعقد منذ إجرائه حتى وقت الإجازة.

ونوقش فيه بما تقدّم من عدم قيام دليل صالح لذلك، بل المهم وجود الكفاءة والأهلية وقت العقد فقط.

١١- في الأيمان والنذور، مثل أن ينذر التصدّق بكل ثوب يمتلكه في هذا الأسبوع، فاشترى له الفضولي ثوباً، فأجاز بعد الأسبوع، فإن قلنا بالكشف وجب التصدّق به، وإن قلنا بالنقل لم يجب. والأظهر -في مثل النذر- اتّباع ظاهر لفظه ومقدار شموله، فتأمّل.

وقد يُذكر للفارق بين القولين (الكشف والنقل) أمور أخرى، بيد أن المهم ما تقدّم والذي تُقاس عليه سائر الفروع.

ملحق البحث

لقد لاحظت -فيما تقدّم- الآراء المختلفة في مبحث الكشف والنقل، واطلعت على أدلتها. ومن الطبيعي أن لاحظت أنها ليست أدلة تُثبت ظاهر لفظ الإجازة، وأنه كاشف أم ناقل، بل تحاول إثبات أن الشارع ربّب الحكم على العقد قبل الإجازة أو بعدها، كما أنّها لم تكن بمعرض بيان قصد المجيز هل هو الكشف

(١) جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٩١.

أم النقل.. فمن هنا نعرف أنّ قصد المالك غير مُعتبر، بله ظهور لفظ إجازته، ولا هما المدار للحكم بالنقل أو الكشف.

ولكن لو فرض أنّ المالك صرّح بما يخالف الواقع، فقال: أجزى على النقل، فما هو حكمه على القول بالكشف؟ أو قال: أجزت على الكشف، فما هو حكمه على النقل؟

قال الشيخ قُتِبَتْ: «ففي صحتها وجهان»^(١). أقول: فمن جهة: إنّ هذا يُسمّى في العرف عقداً فتشمله عمومات صحة العقود، مع ما دلّ على أنها تابعة للقصد. ومن جهة أخرى: إنّ هذا القسم من العقد غير معهود من الشرع والعرف، فهو كأن يبيع يوم السبت ويجعل مبدأ الانتقال يوم الجمعة الماضي أو يوم الأحد القادم، فإنه غير معهود من الشرع والعرف هكذا عقد. ونظيره أن يبيع إلى أجل محدود. هذا بالإضافة إلى أنّ أدلة الفضولي لا تشمل مثل المقام، ممّا تخالف الإجازة مقتضى العقد، إذ الظاهر منها: جعل الإجازة العقد السابق نافذاً ماضياً، فإذا فرض اختلاف مؤدّاهما معه بطلت الإجازة وبطل العقد معه، إذ العقد يحتاج إلى رضا المالك، ورضا المالك ههنا مقيد بما لا يمكن القول بصحته.

(١) كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٤٢١.

البحث الثاني: الإجازة والحاجة إلى اللفظ



اختلفت الآراء في أن الإجازة هل تحتاج إلى اللفظ أم لا؟.

١ - فالمنسوب إلى طائفة من الفقهاء وصريح أخرى: احتياج الإجازة إلى لفظ صريح كالبيع^(١).

٢ - وعن التنقيح ما يظهر منه كفاية الدال اللفظي كناية أو ظهوراً. قال: «بل لا بد من لفظ يدل عليها، لأنها كالبيع في استقرار الملك»^(٢) أو هو ظاهر في القول الأول.

٣ - ويظهر من البعض كفاية ما يدل على الرضا من لفظ أو فعل^(٣).

٤ - ويظهر من بعضٍ منهم صاحب الجواهر كفاية العلم بالرضا بأي نحو كان^(٤).

(١) انظر: مفتاح الكرامة، ج ١٢، ص ٦٢٨-٦٢٩.

(٢) التنقيح الرائع، الفاضل المقداد، ج ٢، ص ٢٧ (في البيع وآدابه).

(٣) قال الشيخ في كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٤٢٢: «والظاهر أن الفعل الكاشف عرفاً عن الرضا بالعقد كافٍ... كما صرح به العلامة ثُمَّ يَنْتَهِ».

(٤) جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٢، قال ثُمَّ يَنْتَهِ: «ومنه (أي من حديث ذكره) ومن غيره وإطلاق الأدلة يُعلم عدم اعتبار لفظ مخصوص فيها، بل ولا مطلق اللفظ، فيكفي حينئذ ما دل على الرضا من الأفعال...». وقال المحقق الأردبيلي ثُمَّ يَنْتَهِ في (مجمع الفائدة، ج ٨، ص ١٦٠): «بل إذا عُلِمَ رضا المالك وإذنه بوجه من الوجوه يكون ذلك كافياً».

٥- الظاهر من حاشية المحقق الخراساني رحمته على المكاسب، التفصيل بين الموارد التي يكفي فيها الرضا كعقد المكره، والعبد - بدون إذن سيده - والسكران، والراهن - بدون إذن المرتهن - فيكفي الرضا القلبي. وإلا فيحتاج إلى إنشاء لفظي أو قلبي ^(١) وسيأتي في سوق دليله بيان مقصوده.

ولكن الشيخ رحمته أرجع القول الثالث إلى الرابع، فكانت الأقوال أربعة، حيث قال: «ثم إن الظاهر أن كل من قال بكفاية الفعل الكاشف عن الرضا - كأكل الثمن وتمكين الزوجة - اكتفى به من جهة الرضا المدلول عليه به، لا من جهة سببية الفعل تبعداً» ^(٢).

وقد يقال بأن القائل بالثالث كان ناظراً إلى مقام الإثبات خارجاً، بينما كان القائل بالرابع يلاحظ مقام الثبوت واقعاً.

وعلى الأقوال كلها، لا يكفي في الإجازة سكوت المالك مع علمه بوقوع العقد أو حضوره العقد بلا خلاف يُعرف فيه عن أحد، وذلك أن السكوت والحضور، كما يكونان من جهة الرضا بالعقد وعدم الإنكار له، قد يكونان من جهة أخرى. ولذلك قالوا - في تعليقه -: «لأعمية ذلك من الرضا، فلا يدل» ^(٣) ولكن لا يبعد القول بكفاية السكوت في الموارد التي يدل فيها السكوت على الرضا عرفاً على القول بأن واقع الإجازة هو الرضا القلبي فقط.

١- لزوم اللفظ الصريح

وعلى أيّ فيدل على القول الأول وجوه:

١- ما يظهر من استدلال التنقيح ^(٤) من أن الإجازة كالبيع إذ هي إما مسببة للنقل أو متممة له، وعلى كل فإنها تفيد النقل، فكما يحتاج البيع إلى اللفظ الصريح،

(١) حاشية المكاسب، المحقق الخراساني، ص ٦٥-٦٦.

(٢) كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٤٢٤.

(٣) جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٩٣.

(٤) مفتاح الكرامة، ج ١٢، ص ٦٢٩. عن: التنقيح الرائع، ج ٢، ص ٢٧.

فكذلك الإجازة. وبتعبير آخر: نستفيد من مجموع الأدلة أنّ المعاملة تحتاج إلى اللفظ، والإجازة تجعل العقد من معاملات المجيز، فتحتاج إلى اللفظ.

ونوقش فيه:

أولاً: بما تقدّم في البيع من عدم دليل على لزوم اللفظ فيه.
وثانياً: إنّ المفروض أنّ دور الإجازة دور الرضا في المُكره، تُتمّ سبباً موجوداً للنقل، فهي والسبب ناقل واحد، فيكفي اللفظ الموجود في العقد له أيضاً. وبتعبير آخر: الإجازة في المقام بمنزلة الإذن، ليس إلّا رابطاً بين العقد والمالك، والناقل هو العقد.

٢- ما يظهر من كلمات صاحب الجواهر^(١) من أنّ عموم حديث: «إِنَّمَا يُحَلَّلُ الْكَلَامُ وَيَحْرَمُ الْكَلَامُ»^(٢)، شامل للإجازة، إذ هي التي تحلّل أكل المال، فلو كانت الإجازة تُحلّل بدون الكلام، نافي مع هذا النص الحاصر للمُحلّل في الكلام.

ونوقش فيه:

أولاً: بما تقدّم من المناقشة في دلالة هذا الحديث على الحصر عند الحديث عن صيغة البيع^(٣).
وثانياً: بأنّ المُحلّل في المقام ليس الإجازة بل هو العقد الذي يعقبه الرضا، فالرضا كأى شرط آخر - مثل العقل والبلوغ والعريية والماضوية - شرط لصحة العقد، أو لتحليل الكلام، لا أنه مُحلّل وحده.

٣- إنّ الاستقراء في النواقل الشرعية يفيد اشتراط اللفظ فيها، ومن المعلوم أنّ النقل الحقيقي والعرفي يتحقّق بالإجازة، فهي الناقلة فتحتاج إلى اللفظ^(٤).

(١) انظر: جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٩٤.

(٢) الكافي، ج ٥، ص ٢٠١.

(٣) انظر: الجزء الأوّل من هذا الكتاب، تحت عنوان: الحاجة إلى المظهر في العقود، ص ٤٠٣.

(٤) انظر: كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٤٢٢.

ونوقش فيه بما تقدّم في جواب الدليل الأوّل - الذي لا يعدو هذا الدليل عن تقرير آخر له - : من أنّ البيع ونحوه لا يحتاج إلى اللفظ، وإن كان ناقلاً، مع أنّ الناقل هو العقد، والإجازة مُتَمِّمة حتى على القول بالنقل.

٤ - الإجماع، ولا أعرف من ادّعاه؛ إلّا أنّ شيخنا المرتضى قده قال: «وبالجملة، فدعوى الإجماع في المسألة (أي على لزوم اللفظ) دونها خرط القتاد»^(١).

ورُدّ دعوى الإجماع بما يظهر من موارد عديدة أفتى الفقهاء فيها بكفاية الرضا كما سيأتي الإلمام به.

٢ - كفاية الكناية والظهور

ثم إنّ هذه الأدلة تصلح شاهدة على القول الثاني، إذ ليس فيها ما يدل على لزوم الصراحة أو الظهور في اللفظ، وحتى لو كان وجب طرحه في المقام لدليلين: ألف: لأنّ الظاهر من رواية البارقي كون قول الرسول ﷺ: «بَارَكَ اللَّهُ لَكَ فِي صَفْقَةِ يَمِينِكَ» هو الإجازة. وهو كناية عن الإجازة، وليس بصريح أو ظاهر فيها. باء: وما دل على أنّ قول المولى لعبده المتزوج بدون إذنه: «طَلَّقَ»، إجازة منه، حيث إنّ لفظ «طَلَّقَ» كناية عن إجازته للعقد السابق^(٢).

٣ - كفاية الدال اللفظي أو الفعلي

واستدل على كفاية الرضا المستدل عليه بقول، أو فعل، أو غيرهما بوجوه:

الأوّل: الصحيحة المروية عن أبي عبد الله عليه السلام أنه جاء إليه رجل فقال: «إِنِّي كُنْتُ مَمْلُوكًا لِقَوْمٍ، وَإِنِّي تَزَوَّجْتُ امْرَأَةً حُرَّةً بَغِيرَ إِذْنِ مَوْلِيَّ، ثُمَّ أَعْتَقُونِي بَعْدَ

(١) كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٤٢٤.

(٢) راجع نص الرواية في: تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٥٢.

ذَلِكَ، أَفَأَجَدُّ نِكَاحِي إِيَّاهَا حِينَ أُعْتِقْتُ؟ فَقَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ لَهُ: أَكُنَّا نَعْلَمُ أَنَّكَ تَزَوَّجْتَ امْرَأَةً وَأَنْتَ مَمْلُوكٌ لَهُمْ؟ فَقَالَ: نَعَمْ وَسَكْتُوا عَنِّي، وَلَمْ يُعَيِّرُوا عَلَيَّ. فَقَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ: سَكُوتُهُمْ عَنْكَ بَعْدَ عِلْمِهِمْ إِقْرَارٌ مِنْهُمْ، اثْبُتْ عَلَى نِكَاحِكَ الْأَوَّلِ^(١).

فبالإضافة إلى فحوى الحديث، حيث إن النكاح أولى بالبطلان مع عدم الإجازة اللفظية من البيع، يدل عليه قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «سَكُوتُهُمْ عَنْكَ بَعْدَ عِلْمِهِمْ إِقْرَارٌ مِنْهُمْ». فكأنه كان في مقام التعليل لما تقدّم من كفاية السكوت، بكونه إقرار، فيفيد كلية عامة: أن كل سكوت يفيد الرضا.

ونوقش في الاستدلال بهذا الحديث - مع أنه خاص بمورده ولا يفيد العموم، إذ لا يعدو ما استظهر منه العموم عن إشعار بعيد - بأنه مستلزم للقول الذي نفاه الفقهاء، بل ادّعى بعضهم الإجماع على عدمه، من كفاية السكوت مع العلم. بالإضافة إلى أن هذا الدليل إن أفاد العموم ففي مثله مما هو داخل في التفصيل الآتي.

الثاني: صحيحة ابن بزيع قال: «سَأَلْتُ الرِّضَا عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنْ امْرَأَةٍ ابْتُلِيَتْ بِشُرْبِ نَبِيذٍ، فَسَكِرَتْ فَزَوَّجَتْ نَفْسَهَا رَجُلًا فِي سُكْرِهَا، ثُمَّ أَفَاقَتْ فَأَنْكَرَتْ ذَلِكَ، ثُمَّ ظَنَّتْ أَنَّهُ يَلْزَمُهَا، فَوَرَعَتْ مِنْهُ، فَأَقَامَتْ مَعَ الرَّجُلِ عَلَى ذَلِكَ التَّزْوِيجِ، أَحْلَالَ هُوَ لَهَا، أَوْ التَّزْوِيجُ فَاسِدٌ، لِمَكَانِ السُّكْرِ، وَلَا سَبِيلَ لِلرَّجُلِ عَلَيْهَا؟ فَقَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ: إِذَا أَقَامَتْ مَعَهُ بَعْدَ مَا أَفَاقَتْ فَهُوَ رِضَاهَا. فَقُلْتُ: وَهَلْ يَجُوزُ ذَلِكَ التَّزْوِيجُ عَلَيْهَا؟ فَقَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ: نَعَمْ»^(٢).

قال السيد اليزدي مُتَرَجِّمٌ في الحاشية تعليقاً على الاستدلال بهذه الصحيحة: «الاستدلال بهذه الرواية موقوف على حملها على توكيل المرأة غيرها - في حال السكر - على إجراء الصيغة ليكون من باب الفضولي، حيث إن التوكيل باطل، وإلا

(١) الكافي، ج ٥، ص ٤٧٨.

(٢) من لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص ٤٠٩.

فلا يمكن العمل بها بظاهرها، لأنّ الصيغة الصادرة من السكران لا اعتبار لها، ولو مع لحوق الإجازة، إذ هو كالصبي مسلوب العبارة»^(١).

أقول: الحديث صحيح معمول به، وظاهر في أنّ المجري للصيغة هي الزوجة السكرانة، وحينئذٍ فيما أن نقول بأنّ مجرد الرضا كافٍ في باب التزويج، ولو لم يلحقه عقد. ونستظهر ذلك من هذا الحديث، حيث إنّ الظاهر من السؤال كون المرأة لم تكن راضية أولاً بالعقد، حيث إنها فرغت من ذلك، ولكنها أقامت مع الزوج زاعمة أنّ العقد ملزم لها ولا يمكنها إنكاره، أو عدم العمل به. أو نقول: إنّ السكرانة غير مسلوبة العبارة، بمعنى أنّ عبارتها -كعبارة المكره والصبي ومن أشبه- ليست بنفسها ملزمة للفظ إلاّ أنّها صالحة لالتحاق الرضا بها بعد ذلك. ونؤيّد ذلك بأنّ للعقد جانبين: ظاهري وداخلي. أما الثاني فهو الالتزام بمفاده، ففي البيع بالنقل، وفي النكاح بالإقامة مع الزوج، وفي غيرهما بلازمه. أما الأول فالمُظهِر من أيّ نوع كان، سواء كان لفظاً -صريحاً، أو ظاهراً، حقيقة، أو مجازاً، أو كناية- أو فعلاً، وسواء كان اللفظ هو العاقد أو غيره. فاللفظ إنّما هو مسلوب المنفعة التامة، أما إمكانية صيرورته مُظهِراً للعقد، فلا تُسلم أنّ لفظ السكران والصبي والمكره وغير المالك ونحوهم، لا يمكن أن يُجعل مُظهِراً. ومن هنا يُعرف وجه الاستدلال بهذه الصحيحة على كفاية الرضا، حيث إنّ الإمام عليه السلام، اكتفى بقوله: «إِذَا أَقَامَتْ مَعَهُ بَعْدَ مَا أَفَاقَتْ فَهُوَ رِضَاهَا»، فالمهم إذن هو الرضا، والدال عليه ليس له إلاّ سمة المُظهِرية فقط. وحيث إنّ المقام والفضولي وعقد المكره والصبي -إذا أجاز الولي أو أجاز هو بعد البلوغ- من وادٍ واحد، دلّ على المطلوب، وهو كفاية الرضا القلبي في باب العقود الفاقدة له، فتدبر.

الثالث: خبر علي بن جعفر، عن أخيه موسى عليه السلام، عن أبيه، عن آبائه، عن علي عليه السلام «أَنَّهُ أَتَاهُ رَجُلٌ بَعْدَهُ فَقَالَ: إِنَّ عَبْدِي تَزَوَّجَ بِغَيْرِ إِذْنِي. فَقَالَ عَلِيٌّ عليه السلام لِسَيِّدِهِ: فَرَّقْ بَيْنَهُمَا. فَقَالَ السَّيِّدُ لِعَبْدِهِ: يَا عَدُوَّ اللَّهِ طَلِّقْ. فَقَالَ عَلِيٌّ عليه السلام: كَيْفَ

(١) حاشية المكاسب، ج ١، ص ١٥٨-١٥٩.

قُلْتُ لَهُ؟ قَالَ: قُلْتُ لَهُ طَلَّقَ. فَقَالَ عَلِيُّ عليه السلام لِلْعَبْدِ: أَمَّا الْآنَ فَإِنْ شِئْتَ فَطَلِّقْ، وَإِنْ شِئْتَ فَأَمْسِكْ. فَقَالَ السَّيِّدُ: يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ أَمْرٌ كَانَ بِيَدِي فَجَعَلْتُهُ بِيَدِ غَيْرِي؟! قَالَ عليه السلام: ذَلِكَ لِأَنَّكَ حَيْثُ قُلْتُ لَهُ طَلَّقَ أَقْرَزْتَ لَهُ بِالنِّكَاحِ^(١).

بتقريب: أنه لو كان لفظة «طَلَّقَ» رضا وإقراراً للعبد على النكاح، وهي لفظة مباينة للإذن، فغيرها من الدوال على الرضا أولى.

ونوقش فيه: إن ظاهر الحديث وروده في المحاكمة وليس بيان الحكم الأولي، فلعل العبد كان يدعي إذن المولى، وحينما قال للعبد: «طَلَّقَ»، أقر من حيث لا يشعر، بأن نكاح العبد كان مع إذنه، فألزمه الإمام عليه السلام إقراره الذي على العقلاء جارٍ ونافذ. وإلا لم يُعرف وجهٌ لأمر الإمام للمولى بالتفرقة، حيث قال عليه السلام: «فَرَّقْ بَيْنَهُمَا»، إذ كان يكفيه عدم الرضا. ثم لم يُعرف وجهٌ لترتيب الإمام عليه السلام الحكم على مجرد قول السيد: «يَا عَدُوَّ اللَّهِ طَلَّقَ»، مع العلم بأن غرضه لم يكن الإذن في الطلاق، وإلا لم يحاكم عبده عند الإمام. فاللفظ مطلقاً غير دال على الرضا، حتى في مثل المقام الذي يُعلم عدم الرضا بهذا النكاح، وكان استعمال اللفظ مجازاً.

كل ذلك مع أن الدليل -لو كان- لكان مختصاً بمثل مورده وهو طرف من التفصيل الآتي.

٤- كفاية العلم بالرضا مطلقاً

واستدلوا على كفاية العلم بالرضا بأي نحو كان بأن الأدلة العامة، مثل قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، وقوله: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾، وقوله: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾^(٢)، ونحوها حيث دلّت على صحة كل عقد إلا ما خرج بالدليل الذي هو العقد الذي لا يلحقه الرضا من المالك، فإن مقتضى عمومها: صحة العقد المتعقب بالرضا القلبي. فمهما

(١) تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٥٢.

(٢) سورة البقرة، آية: ٢٧٥.

اكتشف الرضا بالعقد من المالك بعلم أو بوسيلة علمية، كان من موضوع الأدلة المصححة العامة، وليس هناك ما يخصه ويخرجه منها إلا أحد وجهين: أحدهما ما تقدّم من الأدلة غير الناهضة بإثبات المدعى. وثانيهما الإجماع أو الشهرة، وهما غير معلومين، وذلك لما يلي من تصريحاتهم في موارد عديدة، بخلاف ذلك:

ألف: لقد صرح طائفة من الفقهاء رحمهم الله بأنه «لو رضي المكره بما فعله صحّ العقد»^(١) فحيث لم يعبروا بأنه (لو أجاز المكره) واستبدلوه بـ (لو رضي المكره)، دلّ على كفاية الرضا عندهم في المكره والفضولي من باب واحد.

باء: ولقد استدلوا لعدم كفاية السكوت بأنه أعظم من الرضا، فدلّ على أنّ الملاك عندهم هو الرضا، وأنّ السكوت لا يكفي دائماً لاستكشافه، فإذا فرض أنّ شيئاً أو أنّ السكوت بنفسه كشف عنه في حين، كفى عندهم.

جيم: ولقد استدلوا أيضاً على كسفية الإجازة، بأن العقد جامع لشرائط الصحة سوى الرضا، فإذا لحق به، كشف عن صحته.

قال ثوريث في المكاسب - بعد نقل ما تقدّم - : «وبالجملة فدعوى الإجماع في المسألة دونها خرط القتاد (أي أصعب العقبات) وحيث أنّ العمومات المتمسك بها لصحة الفضولي السالمة عن ورود مخصّص عليها، عدا ما دلّ على اعتبار رضا المالك في حلّ ماله، وانتقاله إلى الغير وسلطته عنه (إنّ هذه العمومات)، أقوى حجة في المقام»^(٢). وهو جيد.. بيد أنّه يجب أن نلاحظ ما سبق الإلزام به بأن الرضا بالعقد على قسمين: فقد يكون على أنه عمل للغير، مثل رضا المالك بعقد زيد غير المربوط به، وقد يكون بمنزلة الإنشاء النفسي، أو بتعبير أفصح: الالتزام بموجب العقد. والثاني هو الذي يشترط وجوده في سائر العقود عند المالك. أما الأوّل فلا يكفي، إذ إن صيرورة عقد الفضولي منتسباً إلى المالك، حتى يكون عقده، وحتى

(١) انظر: كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٣٢٨.

(٢) كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٤٢٤.

تشمله آية ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ التي استظهر منها عقودكم، أي: لِيَقِ كل امرئ مسلم بعقده الخاص، لا يمكن كل ذلك إلا بعد أن يُنشئ المالك في نفسه الالتزام بأثر هذا العقد، كإنشائه ذلك إن كان هو العاقد، غير أن الفرق هو أن المالك إذا قرأ بنفسه الصيغة، بخلاف المقام الذي قرأها وكيله الاعتباري.

٥- التفصيل بين الموارد

وبهذا البيان يُعرف وجه التفصيل الذي ذهب إليه المحقق الخراساني قُدِّسَتْ في حاشيته على المكاسب^(١)، حيث فَرَّقَ بين الموارد التي يحتاج إلى الرضا من أحد كالمُكره، والسيد، والمرتهن، حيث إنَّ العقد منتسب فيها إلى من يجب أن يُنتسب إليه، بيد أنه يُشترط الرضا من المُكره، والسيد، والمرتهن كشرط خارجي، فمجرّد الرضا كافٍ فيه. أما ما كان انتسابه غير معلوم فلا يُكتفى بالرضا، إلا إذا صحبه الإنشاء القلبي الذي يرى العرف بعده العقد عقد المالك، ويعتبر التزام الفضول التزامه. ولقد عرفت أن الأدلة المتقدمة كلها -بما فيها أقوال الفقهاء- واردة في المورد الأول. وليس لتصحيح المورد الثاني -الذي لا يُعلم فيه انتساب العقد إلى المالك- أي دليل إلا العمومات، والعمومات لا تدل على أكثر من كفاية العقد المنتسب إلى المالك. ولا يرى العرف مجرّد الرضا، ولو بنحو الرضا بفعل الغير، مع تجرّده عن الالتزام المدعى في منطق المحقق الخراساني قُدِّسَتْ بالإنشاء القلبي -فيما اعتقد- كافياً في الانتساب، بل لا بد من الالتزام القلبي. نعم، لا يُشترط فيه وجود أي دال لفظي أو فعلي لعدم الدليل على ذلك. كما يكفي فيه قيام الدليل العلمي كالبينة، وخبر الثقة، وما أشبه على وجود الالتزام أو الرضا.

ومن هنا أيضاً يكشف حكم ما لو قارن العقد الرضا الالتزامي من المالك، فإنه يكفي في تصحيح العقد، بخلاف ما لو قارنه الرضا المجرّد، فإنه لا يكفي إلا في مثل المكره وعقد السكران والعبد والراهن الفاقد للرضا فقط. كما أنّه على القول بكفاية لحوق الرضا المجرّد في جميع الموارد وجب الالتزام بكفاية مقارنته

(١) حاشية المكاسب، ص ٦٥-٦٦.

أيضاً، لأنَّ كلَّ وجه يُفرض لتأثير الرضا اللاحق يأتي في الرضا المقارن بيدَّ أنَّه أولى .
ولا وجه لعدم كفايته إلاَّ إحدى الدعويين :

الأولى: عدم التزام الأصحاب بذلك، وهو غير مضرٍّ، إذ ليس من الإجماع في شيء.

الثانية: حيث كانت الإجازة والردُّ طرفي نقيض، كان القول بكفاية الرضا في الإجازة مستلزماً للقول بكفاية الكراهة في الردِّ. وحيث إنَّ الفقهاء لم يقولوا بالثاني، ذلك لأنَّهم أجازوا الفضوليَّ مع النهي الدال على الكراهة، عُرِفَ عدم تصحيحهم للأوَّل أيضاً.

ونوقش فيه بأنَّه لا ملازمة بينهما، إذ المالك في تصحيح الفضوليِّ مع الرضا -لوقيل به- إنما هو كفاية ذلك في جعل الفضوليَّ منتسباً إلى المالك فمشمولاً للعمومات. وملاك الثاني هو صلاحية لحوق هذا العقد إلى المالك وإمكانية فسخ الطرف الآخر للعقد، وما أبعد ما بينهما.

البحث الثالث: في محل الإجازة



والكلام فيه من جهتين:

الجهة الأولى: القبول بعد الردّ

لقد تقدّم في شرائط العقد: لزوم بقاء كلّ من المتعاقدين على التزامهم بأثر العقد إلى آخره. فلو فسخ أحدهما بين الإيجاب والقبول، لم يكفِ القبول ثانياً، حيث تذهب صلاحية الإيجاب بلحوق الفسخ به.

ويُستدل لذلك بوجوه ثلاثة^(١):

١ - الإجماع؛ حيث لم يظهر خلاف فيه.

٢ - أولوية الفسخ؛ حيث إنّ الفسخ بعد العقد في المجلس موجب لبطلان أثر الإيجاب مع وقوعه بعد القبول، فإنّ الفسخ قبل القبول أولى بإبطال الإيجاب والذهاب بأثره، بل يقال بشمول مثل قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَفْتَرَقَا»^(٢) له.

٣ - لا يقال للعقد الذي يفصل بين ركنيه الفسخ عقداً في العرف. إذ معنى العقد العهد الشديد الذي يلتزم فيه كل جانب، في آن واحد، بأمرٍ ما. فإذا فسخ أحد المتعاقدين بطل التزام الآخر أيضاً، إذ لم يصب محلاً للالتقاء بمثيله. هذا، ولكن

(١) نعيد الوجوه لتمام المناسبة بالمقام.

(٢) الكافي، ج ٥، ص ١٧٠.

استشكل في المسألة هناك السيد قَدْ رَسَّخَ في الحاشية فقال: «مع أنه لولا الإجماع أمكن المناقشة في تأثيره (أي الفسخ) في إبطال الإيجاب بحيث لو رجع لم يكف»^(١). وقد يُوَجَّهُ اعتراضه بأن القبول يتعلّق بالذي أنشأ بسبب الإيجاب، وهو التزام البائع الموجب بأثر العقد لا باللفظ نفسه، إذ اللفظ ذاب في الهواء، ولم يعد صالحاً ليحل فيه القبول، وذلك الالتزام موجود، ولا دليل على اشتراط اللفظ بعد الفسخ، إذ يُكْتَفَى باللفظ المتقدم مُظْهِراً ومُبَيِّناً لما في ضمير الموجب من الالتزام. والعرف إنما يرى الفسخ مؤثراً إذا بقي مستمراً، أما إذا زال فيرى اتّصال القبول بالإيجاب.

هذا، ولكنك قد تفتن إلى موضع الخلط في هذا الردّ. اذ هو معتمد على التحليل العقلي، بينما الدليل يستند إلى إطلاق اللفظ، وأنّ العرف لا يرى صحّة التعبير عن هكذا عقد - أي العقد الذي يفصل الفسخ بين ركنيه - عقداً، بل يرى الفسخ قاطعاً لخيطة الاتّصال بين القولين، أو مُذهِباً لصلاحيّة الحقوق، فتدبّر.

وبعد هذا تعرف أنّ ردّ المالك قد يكون لعدم الرضا، ثم يرضى، وقد يكون فسحاً. فإن كان الأول، فلا دليل على هدمه لحق الإجازة. وإن كان الثاني، فإنه يأتي فيه عين ما يأتي في فسخ الإيجاب قبل القبول، إذ المالك يُعتبر بمنزلة طرف للعقد، يبطل العقد بفسخه، مثل بطلانه بفسخ القابل. وليس ذلك لعدم المقتضي حتى يقال بأن الإجازة التالية توجده، بل لأنه مانع عن تأثير الإيجاب، فتدبّر.

وقد يُستدل أيضاً لقطع الرابط بالفسخ بتاتاً بوجهين آخرين:

١ - بقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «النَّاسُ مُسَلِّطُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ»^(٢).

حيث مقتضى سلطة المالك على ماله، صلاحيته لقطع المقتضي للنقل وإبطاله بالفسخ والردّ.

٢ - بالأصل بعد التشكيك في شمول عمومات العقد لمثل العقد المنفصل بالفسخ.

(١) حاشية المكاسب، ج ١، ص ٩٢.

(٢) الخلاف، الشيخ الطوسي، ج ٣، ص ١٧٦.

كما استدلل لكفاية الإجازة ولو بعد الردّ بوجهين:

١ - الصحيحة المتقدمة التي وردت في وليدة باعها ابن سيدها فضولياً، فاستردّها المالك، ثم لما أخذ ابنه المشتري في قبال الثمن المغتصب أجاز بيعه^(١). والظاهر منها: أنّ المالك ردّ البيع بقرينة محاكمته إلى الإمام (الحاكم الشرعي الحق) وأخذه للجارية وابنها، فيكون تقرير الإمام للبيع السابق، حتى بعد الردّ، دليلاً على كفاية الإجازة بعد الفسخ.

ونوقش فيه بما تقدّم من عدم صلاحية شيء ممّا ذكر وجهاً لاكتشاف ردّ المالك في الرواية للبيع أولاً ثمّ إجازته، عدم صلاحيته لإثبات المدّعى. نعم، منتهى ما تدل عليه هو أنّ الإجازة ليست على الفور، بل يمكن للمالك التأمّن، وفي فترة الانتظار يكون المال له ظاهراً حتى يثبت الناقل الشرعي، فلذا أمر الإمام بأخذ الجارية وابنها. ونحن نلتزم بذلك، ولكنه بعيد عن مورد بحثنا، إذ النقاش إنما هو فيما لو فسخ المالك فسخاً يضاهاه فسخ ذي الخيار، فهل تكفي الإجازة أم لا؟ وليس في الحديث ما يدل على كفايتها. وبالجمله فالمالك - بعد إعلامه بالعقد الفضولي - على ثلاثة أحوال: إما أن يفسخ، أو يسكت، أو يجيز. والأول هو المبطل دون الآخرين. كما أنّ الردّ قد يُطلق ويُراد به الثاني، وليس مبطلاً للعقد لعدم الدليل على إبطال الردّ مطلقاً.

٢ - إنّ الردّ مؤثّر في قطع الطرف الآخر ما لم تلحقه الإجازة، فلو لحقت الإجازة بعد الردّ، فمقتضى عموم سلطة الناس على أموالهم إثبات الطرف الآخر، وبالجمله: الردّ غير المتعقب بالإجازة قاطع للطرف الآخر.

ونوقش فيه بأنّ الكلام في الفسخ أو الردّ المتضمّن له، وهو يقتضي قطع الرابط بين المالك وبين العقد الفضولي، فهو كما إذا قال: قطعت الرابط. فإذا قلنا بسلطة الناس على أموالهم، قطع الرابط، فلا تكفي السلطة لإثبات ما قطعه أولاً.

والمهم في الباب التمييز بين الفسخ أو الردّ الفسخي وبين غيره. وكأنّ النافون أرادوا: عدم إبطال الردّ المجرد عن معنى الفسخ لا مطلقاً، فراجع.

ولعلّ مراد الشيخ رحمته من الفرق بين الردّ الفعلي والقولي هو هذا أيضاً حيث إنه قال - بعد الإشكال على نفسه بصحيح قيس - : «اللهم إلّا أن يقال: إنّ الردّ الفعلي - كأخذ المبيع مثلاً - غير كافٍ بل لا بد من إنشاء الفسخ»، ثم اضاف: «ودعوى: أنّ الفسخ هنا ليس بأولى من الفسخ في العقود اللازمة، وقد صرّحوا بحصوله بالفعل، يدفعها: أنّ الفعل الذي يحصل به الفسخ هو فعل لوازم ملك المبيع كالوطء والعق و نحوهما، لا مثل أخذ المبيع»^(١).

الجهة الثانية: اختلاف المالك حين العقد وحين الإجازة

ويكون ذلك بسبب الانتقال القهري والانتقال الاختياري. فالأول: مثل أن يموت المالك، فينتقل المال إلى وارثه. والثاني: كأن يبيع المالك المبيع لآخر قبل القبول.

الأول: في النقل القهري

ومعرفة حكم النقل القهري تأتي بعد معرفة أنّ الإجازة حق أو حكم. أي معرفة ما إذا كان العرف يرى - بحسب ظواهر الأدلة - : صحة انتقال محل الإجازة من فرد لآخر أم لا. إذ ليس هناك دليل على تعليق حكم على عنواني الحق والحكم، حتى يبحث عن شمول أيّهما للمقام.

ولعل الظاهر هو أنّ صلاحية الإجازة حق وليس مجرد حكم شرعي، وذلك لأن العرف يرى: أنّ صحة إجازة أحدٍ بيع شيء واعتبارها عرفاً، إنما هو فرع وجود علاقة بينه وبين ذلك الشيء موجبة لاعتبار إجازته وصحة العقد بسببها، وأنّ هذه العلاقة شبيهة بعلاقة المالك بملكه، بل آتية من تلك العلاقة. فإنّ اعتبار إجازة

(١) كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٤٢٧.

المالك، إنما هو لا اعتبار ببيعه، واعتبار ببيعه إنما هو لأنه مالكة وصاحب الحق في التصرف فيه.

وبالجملة، فإمكان الإجازة واعتبارها من المالك، إنما هو من آثار الملكية، أي من جهة صلاحية المالك لذلك، وليس من أحكامها، فهو حق عرفي لا مجرد حكم شرعي، فهو قابل للانتقال، وقابل للتوارث. نعم، حيث إن البيع لا يمكن وقوعه إلا في ملك، وإن إجازة بيع شيء تساوي بيعه، فلا يمكن نقل مجرد الإجازة من دون العين، بخلاف بعض أقسام الفضولي، كما إذا أوقع شخص الإجازة فضولياً، فخول المالك إلى أحد حق إجازتها صح. ذلك لأنه ليس لنا دليل يقول: لا إجازة إلا في ملك، بخلاف البيع الوارد فيه: لا بيع إلا في ملك.

ومن هنا يُعرف: أن حق الإجازة -كسائر الحقوق- قابلة للانتقال القهري، فللورثة إجازة هذا البيع من جهة أن للمالك المورث ذلك، لا من جهة أنهم ملكوا المبيع فضولياً. وتظهر الثمرة فيما إذا كانت العين أرضاً لا ترث منها الزوجة شيئاً، فإن قلنا بأن الورثة يرثون حق الإجازة، كان لها أن تستخدم هذا الحق، فتجيز أو ترد البيع. وإن قلنا: بأنهم يرثون العين القابلة للانتقال، ومن جهة ملكهم لها تصح إجازتهم، لم يكن للزوجة أن تجيز أو ترد، إذ لا ترث الزوجة من الأرض شيئاً. والحاصل يكون حق الإجازة على هذا كحق الخيار في أنه يرثه حتى من لا يرث ملكية العين المباعة.

وفي الثمرة نظر. من جهة أن مقتضى «لَا يَبِعُ إِلَّا فِي مِلْكٍ» عدم صحة بيع الزوجة هذه الأرض إلا فضولياً، حيث إنها لا تملكه، فليس لها أن تجيز البيع أيضاً، إذ إن صحة الإجازة فرع صحة البيع، إذ أدلة البيع هي العمدية في اعتبار الإجازة، فكما أنه ليس لها أن تباع فليس لها أن تجيز البيع.. فكأن المسألة بلا ثمرة مهمة. نعم، على القول باشتراط الملكية للمجيز حين العقد يمكن الفرق بين الاحتمالين، بأنه بناءً على أن يكون المنتقل حق الإجازة تصح من الورثة، إذ انتقل اليهم حق من كانت له الملكية حين العقد، بخلاف ما لو قيل بانتقال الملك فقط، فتأمل.

وعلى أي حال، فقد عرفت الإشكال في كل من القول بأن الإجازة حكم، وأن فائدة النزاع إرث الإجازة، كما ذهب إليهما المحقق الخراساني^(١)، وإلى الثاني الشيخ رحمتهما^(٢).

الثاني: في النقل الاختياري

وهو على قسمين:

- ١ - أن يبيع لنفسه، فيكون موضوع المسألة المعروفة والمعنونة بـ (مَنْ باع ثم ملك).
- ٢ - أن يبيع للمالك.

أما القسم الأول، فالبحث فيه يشمل أموراً:

ألف: في أنه إذا أجاز البائع العقد بعد ذلك، وقد تقدّم البحث عنه.

باء: في أنه إذا أجاز المشتري ذلك.

جيم: في أنه إذا لم يجز أي واحد منهما.

وحيث إن الظاهر أن عدم الإجازة ملحق بصورة إجازة المشتري، حيث إنه - على فرض صحة العقد - فإن وقوعه سابقاً لنفسه ورضاه به يكفي عن الرضا المتجدد، إذ المانع في المقام لم يكن عدم رضا المالك، بل عدم الملكية، فلو قلنا بأن عدم الملكية غير مُضَرٍّ بالعقد، لم يبقَ وجه لتوقف الصحة على الإجازة، وسيأتي مزيد من التوضيح.

فعمة البحث إنما هي في صورة عدم إجازة البائع، سواء أجاز المشتري أم لا. وقد يقال: إن إجازة البائع بعد العقد غير مجدية، كما أن ردّه وفسخه غير مُضَرٍّ، إذ إنه لا يبقى محل لهما بعد القول بأن مجرد انتقال الملك إلى المشتري كافٍ في صحة العقد. ولقد ذهب طائفة من الفقهاء إلى عدم صحة عقد كهذا، بينما رأى بعضهم صحته.

(١) حاشية المكاسب، المحقق الخراساني، ص ٦٧.

(٢) انظر: كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٤٢٧.

أدلة القائلين بعدم الصحة

احتج القائلون بعدم الصحة بأدلة، هي:

١- إنّ الفضولي إنما باع المتاع لنفسه في حين لم يكن يملكه، فكل ما قلناه في الاعتراض على بيع مال الغير لنفسه آتٍ هاهنا. من استلزامه امتلاك الثمن بينما يخرج المثل من كيس المالك، فينافي مقتضى المبادلة التي هي بالذات معنى البيع - كما قرّره سابقاً - ومعناها تبادل ملكية كل شخص مال الآخر بالمعاوضة. فإذا كان معنى البيع المبادلة، وإذا كانت المبادلة غير متحققة هنا، فالبيع باطل، ولا مجال لتصحيحه بعد امتلاك البائع الفضول للمبيع.

ونوقش فيه بأننا نسلّم أنه لو لم يطلق على معاملة ما معنى المبادلة - أي لم تكن مبادلة حقيقة - لا تقع بيعاً، ولكن أغلب موارد بيع مال الغير لنفسه أنّ البائع لا يقصد من البيع إلّا معنى المبادلة، ولكنه بعد أن يبادل مال الغير بمال المشتري يأخذ الثمن أخذاً ادّعائياً، أي لادّعائه ملكية الثمن خارجاً بغصب، أو بصدقة، أو بجهة أنه سوف يمتلكه قريباً، فكأنه ملكه الآن، أو لجهة أخرى. ويدلّ على ذلك اعتقاده أنه يأخذ مال البائع لا مال المشتري، بحيث لو سُئل عمّن غصبت هذا؟ لا يقول: عن المشتري، بل يقول: عن البائع. كما أنّ العرف يرى ذلك أيضاً حيث إنه لو جاء المالك وطالب الفضول بماله لرآه مُحِقّاً، ولا يقول له: إنه باع مالك لنفسه فصار الثمن لنفسه مطلقاً، ومن الواضح أنّ الصحيح والحلال إنما هو البيع العرفي، ولا يرى العرف هذا بيعاً إلّا حينما يدرك أنّ المقصود في العقد هو التبادل. وأما امتلاك الثمن من قبل الفضول الأجنبي فلم يكن مقصوداً.

إذاً فالبيع ليس لنفسه، وإلّا لما اشتراه من مالكة مرة أخرى، ولكن للمالك على أن يشتريه بعد ذلك منه.

٢- إنّ صحة عقد الفضولي إنما هي لأجل أنّ العقد ينتسب إلى المالك حين العقد ويكون عقده، فتشمله آية ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ التي تدل على لزوم مراعاة عقد نفسه والوفاء به، والسرّ في ذلك أنّ العقد يصير كما إذا أذن بإجرائه المالك قبل

جريانه، ولذا نقول: باعتبار مالكية المُجيز حين العقد. أما في المقام الذي لا يُجيز المالك، ولا نريد أن يقع عنه العقد، يستلزم البطلان.

ونوقش فيه بأنّه لا يُشترط في صحة تعقّب الفضولي بالإجازة كون المُجيز مالكاً حين العقد، ولقد تقدّم البحث عنه وقلنا بصحة عقد الصبي إذا بلغ وأجاز، وصحة عقد الفضول له وللمجنون إذا بلغا النكاح أو الرشد وأجازا، وهكذا... وليست أدلة الفضولي قاصرة عن شمول هذه الفروض كما لا يخفى.

٣- لو سلّم صحة العقد على القول بالنقل، كما ذهب إليه في الإيضاح بانياً على القول بصحة الفضولي وبأن الإجازة ناقلة (كما استنبط الثاني بعض المحققين، حيث إنه قائل بالنقل) فإنه لا يصح على القول بالكشف لأنه غير معقول ومحال. وهاهنا لا مناص من أحد أمرين: إما أن نذهب هاهنا إلى النقل وهو غير صحيح لعموم أدلة الكشف ولما سلف من أنّ القائل بالكشف لا يقول به لمجرد أنه ظاهر لفظ العقد أو ظاهر نية المُجيز (وإن كان من أقوى الأدلة على الكشف إجازة المالك العقد السابق المقتضي للتأثير من حين وقوعه، وإمضاء الشارع له كذلك، إذ إمضاء الشارع شيئاً عرفياً لا يعني أنه يبقى للعرف حق توسيعه وتضييقه)، بل لاقتضاء الأدلة له وقد تقدّم بيانها. وإما أن نقول ببطلان العقد وهو المراد.

تقرير الاستحالة

وأما تقرير الاستحالة، فإنها من وجوه، وإن كانت راجعة إلى حقيقة واحدة:

الوجه الأول: إنّ القول بالكشف الحقيقي معناه: أنّ المال ينتقل إلى المشتري من حين العقد، وحين العقد سابق على امتلاك الفضولي للمبيع، فلو صحّ البيع لاستلزم أن يخرج المبيع عن ملك الفضول، قبل أن يدخل في ملكه.

وبتعبير أوضح: إنّ الكشف مستلزم هاهنا لأمر:

١- أنّ المال ينتقل إلى المشتري من حين العقد.

٢- أن المنتقل عنه هو الفضولي، والمنتقل إليه هو المشتري، أي إن الانتقال يكون عن ملك الفضولي حيث إنه يقع بإجازته.

٣- أن العقد الفضولي الواقع -مثلاً- في الجمعة يتأثر بالعقد الصحيح بين المالك والفضولي الواقع في السبت. أي إن المال ينتقل من ملك الفضولي في يوم الجمعة، مع أنه لا يملكه إلا في يوم السبت، وهذا هو المحال.

وأجيب بأنه نسلم كل ذلك، ولكن ذلك لا يوجب التمسك بالكشف ونبد البيع، بل نعكس الأمر فتمسك بالبيع ونبد الكشف في الحدود التي لا يقبلها العقل.

أقول: هذا الجواب يظهر من الشيخ رحمته في المكاسب، وكأنه مبني على المشهور في معنى الكشف من أنه حقيقي، وإلا فعلى قوله من الكشف الحكمي، لا ردّ بهذا الإشكال، إذ الاعتراض منصب على صورة تتقدّم فيها ملكية المشتري على ملكية الفضول (البائع له) حقيقة، أما لو اعتبرت ملكية هذا قبل هذا باعتبار انتقالها منه إليه، فهو غير مستحيل إذ لا بأس باعتبار المحال. ومع ذلك فهو عليل، إذ لا ترجيح للقول بصحة البيع وفساد الكشف على العكس، بل للعكس عليه ترجيح. فإنه لو قلنا بأن مقتضى العقد الكذائي هو كذا، ثم عرفنا باستحالة مقتضيه في مورد، قلنا بفساده لا بصحته وتخلّف المقتضي عنه في هذا المورد.

وفي الفرض: أن القائل بالكشف يقول بأنه مقتضى العقد الفضولي لأنه المفهوم من أدلته، فإذا علم بعدم إمكان المقتضى، فالمقتضي (بالكسر) غير ممكن.

نعم، لو كان مذهب الكشف مستنداً إلى نية العاقد، وقلنا بأن العاقد أو المالك حيث يلتزم بال عقد اعتباراً من حين وقوعه ولا يستلزم من ذلك محال قلنا بالكشف صح البيع في المقام، إلا أنه يستلزم تصحيح بيع من أجاز من حين الإجازة على القول بالكشف أيضاً، أو بيع من يجري الصيغة على أن يكون المال ملكاً للمشتري

غداً، أو أمس، وقد تسالموا - ظاهراً - على بطلانهما، وإن كان فيه تدبر.

الوجه الثاني: لو فرض أن البيع الفضولي وقع في يوم الجمعة، وبيع المالك للفضول وقع يوم السبت، فإن الكشف يقتضي أن انتقال المال إلى المشتري كان في يوم الجمعة، فإن المال يوم الجمعة كان ملكاً للمشتري، فكيف باعه المالك إلى الفضولي يوم السبت، مع أنه لم يكن يملكه؟ بينما أنتم تقولون: إن المال ينتقل إلى المشتري بعد أن يملكه الفضولي أي بسبب هذا البيع الواقع في يوم السبت وهذا مستحيل.

وبتعبير آخر: يستلزم صحة عقد الفضولي، ملكية الفضول وعدم ملكيته في الوقت ذاته. ملكيته لأنه ينتقل منه، وعدم ملكيته لأن سبب ملكيته للمال كان في يوم السبت الذي كان ملكاً من يوم الجمعة للمشتري وهو محال.

وأجيب عنه بنفس الجواب الذي سبق عن الوجه الأول، وخلاصته: تسليم عدم الكشف في حدود الاستحالة، والقول بأن المشتري إنما يملك في يوم السبت بعدما يملكه الفضول.

الوجه الثالث: حيث إن المال - على القول بالصحة والكشف - كان في يوم السبت ملكاً للمشتري، فإن بيع المالك وقع على مال غيره، فيحتاج إلى إجازته. هذا من جهة، ومن جهة أخرى نرى أن صحة عقد الفضولي المسبب لملكه يوم الجمعة متوقفة على إجازة الفضولي فندرك واقع الدور في المقام حيث إن إجازة الفضول مُصححة لعقد المشتري، وإجازة المشتري مُصححة لملكية الفضول التي تتوقف عليه صلاحية الإجازة.

والجواب عنه هو الجواب السابق، مع الاعتراض المتقدم عليه.

وقد يمكن أن يُجاب عن هذه الوجوه كلها بأن المالك إنما ينقل حقه في الملك بالإجازة إلى المشتري، وذلك لأن مالك المبيع الفضولي الذي يتعقبه الرضا ولا يفسخه الرد، لا يملك من المبيع إلا حقاً واحداً فقط، وهو: حق إجازة المبيع

كذلك، ويستطيع نقل هذا الحق، كما يستطيع استعماله. وفي الفرض المبحوث عنه: ينقل المالك إلى الفضولي ذلك الحق الذي كان له في إجازة البيع الفضولي الواقع على ماله. كما أن الفضولي إنما يشتري منه ذلك أيضاً، فيرتفع كل وجه قيل لتقرير الاستحالة.

نعم، لك أن تقول: إن المالك إنما يبيع المال كله لا حقاً واحداً من حقوقه المتعلقة به، والمشتري (أي الفضولي) إنما يشتري كل المال، لا جزءاً منه.. ولكنك غفلت عن أن حق إجازة البيع الفضولي وفسخه ليس بأقل من سائر الحقوق، بل تشمل كل الحقوق وزيادة، فإذا أجاز فهو كمن باع ملكه، وإذا ردّ كانت له الحقوق، فتدبرّ تعرف.

وبهذا يندفع اعتراض أورد على مطلق الكشف هو: أن المُجيز مالك حين الإجازة أو غير مالك؟ فإن كان مالكاً فكيف نقول بأن المال قد انتقل إلى المشتري قبل الإجازة؟ وإن كان غير مالك فكيف يجيز؟

وفي ردّه نقول: إنه إذا أجاز تبين أنه كان مالكاً لحق واحد هو حق الإجازة، وإن لم يُجز فهو مالك حقيقي.

الوجه الرابع: من المسلّم به أن للمالك الحق في فسخ العقد الفضولي بقول أو فعل، فإن كان كذلك فلماذا لا يكون بيعه للفضول بمثابة الردّ الفعلي للعقد السابق؟ وأجيب عنه بأن الردّ لا يعني مطلق الفعل المنافي، بل بشرط أن يقصد به إبطال ما تقدّم والإعراض عنه، وهذا ليس كذلك.

وفيه مناقشة ظاهرة. إذ الإخراج من الملك أظهر مصاديق الردّ الفعلي، إذ يُعلم به أن المالك لا يرضى بالعقد السابق، بل يُذهب بيده صلاحية نفسه للإجازة. هذا، مع أن القائل بصحة بيع من يملك في المستقبل لا يحصره بما إذا لم ينشأ المالك الأصل للعقد، بل يقول به -على الظاهر- مطلقاً.

وقد يقال في الجواب: إن إنشاء المالك الردّ غير مُجدٍ في المقام وغير مبطل

لصلاحيّة عقد الفضولي للحقوق الإجازة به، إذ أقوى أدلة بطلان العقد الفضولي بالردّ من قبل المالك أمران:

الأول: إنّ عدم بطلانه بعد ردّ المالك منافٍ لسلطة المالك على ماله.
الثاني: إنه لا تشمله أدلة الفضولي.

وهما في المقام ممنوعان، إذ صحة الفضولي في المقام ليست في حال سلطة المالك الرادّ، بل بعد انتقاله إلى غيره، وعموم أدلة الفضولي شامل للمقام على المفروض، إذ لو لا شمولها لما كان مجال للبحث في أصل المسألة، فتأمّل.

وإلى هذا الجواب تفتّّن المحقق الخراساني في حاشيته على المكاسب، فانه قال في تعليقه على عبارة المصنف: «نعم، لو فرضنا قصد المالك من ذلك الفعل فسخ العقد بحيث يُعدّ فسخاً فعلياً، لم يبعد كونه كالإنشاء بالقول»^(١). وقد تقدّم منه حكم الإنشاء بالقول حيث قال: «نعم، لو فسخ المالك الأول نفس العقد بإنشاء الفسخ بطل العقد من حينه إجماعاً»^(٢). قال في التعليق: «يمكن أن يقال: إنّ فسخ المالك ورده بالقول أو بالفعل لا يكون إلّا فسخاً وإبطالاً لأثر العقد بالإضافة إلى المالك حين العقد (أي الذي كان يملك المال وقت العقد) لا مطلقاً، وذلك لأنّ وجه مانعيّة الردّ عن لحوق الإجازة، إمّا الإجماع، أو حديث سلطنة المالك على قطع علاقة الغير على ماله، أو كون الردّ سبباً لعدم حصول إضافة العقد إلى المجيز بعده، والقدر المتيقّن من الإجماع هو كون الردّ مانعاً بالنسبة إلى الرادّ، لا بالنسبة إلى غيره، والسلطنة غير مقتضية لقطعها أصلاً، كيف وإلّا كانت مقتضية لعدم تعلّقها به بدون إذنه ورضاه من رأس بطريق أولى كما لا يخفى، والسرّ أنّ مجرد العقد عليه، وبقاء أثره إلى أن تلحقه الإجازة، ليس بتصرّف في المال كي يكون للمالك منعه أو رفعه وقطعه. ولو سلّم، فتسلّطه على القطع، إنّما يكون بالإضافة إليه لا إلى غيره

(١) كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٤٤٥.

(٢) كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٤٤٥. لم أعرف وجهاً لهذا الإجماع. وقد ينافيه بعض الأحكام في كتاب الغصب، فراجع.

ممن حصلت له علقه بملاحظة القواعد. والرد إن منع عن حدوث الانتساب بعده، إنما يمنع بالنسبة إلى الرد لا غيره، فتأمل^(١). وهو جيد.

الوجه الخامس: الأخبار الخاصة، وهي كما تلي:

١- نهى النبي ﷺ عن بيع ما ليس عندك^(٢)، بالتقريب الآتي في فقه الأحاديث.

٢- رواية يحيى بن الحجاج - المصححة إلى محمد بن يحيى - قال: «سألت أبا عبد الله ﷺ عن رجل قال لي: اشتري هذا الثوب وهذه الدابة - ويعينها - وأربحك فيها كذا وكذا؟ قال ﷺ: لا بأس بذلك. قال: ليشتريها ولا تؤاجبه البيع قبل أن يستوجبها أو تشتريها»^(٣).

٣- رواية خالد بن نجيع (أو يحيى بن الحجاج) قال: «قلت لأبي عبد الله ﷺ: الرجل يبيعه فيقول اشتري هذا الثوب، وأربحك كذا وكذا. فقال ﷺ: أليس إن شاء أخذ، وإن شاء ترك؟ قلت: بلى. قال ﷺ: لا بأس به، إنما يحل الكلام ويحرم الكلام»^(٤).

٤- صحيحة محمد بن مسلم، عن أبي جعفر ﷺ قال: «سألت عن رجل أتاه رجل، فقال: ابتع لي متاعاً لعلني أشتريه منك بنقيد أو بنسيئة. فابتاعه الرجل من أجله. قال ﷺ: ليس به بأس، إنما يشتريه منه بعد ما يملكه»^(٥).

٥- صحيحة منصور بن حازم عن أبي عبد الله ﷺ «في رجل أمر رجلاً يشتري له متاعاً فيشتريه منه. قال ﷺ: لا بأس بذلك، إنما البيع بعد ما يشتريه»^(٦).

(١) حاشية المكاسب، المحقق الخراساني، ص ٧٢.

(٢) تذكرة الفقهاء، العلامة الحلي، ج ١٠، ص ١٤.

(٣) الكافي، ج ٥، ص ١٩٨.

(٤) الكافي، ج ٥، ص ٢٠١.

(٥) تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٥١.

(٦) تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٥٠.

٦- صحيحة معاوية بن عمار، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قُلْتُ لَهُ: يَجِئُنِي الرَّجُلُ يَطْلُبُ بَيْعَ الْحَرِيرِ مِنِّي، وَلَيْسَ عِنْدِي مِنْهُ شَيْءٌ، فَيَقَاوُلُنِي وَأَقَاوُلُهُ فِي الرَّبْحِ وَالْأَجَلِ، حَتَّى نَجْتَمِعَ عَلَى شَيْءٍ، ثُمَّ أَذْهَبُ فَأَشْتَرِي لَهُ، وَأَدْعُوهُ إِلَيْهِ. فَقَالَ عليه السلام: أَرَأَيْتَ إِنْ وَجَدَ بَيْعًا هُوَ أَحَبُّ إِلَيْهِ مِمَّا عِنْدَكَ أَيْسَرُ أَنْ يَنْصَرِفَ إِلَيْهِ وَيَدْعَكَ؟ أَوْ وَجَدْتَ أَنَّ ذَلِكَ أَيْسَرُ أَنْ تَنْصَرِفَ عَنْهُ وَتَدْعَهُ؟ قُلْتُ: نَعَمْ. قَالَ عليه السلام: لَا بَأْسَ»^(١).

٧- رواية الحسن بن زياد الطائي قال: «قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام إِنِّي كُنْتُ رَجُلًا مَمْلُوكًا فَتَزَوَّجْتُ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلَايَ، ثُمَّ أَعْتَقَنِي اللَّهُ بَعْدُ، فَأَجَدُّ النِّكَاحَ؟ فَقَالَ عليه السلام: أَعْلَمُوا أَنَّكَ تَزَوَّجْتَ؟ قُلْتُ: نَعَمْ؛ قَدْ عَلِمُوا فَسَكْتُوْا وَلَمْ يَقُولُوا لِي شَيْئًا. قَالَ عليه السلام: ذَلِكَ إِقْرَارٌ مِنْهُمْ أَنَّكَ عَلَى نِكَاحِكَ»^(٢).

فقه الأحاديث

وبعد عرض الأخبار يجب علينا أن نتدبر فيها.

فالخبر الأول لا بأس به سنداً لنقله بطريقي الخاصة والعامة، بل وشهرته لديهما.

أما عن طرق العامة، فلعله الحديث المروي عن حكيم بن حزام^(٣).

وأما عن طريق الخاصة فكالمنقول من الصدوق بإسناده عن شعيب بن واقد، عن الحسين بن زيد، عن الصادق، عن آبائه عليهم السلام في مناهي النبي صلى الله عليه وآله قال: «... وَنَهَى عَنْ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ»^(٤). وما روي في خبر سليمان بن صالح عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وآله عَنْ سَلَفٍ وَبَيْعٍ، وَعَنْ بَيْعَيْنِ فِي بَيْعٍ، وَعَنْ بَيْعٍ

(١) من لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص ٢٨٢.

(٢) تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٤٣.

(٣) مسند أحمد، ج ٣، ص ٤٠٢. سنن ابن ماجه، ج ٢، ص ٧٣٧. سنن أبي داود، ج ٢، ص ١٤٤.

سنن الترمذي، ج ٢، ص ٣٥٠. سنن النسائي، ج ٧، ص ٢٨٩. وغيرها مصادر أخرى.

(٤) الأمالي للصدوق، ص ٤٢٤. من لا يحضره الفقيه، ج ٤، ص ٨. وسائل الشيعة (آل البيت)

ج ١٧، ص ٣٥٧.

مَا لَيْسَ عِنْدَكَ، وَعَنْ رِبْحٍ مَا لَمْ يُضْمَنْ»^(١). وقد ادّعى الشيخ رحمته استفاضة هذا الحديث^(٢).

وبإيجاز: الحديث مُطْمَأَنَّ إليه سنداً، ولكن البحث في الدلالة التي احتمل في الحديث بالنسبة إليها احتمالات:

أحدها: النهي عن بيع الغصب، فيكون مفاد الحديث مفاد التوقيع الصادر عن العسكري عليه السلام إلى الصفار: «لَا يَجُوزُ بَيْعُ مَا لَيْسَ يَمْلِكُ»^(٣).

وثانيها: أنه لا يجوز بيع الكلّي معجلاً، ويُؤيّده استناد العامة إليه في ذهابهم إلى عدم جواز بيع الكلّي حالاً.

وثالثها: أن يكون في موضوع البحث من إبرام البيع قبل أن يشتري المبيع الشخصي. وقد فهم العلامة رحمته هذا المعنى من الحديث، حيث نُقل عنه قوله: «لأنه عليه السلام ذكره جواباً لحكيم بن حزام حين سأله عن بيع الشيء فيمضي ويشتريه ويسلمه، فإنّ هذا البيع غير جائز»^(٤).

أقول: ظاهر لفظ «لَا تَبْعُ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ» في الوقت الذي يحتمل كل هذه الوجوه الثلاثة، يشملها جميعاً، وليس هناك ما يدعونا إلى اختصاصه بأحدها، حيث إنّ عدم الوجدان معناه عدم الملكية في المقام، إذ هو المنصرف إليه إطلاق اللفظ، وعدم الملكية قد يكون مع وجود العين المبيعة بيد البائع ولكنه مملوك الغير، فإن أخذ غصباً كان الموضوع بيع الغاصب، أو مع وجوده بيد المالك، فإن باعه شخصاً - أي باع الحرير الفلاني المشار إليه - فيكون بيع الشخصي، وإن باع كلياً - أي الحرير الموصوف بهذه الصفات - كان من البيع الكلّي الجائز عندنا دون العامة. ولا ضير في ذلك إذ إنّ شمول اللفظ لا ينافي عدم إرادته ببيان مخصّص خارجي،

(١) تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢٣٠.

(٢) انظر: كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٤٤٦.

(٣) الكافي، ج ٧، ص ٤٠٣.

(٤) انظر: كتاب الكاسب، ج ٣، ص ٣٦٧، و: مفتاح الكرامة، ج ١٢، ص ٥٩٦.

وهو في المقام الحديث الخاص المصرّح بجواز بيع الكلي حالاً. وبالجمله فلا يأبى الحديث عن شمول المقام ولا يضره دخول غيره تحته.

وأما سائر الأحاديث التي تشتمل على بعض الصحاح فانها ظاهرة الدلالة على المنع، وليس هناك ما يقتضي صرف دلالتها إلا احتمالان:

أحدهما: يُقرّر بأن البيع المذكور على ثلاثة أقسام: فقسم يبيع مال الغير بدون أن يقصد الاشتراء من صاحبه أبداً، كبيع المغصوب، وهذا البيع باطل إذ إنه في غير ملك، إلا إذا تلتته الإجازة. وقسم يبيع بقصد ذلك، ولكنه لا يبيّن العقد على ذلك، بل يبيع مطلقاً، ولكنه يشتري العين المبيعة من مالكة لكي يوفي بعقده السابق، وهذا مورد الأحاديث. وقسم يبيع مال الغير بانياً على الاشتراء منه، كأن يقول، أبيعك لك بشرط ان يبيعي مالكة، وهذا جائز وغير مشمول للأحاديث.

ونوقش بأن إطلاق الأحاديث مانع عن صحة هكذا عقد أيضاً.

وثانيهما: يُقرّر بأن معنى النهي عن البيع ترتيب آثار الملكية قبل الاشتراء، وهو غير صحيح، إذ إن المالك الشرعي للمبيع هو المالك، أما الفضولي البائع والمشتري منه فهما غير مالكين، فترتيب آثار الملك على عقدهما منافٍ لسلطة المالك الأصلي على ماله. أما البيع بدون ترتيب الآثار فلا بأس به، إذ لا محذور فيه، وقد يدل عليه قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «.. وَلَا تُوَاجِبُهُ الْبَيْعُ»^(١)، إذ الظاهر منه إجراء الصيغة بدون ترتيب كل الآثار.

ونوقش فيه بأن هذه الأحاديث يفسر بعضها بعضاً، ومن بينها ما هو ظاهر في عدم صحة البيع من رأس، إذ قال الإمام عَلَيْهِ السَّلَامُ فيه: «أَرَأَيْتَ إِنْ وَجَدَ بَيْعاً هُوَ أَحَبُّ إِلَيْهِ مِمَّا عِنْدَكَ أَيْسَرُ أَنْ يَنْصَرِفَ إِلَيْهِ وَيَدْعَكَ؟ أَوْ وَجَدْتَ أَنَّكَ أَتَسْتَطِيعُ أَنْ تَنْصَرِفَ عَنْهُ وَتَدْعَهُ؟»^(٢).

(١) الكافي، ج ٥، ص ١٩٨.

(٢) من لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص ٢٨٢.

وهو ظاهر في أنّ البيع -الذي من أخف آثاره وأهونها عدم صحة نقضه- غير صحيح وغير واقع، بل الصحيح والواقع المقابلة والمفاوضة التي تتقدّم البيوع غالباً، والتي هي المقصود من قوله: لا تواجهه البيع. وبالجمله فدلالة هذه الأحاديث مثل سندها غير قابلة للخذشة. نعم، في دلالة الحديث الأخير على المقام نوع من الخفاء، وقد وجهها الشيخ قُدِّسَتْ بأنه لو كانت صلاحية المعاقدة بعد إجراء العقد تكفي عنها حين العقد لكان نكاح العبد الذي أوقعه بدون إجازة مولاه ثم أعتق أولى بالصحة، إذ اشتراط عقد العبد بإجازة مولاه أهون بكثير من اشتراط عقد كل أحد بكونه مالكا للمعقود عليه، وحيث إن الإمام عَلَيْهِ السَّلَامُ قَصَّرَ الجواز بما إذا سكت المولى عن عقده بعد اطلاعه عليه الدال على رضاه به، فهمنا من ذلك أنّ حرية العبد لا تؤيّد صحة العقد الذي أوقعه قبلها بدون إذن مولاه، وإذ لم يصحّ نكاح العبد بهذا الشأن، فغيره بطريق أولى^(١).

ثم إنه قد عرفت أنّ إطلاق الأخبار شامل لصورة ما إذا أجريا البيع بانيّن على أنه لو ابتاع البائع المبيع من المالك صحّ البيع وإلّا فلا، إذ هو أحد الأقسام غير النادرة في بيع ما لا يملك، كما أنّه يشمل عدم صحة البيع بمعنى كونه قابلاً للحقوق الإجازة به، كما في الفضولي، وذلك بأن يكون العقد الذي أُجري قبل التملك بمنزلة عقد الفضول على مال الغير، لا يبرم شيئاً، وإنما للعاقّد بعد التملك أن يحسبه ماضياً، بأن يجيزه، وإلّا يحسبه كذلك بآلّا يجيزه. كل هذا للتصريح في خبر خالد بن الحجاج بأن الجائز من بيع ما لا يملك هي الصورة التي يكون المشتري فيه إن شاء أخذ وإن شاء ترك، ولا خيار للمشتري -على المشهور- في بيع الفضولي بالنسبة إلى الأخذ والترك، وإنما الخيار للمالك بأن يُجيز أو لا.

نعم، على ما سبق اختياره في باب -من أنّ للمشتري والعاقّد الخيار في إجازة أو عدم إجازة البيع بعد اكتمال الشروط في بيع الفضولي- يمكن تصحيح هذا النوع من البيع بأن يكون المشتري فيه مختاراً، بعد أن يبتاع العاقّد السلعة من مالكها،

(١) انظر: كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٤٥٤.

بين أن يأخذها أو يتركها. وهذا هو المستفاد من مجموع أحاديث الباب، خصوصاً صحيحة معاوية بن عمار المتقدمة، وفيها: «أَرَأَيْتَ إِنْ وَجَدَ بَيْعاً هُوَ أَحَبُّ إِلَيْهِ مِمَّا عِنْدَكَ أَيْسَطِيعُ أَنْ يَنْصَرِفَ إِلَيْهِ وَيَدْعَكَ؟، أَوْ وَجَدْتَ أَنَّكَ أَتَسْتَطِيعُ أَنْ تَنْصَرِفَ عَنْهُ وَتَدْعَهُ؟. قُلْتُ: نَعَمْ. قَالَ ﷺ: لَا بَأْسَ»^(١). حيث قصر الإمام ﷺ جواز البيع بما إذا كان مجرد إجراء للصيغة دون ترتيب الآثار كلها. اللهم إلا أن يقال: بل ظاهر الحديث أن الكلام إن كان بحيث يبرم فيه العقد إبراماً حتى يكون مفاده عدم إمكان نقضه بوجدان بيع أحسن منه كان باطلاً، إذ هو عقد على ما لا يملكه، وإن كان مجرد مقالة ومفاوضة - كما عبّر عنه بلفظ المقالة في صدر الحديث - صحّ لعدم وقوع شيء، إذا فبيع ما لا يملك باطل، إلا أنه لا يقتضي عدم صلاحية الصيغة للحقوق الإجازة بها كما قلناه في بيع الغاصب.

تصحیح بيع الفضولي للمالك

هذا كله فيما إذا باعه لنفسه، أما إذا باعه للمالك، فقد ذهب الشيخ قدس سره في المكاسب^(٢) والسيد رحمته الله في الحاشية^(٣) إلى صحته، لأنه من أقسام الفضولي وخارج عن الأحاديث، إذ إنها واردة فيما إذا باعه لنفسه كما لا يخفى لمن تدبّر فيها.

نعم، يحتاج في هذا القسم إلى الإجازة باعتبار أنه لم يجر الصيغة لنفسه حتى يقال بأنه لا يمكنه ألا يفي بعقده، وإنما أجراه للمالك، ولم يلتزم بمفاده لنفسه، ولكن هذا لا ينافي صحة عقده مع الإجازة من جهة اختلاف العقد المجاز مع نوع الإجازة، فإنه عقد لزيد، مثلاً، ويجيز لنفسه لما تقدّم في مثل هذا الفرض من أن جوهر العقد هو تبادل عين بعين أخرى، ولا يراعى فيه مالكما.

أما في القسم السابق وهو ما لو باعه لنفسه ثم ملكه، فقد تقدّم عدم الحاجة إلى الإجازة، إذ على فرض صحته لم يفقد العقد شيئاً من موجبات الصحة سوى

(١) من لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص ٢٨٢.

(٢) كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٣٤٩.

(٣) حاشية المكاسب، ج ١، ص ١٤٠.

شيء واحد هو مالكية العاقد وقد حصلت. أما في سائر أنواع الفضولي التي ذهبنا إلى لزوم الإجازة فإنها كانت تفقد انتساب العقد إلى المالك الذي حصل بسبب الإجازة، ولا يكفي استصحاب عدم الصحة هنا بعد أن استظهرنا من الأدلة عدم الاحتياج إلى الإجازة، وذلك لأننا لم نشك في عدم الاحتياج إلى الإجازة كي نرجع إلى الأصل.

توضيح ذلك: إن صحة البيع ثم الامتلاك قد تكون بمعنى أن الصيغة السابقة كافية في النقل بعد الإجازة، بأن تكون الصيغة السابقة بمنزلة الصيغة الجارية في عقد الفضولي الذي تلحقه الإجازة، فتفيد فائدتها. ولا ريب في احتياجه حيثئذ إلى الإجازة، إذ العقد الحقيقي إنما هو الإجازة اللاحقة لا الصيغة السابقة. وقد تكون بمعنى أن النقل تمّ والبيع تحقق إلا أنه مشروط بامتلاك العاقد للمبيع - الذي هو مورد الأحاديث كلها - فمقتضى الصحة شمول ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ له من حين العقد، بحيث يجب على البائع تهئية السلعة للمشتري، فلا معنى لتوقفه على الإجازة بعد الامتلاك كما لا يخفى، سواء في ذلك ما لو تبايعا بانين على العقد الآتي، بحيث التزم العاقد بالمبيع بشرط أن يبيعه المالك، أو لا.

وحيث إن البحث إنما هو في صحة العقد بالمعنى الثاني، فإن الأقوى ما ذهب إليه فخر الدين، والشهيد الثاني بل الشيخ^(١)، ولا مجال لاستصحاب عدم وجوب الوفاء بالعقد قبل الامتلاك، حيث إنه على القول بالصحة يصير الوفاء بالعقد شاملاً له قبل الملك في فرض عدم البناء على العقد الثاني، وبعده بلا فصل في فرض البناء عليه.

ثم أعلم أن حكم سائر أقسام النقل كالهبة والصلح حكم البيع.

الاشتباه في حق التصرف في المبيع

فرع: في حكم الغلط باعتبار حق التصرف في المبيع، كما إذا باع بظن أنه للغير ملكاً أو ولاية فتبين أنه له، أو بظن أنه له فظهر أنه لغيره. وموضع هذه المسألة،

(١) انظر: كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٤٣٥-٤٥٦.

وإن كان باب الخيارات، لأنه من باب عدم مصادفة العقد للمقصود منه، إلا أنه لمناسبته باب الفضولي وذكر الشيخ^(١) وغيره له هنا، نتعرض له ها هنا.

والفرض الأول ينقسم إلى أربعة أقسام، لأنه إما أن يبيعه للغير أو لنفسه، وأيضاً إما أن يتبين بعد البيع أنه كان والياً مأذون التصرف حينه أو يظهر أنه كان مالكا.

القسم الأول: أن يبيع للغير فيظهر ولايته عليه. مثل أن يبيع لغلام فيظهر أنه كان وصي والده الميت، ولا ريب في صحة هذا العقد، بل لم يظهر خلاف فيه إلا من القاضي^(٢)، حيث ذهب في مسألة ما لو أذن المولى لعبده في المعاملة ولم يُنبئه، فعقد العبد قبل أن يطَّلَعَ على الإذن، ذهب القاضي فيها إلى البطلان، ولكن احتجَّ عليه بأنه صادف إذناً فلا وجه لبطلانه.

وهل يتوقف - على فرض الصحة - على الإجازة أم لا؟ الظاهر عدم التوقف إلا في بعض الموارد.

القسم الثاني: أن يبيع مال الغير لنفسه فيتبين كونه ولياً. والظاهر الصحة فيه أيضاً، على أن يتوقف على الإجازة لوقوعه للمالك، لعدم قصده إلى ذلك.

أما وقوعه للعائد، فهو متوقف على أمرين: الأول صلاحية الولي لهكذا تصرف الذي يجعل مال الطفل لنفسه، ولعله قد توجد في ذلك غبطة للطفل المولى عليه. الثاني إمكانية بيع المال لغير المالك شرعاً، كأن يبيع مال زيد لعمرو، وفي هذا الفرض لا يحتاج إلى الإجازة إلا في بعض الموارد.

القسم الثالث: أن يبيع المال لنفسه بزعم أنه للغير فبان أنه له، فهو صحيح حتى على القول ببطلان عقد الفضولي بغير إشكال، إلا أن توقفه على الإجازة أو عدم توقفه محل إشكال.

(١) انظر: كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٤٥٨-٤٦٦.

(٢) كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٤٥٩. وحكاها العلامة ثُمَّ في: مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٤٣٥.

القسم الرابع: أن يعقد على المال للغير بزعم أنه له، فإذا هو قد كان لنفسه، ولا ينبغي الإشكال في صحته حتى على القول بعدم صحة الفضولي. إلا أن طائفة من الفقهاء ذهبوا إلى البطلان واحتجوا بأمر:

١ - إنه لم ينقل المال عن نفسه بل عن المالك، ونحن نعرف أن العقود تتبع القصد، فيجب ألا يقع عن نفسه.

ونوقش فيه بأن جوهر المعاملة تبادل المال بمال آخر، بمعنى جعل مالك هذا ذاك ومالك ذاك هذا. أما أن المالك من هو؟ وماهي صفته ومشخصاته؟ فليس بملحوظ في العقد. ولذا قلنا بصحة معاملات الغاصب وهو من أظهر مصاديق تخلف القصد التبعية عن المقصود، لأن ملاحظة الشخص غير متعارفة في إجراء العقود، بل الملاحظ عند العرف مشخصات العقد والعوضين فقط، والشارع يمضي معهود العرف.

٢ - إن الفضول كالعابث بفعله، حيث إنه يتصرف فيما ليس له التصرف فيه، فلا يفيد تصرفه شيئاً. ولعل مرجع هذا الوجه إلى أن الفضول غير مريد لواقع العقد، فإنشاؤه كإنشاء النائب والعبث غير مفيد.

ونوقش فيه بما تقدم من أن الفضول مريد للبيع الواقعي ولو بادعاء أن له التصرف أو بانتظار الإجازة من المالك.

٣ - إن الفضول إن لم يكن عابثاً فإنه مُعلّق للبيع على صورة تملكه للمبيع، فكأنه يقول: بعثك هذا المتاع بشرط أن يكون مالي. وقد يُسّن في محله أن التعليق مبطل للعقود.

وفيه - مع الإشكال في أصل إبطال التعليق وأن هذا ليس من التعليق، إذ إن الفضول يزعم أن المال ليس له ولا يتعامل بقصد أن يكون ماله، بدليل أنه يجعل البيع للمالك لا لنفسه - فيه مع كل ذلك نظر من جهة أن التعليق الذي يكون المشروط فيه شرطاً شرعياً في العقد لا بأس به، مثل أن يقول: طلقت هذه إن كانت زوجتي، أو أعتقت زيدا إن كان عبدي، والمقام منه.

هل يحتاج هذا العقد إلى الإجازة؟

لقد ذهب فريق من الفقهاء - كالمحقق الكركي والشهيد وغيرهما - إلى عدم الحاجة إلى الإجازة في هذا العقد، بينما رأى فريق آخر منهم لزوم تعقبه بالإجازة، واستدلا بأدلة متقابلة، وهنا يجدر بنا أن نقول:

إنّ المسألة من صغريات خيار الغلط الذي يقصد العاقد شيئاً يتبين خلافه بعد العقد، وإنّ الحكم هناك يختلف باعتبار الظاهر الذي يتكفل حكم المرافعات والواقع الذي يتمثل في الحكم الشرعي الذي يدين به العبد ربه. وموجز حكم الواقع بحسب الأدلة هو أنّ تخلف المقصود:

١ - قد يكون تخلف العقد عن جوهره، كأن يزعم أنه بيع فيظهر أنه هبة، أو يزعم أنّ العوض دار فيظهر أنّه تمر. والوجه فيه البطلان وعدم كفاية لحق الإجازة به في تصحيحه، وهو ظاهر.

٢ - وقد يكون تخلف العقد عمّا له أثر في جوهره، كأن يبيع شيئاً على أنّه أثريّ فإذا هو غير أثريّ، أو اشترى داراً بزعم أنها في حافة الشارع فتبين خلافه، أو ابتاع شيئاً على أنّه مال زيد فظهر أنه كان لعمر - إن كان له غرض مقصود باشتراء متاع زيد - ومنه ما لو باع بزعم أنه للغير فبان أنه لنفسه، أو بالعكس. والوجه في كل هذه الصور أنها متوقّفة على الإجازة، حيث إنها غير فاقدة لجوهر المعاملة، كتبادل قسم خاص من العوضين في المبيع، وحليّة فردين مخصوصين أحدهما للآخر في النكاح، بحيث لو لحقتها الإجازة لم يرَ العرف إلا أنّ المعاملة السابقة قد صحّت، لا أنّ الإجازة أحدثت معاملة جديدة كما كان العرف يرى مثل ذلك في القسم الأول. ولكن حيث إنّ كل عقد يفقد الرضا من المالك لا يُعتبر عند الشارع بعقد صحيح لقوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾، ولم يكن الرضا متعلّقاً بهذا الفرد بصورة مخصوصة، ولا يكفي الرضا بفرد آخر مكانه، فإنّ الرضا السابق لا يكفي لتصحيح هذا الفرد، لأنّ الرضا وإن كان متعلّقاً بهذا الفرد ظاهراً إلا أنّ الرضا الظاهري لا يكفي، بل المهم في كل

شيء يتوقف على الرضا هو الرضا الواقعي.

حيث إنَّ للرضا مراتب، فقد يتحقّق الرضا بنسبة معينة ولكنها غير كافية، فلا بد من جبر نقصه وتكميله بالإجازة، مثلاً: المغبون قد يكون راضياً بالصفقة ولكنه ليس كل الرضا، ولذلك يُجبر ضعف رضاه بالخيار، وهكذا أكثر موارد الخيار، وعند أخذ الخيار أو عدمه يكون الفرد قد حسم أمره وتجاوز تردده.

وهنا حينما يبيع الفرد مال أبيه - مثلاً - فضولاً، ثم يتبيّن له أنّه قد فارق الحياة، ولنفترض أنه هو الوارث الوحيد له، وبالتالي قد انتقل المال إليه، فهنا قد يكون رضاه بالبيع كاملاً حيث إنه كان - مثلاً - يتصرّف في أموال أبيه، وكان والده يمنحه ثقته بالكامل. في مثل هذا المورد لسنا بحاجة إلى إجازة مُجدّدة وهذا مورد نادر، أما في الحالات العادية، فإنّ التصرّف في مال أبيه والذي كان قد اعتمد على إجازته بالتالي، قد لا يماثل التصرف في ماله هو، وبالتالي لم يكن رضاه بالصفقة تاماً فهو بحاجة إلى إجازة.

ولعل اختلاف الموارد كان سبباً لاختلاف الآراء، حيث قال في مفتاح الكرامة بعد قول الماتن (العلامة رحمته الله): «ولو باع مال أبيه بظن الحياة وأنه فضولي، فبان ميتاً حينئذٍ، وأن المبيع ملكه، فالوجه الصحة»^(١)، قال: «وفي نهاية الأحكام أنّ الأقوى الصحة، وفي موضع من التذكرة حكم بالصحة، وفي هبة الكتاب»^(٢) جزم بالصحة، وقد يلوح منه هناك أنها محل إجماع فليرجع إليه، وفي الإيضاح وحواشي الشهيد وجامع المقاصد: أن المراد بالصحة اللزوم من غير توقّف على أمر آخر، واختار في الأخير توقّفه على الإجازة، ونقله الشهيد عن ابن المتوجّج، لأنّ نظر البائع فيما يتعلّق به مغاير لما يتعلّق بغيره. وعلّله في الإيضاح وجامع المقاصد بأنه لم يقصد إلى البيع الناقل للملك الآن بل هو مع إجازة المالك»^(٣).

(١) مفتاح الكرامة، ج ١٢، ص ٦٢٧ عن: قواعد الأحكام، ج ٢، ص ١٩.

(٢) أي: في باب الهبة من كتاب قواعد الأحكام.

(٣) مفتاح الكرامة، ج ١٢، ص ٦٢٧-٦٢٨.

وقد استشكل الشيخ رحمته الله على هذا التعليل بأن عدم القصد المذكور لا يقدح، بناءً على الكشف، بل يؤثر النقل بعد الإجازة^(١)، ثم قال رحمته الله: «فالدليل على اشتراط تعقب الإجازة في لزوم هو عموم تسلط الناس على أموالهم، وعدم حلّها لغيرهم إلّا بطيب أنفسهم، وحرمة أكل المال إلّا بالتجارة عن تراضٍ»^(٢).

ويبدو أنه رحمته الله عاد وأكد ما ذهب إليه المحقق الثاني رحمته الله في جامع المقاصد، حيث إنه علّل ضرورة الإجازة بأن مجرد القصد إلى البيع غير كافٍ، باعتبار أنه لم يقصد البيع النهائي، والأمر سهل.

(١) كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٤٦٣.

(٢) كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٤٦٣.



الفقه الاسلامي

قسم المسائل - بحث في البيع

الفصل الخامس

مُلْحَقَات

- ١- شُرُوطُ الْعَقْدِ الْفُضُولِيِّ
- ٢- كَيْفَ يَتِمُّ الرَّدُّ؟
- ٣- تَبَعَاتُ بَيْعِ الْفُضُولِيِّ
- ٤- الْفُضُولِيُّ فِي الْفَقْهِ الْمُقَارِنِ
- ٥- عَقْدُ الْمُنْتَطَقِلِ
- ٦- قَاعِدَةُ نَفْيِ الظُّلْمِ أَوْ الْإِثْرَاءِ بِالسَّبَبِ
- ٧- بَحْثُ مُقَارَنٍ عَنْ عُيُوبِ الرِّضَا وَالْخِيَارَاتِ

١ - شروط العقد الفضولي^(١)



تمهيد

للعقد - أي عقد - إطار وروح، أما الإطار فهو ما يُشترط فيه أو يُتعارف عليه من تحديد أركانه وتوفير الأحكام الخاصة به، وهذا - فيما يبدو لي - معنى التجارة. بينما الروح هو التراضي الذي ينفذ العقد، مثلاً: إننا في حياتنا اليومية نتعامل مع عشرات العقود، التي لا نعرف أطرها وأحكامها وقوانينها، مثل: الاشتراك في الماء والكهرباء والهاتف وشراء تذاكر الطائرة والسيارة والقطار، والدخول في معاملات (البورصة) وما إليها، ولكل عقد عشرات الأنظمة التي تشكّل إطاره والتي لا نعرف عنها إلا قليلاً، ولكن كل من هذه العقود لا تنفذ علينا إلا عند التراضي بها.

ولعل الآية الكريمة واضحة في ذلك حيث يقول ربنا سبحانه: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾.

وفي عقد الفضولي لا بد أن يتوافر إطاره، وإنما هو بحاجة إلى الرضا به من قبل المالك، مثلاً:

(١) من هنا إلى آخر الكتاب هي إضافات جديدة على الدراسة الاستدلالية، فبعضها كتبها سماحة السيد المرجع (المؤلف) دام ظله، عند إعداد الكتاب للطبع (١٤٣٥هـ)، تكملة لأبحاث الدراسة وبعضها الآخر منقولة من موسوعة (التشريع الإسلامي) بقلم المؤلف، لارتباطها بالموضوع.

من باع بيت أخيه المسافر تفضّلاً ولزعمه أنه سوف يرضى به، إنه لا يبرم الصفقة إلا بعد علمه بتفاصيل الثمن، وكيفية الدفع، وشروط المشتري إن كانت، وغيرها. وبعد إتمام الصفقة قد يجد المشتري بأن أخاه هو المالك، وأنه سوف يأتي ويرضى أو لا يرضى بالصفقة.

من هنا قال الشيخ الأنصاري رحمته الله: «يُشترط فيه كونه جامعاً لجميع الشروط المعتمدة في تأثيره عدا رضا المالك»^(١).

بقاء الشروط

بالنسبة إلى ما يُشترط في العقد، سواء ما يتصل بالعوضين أو بالمتعاقدين، هل يُشترط استمرارها إلى وقت الإجازة؟.

قال الشيخ الأنصاري رحمته الله: «لا ينبغي الإشكال في عدم اشتراط بقاء المتعاقدين على شروطهما»^(٢).

ولعل السبب هو ما أكّدناه بأن إطار العقد يرتبط بشروط المتعاقدين وقد تحقّق الإطار، فلو افترضنا أن زيداً باع بيت عمرو لشخص فمات المشتري، ثم أجاز عمرو البيع فهل يصح العقد؟ حسب الشيخ لا ينبغي الشك في صحته، حيث إن حقيقة العقد هي الصفقة التي أبرمها زيد مع المشتري، وكان العقد بحاجة إلى إجازة فتّمّت برضا عمرو.

ولكن الشيخ ذهب إلى ضرورة استمرار شروط العوضين بناء على النقل^(٣).

شرط علم المجيز

هل يشترط أن يكون المُجيز على علم بتفاصيل الصفقة أم لا؟.

يبدو أن اشتراط علم المتعاقدين إنما كان لدرء الخلاف، ومع تحقّق هذا

(١) كتاب المكاسب: ج ٣، ص ٤٦٧.

(٢) كتاب المكاسب: ج ٣، ص ٤٦٧-٤٦٨.

(٣) كتاب المكاسب: ج ٣، ص ٤٦٨.

الهدف بعلم المتعاقدين، فإن جهل المالك لا يضر، ويكون بمثابة جهل الموكّل بتفاصيل الصفقة التي يبرمها وكيله المفوض.

بل ولا يشترط علم المالك بطبيعة الصفقة هل هي بيع أو إجارة أو ما أشبه ما دام على ثقة بالمتعاقّد (الفضولي).

ويبقى سؤال: هل يشترط علم المالك بتحقيق الصفقة خارجاً، فلو كان في شك منها لا تنفع إجازته؟.

قد يقال: بلى، لأن هذا من شؤون العقد، ولا يجوز التعليق في العقود. وقد يقال العكس، لماذا؟ لأن اشتراط التنجيز في العقود إنما كان بسبب أن العقد من دونه لا يتحقّق، والمفروض أن العقد إذا كان قد تحقّق كإطار، يلحقه الرضا، وإلاّ يذهب الرضا سدى. قال الشيخ قضى: «لأن الإجازة وإن لم تكن من العقود حتى يشملها معاقّد إجماعهم (حيث اتّفقوا) على عدم جواز التعليق فيها، إلاّ أنها في معناها»^(١). ولكن يبدو أن هذا القدر من الدليل لا يكفي للخروج من أصالة عدم الاشتراط.

الفضولي وتسلسل العقود

إذا تتابعت المعاملات بعد عقد الفضولي فإن كل العقود متزلزلة، وإنما تلزم بإجازة المالك، فإذا أجاز العقد الأخير صحّ وحده دون ما قبله، لأنه دليل على رضاه فقط، وكذلك إذا أجاز العقد المتوسط لزم وما بعده.

أما في الثمن فبالعكس، وتفصيل ذلك تعرفه ممّا بينه في الجواهر قال رحمته الله: «إن الفضولي لو باع العبد مثلاً بسيف، ثم باعه المشتري من الفضولي بدار، ثم باعه الثاني بفرس، ثم باعه الثالث بثوب، فأجاز المالك منها بيعه بالدار، صحّ هو وبطل السابق قطعاً لعدم الإجازة، وذلك لأن إجازته الثاني تقتضي كون المبيع (أي العبد) باقياً على ملكه، وبقاؤه على ملكه يُنافي صحة شيء من العقود السابقة على ذلك

العقد، إذ لو صحَّ شيء منها لخرج المبيع عن ملكه فلم تُؤثِّر إجازته فيه.

وأما ما بعده من العقود فلا ريب في صحتها بناءً على (القول ب) الكشف لوقوع التصرُّف حينئذٍ في الملك . وأما على (القول ب) النقل فيحتمل البطلان (بالنسبة إلى العقود الأخر) لتعذُّر الإجازة حينئذٍ من المالك، والصحة بلا إجازة لحصول الملك للبائع الذي قد يتحقَّق رضاه ببيعه فضولاً ولم يبقَ إلاَّ الملك وقد حصل، و (يحتمل) الصحة مع الإجازة منه لكون الرضا الأول إنما كان والمال لغيره، ولعل الأول أقوى»^(١).

والقول بالصحة على النقل قد يكون باعتبار أن كل تلك العقود تصحُّ فضولية وبحاجة إلى إجازة جديدة. هذا فيما يتَّصل بتسلسل المعاملات على المبيع (وفي المثل السابق) على العبد. أما إذا تعاقبت المعاملات على الثمن فالأمر بالعكس، أي يصحَّ وما قبله، وفي ذلك قال: «وأما لو ترتَّب على الثمن، كما لو بيع السيف بقوس، ثم القوس بدابة، والدابة ببيعير، ثم البعير بدراهم، فإن الحكم ينعكس لو أجاز واحدٌ منها، فإنَّ ما قبله يصحَّ ويقف (يتوقَّف) ما بعده على الإجازة لأنه فضولي، فلو أجاز في المثال بيع الدابة بالبيعير مثلاً، استلزم إجازة ما قبله، لأنَّ إجازته إنما يعتدُّ بها شرعاً لو كان مالكاً للدابة، وإنما يكون مالكاً لها حينئذٍ لو ملك ما بذل في مقابله وهو القوس، وإنما يملك على هذا التقدير إذا ملك السيف، وإنما يملكه لو صحَّ بيع السيف، فيجب الحكم بصحته حملاً لكلام المسلم (ولعمله) على الوجه الذي يكون معتدّاً به شرعاً»^(٢).

والمراد هنا تبادل الثمن بغيره، أما إذا تداولت الأيدي المختلفة الثمن ذاته فيكون الحكم كالمُثْمَن، قال ثنَّيْثُ في الجواهر: «أما لو جرت العقود على الثمن خاصة، كما لو بيع السيف مراراً على حسب ما سمعته في المُثْمَن، لا عليه، ثم على ثمنه، وهكذا فإنَّ المُتَّجِه حينئذٍ في الفرض المزبور جريان حكم المبيع فيه من صحة العقد المجاز وما بعده»^(٣).

(١) جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٩٢.

(٢) جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٩٢-٢٩٣.

(٣) جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٩٣.



تمهيد

لقد أكدنا أنّ المعاملات قضايا اجتماعية كانت ولا تزال، وقد أمضى الشارع ما ترتّب عليها بعد بيان حدود معينة لها، وقد استفدنا من نصوص الوحي، كتاباً وأحاديث، عمومات وإطلاقات، في إمضاء الشارع، لا تخرج منها إلّا بأدلة ثانية، كقوله سبحانه: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾، وقوله سبحانه: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، وقوله ﷺ: «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ»^(١).

وهذه الحقيقة كما هي ثابتة في أصول المعاملات، ثابتة في تفاصيلها.

والفضولي عقد عرفي لم يردع عنه الشرع، بل أمضاه، ويبقى هذا العقد عرفياً في تفاصيله، ومنها ردّ العقد دون إجازته، فكيف يتم الرد؟.

واضح أنّه إذا صرّح المالك بأنه لا يرضى بهذا العقد كان ردّاً كاملاً. أما إذا سكت وهو يعلم أنه قد تحققت المعاملة، من دون أن يردّها فهل يعتبر سكوته رضا، كما سكوت البكر عند استيذائها للزواج؟.

إذا أرجعنا الأمر إلى العرف وقلنا قد يكون السكوت ردّاً عند العرف، وقد يكون قبولاً، وقد لا يدل على شيء، وعند الشك يفقد السكوت أية قيمة قضائية،

(١) وسائل الشيعة، ج ٢١، ص ٢٧٦.

بينما أمره رضا وردًا يرتبط بنيته عند ربه.

ويبدو أن مراد المحقق الحلبي رحمته وهو لا يعتبر السكوت رضا ولا ردًا، بيان ذلك قضائياً، أي في مقام الإثبات، قال: «ولا يكفي سكوته مع العلم، ولا مع حضور العقد»^(١)، وقال رحمته في الجواهر: «عند علمائنا وأكثر أهل العلم كما في محكي التذكرة»^(٢).

أما فيما بينه وبين الله سبحانه، فقد قال رحمته: «إنه لا بد مع إرادة الفسخ من قيامه في النفس على وجه لا ينقص عن المتلفظ به إلا باللفظ»^(٣).

ويبدو أنه من المعلوم عند الفقهاء أنه مع الرد الصريح لا مجال لإعادة القبول، فيكون الرد بمثابة رد صاحب الخيار، فلا يبقى موقع للقبول، وفي ذلك يقول الشيخ رحمته: «إن الرد إنما يثمر في عدم صحة الإجازة بعده»^(٤).

ولنا أن نتساءل: لماذا؟ فلو اعتبرنا العقد عبارة عن أمرين: عن إطار ظاهر وهو التوافق الأولي على الأخذ والعطاء في البيع وهو صورة العقد، وعن نية تتمثل بالتراضي، فإذا رد المالك العقد فإنه عبّر عن عدم رضاه، ولا دليل على أنه بذلك أفسد صورة العقد.

الردّ الفعلي

أما الردّ الفعلي، فهو على ثلاثة أقسام:

القسم الأول: الفعل المخرج عن الملك

قال الشيخ الأنصاري رحمته: «وكذا يحصل (أي الردّ) بكل فعل مخرج له (لما وقع عليه العقد) عن ملكه بالنقل أو بالإتلاف وشبههما كالتعق (بالنسبة إلى

(١) شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٨.

(٢) جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٩٣.

(٣) جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٩٥.

(٤) كتاب المكاسب: ج ٣، ص ٤٨٢.

العبد) والبيع والهبة والتزويج (فيما إذا كان الفضولي مثلاً عقد النكاح) ونحو ذلك. والوجه في ذلك: أن تصرفه بعد فرض صحته مَقُوتٌ لمحل الإجازة لفرض خروجه عن ملكه»^(١).

وهذا القول متين إلا في حالة واحدة نادرة: أن يكون المالك على علم بعقد الفضولي، وأنه إنما أجرى هذه العقود بصورة متزلزلة وكأنه فضولي في ملك نفسه. وقد أشار في الجواهر إلى مثل ذلك حين قال رَحِمَهُ اللهُ: «بل قد يقال بتصور حكم الفضولي من الإنسان نفسه، كما لو عقد بقصد إرادة نفس العقد مُصرِّحاً بتأخير الرضا إلى ما بعد ذلك، إذ دلالة العقد على الرضا إنما هي ظاهرية، يجوز تخلفها كما في المُكره»^(٢).

القسم الثاني: المخرج عن قابلية التصرف

ويضرب الشيخ مثلاً له باستيلاد الجارية، وإجارة الدار، وتزويج الأمة^(٣). ويرى الشيخ رَحِمَهُ اللهُ أن هذا التصرف لا يكون صحيحاً إلا إذا كان العقد ملغياً، أما مع إمكان إجازة العقد فإنه يكون تصرفاً باطلاً. قال: «لأن صحة الإجازة على هذا النحو توجب وقوعها باطلة، وإذا فرض وقوعها صحيحة منعت عن وقوع الإجازة»^(٤). وهذا كلام متين، وإنما نلاحظ فيه ما سبق وأن قلناه في القسم الأول.

القسم الثالث: التصرفات الأخرى

وقد ضرب أمثلة لذلك، مثل عرض العين التي وقعت معاملة الفضولي عليه للبيع أو للإجارة أو الرهن، وبالتالي التعامل مع العين كما لو لم يرد بيعها. وهذا

(١) كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٤٧٧.

(٢) جواهر الكلام: ج ٢٢، ص ٢٩٥.

(٣) كتاب المكاسب: ج ٣، ص ٤٧٧.

(٤) كتاب المكاسب: ج ٣، ص ٤٧٧.

التصرّف قد يعكس ردّاً للعقد الفضولي، إذا كان ملتفتاً إلى منافاته لإجازة العقد، فكيف يحتمل إجازة العقد الذي وقع فضالة وهو يتصرّف مثل هذه التصرفات.

أما إذا لم يكن ملتفتاً إلى تعارض تصرّفه مع إجازة العقد، كما لو كان -مثلاً- غافلاً عن تلك الصفقة، أو كان يريد أن يعرف سعر البضاعة حتى يُقرّر هل يُجيز أم لا، فإنه لا يعتبر ردّاً.

ويبدو أنّ معيار الردّ أو عدمه ليس ما يظهر عند العرف، بل ما ينوي هو من فعله، فإنما الأعمال بالنيات.

من هنا يقول الشيخ رحمته الله: «وأما الردّ الفعلي -وهو الفعل المنشأ به مفهوم الردّ- فقد عرفت نفي البعد عن حصول الفسخ به»^(١).



في البدء كلمة

كما ذكرنا في موسوعة التشريع الإسلامي فإننا قسّمنا بيع مال الغير بين المُتفضّل والمتطفّل^(١).

فالذي يبيع بضاعة جاره الغائب إذا تعرّضت لخطر أو ضرر، إنه مُتفضّل ومُحسن، بينما الغاصب الذي يبيع ملك غيره مُتطفّل.

وما نتحدّث عنه فيما يلي يختص بالثاني، ويبدو أن أكثر كلمات الفقهاء رحمهم الله وارد فيه.

١- المالك يستعيد المبيع (الملك)

عند ردّ المالك أو حتى عدم إجازته فالمالك يستعيد المبيع ومنافعه وتنطبق عليه أحكام المقبوض بالعقد الفاسد، والتي سبق الحديث عنها.

٢- كيف يستعيد المشتري الثمن؟

أما المشتري فقد يكون جاهلاً بالوضع فحاله تماماً حال المالك في تسلطه على البائع وأحكام المقبوض بالعقد الفاسد ذاتها تجري عليه.

(١) انظر: التشريع الإسلامي، ج ٩، ص ٢٤٧-٢٦١.

وقد يكون عالماً فإنه يستعيد الثمن إذا كان باقياً بذاته أو بقيمته، لأنه ملكه ولا سبب لخروجه عنه، أما إذا كان الثمن قد أتلّف حيث استفاد منه البائع الفضول، أو قصّر في حفظه فتلف، فضمانه عليه، تطبيقاً لقاعدة من أتلّف مال الغير فهو له ضامن، وأما إذا تلف الثمن في يد البائع من غير تقصير، فهل نأخذ بقاعدة الأمانة، وأنه ليس على الأمين إلاّ اليمين، حيث إنه استلم الثمن برضا المشتري، ولأنّ المشتري هو الذي أقدم على الضرر مع علمه بأن البائع ليس مالكاً. أو نعلم قاعدة اليد وأنّ البائع قد وضع يده على الثمن مضموناً حيث إنه قد جعل بدلاً عن العين، فيشمّله قوله ﷺ: «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذْتُ حَتَّى تُؤَدِّيَ».

والمشتري إذا سلط البائع لم يفعل ذلك بغير عوض، وإنما في مقابل العين، فهو لم يقدم على الضرر، ويد البائع ليست يد الأمانة بل يد القابض بالعقد الفاسد، وإنه كما إذا تلف المبيع بيد المشتري فهو ضامن فكذلك ثمنه. وهذا هو الأقوى فيما يبدو بالرغم من مخالفة الكثيرين لذلك، حيث يقول الشيخ رَحِمَهُ اللهُ: «وأما لو كان تالفاً (أي تلف الثمن في يد البائع) فالمعروف عدم رجوع المشتري، بل المحكي عن العلامة، وولده، والمحقق، والشهيد الثانيين، وغيرهم الاتفاق عليه»^(١)، وذكر الشيخ مُدْرِسُ وجه عدم الضمان بأنّ المشتري سلط البائع على ماله بلا عوض^(٢).

ولكنه استشكل على نفسه فقال مُدْرِسُ: «(إِنْ) تسلطه على الثمن بإزاء مال الغير لبنائه ولو عدواناً على كونه ملكاً له، ولولا هذا البناء لم يتحقّق مفهوم المعاوضة»^(٣).

وأجاب عنه بالقول مُدْرِسُ: «الضمان كون الشيء في عهدة الضامن وخسارته عليه، وإذا كان المضمون به ملكاً لغير الضامن واقعاً فلا يتحقّق الضمان الحقيقي مع علمهما بذلك»^(٤).

(١) كتاب المكاسب: ج ٣، ص ٤٨٥.

(٢) كتاب المكاسب: ج ٣، ص ٤٨٥.

(٣) كتاب المكاسب: ج ٣، ص ٤٨٧.

(٤) كتاب المكاسب: ج ٣، ص ٤٨٨.

أقول:

أولاً: إذا رجعنا إلى واقع الحال وسألنا المشتري: كيف أعطيت الثمن للبائع، هل بضمان أو بغيره؟ وكذلك لو سألنا البائع: كيف أخذته؟ فلا أحد يُنكر أصل الضمان.

ثانياً: إن ضمان اليد ما أخذت حتى تُؤدِّي حق استفدناه من الشرع ومن الحديث النبوي الشريف، وليس من تضمين المشتري، فما المخرج من القاعدة الثابتة والمطلقة؟ اللهم إلا إقدام المشتري على الإضرار بنفسه، لأنه قبل بأن يكون الثمن بإزاء مال الغير، والواقع إن إقدامه هذا لا علاقة له بتلف ماله، وإنما بأمور أخرى، مثلاً لو كان البائع سارقاً، أو كانت البضاعة ممنوعة، وحكم القضاء على المتعاون مع السارق أو بائع البضاعة الممنوعة بغرامة أو بمصادرة ماله، فإنه لا حق للمشتري بمطالبة أحد به، أما التلف بسبب أو بآخر في يد البائع فإنه لم يقدم على نفي ضمانه، والله العالم .

٣- غرامة الطرف الجاهل بالفضالة

قال المحقق الحلبي رَحِمَهُ اللهُ: «فإن لم يُجز (المالك) كان له انتزاعه من المشتري، ويرجع المشتري على البائع بما دفعه إليه، وما اغترمه من نفقة، أو عوض عن أجره، أو نماء، إذا لم يكن عالماً أنه لغير البائع أو ادَّعى البائع أن المالك أذن له»^(١).

وهذا الحكم مستند إلى قاعدة الغرور، حيث إن المغرور يرجع إلى من غرَّه. وباعتبار أن البائع قد غرَّ المشتري، حيث زعم له -ولو من ظاهر حاله- أنه البائع، وأن العقد معه تام، فإن عليه أن يغترم للمشتري المغرور به.

وحكى العلامة النجفي على ذلك الإجماع^(٢)، ويدل عليه خبر جميل، حيث روي عن أبي عبد الله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «فِي الرَّجُلِ يَشْتَرِي الْجَارِيَةَ مِنَ السُّوقِ فَيُولِدُهَا، ثُمَّ

(١) شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٨.

(٢) جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٣٠٠، قال رَحِمَهُ اللهُ: «بلا خلاف ولا إشكال».

يَجِيءُ مُسْتَحَقُّ الْجَارِيَةِ. قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: يَأْخُذُ الْجَارِيَةُ الْمُسْتَحَقُّ وَيَدْفَعُ إِلَيْهِ الْمُبْتَاعُ قِيَمَةَ الْوَلَدِ، وَيَرْجِعُ عَلَى مَنْ بَاعَهُ بِثَمَنِ الْجَارِيَةِ وَقِيَمَةِ الْوَلَدِ الَّتِي أُخِذَتْ مِنْهُ»^(١).

والخبر يدل على ضمان البائع لما خسره المشتري. والسؤال: وهل يتحمل البائع الغرامة عمّا استفاده المشتري من المنافع؟ قال العلامة النجفي: «المشهور أنه كذلك»^(٢).

لماذا مع العلم أنه قد استفاد؟ الجواب: لأنه إنما أقدم على هذا النفع مجاناً باعتبار الغرور من فعل البائع أو دعواه، فيكون حينئذٍ كما لو قُدِّمَ إليه طعام الغير فأكله جاهلاً^(٣).

وقد ذهب بعض الفقهاء رحمهم الله إلى عدم ضمان البائع، لعدم تضرر المشتري، أوليس قد انتفع، علماً بأن مبنى قاعدة الغرور التضرر؟

أما إقدامه على الانتفاع مجاناً بسبب تغيير البائع ففيه تأمل، إذ إن البائع لم يقدم شيئاً مجاناً للمشتري، إنما في مقابل المال. وعلى فرض صحة المعاملة فيكون كالمقبوض بالعقد الفاسد، وإن ما يُضْمَنُ بصحيحه يُضْمَنُ بفاسده.

٤- غرامة الطرف العالم بالفضالة

وإذا كان طرف عقد الفضولي عالماً بالأمر، فإنه لا يرجع إلى البائع بما اغترم للمالك. قال العلامة النجفي رحمته الله: «بلا خلاف ولا إشكال، لأنه بحكم الغاصب في إثبات يده على مال الغير قبل تحقق رضاه»^(٤).

وبتعبير آخر؛ إنه هو الذي أقدم على ذلك ولا أحد غرّه، فتشمله قواعد الضمان مثل قاعدة الإتلاف وقاعدة اليد، بل وقاعدة لا ضرر، حيث إن المالك قد تضرر،

(١) وسائل الشيعة، ج ٢١، ص ٢٠٥.

(٢) جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٣٠١.

(٣) جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٣٠١.

(٤) جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٣٠٥.

وضرره كان من قبل المشتري كما كان من قبل البائع، فعليه أن يتحمّله.

ويبقى سؤال: ما هو مصير الثمن الذي قدّمه المشتري للفضولي؟ يقول المحقّق الحلي في الجواب: «وقيل: لا يرجع بالثمن مع العلم بالغصب»^(١).

بل حكي أن المشهور بين الفقهاء، أنه ليس للمشتري الرجوع على الغاصب، وأطلقوا القول في ذلك^(٢).

ولكن العلامة النجفي يناقش هذا الرأي ويقول: «إلا أنه لا يخفى عليك ما فيه من الإشكال وعدم الانطباق على الضوابط المقتضية خلافه في نظائره كثمن الخمر والميتة وغيرها»^(٣).

أقول: كذلك على ما أسّسوه في المقبوض بالعقد الفاسد، وما استدلوا به فيه من قاعدة اليد والإتلاف، حيث إن المشتري لم يسلّط الغاصب على الثمن بلا مقابل.

ولكن العلامة النجفي عاد ووافق المشهور، مع أنه لم يقبل بالأدلة التي أقيمت لتأييد رأيهم، بل قال: «فالعمدة حيثنّذ (على هذا الرأي) ظهور إطباق الأصحاب»^(٤) (أي إجماعهم).

ويبقى سؤال: هل هذا الإجماع حجة كافية؟

ويظهر ممّا سبق أن بيع الغاصب وسائر عقوده تعتبر من الفضالة الناقصة (والتي سمّيناها بالتطفّل)، وأنه إذا لحقها الرضا من المالك اكتملت، بالرغم من أنّ الغاصب إنما يعقد لنفسه لا للمالك. ولكن هيكلية العقد وصورته سليمة، ويمكن تصحيحه بالرضا.

(١) شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٨.

(٢) جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٣٠٥.

(٣) جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٣٠٥.

(٤) جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٣٠٦.

٥- العقد على ما يملك وما لا يملك معاً

ماذا لو باع أحد ملكاً مشاعاً بينه وبين غيره، أو أجره، أو ما أشبه؟ قالوا: مضى عقده فيما يملك فيه حق التصرف، والباقي يتوقف على الإجازة، ويُقسط الثمن بعد أن يقوماً جميعاً، ثم يقوم أحدهما ويُقسَّم الثمن بالنسبة.

هذا إذا لم يكن الغرض من العقد عند البائع أو المشتري عقد كله أو تركه كله. وبتعبير آخر؛ كان العقد على نحو تعدد المطلوب. وهكذا لو أراد المشتري ردّ الجميع كان له ذلك، ومثل ذلك لو باع ما يصح بيعه وما لا يصح، كما لو باع شاة وخنزيراً، أو خلاً وخمراً.

طبعاً شريطة توافر سائر الشروط المعتبرة في البيع؛ كالمالية والعلم (عدم الغرر) وما أشبه.



باعتبار أنَّ العقود ممارسات اجتماعية لأنها تنظم العلاقات الاقتصادية بين الناس، فإنَّ الفقهاء الكرام قد أولوا اهتماماً بالغاً بالعرف فيها، ولأنَّ الأنظمة الوضعية تعكس عادة العرف الاجتماعي فإنَّ مقارنة بعض بحوث الفقه بما في تلك الأنظمة قد ينفع الفقيه، لذلك ننقل هنا بعضاً من بحوثنا عن الفضولي عن موسوعة التشريع الإسلامي^(١):

أولاً: في بيع المتفضل

من خصائص التشريع السليم الاستجابة لمتطلبات الحياة الاجتماعية، ولأنَّ الناس يُبتلون بالعقد الفضولي كثيراً، فمن الضروري بيان وجه الصحة أو البطلان فيه. أما كيف أن الابتلاء به كثير؟ فالأمثلة التالية شاهدة عليه:

قد يعقد المرء عقداً يزعم أن له حق التصرف فيه، ولكنه يكتشف غير ذلك؛ كما لو باع شخص سلعةً يزعم أنها له فتبيّن غير ذلك، فيكون البيع فضولياً. وقد يضطر الشخص إلى عقدٍ، كما لو كانت لغيره عنده سلعة تعرّضت للخطر والفساد، فلو لم يبيعها لم يستفد أحد منها، فيتصرف فيها بالبيع أو ما أشبهه، فيكون فضولياً. وقد يكون الشخص وكيلاً عن آخر، فباع واشترى وتصرّف في المال، ثم ظهر له أن

(١) انظر: التشريع الإسلامي، ج ٩، ص ٢٤٧-٢٦٥.

المالك كان قد عزله أو أنه قد تجاوز حدود صلاحيته، فيتحقق موضوع الفضولية. وفي كثير من الدعاوى التي يطول أمر البت فيها، لا يمكن تجميد الأنشطة التجارية حتى يتبين من له حق التصرف، فيكون من الفضولي.

وهكذا كان من الحكمة تصحيح العقد الفضولي إذا لحقه الإذن من المالك؛ أولاً: لتسهيل أمر التجارة، وتمشية المشاريع الاجتماعية. وثانياً: للجمع بين حق المالك وحق الآخرين الذين تصرفوا في المال، وربما بحسن نية، والذين وقعوا طرفاً للعقد من دون علمهم بالأمر. ثالثاً وأخيراً: لأن من مصلحة المالك قد يكون إتمام العقد، فإبطاله رأساً لا يخدم مصلحته، كما لا يخدم الآخرين.

ثانياً: عقد المتفضل

المتفضل هو الإحسان، والمتفضل هو الذي يريد خدمة من له حق التصرف على أن يستأذن من بعد. بينما المتطفل هو الذي لا ينوي خدمة من له التصرف، بل خدمة نفسه أو أتباعاً لهواه. ولأن الأنظمة الحديثة قد فرقت بين الشخصين، ولأن بعض الأحكام الفقهية تختلف بينهما، فكان من المناسب بحث كل في بند مختلف.

ويبدو من التعبير بلفظة (الفضولي) في لسان المتشريعة، أن مبدأ البحث في عقد غير المالك قد نشأ من بحث حالة المتفضل الذي هو المحسن^(١)، وذلك لأن للإحسان أحكامه الشرعية^(٢).

والمتفضل قد يكون وكيلاً للمالك يتصرف أكثر من حدود وكالته من أجل خدمة موكله؛ مثلاً: قد يوكل المالك شخصاً لإيجار داره ولكن الوكيل يجد صفقة فورية لبيع الدار، وفي تقديره أن المالك لو علم بالصفقة لبادر إلى تنفيذها، فيقدم

(١) هذا محتوى حديث مأثور عن الإمام أمير المؤمنين، حيث قال عَلَيْكَ في تفسير قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ﴾: «الْعَدْلُ الْإِنصَافُ، وَالْإِحْسَانُ التَّفَضُّلُ». نهج البلاغة، قصار الحكم، رقم: ٢٣١.

(٢) لم أجد من الكتب الفقهية التي عندي كتاباً يتعرّض للتفريق بين المتفضل والمتطفل.

الوكيل على ذلك مشروطاً بإجازة المالك.

وقد يكون المُتَفَضِّل من أصدقاء المالك، ويجد أن بيته الذي بيده مفتاحه يتعرَّض للهدم، فيقدم على ترميمه تفضلاً وانتظاراً لأمر المالك. أو يجد أن جاره قد عرض بيته للبيع، وأنه من المناسب جداً شراء البيت لصاحبه، فيقدم عليه.

ويشترك المُتَفَضِّل والطفيلي في صحة العقد بعد الإجازة حسب رأينا، والذي سوف نناقش أدلته فيما يأتي، إلا أن المُتَفَضِّل يمتاز عن صاحبه بعدم الضمان، بل وباستحقاق الأجر في بعض الأحوال.

ولقد أفاضت الأنظمة الحديثة في البحث عن المُتَفَضِّل الذي يسمونه بالفضولي، وهو المحسن، ووضعت له شروطاً وقوانين. دعنا نبحث أولاً عما قالوا، ثم نذكر آراءنا في أقوالهم.

١ - جاء في القانون المصري الجديد (في تعريف الفضالة): الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر، دون أن يكون ملزماً بذلك^(١).

وهكذا اشترط في الفضالة ثلاثة أركان؛ فورية الشأن، وأن يكون لمصلحة المالك، وألاً يكون ملزماً بذلك.

بلى؛ نصّت مادة أخرى من القانون^(٢) على أنه: تتحقّق الفضالة ولو كان في أثناء توليه شأنًا لنفسه قد تولى شأن غيره، لما بين الشائين من ارتباط.

٢ - أما حكم الفضالة، فقد رأى القانون المصري: أنه إذا أقر رب العمل ما قام به الفضولي، فحكمه حكم الوكيل^(٣).

(١) الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، ص ١٢٢٨ نقلاً عن القانون المدني الجديد المادة: ١٨٨.

(٢) الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، ص ١٢٢٨، المادة: ١٨٩.

(٣) الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، ص ١٢٢٩، المادة: ١٩٠.

وقد ضربوا الأمثلة التالية على ذلك: قبول هبة صدرت من شخص لرب العمل، وإيجار عقار مشترك شائع بينه وبين رب العمل، وبيع محاصيل زراعية له ممّا يسرع إليه التلف، وأن يوفي ضريبة واجبة على رب العمل توكيلاً للحجز الإداري^(١).

وقالوا: قد يكون الفضولي في هذه الحالات ناقص الأهلية (مثل الصبي المميز)، لأن تصرفه بالتالي بحاجة إلى إذن من المالك. بلى؛ المالك حين الإذن يشترط فيه الأهلية الكاملة، لأن إذنه يكون ماضياً فور صدوره^(٢).

بلى؛ في بعض الحالات يجب أن يكون الفضولي كامل الأهلية، مثلما إذا قام بتصرف قانوني بدلاً من المالك (رب العمل) مثل أن يتعاقد مع شخص لإصلاح بيته المشرف على الانهيار، أو مع المستشفى لإنقاذ حياته التي تعرّضت لخطر^(٣).

وقد اشترطوا كون العمل ضرورياً، كما قالوا: إنه لا يكون فضولياً من كان يظن أنه يعمل لنفسه فإذا به يعمل لمصلحة المالك. وذلك لأنهم اشترطوا أن يكون عمله للغير عن قصد.

وقد اشترطوا أيضاً ألا يكون رب العمل قد نهاه مسبقاً عن التدخل، فإنه لا يجوز له - حينذاك - أن يتفّضل بالتدخل، وإذا فعل فإنه يتحمّل الأضرار التي قد تلحق به، وعلى أي حال لا يكون محسناً أو متفضلاً.

وعدم النهي قد يجتمع مع علم المالك وسكوته عمّا يفعله لسبب أو آخر، وقد يكون منشأ عدم النهي جهله بما يجري. وعلى العموم يستثنى من ذلك ما لو أوجب تدخله حكم القانون وحكم الشرع، فإنه يجوز له التدخل حتى مع نهى رب العمل؛ مثلاً لو ترك الشخص الإنفاق على من تجب عليه النفقة، ونهى غيره عن

(١) الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، ص ١٢٣٢.

(٢) الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، ص ١٢٣٢-١٢٣٣.

(٣) الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، ص ١٢٣٣-١٢٣٤.

الإنفاق عليه، فإنه يجوز الإنفاق عليه من قبل المحسنين. ومثله ما لو امتنع صاحب الميت تجهيزه ونهى غيره، فإن المحسنين يجهزونه، ولهم أن يرجعوا في الحالتين إلى من وجبت عليه النفقة والتجهيز إن لم يكونوا مُتَبَرِّعين، وقد سَمَّى القانون هذا النوع من الفضولي بالإثراء بلا سبب.

مناقشة في الأدلة

١- ونحن نرى أن تسمية هذا النمط من التدخل بالتفضّل لا بأس به، لأن قاعدة الفضولي الأساسية - كما قلنا - هي قاعدة الإحسان. ومادام الإحسان متوفراً، فإن الفضالة موجودة. والحكم في الإحسان شرعاً قد بيّنته آية كريمة، حيث يقول ربنا سبحانه: ﴿لَيْسَ عَلَى الضَّعْفَاءِ وَلَا عَلَى الْمَرْضَى وَلَا عَلَى الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ مَا يُنْفِقُونَ حَرَجٌ إِذَا نَصَحُوا اللَّهَ وَرَسُولَهُ مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾^(١).

ومن السبيل على المحسن الذي نفته الآية الكريمة تحميله الأضرار الواردة. فلو افترضنا أن شخصاً قد دهسته السيارة وأخذه محسن إلى المستشفى استجابة لنداء وجدانه، فهل نحمله مسؤولية وفاة الشخص لو لم يهتم به الأطباء حتى مات، أو نحمله نفقات المستشفى؟ كلا؛ لأن ذلك يغلق باب الإحسان^(٢).

٢- كما نرى أن النهي عن التدخل في أمر العقد يجعل المُتَفَضِّل مُتَطَفِّلاً، وللمُتَطَفِّل أحكامه القادمة إن شاء الله. والغاصب، وهو الذي يبيع الشيء المغصوب، هو المثل الواضح لمن نهاه المالك عن التصرف في ملكه.

٣- ولا نرى ضرورة لاشتراط فورية الحاجة، فقد يكون المُحْسِن قد تفضّل

(١) سورة التوبة، آية: ٩١.

(٢) في بلد إسلامي كانت القوانين المرعية تقضي بأتّهام من حمل جريحاً أو مدهوساً بالحادثة حتى يثبت براءته، وسبب هذا القانون الجائر وفاة المئات ممّن كانوا بحاجة إلى إسعافات فورية وبالذات من ضحايا حوادث السير، ممّا اضطر الأجهزة المختصة إلى تغيير هذا القانون.

بالتدخل في منفعة المالك في أمر غير فوري؛ مثلاً أن أخي وجد من يشتري سيارتي التي عرضتها للبيع بثمن جيد، فباعها فضولة. فهو هنا مُحسن، ولا مانع من تطبيق قاعدة الإحسان عليه.

٤ - بلى؛ يشترط في المُحسن أن يقصد بعمله منفعة الآخر، أما من قصد إيصال النفع إلى نفسه فبلغ غيره، لا يُسمّى محسناً.

التزامات الفضولي

هل الفضولي ملتزم بشيء بعد بدئه بالتدخل في شأن رب العمل؟.

يقول القانون المصري: بلى؛ هناك أربعة التزامات؛ أولاً: المضي قدماً في العمل حتى يتمكن رب العمل من مباشرته. ثانياً: إخبار رب العمل بفعله في أقرب فرصة. ثالثاً: بذل عناية مناسبة للعمل. رابعاً: يُقدّم جرداً بالحسابات لرب العمل ويرد ما استولى عليه بالفضالة^(١).

مناقشة في الأدلة

١ - والدليل الذي يقدمه الدكتور السنهوري للبند الأول هو أن القانون أراد بذلك منع الاستهتار في الفضالة، حيث يقول: أراد المُشرّع - بهذا الالتزام - أن يمنع التدخل في شؤون الغير عن خفة أو استهتار^(٢).

ولكن لنا أن نناقش فيما ذكره السنهوري بأن ذلك إنما يكون فيما إذا كان التوقف يفسد العمل، كمن هدم جانباً من البيت، ثم لم يُرممه. أما إذا كان العمل بحيث لا يفسد بترك الاستمرار فيه، كمن يبيع نصف المحصول الزراعي الذي يتعرّض للفساد، أو يرش السم ضد الآفات في بعض مزارع المالك، ويدع البعض الآخر. فإن المُتفضّل يمكن أن يقوم به ويتركه لحين يأتي صاحبه، أو مُتفضّل آخر ليُكمّله.

(١) الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، ص ١٢٤٦.

(٢) الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، ص ١٢٤٧.

وهكذا لا نجد حكمة في منع مُحسن من القيام ببعض الإحسان إذا لم يكن ذلك مضرًا بمصلحة المالك.

ولعل بعض المُحسنين يكفّ عن الإحسان لو علم أن عليه إتمام إحسانه في كل الحالات، وبذلك نسد باب المعروف أمام طالبه.

بلى؛ إذا كان البدء بالعمل يقتضي في العرف الاستمرار فيه إلى حدّ معين، كان عليه ذلك، لأنه التزم به، ولأن في تركه ضرراً على المالك. وذلك مثل أن يبيع البضاعة ولكن لا يقبض الثمن، أو يقبضه ولا يحفظه، أو لا يعمل بالإجراءات القانونية الضرورية، وهكذا. فإن ذلك يعتبر نقضاً لعهد الذي دلّت عليه مبادرته، ومعلوم أن نقض العهد قبيح.

٢- لماذا يجب على الفضولي إخطار رب العمل؟ يقول القانون: لما كان لرب العمل أن يكف الفضولي عن التدخل فيما تصدّى له، لذلك كان من واجب الفضولي أن يخطره بتدخله في أول فرصة تتاح له^(١).

ويبدو أن هذا الشرط موافق للقواعد العامة، حيث إن التدخل في شؤون الغير لا يجوز إلّا بإذنه، ولأن التدخل واقع، فأخطاره ضروري للاستمرار فيه. أما إذا أراد أن يتوقّف عن الاستمرار، فأخطاره ضروري إذا كان المضي في العمل لازماً، ففي هذه الحالة فقط يلزم الإخطار.

٣- أما وجوب العناية المناسبة بالعمل، فإن ذلك من مقتضيات قيامه بالعمل الذي يفرض عليه نوعاً من التعهّد، وتعهّده ليس بإنجاز العمل، بل ببذل ما يحتاجه من العناية التي يبذل أمثاله بأعمالهم.

أما إذا أهمل الإنسان بعد التزامه بالعمل، فإنه يتحمّل تبعه خطئه، ومعيار الخطأ هنا كمعياره في الوكيل الذي التزم بإنجاز عمله فأهمل وقصر.

(١) الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، ص ١٢٤٩ عن بعض المصادر القانونية.

بلى؛ باعتبار الفضولي مُحسناً، فإن مسؤوليته أخفّ، خصوصاً في القصور الذي يقع منه من دون إهمال، فإن قوله سبحانه: ﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾^(١) يشملُه.

موت الفضولي

ماذا لو مات الفضولي أو رب العمل، ماهي واجبات وحقوق الورثة؟.
يقول القانون: إن الفضالة تنقضي بموت الفضولي، كما الوكيل الذي تبطل وكالته بموته^(٢).

ولكنه يضيف: إن على الورثة إذا علموا بالفضالة وكانوا أولي أهلية قانونية تامّة، عليهم أولاً إخطار رب العمل بوفاة الفضولي، وثانياً عليهم أن يحافظوا على ما تمّ من عمل بأن يصلوا به إلى حالة لا يتعرّض معها للتلف^(٣).

أقول: أما إخبار المالك، فلأن ماله عندهم وعليهم أن يردّوه إليه بمقتضى قول الرسول ﷺ: «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذْتُ حَتَّى تُؤَدِّيَ». وأما وجوب المحافظة عليه فلذات السبب، حيث إن قوله ﷺ: «عَلَى الْيَدِ..» يقتضي وجوب المحافظة، وإلاّ كانت اليد ضامنة.

موت رب العمل

وأما عند موت المالك، فإن الفضالة لا تنقضي به -حسب القانون- إنما يجب على الفضولي أن يوفي بالتزاماته أمام الورثة، لأن الفضولي يبقى فضولياً سواءً بالنسبة إلى المالك الأول أو الثاني^(٤).

(١) سورة التوبة، آية: ٩١.

(٢) الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، ص ١٢٦٠.

(٣) الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، ص ١٢٦٠.

(٤) الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، ص ١٢٦١.

التزامات المالك

الأصل في الفضالة إجراء أحكام الوكالة عليها بعد الإجازة، ولذلك فإن المالك عليه الأمور التالية حسب القانون:

- ١ - تنفيذ التعهّدات التي عقدها الفضولي بالنيابة عنه.
- ٢ - إعطاء الفضولي النفقات التي أنفقها إن كانت ضرورية ونافعة.
- ٣ - أن يعوّض الفضولي عن التعهّدات التي عقدها هذا باسمه.
- ٤ - أن يُقدّم للفضولي أجراً على عمله إذا كان العمل الذي قام به الفضولي يدخل في أعمال مهنته.
- ٥ - وأن يعوّض الفضولي عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل^(١).

أجر الفضولي

أقول: المعيار عندنا حسب القواعد التي نستوحيها من الشرع؛ أن العمل الذي قام به الفضولي إذا كان أقدم عليه إحساناً وتبرّعاً فلا يحقّ له مطالبة المالك بأجره، وإن كان إنما أقدم عليه لأخذ أجرته منه، فإذا رضي المالك بالصفقة فقد رضي ضمناً بما يترتّب عليها ومنها أجر الفضولي، كما سائر مستلزمات الصفقة. ولكن القانون اشترط أن يكون العمل الذي قام به الفضولي من مهنته؛ كالطبيب الذي مارس مهنة الطب فضولياً، أما إذا رَمَمَ الطبيب بيت جاره فلا يستحق أجراً على ذلك، لأنه ليس من مهنته. ولعل ذلك لأنه في هذه الحالة لا يبحث عن نفع له. بينما إذا كان العمل الذي قام به ضمن مهنته، فهو يبحث عن أجر.. ولنا في قصة النبي موسى عليه السلام مع ابنتي شعيب شهادة على أن العمل الذي قام به تبرّعاً استحق عليه أجراً عند شعيب، مع أنه قام به من دون أمره؛ إحساناً منه وتفضلاً. والحكم الشرعي في هذه المسألة بحاجة إلى مزيد تأمل.

(١) الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، ص ١٢٦٣.

ألف: تصحيح عقد المتطفل

ويشمل المتطفل كل من تعاقد من دون إذن من له حق التصرف (المالك أو رب العمل)، سواء علم أنه كذلك أم لم يعلم؛ مثل الذي يظن نفسه مالكا للتصرف فيتبين أنه ليس كذلك.

وسواء كان معتدياً كالغاصب أو غير معتدٍ كالجاهل، وسواء أراد بذلك منفعة نفسه أو غيره، وسواء سبقه النهي من المالك أم لم يسبقه.

وقد صحح أكثر الفقهاء هذا النوع من العقد إذا لحقه إذن المالك^(١) كما بين ذلك العلامة النجفي، حيث قال رَحِمَهُ اللهُ: «على الأظهر الأشهر، بل المشهور، بل قيل: إنه كاد يكون إجماعاً، بل ربما أشعر قوله -أي العلامة الحلي تَبَيَّنَ-: (عندنا) في التذكرة بالإجماع عليه»^(٢).

وقد استدلوا على صحة عقد الفضولي -حتى ولو كان مُتَطَفِّلاً- بالأدلة التالية:

١ - إن هذا العقد تتوافر فيه بعد الرضا كل أركان العقد، فتشمله الأدلة التي

(١) التعبير بالمالك يناسب البيع والإجارة، والتعبير برب العمل يشمل أيضاً النكاح والطلاق، والتعبير بصاحب الحق يشمل أيضاً الولي. والتعبير الأول هو الشائع في عرف الفقهاء، لأنهم

يبحثون عقد الفضولي في البيع عادة، بينما التعبير الثاني هو الشائع في لغة القانون.

(٢) جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٧٤.

تُوجب الوفاء بالعقد، مثل قوله سبحانه: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾.

بلى؛ الرضا في هذا العقد متأخر عن بقية أركان العقد، وليس لدينا دليل على ضرورة تقارن العقد والرضا. وعقد الفضولي تماماً كالوكالة، إلا أن الوكالة عقد مع سبق الرضا (بالتوكيل للتوكيل)، والفضولي عقد مع لحوق الرضا.

٢- إن الفضولي عقد جرت سيرة المسلمين عليه، باعتبار أن كثيراً من الوكلاء والأقرباء والأحباء كانوا يُجرون عقوداً خارج إطار صلاحيتهم، خصوصاً مع اتساع البلاد الإسلامية والثقة المتبادلة بين المسلمين^(١)، وكثرة المعاملات التجارية بينهم وانعدام المواصلات السريعة. وفي استعراضنا للدليل الثالث بعض الشهادة على ذلك.

٣- هناك نصوص شرعية مُتفرقة تشهد بوقوع المعاملات التطفلية في العصر الأول، وإقرار الرسول ﷺ والأئمة المعصومين عليهم السلام لها. وفيما يلي نستعرض بعض تلك النصوص:

ألف: أهم هذه النصوص هي التي وردت في عقد النكاح، وسبب الأهمية أمران: الأول؛ كثرة النصوص الواردة في النكاح. الثاني؛ أن أمر النكاح صعب، وقد اهتم به الشرع المقدس. أوليس النكاح سور بيت الإيمان وقيم الوحي، وبه تنشأ الأسرة المباركة، والحياة الطيبة؟.

وقد أجمع الفقهاء رحمهم الله -تبعاً للنصوص- على صحة مثل هذا العقد في النكاح، وفيما يلي بعض تلك النصوص:

- روي عن ابن عباس «أَنَّ جَارِيَةَ بَكْرًا أَتَتْ النَّبِيَّ ﷺ فَذَكَرَتْ أَنَّ أَبَاهَا زَوَّجَهَا وَهِيَ كَارِهَةٌ، فَخَيَّرَهَا النَّبِيُّ ﷺ». وفي خبر آخر: «أَنَّ رَجُلًا زَوَّجَ ابْنَتَهُ وَهِيَ كَارِهَةٌ، فَخَيَّرَهَا النَّبِيُّ ﷺ، فَقَالَتْ: اخْتَرْتُ مَا صَنَعَ أَبِي، وَإِنَّمَا أَرَدْتُ أَنْ أُعْلِمَ

(١) انظر: جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٧٥-٢٧٦.

النِّسَاءُ أَنْ لَيْسَ لِلْأَبَاءِ مِنْ أَمْرِ أَبْنَائِهِمْ شَيْءٌ»^(١).

- روى محمد بن مسلم، عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عليه السلام: «أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ رَجُلٍ زَوَّجَتْهُ أُمُّهُ وَهُوَ غَائِبٌ؟ قَالَ عليه السلام: النِّكَاحُ جَائِزٌ، إِنْ شَاءَ الْمُتَزَوِّجُ قَبْلَ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ، فَإِنْ تَرَكَ الْمُتَزَوِّجُ تَزْوِيجَهُ، فَالْمَهْرُ لَا زِمَ لَأُمِّهِ»^(٢).

- عَنْ أَبِي عُبَيْدَةَ قَالَ: «سَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرٍ عليه السلام عَنْ غُلَامٍ وَجَارِيَةٍ زَوَّجَهُمَا وَلَيَّانَ لَهُمَا وَهُمَا غَيْرُ مُدْرِكَيْنِ؟ فَقَالَ عليه السلام: النِّكَاحُ جَائِزٌ، وَأَيُّهُمَا أَدْرَكَ كَانَ لَهُ الْخِيَارُ، فَإِنْ مَاتَا قَبْلَ أَنْ يُدْرِكَ كَا فَلَا مِيرَاثَ بَيْنَهُمَا وَلَا مَهْرَ إِلَّا أَنْ يَكُونَا قَدْ أَدْرَكََا وَرَضِيَا»^(٣).

باء: الحديث المعروف عن النبي ﷺ والذي اشتهر بين المذاهب الإسلامية؛ «عَنْ حَكِيمِ بْنِ حِزَامٍ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ بَعَثَ مَعَهُ بَدِينَارٍ يَشْتَرِي لَهُ أُصْحِيَّةً، فَاشْتَرَاهَا بِدِينَارٍ، وَبَاعَهَا بِدِينَارَيْنِ. فَرَجَعَ فَاشْتَرَى أُصْحِيَّةً بِدِينَارٍ، وَجَاءَ بِدِينَارٍ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فَتَصَدَّقَ بِهِ النَّبِيُّ ﷺ، وَدَعَا أَنْ يُبَارَكَ لَهُ فِي تِجَارَتِهِ»^(٤).

جيم: وفي الحديث المأثور عن أبي جعفر عليه السلام، قال: «قَضَى فِي وَلِيدَةٍ بَاعَهَا ابْنُ سَيِّدِهَا، وَأَبُوهُ غَائِبٌ، فَاسْتَوْلَدَهَا الَّذِي اشْتَرَاهَا، فَوَلَدَتْ مِنْهُ غُلَامًا، ثُمَّ جَاءَ سَيِّدُهَا الْأَوَّلُ، فَخَاصَمَ سَيِّدَهَا الْآخَرَ، فَقَالَ: وَلِيدَتِي بَاعَهَا ابْنِي بِغَيْرِ إِذْنِي. فَقَالَ: الْحُكْمُ أَنْ يَأْخُذَ وَلِيدَتَهُ وَابْنَهَا. فَنَاشَدَهُ الَّذِي اشْتَرَاهَا، فَقَالَ لَهُ: خُذْ ابْنَهُ الَّذِي بَاعَكَ الْوَلِيدَةُ حَتَّى يُنْفَذَ لَكَ الْبَيْعُ. فَلَمَّا أَخَذَهُ قَالَ لَهُ أَبُوهُ: أَرْسِلْ ابْنِي. قَالَ: لَا وَاللَّهِ لَا أَرْسِلُ إِلَيْكَ ابْنَكَ حَتَّى تُرْسِلَ ابْنِي. فَلَمَّا رَأَى ذَلِكَ سَيِّدُ الْوَلِيدَةِ أَجَازَ بَيْعَ ابْنِهِ»^(٥).

وهكذا نجد أن النبي ﷺ لم يردع عروة من التجارة بديناره، كما لم يُبطل الإمام عليه السلام بيع الابن جارية أبيه في غيابه، بل علّقه على إجازة الأب بعد العودة،

(١) جامع المقاصد، ج ١٢، ص ١٥١.

(٢) الكافي، ج ٥، ص ٤٠١.

(٣) الكافي، ج ٧، ص ١٣٢.

(٤) أمالي الطوسي، ص ٣٩٩.

(٥) الكافي، ج ٥، ص ٢١١.

بالرغم من أن الأب كان متردداً في البدء في إنفاذ هذا العقد، وربما رفضه في البدء، ولكنه أجازه بالنهاية لما شاهد من عواقب رفضه على ولده الذي تصرف تصرفاً طفيفاً.

دال: واستشهد العلامة النجفي رحمته بجملة نصوص وردت في عقود مختلفة دلت على صحة عقد الطفيلي والفضولي، ولأنها غير واضحة الدلالة، ولاستغنائنا عنها بالنصوص السابقة، نُشير إليها إشارة دون الإفاضة في تفاصيلها، كما فعل العلامة النجفي، ونختصر حديثه الذي يقول فيه رحمته: «مؤيداً ذلك كله بالنصوص الواردة في اقتراض مال الصبي مع عدم الإذن الشرعي ليتجر به، التي دلت على أن الربح للصبي... وكذا ما ورد في ودعيٍّ جحد الوديعة واتجر بها، من أن الربح للمالك. وفيمن باع ثم أقال بوضيعة ثم باع بأكثر من الثمن، أن الربح للمالك الذي اشترى أولاً، وبالنصوص الواردة في باب الخمس المشتمل بعضها على التصرف فيه من بعضهم وطلب الإجازة من الإمام عليه السلام فأجاز»^(١).

وأضاف: «بل يؤيده -أيضاً- ما ورد في إجازة السيد عقد العبد، والوارث الوصية بما زاد على الثلث، وفي التصدق بمجهول المالك»^(٢).

باء: أحكام عقد المتطفل

١- هل تشمل أحكام المتفضل أو المتطفل لسائر الأبواب؟

يقول العلامة النجفي رحمته: «يظهر عدم اختصاصه في النكاح والبيع، بل في الروضة أنه لا قائل باختصاصه بهما»^(٣).

وهو كذلك، لأن الدليل واحد، بل ويشمل دليل صحته الأفعال التي تصح فيها الوكالة، كما قال الشيخ كاشف الغطاء فيما حكاها صاحب الجواهر رحمته: «وفي جري الفضولي فيما جرت فيه الوكالة من العبادات؛ كالأخماس والزكوات

(١) جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٧٨-٢٧٩.

(٢) جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٧٩.

(٣) جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٨٠.

وأداء النذور والصدقات ونحوها (إذا أداها) من مال من وجبت عليه (المالك أو المتفضل عليه) أو من ماله (المتفضل)، و (كذلك في جري أحكام الفضولي) فيما قام (وأصبح بديلاً) من الأفعال مقام العقود ونحوه. وكذا (في جري أحكام الفضولي في) الإيقاعات (كالعتق) ممّا لم يقيم الإجماع على المنع فيها، (مثل الطلاق، ففي كل هذه الموارد هل تجري أحكام الفضولي أم لا؟ هناك) وجهان (وجه بالجواز ووجه بالبطلان)، أقواهما الجواز. ويقوى جريانه في الإجازة، وإجازة الإجازة، وهكذا^(١).

وما أفاده الشيخ متين إذا لاحظنا دليل صحة الفضولي، وأن هناك توافقاً بين أحكامه وأحكام الوكالة، وأن الإذن المتأخر كما المتقدم والمقارن ماضٍ في الشؤون التي تقبل النيابة. ولكن علينا أن نتأكد دائماً في كل حق - مالياً كان أو غيره - وفي كل إيقاع وفي كل عقد نتأكد في كل ذلك هل تصح فيها النيابة أم لا.

٢- بين الكشف والنقل

لو عقد الفضولي يوم السبت فأجاز عقده رب العمل الأحد، فأَيّ اليومين تحقّق العقد؟ فإذا كان قد باع سيارة، فهل انتقلت ملكية السيارة يوم السبت أم الأحد، وهل أجرة السيارة يوم السبت للمالك الثاني أم الأول؟

أكثر الفقهاء^(٢) قالوا بأن مبدأ الرضا حين العقد (يوم السبت مثلاً)، ولو كان زمانه متأخراً (أي يوم الأحد مثلاً)، لماذا؟ لأنه كما يقول العلامة النجفي مُنْبَرِئٌ: «لأنها - أي الإجازة - رضا بمقتضى العقد الذي هو النقل حينه، بل هي - في الحقيقة - رضا برضاء الفضولي الذي كان مقارناً للعقد»^(٣).

والسؤال: كيف يُؤثر الرضا الذي جاء متأخراً في العقد الذي قد وقع سابقاً؟

(١) جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٨٠.

(٢) انظر: جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ١٤٦.

(٣) جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٨٥.

والجواب: إن مثل هذه الأمور الاعتبارية تخضع للعرف، والعرف لا يرى في مثل ذلك مشكلة. ذلك لأننا نعتبر ملكية المشتري منذ العقد، كما الأنظمة التي تتقرر بأثر رجعي.

وهكذا ذكروا فروعاً شتى على أساس أن الإجازة تصحح العقد من حين وقوعه، نذكر بعضاً منها:

ألف: إن المنافع التي للبضاعة هي للمشتري في بيع الفضولي، بينما منافع الثمن للبائع.

باء: لو انسلخت قابلية المحل، كما لو تحوّل الخل خمراً، أو ارتدّ المشتري ردّة تقبل التوبة، ولكن كان العقد قد وقع على المصحف الشريف، فاعتبار البيع صحيحاً من حين العقد يصح. ولكن العلامة النجفي ناقش في ذلك، وقال: «يمكن دعوى ظهور الأدلة في اعتبار القابلية حاله (أي حال الأذن)»^(١).

وأضاف: «بل لا بد من اتّصالها (القابلية للتبادل) من حين العقد إلى حين الإجازة»^(٢).

ولم يظهر لنا من الأدلة ما ظهر للعلامة النجفي رَحِمَهُ اللهُ. وقصة إجازة النكاح من قبل الصغير الذي زوجه وليه فتاة ثم ماتت الفتاة وأجاز الصبي النكاح بعد بلوغه، هذه القصة التي ورد بها نص، لا نعتبرها بخلاف القواعد العامة، بل هذه القصة موافقة لها.

جيم: وقد تتعاقب العقود بعد عقد الفضولي، فإذا باع الفضولي بيتاً لزيد واشتراه جعفر، وباع جعفر ذلك البيت لمحمد، فلما علم زيد صاحب البيت أجاز بيع الفضولي. فقد صحّ بذلك صفقة جعفر، وكان يبيعه البيت لمحمد صحيحاً أيضاً.. قال الجواهر رَحِمَهُ اللهُ: «لكن في الدروس ومحكي الإيضاح أنه إذا أجاز عقداً

(١) جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٩١.

(٢) جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٩١.

على المبيع صحّ وما بعده خاصة»^(١).

ومعنى ذلك؛ أنه لو أجاز بيع جعفر لمحمد، فإن صفقة الفضولي لا تصحّ، لأنه إنما أجاز لجعفر بيع بيته ولم يجرز للفضولي.

دال: ولو افترضنا أن الفضولي باع سيارة محمد بسيارة أخرى، ثم باع السيارة الثانية لجعفر، وجعفر بدوره باع السيارة الثانية لكازم، فجاء محمد وأجاز الصفقة مع كازم. فالمفروض أن الصفقات السابقة مجازة، لأنها لو لم تكن صحيحة لما كان لمحمد الحق في إجازة الصفقة الأخيرة.

وهكذا أضاف صاحب الجواهر عن الدروس ومحكي الإيضاح: «وفي الثمن ينعكس؛ أي يصحّ هو وما قبله خاصة»^(٢).

هاء: ولا يكفي السكوت مع العلم، وحتى لو كان حاضر العقد. بلى؛ قد سبق أن هناك موارد يعتبر العرف سكوت الفرد علامة الرضا، ففيها يكفي السكوت.

وكما في الرضا كذلك في الفسخ إنه بحاجة إلى إرادة، ولا تكفي الكراهة وعدم الرضا. بلى؛ قال العلامة النجفي مُدَّيْسُ: «إن لم يقر إجماع (على عدم كفاية الفسخ الباطني وضرورة التعبير عنه ظاهراً) أمكن الاكتفاء (بالفسخ الباطني بأن يكون إنشاؤه الفسخ) فيما بينه وبين الله بقصد معنى الفسخ في نفسه»^(٣).

واو: هل يتمشى عقد الفضولي فيمن لا أهلية له عند إجراء العقد؛ كالصبي والمجنون، حتى إذا بلغ أو أفاق أجاز العقد؟ قال بعضهم: لا؛ والأقرب الصحة لشمول أدلة الفضولي لمثل ذلك.

زاي: وهكذا يجوز عقد الفضولي إذا مات رب العمل فأجازته ورثته، كما سبق فيما مرّ.

(١) جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٩٢.

(٢) جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٩٢.

(٣) جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٩٥.

حاء: وكذا لو عرض للمالك عارض الجنون فيما بين يوم العقد ويوم الإجازة فإن إجازته نافذة.

طاء: وتصحُّ إجازة المالك لو عقد الفضولي ظاناً أن له حق التصرف، فبان أن ذا الحق غيره، ذلك لأن ظنه لا يفسد نية العقد عنده. أما لو انعكس فباع شيئاً ظاناً أنه لغيره فبان أنه له، فالعقد إنما يصحُّ إذا كانت نيته البيع، حتى ولو كان المال له.

ضمان المال والمنافع

ويبقى السؤال: لو لم يأذن المالك بالعقد، فعلى من يكون الضمان؟ ونقسم السؤال إلى فروع، ونتحدث بإذن الله سبحانه عن كل واحد واحد.

أولاً: بين المتفضل والمتطفل

هناك فرق بين المتفضل الذي أحسن إلى رب العمل، فحكمه - كما سبق - أنه لا يُغرَّم شيئاً، والمشتري هو الآخر لا ينبغي أن يُغرَّم شيئاً حتى مع علمه، لأنه في مثل هذه الأحوال يتم العقد بإجازة الشرع والعرف؛ مثلاً: لو باع أحد بضاعة لغيره مشرفة على التلف، فإن البائع لا يضمن قيمة البضاعة لأنه مُحسن، والمشتري لا يمكنه الانتظار لحين إجازة المالك حتى يستفيد من البضاعة. وكذلك لو استأجر الفضولي شخصاً لإصلاح بيت يريد أن ينهدم، فلا ينتظر المستأجر أمر المالك الغائب، بل عليه أن يقدم على عمله ويستحق الأجر على المالك. ولم أجد تعريضاً لهذه الفروع في بحث بيع الفضولي من قبل فقهاءنا الكرام.

ويبدو أن المالك لا خيار له إلا بقبول العقد أو تقبُّل الخسارة.

ثانياً: تصرف طرف الفضولي

الطرف الثاني للعقد إذا كان جاهلاً بأن العاقد معه فضولي أو مُتطفلاً، جاز له التصرف في محل العقد اعتماداً على ظاهر الحال.

وأما إذا كان عالماً، فهل يجوز له التصرف؟ قال العلامة النجفي رحمته الله، وهو يبين سبب ضمانه: «لأنه بحكم الغاصب في إثبات يده على مال الغير قبل تحقق رضاه، ضرورة عدم اقتضاء مجرد العقد قبل تحقق شرطه (أي رضا المالك) الذي مقتضى الأصل عدم حصوله ذلك»^(١).

بينما ذهب العلامة البحراني رحمته الله - حسب نقل الجواهر - أنه لا يجتمع القول بصحة الفضولي، وحرمة تصرف المشتري لاقتضاء الصحة ذلك^(٢).

ويبدو أن المسألة قائمة على أساس ظاهر الحال. فإذا كان طرف عقد الفضولي قد استوحى من ظاهر الحال أن الإجازة حاصلة، فإن بإمكانه التصرف، وإلا فإن جواز التصرف مشكل في المتطفل؛ مثلاً لو باع الابن سيارة أبيه في غيبته، فإن ظاهر الحال في الولد الصالح الحكيم أن تقيمه لوضع أبيه تقييم صحيح وأنه يرضى بالبيع. أما إذا كان الولد طائشاً، فإنه لا يدل شيء على جواز التصرف، مادام العقد لم يكتمل أهم أركانه.

ثالثاً: غرامة الطرف الجاهل بالفضالة

قال المحقق الحلبي رحمته الله: «فإن لم يُجز (المالك) كان له انتزاعه من المشتري، ويرجع المشتري على البائع بما دفعه إليه، وما اغترمه من نفقة أو عوض عن أجره أو نماء، إذا لم يكن عالماً أنه لغير البائع، أو ادّعى البائع أن المالك أذن له»^(٣).

وهذا الحكم مستند إلى قاعدة الغرور، حيث إن المغرور يرجع إلى من غره. وباعتبار أن البائع قد غر المشتري، حيث زعم له - ولو من ظاهر حاله - أنه البائع، وأن العقد معه تام، فإن عليه أن يغترم للمشتري المغرور به.

(١) جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٣٠٥.

(٢) جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٣٠٥. نقلاً عن كتاب الحقائق.

(٣) شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٢٦٨.

وحكى العلامة النجفي على ذلك الإجماع^(١)، ويدل عليه خبر جميل، حيث روى عن أبي عبد الله عليه السلام «فِي الرَّجُلِ يَشْتَرِي الْجَارِيَةَ مِنَ السُّوقِ فَيُولِدُهَا ثُمَّ يَجِيءُ مُسْتَحِقُّ الْجَارِيَةِ. قَالَ عليه السلام: يَأْخُذُ الْجَارِيَةَ الْمُسْتَحِقُّ وَيَدْفَعُ إِلَيْهِ الْمُبْتَاعُ قِيمَةَ الْوَلَدِ، وَيَرْجِعُ عَلَى مَنْ بَاعَهُ بِثَمَنِ الْجَارِيَةِ، وَقِيمَةِ الْوَلَدِ الَّتِي أُخِذَتْ مِنْهُ»^(٢).

والخبر يدل على ضمان البائع لما خسره المشتري، والسؤال: وهل يتحمل البائع الغرامة عمّا استفاده من المنافع؟ قال العلامة النجفي رحمته الله: «المشهور أنه كذلك»^(٣).

لماذا، مع العلم أنه قد استفاد؟

الجواب: لأنه إنما أقدم على هذا النفع مجاناً باعتبار الغرور من فعل البائع، فيكون حينئذٍ كما لو قُدِّمَ إليه طعام الغير فأكله جاهلاً^(٤).

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى عدم ضمان البائع، لعدم تضرُّر المشتري، أو ليس قد انتفع، علماً بأن مبنى قاعدة الغرور التضرر؟

أما إقدامه على الانتفاع مجاناً بسبب تغيير البائع فيه تأمُّل، إذ إن البائع لم يُقدِّم شيئاً مجاناً للمشتري، إنما في مقابل المال. وعلى فرض صحة المعاملة فيكون كالمقبوض بالعقد الفاسد، وأنَّ ما يُضمن بصحيحه يُضمن بفاسده.

رابعاً: غرامة الطرف العالم بالفضالة

وإذا كان طرف عقد الفضولي عالماً بالأمر، فإنه لا يرجع إلى البائع بما اغترم للمالك. قال العلامة النجفي رحمته الله: «بلا خلاف ولا إشكال، لأنه بحكم الغاصب في إثبات يده على مال الغير قبل تحقُّق رضاه»^(٥).

(١) جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٣٠١.

(٢) وسائل الشيعة، ج ٢١، ص ٢٠٥.

(٣) جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٣٠١.

(٤) جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٣٠١.

(٥) جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٣٠٤.

وبتعبير آخر؛ إنه هو الذي أقدم على ذلك ولا أحد غرّه، فتشمله قواعد الضمان مثل قاعدة الإتلاف وقاعدة اليد، بل وقاعدة لا ضرر، حيث إن المالك قد تضرّر، وضرره كان من قبل المشتري كما كان من قبل البائع، فعليه أن يتحمّله.

ويبقى سؤال: ما هو مصير الثمن الذي قدّمه المشتري للفضولي؟ يقول المحقّق الحلي رَحِمَهُ اللهُ فِي الْجَوَابِ: «وقيل: لا يرجع بالثمن مع العلم بالغصب»^(١).

بل حُكي أن المشهور بين الفقهاء، أنه ليس للمشتري الرجوع على الغاصب، وأطلقوا القول في ذلك^(٢).

ولكن العلامة النجفي نَشِئْتُ يُناقش هذا الرأي ويقول: «لا يخفى عليك ما فيه من الإشكال وعدم الانطباق على الضوابط المقتضية خلافه في نظائره كثمن الخمر والميتة وغيرها»^(٣).

أقول: كذلك على ما أسّسوه في المقبوض بالعقد الفاسد، وما استدلوا به فيه من قاعدة اليد والإتلاف، حيث إن المشتري لم يسلّط الغاصب على الثمن بلا مقابل.

ولكن العلامة النجفي عاد ووافق المشهور، مع أنه لم يقبل بالأدلة التي أقيمت لتأييد رأيهم، بل قال: «فالعامة حينئذٍ (على هذا الرأي) ظهور إطباق الأصحاب»^(٤) -أي إجماعهم-.

ويبقى سؤال: هل هذا الإجماع حجة كافية؟

ويظهر ممّا سبق أن بيع الغاصب وسائر عقوده تعتبر من الفضالة الناقصة (والتي سمّيناها بالتطفّل)، وأنه إذا لحقها الرضا من المالك اكتملت، بالرغم من أن

(١) شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٨.

(٢) جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٣٠٥.

(٣) جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٣٠٥.

(٤) جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٣٠٦.

الغاصب إنما يعقد لنفسه لا للمالك، ولكن هيكلية العقد وصورته سليمة، ويمكن تصحيحه بالرضا.

خامساً: العقد على ما يملك وما لا يملك معاً

ماذا لو باع أحد ملكاً مُشاعاً بينه وبين غيره، أو أجره أو ما أشبهه؟ قالوا: مضى عقده فيما يملك حق التصرف فيه، والباقي يتوقف على الإجازة، ويُقسَّم الثمن - بعد أن يُقَوِّمَ جميعاً - ثم يُقَوِّم أحدهما ويُقسم الثمن بالنسبة.

هذا إذا لم يكن الغرض من العقد عند البائع أو المشتري عقد كله أو تركه كله. وبتعبير آخر؛ كان العقد على نحو تعدد المطلوب. وهكذا لو أراد المشتري ردّ الجميع كان له ذلك. ومثل ذلك لو باع ما يصحُّ بيعه وما لا يصحُّ، كما لو باع شاة وخنزيراً، أو خلاً وخمراً.

طبعاً شريطة توافر سائر الشروط المعتبرة في البيع؛ كالمالية والعلم (عدم الغرر) وما أشبه.

٦ - قاعدة نفي الظلم أو الإثراء بلا سبب



في الأنظمة الحديثة أسَّسوا قاعدة أسموها بالإثراء بلا سبب، ويجدر بنا هنا أن نشير إليها لأنها عادة ترتبط بالعقود، ولأن بعضهم كان يعتبرها فضالة ناقصة (تطفّل)، بينما اعتبرها البعض أصلاً ترجع إليه أحكام الفضالة.

وبالنسبة إلى هذه القاعدة الجديدة يزعم الدكتور السنهوري؛ أنه لا يعترف الفقه الإسلامي بالإثراء بلا سبب مصدراً للالتزام إلا في حدود هي أضيق بكثير من المدى الذي وصل إليه القانون الروماني، والقوانين اللاتينية والجرمانية التي اشتقت منه^(١).

ويلاحظ أن الفقه الإسلامي عند الشيعة يتطوّر باستمرار بسبب فتح باب الاجتهاد، بينما عند المذاهب الإسلامية الأخرى تطوّر بطيء، والذين يراجعون فقط فقه تلك المذاهب يقعون في خطأ نسبة العجز إلى الفقه الإسلامي.

وقد تناول الفقه الإسلامي قاعدة (الإثراء بلا سبب) عند البحث عن حديث لا ضرر، الذي تحوّل لدى فقهاءنا إلى قاعدة هامة^(٢).

(١) الوسيط في القانون المدني، ج ١، ص ١١٠٧.

(٢) يمكن مراجعة (الفقه الإسلامي - قسم المعاملات - أصول عامة) للمؤلف حول الحديث، وكذلك مراجعة أكثر كتب أصول الفقه التي ألّفت في القرن الأخير حول هذه القاعدة.

ولفرط أهمية هذه القاعدة الفقهية، فقد انتقل البحث فيها إلى أصول الفقه.
بلى؛ علينا أن نعترف بأن إبعاد الفقه الإسلامي عن الحياة وإبداله بالأنظمة
الحديثة، أثر في تباطؤ تطوره، حيث لا يواجه تحديات قانونية هامة.
وسوف نتحدث - فيما يلي - بإذن الله عن هذه القاعدة فقهياً وقانونياً في نقاط
وباختصار.

ألف: مصدر القاعدة

استندت هذه القاعدة في القانون أولاً إلى قانون الفضالة الناقصة، ثم إلى
قاعدة العمل غير المشروع، ثم إلى قاعدة تحمل التبعية.. إلى أن أصبحت قاعدة
مستقلة^(١)، وتأصلت بالطريقة التالية:

الأصل أن مال الشخص لا ينتقل إلى شخص آخر إلا في حالتين اثنتين: إذا
اتَّفَق الشخصان على ذلك، أو كان القانون هو الذي قضى بانتقال المال. فإذا انتقل
المال في غير هاتين الحالتين، وجبت إعادته إلى صاحبه. وهذه هي قاعدة الإثراء
بلا سبب^(٢).

ولنا ملاحظتان على هذا التأصيل الذي يذهب إليه أيضاً الدكتور أبو عافية في
رسالته (التصرّف القانوني المجرد)^(٣).

الأولى: إن التعبير بالمال ليس دقيقاً، لأنه قد لا يشمل الحق. والأصل أيضاً
عدم انتقال حق إلى آخر بلا سبب، والقاعدة تشمل الحق أيضاً.

الثانية: أساساً ليس هناك انتقال، إنما هو تقابل بين إثراء وافتقار، كما نلاحظ
في الأمثلة التي سوف نستعرضها إن شاء الله في البحوث القادمة.

(١) راجع للتفصيل: الوسيط في القانون المدني، ج ١، من ص ١١١٧ إلى ص ١١٢٠.

(٢) الوسيط في القانون المدني، ج ١، ص ١١٢٠.

(٣) الوسيط في القانون المدني، ج ١، ص ١١٢٠. راجع هامش المصدر.

باء: أركان القاعدة

وقد بينوا ثلاثة أركان للقاعدة؛ الأول: إثراء شخص (المُدين)، الثاني: افتقار شخص آخر (المدين) افتقاراً مترتباً على ذلك الإثراء، والثالث: انعدام سبب قانوني للإثراء^(١).

دعنا نضرب أمثلة على القاعدة:

الدائن المرتهن للعقار يبني بناءً فيه ممّا يزيد قيمته. فهنا افتقار عند الدائن، بينما استفاد المدين (صاحب العقار)، وليس هناك سبب يقتضي استفادته، فهنا إثراء بلا سبب.

ومثله؛ بيت استفاد منه شخص من دون عقد إيجار، وسمسار يُساهم في إجراء صفقة، فالمستفيد من البيت أثرى باكتساب منفعة بلا سبب، والمالك افتقر تلك المنفعة، وهكذا السمسار أضرع وقتاً وجهداً لإبرام الصفقة، والمتبايعان استفادا جهده بلا سبب.

وهكذا من دفع دين غيره افتقر، بينما استفاد المدين بإبراء ذمته، وذلك بلا سبب.

ومثل ربان السفينة يُلقي متاع تاجر في الماء ليحفظ السفينة من الغرق بإذن الله. فالذي أثرى هو سائر التجار حيث استفادوا نجاة أموالهم بلا سبب، والذي افتقر هو التاجر الذي ألقى بمتاعه في البحر.

وهكذا قد يحترق بيت، فيهدم رجال الإطفاء جدار الجار، فالجار افتقر بينما صاحب البيت المحترق استفاد منه بلا سبب، وفائدته نجاة بيته.

وقد يكون الإثراء معنوياً، كالتألم من الأستاذ ويستفيد منه بلا سبب،

(١) الوسيط في القانون المدني، ج ١، ص ١١٢٢.

بينما يخسر الأستاذ الوقت والجهد.

وقد قرّر القانون أن الإثراء إذا كان معنوياً (كالتعلّم) وكان يُقدَّر بالمال، أو كان ما يُقابله من الافتقار يُقدَّر بمال (كالوقت الضائع في التعليم)، فإنه يدخل ضمن قاعدة الإثراء بلا سبب^(١).

وأما إذا لم يكن يُقدَّر بمال، كمن يهتدي بدعوة شخص إلى الدين القويم، فإنه لا جهد المُبلِّغ يُقدَّر بمال عادة ولا إثراء المهتدي.

بلى؛ الخطيب الذي يدعى إلى منبر ويتحمّل تعب الوصول إلى المكان ثم الجهد في إلقاء المحاضرة، يفتقر لحساب أصحاب المجلس الذين يستفيدون منه علماً وهدى. فالإثراء هنا بلا سبب، ويستحق الخطيب منهم أجراً.

جيم: رأي الفقه في القاعدة

ما هو رأي الفقه في هذه القاعدة؟

لكي نستوضح هذا الرأي نذكر النقاط التالية:

ألف: إن الله سبحانه قد أمر بالعدل، فقال تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ﴾^(٢). وأمر بالقسط، فقال تعالى: ﴿وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾^(٣).

وإذا عرفت العقول (والعرف الاجتماعي السليم) أن هذا من العدل أو من القسط، فعلياً اتّباعه. ولا ريب في أن إثراء شخص على حساب شخص آخر، أنه ظلم وليس بعدل أو بقسط. ففي حدود حكم العقل بأنه ظلم، لا بد أن نرفع الحيف ونعيد العدل. وقد قال الإمام أمير المؤمنين عليه السلام: «.. فَمَا جَاعَ فَقِيرٌ إِلَّا بِمَا مُتَّعَ بِهِ غَنِيٌّ»^(٤).

(١) الوسيط في القانون المدني، ج ١، ص ١١٢٩.

(٢) سورة النحل، آية: ٩٠.

(٣) سورة الحجرات، آية: ٩.

(٤) نهج البلاغة، قصار الحكم، رقم: ٣٢٨.

والمبدأ العام في العقود، هو المبدأ المستفاد من قوله سبحانه: ﴿لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾^(١).

وقد يُعرف موضوع العدل والقسط وعدم الظلم من الأنظمة الحقوقية، لأن حقوق الناس على بعضهم تخضع لمقاييس عرفية، والأنظمة الحقوقية تعكس بنسبة معينة تلك المقاييس، وقد استند القانون إلى مبدأ العدالة حين قرّر هذه القاعدة. يقول في ذلك الدكتور سنهاوري: «فهو (الإثراء بلا سبب) مصدر للالتزام مستقل قائم بذاته، لا يستند إلى مصدر آخر ولا يتفرّع عنه، وإنما يقوم رأساً على قواعد العدالة والمنطق القانوني»^(٢).

باء: قاعدة الضرر التي منشؤها حديث مشهور عن النبي ﷺ: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ»، والذي يفسر آيات العدالة بوضوح. ومحتوى هذا الحديث ضرورة رفع الضرر أنّى كان، وإثراء شخص على حساب شخص آخر ضرر منه عليه، ورفعها يكون بالتعويض. وهكذا أفاض الفقه في هذا المضممار^(٣)، وكل الأمثلة السابقة يمكن أن تخضع لقاعدة الضرر.

وقد مرّت الإشارة إلى أنّ ظاهر «لَا ضَرَرَ» انتفاء طبيعة الضرار، ولأن نفي طبيعة الضرار يقتضي نفي أجزائه، وبسبب جبر الضرر يرفع أكثر أجزائه، بل إن الضرر المنجبر يعود كـ «لَا ضَرَرَ». أما أن الجبر سيكون على المضار فلأنه ظاهر نفي الضرار، إذ إن معناه حسابان الضرار أنه لم يقع، وهو يتحقّق بإرجاعه إلى سببه، فكما أنه إذا قيل لا عسر، فمعناه رد العسر إلى الحكم بإلغائه، فكذلك إذا قيل لا ضرار، فمعناه رد الضرار إلى سببه وجبره من قبله^(٤).

جيم: وهناك أحاديث واضحة تمنع من تجاوز حق أحد، مثل قوله ﷺ: «لَا

(١) سورة البقرة، آية: ٢٧٩.

(٢) الوسيط في القانون المدني، ج ١، ص ١١٢١.

(٣) راجع ص **** في هذا الكتاب، تحت عنوان: (قاعدة الإلتاف والضرر).

(٤) راجع ص **** من هذا الكتاب، ص ٥٣ من الطبعة الأولى.

يَصْلُحُ ذَهَابُ حَقِّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ...»^(١). وقول رسول الله ﷺ: «... لَا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ وَلَا مَالُهُ إِلَّا بِطَبِئَةِ نَفْسِهِ»^(٢).

وهذه النصوص تشمل بعض الأمثلة في الإثراء بلا سبب، إن لم يكن جميعها. فمثلاً؛ الفضالة الناقصة تدخل ضمن أكل المال بالباطل، ويحرمه نص: «لَا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ وَلَا مَالُهُ إِلَّا بِطَبِئَةِ نَفْسِهِ»، لأنه من أظهر مصاديق أكل مال المالك من غير طيبة نفسه. وكذلك حرمان أجر المعلم إذهاب ومحقق لحقه، يشمل حديث: «لَا يَصْلُحُ...».

ويظهر من الحديث التالي بعض تطبيقات قاعدة الإثراء بلا سبب، علماً بأن جريان هذه القاعدة لا يتوقف على أن يكون الطرف الرابع (المثري) مذنباً أو معتدياً، فقد يثبت الضمان بلا خطأ، والحديث التالي من مصاديق هذا النمط من الضمان. روي عن محمد بن يحيى قال: كتب محمد بن الحسن إلى أبي محمد عليه السلام: «رَجُلٌ اشْتَرَى مِنْ رَجُلٍ ضَيْعَةً أَوْ خَادِمًا بِمَالٍ أَخَذَهُ مِنْ قِطْعِ الطَّرِيقِ أَوْ مِنْ سَرِقَةٍ هَلْ يَحِلُّ لَهُ مَا يَدْخُلُ عَلَيْهِ مِنْ ثَمَرَةِ هَذِهِ الضَّيْعَةِ، أَوْ يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَطَأَ هَذَا الْفَرْجَ الَّذِي اشْتَرَاهُ مِنْ سَرِقَةٍ أَوْ مِنْ قِطْعِ طَرِيقٍ؟. فَوَقَعَ عليه السلام: لَا خَيْرَ فِي شَيْءٍ أَصْلُهُ حَرَامٌ وَلَا يَحِلُّ اسْتِعْمَالُهُ»^(٣).

(١) الكافي، ج ٧، ص ٣٩٩.

(٢) وسائل الشيعة، ج ٥، ص ١٢٠.

(٣) وسائل الشيعة، ج ١٧، ص ٨٦.

٧ - بحث مقارن عن عيوب الرضا والخيارات



لكي يتم الرضا عن العقد، لا بد من تطابق النية مع الواقع، وعدم التطابق قد يكون كلياً بحيث لا يُمكن تصحيح العقد أبداً، وقد يكون جزئياً فيصح البيع بعد إكمال الرضا مجدداً. وهذا البحث يتناول:

ألف: تحديد المحل في العقود وتجنب الغرر والجهالة.
باء: بحث الخيارات، حيث يختل الرضا جزئياً فتعطى فرصة للمتعاقد بفسخ العقد إذا شاء، أو الرضا به.

وعند بحث الخيارات نذكر أولاً: حقيقتها وجوهرها على اختلاف أنواعها، وثانياً: كيف تسقط.

ألف: تجنب الغرر والجهالة

الأصل في العقود حرية المتعاقدين فيما يتراضيان عليه، وقد قال الله سبحانه: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾^(١)، فقد استثنى التجارة بالتراضي عن أكل الأموال بالباطل مما يهدينا إلى أن ذلك ليس باطلاً، لأنه تجارة (أخذ وعطاء) من دون إكراه.

(١) سورة النساء، آية: ٢٩.

ولعل الفقهاء استلهموا من هذه الآية قاعدتهم التي اعتمدوا عليها في المعاملات، حيث قالوا: العقود تتبع القصود. وهي تساوي تقريباً القاعدة المعروفة عند خبراء القانون، التي تقول: العقد شريعة المتعاقدين.

إلا أن هناك أسباباً اجتماعية تدعو إلى ضبط العقود؛ مثل المنع من الاختلاف، وتسهيل الأمر على البسطاء من الناس، وتحصين أموالهم من أن يُخدعوا.. وهكذا وضع فقهاء الشريعة، كما وضع خبراء القانون، جملة من الأنظمة في حدود العقود، ومنها منع الجهالة في الكيل والوزن. فكيف كان التراضي أصلاً للتجارة ثم يشترط الشرع أو القانون أنظمة تحدّد التراضي؟

قد يقال: إن هذه الأحكام والأنظمة هي أيضاً اختيارية، فإذا قرّر الطرفان التراضي فيما بينهما بطريقة خاصة؛ مثل البيع جزافاً فهذا شأنهما، أما إذا اعتمدا على العرف والفقه والقانون، فإن هناك أنظمة معينة عليهما الالتزام بها.

والأحكام الشرعية تهدف منع الغرر (الجهالة التي تصبح متاع الغرور)، حيث جاء في الحديث عن الإمام علي عليه السلام: «... وَقَدْ نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ بَيْعِ الْمُضْطَرِّ وَعَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ»^(١).

والغرر قد يرتفع بتحديد الكيل أو الوزن أو المساحة أو المقدار، وقد لا يرتفع إلا بالمزيد من التحديدات، ومنها تحديد المصنع في المصنوعات، وبلد المنشأ في التجارة، وطبيعة الأرض في المنتوجات الزراعية، وسائر المواصفات ذات الأهمية في كل ما يجري عليه التعاقد.

وهكذا يجب أن يتمّ المزيد من تحديد المواصفات حسب القوانين والأعراف المرعية، والأنظمة التي تشرف عليها اليوم منظمات ضبط الكيفية ورعاية الجودة.

ولعلنا بهذا المنهج نرفع الخلاف بين ثلاثة آراء: رأي يشكك في وجوب

(١) وسائل الشيعة، ج ١٧، ص ٤٤٨.

تحديد المبيع، ورأي يؤكد عليه بكل قوة، ورأي يرجع ذلك إلى العرف. وفيما يلي ننقل نماذج من هذه الآراء:

١ - قال المحقق الحلي قده: «الرابع (من شروط المبيع) أن يكون الثمن معلوم القدر والجنس والوصف، فلو باع بحكم أحدهما لم ينعقد»^(١). وقال العلامة النجفي قده في شرحه: «بلا خلاف أجده فيه بيننا»^(٢). هذا في الثمن، أما في المبيع فقد قال المحقق الحلي رحمته الله: «أن يكون المبيع معلوماً، ولا يجوز بيع ما يكال أو يوزن أو يُعدّ جزافاً، ولو كان مشاهداً كالصبرة، ولا بمكيال مجهول»^(٣) ثم دافع عن هذا الرأي بقوة.

٢ - أما الفقيه الإسكافي (من قدماء علماء الإمامية رحمته الله)، فقد قال - كما حكاها صاحب الجواهر رحمته الله -: «لو وقع البيع على مقدار معلوم بينهما والثمن مجهول لأحدهما، جاز. ثم قال: فأما إن جهلا جميعاً قدر الثمن وقت البيع، لم يجز وكان البيع منفسخاً»^(٤).

وجاء في الناصريات الاكتفاء بالمشاهدة في العلم به عن وزنه وكيله وعده^(٥).

وقال العلامة النجفي: «وكذلك عن الشيخ رحمته الله»^(٦). ثم قال بعد أن فصل الحديث عن أدلة المشهور: «ومنه (أي من استظهاره من الأدلة على ضرورة تحديد المبيع) يُعلم ما في مناقشة المحقق الأردبيلي في الخبر المزبور (حيث إنه) ربما ظهر منه الميل إلى الجواز، بل لعله صار سبباً لجرأة غيره على ذلك أيضاً»^(٧).

(١) شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١١.

(٢) جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٤٠٥.

(٣) شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١١-١٢.

(٤) جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٤٠٥.

(٥) انظر: مسائل الناصريات، الشريف المرتضى، ص ٣٦٩، قال: «إن رأس مال السلم إذا كان معلوماً بالمشاهدة، مضبوطاً بالمعاينة، لم يفتقر إلى ذكر صفاته ومبلغ وزنه وعده».

(٦) جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٤٠٦.

(٧) جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٤١٠ (بتصرف منا).

وهكذا نستفيد؛ أن هناك أقوالاً أخرى تشكك في وجوب تحديد المبيع، ولو كانت غير مشهورة.

٣- وقال الفقيه السبزواري رحمته الله: «هل (شرط تحديد المبيع) هو شرط تعبدي شرعي لا بد وأن يؤخذ من الشارع حتى نحتاج إلى التماس دليل فيه؟، أو هو من الأمور النظرية، نظير حليّة أصل العقود والمعاملات النظامية؟، الحق هو الأخير (أنه من الأمور النظامية العقلائية). وأضاف رحمته الله: لأن هذا الشرط كان بين الناس قبل البعثة وحينها وبعدها في شرق الأرض وغربها في جميع أصناف الناس. وأضاف رحمته الله: فما ورد من الشرع كقوله ﷺ «نهى النبي عن الغرر»، أو: «عن بيع الغرر»، إرشاد إلى تقرير طريقتهم، لا إيجاد تعبد خاص مخالف لسيرتهم. وأضاف رحمته الله: فلا مجال لبحث الفقهاء وتطويل الكلام فيه، ونقل أقوال بلا دليل عليها ولا أثر لها، لأن مثل هذه الأمور ليست استنباطية، بل من العرفيات»^(١).

أقول: الذي نفهمه من كلامه رحمته الله أن أمر التحديد عرفي، والشرعية قرّرت العرف فيه، والمقياس فيه رأي العرف.

هذا إذا ثبت أن الشريعة قد أكدت على هذه القضية العرفية وقرّرت، والذي يشكك في المسألة لا يعترف بذلك.

ويبقى بعد ذلك ما احتملناه من أن هذا التحديد وغيره من تحديدات الفقهاء أو تحديدات القانون، إنما هي لمن أراد أن يعتمد عليها في أموره. أما أنها واجبات تعبدية وتكليفات شرعية مستقلة مثل حرمة الربا وبيع الخمر وما أشبه، فإنه بحاجة إلى أدلة قاطعة. وحسب منهجنا في ردّ المتشابه إلى المحكم، والفرع إلى الأصل، والحديث إلى الكتاب، أقول: حسب هذا المنهج؛ الحد الأساسي للعقود إقامة القسط، ومنع أكل أموال الناس بالباطل. ولأن الغرر يقتضي الظلم وأكل أموال الناس بالباطل، فهو منهى عنه. وإذا كان وضع البيع بحيث لا يُعتبر كذلك، يجوز

(١) مهذب الأحكام، في بيان الحلال والحرام ج ١٧، ص ٨.

العقد. وبهذا منع الدين من بيع نتاج التاج (حبل الحبل)، وبيع لقاح الذكور (المضامين)^(١)، وبيع الثمار قبل ظهور صلاحها، وبيع اللبن في الضرع، والسّمك في الآجام، والعبد الآبق. ولكن أجاز الدين - حسب الأحاديث - بيع حمل الأنعام مع أصوافها، وبيع اللبن المحتلب مع ما في الضرع، وبيع السمك في الشبك مع ما في الآجام، أو الثمار إذا صلح بعضها مع غيرها.. وهكذا بيع العبد الآبق مع غيره، ذلك لأن البيع يكون آنذاك على شيء موجود ومعلوم، ويكون غيره تابعاً فلا يكون غرراً وأكلاً للمال بالباطل، والله العالم.

والأنظمة الحديثة تؤكد ضرورة التحديد في محل العقود بصورة عامة، وعقد البيع بالخصوص. يقول د. السنهوري: نصت المادة (١٣٣) من القانون المدني الجديد (في مصر) على ما يأتي:

١ - إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته، وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره، وإلا كان العقد باطلاً.

٢ - يكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يُستطاع به تعيين مقداره^(٢).

وقال في البيع: فإذا وقع البيع على شيء معين بالذات، وجب أن يوصف الشيء وصفاً مانعاً من الجهالة الفاحشة^(٣).

ويقول د. كاتوزيان: المادة (٣٤٢) من القانون المدني (الإيراني) يجيب عن سؤال ماذا ينبغي أن يعرفه طرفاً عقد البيع حتى لا يكون غريباً؟. ويقول: «يجب أن يكون مقدار وجنس ووصف المبيع معلوماً. وأما كيف يعين المقدار بالوزن أو

(١) بيع نتاج التاج (أو حبل الحبل) يعني: بيع حمل ما تحمل الناقة على فرض كونه أنثى. و(المضامين) يعني: ما في أصلاب الذكور.

(٢) الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، ص ٣٨٦.

(٣) الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٤، ص ٢٢٥.

الكيل أو العدد أو المتر (الذراع) أو المساحة أو المشاهدة، فإنه يتبع عرف البلاد»^(١).

ولكن القانون المصري أعطى فرصة معينة لبيع الجزاف. يقول د. السنهوري: «وإذا كان الشيء مَمَّا يوزن أو يكال أو يقاس أو يُعد، ولكن المبيع لا يحتاج في تعيينه إلى تقدير، بل هو معين بالذات، فالبيع جزاف. فإذا باع شخص من آخر جميع كمية السكر أو القمح أو القماش أو البيض التي توجد في مخزنه، وعين المخزن تعييناً كافياً فإن البيع لا يكون في هذه الحالة بالتقدير، بل يكون جزافاً»^(٢).

وهكذا جاء في المادة (٤٢٩) من القانون المدني الجديد في مصر: على أنه «إذا كان البيع جزافاً، انتقلت الملكية إلى المشتري على النحو الذي تنتقل به في الشيء المعين بالذات، ويكون البيع جزافاً ولو كان تحديد الثمن موقوفاً على تقدير المبيع»^(٣).

باء: بحث في الخيارات

ماذا يعني الخيار؟ يعني إمكانية فسخ العقد من قبل الطرفين، أو أحدهما، أو من قبل شخص ثالث.

ولماذا يشرع الخيار، وليس الهدف من العقود الثبات وقطع الخصومات؟ بلى؛ ولكن الخيار يعطي قدراً من المرونة للعقد، يسهل أمرها، أو يكمل أهدافها. كيف؟

إن الطرفين لو عرفا أن لهما الخيار يبادران لإجراء العقد، بينما عند عدمه قد يتريثان أكثر، مما يعرقل مسيرة التجارات.

ثم قد تقتضي مصلحة طرفٍ الخيار، فإذا تعرّض المشتري لغبن كان له الخيار لكيلا يُظلم. وهكذا يحقق تشريع الخيار سهولة التجارة وإقامة القسط فيها.

(١) د. ناصر كاتوزيان: حقوق مدني - عقود معين، ص ٩٢ (نشر جامعة طهران، برقم ١٤٧٣) الطبعة الثانية.

(٢) الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٤، ص ٢٢٧.

(٣) الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٤، ص ٢٢٩.

حقيقة الخيار

الخيار يعود في جوهره إلى خلل في أهم أركان العقود، وهو التراضي. صحيح أن العقد لا يتم إلا بالتراضي ظاهراً، ولكن قد لا يكتمل التراضي فيشرع الخيار لإكماله. ولذلك يسمي البعض أسباب الخيار بالخلل في الإرادة، أو العيب فيها.

وإليك أمثلة توضيحية في ذلك:

ألف: حينما يعقد طرفان صفقة البيع، يكون لهما الخيار ما دام في مجلس العقد، لأنه قد يكون إجراء العقد قد تمّ قبل التروي الكامل، أو بسبب استحياء طرف من الآخر، أو جهل لبعض خصوصيات البيع. فمادام المجلس لم ينفذ يكون لهما الخيار، حيث جاء في الحديث: «الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ حَتَّى يَفْتَرِقَا»^(١).

باء: في خيار الغبن، أو العيب، أو الرؤية، أو تبعض الصفقة لم يكن أحد الطرفين راضياً حقيقة بما عقد عليه، فكان المشتري مثلاً يظن أن البيت الذي اشتراه قيمته مائة ألف، بينما يكشف الآن أن قيمته ٧٥ ألف فقط، وأنه قد غُبن. فلا أنه قد اختل رضاه، وُضع له الخيار. وكذلك إذا وجد فيه عيباً، فإنه لم يكن راضياً حقيقة بالمتاع المعيوب، فشرع له الخيار. وهكذا لو اشترى ما لم يره، ثم رآه بغير تلك الصفة التي أرادها، شرع له الخيار، لأنه لم يرص حقيقة بهذا المتاع. وهكذا لو اشترى بيتاً ثم تبين أن نصفه مملوك لغير البائع، يكون له الخيار.

جيم: وقد يرضى المشتري بالعقد بشرط الخيار منذ البدء، لأنه ليس متأكداً من بعض ملابسات العقد؛ مثلاً لا يعلم هل يستطيع أن يوفر الثمن، فرضاه مشروط سلفاً وليس بكامل.

دال: وهكذا خيار الحيوان قد شرّع، لأن عيوبه ليست ظاهرة وقد تظهر خلال

(١) وسائل الشيعة، ج ١٨، ص ٥.

ثلاثة أيام، فيكون المشتري بالخيار إلى انقضاء تلك الأيام، إلا إذا قرّر إلغاء خياره مثلاً بذبحه أو التصرف فيه.

الخيار وحقيقة التراضي

ومن هذا البيان نعرف أن جوهر الخيار لا يختلف عن لحوق الإذن في عقد الفضولي أو عقد المُكرّه وما أشبه من العقود التي تفتقر إلى الرضا. فإذا لحق بها الرضا صحّت، لأن التراضي أهم أركان العقد، فمع فقدّه يأكل الناس أموالهم بالباطل، حيث قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾^(١).

والتراضي لا يكون من دون الإجازة في الفضولي والمُكرّه ومن أشبههما. وفي كثير من موارد الخيار نحن بحاجة إلى التأكد من حقيقة التراضي؛ مثل حالة الغبن الفاحش، أو العيب غير الظاهر عند المشتري، أو ما أشبه.

ويبقى سؤال: إذا افترضنا حالة من خلل الإرادة، أو نقص التراضي لم يُصرّح الشرع بها، ولم يجعل لإكماله خياراً، ولكن العقل أو العرف وجداه، فهل يجوز لنا أن نشرع له خياراً جديداً، أم لا بد أن تقتصر في الخيارات على الموارد المنصوصة؟

الجواب: إذا كان التراضي محور التجارة الصحيحة، ولم نتحقّق منه إلا بالخيار، فإن الخيار ممّا لا بد منه، وذلك تطبيقاً للأصل (وهو آية التجارة عن تراضٍ) على الفرع، وهو (فقدان التراضي إلا بالخيار).

وإذا كانت العقود أموراً عرفية أقرّ الشرع الناس عليها، وأوكل أمرها إلى عرف العقلاء، كما يشير إليه الكثير من فقهاءنا في موارد مختلفة؛ وإذا كان الأمر بالفناء بالعقود يعني الوفاء بما يراه العرف عقداً، وفي حدود رؤية العرف، وفي إطار الخصوصيات العرفية، فإن الخيار واحد من تلك الخصوصيات المعترف بها.

(١) سورة النساء، آية: ٢٩.

سقوط الخيار بالتصرف

ويظهر من تعابير بعض الأحاديث أيضاً أن الهدف من جعل الخيار تحقيق الرضا؛ مثل ما جاء في التصرف بعد الخيار، أنه رضا منه:

عن علي بن رثاب، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «الشَّرْطُ فِي الْحَيَوَانِ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ لِلْمُشْتَرِي، اشْتَرَطَ أَمْ لَمْ يَشْتَرِطْ، فَإِنْ أَحْدَثَ الْمُشْتَرِي فِيْمَا اشْتَرَى حَدَثًا قَبْلَ الثَّلَاثَةِ الْأَيَّامِ فَذَلِكَ رِضًا مِنْهُ فَلَا شَرْطَ..»^(١).

قال محمد بن الحسن الصفار: «كَتَبْتُ إِلَى أَبِي مُحَمَّدٍ عليه السلام فِي الرَّجُلِ اشْتَرَى مِنْ رَجُلٍ دَابَّةً، فَأَحْدَثَ فِيهَا حَدَثًا مِنْ أَخْذِ الْحَافِرِ أَوْ أَنْعَلَهَا، أَوْ رَكِبَ ظَهْرَهَا فَرَأَسَخَ، أَلَهُ أَنْ يَرُدَّهَا فِي الثَّلَاثَةِ الْأَيَّامِ الَّتِي لَهُ فِيهَا الْخِيَارُ بَعْدَ الْحَدَثِ الَّذِي يُحْدِثُ فِيهَا أَوْ الرُّكُوبِ الَّذِي يَرْكُبُهَا فَرَأَسَخَ. فَوَقَعَ عليه السلام: إِذَا أَحْدَثَ فِيهَا حَدَثًا فَقَدْ وَجَبَ الشَّرَاءُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ»^(٢).

عن علي بن رثاب، قال: «سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام عَنْ رَجُلٍ اشْتَرَى جَارِيَةً، لِمَنِ الْخِيَارُ؟ فَقَالَ عليه السلام: الْخِيَارُ لِمَنْ اشْتَرَى.. -إِلَى أَنْ قَالَ: قُلْتُ لَهُ: أَرَأَيْتَ إِنْ قَبَّلَهَا الْمُشْتَرِي أَوْ لَامَسَ؟ فَقَالَ عليه السلام: إِذَا قَبَّلَ أَوْ لَامَسَ أَوْ نَظَرَ مِنْهَا إِلَى مَا يَحْرُمُ عَلَى غَيْرِهِ، فَقَدْ انْقَضَى الشَّرْطُ وَلَزِمَتْهُ»^(٣).

وقال الشيخ الأنصاري رحمته الله عن سقوط الخيار بالتصرف: «كلمات كثير منهم (الفقهاء) في هذا المقام (سقوط خيار الحيوان بالتصرف) أيضاً يدل على سقوط هذا الخيار بالتصرف من حيث (دلالته على) الرضا، بل عرفت من (كتاب) التذكرة (للعامة الحلبي رحمته الله) و (من كتاب) الغنية (لابن زهرة رحمته الله) أن علة السقوط (سقوط الخيار بالتصرف) دلالة التصرف نوعاً على الرضا»^(٤).

(١) وسائل الشيعة، ج ١٨، ص ١٣.

(٢) وسائل الشيعة، ج ١٨، ص ١٣.

(٣) وسائل الشيعة، ج ١٨، ص ١٣.

(٤) كتاب المكاسب، ج ٥، ص ٢٨٢.

وقال العلامة النجفي رحمته الله في جواهر الكلام، وهو يتحدث عن سقوط الخيار بالتصرف: «ولذلك عوّل من قيّد السقوط بالتصرف بما إذا لم يكن للاختيار ونحوه فيما علم عدم إرادة الالتزام به، بل المتّجه حينئذٍ أن ما كان ظاهره ذلك كذلك أيضاً، بل ينبغي عدم السقوط بالمشكوك فيه»^(١).

وهكذا يظهر من كلمتي الفقيهين الجليلين رحمتهما الله، ما قد استفدناه من الأحاديث: أن محور العقود الرضا، وأن الخيار يسقط به. ويبسط الفقيه السبزواري القول في جوهر الخيار ويؤكد ما سبق وأن قلناه من أنه شرّع لمعالجة نقص التراضي أو عيب الإرادة، ويسمّيه باختلال الالتزام العقدي فيأتي الخيار لإكماله، يقول: «فالقرار الجعلي الواقع بين المتعاقدين (أي محتوى العقود من العزم على الالتزام بها) وإن كان واحداً صورة (أي في الظاهر) لكنه منبسط في الواقع على التزامات كثيرة حسب الأغراض النوعية المعاملية؛ كالالتزام بعدم العيب، وعدم التأخير، وعدم تخلف الشرط إلى غير ذلك من موارد الخيارات. ومع ثبوت الخلل في أحد تلك الالتزامات، يختل الالتزام العقدي إلّا مع الدليل على الخلاف»^(٢). ويضيف قائلاً: فجميع الخيارات المذكورة في كتب الفقهاء مطابق للقاعدة»^(٣).

عدد الخيارات

ثم يعدّد الخيارات حسب الشهيد رحمته الله في اللمعة، ويقول: «قد أنهى الشهيد في اللمعة الخيارات إلى أربعة عشر، وهي: خيار المجلس، وخيار الحيوان، وخيار الشرط، والتأخير، وما يفسد ليومه، والرؤية، والغبن، والعيب، والتدليس، والاشتراط، والشركة، وتعذر التسليم، وتبعض الصفقة، والتفليس»^(٤).

وعدد الخيارات عند الحنفية سبعة عشر خياراً، وهي: خيار الشرط،

(١) جواهر الكلام، ج ٢٣، ص ٦٠.

(٢) مهذب الأحكام في بيان الحلال والحرام، ج ١٧، ص ٨٠.

(٣) مهذب الأحكام في بيان الحلال والحرام، ج ١٧، ص ٨٠.

(٤) مهذب الأحكام في بيان الحلال والحرام، ج ١٧، ص ٨١.

والرؤية، والعيب، والوصف، والنقد، والتعيين، والغبن مع التغير، وخيار الكمية، والاستحقاق، والتغير الفعلي، وكشف الحال، وخيار المراجعة، والتولية، وتفريق الصفقة بهلاك بعض المبيع، وإجازة عقد الفضولي، وتعلق حق الغير بالمبيع بسبب كونه مستأجراً أو مرهوناً^(١).

والخيار المشروع عند الشافعية ستة عشر^(٢). وهي متشابهة نوعاً مع الخيارات المذكورة سابقاً. أما عند الحنابلة فالخيارات ثمانية أنواع^(٣).

حقاً، إن الخيارات تزيد وتنقص حسب النظر إلى جوهرها، فإن كانت الخيارات أحكام شرعية مخالفة للقواعد فهي معدودة، وإذا كانت حقوق عرفية قائمة على أساس القواعد، فهي غير محدودة؛ بل قد نحتاج إلى إضافة خيار جديد مثل خيار المشتري إذا تعلق غرض عقلائي باسم البائع، كما إذا كان البيع بالشيك وليست الشيكات مقبولة من كل شخص. ويمكن أن نقول: إن أصل كل الخيارات هو خيار الشرط، فإن المتعاقدين قد يشترطان أموراً في متن العقد وقد يتبايان على شروط عرفية يجريان العقد عليها. وإذا اختل الشرط، اختل الالتزام فاقضى الخيار؛ مثلاً صحة المبيع لا تذكر في العقد، ولكنها من الشروط العرفية التي يقوم العقد عليها، وعند فقدانها يقتضي الأمر خيار العيب. وكذلك وحدة الصفقة من الشروط العرفية التي تباني الطرفان عليها، فإذا تبعضت الصفقة اقتضى خياره تبعض الصفقة. والحقيقة إنه خيار الشرط، ولكن نسميه بهذا الاسم باعتبار طبيعة الشرط المتخلف. وهكذا..

وقد أشار بعضهم إلى هذه الفكرة بالقول: إن جوهر الخيار انعدام التراضي، وأنه إذا لحق الرضا بيعاً سواءً بالقول أو بالفعل أصبح لازماً. فقال: والحاصل إن كل واحد من الرؤية ومضي ثلاثة أيام ومضي السنة في أحداث السنة المذكورة

(١) الفقه الإسلامي وأدلته (الدكتور الزحيلي)، ج ٥، ص ٣٥١٧.

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٥، ص ٣٥١٨.

(٣) الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٥، ص ٣٥١٩.

الأربعة^(١) وافتراق الأبدان عن مكان العقد كاشف عن لزوم العقد، مصدق للرضا الذي هو الأصل في التجارة والبيع لأجل قول النبي ﷺ في خبر ذلك الكتاب^(٢) بعد (ذكر) آية تجارة عن تراض منكم، قال: والبيع عن تراض كصفقة البيع^(٣).

وأضاف: إن الأصل في وجوب البيع ولزومه كتاباً وسنة، التراضي من المتبايعين، وما ورد من الأخبار المسموعة وما ضاهاها، إنما هي من جملة فروعات هذا الأصل الأهم من الرؤية والاقتران والصفقة وأحداث السنة كدخول السوق (للأعراب بعد أن باعوا دون معرفة السوق) في تلقي الركبان. ثم قال: ومن هنا ظهر أن الأصحاب أولاً: ما أصابوا الأصل في أمر الخيار، وثانياً: ما استقصوا فروعاته^(٤).

الخيارات في القانون

ويقترّب فقه القانون من هذه البصيرة بالرغم من أنه لا يستوعبها، فيقول د. السنهوري: اشتمل المشروع التمهيدي (للقانون المصري) على نص (في عيوب الإرادة) هو المادة ١٦٦ من هذا المشروع (التمهيدي) حذف في المشروع النهائي وقد جرى بما يأتي: «لكل من شاب رضاء غلط أو تدليس أو انتزع رضائه بالإكراه، أو باستغلال حاجة له، أن يطلب إبطال العقد وفقاً للأحكام التالية»^(٥).

ويضيف المؤلف قائلاً: ويتبيّن من ذلك أن عيوب الإرادة هي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال^(٦). ثم يسترسل في بيان الفارق بين إرادة معيبة

(١) أي الجنون والجذام والبرص والقرن، إذا وجدت في الأمة خلال سنة من العقد كان للمشتري الخيار.

(٢) أي كتاب وسائل الشريعة.

(٣) المحدث الشيخ محمد رضا المشتهر بأفضل في كتابه مفاتيح الشرائع، ج ٢، ص ٦٩.

(٤) المحدث الشيخ محمد رضا المشتهر بأفضل في كتابه مفاتيح الشرائع، ج ٢، ص ٦٩.

(٥) الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، ص ٢٨٧.

(٦) الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، ص ٢٨٨.

وإرادة غير موجودة، ثم يقترب من البصيرة التي سبق بيانها، فيقول: وتتصل نظرية عيوب الإرادة بنظرية سلطان الإرادة اتّصلاً وثيقاً، فإرادة الفرد -ولها المقام الأول في توليد الروابط القانونية وفي ترتيب آثارها- يجب أن تكون على هدى مختارة، وإلا فالإرادة المشوبة بعيب من العيوب المتقدمة ليست إرادة صحيحة، فلا يكون لها سلطان كامل^(١).

وسلطان الإرادة في العقد قريب من بصيرة (محمورية التراضي) في صحة التجارة.

وكمثل على صلة نظرية سلطان الإرادة ببصيرة التراضي نقرأ تعريف الغلط عند د. السنهوري: يمكن تعريف الغلط بأنه حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع، وغير الواقع إما أن يكون واقعة غير صحيحة يتوهم الإنسان صحتها، أو واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها^(٢).

الخيارات والغلط الجوهرية

وهكذا ترى أن خيار الرؤية، وخيار العيب، وخيار تبعض الصفقة وما أشبه قد يدخل في هذا التعريف، إذ إن المشتري في هذه الحالات يغلط في تحديد ما يشتري فينوي شيئاً مختلفاً (وبنسبة معينة) عما هو الواقع، فيكون التراضي غير مكتمل. أو بتعبير آخر؛ تكون الإرادة معيبة، وتدخل ضمن دائرة الغلط الذي يصيب الإرادة (الرضا) بالخلل، والذي يعرفه الدكتور السنهوري بأنه «غلط يقع في تكون الإرادة -لا في نقلها ولا في تفسيرها، وهو من جهة أخرى- لا يعدم الإرادة كما هو الأمر في الغلط المانع^(٣). أي الغلط الذي يتعلّق الرضا فيه بغير موضوع العقد تماماً، حتى يكون ضمن دائرة القاعدة الفقهية المعروفة: ما وقع لم يُقصد، وما قُصد لم يقع.

(١) الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، ص ٢٨٩.

(٢) الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، ص ٢٨٩.

(٣) الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، ص ٢٩٢.

وبالنسبة إلى أنواع الغلط الجوهري - وغير المانع^(١) - جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي (للقانون المصري) في صدد (بيان) المادة ١٢١ ما يأتي: وينبغي أن يكون الغلط المبطل للعقد جوهرياً، ولا يتحقق ذلك إلا إذا دفع من وقع فيه إلى التعاقد، ومؤدّى هذا أن يناط تقدير الغلط بمعيار شخصي. وقد انتهى القضاء المصري والقضاء الفرنسي في هذا الشأن إلى تطبيقات ثلاثة تقرّرت في نصوص المشروع.

الأول: يتعلّق بالغلط الذي يقع في صفة للشيء تكون جوهريّة في اعتبار المتعاقدين، أو بالنسبة إلى ما يلبس العقد من ظروف، ولما ينبغي أن يسود التعامل من حسن النية. وفي هذا الغرض يرتبط الغلط الجوهري بعامل شخصي هو حسن النية، وبعامل مادي قوامه الظروف التي لا يست تكوين الغلط.

والثاني: يتّصل بالغلط الواقع في ذات شخص المتعاقد، أو في صفة من صفاته إذا كانت هذه الذات أو تلك الصفة السبب الوحيد أو السبب الرئيسي في التعاقد والمعيار في هذا الغرض شخصي بحت.

والثالث: خاص بالأموال التي يعتبرها من يتمسك بها من المتعاقدين، عناصر ضرورية للتعاقد طبقاً لما تقتضي النزاهة في التعامل^(٢).

والظروف كثيرة، فقد تكون زمانية كما لو اشترى شخص بضاعة لشهر رمضان، أو مكانية كما لو اشترى بضاعة في الحج، أو مقارنة كما لو اشترى بضاعة للمعرض. ثم إذا تغيّر الوضع كما لم يقم المعرض، أو لم تصل البضاعة في وقت رمضان أو في موقع الحج.

ومن الغلط في الملابسات الغلط في القانون، فلو اشترى قطعة أرض لبناء

(١) يمكن أن تُسمّى الغلط المانع بالغلط المستوعب أو الشامل، بينما تُسمّى الغلط الجوهري بالغلط الأساسي وغير المستوعب.

(٢) الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، ص ٢٩٨-٢٩٩ (الهامش).

مسجد وعلم أن البلدية لا تسمح ببنائه في هذه المنطقة، فلو كان المتعاقدان قد أقاما عقدهما على هذا الهدف بحيث دخل ضمن دائرة التراضي وكان كالشرط غير المذكور جبر نقص الرضا بالخيار.

ولا بد في كل أنواع الغلط الجوهرى قيام العقد عليه، بحيث يكون جزءاً من الرضا المتبادل. أما إذا لم يتم العقد عليه، بل كان مجرد باعث نفسى، فلا أثر له في العقد.

وهكذا نعرف أن جوهر الخيار نقص التراضي أو عيب الإرادة، وأنه بذلك لا يختص بجملة الخيارات المعروفة، بل ويتوسّع في خيارات أخرى منها ما أشرنا إليه ومنها ما لم نذكره.

الخيارات المعروفة

وفيما يلي نستعرض وبإجمال الخيارات المعروفة وبعضاً من الروايات التي تدل عليها.

١ - خيار المجلس

جاء في الحديث الشريف عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ حَتَّى يَفْتَرِقَا وَصَاحِبُ الْحَيَوَانِ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ»^(١).

وجاء في حديث آخر عن محمد بن مسلم، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «الْمُتَبَايِعَانِ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فِي الْحَيَوَانِ وَفِيمَا سِوَى ذَلِكَ مِنْ بَيْعٍ حَتَّى يَفْتَرِقَا»^(٢).

وجاء في حديث آخر عن الإمام علي عليه السلام قال: «إِذَا صَفَقَ الرَّجُلُ عَلَى الْبَيْعِ فَقَدْ وَجَبَ وَإِنْ لَمْ يَفْتَرِقَا»^(٣).

(١) وسائل الشيعة، ج ١٨، ص ٥.

(٢) وسائل الشيعة، ج ١٨، ص ١٠.

(٣) وسائل الشيعة، ج ١٨، ص ٧.

ونستفيد من الحديثين الأخيرين؛ أن حكمة الخيار الرضا، فإذا تمَّ وجب البيع.

ومن هنا فإن الافتراق يُوجب البيع، حيث جاء في حديث عن الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «أَيُّمَا رَجُلٍ اشْتَرَى مِنْ رَجُلٍ بَيْعًا فَهُمَا بِالْخِيَارِ حَتَّى يَفْتَرَقَا، فَإِذَا افْتَرَقَا وَجَبَ الْبَيْعُ. قَالَ: وَقَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام: إِنَّ أَبِي اشْتَرَى أَرْضًا يُقَالُ لَهَا الْعَرِيضُ، فَابْتَاعَهَا مِنْ صَاحِبِهَا بِدَنَانِيرَ. فَقَالَ: أُعْطِيكَ وَرِقًا بِكُلِّ دِينَارٍ عَشْرَةَ دَرَاهِمَ، فَبَاعَهُ بِهَا، فَقَامَ أَبِي فَاتَّبَعْتُهُ، فَقُلْتُ: يَا أَبَهْ! لِمَ قُمْتَ سَرِيعًا؟، قَالَ: أَرَدْتُ أَنْ يَجِبَ الْبَيْعُ»^(١).

٢- خيار الحيوان

وفي الحيوان جعل الخيار لثلاثة أيام، ويبدو:

أولاً: إن المراد بالحيوان مثل الغنم والبقر والإبل. أما مثل دودة القز والنحل من الحشرات المفيدة، فلا.
ثانياً: إن علّة الحكم وحكمة التشريع، أن مرض الحيوان وعيبه يتبين في ثلاث، فإذا كان لا يتبين إلا بعد مدة، فإن الخيار إلى تلك المدة.

ومن هنا فإن العيوب التي لا تظهر إلا بعد سنة كالجنون والبرص، فإن الخيار فيها إلى سنة. وهكذا جاء في الحديث الشريف عن الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «فِي الْحَيَوَانِ كُلِّهِ شَرْطُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ لِلْمُشْتَرِي، وَهُوَ بِالْخِيَارِ فِيهَا إِنْ شَرَطَ أَوْ لَمْ يَشَرَطْ»^(٢).

وعن علي بن رئاب، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «الشَّرْطُ فِي الْحَيَوَانِ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ لِلْمُشْتَرِي، اشْتَرَطَ أَمْ لَمْ يَشَرَطْ، فَإِنْ أَحْدَثَ الْمُشْتَرِي فِيمَا اشْتَرَى حَدَثًا قَبْلَ الثَّلَاثَةِ الْأَيَّامِ فَذَلِكَ رِضًا مِنْهُ فَلَا شَرْطَ. قِيلَ لَهُ: وَمَا الْحَدَثُ؟. قَالَ عليه السلام: إِنْ لَمْ يَمَسَّ أَوْ قَبْلَ أَوْ نَظَرَ مِنْهَا إِلَى مَا كَانَ يَحْرُمُ عَلَيْهِ قَبْلَ الشَّرَاءِ»^(٣).

(١) وسائل الشيعة، ج ١٨، ص ٩.

(٢) وسائل الشيعة، ج ١٨، ص ١٠.

(٣) وسائل الشيعة، ج ١٨، ص ١٣.

٣- خيار الشرط

جاء في الحديث عن عبد الله بن سنان، عن أبي عبد الله عليه السلام: «قَالَ سَمِعْتُهُ يَقُولُ: مَنْ اشْتَرَطَ شَرْطاً مُخَالَفاً لِكِتَابِ اللَّهِ فَلَا يَجُوزُ لَهُ، وَلَا يَجُوزُ عَلَى الَّذِي اشْتَرَطَ عَلَيْهِ، وَالْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ، مِمَّا وَافَقَ كِتَابَ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ»^(١).

وخيار الشرط في البيع جائز، ويُسمى بيع الشرط أو بيع الخيار، وصورته ما فصل في الحديث التالي:

عن إسحاق بن عمار قال: «حَدَّثَنِي مَنْ سَمِعَ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام وَسَأَلَهُ رَجُلٌ وَأَنَا عِنْدَهُ، فَقَالَ: رَجُلٌ مُسْلِمٌ اِحْتِاجَ إِلَى بَيْعِ دَارِهِ، فَجَاءَ إِلَى أَخِيهِ فَقَالَ: أبيعك داري هذه، وتكون لك أحب إلي من أن تكون لغيرك، على أن تشتري لي إن أنا جئتكم بثمرتها إلى سنة، أن ترد علي. فقال عليه السلام: لا بأس بهذا إن جاء بثمرتها إلى سنة ردّها عليه. قلت: فإنها كانت فيها غلة كثيرة، فأخذ الغلة لمن تكون الغلة؟ فقال عليه السلام: الغلة للمشتري، ألا ترى أنه لو احترقت لكانت من ماله»^(٢).

٤ - خيار التأخير

وصفته ما جاء في الحديث التالي عن زرارة، عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قُلْتُ لَهُ: الرَّجُلُ يَشْتَرِي مِنَ الرَّجُلِ الْمَتَاعَ، ثُمَّ يَدْعُهُ عِنْدَهُ، فَيَقُولُ حَتَّى آتِيكَ بِثَمَنِهِ. قَالَ عليه السلام: إِنْ جَاءَ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ وَإِلَّا فَلَا بَيْعَ لَهُ»^(٣).

وخلال فترة هذا الخيار إذا هلك المبيع فهو من مال البائع، لأن الصفقة لم توجب. وقد جاء في الحديث عن عقبة بن خالد، عن أبي عبد الله عليه السلام «فِي رَجُلٍ اشْتَرَى مَتَاعاً مِنْ رَجُلٍ وَأَوْجَبَهُ، غَيْرَ أَنَّهُ تَرَكَ الْمَتَاعَ عِنْدَهُ وَلَمْ يَقْبِضْهُ. قَالَ: آتِيكَ غَدًا إِنْ شَاءَ اللَّهُ، فَسُرِقَ الْمَتَاعُ مِنْ مَالٍ مَنْ يَكُونُ؟. قَالَ عليه السلام: مِنْ مَالِ صَاحِبِ الْمَتَاعِ

(١) وسائل الشيعة، ج ١٨، ص ١٦.

(٢) وسائل الشيعة، ج ١٨، ص ١٩.

(٣) وسائل الشيعة، ج ١٨، ص ٢١.

الَّذِي هُوَ فِي بَيْتِهِ حَتَّى يَقْبِضَ الْمَتَاعَ وَيُخْرِجَهُ مِنْ بَيْتِهِ، فَإِذَا أَخْرَجَهُ مِنْ بَيْتِهِ فَالْمُبْتَاعُ ضَامِنٌ لِحَقِّهِ حَتَّى يَرُدَّ مَالَهُ إِلَيْهِ»^(١).

ولكن ذلك لا يصلح في المبيع الذي يفسد من يومه، فإن الخيار فيه إلى الليل أو إلى وقت فساده، حيث جاء في الحديث عن أبي عبد الله وأبي الحسن عليهما السلام «فِي الرَّجُلِ يَشْتَرِي الشَّيْءَ الَّذِي يَفْسُدُ مِنْ يَوْمِهِ، وَيَتْرُكُهُ حَتَّى يَأْتِيَهُ بِالثَّمَنِ. قَالَ عليهما السلام: إِنْ جَاءَ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّيْلِ بِالثَّمَنِ وَإِلَّا فَلَا بَيْعَ لَهُ»^(٢).

٥ - خيار تبعض الصفة

حيث يجوز لمن اشترى شيئاً ثم تبين أن بعضه ناقص أو ليس للبايع، يجوز له فسخ العقد رأساً. والحديث التالي يشير إلى ذلك، حيث روي عن عمر بن حنظلة، عن أبي عبد الله عليه السلام «فِي رَجُلٍ بَاعَ أَرْضاً عَلَى أَنَّهَا عَشْرَةُ أَجْرِيَةٍ، فَاشْتَرَى الْمُشْتَرِي مِنْهُ بِحُدُودِهِ، وَنَقَدَ الثَّمَنَ وَوَقَعَ صَفْقَةُ الْبَيْعِ وَافْتَرَقَا، فَلَمَّا مَسَحَ الْأَرْضَ إِذَا هِيَ خَمْسَةٌ أَجْرِيَةٍ. قَالَ عليه السلام: إِنْ شَاءَ اسْتَرْجَعَ فَضْلَ مَالِهِ وَأَخَذَ الْأَرْضَ، وَإِنْ شَاءَ رَدَّ الْبَيْعَ وَأَخَذَ مَالَهُ كُلَّهُ. إِلَّا أَنْ يَكُونَ لَهُ إِلَى جَنْبِ تِلْكَ الْأَرْضِ أَيْضاً أَرْضُونَ فَلْيُؤْخَذَ، وَيَكُونَ الْبَيْعُ لَازِماً لَهُ، وَعَلَيْهِ الْوَفَاءُ بِتَمَامِ الْبَيْعِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ فِي ذَلِكَ الْمَكَانِ غَيْرُ الَّذِي بَاعَ، فَإِنْ شَاءَ الْمُشْتَرِي أَخَذَ الْأَرْضَ وَاسْتَرْجَعَ فَضْلَ مَالِهِ، وَإِنْ شَاءَ رَدَّ الْأَرْضَ وَأَخَذَ الْمَالَ كُلَّهُ»^(٣).

٦ - خيار الرؤية

حيث يجوز لمن اشترى بضاعة دون أن يراها، فلما رآها وجدها على غير الصفة التي أرادها، حيث جاء في الحديث عن جميل بن دراج قال: «سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام عَنْ رَجُلٍ اشْتَرَى ضِيعَةً، وَقَدْ كَانَ يَدْخُلُهَا وَيَخْرُجُ مِنْهَا، فَلَمَّا أَنْ نَقَدَ

(١) وسائل الشيعة، ج ١٨، ص ٢٣.

(٢) وسائل الشيعة، ج ١٨، ص ٢٤.

(٣) وسائل الشيعة، ج ١٨، ص ٢٧.

الْمَالِ صَارَ إِلَى الضَّيْعَةِ فَقَلَبَهَا، ثُمَّ رَجَعَ فَاسْتَقَالَ صَاحِبَهُ فَلَمْ يَقْلَهُ. فَقَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام: إِنَّهُ لَوْ قَلَبَ مِنْهَا وَنَظَرَ إِلَى تِسْعٍ وَتِسْعِينَ قِطْعَةً، ثُمَّ بَقِيَ مِنْهَا قِطْعَةٌ وَلَمْ يَرَهَا، لَكَانَ لَهُ فِي ذَلِكَ خِيَارُ الرُّؤْيَةِ»^(١).

٧- خيار العيب

فإذا اشترى بضاعة فوجد فيها عيباً، جاز له ردها ما دامت موجودة، أو أخذ أرشها إن فقدت، كما جاء في الحديث التالي عن جميل، عن بعض أصحابنا، عن أحدهما عليه السلام: «فِي الرَّجُلِ يَشْتَرِي الثَّوبَ أَوِ الْمَتَاعَ فَيَجِدُ فِيهِ عَيْبًا. فَقَالَ عليه السلام: إِنْ كَانَ الشَّيْءُ قَائِمًا بَعَيْنِهِ رَدَّهُ عَلَى صَاحِبِهِ وَأَخَذَ الثَّمَنَ، وَإِنْ كَانَ الثَّوبُ قَدْ قُطِعَ أَوْ خِيَطَ أَوْ صُبِعَ يَرْجِعُ بِنُقْصَانِ الْعَيْبِ»^(٢).

٨- خيار الغبن

قالوا إذا غبن شخص في شرائه غبناً فاحشاً، جاز له استرداد قيمة الغبن أو من الصفقة أو فسخها. واستدلوا على ذلك بالحديث المأثور عن إسحاق بن عمار، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «غَبْنُ الْمُشْتَرِي سُحْتٌ»^(٣).

وأيضاً بالحديث المعروف عن زرارة، عن أبي جعفر عليه السلام قال: «أَنْ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ عَلَى مُؤْمِنٍ»^(٤).

ويمكن أن يستدل بأحاديث خيار العيب أيضاً.

وكلمة أخيرة؛ إذا نظرنا إلى الأحاديث نظرة واحدة، ورددناها إلى الآيات المحكمات، استفدنا منها قاعدة عامة للخيار، هي التي أشرنا إليها من نقص الرضا (خلل الإرادة)، حيث العقد لم يوجب من قبل الطرفين من دونه لفقد شرط ضمنى

(١) وسائل الشيعة، ج ١٨، ص ٢٨.

(٢) وسائل الشيعة، ج ١٨، ص ٣٠.

(٣) وسائل الشيعة، ج ١٧، ص ٣٩٥.

(٤) وسائل الشيعة، ج ١٨، ص ٣٢.

لم يصرحا به، ولكنهما بنيا العقد عليه. وبذلك نستفيد أحكام كل شرط ضمنى بنى العقد عليه، فإذا فقد جبر بالخيار. والله العالم.

كيف يسقط الخيار؟

إذا كان جوهر الخيار نقص الرضا (خلل الإرادة)، فإذا توفر الرضا انتفى الخيار. ومن هنا يسقط الخيار بإسقاطه قبل أو بعد العقد أو أثناءه. وبالرضا بالعقد صراحة، أو بعمل يدل عليه؛ مثل استهلاك المبيع، أو التصرف فيه تصرفاً يدل على الرضا به. ولعل منه أيضاً انقضاء وقت الخيار دون الأخذ به، كما لو تفرقا عن المجلس، وانقضى وقت خيار الحيوان - ثلاثة أيام - وعلم بالعيب وبالغبن الفاحش، ثم لم يأخذ بالخيار ممّا دلّ على رضاه بالعقد.

ويسقط خيار الفسخ لو تصرف في المبيع بما جعل رده على البائع ضرراً عليه، فليس له أن يردّ المبيع، بل يأخذ الأرض بما يجبر خسارته. وفي هذه البصائر نصوص نذكر منها ما يلي:

١ - عن السكوني، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «إِنْ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ عليه السلام قَضَى فِي رَجُلٍ اشْتَرَى ثَوْباً بِشَرْطٍ إِلَى نِصْفِ النَّهَارِ، فَعَرَضَ لَهُ رِبْحٌ فَأَرَادَ بَيْعَهُ. قَالَ عليه السلام: لِيُشْهِدَ أَنَّهُ قَدْ رَضِيَهِ فَاسْتَوْجَبَهُ، ثُمَّ لِيَبْعَهُ إِنْ شَاءَ فَإِنْ أَقَامَهُ فِي السُّوقِ وَلَمْ يَبِعْ فَقَدْ وَجَبَ عَلَيْهِ»^(١).

٢ - عن محمد بن الحسن الصفار قال: «كَتَبْتُ إِلَى أَبِي مُحَمَّدٍ (الإمام العسكري عليه السلام) فِي الرَّجُلِ اشْتَرَى مِنْ رَجُلٍ دَابَّةً فَأَحْدَثَ فِيهَا حَدَثًا، مِنْ أَخِذِ الْحَافِرِ أَوْ أَنْعَلَهَا، أَوْ رَكَبَ ظَهْرَهَا فَرَأَسَخَ، أَلَهُ أَنْ يَرُدَّهَا فِي الثَّلَاثَةِ أَيَّامِ النَّبِيِّ لَهُ فِيهَا الْخِيَارُ، بَعْدَ الْحَدَثِ الَّذِي يُحْدِثُ فِيهَا، أَوْ الرُّكُوبِ الَّذِي يَرْكَبُهَا فَرَأَسَخَ. فَوَقَعَ عليه السلام: إِذَا أَحْدَثَ فِيهَا حَدَثًا فَقَدْ وَجَبَ الشَّرَاءُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ»^(٢).

(١) وسائل الشيعة، ج ١٨، ص ٢٥.

(٢) وسائل الشيعة، ج ١٨، ص ١٣.

٣- عن جميل، عن بعض أصحابنا، عن أحدهما عليه السلام «في الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد فيه عيباً. فقال عليه السلام: إن كان الشيء قائماً بعينه رده على صاحبه وأخذ الثمن، وإن كان الثوب قد قطع، أو خيط، أو صبغ، يرجع بنقصان العيب»^(١).

٤- قال الإمام علي عليه السلام: «إذا صفق الرجل على البيع فقد وجب وإن لم يفتقراً»^(٢).

ونستفيد من الحديث أنه إذا أوجب البيع بالتصفيق، مما دل على رضاه التام به، فلا خيار له، لأنه بحكم إسقاط الخيار.

(١) وسائل الشيعة، ج ١٨، ص ٣٠.

(٢) وسائل الشيعة، ج ١٨، ص ٧.



١. ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، تحقيق وتصحيح: أحمد فارس صاحب الجوائب، الناشر: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع - دار صادر، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، تاريخ نشر: ١٤١٤ هـ.
٢. الأحسائي (ابن أبي جمهور)، المحقق المتتبع محمد بن علي بن إبراهيم، عوالي اللآلي العزيزية في الأحاديث الدينية، تحقيق: الحاج آغا مجتبی العراقي، تقديم: السيد شهاب الدين النجفي المرعشي، الناشر: دار مكتبة سيد الشهداء، قم المقدسة، إيران، الطبعة الأولى، ١٤٠٣ هـ.ق.
٣. الأردبيلي، المولى أحمد بن محمد، زبدة البيان في أحكام القرآن، تصحيح وتحقيق: محمد باقر البهودي، الناشر: المكتبة الجعفرية لإحياء الآثار الجعفرية، سنة ١٣٨٦ هـ.
٤. الأردبيلي، المولى أحمد بن محمد، مجمع الفائدة والبرهان في شرح إرشاد الأذهان، تحقيق: الحاج آغا مجتبی العراقي، الشيخ علي بناه الاشتهادي، الحاج آغا حسين اليزدي الأصفهاني، الناشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المقدسة، إيران، الطبعة الثانية، سنة ١٤٠٣ هـ.
٥. آل عصفور البحراني، الفقيه المحدث الشيخ يوسف بن أحمد بن إبراهيم، الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة، حققه وعلق عليه: محمد تقي الإيرواني، السيد عبدالرزاق المقرم، الناشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة

٦. لجماعة المدرسين بقم المقدسة، إيران، الطبعة الأولى، سنة ١٤٠٥ هـ.ق.
المشتهر بـ (أفضل)، الشيخ محمد رضا، مفاتيح الشرائع المأخوذ من أئمة
التعليم عليه السلام، طبع بإيران - قم المقدسة، لم يذكر اسم الناشر وتاريخه.
٧. البحراني، العلامة المحدث المفسر السيد هاشم الحسيني، البرهان في تفسير
القرآن، تحقيق: قسم الدراسات الإسلامية، مؤسسة البعثة، الناشر: مؤسسة
البعثة، قم المقدسة، إيران، سنة: ١٤١٦ هـ.
٨. البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر، سنن البيهقي الكبرى،
تحقيق: محمد عبد القادر عطا الناشر: مكتبة دار الباز، مكة المكرمة،
السعودية، الطبعة الأولى، سنة ١٤١٤ هـ.
٩. الجزري، مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد بن الأثير، النهاية في غريب
الحديث والأثر، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي، محمود محمد الطناحي، الناشر: مؤسسة
اسماعيليان للمطبوعات، قم المقدسة، إيران، الطبعة الرابعة، سنة ١٣٦٤ هـ.ش.
١٠. الجواهري، الشيخ حسن محمد تقي، الربا فقها واقتصاديا، الناشر: المؤلف،
إيران، قم المقدسة، الطبعة الأولى، سنة: ١٤٠٥ هـ.
١١. الحائري، السيد علي بن محمد الطباطبائي، رياض المسائل في تحقيق
الأحكام بالدلائل، تحقيق وتصحيح: محمد بهرهمند، محسن قديري، كريم
الأنصاري، على مرواريد، الناشر: مؤسسة آل البيت عليه السلام، قم المقدسة،
إيران، الطبعة الأولى، سنة ١٤١٨ هـ.
١٢. الحر العاملي، الشيخ محمد بن الحسن، تفصيل وسائل الشيعة إلى تحصيل
مسائل الشريعة، تحقيق وتصحيح ونشر: مؤسسه آل البيت عليه السلام، قم
المقدسة - إيران، الطبعة الأولى، سنة النشر: ١٤٠٩ هـ.ق.
١٣. الحر العاملي، الشيخ محمد بن الحسن، تفصيل وسائل الشيعة إلى تحصيل
مسائل الشريعة، تحقيق وتصحيح وتذييل: الشيخ عبد الرحيم الرباني
الشيرازي، الناشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الخامسة،
سنة: ١٤٠٣ هـ.

١٤. الحكيم، السيد محسن الطباطبائي، مستمسك العروة الوثقى، الناشر: مؤسسة دار التفسير، قم المقدسة، إيران، الطبعة الأولى، سنة ١٤١٦ هـ.
١٥. الحلبي، أبو الصلاح تقى الدين بن نجم الدين، الكافي في الفقه، تحقيق وتصحيح: رضا الأستاذي، الناشر: مكتبة أمير المؤمنين عليه السلام العمومية، اصفهان، إيران، الطبعة الأولى، سنة: ١٤٠٣ هـ.
١٦. الحلبي، الفقيه البارع الأقدم السيد حمزة بن علي بن زهرة، غنية النزوع إلى علمي الأصول والفروع، تحقيق: الشيخ إبراهيم البهادري، الناشر: مؤسسة الإمام الصادق عليه السلام للتحقيق والتأليف، قم المقدسة، إيران، الطبعة الأولى، سنة ١٤١٧ هـ.
١٧. الحلبي، العلامة الشيخ حسن بن يوسف بن مطهر الأسدي، تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية، تصحيح وتحقيق: إبراهيم بهادري، الناشر: مؤسسة الإمام الصادق عليه السلام، قم المقدسة، إيران، الطبعة الأولى، سنة: ١٤٢٠ هـ.
١٨. الحلبي، العلامة الشيخ حسن بن يوسف بن مطهر الأسدي، تذكرة الفقهاء، الناشر: مؤسسه آل البيت عليه السلام، قم المقدسة، إيران، الطبعة الأولى، سنة ١٤١٤ هـ.
١٩. الحلبي، العلامة الشيخ حسن بن يوسف بن مطهر الأسدي، قواعد الأحكام في معرفة الحلال والحرام، تصحيح وتحقيق ونشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المقدسة، إيران، الطبعة الأولى، سنة النشر: ١٤١٣ هـ.
٢٠. الحلبي، العلامة الشيخ حسن بن يوسف بن مطهر الأسدي، مختلف الشيعة في أحكام الشريعة، تصحيح وتحقيق ونشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المقدسة، إيران، الطبعة الثانية، سنة النشر: ١٤١٣ هـ.
٢١. الحلبي، العلامة الشيخ حسن بن يوسف بن مطهر الأسدي، نهاية الأحكام في معرفة الأحكام، تحقيق ونشر: مؤسسه آل البيت عليه السلام، قم المقدسة، إيران، الطبعة الأولى، سنة ١٤٠٩ هـ.

- ٣٧٢..... الفقه الإسلامي ج ٢ - بحوث في البيع
٢٢. الحلّي، المحقق نجم الدين جعفر بن الحسن، المختصر النافع في فقه الإمامية، الناشر: مؤسسة المطبوعات الدينية، قم المقدسة، إيران، الطبعة السادسة، سنة ١٤١٨ هـ.
٢٣. الحلّي، المحقق نجم الدين جعفر بن الحسن، المعتبر في شرح المختصر، تحقيق وتصحيح: محمد علي الحيدري، السيد مهدي شمس الدين، السيد أبو محمد مرتضوي، السيد علي الموسوي، الناشر: مؤسسة سيد الشهداء عجل الله فرجه، قم المقدسة، إيران، الطبعة الأولى، سنة ١٤٠٧ هـ.
٢٤. الحلّي، المحقق نجم الدين جعفر بن الحسن، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، تحقيق وتصحيح: عبد الحسين محمد علي بقال، الناشر: مؤسسة إسماعيليان، قم المقدسة، إيران، الطبعة الثانية، سنة ١٤٠٨ هـ.ق.
٢٥. الحلّي، المقداد بن عبد الله السيوري، التنقيح الرائع لمختصر الشرائع، تحقيق: السيد عبد اللطيف الحسيني الكوهكمري، الناشر: انتشارات مكتبة آية الله المرعشي النجفي، الطبعة الأولى، سنة ١٤٠٤ هـ.
٢٦. الحلّي، جمال الدين أحمد بن محمد بن فهد الأسدي، المذهب البارع في شرح المختصر النافع، تحقيق وتصحيح: مجتبی العراقي، الناشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المقدسة، إيران، الطبعة الأولى، سنة النشر: ١٤٠٧ هـ.
٢٧. الحلّي، محمد بن منصور بن أحمد بن إدريس، السرائر الحاوي لتحرير الفتاوي، الناشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المقدسة، إيران، الطبعة الثانية، سنة ١٤١٠ هـ.
٢٨. الحميري، عبد الله بن جعفر، قرب الإسناد، تحقيق ونشر: مؤسسه آل البيت عجل الله فرجه لإحياء التراث، قم المقدسة، إيران، الطبعة الأولى، سنة ١٤١٣ هـ.
٢٩. الحويزي، عبد علي بن جمعة العروسي، تفسير نور الثقلين، تصحيح وتحقيق: هاشم الرسولي المحلاتي، الناشر: إسماعيليان، قم المقدسة، إيران، الطبعة الرابعة، سنة: ١٤١٥ هـ.

٣٠. الخراساني، الآخوند محمد كاظم بن حسين، حاشية المكاسب، تصحيح وتحقيق: السيد مهدي شمس الدين، الناشر: وزارة الثقافة والإرشاد، تهران، إيران، الطبعة الأولى، سنة ١٤٠٦ هـ.
٣١. الدزفولي، الأستاذ الأعظم الشيخ مرتضى بن محمد أمين الأنصاري، فرائد الأصول، تحقيق: لجنة تراث الشيخ الأعظم، الناشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المقدسة، إيران، الطبعة الثانية، سنة ١٤٢٢ هـ.
٣٢. الدزفولي، الأستاذ الأعظم الشيخ مرتضى بن محمد أمين الأنصاري، كتاب المكاسب، تحقيق: لجنة تراث الشيخ الأعظم، الناشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المقدسة، إيران، الطبعة الأولى، سنة ١٤١٥ هـ.
٣٣. الروحاني، السيد صادق الحسيني القمي، فقه الصادق عليه السلام، الناشر: مؤسسة دار الكتاب، مدرسه الإمام الصادق عليه السلام، قم المقدسة، إيران، الطبعة الأولى، سنة: ١٤١٢ هـ.
٣٤. الروحاني، السيد صادق الحسيني القمي، منهاج الفقاهة، الناشر: أنوار الهدى، قم المقدسة، إيران، الطبعة الخامسة، سنة ١٤٢٩ هـ.
٣٥. الزحيلي، الدكتور وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، الناشر: دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، دمشق، سوريا، الطبعة الثانية، سنة ١٤٠٥ هـ.
٣٦. السبزواري، السيد عبد الأعلى، مهذب الأحكام في بيان الحلال والحرام، تصحيح ونشر: مؤسسه المنار، قم المقدسة، إيران، الطبعة الرابعة، تاريخ نشر: ١٤١٣ هـ.
٣٧. السبزواري، المحقق محمد باقر بن محمد مؤمن، كفاية الفقه، المشتهر بـ: (كفاية الأحكام)، تحقيق: الشيخ مرتضى الواعظي الأراكي، الناشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المقدسة، إيران، الطبعة الأولى، سنة ١٤٢٣ هـ.
٣٨. السنهوري، الدكتور: عبدالرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الناشر: دار إحياء التراث، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، سنة النشر: لم يذكر.

- ٣٧٤ الفقه الإسلامي ج ٢ - بحوث في البيع
٣٩. الشريف المرتضى، على بن حسين الموسوي، الانتصار في انفرادات الإمامية، تحقيق ونشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المقدسة، إيران، الطبعة الأولى، سنة ١٤١٥ هـ.
٤٠. الشريف المرتضى، على بن حسين الموسوي، المسائل الناصريات، تحقيق ونشر: رابطة الثقافة والعلاقات الإسلامية، طهران، إيران، الطبعة الأولى، سنة ١٤١٧ هـ.
٤١. الشيرازي، السيد محمد مهدي، موسوعة الفقه، الناشر: دار العلوم للتحقيق والطباعة والنشر، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، سنة ١٤٠٧ هـ.
٤٢. الشيرازي، السيد محمد مهدي، المكاسب المحرمة، الناشر: هيئة الرسول الأعظم ﷺ للتحقيق والنشر، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، سنة ١٤١٧ هـ.
٤٣. الصفار، الشيخ محمد بن الحسن بن فروخ، بصائر الدرجات في فضائل آل محمد ﷺ، صححه وعلق عليه: الحاج ميرزا محسن كوجه باغي التبريزي، الناشر: مكتبة آية الله المرعشي النجفي، قم المقدسة، إيران، الطبعة: الثانية، سنة النشر: ١٤٠٤ هـ.ق.
٤٤. الطبرسي، أحمد بن علي، الإحتجاج على أهل اللجاج، تحقيق: السيد محمد باقر الخرسان، الناشر: مؤسسة المرتضى، مشهد المشرفة، إيران، الطبعة الأولى، سنة: ١٤٠٣ هـ.
٤٥. الطبرسي، الشيخ ميرزا حسين النوري، مستدرك الوسائل ومستنبط المسائل، الناشر: مؤسسة آل البيت ﷺ، قم المقدسة، إيران، الطبعة الأولى، سنة ١٤٠٨ هـ.
٤٦. الطبرسي، الفضل بن الحسن، مجمع البيان في تفسير القرآن، تحقيق وتقديم: محمد جواد البلاغي، الناشر: منشورات ناصر خسرو، طهران، إيران، الطبعة الثالثة، سنة ١٤١٣ هـ.
٤٧. الطرابلسي، الفقيه الأقدم القاضي عبدالعزيز ابن البراج، المذهب (جواهر

- الفقه)، تحقيق وتصحيح: مجموعة من المحققين والمصححين تحت إشراف الشيخ جعفر سبحاني، الناشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المقدسة، إيران، الطبعة الأولى، سنة ١٤٠٦ هـ.
٤٨. الطريحي، الشيخ المحدث فخر الدين، مجمع البحرين، صححه: السيد أحمد الحسيني، الناشر: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، طهران، إيران، الطبعة الثالثة، سنة ١٤١٦ هـ.
٤٩. الطوسي، شيخ الطائفة أبي جعفر محمد بن الحسن، الاستبصار فيما اختلف من الأخبار، الناشر: دار الكتب الإسلامية، طهران، إيران، الطبعة الأولى، سنة ١٣٩٠ هـ.
٥٠. الطوسي، شيخ الطائفة أبي جعفر محمد بن الحسن، الأمالي، الناشر: دار الثقافة، قم المقدسة، إيران، الطبعة الأولى، سنة: ١٤١٤ هـ.
٥١. الطوسي، شيخ الطائفة أبي جعفر محمد بن الحسن، كتاب الخلاف، تحقيق وتصحيح: على الخراساني، السيد جواد شهرستاني، مهدى طه نجف، مجتبی العراقي، الناشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المقدسة، إيران، الطبعة الأولى، سنة ١٤٠٧ هـ.
٥٢. الطوسي، شيخ الطائفة أبي جعفر محمد بن الحسن، المبسوط في فقه الإمامية، تحقق وتصحيح: السيد محمد تقی الكشفی، الناشر: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، طهران - إيران، الطبعة الثالثة، سنة النشر: ١٣٨٧ هـ.ق.
٥٣. الطوسي، شيخ الطائفة أبي جعفر محمد بن الحسن، تهذيب الأحكام في شرح المقنعة، تحقيق وتعليق: السيد حسن الموسوي، الناشر: دار الكتب الإسلامية، طهران، إيران، الطبعة الثالثة، سنة ١٣٦٤ هـ.ش.
٥٤. الطوسي، محمد بن علي بن حمزة، الوسيلة إلى نيل الفضيلة، تصحيح وتحقيق: محمد حسون. الناشر: إنتشارات مكتبة آية الله المرعشي النجفي، قم المقدسة، إيران، الطبعة الأولى، سنة ١٤٠٨ هـ.

٥٥. العاملي، (الشهيد الأول) الشيخ محمد بن جمال الدين مكي، الدروس الشرعية في فقه الإمامية، الناشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المقدسة، إيران، الطبعة الثانية، سنة ١٤١٧ هـ.

٥٦. العاملي، (الشهيد الأول) الشيخ محمد بن جمال الدين مكي، القواعد والفوائد في الفقه والأصول والعربية، تصحيح وتحقيق: الدكتور السيد عبد الهادي الحكيم، الناشر: مكتبة المفيد، قم المقدسة، إيران، الطبعة الأولى، لم يذكر تاريخ النشر.

٥٧. العاملي، (الشهيد الأول) الشيخ محمد بن جمال الدين مكي، غاية المراد في شرح نكت الإرشاد، تحقيق: رضا المختاري، الناشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المقدسة، إيران، الطبعة الأولى، سنة ١٤١٤ هـ.

٥٨. العاملي، (الشهيد الثاني) الشيخ زين الدين بن علي الجبعي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، بشرح: السيد محمد كلانتر، الناشر: مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة ١٤١٠ هـ، ق.

٥٩. العاملي، (الشهيد الثاني) الشيخ زين الدين بن علي الجبعي، مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، الناشر: مؤسسة المعارف الإسلامية، قم المقدسة، إيران، الطبعة الأولى، سنة ١٤١٣ هـ.

٦٠. العاملي، السيد جواد بن محمد الحسيني، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة، تحقيق وتعليق: الشيخ محمد باقر الخالصي، الناشر: مركز النشر التابع لمكتب الإعلام الإسلامي، قم المقدسة، إيران، الطبعة الأولى، سنة ١٤١٩ هـ.

٦١. العاملي، محمد بن علي الموسوي، مدارك الأحكام في شرح عبادات شرائع الإسلام، الناشر: مؤسسة آل البيت عليه السلام، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة ١٤١١ هـ.

٦٢. العبكري (الشيخ المفيد)، محمد بن محمد بن النعمان، المقنعة، الناشر:

مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المقدسة، إيران،
الطبعة الثانية، سنة ١٤١٠هـ.

٦٣. العياشي، محمد بن مسعود، تفسير العياشي، تصحيح وتحقيق: هاشم الرسولي
المحلاتي، الناشر: المطبعة العلمية، طهران، إيران، الطبعة: الأولى، سنة:
١٤٢٢هـ.

٦٤. الفاضل الآبي، حسن بن أبي طالب اليوسفي، كشف الرموز في شرح
مختصر النافع، تحقيق وتصحيح: الشيخ علي بنه الاشتهادي، الحاج آغا
حسين اليزدي الأصفهاني، الناشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة
المدرسين بقم المقدسة، إيران، الطبعة الثالثة، سنة النشر: ١٤١٧هـ.

٦٥. الفيروز آبادي، القاضي مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط،
الناشر: الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، جمهورية مصر، الطبعة
الأولى، سنة ١٤٠٠هـ.

٦٦. الفيض الكاشاني، المولى محسن، تفسير الصافي، تحقيق: حسين الأعلمي،
الناشر: منشورات الصدر، طهران، إيران، الطبعة الثانية، سنة: ١٤١٥هـ.

٦٧. الفيض الكاشاني، محمد محسن المرتضى، مفاتيح الشرائع، تحقيق: مهدي
الرجائي، الناشر: مكتبة آية الله المرعشي النجفي، قم المقدسة، إيران، الطبعة
الأولى، سنة: ١٤٠١هـ.

٦٨. الفيومي، أحمد بن محمد بن علي المقرئ، المصباح المنير في غريب الشرح
الكبير للرافعي، الناشر: مطبعة التقدم العلمية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى،
سنة ١٣٢٢هـ.

٦٩. القمي (الصدوق)، المحدث الجليل الشيخ محمد بن علي بن الحسين بن
بابويه، من لا يحضره الفقيه، تصحيح وتعليق: علي أكبر الغفاري، الناشر:
مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المقدسة، إيران،
الطبعة الثانية، سنة ١٤١٣هـ.

٧٠. القمي (الصدوق)، المحدث الجليل الشيخ محمد بن علي بن الحسين بن

بابويه، معاني الأخبار، تصحيح وتعليق: علي أكبر الغفاري، الناشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المقدسة، إيران، الطبعة الأولى، سنة ١٤٠٣ هـ.

٧١. القمي (الصدوق)، المحدث الجليل الشيخ محمد بن علي بن الحسين بن بابويه، كمال الدين وتمام النعمة، تصحيح وتعليق: علي أكبر الغفاري، الناشر: دار الكتب الإسلامية، طهران، إيران، الطبعة الثانية، سنة ١٣٩٥ هـ.

٧٢. القمي (الصدوق)، المحدث الجليل الشيخ محمد بن علي بن الحسين بن بابويه، الخصال، تصحيح وتعليق: علي أكبر الغفاري، الناشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المقدسة، إيران، الطبعة الأولى، سنة ١٤٠٣ هـ.

٧٣. القمي، علي بن إبراهيم بن هاشم، تفسير القمي، الناشر: مؤسسة دار الكتاب، قم المقدسة، إيران، الطبعة الأولى، سنة ١٤٠٤ هـ.ق.

٧٤. كاتوزيان، الدكتور ناصر، حقوق مدني، الناشر: نشر جامعة طهران، إيران، الطبعة الثانية، سنة: ١٤٠٤ هـ.

٧٥. الكركي، المحقق الثاني، الشيخ علي بن حسين العاملي، جامع المقاصد في شرح القواعد، تحقيق وتصحيح ونشر: مؤسسه آل البيت عليه السلام، قم المقدسة، إيران، الطبعة الأولى، سنة: ١٤١٤ هـ.

٧٦. الكليني، الشيخ محمد بن يعقوب، الكافي (الأصول، الفروع، الروضة)، الناشر: دار الكتب الإسلامية، طهران، إيران، الطبعة الأولى، سنة ١٣٦٥ هـ.

٧٧. المجلسي، الشيخ محمد باقر، بحار الأنوار الجامعة لدرر الأئمة الأطهار عليهم السلام، الناشر: مؤسسة الوفاء، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، سنة ١٤٠٤ هـ.

٧٨. محمود، الدكتور همّام محمد، منصور، الدكتور محمد حسين، مبادئ القانون، الناشر: منشأة المعارف، الاسكندرية، جمهورية مصر، لم يذكر سنة النشر.

٧٩. المراغي، السيد مير عبد الفتاح بن علي الحسيني، العناوين الفقهية، الناشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المقدسة، إيران، الطبعة الأولى، سنة النشر: ١٤١٧ هـ.

٨٠. المغربي، نعمان بن محمد التميمي، دعائم الإسلام، الناشر: دار المعارف، مصر، الطبعة الأولى، سنة ١٣٨٥ هـ.
٨١. المغربي، نعمان بن محمد تميمي، دعائم الإسلام، تحقيق وتصحيح ونشر: مؤسسه آل البيت عليه السلام، قم المقدسة، إيران، الطبعة الثانية، سنة النشر: ١٣٨٥ هـ.ق.
٨٢. المنتظري، الشيخ حسين علي، دراسات في المكاسب المحرمة، الناشر: نشر تفكر، قم المقدسة - إيران، الطبعة الأولى، سنة النشر: ١٤١٥ هـ.ق.
٨٣. النائيني، الميرزا محمد حسين الغروي، أجود التقارير، تقرير: السيد أبو القاسم الموسوي الخوئي، الناشر: كتاب فروشى مصطفىوي، الطبعة الثانية، سنة ١٤١٠ هـ.
٨٤. النائيني، الميرزا محمد حسين الغروي، منية الطالب في حاشية المكاسب، تقرير: موسى بن محمد نجفى الخوانساري، الناشر: المكتبة المحمدية، طهران، إيران، الطبعة الأولى، سنة: ١٣٧٣ هـ.
٨٥. النجفي، الشيخ محمد حسن، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، تحقيق وتصحيح: عباس القوچاني، علي الآخوندي، الناشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الخامسة، سنة ١٤٠٤ هـ.
٨٦. النراقي، المولى أحمد بن محمد مهدي، عوائد الأيام في بيان قواعد الأحكام ومهمات مسائل الحلال والحرام، الناشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المقدسة، إيران، الطبعة الأولى، سنة النشر: ١٤١٧ هـ.
٨٧. النراقي، المولى أحمد بن محمد مهدي، مستند الشيعة في أحكام الشريعة، الناشر: مؤسسة آل البيت عليه السلام، قم المقدسة، إيران، الطبعة الأولى، سنة ١٤١٥ هـ.
٨٨. النوري، الفقيه الشهيد فضل الله بن عباس، رسالة في قاعدة ضمان اليد، تحقيق: قاسم شيرزاده، الناشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المقدسة، إيران، الطبعة الأولى، سنة ١٤١٤ هـ.

٣٨٠ الفقه الإسلامي ج ٢ - بحوث في البيع

٨٩. الهمداني، الشيخ رضا بن محمد هادي، مصباح الفقيه، الناشر: منشورات مكتبة الصدر، طهران، إيران، (طبعة حجرية).

٩٠. اليزدي، السيد محمد كاظم الطباطبائي، العروة الوثقى، (٥ أجزاء) بهامشها تعليقات عدة من الفقهاء العظام، إعداد: أحمد المحسني السبزواري، الناشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المقدسة، إيران، الطبعة الثانية، سنة ١٤٢١هـ.

٩١. اليزدي، السيد محمد كاظم الطباطبائي، حاشية المكاسب، الناشر: مؤسسة إسماعيليان للطباعة والنشر، قم المقدسة، إيران، الطبعة الأولى، سنة: ١٤٢١هـ.



٧	الفهرست الإجمالي
٩	الفصل الأول: المقبوض بالعقد الفاسد
١١	١ - أدلة ضمان المقبوض بالعقد الفاسد
١٢	الجهة الأولى: في مدرك القاعدة
١٢	الدليل الأول: حديث اليد
١٣	مناقشة حديث اليد
١٥	حول (يد) غير المكلف
١٦	الدليل الثاني: ما يثبت ملكية المسلم لأمواله
١٨	الدليل الثالث: الإقدام على الضمان
١٩	الدليل الرابع: نفي الضرر
٢٠	الدليل الخامس: الإجماع
٢١	الجهة الثانية: في معنى القاعدة
٢١	صدق اليد على المنفعة
٢٢	المقبوض بالهبة الفاسدة
٢٤	اليد والعارية المشروطة
٢٤	الإجارة بشرط الضمان
٢٥	اليد والبائع العالم بالفساد

٢٧	٢ - ما لا يُضمن بصحيحه لا يُضمن بفساده
٢٧	أولاً: دليل الإقدام
٢٩	ثانياً: دليل الاستئمان
٣٠	ثالثاً: السيرة العقلائية
٣١	موارد النقاش
٣١	١ - الإجارة الفاسدة
٣٢	دليل الضمان
٣٢	دليل عدم الضمان
٣٤	٢ - العارية التي يجب على المستعير إتلافها
٣٦	٣ - حمل المبيع بالبيع الفاسد
٣٧	ملحقات
٣٧	الملحق الأول: وجوب الدفع إلى المالك
٣٩	ما هو الرد؟
٤٠	مؤونة الرد
٤١	الملحق الثاني: دفع بدل أو قيمة المستوفى من منافع المبيع
٤١	ضمان المنافع المستوفاة
٤٢	القول بعدم الضمان
٤٤	محتملات معنى الضمان
٤٦	المنافع غير المستوفاة
٤٧	أدلة الضمان
٤٩	أدلة عدم الضمان
٥٠	الملحق الثالث: بين القيمي والمثلي
٥٠	ألف: اختلاف القيمي والمثلي في الأداء
٥٠	١ - الإجماع
٥١	٢ - ظواهر أدلة الضمان

٣- الحديث	٥٢
باء: ما هو المثلي؟	٥٢
جيم: الأصل عند الشك	٥٥
١- تخيير الضامن بين دفع المثل أو القيمة	٥٥
٢- تخيير المالك	٥٧
٣- وجوب دفع المثل	٦٠
٤- وجوب دفع القيمة	٦١
٥- القرعة	٦٢
٦- الصلح الإجباري	٦٢
دال: هل تعتبر قيمة المثلي أم لا؟	٦٣
الأولى: ارتفاع القيمة السوقية	٦٣
الثانية: ارتفاع القيمة اعتباراً	٦٤
الثالثة: سقوط المثل عن القيمة	٦٧
هاء: في تعذر المثل في المثلي	٧٢
البحث الأول: الانقلاب إلى القيمة	٧٢
البحث الثاني: في قيمة المثل باعتبار اختلاف الأيام	٧٤
البحث الثالث: الفرق بين التعذر الطارئ والبذوي	٧٧
البحث الرابع: ميزان التعذر	٧٨
البحث الخامس: مقدار القيمة باختلاف الأزمنة	٨٠
البحث السادس: مقدار القيمة باختلاف الأمكنة	٨١
البحث السابع: تجدد التمكن بعد الدفع	٨١
واو: ما هي القيمة المؤداة في القيمي؟	٨٢
الملحق الأول: في اختلاف القيمة السوقية	٨٣
الملحق الثاني: اختلاف القيمة بحسب الأماكن	١٠١

١٠٣ الفصل الثاني: شروط المتعاقدين

١٠٥ ١ - في البلوغ

١٠٥ الشرط الأول: البلوغ

١٠٦ اختلاف الآراء في بيع الصبي

١٠٦ الأول: عدم جواز بيع الصبي مطلقاً

١١٥ الثاني: صحة بيع الصبي

١٢١ الثالث: التفصيل بين الموارد المختلفة

١٢١ الرابع: جواز بيعه وشرائه في الأمور اليسيرة

١٢٣ ٢ - في القصد

١٢٣ ١ - حقيقة العقد

١٢٤ ٢ - في العوضين

١٢٤ ٣ - تعيين المتعاقدين

١٢٨ ٤ - مَنْ تصير إليه فائدة العقد

١٣١ ٣ - في العقل

١٣٢ أقسام الجنون

١٣٣ مَنْ لا قصد له

١٣٥ ٤ - في الاختيار

١٣٥ آراء الفقهاء حول الإكراه

١٣٧ بطلان القسم الأول

١٣٧ بطلان القسم الثاني

١٤١ حقيقة الإكراه

١٤١ الأمر الأول: بين الإكراه وعدم الرضا

١٤٢ الأمر الثاني: بين الإكراه والاضطرار

١٤٢ الأمر الثالث: ما يُعتبر في الإكراه

٣٨٥	الفهرست التفصيلي
١٤٢	حمل الغير
١٤٣	التوعد بالضرر
١٤٣	الفرق بين مستحق الضرر وغيره
١٤٤	اشتراط تعلُّق الإكراه المباشر بالمعاملة
١٤٥	موارد الإكراه المشتبهة
١٤٦	١- التهديد بقتل النفس
١٤٦	٢- تدافع الرضا والإكراه
١٤٧	٣- اجتماع الرضا والإكراه
١٤٨	٤- الإكراه في الأمر القلبي
١٤٩	٥- الإكراه والتورية
١٥٢	٦- الإكراه والتفصي بغير التورية
١٥٣	٧- إكراه أحد الفردين
١٥٤	٨- الإكراه على أحد شيئين
١٥٥	٩- الإكراه على إجراء الصيغة
١٥٧	١٠- تحديد موضوع الإكراه
١٦٠	١١- الإكراه بين المجموع والبعض
١٦٠	١٢- الإكراه واختلاف الموضوع
١٦٠	الإكراه والرضا المتأخّر
١٦٢	الاستدلال على الصحة
١٦٢	الاستدلال على البطلان
١٦٦	الرضا بين الكشف والنقل
١٦٧	دليل الكشف
١٦٧	دليل النقل
١٦٩	معاملات العبد وإذن السيد
١٦٩	دليل الجواز

دليل عدم الجواز ١٧١

العبد يشتري نفسه لغيره ١٧٣

٥- في الملكية ١٧٥

١٧٩ الفصل الثالث: بيع الفضولي

١ - صحة بيع الفضولي ١٨١

تقسيمات الفضولي ١٨٢

أدلة تصحيح الفضولي بالإجازة ١٨٣

الأول: إطلاقات الأدلة ١٨٣

الثاني: رواية البارقي ١٨٦

الثالث: رواية قيس ١٨٩

الرابع: أحاديث النكاح الفضولي ١٩١

الخامس: التوقيع عن الحميري ١٩٤

السادس: مجموعة من الأحاديث المتفرقة ١٩٤

٢ - أدلة بطلان بيع الفضولي ٢٠١

الأول: آية التجارة عن تراض ٢٠١

الثاني: أحاديث اشتراط الملكية ٢٠٢

الثالث: الإجماع ٢٠٢

الرابع: حرمة التصرف في مال الغير ٢٠٣

الخامس: عدم جواز بيع غير المقدور ٢٠٣

السادس: عدم توفر القصد ٢٠٤

٣ - أنواع الفضولي ٢٠٥

البحث الأول: بيع الفضولي مع نهي المالك ٢٠٥

البحث الثاني: بيع الفضولي لنفسه ٢٠٦

القول الأول ٢٠٧

١ - نصوص اشتراط الملكية ٢٠٧

٣٨٧	الفهرست التفصيلي
٢٠٨	٢- بيع المغصوب مسبوق بالنهاي
٢٠٨	٣- اختلاف القصد في بيع الغاصب
٢٠٩	٤- اختلاف مرجع الإجازة
٢١٤	القائلون بالتفصيل
٢٢١	البحث الثالث: معاملة الفضولي بما في ذمة المالك
٢٢٢	تشخيص الذمة
٢٢٣	المستفاد من تشخيص الذمة
٢٢٥	المنازعة
٢٢٦	البحث الرابع: الفضولي والمعاطاة
٢٢٦	تصحیح معاطاة الفضولي
٢٢٧	الاعتراض على معاطاة الفضولي
٢٢٧	الأول: المعاطاة تصرف في مال الغير
٢٢٨	الثاني: لا تراضي في المعاطاة
٢٢٩	الثالث: المعاطاة فعل حادث غير مستمر
٢٣٠	البحث الخامس: الفضولي ورضا المالك وعدمه
٢٣٠	الأول: عدم رضا المالك
٢٣٠	الثاني: كراهة المالك
٢٣١	الثالث: رضا المالك بالفعل
٢٣٣	الرابع: رضا المالك بالفحوى
٢٣٥	الفصل الرابع: عن الإجازة والرد
٢٣٧	البحث الأول: هل الإجازة كاشفة أم ناقله؟
٢٣٧	ماذا يعني الكشف؟
٢٤٠	أدلة القائلين بالنقل
٢٤١	رد أدلة القائلين بالنقل
٢٤٢	أدلة القائلين بالكشف

الأول: العقد سبب تام	٢٤٢
الثاني: الإجازة بمثابة الإذن السابق	٢٤٥
الثالث: تأثير المعدوم في الموجود	٢٤٨
الرابع: النصوص	٢٤٩
نتيجة الاختلاف	٢٥٠
الفرق بين الكشف الحكمي والحقيقي	٢٥٢
تصرّف المشتري	٢٥٢
تصرّف البائع	٢٥٣
ملحق البحث	٢٦٦
البحث الثاني: الإجازة والحاجة إلى اللفظ	٢٦٩
١ - لزوم اللفظ الصريح	٢٧٠
٢ - كفاية الكناية والظهور	٢٧٢
٣ - كفاية الدال اللفظي أو الفعلية	٢٧٢
٤ - كفاية العلم بالرضا مطلقا	٢٧٥
٥ - التفصيل بين الموارد	٢٧٧
البحث الثالث: في محل الإجازة	٢٧٩
الجهة الأولى: القبول بعد الردّ	٢٧٩
الجهة الثانية: اختلاف المالك حين العقد وحين الإجازة	٢٨٢
الأول: في النقل القهري	٢٨٢
الثاني: في النقل الاختياري	٢٨٤
أدلة القائلين بعدم الصحة	٢٨٥
تقرير الاستحالة	٢٨٦
فقه الأحاديث	٢٩٢
تصحيح بيع الفضولي للمالك	٢٩٦

٣٨٩	الفهرست التفصيلي
٣٠٣	الفصل الخامس: ملحقات
٣٠٥	١ - شروط العقد الفضولي
٣٠٥	تمهيد
٣٠٦	بقاء الشروط
٣٠٦	شرط علم المجيز
٣٠٧	الفضولي وتسلسل العقود
٣٠٩	٢ - كيف يتم الردّ؟
٣٠٩	تمهيد
٣١٠	الردّ الفعلي
٣١٠	القسم الأول: الفعل المخرج عن الملك
٣١١	القسم الثاني: المخرج عن قابلية التصرف
٣١١	القسم الثالث: التصرفات الأخرى
٣١٣	٣ - تبعات بيع الفضولي
٣١٣	في البدء كلمة
٣١٣	١ - المالك يستعيد المبيع (الملك)
٣١٣	٢ - كيف يستعيد المشتري الثمن؟
٣١٥	٣ - غرامة الطرف الجاهل بالفضالة
٣١٦	٤ - غرامة الطرف العالم بالفضالة
٣١٨	٥ - العقد على ما يملك وما لا يملك معاً
٣١٩	٤ - الفضولي في الفقه المقارن
٣١٩	أولاً: في بيع المُتَفَضِّل
٣٢٠	ثانياً: عقد المتفضّل
٣٢٣	مناقشة في الأدلة
٣٢٤	التزامات الفضولي
٣٢٤	مناقشة في الأدلة

٣٢٦	 موت الفضولي
٣٢٦	 موت رب العمل
٣٢٧	 التزامات المالك
٣٢٧	 أجر الفضولي
٣٢٩	٥ - عقد المُتَطَفِّل
٣٢٩	 ألف: تصحيح عقد المُتَطَفِّل
٣٣٢	 باء: أحكام عقد المُتَطَفِّل
٣٣٢	١ - هل تشمل أحكام المُتَفَضِّل أو المُتَطَفِّل لسائر الأبواب؟
٣٣٣	٢ - بين الكشف والنقل
٣٣٦	 ضمان المال والمنافع
٣٣٦	 أولاً: بين المُتَفَضِّل والمُتَطَفِّل
٣٣٦	 ثانياً: تصرف طرف الفضولي
٣٣٧	 ثالثاً: غرامة الطرف الجاهل بالفضالة
٣٣٨	 رابعاً: غرامة الطرف العالم بالفضالة
٣٤٠	 خامساً: العقد على ما يملك وما لا يملك معاً
٣٤١	٦ - قاعدة نفي الظلم أو الإثراء بلا سبب
٣٤٢	 ألف: مصدر القاعدة
٣٤٣	 باء: أركان القاعدة
٣٤٤	 جيم: رأي الفقه في القاعدة
٣٤٧	٧ - بحث مقارن عن عيوب الرضا والخيارات
٣٤٧	 ألف: تجنب الغرر والجهالة
٣٥٢	 باء: بحث في الخيارات
٣٥٣	 حقيقة الخيار
٣٥٤	 الخيار وحقيقة التراضي
٣٥٥	 سقوط الخيار بالتصرف

الفهرست التفصيلي ٣٩١

عدد الخيارات ٣٥٦

الخيارات في القانون ٣٥٨

الخيارات والغلط الجوهري ٣٥٩

الخيارات المعروفة ٣٦١

١- خيار المجلس ٣٦١

٢- خيار الحيوان ٣٦٢

٣- خيار الشرط ٣٦٣

٤- خيار التأخير ٣٦٣

٥- خيار تبعض الصفقة ٣٦٤

٦- خيار الرؤية ٣٦٤

٧- خيار العيب ٣٦٥

٨- خيار الغبن ٣٦٥

كيف يسقط الخيار؟ ٣٦٦

قائمة المصادر ٣٦٩

الفهرست التفصيلي ٣٨١



الرويس - مفرق محلات محفوظ ستورز - بناية رمال

ص.ب: ١٤/٥٤٧٩ - هاتف: ٠٣/٢٨٧١٧٩ - ٠١/٥٤١٢١١

تلفاكس: ٠١/٥٥٢٨٤٧ - E-mail : almahajja@terra.net.lb

E-mail & FB: info@daralmahaja.com

www.daralmahaja.com

