بسم الله الرحمن الرحيم

والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، محمد وآله الطيبين الطاهرين

واللعن الدائم على أعدائهم أجمعين إلى قيام يوم الدين

ما هو المقصود بالإرادة الإنشائية المعبر عنها بالعقد؟

في المقام آراء ثلاثة:

الرأي الأول: ما هو المختار لدى المحقق العراقي (قدس سره) في [نهاية الأفكار، ج١، ص٥٨] وسيدنا الخوئي (قدس سره) في [دراسات في علم الأصول، ج١، ص٩٣]، وحاصله:

أنّ العقود وضعت للمسبَّب الشخصي، وهو عبارة عن إبْراز الاعتبار النفساني، كأنْ يقوم المالك باعتبار المِلكية للمشتري ثم يُبْرِزه بقوله: (بعتُ الكتاب بكذا)، أو اعتبار الزوجية أو اعتبار الحقية ونحو ذلك من المسببات، لا أنّ الموضوع له العقد المسبَّب العقلائي وهو المِلكية الجامعة للشروط العقلائية، ولا المسبَّب الشرعي أي المِلكية الجامعة للشروط الشرعية، بل الموضوع له العقد – أي الإرادة الإنشائية – هو المسبَّب الشخصي أي الاعتبار النفساني الصادر مِن البائع – مثلاً – مع إبْرازه بلفظٍ أو إشارةٍ أو فعلٍ معاطاتي.

والشاهد على ذلك: هو بداهة استناد العقود إلى المتعاقدين، فيقال: (باعَ زيدٌ) و(اشترى عمروٌ)، فلو كان البيع اسماً للمسبَّب العقلائي، أو اسماً للمسبَّب الشرعي لم يصح اسناده على نحو الحقيقة للمتبايعين فيقال: (تبايعا) و(باعَ زيدٌ) و(اشترى عمروٌ)؛ لأنّ التمليك العقلائي أو الشرعي فعلٌ اختياري للعقلاء أو للشارع وليس مجعولاً مِن قِبَلِ العاقد كي يكون منتسباً إليه؛ وإنما الذي يصح انتسابه للعاقد على نحو الحقيقة هو مجعوله وإنشاؤه، وحيث لا شك في صحة نسبة البيع والنكاح والإجارة للمتعاملين كشف ذلك عن أنّ البيع وغيره من العقود هو الاعتبار الصادر من المتعاملين المقترن بإبْرازهما بِمبْرِزٍ.

ويلاحظ على كلامه (قدس سره):

أولاً: إنّ المطابق للمرتكزات العقلائية أنّ البائع عندما يقول – مثلاً –: (بعتُ الكتاب بكذا) فهو يقصد إيجاد المِلكية بالبيع لا أنّه اعتبر المِلكية ويريد أنْ يبْرزها بهذا المُبْرِز؛ كما أنّ المطابق للمرتكزات في

قوله: (زوجتُ فلانة مِن فلان) أنّه قاصدٌ لإيجاد الزوجية بهذه الجملة، لا أنّه اعتبرها في رتبةٍ سابقةٍ وليس دور الجملة إلا الإِبْراز والكشف عن ذلك المُعتبر النفساني.

ثانياً: بأنّه لا فرق في صحة الانتساب عرفاً وعلى نحو الحقيقة بين الفعل المباشر أو الفعل التوليدي، فكما يصح أنْ يقال: (مشى فلان) و(ضرب فلان) على نحو الحقيقة لأنّه فعله المباشري، يصح أنْ يقال: (أحرقَ فلانٌ الكتاب) على نحو الحقيقة مع أن الإحراق مِن النار لا منه وإنما هو سببٌ توليدي للنار المحرقة.

وكذلك الأمر في المقام، فكما أنّ المسبَّب الشخصي يُنْسبُ إلى العاقد حقيقةً كذلك المسبَّب العقلائي والشرعي، غاية الأمر أنّ انتساب المسبَّب الشخصي إلى العاقد مِن باب انتساب الفعل المباشر، بينما انتساب المجعول العقلائي أو الشرعي للعاقد من باب انتساب الفعل التوليدي إلى فاعله، فإنّ المسبَّب الشخصي مجعولٌ مِن قِبَلِ العاقد بخلاف المسبَّب العقلائي أو الشرعي فإنّ العاقد يتسبب بإنشائه إلى إيجاده في عالمه وهو عالم اعتبار العقلاء أو عالم المشرع.

الرأي الثاني: ما نسبه سيد المنتقى (قدس سره) إلى المشهور كما في [المنتقى، ج١، ص١٣٠]، وهو ظاهر كلمات بعض الأعلام (رحمه الله) في [كتاب بحوث في الفقه، مباحث عامة حول العقد، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، ص١٣١]، ومحصله:

أنّ العقد كالبيع – مثلاً – عبارةٌ عن إيجاد المعنى في وعاء الاعتبار العقلائي – لا في الوعاء الشخصي –، أو فقل: إنّ البيع هو عبارة عن قصد التسبيب إلى وجود البيع في الاعتبار العقلائي، فالبائع عندما يقول: (بعتُ الكتاب بكذا) فتمامُ قصده أنْ يوجد سبباً لاعتبار العقلاء ما صدر منه بيعاً، فهو تسبيبٌ للاعتبار العقلائي، لا أنّه يقوم باعتبار المِلكية ثم يُبْرِزها، وإنما تمام مقصوده التوصل للاعتبار العقلائي في اعتبار البيع.

وتقرير ذلك ما ذكره بعض الأعلام (رحمه الله) قائلاً: (**وأما الكلام حول تطبيق ذلك في باب العقود والإيقاعات وما ذكره هذا المحقق**) والسيد الخوئي "قدس سرهما" (**من أنّ الإنشاء فيها بمعنى إبراز الاعتبار النفساني وأنّ الأمر الإنشائي كالمِلكية هو ذلك الاعتبار النفساني للملكية مثلاً، فهذا بنفسه بعيد جدّا كما أشرنا سابقاً، بل غير محتمل؛ لأنّ الاعتبار شغل المشرع والمقنن**) فهو الذي يقوم بالاعتبار، فيقول: "أعتبر هذا بيعاً مؤثراً أو لا أعتبره" أو "أعتبر هذا نكاحاً مؤثراً أو لا أعتبره".

(ولا إشكال بحسب الوجدان العرفي أنّ العاقد) كالبائع أو المزوج **(لا يشرّع الملكية مثلاً)** أو الزوجية **(بحيث يستقل هو مع طرفه على جعله)** كأنْ يقول أحد المتبايعين للآخر: "نتبانا على إيجاد البيع وترتيب الأثر عليه سواء أمضاه العقلاء أم لم يمضوه" هذا ليس صحيحاً؛ **(وإنما يتصديان)** أي المتعاملان **(إلى إيجاد ما هو عقد وقرار قانوني لدى العقلاء أو الشارع، فتمام نظرهم طريقي إيجادي ومتعلّق بتحقيق القرار القانوني، وليس لديهم تشريع واعتبار في قبالهم)**.

وبعبارة أدق: إنّ النظر للمِلكية في مقام الإنشاء طريقيٌ إيجاديٌ لا موضوعي بنحو الجعل والاعتبار المباشر، فعلى المسلك السابق مِن أنْ المِلكية اعتبار نفساني مع إبْرازه يكون نظر البائع للمِلكية نظراً موضوعياً؛ لأنه هو الموجد للمِلكية، بينما على المسلك الثاني مِن أنّ مقصود البائع التسبيب للاعتبار العقلائي فالنظر للمِلكية نظرٌ طريقي وتسبيبٌ وليس نظراً موضوعياً.

ثم قال (رحمه الله): **(ومن هنا لا بد في العقود والإيقاعات من قصد التسبب، فليس هناك اعتبار نفساني وتشريع شخصي لدى المتعاقدين، بل هناك قصد التسبب إلى إيجاد العقد القانوني في الخارج وإن كان هذا قد يستبطن قبول ذاك أيضاً، وهذا بنفسه يؤكد ما ذكرناه من أنّ الإنشاء ليس إبرازاً للاعتبار النفساني بل تسبب إلى إيجاد المعنى الإنشائي خارجاً باللفظ بالمعنى المتقدم.**

وبهذا يظهر أنّ ما يقال من أنّ أسامي العقود والمعاملات كالبيع والإيجار موضوعة للمسبّب الشخصي المجعول من قبل المتعاقدين) كاعتبار المِلكية للعين في البيع، واعتبار الملكية للمنفعة في الإجارة، **(وهذا متحقق حتى في العقود الفاسدة شرعاًممّا لا يمكن المساعدة عليه؛ إذ لا يوجد مسبب ومعتبر شخصي كذلك وإنّما الموجود قصد التسبب إلى مجعول المسبب القانوني)** كالمسبب العقلائي، **(والذي يجعل كبراه بنحو القضية الحقيقية العقلاء أو الشارع ويحقّق مجعوله ومصداقه الخارجي العاقد)**.

ولكن يلاحظ على هذا المسلك:

أولاً: بأنّه هناك فرق بين الاعتبار على نحو التشريع الذي يعني اعتبار البيع المؤثر، وبين الاعتبار على نحو الإيجاد الذي يعني إيجاد الموضوع لما هو البيع المؤثر على نحو الإقتضاء.

فلو سلمنا بمسلك العراقي وسيدنا الخوئي (قدس سرهما) مِن أنّ مرجع البيع إلى اعتبار المِلكية وإبْرازها فليس مقصودهما – العراقي والخوئي – مِن اعتبار المِلكية الاعتبار على نحو التشريع كي

يقال بأنّ الاعتبار التشريعي خاص بالمقنن العقلائي والمشرع وليس مِن شأن المتعاملين أنْ يقوما بالاعتبار على نحو التشريع.

للفرق الواضح بين الاعتبار التشريعي والاعتبار على نحو الإيجاد، فإنّ دور المقنن العقلائي والشرعي هو جعل الكبرى وهي تحديد المحقق للبيع المؤثر، وهو اعتبار تشريعي، وما يقوم به المتعاملان مِن اعتبار المِلكية ثم إبْرازها أو قصد إيجادها باللفظ – كما هو مبنى صاحب الكفاية (قدس سره) من أنّ الإنشاء إيجاد المعنى باللفظ، يعني إيجاد المِلكية إيجاداً إنشائيا – مِن قبيل الاعتبار الإيجادي، حيث إنّ مقصود المتعاملين عادةً التوصل بإنشاء البيع إلى إيجاد المِلكية وجوداً إنشائياً لا أكثر من ذلك، مع التفاتهما إلى أنّ مَن بيده يد التشريع هو المقنن الشرعي والعقلائي، وإنما يقصدان إيجاد المِلكية إيجاداً إنشائياً، فإنْ أمضاها الشارعُ فبها وإنْ لم يمضها فهي فاسدة، لا أنهما قصدا اعتبار المِلكية تشريعاً، كي يقال بأنّ الاعتبار التشريعي ليس شغل المتعاملين وإنما هو شغل المقنن والمشرع.

ولذلك لا يتقمص البائع دور المشرع، وإنما يقوم باعتبار المِلكية لاعتقاده أنّه إذا اعتبر المِلكية كانت موضوعاً اقتضاءاً لإمضاء المقنن الشرع والعقلاء.

ثانياً: بأنّ لازم هذا المسلك – وهو أنّ البيع عبارةٌ عن التسبيب القصدي للاعتبار العقلائي أو التسبيب للاعتبار الشرعي – خروج موارد متعددة عن الإنشاء العقدي مع أنها منه حقيقةً، من قبيل: بيع الغاصب وبيع الفضولي اللذين يعلمان بأنّ المالك لن يجيز بيعهما ومع ذلك قصدا إنشاء البيع، فلا إشكال أنّ ما صدر منهما عقدٌ، مع أنهما لم يقصدا التسبيب للاعتبار العقلائي أو الشرعي؛ لعلمهما بأنّ القانون العقلائي والشرعي لا يمضي بيعهما؛ لعلمهما بعدم إجازة المالك الحقيقي لبيعهما، ومع ذلك يصدر منهما البيع على نحو الحقيقة، ولا إشكال في ذلك.

أو المعاملة الغررية التي يتبانى المتعاملان على إيجادها بغض النظر عن إمضاء الشارع وعدمه.

وفي المقام جواب للإشكال مِن قبل الشيخ الأعظم (قدس سره) في [كتاب البيع] في مسألة بيع الغاصب حيث أفاد بأنّ الغاصب عندما يبيع العين بيعاً جدياً مع علمه بأنّ المقنن لا ينفذ بيعه، لأنّه يقوم بأمرين: الأمر الأول: ادعاء المِلكية، والأمر الثاني: – في طول الأول – أنْ يبيع العينَ عن نفسه بعد دعوى أنّه مالك، وبالتالي فهو قد قصد البيع عن المالك بعد ادعاء وتقمص مقام المالكية، فما صدر منه هو قصدٌ التسبيب للاعتبار العقلائي والشرعي؛ حيث إنّ الاعتبار العقلائي والشرعي يمضي بيع المالك، وهو مالك ادعاءا فيكون مندرجاً تحت مصداق القانون العقلائي والشرعي.

إلا أنّ ما ذكره الشيخ الأعظم (قدس سره) لو سُلم فهو إنما يعالج مسألة بيع الغاصب، ولا يعالج الإشكال الوارد في بيع الفضولي الذي يعلم بأنّ المالك لن يجيز بيعه، فإنّ الفضولي لا يدعي المِلكية بل يبيع عن المالك نفسه، أو المعاملة الغررية التي يتبانى المتعاملان المالكان على إيجادها بغض النظر عن إمضاء المقنن العقلائي والشرعي لها.

فلازم هذا المسلك خروج هذه المعاملات عن البيعية والعقدية مع أنها منه حقيقةً.

الرأي الثالث وهو المختار:

وبيانه بذكر أمور:

الأمر الأول: إنّ للعقد والبيع ماهية عرفية كغيره من العناوين الاعتبارية، كالأمر والنهي والإقرار والوعد واليمين ونحو ذلك من الماهيات الاعتبارية التي لها معنى عرفي معهودٌ لدى العرف الإنساني، وإنْ اختلفت الأعراف والقوانين فيما هو المحقق لتلك الماهية، نظير عنوان الاحترام وعنوان الهتك، فإنّ الاحترام والهتك بالحمل الأولي مفهومٌ اعتباري عرفي واضح، وإنْ اختلفت الأعراف فيما هو المحقق للاحترام، أي أنّ الاختلاف في الاحترام بالحمل الشائع، وإلا فهو بالحمل الأولي مفهوم واحدٌ لدى الاعراف المختلفة.

كذلك الأمر في المقام، فإنّ للعقد والبيع والنكاح ماهية عرفية تقع موضوعاً للاعتبارات التشريعية مِن قبل المقنن العقلائي والشرعي، فالمقنن لم يخترع ماهية الأمر والنهي والعقد والوصية، بل هي سابقة على دوره، وإنما تصدى لتشريع ضوابط وأحكام لنفوذ العقد وتأثير الإيقاع وترتب الآثار عليه، كما أنّ هناك اتفاقاً بين جميع المقننين على مفهوم واحد وهو: النكاح المؤثر أو البيع المؤثر، وهو ما كان جامعاً لأركان وشروط معينة، وإنما الاختلاف بين المقنن العقلائي والمقنن الشرعي في المصداق للعقد المؤثر لا في البيع أو النكاح بالحمل الأولي، أي في ما هو مصداق البيع المؤثر، فعند العقلاء مصداق البيع المؤثر ليس مشروطاً بالبلوغ بخلافه عند المشرع، وعند العقلاء البيع المؤثر يشمل – مثلاً – حتى بيع الخمر والخنزير بخلافه عند المشرع.

فاختلاف القانون العقلائي والشرعي ليس راجعاً للاختلاف في ماهية البيع، إذ لا دور لهما في ذلك، كما أنّه ليس اختلافاً في حقيقة البيع المؤثر بالحمل الأولي؛ وإنما الاختلاف في المصداق، أي في شروط البيع والعقد المؤثر لا في نفس ماهية البيع والعقد المؤثر.

الأمر الثاني: إنّ البيع الصادر من المتعاملين ليس هو إبْراز الاعتبار النفساني كما يقول به المحقق العراقي والسيد الخوئي (قدس سرهما)، ولا قصد التسبيب باللفظ أو الفعل للاعتبار القانوني أو الشرعي كما ذهب إليه المشهور بحسب نقل سيد المنتقى (قدس سره)، وإنما هو عبارة عن قصد إيجاد الماهية العرفية، مثل الأمر والنهي تماماً، فكما أنّ للأمر ماهية عرفية والإنسان عندما يصدر منه الأمر يقصد إيجاد تلك الماهية العرفية، وكذلك الوعد أو الإقرار أو أي نحوٍ من الماهيات الاعتبارية التي لها مفهوم عرفي، فليس المقصود إلا إيجاد تلك الماهية العرفية التي هي عبارة في (البيع عن تمليكِ عينٍ بعوض، أو تبديل عينٍ بعوض في جهة الإضافة، أو التقابل بين العوضين، أو المبادلة بين المالين)، على الخلاف في تحديد ماهية البيع عرفاً مِن دون توقفٍ في تحقق البيع خارجاً على قصد التسبيب للاعتبار العقلائي.

نعم، إنّ إيجاد مصداق ما هو بيعٌ عرفاً مقارنٌ عادةً للالتفات إلى أنّ هذا الإيجاد المعين فيه اقتضاء لأنْ يكون موضوعاً للاعتبار العقلائي والشرعي إذا انضمت إليه شروط التأثير.

إلا أنّ هذا الالتفات لا يعني تقوم البيع بقصد التسبيب للبيع المؤثر، ولعل هذا هو مقصود المحقق الآخوند (قدس سره) مِن أنّ الإنشاء في العقد مرجعه إلى إيجاد مضمون المعاملة إيجاداً إنشائياً، أي أنّه يوجد المِلكية باللفظ إيجاداً إنشائياً، فإن انضمت إليها الشروط أقرها القانون العقلائي والشرعي وإلا فلا.

من حيث إنّ الإيجاد الإنشائي فيه الاقتضاء لصيرورة ما صدر بيعاً فعلياً مؤثراً عند انضمام الشروط.

الأمر الثالث: إنّ إيجاد الماهية العرفية للبيع له دواعي، إلا أنّه ليس متقوماً بأحد هذه الدواعي، نظير إيجاد مصداق الأمر فله دواعي، من قبيل: الامتحان أو تقمص مقام الآمرية، أو داعي البعث والتحريك، فكذلك إيجاد الماهية العرفية للبيع قد يكون الداعي منه هو التعليم ليعلم ما هو البيع، وقد يكون الداعي هو استقلال المتعاملين في التعامل كما في الغاصبين المعروفين بالغصب، فإنّ الغاصبين يتعاملان كأنّه لا يوجد قانونٌ، لا شرعي ولا عقلائي، فهما أوجدا ماهية البيع عرفاً بداعي الاستقلال عن القانون العقلائي والشرعي، وقد يكون صدور البيع بداعي التسبيب للاعتبار القانوني العقلائي أو الشرعي، إلا أنّ الداعي ليس دخيلاً ومقوماً لماهية البيع.

وبذلك يظهر صحةُ التمسك بالعمومات عند الشك في اعتبار قيدٍ أو جزءٍ في المعاملات النافذة عُقلاءً أو شرعاً، حيث إنّ موضوع هذه العمومات نحو قوله عزَّ وجلَّ: (**وَأَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ**) [البقرة، ٢٧٥]، وقوله تعالى: (**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**) [المائدة، ١]، وقوله سبحانه: (**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ**) [النساء، ٢٩]، هو ما صدقَ عليه بيعٌ عرفاً، وما صدق عليه تجارةٌ عرفاً، وما صدق عليه عقدٌ عرفاً، بل إنّ المنسجم مع مقام الإمضاء أنْ لا يكون الممضى هو البيع الشرعي، فإنّ الإمضاء هو اعتبار الصحة، ولا معنى لأنْ يقول الشارع: (إنني أمضي وأصحح ما هو بيعٌ صحيح عندي)، وإنما مقام الإمضاء قرينة سياقية في قوله تعالى (**وَأَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ**) [البقرة، ٢٧٥] على أنّ موضوع الإمضاء هو البيع العقلائي أو البيع العرفي، لا البيع الشرعي.

تم الكلام في الركن الأول.

والحمد لله رب العالمين