

بسم الله الرحمن الرحيم
والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، محمد وآله الطيبين الطاهرين
واللعن الدائم على أعدائهم أجمعين إلى قيام يوم الدين

الوجه الرابع - من وجوه اعتبار الموالاتة -: وهو ما أفاده بعض الأعلام رحمه الله [في كتابه مباحث عامة حول العقد ص ١٨١]، ومحصل هذا الوجه يبتني على مقدمتين:

المقدمة الأولى: أن العقد مؤلف من ركنين: معنوي ومادي، فالركن المعنوي هو عبارة عن الربط بين الالتزامين والتعهدين في مقام الاعتبار، أي الربط بين التزام البائع والتزام المشتري وتعهدهما بإيجاد المبادلة في الملكية - بين المبيع والتمن -، والركن المادي هو عبارة عن الإيجاب والقبول المبرزين لذلك الالتزام، سواء كان الإيجاب والقبول باللفظ أو بالإشارة أو بالمعاطاة.

المقدمة الثانية: أن الارتباط الاعتباري بين الالتزامين أو التعهدين لا يتحقق إلا في طول الإيجاب والقبول الصالحين لذلك عرفاً، بمعنى أن تعهد البائع وتعهد المشتري بإيجاد المبادلة في الملكية لا يرتبطان بأي نحو كان، وإنما يرتبطان إذا كان الإيجاب والقبول المعبر عنهما بطريقة عرفية صالحة لإبراز التعهدين من قبل البائع والمشتري.

وهذا الاشتراط - اشتراط صلاحية المبرز عرفاً لربط الالتزامين - واضح بناءً على أن العقد اسم لنفس الإيجاب والقبول، أو أنه اسم للمعنى الذي يتحقق بالإيجاب والقبول وهو الملكية مثلاً، لأنه إذا كان العقد نفس الإيجاب والقبول أو كان العقد للمسبب الذي يتحقق بالإيجاب والقبول فالمدار في تحقق الربط العقدي على الإيجاب والقبول، وهذا إنما يتم إذا كان الإيجاب والقبول بنحو صالح عرفاً لإبراز التعهد النفساني المشترك بين البائع والمشتري.

وأما إذا قلنا - كما ذهب إليه سيدنا الخوئي قدس سره من أن العقد ليس اسماً للمبرز وهو الإيجاب والقبول، وإنما العقد اسم للمبرز بهما - أي أن العقد هو عبارة عن ذلك الاعتبار النفساني - وهو اعتبار الملكية - الصادر من البائع ومن المشتري، وأما الإيجاب والقبول اللفظيان أو الفعلان فهما مبرز للعقد لا أنهما هما العقد.

فكذلك لا بد أن يكون الإبراز للدلالة على العقد عرفاً، مما يعني أن لحيثية الإنشاء والإبراز موضوعية في صدق عنوان العقد، فمثلاً إذا كان المبرز لفظاً فلا بد من كون الارتباط بين مدلول لفظ

الإيجاب ولفظ القبول طبق أساليب المحاوراة العرفية وليس خارجاً عن دائرة المحاوراة العرفية، إذ لا يتحقق الربط الاعتباري بين تعهد البائع وتعهد المشتري إلا مع كون المبرز هذين التعهدين أسلوباً صالحاً عرفاً لإبرازهما، فلو فرض أن البائع أنشأ البيع بلفظ النكاح فبدل أن يقول: (بعتك البضاعة بكذا) قال: (أنكحتك البضاعة بكذا) فإن هذا لا يعد بيعاً أو عقداً عرفاً استناداً لكفاية الاعتبار النفسي، بل لا بد من كون المبرز لذلك الاعتبار أسلوباً محاورياً يعبر عن المعاملة بالنظر العرفي، فلبيع مبررات وللنكاح مبررات وللمضاربة مبررات.

ولذلك قلنا بعدم انعقاد العقد بما يتواضع عليه الطرفان من دون أن يكون عرفياً كاستعمال الألفاظ المهمة وكذا لو اتفق الطرفان على البيع بالإشارة - بإشارة الإصبع بنحو لا يعبر عن الترابط بين الالتزامين عرفاً، مع أن الاعتبار النفسي موجود إلا أن الأسلوب المبرز لهذا الاعتبار ليس أسلوباً عرفياً، فلذا لا يتحقق به عنوان العقد أو البيع.

وأثر ذلك أن الفصل الطويل بين الإيجاب والقبول كما لو صدر الإيجاب قبل القبول بستة شهور - لو كان موجباً لعدم عرفية الأسلوب لإنشاء المعاملة الخاصة - فلا يتحقق الركن المادي للعقد، ومن دون تحققه لا يتحقق العقد، حيث لا يرى العرف أن الإيجاب والقبول المنفصلين بسنة أو سنتين عقداً أو بيعاً، حتى لو قلنا بأن الركن المادي مجرد مبرز كما ذهب إليه سيدنا الخوئي قدس سره.

والنتيجة هي دخالة الموالة بين الإيجاب والقبول لإبراز التوافق في إنشاء العقد، والسفر في ذلك أن المبرز مع الفصل الطويل بين الاعتبار البائع المشتري ليس مبرزاً عرفياً للإرادة وللالتزام، ولذلك فالشرط في الحقيقة ليس كما ورد في عبارة الشهيد رضوان الله عليه [القواعد والفوائد ج ١ ص ٢٣٥] بقوله: (الموالة معتبرة في العقد ونحوه، وهو مأخوذ من اعتبار الاتصال بين الاستثناء والمستثنى منه)، وعبارة الشيخ الأعظم قدس سره [المكاسب ج ٣ ص ١٥٨] بقوله: (إن الأمر المتدرج شيئاً فشيئاً إذا كان له صورة اتصالية في العرف، فلا بد في ترتب الحكم المعلق عليه شرعاً من اعتبار صورته الاتصالية)، بل الشرط في الحقيقة أن يكون الأسلوب المبرز للعقد أسلوباً صالحاً عرفاً للإبراز، وبما أن الفصل الطويل بين الإيجاب والقبول مانع من تحقق الأسلوب المحاورى لإبراز المعاملة لذلك لا يصدق العقد مع الفاصل بين الإيجاب والقبول، نظير الصلاة والأذان والخطبة حيث لا يصدق عنوان الصلاة أو الأذان أو الخطبة مع الفاصل الطويل بين كلماته وأجزائه، باعتبار أن هذه المسميات هيئة اتصالية لا تصدق مع الفاصل الطويل بين أجزائها، فكما أن العقد بغير الأساليب العرفية كإنشاء عقد

النكاح بالبيع أو بالعكس مما يمنع من صدق عنوان النكاح عليه كذلك الفصل الطويل المعتد به مانع من صدق عنوان العقد أو عنوان البيع والإجارة.

ويلاحظ عليه:

أولاً: أن اعتبار كون المبرز منسجماً مع عنوان البيع عرفاً بحسب عرف أهل المحاورة مما لا دليل عليه أصلاً، حيث يكفي في إبراز الاعتبار النفساني أن يتضح ما هو مراد البائع وما هو مراد المشتري من إنشاء المعاملة - ولو بضميمة القرائن الحالية أو المقالية أو الارتكازية - في صدق عنوان العقد وعنوان البيع، وإن كان الأسلوب نفسه ليس أسلوباً معروفاً في البيع أو في النكاح، وإنما المهم قيام القرينة الواضحة في أن مقصود المتعاملين هو إيجاد معاملة البيع بغض النظر عن الأسلوب المبرز، ولذا لا إشكال في تحقق البيع بالمعاطاة - أي فعل بفعل - سواء كان الفعل بالفعل من الأفعال المتعارفة في باب المعاطاة أم بفعل غير متعارف لكن قامت القرينة الواضحة على كون المقصود بهذين الفعلين إيجاد علاقة البيع أو إيجاد علاقة الإجارة وما أشبه ذلك، فاشتراط كون المبرز صالحاً للإبراز بالنظر العرفي النوعي مما لا دليل عليه.

وثانياً: على فرض أن المعتبر في صدق عنوان العقد أو عنوان البيع كون الأسلوب أسلوباً معروفاً في باب البيع أو باب الإجارة، إلا أن دعوى أن المبرز العرفي للبيع أو الإجارة مما يختل بالفصل الطويل هو أول الكلام.

وتقريب ذلك: أنا ذكرنا في بحث الأصول أن الفرق بين الشبهة المفهومية والشبهة المصدقية: أن الشبهة المفهومية ما لا يتساوى المولى والعبد فيه، والشبهة المصدقية ما يتساوى المولى والعبد فيه، مثلاً عندما يقول المولى: (لا تصل خلف الفاسق) فإن مفهوم الفاسق مما لا يتساوى المولى والعبد فيه، بل للمولى اعتبار في الفاسق لا يتنبه له العبد إلا بالشرح والبيان، فلذلك لو دار أمر الفاسق بين خصوص مرتكب الكبيرة أو ما يشمل مرتكب الصغيرة فهذه شبهة مفهومية، والسر في كونها شبهة مفهومية عدم تساوي المولى والعبد في حدودها.

وأما الشبهة المصدقية فهي ما لا يتميز المولى على العبد في حل الشبهة بل هما على حد سواء في معرفة حدودها.

وهذه الشبهة المصدقية نوعان:

١ - أن يكون العنوان الوارد في لسان الدليل عنواناً تكوينياً كعنوان الهلال نحو: (صوموا لرؤيته

وأفطروا لرؤيته) أو عنوان اليد، فمثلاً: (فليمسح ببله يمناه ناصيته) حيث إن اليد اليمنى وناصية رأس من العناوين التكوينية، ومقتضى ذلك أن المأخوذ في لسان الدليل هو المعنون الواقعي بهذه العناوين، والمرجع في تحديد مصداق هذه العناوين التكوينية هو المكلف نفسه، لأنها مما يتساوى المولى والعبد فيه.

٢- أن يكون العنوان المأخوذ في لسان الدليل من العناوين العرفية لا من العناوين التكوينية نحو عنوان البلد في هذا الحكم (يحرم على المكلف إخراج زكاة الفطرة من بلده)، حيث إن البلد عنوان عرفي، ونحو (يجب على من عمله في السفر أن يتم الصلاة أينما كان) حيث إن السفر عنوان عرفي، كذلك عنوان العقد وعنوان البيع نحو (أوفوا بالعقود) و(أحل الله البيع)، وبما أن العنوان عنوان عرفي فظاهر أخذه في لسان الدليل - مع تساوي المولى والعبد في معرفة حدوده - هو كون الموضوع للحكم ما صدق عليه العنوان عرفاً، فمعنى قوله تعالى: (وأحل الله البيع) أن ما صدق عليه البيع عرفاً، وكذا ظاهر قوله تعالى: (أوفوا بالعقود) أن موضوعه ما صدق عليه العقد عرفاً.

وبناءً على ذلك فالمناط فيه الصديق العرفي القابل للثبات والاختلاف والتغير، فلو اختلف الصديق العرفي باختلاف المجتمعات كان مصداق العقد والبيع بحسب عرف غير ما هو مصداقه بعرف آخر، إذ ليس له مفهوم ثابت، ولو تغير العرف في مجتمع ما فالدليل شامل لما يستجد من المصاديق، لأن الموضوع في لسان الدليل ليس عنواناً تكوينياً كي يكون ثابتاً وليس عنواناً لاعتبار الشارع دخل فيه، كي يكون المرجع في حدوده نظر الشارع وهو ثابت، وإنما العنوان المأخوذ في لسان الدليل ما صدق عليه عرفاً، وهو منوط بالنظر العرفي المرن.

والخلاصة: بما أن المرجع هو النظر العرفي فإن العرف يرى أن المسمى بالعقد أو بالبيع هو نفس الاعتبار النفساني، وأما المبرز له فيكفي فيه قيام القرينة على المراد، وعلى فرض التسليم باعتبار كون المبرز عرفياً، فإن عنوان البيع مما يصدق على الارتباط بين الإيجاب والقبول - وإن حصل الفاصل الطويل - خصوصاً في زماننا - حيث إن المتعارف في البورصة ومنصات بيع الأسهم أن الإيجاب يتحقق قبل القبول ولو بأشهر، ولا يتردد العرف في كونه بيعاً بل يرتب الآثار القانونية عليها، مما يشهد بعدم تقوّم البيع أو العقد بعدم الفاصل الطويل بين الإيجاب والقبول.