بينة الابها

به حكم لدعي مولى الاب وورثة الدافع لانهما مدعيان فانهما اقام له يعني مولى الاب وورثة الدافع لانهما مدعيان فانهما اقام بينه فالحكم
قوله فان رجحنا بينة ذي اليد فالحكم كالاول اي الترجيح لبينة مولى المأذون لانه ذو اليد واراد بقوله فالحكم كالاول التشبيه في ان الترجيح لجانبه لا ان عليه
اليمين ايضا قوله والا فالاقرب ترجيح بينة الدافع عملا بمقتضى صحة البيع مع احتمال العدم بينة مولى الاب دعاية ما ينافي الاصل وهو الفساد ووجه
الاقرب ما اشار اليه من ان بينة الدافع قد اعتضدت بمقتضى الاصل فرجحت على الاخرى وهو الاصح وتوضيح وجه الاحتمال ان مولى الاب بالاضافة الى
ورثة الدافع خارج فيعدم بينته لانه مدع باحد تعاسر المدعي لانه يدعي ما ينافي الاصل ويضعف بانه مدع وخارج بالاضافة الى مولى المأذون
كما ان الاخر ايضا مدع وخارج بالاضافة اليه ولا يلزم من كونه دعوى احدهما توافق الاصل ودعوى الاخر تخالفه ان يكون احدهما بالاضافة
الى الاخر مدعيا وخارجا فرجح بينته وتقديم بينة مدعي الفساد انما يكون بحيث لا نقطع بكون الاخر مدعيا فاما اذا قطع به واقاما بينتين فلا بد
الترجيح وهو ثابت في جانب مدعي الصحة قوله ولو اشترى كل من المأذونين صاحبه فالعقد للسابق وذلك لان العقد السابق هو الذي صدر
عن اهله في محله والاخر محكوم ببطلانه ان اشتراه لنفسه وقلنا ان العبد يملك لامتناع ان يملك العبد سيده وان اشتراه لمولاه او قلنا انه لا يملك
فاما ان يكون وكيلا او مأذونا فان كان مأذونا بطل الاذن لخروجه عن ملك المولى وان كان وكيلا فان لم ينعزل عن الوكالة ببيع مولاه او خروجه
عن ملكه فالعقد صحيح كما صح السابق والا وقف على الاجازة من المولى لانه فضولي قوله فان اتفقا بطلا الا مع الاجازة وتحقق انهما ما
بالاتفاق في القبول لانه يتم السبب والمراد ببطلانهما عدم لزومها والا لم يجتمع مع الاجازة ووجه ذلك ان كل واحد منهما ان كان مأذونا بطل اذنه
بالبيع فيكون شراؤه لمولاه فضوليا كذا حقق المصنف في المختلف لكن ان نقول ان بطلان الاذن لمجرد الشروع في البيع غير واضح اذ المبطل انما
الخروج عن الملك فانما يخرج بتمام العقد وان كان الشروع فيه لان قصده الى اخراجه عن ملكه قصدا الى منعه من التصرف فهو منع لان قصده
الى بيعه لا يدل على قصده الى منعه من التصرف باحدى الدلالات ومن اين يعلم ذلك حتى انه لو اوجب فلم يقبل المشتري او بدا له فان الظاهر بقاء
الاذن عملا بالاستصحاب وتمسكا ببقاء المقتضي والظاهر ان كلا من العقدين صحيح غير موقوف على الاجازة قوله ولو كانا وكيلين صح معا
لان الوكالة لا تزول بالاخراج عن الملك ولا بالقصد اليه بخلاف الاذن فانه يزول بالاخراج عن الملك لانه من توابعه وفي رواية
الى خديجة يمسح طريقاهما ويحكم بتقدم عقد من كان طريقه اقرب وفيهما ان الاخر يكون مملوكا له ومقتضاه ان يكون كل منهما اشترى الاخر
لنفسه وان العبد يملك قال الشيخ وفي رواية اخرى اذا كانت المسافة سواء يقرع بينهما فايهما وقعت القرعة به كان عبدا للاخر قال المصنف في
التذكرة والرواية بالقرعة لم نقف عليها لكن الشيخ رحمه الله ذكرها بعد الاطلاق في النهاية والتهذيب والظاهر ان القرعة لاستخراج الواقع اولا
المتقدم واشتباه تعيينه او مع الشك في التقدم وعدمه اما مع الاقتران فلا وجه للقرعة وما ذكره حق في موضعه قوله ولو اشترى مرودي
ارض الصلح قبل ردها على البائع وسعيد الثمن فان مات فمن وارثه فان فقد استسعيت بهذا الحكم وردت به رواية مسكين السمان وهي مخالفة
للقواعد المقررة من وجوه الاول وجوب الرد على البائع او وارثه مع فقده فانه غير مالك ولا ذو يد شرعية فكيف يجوز تسليم مال الغير
المعصوم اليه واعتذر شيخنا عن ذلك في شرح الارشاد بان البائع لم يثبت كونه سارقا ويده اقدم ومخاطبته بالرد ازم وحصوصا
مع تعذر دار الكفر ولك ان تقول احد الامرين لازم فان يده ان كانت شرعية فالبيع صحيح ماض ولا رد وان كانت يد عدوان لم يكن التسليم
اليه ومخاطبته بالرد لا يقتضي جواز تسليم من هي في يده اليه وان وجب عليه السعي في ذلك فان له طريقا اليه اما ايصالها اليه اذا كان المالك
ليس لك ان تقول الرواية منافية بهذا الوجه لانها ان كانت حجة فهي المستند والا اطرحت ولا يلتفت الى هذا الثاني ان استسعائها في ثمن
المدفوع الى البائع كما في الرواية يقتضي اخذه من غير آخذه لان ما بيدها لمالكها واعتذر في الدروس بان مال الحربي في الحقيقة وبالتلف
صار مخرجا اما عارضا فلا يعارض ذهاب مال محترم احترامها حقيقيا ولك ان تقول الاحترام بعض عصمة المال ولا تفاوت
في ذلك من كون الاحترام عرضيا وحقيقيا والمتلف للمال المحترم حقيقة ليس هو مولى الجارية بل الذي غره والمغرور يرجع على من غره
لا مباشرة ولا تسبيبا وحقيقة الحال ان كلا منهما مظلوم بضياع ماله ولا يرجع احد المظلومين على المظلوم الاول بل على الظالم قوله



والاقرب تسليمها الى الحاكم من غير سعي هذا هو الاصح لكن على اطلاقه مشكل بل يجب تسليمها الى المالك فان تعذر الوصول الى المالك غالبا
لبعد دار الكفر قوله ولو دفع بائع عبد موصوف في الذمة عبدين ليتخير المشتري فابق احدهما ضمنه بقيمته ويطالب بما اشتراه وقال
الشيخ يرد المشتري الى البائع العبد الباقي ويرتجع نصف الثمن ويطلب الآبق فان وجده اختاره ورد النصف الذي قبضه من
البائع اليه وان لم يجده كان العبد الباقي بينهما وهي رواية السكوني عن الصادق عليه السلام وعليها اجمع من الاصحاب ومشكل بان
التالف مضمون على المشتري لانه مقبوض بالسوم والمطالبة بالمبيع لانه موصوف في الذمة والاوجه لكون العبد الباقي بينهما فان
المبيع ليس نصف كل واحد منهما والمعتمد ما اختاره المصنف من ان الآبق مضمون على المشتري بقيمته والمبيع موصوف في ذمة البائع
المطالبة به وليس له استرجاع شيء من الثمن وبنى في الدروس قول الشيخ والجماعة على ان العبدين متساويان في القيمة متطابقان
في الوصف وان حق المشتري منحصر فيهما ويشكل بان انحصار الحق فيهما انما يكون بورود البيع على عينهما وهو خلاف الوضع وعدم
تضمين التالف مخالف لما عليه الاكثر من ان المقبوض بالسوم مضمون وفي المختلف نزلها على تساوي العبدين من كل وجه ليكون تساوي
الاجزاء فيجوز بيع عبد منهما كما يجوز بيع قفيز من الصبرة وينزل على الاشاعة فيكون التالف منهما والباقي لهما قلت لو صح هذا التنزيل
لنا في ارتجاع نصف الثمن كما وردت به الرواية وفي الكلام ايضا مناقشتان الاولى ان العبدين ليسا من متساوي الاجزاء عالبا في شيء
ان فرض اتفاق تساويهما على خلاف الغالب فلا يكونان كصبرة الحنطة الثانية انه لو تم ذلك فالاصح ان اطلاق بيع قفيز من صبرة لا
ينزل على الاشاعة كما سبق بيانه فلا يستقيم ما ذكره لتنزيل الرواية قوله ولو باع عبدا من عبدين لم يصح لجهالة المبيع ولو فرض استواؤهما
من كل الوجوه وقد عرفت مقالته في المختلف قوله ويجب على البائع استبراء الامة الموطوءة بحيضة او بخمسة واربعين لو باعها قبل بيعها ان كانت
من ذوات الحيض لما روي عن الصادق عليه السلام في الجارية التي لم تبلغ المحيض ويخاف عليها الحبل ان البائع يستبرئها بخمسة واربعين ليلة وكذا المشتري
وعن الرضا عليه السلام فيمن وطئ جارية ثم عزل عنها ان عليه ان يستبرئها فان باعها قبل الاستبراء اثم قطعا ويصح البيع لرجوع النهي
الى امر خارج وهل يجب استبراؤها ام يتعين تسليمها الى المشتري لطلق في التذكرة والتحرير وجوب التسليم الى المشتري زمان الاستبراء او هو كما
يصلح للاستبراء الواجب على المشتري يصلح للاستبراء الواجب على البائع فان اراد الاول فلا يجب فيه ولا يجب وضعها على يد عدل ولا
يوق بين كونها حسنة او قبيحة وان اراد الثاني فهو مشكل فانه واجب ثبت قبل البيع فلا وجه لسقوطه فان قيل بعد وقوع البيع
صار للمشتري فلا يجوز منعه منها قلنا قد ثبت وجوب الاستبراء سابقا على البائع فلا يسقط غايته ما في الباب ان المشتري اذا جهل الحال
له الفسخ فان قيل الاستبراء حق الله والمبيع حق للآدمي وحق الله لا يعارض حق الآدمي قلنا في الاستبراء ايضا حق للبائع فلا يكون
حق الله محضا وبعد ذلك فقول التذكرة لا يخلو من وجه فانها بعد البيع اجنبية من البائع فلا يجوز بقاؤها عنده ثم ان ترك الاستبراء او
التحقيق ان يقال انه لو باع قبل الاستبراء يكون البيع مراعى فان ظهر حمل تبين بطلانه لانه من المولى حيث كانت فراشا له والا تبين الصحة
فلا يكون ح ملكا للمشتري فلا يتعين التسليم اليه بل ولا يجوز استصحابا لبقاء وجوب الاستبراء وهذا واضح لا شبهة فيه فرع ولو شرط
وضعها على يد عدل مدة الاستبراء صح وفي النفقة اشكال ينشأ من انها على المالك ومن انه ممنوع منها باشتراط البائع فيكون على البائع
قوله وكذا يجب على المشتري قبل وطئها لو جهل حالها انما يجب الاستبراء على البائع اذا كان قد وطئها وان عزل كما سبق في الرواية
واما المشتري فيجب عليه الاستبراء سواء علم الوطء او جهل حالها للرواية السابقة ولما ورد في اوطاس لا توطأ الحبالى حتى يستبرئن بحيضة
ولو قال الصنف وكذا يجب على المشتري قبل وطئها ولو جهل حالها لكان اولى لشموله لكلام الغنيمين قوله ويسقط لو اخبر الثقة بالاستبراء
المراد به العدل لان غيره لا يعتد به وفي الاخبار اعتبار وثوق المشتري به ولا ريب انه لا يتحقق الوثوق بغير العدل قوله او
كانت لامرأة او صغيرة او آيسة اي او كانت صغيرة اي لم تبلغ او آيسة وقد سبق بيان سن اليأس وبذلك وردت الرواية
وهل يلحق بالمرأة الصغير الذي لا يمكن الوطء منه عادة وكذا العنين والمجبوب اشكال فيشكل بالوباعتها امرأة لرجل فباعها

Copyright © King Saud University